

VOLUME 6 - NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2020

REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS



Vol. 6/ N. 3

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado)
do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

ISSN 2446-8908

Volume 6, Número 3
Setembro/Dezembro
2020

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) 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.^a Dr.^a 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)

Profa. Dr.^a. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega (Universidade de Valença, 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.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)

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

Prof.^a Dr.^a 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.^a Dr.^a 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.^a Dr.^a Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ)

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (USP)

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Günther (UNICURITIBA)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) 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. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí - Univali)
- 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)
- Prof. Dr. Felipe Forte de Negreiros Deodato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)
- Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Universidade Estadual da Paraíba)
- Profa. Dra. Gabrielle Jacobi Kölling (Universidade Municipal de São Caetano)
- Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)
- Prof. Dr. Glauber Lucena de Cordeiro (Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ)
- Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula-RJ)
- Profa. Dra. Jane Lucia Wihelm Berwanger (Faculdade CERS)
- Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes (UniCEUB)
- 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 (UFPE)

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. Dr. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)
Prof. Dr. Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)
Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)
Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ)
Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)
Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)
Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa)
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 (CESUPA-Centro Universitário do Estado do Pará)
Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos-MG)
Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) 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. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)
Mestra: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)
Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)
Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta (UDF)
Mestra: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Revisão

Mestranda pesquisadora: Jessica Gurgel do Amaral (UDF)
Mestranda pesquisadora: Mariana Ferrucci Bega – Bolsista CAPES (UDF)
Mestranda pesquisadora: Tatiana Felipe Almeida - Bolsista CAPES (UDF)
Mestranda pesquisadora: Yuli Barros Monteiro Rodrigues (UDF)

Contatos

www.udf.edu.br
mclemos@udf.edu.br
revistamestradoudf@hotmail.com

Publicado em: 31/03/2021

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 6, N. 3
(Setembro /Dezembro 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

LOS SINDICATOS EN ALEMANIA: DESAFÍOS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIONES (PARTE 2)15

Os sindicatos na Alemanha: desafios em uma época de transição (Parte 2)

Prof. Dr. Heiner Dribbusch e Prof. Dr. Peter Birke

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE DO OBJETO DA ADI 5.826/DF (PARTE 2)57

The unconstitutionality of the intermittent employment contract: analysis of the ADI 5836/DF object's (2stPart)

Prof. Dra. Ana Cláudia Nascimento Gomes e Ms Helder Santos Amorim

OS DIREITOS HUMANOS LABORAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PARTE 2)83

Laboral Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court Of Human Rights (2stPart)

Prof. Dr. Miguel F. Canessa Montejo (Tradução Prof. Dr.Thiago Pádua e Dinah Lima)

POLÍTICAS PÚBLICAS PREVIDENCIÁRIAS NA ERA PÓS-COVID-19: A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES RURAIS112

Business incentive agreements to resolve the work relationship in the emergency Of Covid-19: A Model to be stabilized

Prof. Dr. Dariel Santana Filho

APORTES FILOSÓFICOS E JURÍDICOS SOBRE O TRABALHO CYBERIZADO.....140

Legal and philosophic considerations on cyberized labour

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha; Prof. Dra. Lorena Vasconcelos Porto; Graduanda Helena Emerick Abaurre.

O RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL	174
Recognition by the Covid-19 Supreme Federal Court as a labour disease	
<i>Profa. Dra. Livia Mendes Moreira Miraglia; Doutorando Jeibson dos Santos Justiniano</i>	
ACCORDI AZIENDALI DI INCENTIVAZIONE ALLA RISOLUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO NELL'EMERGENZA COVID-19: UN MODELLO DA STABILIZZARE.....	194
Business incentive agreements to resolve the work relationship in the emergency of Covid-19: a model to be stabilized	
<i>Prof. Dr. Arturo Maresca</i>	
POLÍTICAS DE EMPLEO Y EDAD EN ESPAÑA.....	202
Employment and age policies in Spain	
<i>Prof. Dr. Fernando Fita Ortega</i>	
O FEDERALISMO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE.....	224
Brazilian federalism and the right to health	
<i>Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná; Mestrando Jean Marques Regina; Mestrando Thiago Rafael Vieira</i>	

APRESENTAÇÃO

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - periódico científico do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília-DF -, apresenta ao público a sua terceira edição do corrente ano (Vol. 6, N. 3), que abrange o quadrimestre setembro-dezembro de 2020.

A Revista foi publicada, em seus três primeiros anos, desde o primeiro semestre letivo de 2015, com periodicidade semestral (ou seja, do Vol. 1, N. 1, até o Vol. 3, N. 2), abrangendo, pois, dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano. Por determinado período, começado no Vol. 4, N. 1, referente a janeiro-abril de 2018, o periódico se tornou quadrimestral, situação que perdurou até a presente edição (Vol. 6, N. 3), relativa ao quadrimestre setembro-dezembro de 2020.

A contar de 2021, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas irá retornar à sua periodicidade original, semestre a semestre, lançando, pois, dois números semestrais já neste próximo ano. Registre-se, a propósito, que em toda a sua história de seis anos completos, esta revista sempre respeitou o número mínimo de artigos científicos por volume anual, ou seja, pelo menos 18 artigos por ano, conforme estipulado pela CAPES.

A Revista é divulgada regularmente, desde o Vol. 1, N. 1, em meio digital e com acesso livre, alcançando ampla abrangência em território brasileiro e no exterior.

A Revista apresenta-se no padrão internacional da Plataforma *Open Journal Systems* (OJS), ostentado pelos relevantes periódicos científicos e jurídicos do País, o que torna 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 inserida em 6 (seis) indexadores de padrão internacional, quais sejam: *Scientific Indexing Services* (SIS), *Enlaw* e *V-Lex*, *HeinOnline*, *Latindex* e *Citefactor*, o que amplia a possibilidade de consulta livre por constituírem plataformas de informação com alcance mundial e atende ao padrão de excelência exigido pelo *Qualis Periódicos* da CAPES.

Ressalta-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao semestre julho-dezembro 2017 – portanto, já há três anos completos. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal, foi estruturado mediante a participação de 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.

Por tudo isso, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas firma-se como um 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".

O presente Vol. 6, N. 3, 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 de 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, Jornadas, 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 importantes Universidades de diferentes países (Alemanha, Espanha e Itália, na Europa; Peru e Colômbia, na América Latina). Cinco artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros (UFMG, UFES, MACKENZIE, PUC-MG e Instituto de Educação Superior UNYAHNA de Salvador - IESUS), alguns em parceria com Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, todos vinculados a Instituições de Ensino Superior situadas fora do âmbito do Distrito Federal. 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 presente Vol. 6, N. 3, traz consigo artigos referentes a temas integrados e concatenados às duas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, acima indicadas, 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.

Excepcionalmente, em razão da extensão dos textos e a imprescindibilidade da publicação, a Equipe Editorial da Revista admitiu três artigos que foram subdivididos em duas partes, sendo a primeira delas, no Vol. 6. N. 2, e a segunda, no presente volume. Trata-se de artigos de qualidade inquestionável, dois deles estrangeiros, sendo o primeiro, publicado na Europa originalmente em espanhol, dos Professores Doutores germânicos, Heiner Dribbusch, Diretor do Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler, e Peter Birke, Professor do Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, ambos da Alemanha, e o segundo, do Professor Doutor Miguel Francisco Canessa Montejo, Professor da Pontificia Universidad Católica del Perú e também da Universidad Externado de Colombia..

De igual importância e qualidade desponta o artigo nacional de autoria da Professora Doutora Ana Cláudia Nascimento Gomes, da Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS e do Mestre em Direito pela PUC Rio, Helder Santos Amorim – texto que também está sendo publicado em duas partes, sendo a primeira delas no Vol. 6. N. 2, e a segunda, no presente volume.

A Revista é composta exclusivamente por artigos inéditos no Brasil, capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Neste Vol. 6, N. 3, apresentam-se os seguintes trabalhos, iniciando-se pelos autores estrangeiros: 1) *Los sindicatos en Alemania: desafíos en una época de transiciones, (Parte 2)*, publicado originalmente na Espanha pela [Friedrich-Ebert-Stiftung](#) Library, dos Professores Doutores Heiner Dribbusch, Diretor do Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler, e Peter Birke, Professor do Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, ambos da Alemanha; 2) *Os Direitos Humanos Laborais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Parte 2)*, do Professor Doutor Miguel Francisco Canessa Montejo, Professor da Pontificia Universidad Católica del Perú e da Universidad Externado de Colômbia, traduzido pelo Professor Doutor Thiago Pádua, Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, e pela Especialista Dinah Lima; 3) *Accordi aziendali di incentivazione alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'emergenza Covid-19:*

un modello da stabilizzare, do Professor Doutor Arturo Maresca, da Universidade Sapienza, de Roma; Itália; 4) *Políticas de empleo y edad en España*, do Professor Doutor Fernando Fita Ortega, da Universidade de Valência, Espanha.

Entre os artigos de autores brasileiros, o presente volume apresenta: 1) *A inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente: análise do objeto da ADI 5.826/DF (Parte 2)*, de autoria da Professora Doutora Ana Cláudia Nascimento Gomes, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MINAS, e do Mestre em Direito pela PUC Rio, Helder Santos Amorim; 2) *Políticas públicas previdenciárias na era pós-Covid-19: a situação dos trabalhadores rurais*, do Professor Doutor Dariel Santana Filho, do Instituto de Educação Superior UNYAHNA de Salvador – IESUS; 3) *Aportes filosóficos e jurídicos sobre o trabalho cyberizado*, do Professor Doutor Cláudio Jannotti da Rocha, da UFES, em parceria com a Professora Doutora Lorena Vasconcelos Porto, Profa. Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá, e a Graduanda Helena Emerick Abaurre; 4) *O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da Covid-19 como doença ocupacional*, da Professora Doutora Lívia Mendes Moreira Miraglia, da UFMG, e do Doutorando Jeibson dos Santos Justiniano; 5) finalizando, o artigo *O federalismo brasileiro e o direito à saúde*, da Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná, da Universidade Mackenzie, e dos Mestrandos Jean Marques Regina e Thiago Rafael Vieira.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 6, N. 3, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o terceiro quadrimestre de 2020 (setembro-dezembro), 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 contribuírem para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma excelente leitura.

Brasília, dezembro de 2020

Equipe Editorial

LOS SINDICATOS EM ALEMANIA: DESAFÍOS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIONES (PARTE 2)

OS SINDICATOS NA ALEMANHA: DESAFIOS EM UMA ÉPOCA DE TRANSIÇÃO (PARTE 2)¹

Heiner Dribbusch²

Peter Birke³

ABSTRACTO: El artículo tiene como objetivo dilucidar los desafíos de los sindicatos en Alemania en una época de transición. Comienza presentando las condiciones políticas y generales y, especialmente, la situación política en el otoño de 2018, así como las condiciones macroeconómicas. Después de estos análisis, aborda el panorama sindical de la DGB y sus sindicatos industriales, la federación de funcionarios y otros sindicatos y también los sindicatos y sindicatos sectoriales. Luego, el artículo aborda los desafíos organizacionales, a partir de la evolución de las afiliaciones. También se analiza el arraigo en las empresas y la cogestión, la erosión del sistema de negociación colectiva y los temas: trabajo, migración y populismo de derecha. Tras este análisis, se llega al tema del modelo sindical tras la crisis, con un examen en los espacios centrales y periféricos de representación de intereses, además del futuro del modelo alemán, desde la perspectiva de las principales opciones de salario y trabajo, política y de la evolución análisis cuantitativo de los conflictos laborales, presentando también a la organización como un desafío estratégico. Finalmente, el artículo analiza el trabajo en transición desde la perspectiva de la digitalización y racionalización, los escenarios de digitalización, la situación en las empresas, las respuestas y perspectivas sindicales.

PALABRAS CLAVE: Sindicato; Alemania.

RESUMEN: 1. Introducción. 2. Condiciones políticas y económicas generales. 2.1 La situación política en el otoño de 2018. 2.2 Las condiciones macroeconómicas. 3. El paisaje sindical. 3.1 La DGB y sus sindicatos industriales. 3.2 Federación de funcionarios y otros sindicatos. 3.3 Sindicatos gremiales y sectoriales. 4. Desafíos organizativos. 4.1 Evolución de las afiliaciones. 4.2 Arraigo en las empresas y cogestión. 4.3 Erosión del sistema de convenios colectivos 4.4 Trabajo, migración y populismo derechista. 5. El modelo alemán después de la crisis. 5.1 Espacios centrales y periféricos de la representación de intereses. 5.2 El futuro del modelo alemán. 5.3 Opciones fundamentales de la política laboral y salarial. 5.4 Evolución cuantitativa de los conflictos laborales. 5.5 La organización como desafío estratégico. 6. El trabajo en transición: digitalización y racionalización. 6.1 Escenarios de la digitalización. 6.2 La situación en las empresas. 6.3 Las respuestas sindicales. 7. Perspectivas. Bibliografía.

RESUMO: O artigo tem por objetivo elucidar os desafios dos sindicatos na Alemanha em uma época de transição. Inicia-se apresentando as condições políticas e gerais e, especialmente, a situação política no outono de 2018, bem como as condições macroeconômicas. Passadas essas análises, aborda a paisagem sindical da DGB e seus

Artigo recebido em: 17/09/2020

Artigo aprovado em: 22/12/2020.

¹Artigo publicado originalmente pela Friedrich-Ebert-Stiftung Library (Spanish version), em abril de 2019. Disponível em: <library.fes.de/pdf-files/id/ipa/15438.pdf>.

¹ Primeira parte publicada no Volume 6, número 2, Maio/Agosto 2020.

² Director del Departamento de Política Salarial y Sindical del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de la Fundación Hans Böckler

³ Asistente científico del Instituto de Sociología de la Universidad Georg August de Gotinga, Alemania.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 15-56, SET-DEZ/2020

sindicatos industriais, a federação de funcionários públicos e outros sindicatos e também os sindicatos e sindicatos setoriais. Em seguida, o artigo trata dos desafios organizacionais, partindo da evolução das afiliações. Discorre, ainda, sobre o enraizamento em empresas e cogestão, a erosão do sistema de negociação coletiva e, os temas: do trabalho, migração e populismo de direita. Realizada essa análise, chega-se a temática do modelo sindical após a crise, com um exame nos espaços centrais e periféricos de representação de interesses, além do futuro do modelo alemão, pela perspectiva das principais opções de política salarial e de trabalho e da evolução quantitativa dos conflitos laborais, apresentando, ainda, a organização como desafio estratégico. Por último, o artigo discorre a respeito do trabalho em transição pela ótica da digitalização e racionalização, os cenários de digitalização, a situação nas empresas, respostas sindicais e perspectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Sindicato; Alemanha.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Condições políticas e econômicas gerais. 2.1 A situação política no outono de 2018. 2.2 As condições macroeconômicas. 3. A paisagem sindical. 3.1 A DGB e seus sindicatos industriais. 3.2 Federação de funcionários públicos e outros sindicatos. 3.3 Sindicatos e sindicatos setoriais. 4. Desafios organizacionais. 4.1 Evolução das afiliações. 4.2 Enraizamento em empresas e cogestão. 4.3 Erosão do sistema de negociação coletiva 4.4 Trabalho, migração e populismo de direita. 5. O modelo alemão após a crise. 5.1 Espaços centrais e periféricos de representação de interesses. 5.2 O futuro do modelo alemão. 5.3 Principais opções de política salarial e de trabalho. 5.4 Evolução quantitativa dos conflitos laborais. 5.5 A organização como desafio estratégico. 6. Trabalho em transição: digitalização e racionalização. 6.1 Cenários de digitalização. 6.2 A situação nas empresas. 6.3 Respostas sindicais. 7. Perspectivas. Bibliografia.

4. EL MODELO ALEMÁN DESPUÉS DE LA CRISIS.

4.1 Espacios centrales y periféricos de la representación de intereses.

En los primeros años de la República Federal de Alemania era imposible hablar de un consenso con respecto a la configuración de las relaciones industriales. Lo que a posteriori se presentó como el consenso entre las clases de los años de posguerra fue en realidad el resultado de un proceso plagado de conflictos que se prolongó hasta mediados de la década de 1970 (Birke/Dribbusch 2013). La llamada cooperación entre el capital y el trabajo se convirtió en el elemento determinante del «modelo alemán» de relaciones industriales. Según esta visión, las diferencias entre los intereses del trabajo y el capital no serían irreconciliables, porque existe un interés compartido en la competitividad de las empresas y la economía. La visión se incorporó a la profundización del Estado social, y las instituciones de la cogestión la apuntalaron. En contraposición a la «cooperación entre el capital y el trabajo», pero también complementándola, se formularon —y se sostienen hasta hoy— los conceptos relativos al «sindicalismo de contrapoder» (ídem). Esos conceptos ponen mayor énfasis en los intereses divergentes del capital y los trabajadores. Ambos conceptos forman parte de la realidad de las empresas y de la política laboral y salarial. Raras veces se manifiestan en estado puro, sino en función de las circunstancias concretas, y la capacidad de imponerse de los trabajadores y los sindicatos es uno de los elementos decisivos. Solo en aquellos casos en que sean capaces de

representar sus intereses durante un conflicto, el capital podrá ser obligado a hacer concesiones. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los sindicatos como legítimos representantes de los trabajadores por el capital y el Estado depende de su capacidad de interferencia y pacificación, es decir, un poder sindical de bajo nivel.

Pero el modelo alemán está en transición. En Alemania Oriental nunca se generalizó, y en Alemania Occidental está perdiendo su capacidad estructuradora. Los dos elementos constitutivos del sistema dual de relaciones industriales de Alemania, la regulación a nivel de las empresas y la negociación salarial, sufrieron una reducción considerable en su alcance. Se ajustó la relación entre las zonas fundamentales y secundarias del sistema dual. Los comités de empresa y los convenios colectivos dejaron de ser la regla para convertirse en la excepción.

Las empresas que cuentan con un comité de empresa y se rigen por un convenio salarial negociado pueden ser consideradas como los espacios centrales del sistema dual de representación de intereses (Ellguth/Kohaut 2018). Este espacio se ha reducido considerablemente. A diferencia de 1998, cuando aún comprendía el 44 por ciento de los trabajadores, en 2017 había bajado a 29 por ciento (v. cuadro 9). Inversamente, en el mismo período se produjo un aumento de 24 a 41 por ciento de los trabajadores sin comité de empresa ni convenio colectivo, en tanto 9 por ciento de los trabajadores están empleados en empresas con comité de empresa, pero sin convenio colectivo, y 20 por ciento en empresas que carecen de comité de empresa, aunque por lo menos tienen cobertura convencional.

Cuadro 9
Cobertura convencional y comités de empresa (CE), 1998–2017

	1998	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016	2017
CE y cobertura	44	41	42	39	38	35	36	33	34	32	29
in cobertura	4	7	7	7	8	9	9	9	9	9	9
Cobertura, sin CE	29	25	23	24	24	23	22	21	23	21	20
Sin cobertura ni CE	24	27	28	29	32	33	34	36	34	38	41

Nota: Sector privado sin agricultura ni empresas sin fines comerciales; diferencias en la suma 100 de las columnas se deben a redondeos.
Fuente: IAB Betriebspanel.

Una vez más, se observan marcadas diferencias entre Alemania Occidental y Oriental, pero también entre los sectores económicos más importantes. Mientras en 2017 la mayoría de los trabajadores de la industria manufacturera de Alemania Occidental estaban empleados en

empresas que contaban con comité de empresa y convenio colectivo, esta proporción se redujo a apenas 25 por ciento de los ocupados del sector privado de la limpieza, como se desprende del cuadro 10.

Cuadro 10
Extensión de cobertura convencional y comités de empresa (CE), 2017, sector privado

	Alemania Occidental			Alemania Oriental		
	Total	Industria manufacturera	Servicios	Total	Industria manufacturera	Servicios
CE y cobertura	31	53	24	22	30	23
CE, sin cobertura	9	13	8	11	19	11
Cobertura, sin CE	21	9	27	16	5	19
Sin cobertura ni CE	39	26	42	51	46	46
Suma	100	100	100	100	100	100

Nota: Sector privado sin agricultura ni empresas sin fines comerciales; diferencias en la suma 100 de las columnas se deben a redondeos. Fuente: IAB Betriebspanel.

Siguiendo a Schröder y Weßels (2003; Hassel/Schröder 2018) se pueden diferenciar tres «mundos» en lo que respecta al alcance del sistema dual. El primero de esos mundos comprende las grandes empresas con relaciones establecidas entre los sindicatos y las asociaciones empresariales. Su núcleo está conformado por las empresas manufactureras de las industrias automotriz y química. Estas empresas se encuentran mayoritariamente en Alemania Occidental. Hasta cierto punto, el primer mundo comprende también al sector público, a pesar del fuerte debilitamiento de sus sindicatos desde la década de 1990. Formarían parte del segundo mundo todos aquellos sectores en los que los sindicatos no alcanzan una representación universal o cuentan con representaciones dispares, y donde existen asociaciones empresariales que no rechazan al sistema de negociación salarial como cuestión de principio, mientras los comités de empresa y los convenios colectivos territoriales aún cumplen un papel importante. Esto incluye sobre todo a los sectores de la industria manufacturera compuestos por empresas medianas y pequeñas, la construcción y ramas tradicionales del sector privado de servicios como el comercio minorista, la limpieza industrial y algunas áreas de la manufactura artesanal. Finalmente, el «tercer mundo» está integrado por las empresas y los sectores que cuentan en general con una representación sindical marginal, donde la presencia de asociaciones empresariales es muy reducida o inexistente y la representación de intereses a nivel de las empresas por los comités es tan excepcional como la existencia de convenios colectivos. Ese mundo está conformado por empresas en pequeñas unidades, a menudo en manos de sus

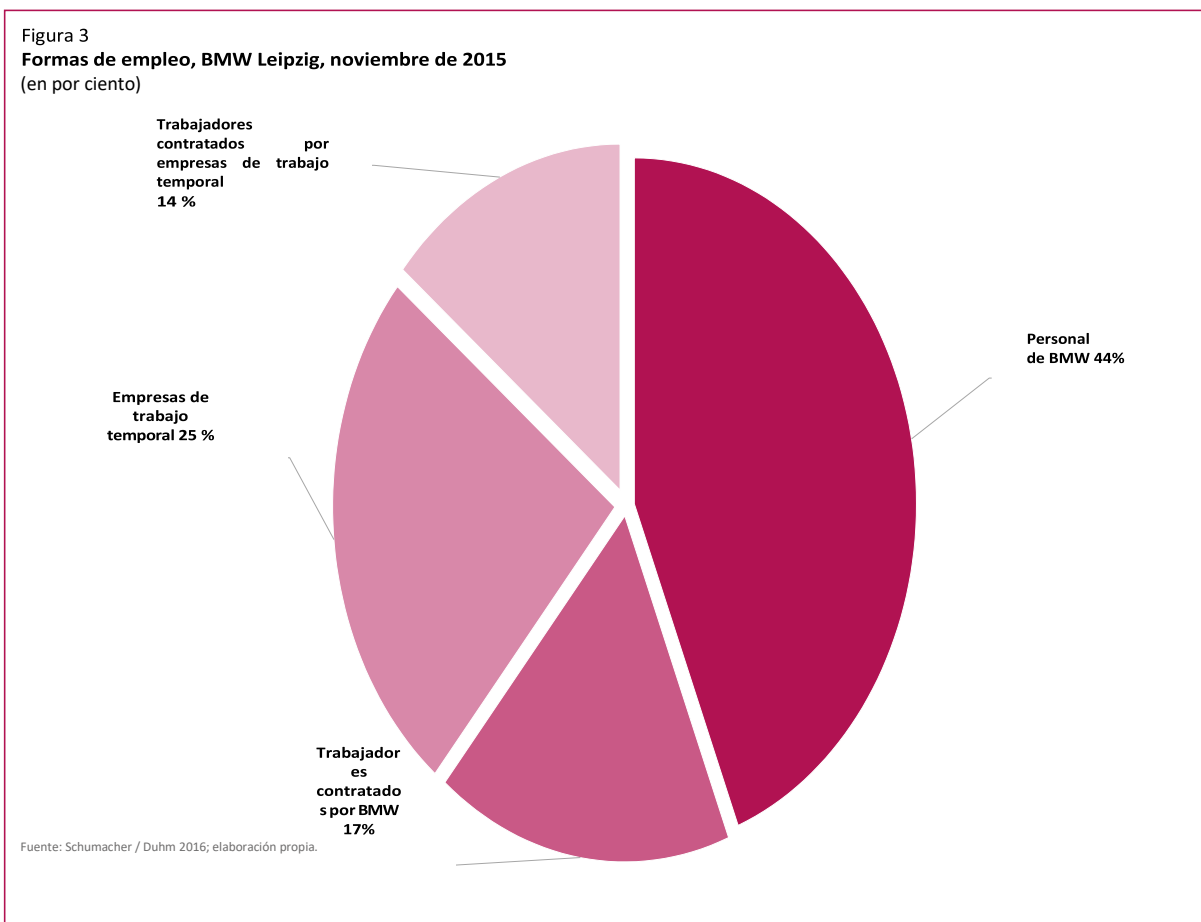
propietarios, pero comprende también a empresas de servicios de presencia reciente en el mercado que integran a sectores tan diversos como las TIC y las telecomunicaciones, los mataderos, una parte importante del transporte vial y la logística de contratos. Ese »tercer mundo« coincide en gran medida con las empresas sin comité de empresa ni convenio colectivo, aunque se extiende también a ramas industriales y empresas que cuentan con cobertura convencional formal, aunque la presencia sindical sea apenas marginal.

Los tres mundos no muestran una composición rígida, sino en permanente movimiento. Se influyen mutuamente y están interrelacionados a través de cadenas de valor entrelazadas y políticas de tercerización. Durante las primeras décadas de existencia de Alemania federal —y bajo el impacto de la evolución positiva del mercado de trabajo— los éxitos alcanzados en las negociaciones salariales obtenidos en el »primer mundo« se trasladaron, con cierto retraso y algunos ajustes, al segundo y tercer mundos. Incluso en el año 2017 las señales que se emitieron desde las negociaciones salariales de la industria automotriz y del sector público incidieron en la evolución salarial. Sin embargo, desde la segunda mitad de los años 90 se percibe la influencia creciente del »tercer mundo« en las empresas con alto grado de organización y convenios colectivos a partir de la reducción de costos y de tercerizaciones.

En muchos centros de producción, sobre todo de los grandes fabricantes de automóviles, pero también en las grandes empresas químicas, los tres mundos coexisten. El pasaje de un mundo al otro quizá se vea solamente por una marca en el piso de una sala. En algunos sitios de producción el fabricante inicial emplea solamente una minoría de los trabajadores, como en la planta de BMW en la ciudad de Leipzig. Ahí trabajaban en total 10.700 personas en noviembre de 2015 (Schumacher/Duhm 2016). Solamente el 44 por ciento de ellas eran trabajadores de BMW, el 25 por ciento eran empleados de empresas de trabajo temporal contratadas por BMW. Algo menos de un tercio (31 por ciento) se desempeñaban como trabajadores contratados por BMW o por una de las empresas de trabajo temporal (v. figura 3).

Condiciones similares se observan en el caso de otros fabricantes de automóviles (Helfen/Sydow 2015). A la división de los trabajadores corresponden diferentes niveles de protección convencional. Las condiciones establecidas en el convenio colectivo territorial de la industria metalúrgica se aplican exclusivamente al personal fijo del fabricante. En cambio, hasta las empresas de servicios dirigidas por los propios fabricantes se rigen a menudo por convenios salariales específicos que ofrecen condiciones inferiores. Y el personal empleado en la modalidad de contratos de servicio y los trabajadores contratados están sujetos a condiciones que difieren nuevamente. En una encuesta del año 2018 que la IG Metall llevó a cabo en casi

3.600 empresas, el 72 por ciento de los comités de empresa respondieron que a su juicio las condiciones laborales y salariales de «sus» empresas de servicios relacionadas con los fabricantes fueron «generalmente inferiores» a las ofrecidas por la «propia» empresa (IG Metall 2018b). Según los comités de empresa, dos tercios de las empresas de servicios operan sin convenios colectivos.



De esta manera, se generan cascadas de remuneración decreciente a lo largo de la cadena de valor (Helfen et al. 2016). La totalidad de las partes configuran una especie de cálculo mixto que —a juicio de los consorcios industriales— opera como garante de su competitividad global.

De este modo, los sindicatos enfrentan un conjunto de intereses cuyas diferencias dificultan la búsqueda de soluciones salariales libres de contradicciones. Por ejemplo, los acuerdos por centro de producción conllevan el problema de que la reducción de los costos de una empresa puede generar consecuencias negativas para los trabajadores de los competidores y proveedores. A mediados de la década de 2000, la IG Metall inició una campaña bajo el lema

»Mejor, no más barato«, que apuntaba a proponerles a los comités de empresa los elementos necesarios para responder con propuestas propias, por ejemplo sobre innovaciones en la empresa, a los programas de reducción de costos, para prevenir el empeoramiento unilateral de las condiciones de trabajo (Haipeter 2012; Wetzel 2005). Pero inevitablemente este concepto tampoco escapa a la lógica de la competencia, por lo que podrá ofrecer, como mucho, algunas soluciones parciales a los conflictos de interés a lo largo de la cadena de valor. En general, continúa la búsqueda de una respuesta sindical sostenible al problema de la diferenciación y segmentación del personal.

4.2 El futuro del modelo alemán.

Resulta contradictorio el escenario que se abre cuando indagamos en las estrategias del movimiento sindical alemán que se orientan por la cooperación entre el capital y el trabajo o el conflicto social, respectivamente. Por lo tanto, no será fácil formular afirmaciones generales sobre el futuro del modelo alemán. La conformación de varios »mundos« diferentes en materia de relaciones laborales conlleva diferencias respecto de las condiciones generales para los conflictos y la cooperación entre los interlocutores de las negociaciones colectivas, así como también en las empresas. El portafolio de acciones del movimiento sindical alemán incluye estrategias que se orientan tanto por la cooperación entre el capital y el trabajo como por el conflicto. La elección de la estrategia depende de la situación en que se encuentre el sector o la empresa y puede variar de un caso a otro. Con posterioridad a la crisis de los años 2008–2009, se produjo un renacimiento político del modelo alemán de cooperación entre los interlocutores basada en negociaciones y convenios centralizados. La crisis afectó los pilares de la economía exportadora de Alemania, particularmente los sectores metalúrgicos y de la electricidad, en los que la IG Metall constituía una fuerza a tener en cuenta. [P. 24] Además, en determinado momento daba la impresión de que se perdería por completo el control sobre la crisis, lo que podría haber desembocado en una conflictividad social absolutamente imprevisible. En esta situación, tanto el gobierno como los empresarios empezaron a valorar a los sindicatos como una fuerza de orden a nivel de las empresas y la política laboral y salarial. Asimismo, hubo algunas coincidencias en el marco de la contención de las consecuencias de la crisis. Las empresas apostaron a poner fin, cuanto antes, a la contracción económica y, dada la falta de personal cualificado que habían criticado antes de la crisis, tenían un fuerte interés en no perder los trabajadores fijos ya capacitados a un costo razonable. Como resultado de la

gestión tripartita de la crisis, en la que confluyeron la intervención estatal y un conjunto de medidas que la acompañaron a nivel de las empresas y la política salarial, así como también de cierta dosis de buena suerte, cuando la demanda internacional comenzó a recuperarse a partir de 2010, fue posible que inicialmente se cumpliera ese objetivo en general. Paralelamente, la estabilización temporal del personal fijo contribuyó al ensanche de la brecha en los salarios y las condiciones laborales y de empleo que lo separaba del personal periférico y precario en los años inmediatamente posteriores a la gran crisis (Birke 2011). No obstante, a partir de este período el milagro del empleo alemán (Krugman 2009) se interpreta como prueba de la longevidad del modelo alemán de cooperación entre el capital y el trabajo y de los efectos positivos de la participación de los sindicatos. Sobre todo, la IG Metall y el IG BCE hicieron hincapié en sus contribuciones a la estabilización de la economía alemana. Entre los partidos que hoy forman el gobierno no caben dudas sobre el papel positivo que los sindicatos desempeñaron durante la superación de las secuelas de la crisis, ni tampoco sobre la importancia de los comités de empresa y los convenios colectivos.

4.3 Opciones fundamentales de la política laboral y salarial

Desde mediados de los años 90, los sindicatos debieron enfrentar la actuación cada vez más ofensiva de las asociaciones empresariales. Hubo logros de la política laboral y salarial como, la reducción del horario semanal de trabajo o de terminados pagos extraordinarios, que se pusieron en tela de juicio, y algunos convenios tuvieron que ser renegociados en su totalidad. Paralelamente, cambiaron los márgenes de distribución. La política laboral y salarial estuvo marcada por los esfuerzos de enfrentar esos ataques desde una posición defensiva y de velar por el mantenimiento de los convenios colectivos existentes o, por lo menos, de intentar que estos no se cambiaran unilateralmente en detrimento de los trabajadores.

Los pasos dados por los sindicatos de la DGB para lograr esos objetivos no siempre fueron los más acertados. En 2003, luego de la desregulación del trabajo temporal a instancias del gobierno rojiverde en 2002, se firmaron los primeros convenios colectivos respecto del trabajo temporal a nivel nacional. Dada la falta de capacidad para organizar una huelga, los instrumentos de presión tradicionales no estuvieron disponibles, y la disposición de los sindicatos afiliados de la CGB a formular demandas inferiores a los reclamos de los sindicatos de la DGB significó un debilitamiento adicional de su posición negociadora. Por las razones expuestas, el convenio firmado redundó en la consolidación de hecho de las condiciones

relativamente peores de los trabajadores contratados respecto de los empleados fijos de las empresas prestadoras de personal. Posteriormente, los sindicatos tuvieron que esforzarse mucho para lograr la firma de acuerdos adicionales sobre pagos complementarios a los trabajadores contratados; el puntapié inicial decisivo fue la campaña de la IG Metall de 2008 »A igual trabajo, igual pago«. En 2011 y 2012, la IG Metall celebró convenios colectivos para las industrias siderúrgica y metalúrgica, respectivamente, que estipularon el pago de suplementos a los trabajadores contratados de los sectores comprendidos en los convenios. Finalmente, en 2017 se promulgó una enmienda legal que introdujo una regulación limitada del trabajo temporal. Según la ley, transcurridos nueve meses de trabajo temporal los trabajadores contratados tienen el derecho de percibir »el mismo salario« que el personal fijo. Se trata de una disposición de impacto relativo, porque muchos trabajadores permanecen por menos de nueve meses en la empresa, mientras que otros son reemplazados al finalizar ese plazo.

A esto se agrega que, una vez más, se estableció un plazo máximo. Ningún trabajador contratado puede quedar a disposición de una empresa de trabajo temporal por un período superior a 18 meses consecutivos. Al término de un plazo máximo de 18 meses el trabajador contratado debe ser dado de baja por la empresa contratante, salvo que decida integrarlo a su plantilla de trabajadores. Este plazo puede ser extendido sobre la base de un convenio colectivo. Esto había sido un reclamo de la IG Metall, cuyos convenios recientes establecen un plazo máximo de 48 meses. Dado que el convenio colectivo de la IG Metall estipula el pago de un suplemento de 50 por ciento sobre el salario después de nueve meses de trabajo temporal, la IG Metall parte de la convicción de que en muchos casos los mismos trabajadores contratados no deben estar interesados en ser dados de baja luego de cumplir los 18 meses, con la perspectiva de empezar de nuevo en un puesto de trabajo peor remunerado (Rossmann 2017).

A pesar de un contexto generalmente difícil, varios sindicatos fueron capaces de marcar algunos hitos en la política salarial a partir de mediados de los años 90. A continuación se destacarán cuatro opciones de la política laboral y salarial. Se identifican, en primer lugar, estrategias de negociación ofensivas en algunos segmentos ocupacionales y ramas industriales; en segundo lugar, el peso creciente de la política salarial en las profesiones sociales y de la salud; en tercer lugar, la incidencia creciente de los conflictos en el sector de los servicios en general, y en cuarto lugar, la importancia cambiada y renovada de los horarios de trabajo en las negociaciones colectivas.

En primer lugar, los sindicatos profesionales e industriales fueron capaces, por lo menos en parte, de implementar una política laboral y salarial exitosa. Esto se debe tanto al peso de

determinados cargos claves en el proceso de trabajo como a la falta de trabajadores; es decir, una situación del mercado que se presenta favorable para algunos segmentos ocupacionales. Luego de la fundación del sindicato de servicios, ver.di, en 2001, la Asociación Cockpit (VC) resolvió encargarse de las negociaciones laborales y salariales con la empresa *Lufthansa* en representación de sus pilotos afiliados. Seguidamente, ver.di acusó a VC de dividir a los trabajadores y de fomentar el egoísmo grupal. Sin embargo, VC organizó una huelga que le permitió imponerse contra la dura oposición de la dirección de la empresa y asegurar aumentos por encima de la media. La capacidad de la dirección de la empresa de responder al sindicato se puso de manifiesto durante el conflicto laboral sobre las pensiones de jubilación, entre 2014 y 2017. A pesar de reiterados paros de actividad, al final la VC se vio obligada a hacer fuertes concesiones, luego de que *Lufthansa* mencionara la posibilidad de mover sus empresas a Austria. En 2002, *Lufthansa* reconoció a la Organización Independiente de Acompañantes de Vuelo (UFO) como interlocutor independiente en las negociaciones, aunque su capacidad de imponerse fue limitada.

La privatización del sistema de salud y las diferencias en torno a la firma de un nuevo convenio colectivo marco para el sector público llevaron a que el *Marburger Bund* (MB) se negara, en 2005, a firmar el convenio colectivo para el sector público, optando en su lugar por la independencia en materia de política laboral y salarial. Sobre todo los jóvenes médicos asistentes habían insistido en que dicha organización profesional adoptara un perfil más sindical (Martens 2007). Por primera vez se produjeron huelgas médicas a gran escala en Alemania, gracias a las cuales el MB logró la firma de convenios independientes en 2006, que a su entender se ajustaron mejor a las necesidades de los médicos empleados.

Finalmente, en 2007, el Sindicato de Conductores Ferroviarios de Alemania (GDL) optó por el conflicto laboral para acceder a la independencia en materia laboral y salarial. Los mencionados sindicatos profesionales tienen en común que operan en sectores o empresas de servicios que antiguamente habían pertenecido al ámbito estatal; que cuentan con una presencia buena y hasta muy buena en los grupos profesionales representados por ellos, y que reclaman para sí la capacidad de firmar convenios más beneficiosos (Bispinck/Dribbusch 2008).

El pasaje a la independencia de esos sindicatos profesionales en materia de política salarial marcó un hito en el sistema de relaciones industriales de Alemania, donde los sindicatos de la DGB gozaban de un monopolio de hecho en las negociaciones. Por el lado de los empleadores, que recurrieron al trabajo temporal y las tercerizaciones para fragmentar el paisaje convencional, esas tendencias despertaron el temor de que se generaran enfrentamientos más

frecuentes con algunos grupos de trabajadores más militantes. Sin embargo, por el momento no se ha llegado a este punto. La transición hacia la independencia respecto de la política salarial presenta dificultades y depende, entre otras cosas, de la existencia de una base de afiliados lo suficientemente fuerte. Desde 2007, ningún sindicato profesional o de rama ha sido capaz de superar este desafío. No obstante, dichos conflictos impactaron en otras controversias salariales en el sector de los servicios. Sin ir más lejos, ver.di reconoció la existencia de asuntos que atañen a determinados grupos profesionales cuya solución ha sido imposible en el marco de las negociaciones generales del sector público.

Las controversias en torno a las condiciones reinantes en las profesiones sociales y de cuidados se han convertido en el *segundo* aspecto relevante de la política laboral y salarial. A partir de los debates sociales sobre los niveles crecientes de desigualdad y la baja valoración de las «profesiones de mujeres» fueron cada vez más las mujeres ocupadas en los sectores sociales y de la educación que se manifestaron a favor de la valorización de sus actividades que, a pesar de ser socialmente reconocidas, no recibían la recompensa financiera que correspondía (Artus et al. 2017). La política laboral y salarial empezó a prestarle atención al problema por primera vez a partir de 2009, cuando se constituyó un movimiento de reivindicación salarial independiente en los servicios sociales y educativos que desembocó en la primera huelga nacional de guarderías públicas. Los extensos debates no se limitaron a la mejora de las remuneraciones de las educadoras, sino que incorporaron también los riesgos para la salud (Kutlu 2013). El conflicto laboral, que se llevó a cabo con un fuerte compromiso de las trabajadoras, terminó en una solución consensuada que aportaba algunas mejoras, aunque no significaba un avance decisivo en el camino hacia la valorización de las profesiones sociales y educativas. Por lo tanto, finalizado el período de vigencia de los acuerdos firmados, el tema volvió al orden del día en el año 2015. En esta instancia se puso el énfasis en el aumento de las remuneraciones de las trabajadoras sociales y educadoras muy por encima de la media. La movilización de las trabajadoras superaba las expectativas sindicales (Kutlu 2015; Artus et al. 2017). Si bien en 2009 ver.di contabilizaba numerosas afiliaciones, el movimiento de afiliaciones del año 2015 alcanzaba dimensiones de olas, sobre todo en Alemania Occidental. Las nuevas afiliaciones se mantuvieron vigentes, a pesar de cierto descontento con el desarrollo de la ronda de negociaciones salariales, que se expresó a través del rechazo de los resultados del primer arbitraje (Birke 2017). Posteriormente, muchas trabajadoras estuvieron en desacuerdo con los resultados alcanzados después de semanas de conflicto laboral. No obstante, los conflictos de 2009 y 2015 fueron pasos importantes hacia la valorización de las profesiones

sociales y educativas en la opinión pública. La fuerte participación de las trabajadoras sociales y de la educación en las paralizaciones de advertencia durante la ronda de negociaciones del sector público en 2018 es testimonio de su voluntad continua de seguir luchando por sus intereses. La ronda de negociaciones logró una serie de mejoras, sobre todo para profesionales jóvenes, aunque la equiparación salarial de las profesiones de cuidados con las industriales con predominio masculino, sobre todo en el sector automotor, queda pendiente.

La relevancia de la vinculación de los reclamos de mejores servicios públicos con los conflictos laborales no se limita a quienes trabajan en los servicios sociales y educativos, en su mayoría mujeres; resulta igualmente importante en las profesiones asistenciales, sobre todo en las áreas del cuidado de la salud y de enfermería. »Que demos más de nosotros será mejor para todos«; bajo esta consigna los trabajadores del hospital Charité de Berlín, una de las mayores clínicas de Europa, se declararon en huelga en julio de 2015, luego de varios años de preparación (Hedemann et al. 2017). En el centro de este conflicto laboral estaba la exigencia de contratar personal adicional para lograr un alivio sustancial de la carga de trabajo del personal de enfermería. La »huelga de enfermería« de Berlín fue literalmente ejemplar. No solo suscitó un enorme interés público, sino que estimuló a huelgas similares en otros hospitales alemanes que en algunos casos desembocaron en conflictos laborales de varias semanas, como en el verano [boreal] de 2018 en el hospital universitario de Düsseldorf. Si bien la campaña por mejoras en el sistema de enfermería no estaba exenta de controversias en el seno de ver.di, hoy está firmemente establecida. Cada vez más el reclamo por más personal de enfermería se convierte en un asunto político: ha sido el tema de varios debates del Parlamento y del gobierno.

En tercer lugar, desde hace varios años se observa un incremento de la conflictividad no solo en el área de la producción de bienes públicos, sino también en el sector público en general. Esta afirmación también es válida para algunos sectores tradicionalmente »difíciles« desde la perspectiva de la política laboral y salarial. Así, en los servicios privados de vigilancia, en plena expansión desde la década de 1990, a partir de la primera década del 2000, una nueva generación de secretarios sindicales inició el proceso de elaboración de una nueva política laboral y salarial en conjunto con los trabajadores (Bremme et al. 2007; ver.di NRW 2014). Su objetivo consistía en superar la idea de que los salarios bajos eran inevitables. Encontraron la palanca para generar cambios sobre todo en las tareas privatizadas de supervisión y control durante el despacho de pasajeros de los aeropuertos. Sobre la base de una fuerte disposición a la huelga del personal se lograron avances en los años 2013 y 2014, sobre todo unos aumentos salariales muy por encima de la media.

Desde fines de la década del 2000, ver.di sigue una política laboral y salarial que se dirige cada vez más a grupos específicos de profesionales y que cumple un papel relevante en todas las iniciativas de movilización en el sector de servicios. Según el Instituto de Economía Alemana, próximo a los empleadores, esta política es una reacción contra la aparición de los sindicatos profesionales con el fin de evitar otras escisiones (cfr. Lesch 2016). Aunque, a diferencia de lo ocurrido con los sindicatos profesionales, en ver.di esas mismas profesiones forman parte de una política laboral y salarial integral. Por lo tanto, en definitiva la opción no consiste, en primer lugar, en la orientación a las profesiones, sino en el hecho de implantar en la conciencia social los temas generalizables como el reconocimiento, el alivio de la carga de trabajo y la lucha contra el empleo por salarios bajos, con independencia de los conflictos espectaculares.

En cuarto lugar, los horarios de trabajo volvieron al orden del día de la política sindical en materia laboral y sindical, con una nueva opción de elegir entre horarios y remuneración. En ese camino, el Sindicato Ferroviario y de Tránsito (EVG) estuvo en la vanguardia. En 2016 logró la firma de un convenio colectivo para los cerca de 100.000 afiliados de la empresa del ferrocarril, *Deutsche Bahn*, que prevé la posibilidad de que los trabajadores opten por canjear el aumento salarial de 2,6 por ciento, que entraba en vigencia el 1 de enero de 2018, por una licencia adicional de seis días o la reducción de una hora de su horario laboral semanal. Precedió la ronda de negociaciones una encuesta sobre las prioridades de las y los afiliados, según la cual aproximadamente la mitad aspiraba al aumento de sus remuneraciones, mientras que la otra prefería una reducción de la jornada laboral o una licencia más larga. Seguidamente, el EVG inició las negociaciones sobre la base del modelo de opciones que finalmente fue acordado. Según el balance del acuerdo correspondiente al verano [boreal] de 2018, cerca de 56 por ciento de los trabajadores optaron por la licencia adicional, 41,4 por ciento por el aumento salarial, y 2,6 por ciento por la reducción del horario de trabajo.⁴ Según los cálculos del EVG, se deberían crear 3.000 puestos nuevos como consecuencia de las licencias adicionales (EVG 2017).

Este enfoque innovador de la política laboral y salarial generó un impacto en otros sindicatos. En la ronda de negociaciones de las industrias metalúrgica y de la electricidad correspondiente al año 2018, la IG Metall también propuso un modelo de opciones, aunque no se ofreció la elección general entre licencia y remuneración. En cambio, los sindicatos impulsaron la opción de una reducción limitada y de corto plazo del horario de trabajo semanal,

⁴ Información proporcionada por el EVG a WSI-Tarifarchiv del 6 de agosto de 2018

acompañada de la garantía de poder retomar el horario anterior en una instancia posterior. Para los trabajadores particularmente exigidos, así como para quienes destinarían la reducción de la jornada laboral al cuidado de familiares, se solicitó una compensación parcial de las pérdidas salariales. Este punto suscitó la mayor resistencia de los empleadores. Luego de largas paralizaciones del trabajo, se alcanzó una solución negociada muy compleja. Además del aumento salarial universal, se introdujo una *remuneración obligatoria adicional* equivalente a 27,5 por ciento de un salario mensual (Schulten / WSI-Tarifarchiv 2018). Se acordó asimismo el derecho individual de reducir el horario de trabajo por un tiempo limitado, con la opción de retomar el horario completo; no se prevén compensaciones salariales. Si el número de trabajadores que elijan esa posibilidad llega a 10 por ciento, los empleadores pueden negar la autorización. Los trabajadores a cargo del cuidado de familiares así como trabajadores por turnos pueden optar por ocho días adicionales de licencia por año, a cambio del salario vacacional, lo que equivale a dos días de licencia por encima del valor nominal de dicho salario. A cambio, las empresas tienen la posibilidad de acordar horarios de trabajo más largos con determinados grupos de trabajadores; por ejemplo, en los departamentos de investigación y desarrollo. El hecho de que la IG Metall decidiera poner el énfasis de la ronda de negociación salarial de 2018 en la reducción del horario de trabajo —sobre todo para el cuidado de familiares— generó repercusiones públicas netamente positivas y se valoró como ejemplo de una política laboral y salarial innovadora. En la fase previa a la ronda de negociaciones, la IG Metall había consultado a los aproximadamente 680.000 trabajadores de su área de competencia sobre sus condiciones de trabajo y sus preferencias; los insumos recogidos sirvieron posteriormente como base para la preparación y fundamentación de su catálogo de reclamos (Hofmann/Smolenski 2018). Según los primeros análisis de la implementación del convenio, 80 por ciento de los trabajadores por turnos, al poder elegir entre una licencia más larga y el aumento salarial, optaron por la licencia (ibíd.).

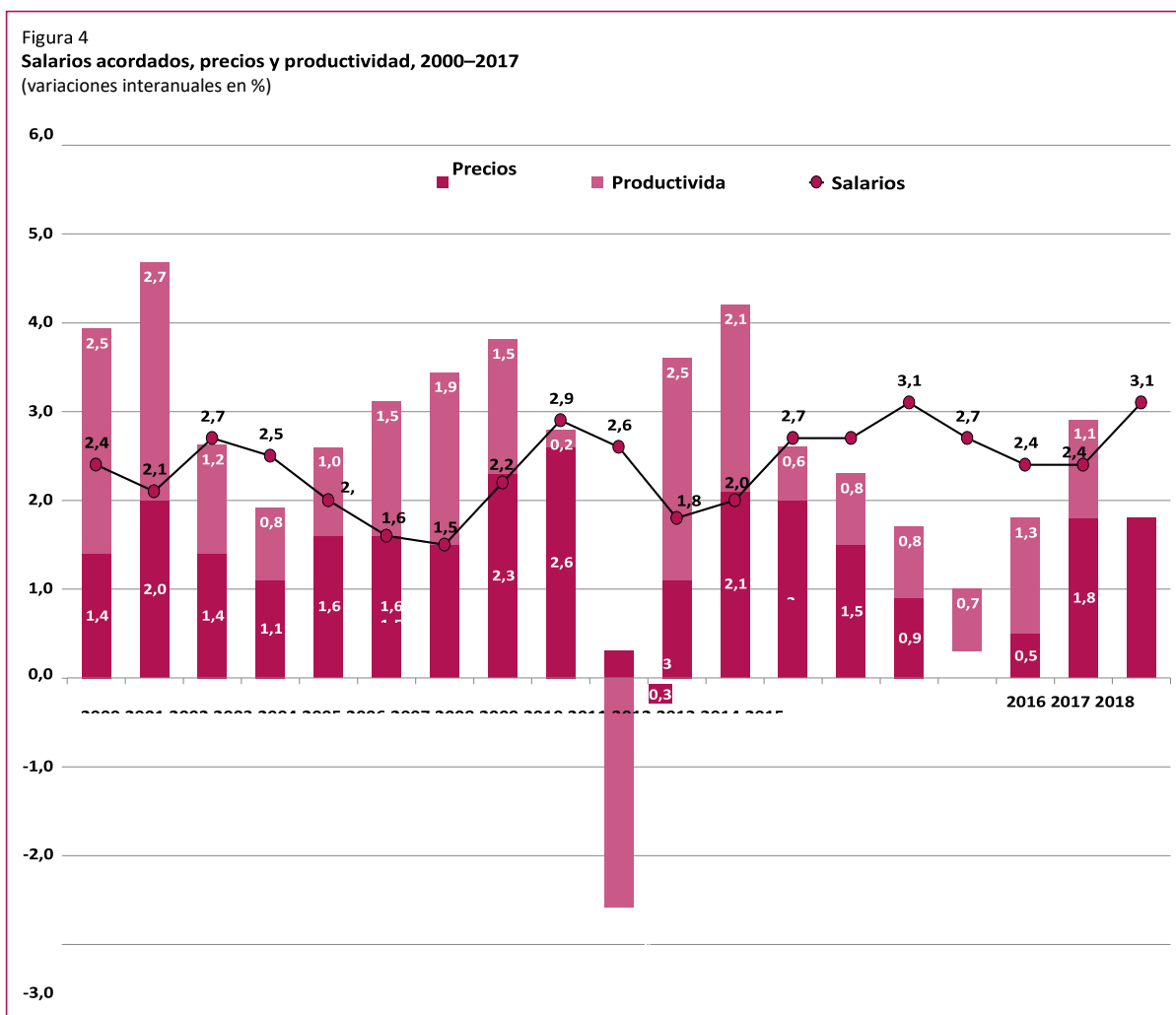
En diciembre de 2018, luego de la paralización completa del servicio ferroviario de Alemania durante cuatro horas, el EVG logró un nuevo convenio colectivo con el *Deutsche Bahn* que incluía la posibilidad adicional de elegir entre el aumento salarial o la reducción del horario de trabajo a partir de 2021. Convenios similares, que introdujeron diferentes formas de elegir entre la remuneración y el horario de trabajo, fueron firmados también por otros sindicatos, por ejemplo el convenio de ver.di con la empresa *Deutsche Post DHL*.

En resumen, las tendencias en materia de política laboral y salarial desde 2005 permiten concluir que los sindicatos mantienen la capacidad de introducir nuevos acentos a dicha política,

a pesar de encontrarse en la defensiva en muchas ramas de actividad. Esto se debe también a la coyuntura económica, que favorecía la adopción de una política salarial más ofensiva.

Reflejo de todo esto es la evolución relativamente favorable de los salarios acordados, sobre todo en comparación con el período previo a la crisis, una década marcada por el estancamiento y hasta la caída de los salarios reales. Gracias a las bajas tasas de inflación fue posible que los salarios reales aumentaran sin interrupción desde 2012 (v. figura 4).

El análisis comparativo por sectores muestra que los mayores aumentos salariales entre 2000 y 2017 se registraron en las grandes ramas industriales: química, metalúrgica y electricidad. Los incrementos registrados en el sector bancario, pero también en el comercio minorista, fueron claramente inferiores. Una evolución de las remuneraciones por debajo del promedio de la economía general en el período mencionado se observó también en el sector público (v. cuadro 11).



Si ampliamos nuestro análisis más allá de los salarios establecidos, para incluir la

evolución de los salarios horarios brutos, podemos constatar que la *desviación salarial negativa* observada hasta 2007 ha cambiado de signo a partir de 2009. Mientras en los años 2002 a 2007 los aumentos anuales de los salarios efectivos, es decir, las remuneraciones horarias brutas, se ubicaban por debajo de los incrementos anuales de los salarios establecidos, a partir de 2009 estos superaron los aumentos salariales estipulados por varios años (v. figura 5). Entre los factores capaces de generar la llamada *desviación salarial positiva* en los períodos de prosperidad económica se destacan los pagos por horas adicionales que resultan de horarios de trabajo más largos y los pagos de las empresas por encima de lo estipulado. Además, ante un mercado laboral restringido, muchas empresas no comprendidas en los convenios colectivos no pueden desconectarse de la tendencia general de las remuneraciones establecidas.

Cuadro 11
Evolución de salarios acordados en algunas ramas de actividad, 2000–2017
(índice: 2000 = 100, años selectos)

Año	Total economía	Industria metalúrgica	Industria química	Sector público, federal y local	Comercio minorista	Sector bancario	Construcción	Hotelería y gastronomía
2000	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
2005	111,4	112,5	113,1	110,0	110,6	113,4	107,9	110,6
2010	124,2	128,3	130,1	120,9	118,7	124,4	120,4	121,1
2015	141,5	148,6	148,1	137,4	133,1	136,7	138,6	138,8
2016	144,8	151,9	150,9	140,7	137,0	138,0	142,5	142,9
2017	148,3	155,7	154,8	144,3	139,4	139,5	145,9	146,7

Fuente: WSI-Tarifarchiv.

4.4 Evolución cuantitativa de los conflictos laborales.

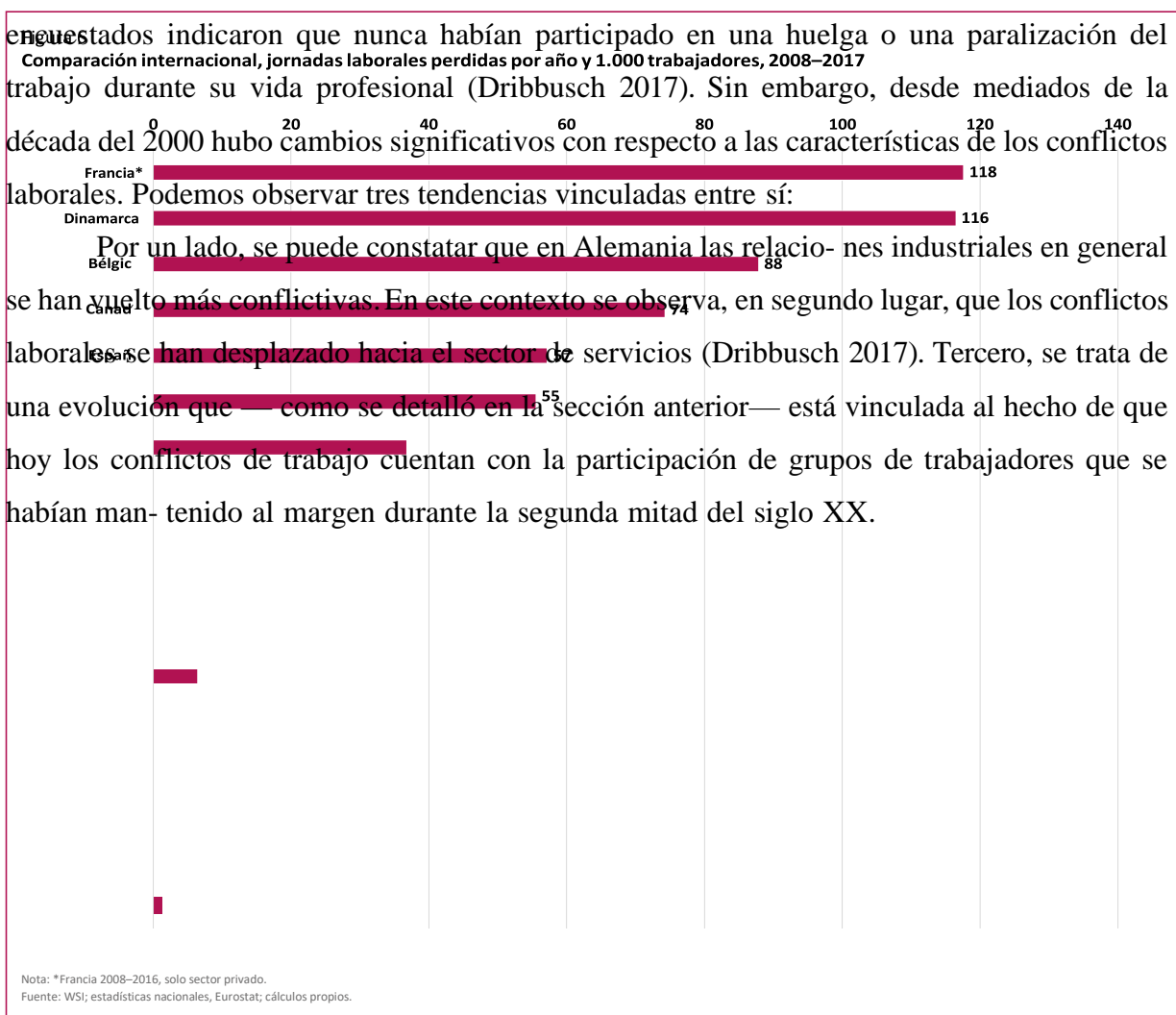
La estadística oficial de huelgas de la Agencia Federal de Trabajo (BA) queda incompleta, porque muchos empleadores incumplen, por lo menos en parte, su obligación de notificar la agencia de todos los conflictos. Para compensar esos déficits, el WSI estableció una estadística independiente que se nutre fundamentalmente de los datos proporcionados por los sindicatos y estudios propios (Dribbusch 2018). Desde una perspectiva comparativa, Alemania ocupa un lugar en el campo medio inferior de la estadística de huelgas.

Un análisis de la situación general deja en claro que en Alemania las huelgas no han dejado de ser acontecimientos aislados, en los que participa a penas una minoría activa de los trabajadores, incluso en años de mucha actividad conflictiva. Según una encuesta representativa que se llevó a cabo en 2008 por encargo de la Fundación Hans Böckler, el 80 por ciento de los

encuestados indicaron que nunca habían participado en una huelga o una paralización del trabajo durante su vida profesional (Dribbusch 2017). Sin embargo, desde mediados de la

década del 2000 hubo cambios significativos con respecto a las características de los conflictos laborales. Podemos observar tres tendencias vinculadas entre sí:

Por un lado, se puede constatar que en Alemania las relaciones industriales en general se han vuelto más conflictivas. En este contexto se observa, en segundo lugar, que los conflictos laborales se han desplazado hacia el sector de servicios (Dribbusch 2017). Tercero, se trata de una evolución que — como se detalló en la sección anterior — está vinculada al hecho de que hoy los conflictos de trabajo cuentan con la participación de grupos de trabajadores que se habían mantenido al margen durante la segunda mitad del siglo XX.



En lo que respecta a la cantidad de conflictos de trabajo, se observa un incremento a partir de 2006, hasta alcanzar un punto máximo preliminar en 2012, luego de lo cual ha permanecido en un nivel comparativamente alto.⁵ En la mayoría de los años, más de la mitad de los conflictos se generaron en el área de servicios (v. figura 7). Los conflictos se enmarcan mayoritariamente en el contexto de controversias sobre convenios salariales a nivel de las empresas. A menudo se desencadenan cuando las empresas abandonan los convenios territoriales o simplemente se niegan a aceptar cobertura convencional alguna.

El desplazamiento de los conflictos laborales hacia el sector de servicios resulta particularmente evidente en la evolución a largo plazo de su participación en el total de los días perdidos por conflictos de trabajo (v. figura 8). Desde mediados de la década de 2000, dos tercios de todos los días perdidos correspondieron al sector de servicios privados y públicos. En este período, aumentó la disposición sindical al conflicto, sobre todo en el sector de servicios. La presión sobre los sindicatos se intensificó en la medida en que las exigencias de las empresas o de los empleadores públicos de recortar los logros alcanzados en los convenios empezaron a cerrar los espacios de negociación constructiva. Bajó la disposición de los trabajadores a ceder ante las presiones, a aceptar los salarios bajos y la falta de reconocimiento financiero mientras aumentaba la carga laboral; los núcleos más combativos de los sindicatos reclamaron una resistencia más organizada. Además, ningún sindicato podrá aceptar que una empresa como *Amazon* se niegue a negociar.

Otros impulsos novedosos provinieron de la apertura hacia los enfoques de campaña y organización más combativos del mundo anglosajón. Ya no se aceptó la pérdida supuestamente inevitable de afiliados que se había iniciado a comienzos de la década de 1990. Por el contrario, en el sector de servicios ganó espacio la idea de que ni la reducida presencia en las empresas ni la falta de capacidad de conflicto constituían hechos inalterables del destino

⁵ El WSI define como conflicto laboral todas las controversias relativas a condiciones laborales y salariales, en cuyo transcurso se produce al menos una paralización del trabajo. A partir de los datos disponibles solo se podrán hacer estimaciones aproximadas sobre el período entre 2006 y 2014 (Dribbusch 2018).

(Wohland 1998; Dribbusch 2003; Bremme et al. 2007; Koscis et al. 2013).

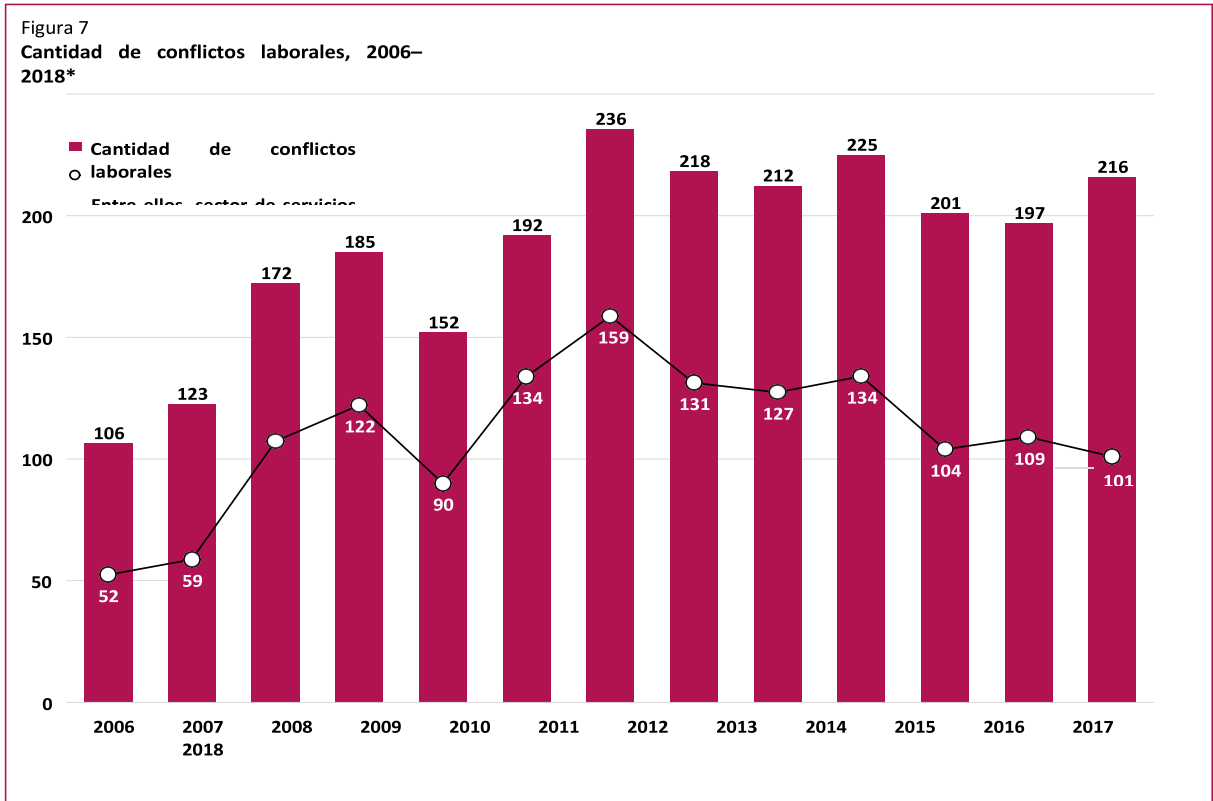
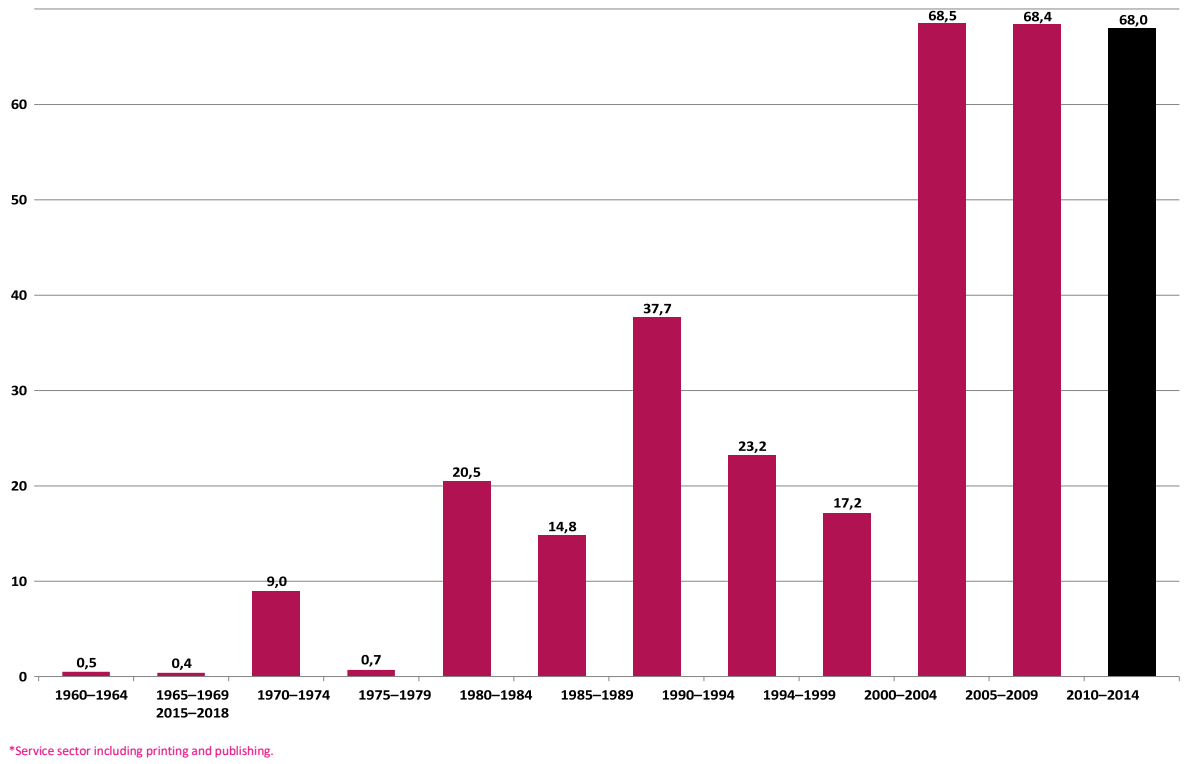


Figura 8
Días perdidos por conflictos laborales: porcentaje del sector de servicios, 1960–2018* (en %)
 (promedios quinquenales; 2015–2018: promedios cuatrienales)



4.5 La organización como desafío estratégico

Una base de afiliados estable y en condiciones de actuar sigue siendo el fundamento más importante de la fuerza sindical y su capacidad de incidir. Por lo tanto, el mayor desafío del movimiento sindical continuará siendo su capacidad de adaptarse a los cambios estructurales y de profundizar su presencia en las ramas y empresas, hacia donde se traslada una porción relevante del empleo. En el centro de este movimiento las pequeñas y medianas empresas manufactureras. El fenómeno de la baja presencia sindical en los sectores de servicios atraviesa a todas las ramas. Sin embargo, no faltan ejemplos para afirmar que se puede reclutar afiliados en esos sectores; en principio, no existe un rechazo generalizado a los sindicatos ni tampoco un problema de imagen. El problema estructural fundamental radica en la presencia muy reducida y hasta inexistente de los sindicatos en las empresas ante un panorama empresarial cada vez más fragmentado. En las ramas industriales con predominio de pequeñas empresas, el esfuerzo por establecer estructuras representativas puede ser desproporcional y hasta imposible de realizar con los recursos humanos disponibles (Dribbusch 2003). La divi-

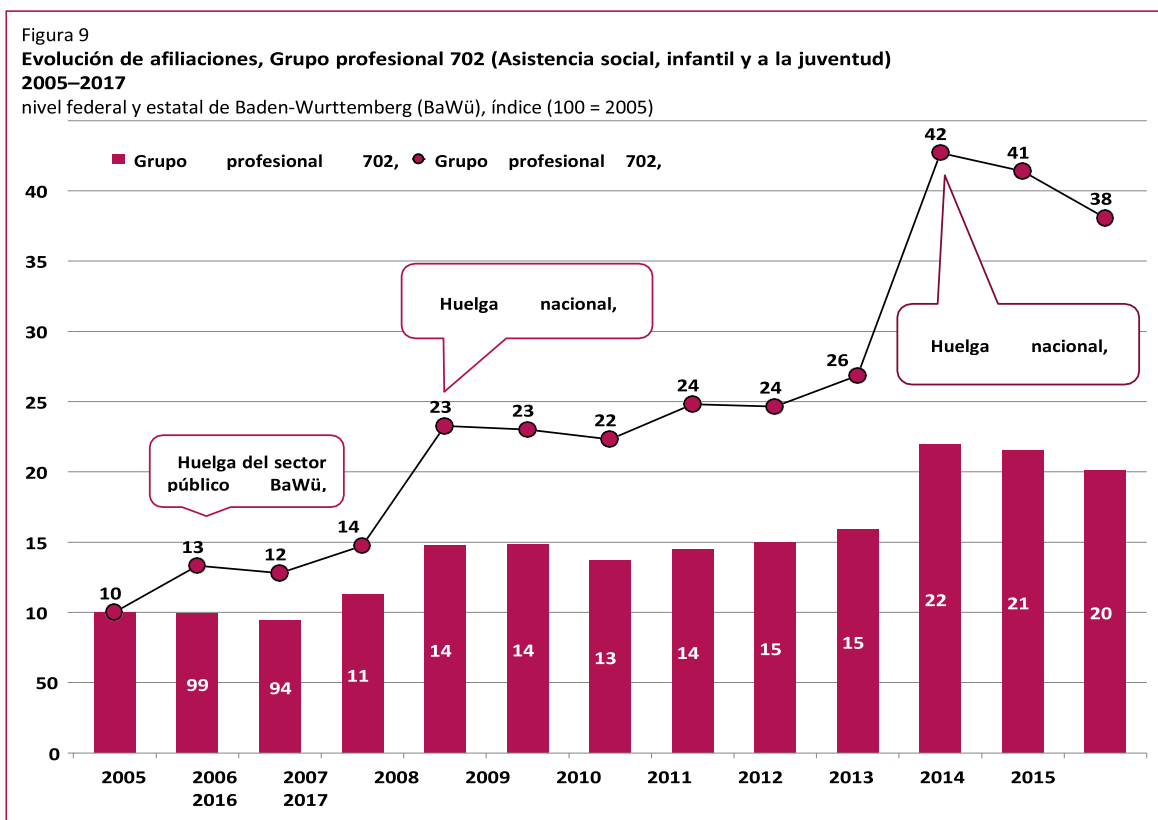
sión de los trabajadores entre fijos y contratados, entre trabajadores de tiempo completo, tiempo reducido o subempleados, así como la creciente diferenciación de las estructuras de los horarios laborales dificultan además la formación de una solidaridad compartida. Ante esos desafíos, la DGB reconoce la necesidad de ensayar nuevos caminos.

Por ejemplo, la reducción continua de afiliados convenció a los sindicatos ver.di e IG Metall a abrirsean, a partir de mediados de la década de 2000, hacia métodos de organización sindical basados en campañas (Bremme et al. 2007; Wetzel 2013). En este proceso, se recurrió a discusiones y prácticas de los sindicatos en los países anglosajones que se proponen la creación de estructuras organizativas sindicales en condiciones diferentes a las de las alemanas, con énfasis en los conflictos cotidianos, el contacto directo con los trabajadores y su activación. La relación entre afiliación sindical y conflictividad laboral, que algunos estudios habían establecido, sirvió de punto de partida para profundizar la integración de los afiliados (Waddington 2014). Hasta ahora los resultados de los intentos de aplicar esas estrategias en la práctica —en los sectores de vigilancia y seguridad, limpieza industrial, comercio minorista, hospitales y energía eólica, entre otros— han sido dispares: mientras en algunos sectores las campañas sindicales adquirieron carácter sostenible, en otros hasta los intentos de atraer nuevos afiliados fueron efímeros.

En algunos sectores que habían ostentado bajos índices de sindicalización, como por ejemplo las guarderías municipales y la limpieza industrial, se logró el fortalecimiento duradero de la base sindical a partir de la estrecha vinculación de los esfuerzos de sindicalización con un trabajo por mejoras laborales y salariales que se orientaba por los conflictos. Sobre todo en el caso de ver.di, el enfoque bajo el lema »Organizar de la mano de los conflictos« (Dribbusch 2011, 2016; Kocsis et al. 2013) generó un eco bastante importante. Su punto de partida es la experiencia, que las situaciones de conflicto colectivo, por ejemplo un conflicto laboral, proporcionan las condiciones fundamentales para que los trabajadores opten por la afiliación sindical. El mismo conflicto genera la necesidad de actuar en conjunto. No hay dudas respecto del adversario, y el sindicato se acerca a los trabajadores con una intensidad que excede lo normal. La relación entre la movilización durante el conflicto laboral y la evolución positiva de las afiliaciones se observa con mayor claridad en los servicios sociales y educativos municipales pertenecientes al grupo profesional 702 de ver.di (v. figura 9). Los aumentos repentinos de afiliaciones en el contexto de las rondas de negociaciones colectivas se observan sobre todo en el distrito regional de Baden-Württemberg, que había sido muy activo durante el largo conflicto laboral del sector público en 2006 y nuevamente durante las huelgas nacionales

de los servicios sociales y educativos de los años 2009 y 2015. A pesar de la contracción de las afiliaciones durante los años inmediatamente posteriores a las rondas, los aumentos anteriores no fueron anulados.

A parte del método *Organizing*, ver.di sigue otro enfoque bastante exitoso, que se



conoce como »trabajo laboral y salarial acorde a las condiciones“ (Dilcher 2011). Este enfoque se centra en fábricas y empresas sin convenio colectivo, cuyos niveles de sindicalización suelen ser bajos. Al contrario de lo habitual, en esos casos el sindicato expone su debilidad organizativa y explica a los trabajadores que el inicio de un conflicto para alcanzar un convenio colectivo que tenga posibilidades de éxito depende de la organización previa de una parte crítica del personal. Forma parte del mismo concepto que se aclare con anticipación qué reclamos serían prioritarios para los trabajadores, al punto de que una parte suficientemente importante del personal estarían dispuestos a iniciar un conflicto. Un enfoque de organización de estas características presupone la existencia de un núcleo firme de militantes resueltos que jugarían un papel decisivo durante la planificación y puesta en práctica de cada paso. Este procedimiento arrojó buenos resultados sobre todo en el caso de varios hospitales privatizados y contribuyó a que el área de la salud sea la única de ver.di que demuestra una tendencia creciente de afiliaciones desde finales de la década de 2000.

A pesar de los éxitos a veces considerables que se lograron en algunas ramas y empresas,

quedó en evidencia que se trata de enfoques muy intensivos en recursos, por lo que será difícil revertir la tendencia negativa de las afiliaciones exclusivamente por esta vía. Los problemas quedan de manifiesto en el sector minorista. EDEKA, la mayor empresa alemana del sector alimenticio, concedió un porcentaje importante de sus sucursales a almaceneros privados. Por consiguiente, en 2015 la marca EDEKA comprendía alrededor de 6.000 empresas individuales bajo la dirección de sus propietarios; según estimaciones sindicales, solo uno o dos por ciento de esas empresas se regían por convenios colectivos y tenían un comité de empresa (ver.di, Congreso federal 2015, 65). Fragmentaciones similares en empresas minúsculas se observan también en otras cadenas de supermercados de la alimentación. De continuar con los métodos actuales de organización, los sindicatos llegarían rápidamente al límite de sus recursos financieros y humanos. Por lo tanto, será muy importante que los mismos trabajadores y activistas se encarguen de la organización, siguiendo al ejemplo exitoso de la cadena de tiendas de moda H&M (Fütterer / Rhein 2015). El panorama se vuelve especialmente difícil en los casos en que en un lapso breve una rama completa como la industria de la construcción experimenta un proceso de transformaciones de tal magnitud que el IG BAU pierde casi todos sus baluartes tradicionales. Cuando las grandes empresas constructoras se convierten en empresas de servicios que dejan de intervenir en la construcción para operar a través de contratos con concesionarios y subconcesionarios, se hace muy difícil establecer las estructuras organizativas correspondientes.

A nivel industrial, la IG Metall comenzó a adoptar, a partir de mediados de la década de 2000, nuevos enfoques orientados a los afiliados y las campañas. Mencionaremos solamente dos de las numerosas iniciativas. El primer ejemplo es la campaña referida al trabajo temporal (Dribbusch / Birke 2014). En 2007, la IG Metall había tomado conciencia de que debía reubicarse con respecto a esta modalidad de trabajo, entre otras razones para evitar que el trabajo temporal socavara los convenios colectivos en las industrias metalúrgica y de electricidad. La IG Metall había llegado a la conclusión de que no habían tenido éxito los intentos de los sindicatos de la DGB en el sentido de mejorar las condiciones materiales de trabajo en el sector del empleo temporal por la vía de convenios con las asociaciones empresariales. Por lo tanto, en abril de 2018 se inició la campaña »A igual trabajo, igual salario«. Lo novedoso de esta campaña fue el cambio de énfasis introducido por el sindicato, desde la política laboral y salarial al ámbito de la empresa. Se buscaba el contacto directo con los trabajadores contratados para lograr su sindicalización. Paralelamente, la campaña se dirigía a los comités de empresa, instándolos a defender activamente los intereses de los trabajadores

contratados y a negociar, en la medida de lo posible, «acuerdos de mejora suplementaria» con el fin de lograr la equiparación de sus remuneraciones con las del personal fijo de la empresa usuaria. La campaña no solo desembocó en los acuerdos arriba mencionados sobre el pago de suplementos a los trabajadores contratados; también contribuyó a que los esfuerzos de sindicalización a nivel de las empresas se concentraran en esos trabajadores.

Entre 2010 y 2012, la IG Metall llevó a cabo una extensa campaña de organización en el sector eólico, en cuyo transcurso ensayó, a modo de ejemplo, varias formas de *Organizing* (Dribbusch 2013). Esa campaña cumplió tres objetivos: la IG Metall se estableció como el sindicato responsable del sector eólico; se crearon o ampliaron las representaciones sindicales a nivel de las empresas, y se inició un conflicto laboral ejemplar con uno de los principales fabricantes de instalaciones eólicas de Alemania que permitió recuperar la cobertura convencional perdida hacía varios años. No resultó tan exitoso el posterior intento de organizar también al mayor fabricante de aerogeneradores, la empresa *Enercon*. Si bien se logró la sindicalización de varias plantas de ensamblaje, no hubo un avance decisivo en la producción propiamente dicha (situación en verano [boreal] de 2018). Además, las insolvencias y los cierres de sedes de producción a causa de los cambios en la industria eólica llevaron a que algunos de los logros alcanzados hasta 2012 se perdieran en los años posteriores. El caso del sector eólico dejó en claro que los éxitos a largo plazo requieren un largo aliento. En los años siguientes, la atención de la IG Metall se concentró, por un lado, en las empresas en las que ya estaba presente y un porcentaje importante de los trabajadores aún no se había afiliado, y por el otro, en los proveedores y las empresas de logística afines a los grandes fabricantes de automóviles.

Sobre la base de un proyecto de desarrollo sindical de un sector entero en Baden-Württemberg, en 2015 la dirección de la IG Metall aprobó un total de 170 millones de euros destinados a varios proyectos de sindicalización a lo largo de nueve años. Para su ejecución se contrató a 140 organizadoras y organizadores que habían sido seleccionados y capacitados por el sindicato. Es por lejos la mayor campaña de este tipo jamás lanzada por el movimiento sindical alemán. Los avances logrados por los proyectos regionales y locales se evalúan continuamente, entre otras razones, para introducir los reajustes pertinentes. En 2018, los primeros balances intermedios fueron positivos (IG Metall Baden-Württemberg 2017). Aunque se constató que la introducción de cambios a la práctica cotidiana de las estructuras sindicales locales será un proceso difícil a largo plazo.

Todas las iniciativas de ver.di e IG Metall tienen en común que ponen especial énfasis en el involucramiento y la participación de los afiliados en la construcción de las organiza-

ciones sindicales. Son instrumentos de este proceso, entre otros, el número creciente de encuestas entre los trabajadores —afiliados y no afiliados— (Hassel / Schröder 2018), que, por un lado, buscan conocer sus prioridades con respecto a posibles mejoras de las condiciones laborales, pero, por el otro lado, contribuyen también a la movilización de los trabajadores y la fidelización de los afiliados. El involucramiento y la participación más estrecha de los afiliados y activistas en la preparación y realización de los conflictos laborales constituyen otro instrumento relevante. Desde mediados de la década de 2000, ver.di ha estado en la vanguardia de los ensayos de varias formas de conflicto laboral que tengan el potencial de activar (Seppelt 2014). El involucramiento y la activación de los afiliados durante el conflicto laboral, unido al mayor esfuerzo comunicativo que esto significa, ofrecen la oportunidad de dirigir el conflicto con mayor eficacia. Al mismo tiempo, implican un desafío al interior de la organización, porque aumenta la complejidad del proceso de decisión y porque los afiliados en huelga suelen examinar en profundidad los resultados de las negociaciones.

5. EL TRABAJO EN TRANSICIÓN: DIGITALIZACIÓN Y RACIONALIZACIÓN

Hace décadas los sindicatos alemanes empezaron a ocuparse del cambio tecnológico y la racionalización. Pero el llamado cambio digital que se hizo posible gracias a las nuevas tecnologías —así lo confirma la revolución en el área de la comunicación y los medios— aceleró los tiempos desde mediados de la década de 2000. »Industria 4.0« y »digitalización« son las etiquetas que más se usan en este contexto para pronosticar una revolución a fondo del trabajo industrial y de servicios. El concepto »industria 4.0« fue acuñado en la Feria de Hannover de 2011 para sugerir que la llamada tercera revolución industrial a partir de la introducción de las tecnologías de información (TI) será seguida de una cuarta revolución industrial. Esta trataría, en esencia, de la »interconexión entre el mundo virtual y digital y el mundo físico, y el aprendizaje automático durante la producción« (IAB 2015). Para los sindicatos afiliados a la DGB el acompañamiento de la digitalización en las áreas de la política industrial, empresarial y laboral y salarial constituye uno de los principales desafíos de la actualidad. »El mundo del trabajo entero, la coexistencia en sociedad, y hasta los estilos de vida de los individuos cambian bajo el impacto de la digitalización«, expresó el presidente de la IG Metall ante el congreso sobre la transformación que su organización celebró en octubre de 2018 (Hofmann 2018).

5.1 Escenarios de la digitalización.

En el centro de las preocupaciones sindicales están los efectos negativos de la racionalización que se podrían originar y las pérdidas de fuentes de trabajo que la podrían acompañar, a pesar de que los respectivos pronósticos tienen un alto margen de incertidumbre. El Instituto de Estudios Laborales y Profesionales (IAB 2015) de la Agencia Federal de Trabajo pronosticó, por ejemplo, que hasta el año 2025 se perderían hasta 490.000 puestos de trabajo solamente en la industria manufacturera, mientras se generarían 430.000 puestos nuevos en otras áreas, sobre todo en los sectores de servicios. Según el IAB, se generaría un moderado saldo negativo de 60.000 puestos. Paralelamente, seguiría vigente la tendencia al desplazamiento del centro de gravedad desde las actividades de fabricación hacia los sectores de servicios. De acuerdo con el estudio, se produciría en realidad un intercambio entre los campos de actividad profesional. Las actividades más amenazadas en las empresas manufactureras serían las no calificadas que requieren períodos de capacitación cortos. Entonces cabe la pregunta de si los trabajadores que pierdan el empleo serán los mismos que ocuparán los puestos generados en otros sectores. De la mano de la industria 4.0 y la digitalización se instalará además una nueva organización del trabajo, pero también nuevas posibilidades de control del personal por la dirección (Jürgens et al. 2017).

El cambio digital afecta tanto al trabajo industrial como a los servicios, aunque con características diferentes. Esbozaremos solo algunos escenarios a modo de ejemplo.

Según el director del Departamento de Planeamiento Estratégico de la IG Metall, Fank Iwer (2018), gracias a la industria 4.0 las empresas de la industria automotriz disponen de nuevas posibilidades para el control de la producción por encima de sus sedes y países de fabricación, en el marco de redes globales de producción, así como también de nuevas opciones de flexibilización y racionalización. Acompañan y facilitan el cambio tecnológico en la industria automotriz, entre otros elementos, la transformación digital paralela en el sector de la construcción de máquinas (IG Metall 2018a), en el que se desarrollan sistemas de transporte sin conductor, así como sistemas automatizados para el transporte de material y de mercaderías durante la producción. Tampoco están ajenos a las operaciones diarias de las empresas los sistemas de control que permiten el manejo de varias máquinas por el mismo operador. La recopilación permanente de datos genera a su vez una serie de posibilidades detalladas para controlar tanto el rendimiento como la conducta. Los cambios resultantes afectan a los trabajadores del sector de fabricación de máquinas, pero también a los usuarios posteriores de

sus productos.

Varios conceptos de industria 4.0 se ensayan y emplean también en otras industrias; bajo el lema »*Smart Food Factory*« está presente en la automatización de la producción de alimentos (Frerichs / Steinberger 2018), por ejemplo en la fabricación de productos panificados y de repostería. En muchos casos la implementación está aún en la fase inicial y se concentra en el control de los equipos y la optimización de los procesos. Aunque paralelamente a la producción se avanza también en el establecimiento de redes con los compradores y consumidores finales, un aspecto importante también en otras ramas industriales.

En lo que respecta al sector de servicios, los efectos y perspectivas del cambio digital y de los conceptos de »Industria 4.0« son tan variados como el propio sector, y en algunas áreas presentan intersecciones muy importantes con la industria. Los cambios son particularmente evidentes en los sectores del transporte y la logística. De generalizarse en el futuro cercano los trenes y camiones automáticos, se producirían recortes muy fuertes. Quedan, sin embargo, varios obstáculos por superar, y la aceptación pública es un tema para nada menor. Lo mismo vale para el uso masivo de drones para la distribución postal. En cambio, hace tiempo se ha iniciado la implementación de nuevos conceptos logísticos que introdujeron cambios fuertes en los sistemas tradicionales de almacenamiento. Los ejemplos más conocidos son los gigantescos almacenes de envíos de *Amazon*, donde miles de empleados están sujetos a una especie de correa electrónica que controla literalmente cada uno de sus movimientos (Boewe/ Schulten 2015).

El comercio minorista tradicional sufre las presiones masivas del comercio por correo basado en la web. Son cada vez más frecuentes las cajas donde los clientes se encargan de escanear sus compras. Se ensayan formas de compras completamente libres de dinero en efectivo. Cada vez más, los clientes asumen tareas no remuneradas. Los bancos, seguros y servicios de correo ya han pasado por cambios similares, mientras la reducción de los servicios al cliente se promociona, internet mediante, como un aumento de la independencia en el manejo del tiempo. Hace mucho que las tareas de asesoramiento y liquidación que permanecen en manos de las empresas de servicios han sido externalizadas a centros de llamadas sujetos a racionalizaciones permanentes (Holst 2011, Holtgreve 2006). La digitalización ofrece asimismo amplias posibilidades de reestructurar las tareas de oficina, contables y administrativas en todas las ramas.

Los cambios radicales afectan también al sistema de salud. No se limitan a la atención médica a partir de los métodos diagnósticos y operativos informatizados, sino que abarcan

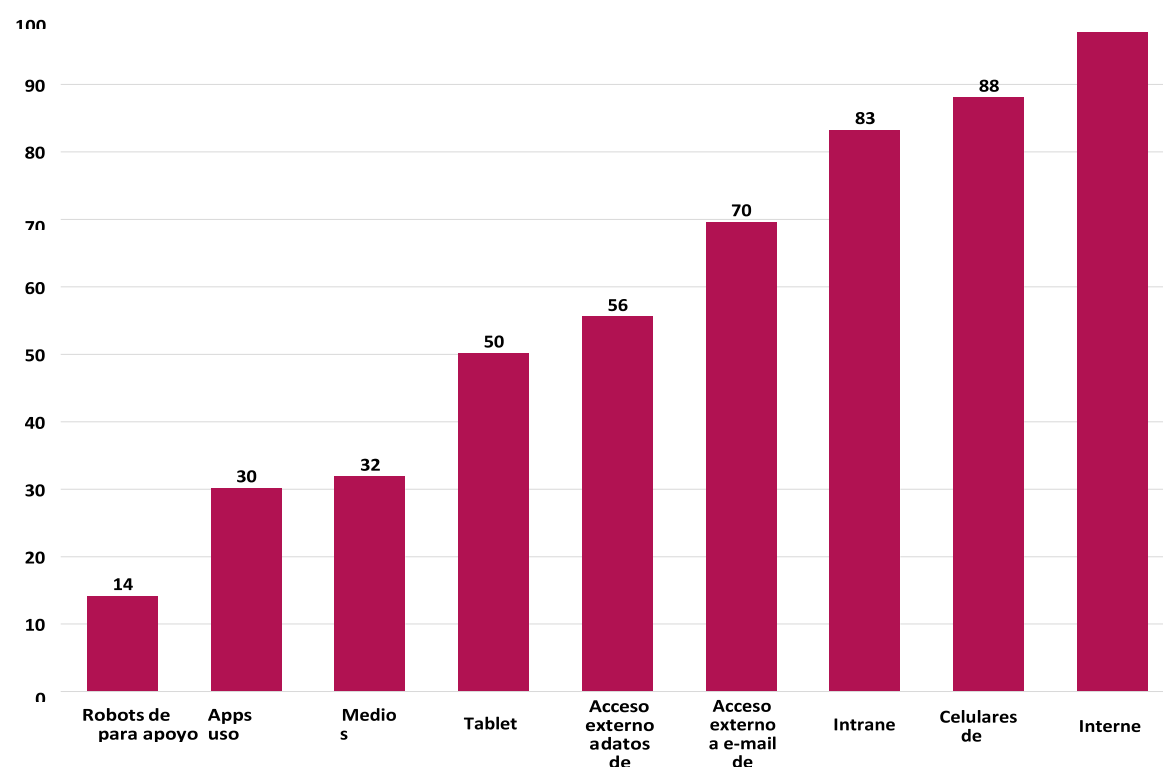
también al área de enfermería. Sin embargo, en esta área la digitalización es aún incipiente, entre otras razones porque muchos hospitales rehúyen las inversiones de gran volumen (Baldauf/Wilke 2017). Estas se concentran hasta ahora en la gestión de pacientes y la planificación del proceso de enfermería. Si las estimaciones de personal se mantienen incambiadas, existe el riesgo de una intensificación de la carga de trabajo aún mayor.

Finalmente, estamos ante un fenómeno bastante reciente que no solo incide en las diferentes ramas de servicios, sino también en la industria; a saber, la llamada economía de plataformas (Greef / Schroeder 2017; Jürgens et al. 2017; Bormann / Pongratz 2018). Esta comprende múltiples modalidades de trabajo y relaciones contractuales que tienen como denominador común que generalmente no establecen relaciones laborales tradicionales. En cambio, al igual que en la modalidad del *crowdworking*, los mismos empleados forman una plataforma o están al servicio del operador de la plataforma en calidad de empresas unipersonales autorresponsables. Las empresas más visibles a nivel público en este rubro son la empresa de taxis Uber, con presencia en todo el mundo, y los numerosos servicios de reparto.

5.2 La situación en las empresas

Tanto la tecnología informática como las aplicaciones digitales forman parte de las operaciones cotidianas de muchas empresas. Así lo revela la encuesta entre comités de empresa llevada a cabo por el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (WSI) de Düsseldorf en 2016 (Ahlers 2018) (v. figura 10).

Figura 10
Uso de medios digitales en el trabajo (selección), 2016
 (información proporcionado por los comités de empresa, en %)



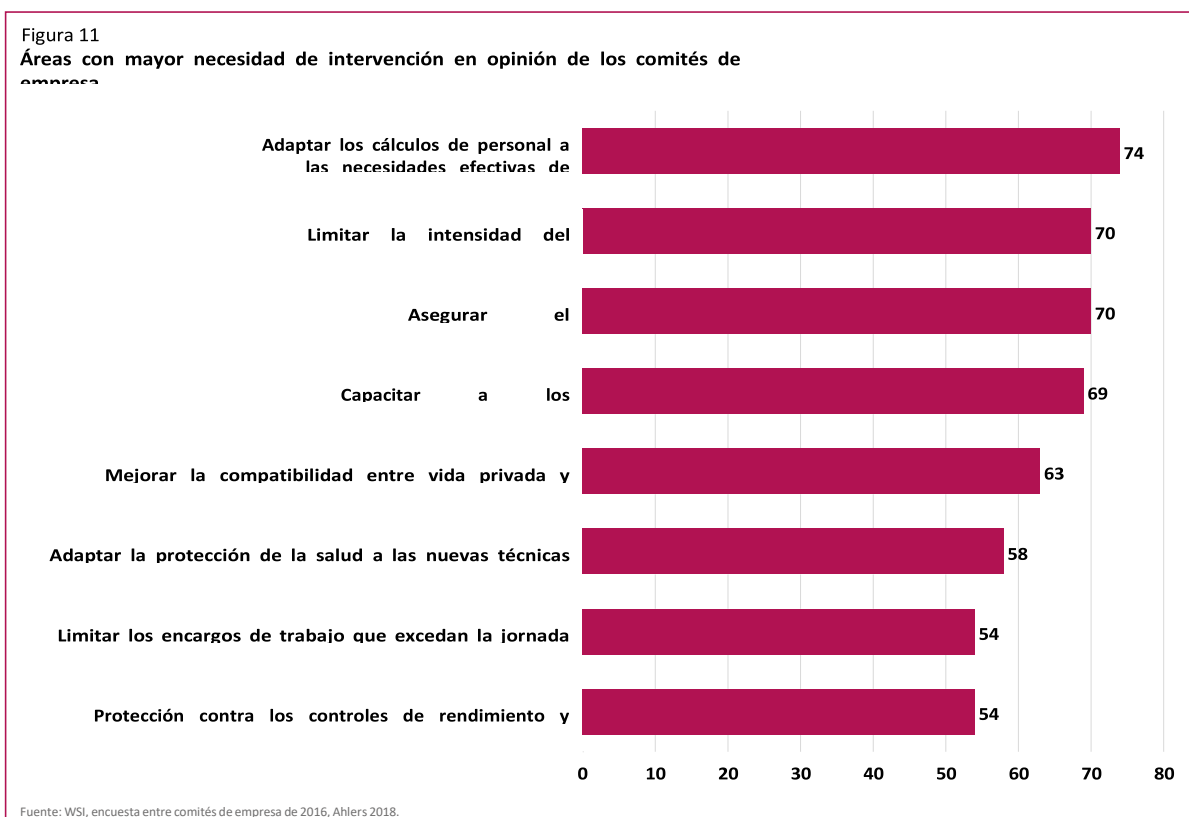
Fuente: WSI, encuesta entre comités de empresa de 2016, Ahlers 2018.

En 98 por ciento de las empresas se trabaja con internet y 88 por ciento recurren a teléfonos móviles corporativos, pero el uso de la robótica como apoyo del trabajo humano sigue siendo minoritario. Se observan grandes diferencias entre las ramas industriales. En la rama de los bienes de capital, el 36 por ciento de las empresas usan robots, en la producción de bienes el 30 por ciento los usa para apoyar el trabajo humano, pero solo el ocho por ciento de las empresas de servicios relacionadas con las industriales los usan. Según las estimaciones de los comités de empresa encuestadas, en 6 por ciento de los casos la robótica sustituye al trabajo humano por completo, sobre todo en el sector de los bienes de capital, con el 15 por ciento. En 2016 solo el 4 por ciento de las empresas eligieron la nube o a subcontratistas para la adjudicación —vía internet— de sus contratos, en el 11 por ciento se trataba de una modalidad poco difundida.

Las opiniones de los comités de empresa encuestados en 2016 no fueron unánimes con respecto a las consecuencias de la digitalización, cuyos efectos se describieron a menudo como positivos o inexistentes. Aunque, una vez más, se encontraron fuertes diferencias entre los sectores (v. cuadro 12).

En 2016, más de 75 por ciento de los comités de empresa opinaban que generalmente la carga de trabajo había aumentado desde 2011 (Ahlers 2018, 12). Otra encuesta representativa entre los trabajadores de 2016, esta vez encomendada por la DGB (DGB-Index Gute Arbeit 2017), produjo un resultado mixto respecto de los efectos de la digitalización. De los trabajadores que a su entender detectaron un impacto fuerte o muy fuerte de la digitalización, el 48 por ciento respondieron que su carga de trabajo había aumentado; el 45 por ciento no constataron diferencia alguna y el 8 por ciento contestaron que la carga de trabajo había disminuido.

Los comités de empresa intentan contrarrestar los efectos de la digitalización con la ayuda de acuerdos a nivel de las empresas. Según la encuesta del WSI entre los comités de empresa (Ahlers 2018), en 2016 una de cada dos empresas con fuerte incidencia de tareas cuya organización se rige por los tiempos y parámetros controlados por computadora había establecido disposiciones para limitar los controles de conducta y rendimiento. En la opinión de los comités de empresa, la mayor necesidad de actuar se da con respecto a los cálculos de personal y la limitación de la intensificación del trabajo, pero también en las áreas de seguridad del empleo y formación y capacitación (v. figura 11).



Algunos acuerdos ya firmados demuestran que la digitalización puede ser regulada (Maschke et al. 2018). Pero las exigencias a las que los comités de empresa están expuestas

aumentan, al igual que sus necesidades de asesoramiento. Un desafío muy grande resulta de la alta velocidad del proceso innovador que, en realidad, debería estar acompañado de la actualización continua de las disposiciones existentes, para evitar que la realidad las vuelva obsoletas al poco tiempo de haber sido introducidas.

5.3 Las respuestas sindicales.

En 2015 ver.di aprobó un documento programático con el título »Buen trabajo y buenos servicios en el mundo digital«, en el que resalta que la digitalización también ofrece posibilidades para mejorar las condiciones laborales, si su organización se adapta a los intereses de los trabajadores (ver.di 2015). Por lo tanto, el sindicato insiste en la cogestión integral en las empresas con respecto a todos los procesos de digitalización y de aseguramiento del empleo, así como medidas de capacitación exhaustivas, un sistema de protección de la salud en el trabajo acorde a las nuevas exigencias y la protección más completa de los derechos de privacidad de los trabajadores. Similares demandas fueron formuladas por la IG Metall. En su política hacia las empresas, la IG Metall propone una organización tal de la digitalización que facilite mayores niveles de autodeterminación y una ampliación de los espacios individuales de organización.

Desde la perspectiva de la IG Metall, el cambio impulsado por la digitalización está vinculado a la transformación ecológica de la industria automotriz. Su centro será la transición del motor de combustión a la propulsión eléctrica. De la mano de esta transición se generarán fuertes cambios, porque la cantidad de partes necesarias para la construcción de un motor eléctrico es muy inferior a la del motor tradicional (Iwer 2018, 95–96). El sindicato actúa en muchos niveles para poder incidir en la configuración de la transformación de la industria metalúrgica. No obstante, considera que la política relativa a las empresas y las plantas de fabricación continuará siendo su área de acción prioritaria. Los dos sindicatos importantes se ocupan intensamente del trabajo de plataforma. Como parte de un proyecto en red denominado *Cloud & Crowd*, que cuenta con financiamiento del gobierno federal (www.cloud-und-crowd.de), la IG Metall se ocupa de cómo los conceptos de trabajo en la nube y trabajo compartido podrían ser adaptados a los servicios relacionados con la producción.

Especial atención se presta a los trabajadores autónomos, aproximadamente 2,3 millones de personas en el año 2018. Ver.di ha creado una estructura de asesoramiento especial dirigida a este grupo, con lo cual logró que en 2017 se afiliaran aproximadamente 30.000 personas al

sindicato (Haake 2017). Que el número de afiliaciones no sea mayor resulta, según reconoce ver.di, de la ausencia de señales claras de apertura del sindicato hacia los trabajadores autónomos (Haake 2016, 66).

De cara a esta categoría de trabajadores, ver.di reclama la introducción de una regulación integral de las nuevas formas de trabajo. Entre otras cosas, los trabajadores autónomos deberían poder afiliarse al sistema de seguridad social obligatoria, al tiempo que sus clientes deberían ser obligados al pago de los aportes jubilatorios proporcionales (ver.di 2015). A instancias de ver.di, entre otras organizaciones, se redujo el monto de la contribución mínima obligatoria a partir del 1 de enero de 2019. Desde entonces, la cotización se redujo a 171,00 euros mensuales —es decir, aproximadamente a la mitad— para quienes perciban ingresos mensuales que no superen los 1.142 euros, un alivio importante para los trabajadores autónomos con ingresos bajos. En 2016, el 40 por ciento de ese grupo percibió ingresos inferiores al salario mínimo (Diebes 2018).

Los sindicatos ver.di e IG Metall desarrollan múltiples actividades de formación y seminarios que plantean los debates sobre las consecuencias de la industria 4.0 y la digitalización, pero también sobre las necesidades de regulación en los sindicatos y las empresas. Bajo el título «Juntos por el mañana», en octubre de 2018 la IG Metall organizó el ya mencionado *congreso sobre la transformación* que se dirigió sobre todo a los comités de empresa. En su transcurso, más de 600 participantes debatieron sobre los efectos de los cambios en marcha y las posibilidades de acción. Para obtener un inventario exhaustivo de la situación, se resolvió preparar mapas de transformación en cuantas empresas fuera posible que sirvieran de base para efectuar un análisis de los problemas, preparar las medidas de regulación pertinentes y diseñar propuestas (Benner 2018). En la fase preparatoria del congreso se evaluaron y publicaron algunos ejemplos del diseño de la transformación digital a nivel de las empresas (Mühge 2018).

Existen casos en que la implementación práctica de las regulaciones en las empresas enfrenta obstáculos fuertes, como ha sido demostrado por algunos estudios preliminares. Dichos obstáculos no se limitan a las empresas, sino que se observan también por el lado de los comités de empresa, que debieron ser convencidos, en más de una ocasión, a que asumieran la carga de trabajo adicional que el intento de regulación implica (Haipeter et al. 2018). Respecto de esta temática, los comités dependen asimismo del apoyo sindical directo, porque «No se puede regular lo que se desconoce», (Matuschek / Kleemann 2018). Posiblemente, una observación que se ha hecho en el sector de la producción de alimentos también cobra relevancia

en otras ramas de actividad y en otros temas: la centralización e internacionalización de las estructuras corporativas dificultan la cogestión, porque faltan interlocutores con derecho a decisión.

Tanto para ver.di como para la mayoría de los otros sindicatos industriales, la organización de los trabajadores de la economía de plataformas es básicamente tierra desconocida. En 2017 los servicios de entrega en bicicleta de *Deliveroo* y otros proveedores de comida comenzaron a organizarse en algunos lugares, en un intento que cuenta con el apoyo del NGG, el sindicato responsable de la DGB.

6. PERSPECTIVAS

El movimiento sindical de Alemania enfrenta desafíos de todo tipo. Hace años se inició un cambio a fondo de las relaciones industriales, creció el peso de los comités de empresa, mientras cada vez más decisiones se toman en el ámbito de las empresas y la sobrecarga de trabajo de los comités aumenta. Se produjo una fuerte descentralización del sistema de negociación salarial, y los trabajadores de algunos sectores industriales y de servicios ya no cuentan con representaciones institucionalizadas de sus intereses. A raíz de la exitosa adaptación de los modelos *Organizing*, algunas orientaciones sindicales de larga tradición fueron puestas en tela de juicio e incluso cambiadas con éxito. Sin embargo, no se pudo detener la pérdida de afiliados. Pero como es sabido, quienes se dan por muertos a veces tienen larga vida: como quedó demostrado en nuestra presentación, un alto porcentaje de la población ve con buenos ojos la política sindical en cuestiones tales como la puesta en práctica del salario mínimo y la limitación del trabajo temporal. Los conflictos laborales en las guarderías municipales y en los hospitales ayudan a ampliar la base de afiliaciones no solo en estos sectores. Las campañas por mejores salarios y condiciones de trabajo en las profesiones de cuidado tematizan también la calidad de los servicios sociales, de importancia vital para un altísimo porcentaje de la población. Finalmente, cuenta con mucho respaldo el compromiso con una flexibilización que no sirva exclusivamente a los intereses de las empresas, sino que tome en cuenta que los trabajadores quieren, y necesitan, más opciones individuales respecto de sus horarios de trabajo. No todos los objetivos se cumplen inmediatamente. El conflicto de muchos años con *Amazon* en torno a la firma de un convenio colectivo no deja dudas con respecto al largo aliento que los trabajadores y sindicatos necesitan muchas veces.

Pero no solo siguen vigentes los viejos desafíos; otros, nuevos, se agregan. Por

ejemplo, la crisis ecológica, el cambio climático y el concomitante cuestionamiento del modelo expansionista existente de producción capitalista tienen un fuerte impacto sobre los sindicatos alemanes, al igual que aquellos temas que aún están a la espera de posicionamientos y respuestas (Urban 2018). En una época en que el motor de combustión y la extracción de carbón comienzan a ser considerados anacrónicos, la compatibilidad de la sostenibilidad ecológica y social difícilmente se logrará poniendo el foco exclusivamente en el aseguramiento del empleo en la industria exportadora. Pero el desafío de los sindicatos de conquistar determinados campos políticos, que tradicionalmente estuvieron ocupados por los partidos y las ONG, es más complejo. Por ejemplo, a la luz de la aguda falta de viviendas en las grandes ciudades, abarca también a la política de vivienda, que para muchos afiliados sindicales está adquiriendo un peso tanto o más importante que la política laboral o sindical en sentido estricto. El texto discutió también las consecuencias del diseño de la «cuarta» revolución industrial. Todavía está por verse si los conceptos sindicales podrán garantizar la supervivencia de la cogestión y de los márgenes de acción de los comités de empresa y los trabajadores en el siglo XXI.

En la actualidad, los sindicatos deben responder a múltiples problemas del presente, pero también del futuro. Al mismo tiempo, y a pesar de la complejidad material que resulta de esos problemas, deben mantener —y hasta desarrollar— su carácter de organizaciones de afiliados. El texto esbozó tan solo algunas tareas relacionadas con ese objetivo. Sin embargo, a la luz de las amenazas que hoy se vislumbran, también a nivel internacional, quedó demostrado que los sindicatos constituyen un pilar decisivo en la defensa de los logros democráticos.

BIBLIOGRAFIA

Ahlers, Elke (2018): Die Digitalisierung der Arbeit – Verbreitung und Einschätzung aus Sicht der Betriebsräte, WSI-Report, núm. 40; disponible online en: https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_40_2018.pdf.

Artus, Ingrid / Birke, Peter / Kerber-Clasen, Stefan / Menz, Wolfgang (comps.) (2017): *Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen*, Hamburgo.

Baldauf, Sabine / Wilke, Peter (2017): *Arbeit im Krankenhaus von Morgen gestalten – wie verändern Digitalisierung und neue Technologien die Arbeit im Krankenhaus. Präsentation auf dem Krankenhaus- tag 2017; disponible online en: https://gesundheit-soziales.verdi.de/++file++5a841ac156c12f4e8e264e40/download/wmp%20consult%20verdi%20KH%20Tagung%20Berlin%202016_11_2017.pdf.*

Behrens, Martin / Dribbusch, Heiner (2018): Employer Resistance to Works Councils: Evidence from Surveys amongst Trade Unions, en *German Politics*, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09644008.2018.1543410>.

Benner, Christiane (2018): Impulsreferat. Die Transformation gestalten – Wie richten wir die IG Metall darauf aus? Bonn, 31 de octubre de 2018.

Birke, Peter (2010): *Die große Wut und die kleinen Schritte, Gewerkschaftliches Organizing zwischen Protest und Projekt*, Hamburgo / Berlín: Assoziation A.

Birke, Peter (2011): Widersprüche des Korporatismus, Gewerkschaften und aktuelle Arbeitskämpfe in Deutschland, *ZÖSS discussion paper*, Universidad de Hamburgo; disponible online en: http://www.wiso.uni-ham-burg.de/fileadmin/sozialoekonomie/zoess/DP_25_Birke.pdf.

Birke, Peter (2017): Schwierige Solidarität. Eltern., Erzieher_innen und Kinder im Streik 2015, en Artus, Ingrid et al.; Birke, P.; Kerber-Clasen, S.; Menz, W. (comps.): *Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen*, Hamburgo, pp. 90–115.

Birke, Peter / Bluhm, Felix / Mayer-Ahuja, Nicole (2017): Arbeit als Black Box. Migration zwischen Prekarisierung und betrieblichem Konflikt, en Altenried, Moritz et al. (comps.): *Logistische Grenzlandschaften. Das Regime mobiler Arbeit nach dem Sommer der Migration*, Münster: Unrast, pp. 115–142.

Birke, Peter / Dribbusch, Heiner (2013): Bewegtes »Wirtschaftswunder«, en TECHNOSEUM Landesmuseum für Technik und Arbeit in Mannheim (comps.): *Durch Nacht zum Licht? Geschichte der Arbeiterbewegung 1863–2013*, Mannheim.

Bispinck, Reinhard (2008): Das deutsche Tarifmodell im Umbruch, en *Wirtschaftsdienst*, tomo 88 (1), pp. 7–11.

Bispinck, Reinhard (2018): *Pressedienst: WSI-Niedriglohn-Monitoring 2018*; disponible online en: https://www.boeckler.de/pdf/pm_ta_2017_03_27.pdf.

Bispinck, Reinhard / Dribbusch, Heiner (2008): Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, en *Sozialer Fortschritt*, tomo 57 (6), pp. 153–163.

Bispinck, Reinhard / Schulten, Thorsten (2003): Verbetrieblichung der Tarifpolitik? Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen aus Sicht von Betriebs- und Personalräten, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 56 (1), pp. 157–166.

Boewe, Jörn / Schulten, Johannes (2015): *Der lange Kampf der Amazon-Beschäftigten. Labor des Widerstands: Gewerkschaftliche Organisierung beim Weltmarktführer des Onlinehandels*. Berlin; disponible online en: <https://www.rosalux.de/publication/41916/der-lange-kampf-der-amazon-beschaefigten.html>.

Bormann, Sarah / Pongratz, Hans (2018): Arbeitsbelastungen bei Online-Arbeit. zur sozialräumlichen Dimension von Crowdwork, en *Gute Arbeit* 2018, pp. 300–312

Bremme, Peter / Fürniß, Ulrike / Meinecke, Ulrich (comps.) (2007): *Never work alone. Organizing – ein Zukunftsmodell für Gewerkschaften*. Hamburgo.

Bundesverfassungsgericht (2018): *Streikverbot für Beamte verfassungsgemäß*. Pressemitteilung núm. 46/2018 del 12 de junio (también en inglés).

Carstensen, Lisa / Heimeshoff, Lisa-Marie / Riedner, Lisa (2018): Der zwang zur Arbeit. Verwertungslogiken in den umkämpften Regimen der Anwerbe-, Flucht- und EU-Migration, en *Sozial.Geschichte Online* 23, pp. 235–269.

Der Paritätische Gesamtverband (2017): *Menschenwürde ist Menschenrecht. Bericht zur Armutsentwicklung in Deutschland 2017*, Berlín.

Destatis (2016): *Verdienste und Arbeitskosten. Tarifbindung in Deutschland 2014*, Wiesbaden.

Destatis (2018): *Berufliche Bildung 2017, Fachserie 11, Reihe 3*, Wiesbaden; disponible online en: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/BeruflicheBildung/BeruflicheBildung2110300177005.xlsx?blob=publicationFile>.

DGB (2017): *Arbeitsmarkt aktuell*, Berlin, núm. 4/2017.

DGB-Index Gute Arbeit (2017): *Verbreitung, Folgen und Gestaltungssaspekte der Digitalisierung in der Arbeitswelt*. Berlín: DGB, disponible online en: <https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++15db6694-b962-11e7-8463-52540088cada>.

Diebes, Jan (2018): 40 Prozent der Solo-Selbstständigen bleiben unter Mindestlohn, en *RP-Online*, 20 de noviembre, disponible online en: https://rp-online.de/politik/deutschland/40-prozent-der-selbststaendigen-bleiben-mit-gehalt-unter-dem-mindestlohn_aid-34581617.

Dilcher, Oliver (2011): *Handbuch bedingungsgebundene Tarifarbeit*, Berlín: ver.di; disponible online en: <https://gesundheit-soziales.verdi.de/++file++588a5df824ac062de5645107/download/ver.di-Handbuch-Tarifarbeit.pdf>.

Dohmen, Caspar (2018): Der Rechtsruck blieb aus, das Problem bleibt, en *Deutschlandfunk Kultur, Zeitfragen* 29. mayo de 2018; disponible online en: https://www.deutschlandfunkkultur.de/gewerkschaften-nach-den-betriebsratswahlen-der-rechtsruck.976.de.html?dram:article_id=419045.

Dörre, Klaus (2017): Gewerkschaften und Rechtspopulismus – gibt es einen zusammenhang?, en Fundación Friedrich Ebert (comp.): *Rechte Orientierungen bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern*, Bonn, pp. 24–34.

Dribbusch, Heiner (2003): *Gewerkschaftliche Mitgliedergewinnung im Dienstleistungssektor. Ein Drei-Länder-Vergleich im Einzelhandel*. Berlín: edition sigma.

Dribbusch, Heiner (2011): Organisieren am Konflikt: zum Verhältnis von Streik und Mitgliederentwicklung, en Haipeter, Th. / Dörre, K. (comps.): *Gewerkschaftliche*

Modernisierung, Wiesbaden: editorial VS, pp. 231–263.

Dribbusch, Heiner (2012): Sozialpartnerschaft und Konflikt: Gewerkschaftliche Krisenpolitik am Beispiel der deutschen Automobilindustrie, en *Zeitschrift für Politik*, 2/2012, pp. 123–143.

Dribbusch, Heiner (2013): Nachhaltig erneuern. Aufbau gewerkschaftlicher Interessenvertretung im Windanlagenbau, en Wetzels, Detlef (comp.): *Organizing. Die Veränderung der gewerkschaftlichen Praxis durch das Prinzip Beteiligung*, Hamburgo: VSA, pp. 92–118.

Dribbusch, Heiner (2016): Organizing through conflict: exploring the relationship between strikes and union membership in Germany, en *Transfer: European Review of Labour and Research*, tomo 22 (3), pp. 347–365.

Dribbusch, Heiner (2017): Arbeitskämpfe in schwierigen Zeiten – zur Streikentwicklung im Dienstleistungssektor, en Artus, Ingrid et al. (comps.): *Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen*, Hamburgo, pp. 301–331.

Dribbusch, Heiner (2018): *Arbeitskampfbilanz 2017. Deutlicher Rückgang der Ausfalltage trotz anhaltend vieler Konflikte*. Policy Brief WSI, núm. 22; disponible online en: https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_22_2018.pdf.

Dribbusch, Heiner / Birke, Peter (2012): *Die Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland. Organisation, Rahmenbedingungen, Herausforderungen*, FES-Arbeitspapier; disponible online en: <http://library.fes.de/pdf-files/id-moe/08986.pdf>.

Dribbusch, Heiner / Birke, Peter (2014): *Die DGB-Gewerkschaften seit der Krise. Entwicklungen, Herausforderungen, Strategien*, FES-Arbeitspapier; disponible online en: <http://library.fes.de/pdf-files/id-moe/10716-22042015.pdf>.

Dribbusch, Heiner / Lehdorff, Steffen / Schulten, Thorsten (2018): Two worlds of unionism? German manufacturing and service unions since the Great Recession, en Lehdorff, Steffen / Dribbusch, Heiner / Schulten, Thorsten (comps.): *Rough waters European trade unions in a time of crises*, Bruselas: ETUI, pp. 209–233; disponible online en: <https://www.etui.org/Publications2/Books/Rough-waters-European-trade-unions-in-a-time-of-crises>.

einblick (2018): Koalitionsvertrag: Stärken und Schwächen, en *einblick. Gewerkschaftlicher Info-Service*, núm. 3, marzo de 2018, p. 1

Ellguth, Peter / Kohaut, Susanne (2018): Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB Betriebspanel 2017, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 71 (4), pp. 299–306.

Europäische Kommission (2018): European Economic Forecast – Spring 2018, *European Economy Institutional Paper* núm. 77, Luxemburgo; disponible online en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip077_en.pdf.

Eurostat (2016): *Jeder sechste Arbeitnehmer in der Europäischen Union ist Niedriglohnempfänger*. Comunicado de prensa 246/2016, 8 de diciembre de 2016;

disponible online en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7762332/3-08122016-AP-DE.pdf/f6abdcb1-ec9c-46ef-ae73-822cb905b04d>.

Eurostat (2018): *Arbeitslosenquote im Euroraum bei 8,3 %*. Comunicado de prensa 125/2018, 31 de julio de 2018; <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/9105179/3-31072018-AP-DE/c6a5bdfb-80bc-4780-b50d-16bb2028eb59>.

EVG (2017): *EVG-Wahlmodell ein Erfolg: 56% entscheiden sich für mehr Urlaub – 3.000 Neueinstellungen erforderlich*. EVG, 9 de julio de 2017; <https://www.evg-online.org/meldungen/details/news/evg-wahlmodell-ein-erfolg-56-entscheiden-sich-fuer-mehr-urlaub-3000-neueinstellungen-erforderli/>.

Frerichs, Melanie / Steinberger, Viktor (2018): Smart Food Factory. Ausprägungen von Industrie 4.0 in der Nahrungsmittelindustrie und Implikationen für die betriebliche Interessenvertretung, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 71 (3), pp. 241–246.

Frese, Anton (2018): Schwaches Wahlergebnis: Sympathie für die Große Koalition schwächt den DGB-Chef, en *Tagesspiegel*, 14 de mayo de 2018; <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/schwaches-wahlergebnis-sympathie-fuer-die-grosse-koalition-schwaecht-den-dgb-chef/22130670.html>.

Fütterer, Michael / Rhein, Markus (2015): *Erneuerung geht von unten aus. Neue gewerkschaftliche Organisationsansätze im Einzelhandel. Das Beispiel H&M*. Berlín; https://www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/Analysen/Analysen21_H_M.pdf.

Grabka, Markus M. / Westermeier, Christian (2014): Anhaltend hohe Vermögensungleichheit in Deutschland, *DIW-Wochenbericht* 9/2014.

Greef, Samuel / Schroeder, Wolfgang (2017): *Plattformökonomie und Crowdfunding: Eine Analyse der Strategien und Positionen zentraler Akteure*. Berlín: Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales (BMAS); <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb500-plattformoekonomie-und-crowdfunding.pdf?jsessionid=69069180A3A37DF7B07D15663CC8F973?blob=publicati-onFile&v=1>.

Greifenstein, Ralph / Kißler, Leo / Lange, Hendrik (2017): *Trend-report Betriebsrätewahlen 2014*, Düsseldorf: Fundación Hans Böckler; https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_350.pdf.

Haake, Gunter (2017): Trade unions, digitalisation and the self-employed – inclusion or exclusion?, en *Transfer: European Review of Labour and Research*, tomo 23 (1), pp. 63–66.

Haipeter, Thomas (2012): Sozialpartnerschaft in und nach der Krise. Entwicklungen und Perspektiven, en *Industrielle Beziehungen*, tomo 19 (4), pp. 387–411.

Haipeter, Thomas / Korflür, Ingo / Schilling, Gabi (2018): Neue Koordinaten für eine proaktive Betriebspolitik. Erfahrungen aus dem Gewerkschaftsprojekt »Arbeit 2020 in NRW«, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 71 (3), pp. 219–226.

Hans-Böckler-Stiftung (2015): *Die Mitbestimmung*. Revista de la Fundación Hans Böckler. Tomo sobre política de personal y gestión, Düsseldorf, núm. 8.

Hans-Böckler-Stiftung Pressedienst (2018): »55 Prozent aller Beschäftigten in Deutschland bekommen Weihnachtsgeld«, Comunicado de prensa núm. 13. Noviembre de 2018; https://www.boeckler.de/pdf/pm_ta_2018_11_13.pdf.

Hassel, Anke / Schröder, Wolfgang (2018): Gewerkschaftliche Mitgliederpolitik: Schlüssel für eine starke Sozialpartnerschaft, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 71 (6), pp. 485–496.

Hedemann, Ulla / Worm, Lukas / Artus, Ingrid (2017): »Mehr für uns ist besser für alle«. Documentación de un evento sobre la huelga de enfermería en el hospital Charité, en Artus, Ingrid et al. (comps.): *Sorge-Kämpfe. Auseinandersetzungen um Arbeit in sozialen Dienstleistungen*, Hamburgo, pp. 116–129.

Helfen, Markus / Nicklich, Manuel / Sydow, Jörg (2016): Interorganisationale Netzwerke und tarifpolitische Fragmentierung: Hebt Mehr-Arbeitgeber-Beschäftigung die Tarifeinheit aus den Angeln? en *Industrielle Beziehungen* 23 (3), pp. 280–308.

Helfen, Markus / Sydow, Jörg (2015): Mehr-Arbeitgeber-Beziehungen in der deutschen Automobilindustrie: Arbeitspolitische Herausforderungen für Management und Arbeitnehmervertretung, en Romahn, Hajo / Rehfeld, Dieter (comps.): *Lebenslagen – Beiträge zur Gesellschaftspolitik*, Marburgo, pp. 363–384.

Hoffmann, Reiner (2018): Gewerkschaftspolitische Herausforderungen aus der Perspektive des DGB, en *WSI-Mitteilungen*, 71 (6), pp. 513–517.

Hofmann, Jörg (2018): Statement. Transformationskongress der IG Metall, Bonn, 30 de octubre de 2018.

Hofmann, Jörg / Smolenski, Tanja (2018): Neuer Kapitalismus? Unsere Antwort: konfliktfähige Gewerkschaften und Sozialstaat 4.0, en *WSI-Mitteilungen* 71 (6), pp. 518–521.

Hohendammer, Christian (2018): *Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag. Reichweite, Risiken und Alternativen*. Informes abreviados del IAB, núm. 16/2018, Nuremberg.

Holst, Hajo (2011): *Im Schatten des Marktes. Arbeit und Arbeitsbeziehungen in Callcentern*, Fráncfort del Meno.

Holtgrewe, Ursula (2006): *Call Centres in Germany – Preliminary Findings from the Global Call Centre Project Germany*, Duisburgo.

IAB (2015): Industrie 4.0 und die Folgen für Arbeitsmarkt und Wirtschaft. *Informes de la actualidad del IAB*, núm. 16/2015; http://doku.iab.de/aktuell/2015/aktueller_bericht_1516.pdf.

IG Metall (2018a): *Digitale Transformation im Maschinen- und Anlagenbau*, Fráncfort del Meno: IG Metall, Septiembre de 2018; https://www.igmetall.de/docs_2018_9_27_Broschure_62e40754d2420df7eb6a768fc4705f5df6e8ed88.pdf.

IG Metall (2018b): *Presseinformation zu den Ergebnissen der Betriebs- räte-Befragung 2018 zu Leiharbeit und Industrienahen Dienstleistungen (InDI)/Werkverträgen*, Fráncfort del Meno: IG Metall, octubre de 2018; <https://www.igmetall.de/36-2018-30021.htm>.

IG Metall Baden-Württemberg (2017): *Aufrecht gehen. Wie Beschäf- tigte durch Organizing zu ihrem Recht kommen*. Hamburg: VSA

Iwer, Frank (2018): Ökologischer Umbau der Automobilindustrie – die neue Herausforderung, en *Gute Arbeit*, edición 2018, pp. 85–103.

Jürgens, Kerstin / Hoffmann, Reiner / Schildmann, Christina (2017): *Arbeit transformieren! Denkanstöße der Kommission »Arbeit der Zukunft«*, Bielefeld: transcript; https://www.boeckler.de/pdf/p_forschung_hbs_189.pdf.

Kalina, Thorsten / Weinkopf, Claudia (2017): *Niedriglohnbeschäfti- gung 2015 – bislang kein Rückgang im Zuge der Mindestlohneinführung*. Duisburgo: IAQ.

Kern, Peter (2018): **Alternativen statt Patrioten**, en *Sozialismus*, núm. 5, pp. 22–26.

Koscis, Andrea / Sterkel, Gabriele / Wiedemuth, Jörg (Hrsg.) (2013): *Organisieren am Konflikt. Tarifaueinandersetzungen und Mit- gliederentwicklung im Dienstleistungssektor*. Hamburg.

Krugman Paul (2009): Free to lose, en *The New York Times*, 13 de noviembre de 2009; <http://www.nytimes.com/2009/11/13/opinion/13krugman.html>.

Kutlu, Yalcin (2013): Partizipative Streikführung: Der Erzieherinnenstreik, en Schmalz, Stefan / Dörre, Klaus (comps.): *Comeback der Gewerkschaf- ten? Machtressourcen, innovative Praktiken, internationale Perspektiven*. Fráncfort del Meno / Nueva York, pp. 226–241.

Kutlu, Yalcin (2015): Kampf um Anerkennung. Die Sozial- und Erzie- hungsdienste im Streik, en *Z. Zeitschrift für marxistische Erneuerung*, 26 (103), pp. 126–140.

Lehndorff, Steffen / Dribbusch, Heiner / Schulden, Thorsten (comps.) (2018): *Rough waters European trade unions in a time of crises*, Bruselas: ETUI; disponible online en: <https://www.etui.org/Publications2/Books/Rough-waters-European-trade-unions-in-a-time-of-crises>.

Lesch, Hagen (2016): **Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di**. Tarifpoliti- sche Entwicklungen und Herausforderungen, en *IW Trends* 4/2016.

Lübker, Malte / Schulden, Thorsten (2018): *WSI-Mindeslohnbericht 2018*; https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_re- port_39_2018.pdf.

Martens, Helmut (2007): **Primäre Arbeitspolitik und neue Gewerk- schaft?** Der

Ärztestreik im Frühjahr und Sommer 2006, en *Jahrbuch für Kritische Medizin*, tomo 44, pp. 120–137.

Maschke, Manuela / Mierich, Sandra / Werner, Nils (2018): **ARBEITEN 4.0. Diskurs und Praxis in Betriebsvereinbarungen – Teil II**, Düsseldorf: Fundación Hans Böckler; https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2018_41.pdf.

Massa-Wirth, Heiko (2007): **Zugeständnisse für Arbeitsplätze? Konzessionäre Beschäftigungsvereinbarungen im Vergleich Deutschland – USA**. Berlín: edition sigma.

Massa-Wirth, Heiko / Seifert, Hartmut (2005): **German Pacts for Employment and Competitiveness. Concessionary Bargaining as a Reaction to Globalisation and European Integration?**, en *Transfer: European Review of Labour and Research*, tomo 11 (1), pp. 26–44.

Matuschek, Ingo / Kleemann, Frank (2018): **Was man nicht kennt, kann man nicht verändern. Betriebsvereinbarungen als Instrument der arbeitspolitischen Regulierung von Industrie 4.0 und Digitalisierung**, en *WSI-Mitteilungen*, tomo 71 (3), pp. 227–234.

Mühge, Gernot (2018): **Digitale Transformation gestalten. Beispiele guter Praxis**. Fráncfort del Meno: IG Metall.

Müller, Andrea / Schmidt, Werner (2016): **Fluchtmigration und Arbeitswelt. Maßnahmen zur Integration von Flüchtlingen in großen Unternehmen**, *Documento de Trabajo del HBS* 339/2016.

Müller, Peter / Wassermann, Andreas (2015): Jüngstes Gericht, en *Der Spiegel* 17/2015; <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-134097138.html>.

Pries, Ludger / Shinozaki, Kyoko (2015): **Neue Migrationsdynamiken und Folgerungen für die gewerkschaftliche Politik**, en *WSI-Mitteilungen*, edición temática sobre migración, mercado de trabajo y seguridad social, núm. 5, pp. 374–382.

Rossmann, Witich (2017): FAQ zum Thema 48 Monate Befristung – neuer TV Leiharbeiter der IG Metall; <http://koeln-bonn.dgb.de/themen/+++co++eb9916a6-2672-11e7-8a6f-525400e5a74a>.

Sauer, Dieter / Stöger, Ursula / Bischoff, Joachim / Detje, Richard / Müller, Bernhard (2018): **Rechtspopulismus und Gewerkschaften. Eine arbeitsweltliche Spurensuche**, Hamburg: VSA.

Scherschel, Karin (2016): **Citizenship by work?** Arbeitsmarktpolitik im Flüchtlingsschutz zwischen Öffnung und Selektion, en *PROKLA*, 183, 46, pp. 245–265.

Schroeder, Wolfgang / Weßels, Bernhard (comps.) (2003): **Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland**. Coblenza: editorial Westdeutscher Verlag.

Schroeder, Wolfgang / Fuchs, Stefan / Heller, Lukas (colab.) (2019): **Neue Mitglieder für die Gewerkschaften. Mitgliederpolitik als neues Politikfeld der IG Metall**. Fráncfort del

Meno: Fundación Otto Brenner: disponible online en: https://www.otto-brenner-stiftung.de/fileadmin/user_data/stiftung/02_Wissenschaftsportal/03_Publikationen/AH97_Gewerkschaften_Mitgliederpolitik.PDF.

Schulten, Thorsten / WSI-Tarifarchiv (2018): **Tarifpolitischer Halb-jahresbericht 2018**, Dusseldorf: Fundación Hans Böckler; https://www.boeckler.de/pdf/p_ta_hjb_2018.pdf.

Schumacher, Harald / Duhm, Ulrike (2016): **Der große Streit um Leiharbeit und Werkverträge, en Wirtschaftswoche**, 2 de marzo de 2016; <https://www.wiwo.de/unternehmen/auto/arbeitsmarkt-der-grosse-streit-um-leiharbeit-und-werkvertraege/13013458.html>.

Seppelt, Jana (2014): Demokratisierung als Schlüssel für den Aufbau von Organisationsmacht: Erfahrungen des ver.di Bezirks Stuttgart. en *WSI-Mitteilungen* 67 (5), pp. 402–405.

Spannagel, Dorothee (2018): **Dauerhafte Armut und verfestigter Reichtum. WSI-Verteilungsbericht 2018**, Dusseldorf: Fundación Hans Böckler; https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_43_2018.pdf.

Urban, Hans-Jürgen (2018): **Ökologie der Arbeit. Ein offenes Feld gewerkschaftlicher Politik?**, en *Gute Arbeit*, 2018, pp. 329–349.

ver.di (2015): Gute Arbeit und Gute Dienstleistungen in der digitalen Welt, Antrag E001 Gewerkschaftsrat; https://www.verdi.de/++fi-le++594a7ce4f1b4cd58bd9648a0/download/E001_2015_Gute_Arbeit_und_Gute_Dienstleistungen_in_der_digitalen_Welt_final.pdf.

ver.di Bundeskongress (2015): 4. ver.di Bundeskongress, Leipzig, 2015: Tagesprotokoll 22. September.

ver.di NRW (ed.) (2014): **Auch unsere Löhne sollen abheben«. Bilanz des Arbeitskamps im Wach- und Sicherheits-gewerbe in Nord-rhein-Westfalen und Hamburg 2013**. Dusseldorf.

Waddington, Jeremy (2014): **Trade union membership retention and workplace representation in Europe**. Bruselas: *ETUI Working Paper* 2014.10.

Wetzel, Detlef (2005): **Tarif aktiv – besser statt billiger«. Leitprojekte für eine veränderte Praxis**, en Detje, Richard / Pickshaus, Klaus / Urban, Hans-Jürgen (comps.): *Arbeitspolitik kontrovers*, Hamburgo: VSA.

Wetzel, Detlef (Hrsg.) (2013): **Organizing. Die Veränderung der gewerkschaftlichen Praxis durch das Prinzip Beteiligung**, Hamburgo: VSA.

Wohland, Ulrich (1998): **Die Schlecker Kampagne**, en *Alternative* 10 (98), 7–9.

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO
INTERMITENTE:
ANÁLISE DO OBJETO DA ADI 5.826/DF¹
(PARTE 2)**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE INTERMITTENT
EMPLOYMENT CONTRACT:
ANALYSIS OF THE ADI 5836/DF OBJECT'S
(2STPART)**

Ana Cláudia Nascimento Gomes²
Helder Santos Amorim³

RESUMO: O artigo aborda a controvérsia jurídico-constitucional e trabalhista que é objeto da ADI 5826/DF, em trâmite no STF, qual seja, o regime jurídico do contrato intermitente, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Pela análise doutrinária, inclusive em sede de Direito Comparado, e jurisprudencial empreendida, concluiu-se pela inconstitucionalidade material desse regime.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato intermitente; ADI 5826/DF; Reforma trabalhista de 2017.

Artigo recebido em:08/12/2020

Artigo aprovado em:22/12/2020

¹ O presente artigo tem origem em pesquisa realizada pelos autores quando integravam a Assessoria Trabalhista da Procuradoria-Geral da República, em texto inicialmente proposto para integrar minuta de parecer na ADI 5.826/DF, em julho de 2018. O texto original não foi utilizado na atividade institucional, tendo em vista posição diversa adotada pela PGR quanto ao mérito da ação, no caso concreto, em pleno exercício de sua independência funcional no cargo máximo do Ministério Público da União. Assim, externada a posição meritória da PGR perante o STF, na referida ADI, em 27/06/2018, o presente trabalho prestou-se a subsidiar, em termos parciais, a manifestação processual conjunta, na qualidade de *amici curiae*, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, em setembro de 2020. Ainda, consideradas as pesquisas doutrinárias empreendidas pelos Autores para a feitura da posição sustentada no presente trabalho, foram posteriormente publicados artigos sobre o tema, quais sejam: GOMES, Ana Cláudia Nascimento, “Contrato de trabalho intermitente: possibilidades interpretativas em desfavor do seu uso na modalidade ‘vale tudo’”, *In Contratos Flexíveis na Reforma trabalhista: trabalho em tempo parcial, teletrabalho, trabalho intermitente, trabalhador hipersuficiente e terceirização*. Coord. PIRES, Rosemary de Oliveira (e Outros), 1 ed. Belo Horizonte: RTM, 2019, v.1, p. 228-244. ISBN: 9788594711007; e GOMES, Ana Cláudia Nascimento Gomes “Contrato de Trabalho intermitente no Direito Comparado e na Lei 13.467/2017: no ‘vale-tudo’ e no ‘tudo-pode’ do Brasil”; *In: A Reforma Trabalhista na visão dos Magistrados do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Advogados Trabalhistas*. Coord. PIRES, Rosemary de Oliveira (e Outros), 1 ed. Belo Horizonte: RTM, 2018, p. 271-278, ISBN: 9788594710796.

² Pós-Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do UDF, Brasília-DF (2020). Doutora em Direito Público (2015) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (2001), títulos concedidos pela Universidade de Coimbra (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho em Minas Gerais (Ministério Público do Trabalho/PRT 3ª Região), aprovada em 1º Lugar Geral (em Provas e em Provas e Títulos, 2005). Professora Concursada da Faculdade de Direito da PUCMINAS/Belo Horizonte (2002).

³ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). Procurador Regional do Trabalho em Minas Gerais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. Breve Relato da ADI 5.826/DF. 2. Análise do mérito da ADI 5.826/DF: da inconstitucionalidade do regime jurídico contratual do trabalho intermitente instituído pela Lei n. 13.467/2017. 2.1 Do contrato de trabalho intermitente. Caracterização legal. Figuras similares no direito comparado. Contratos atípicos na legislação interna. 2.2 Do direito fundamental ao salário mínimo periódico. Garantia do mínimo existencial. 2.3 Dos direitos fundamentais previdenciários. Aposentadoria e Seguro contra Desemprego Involuntário. 2.4 Das restrições desproporcionais à tutela jusfundamental do emprego. Do abuso legislativo. 2.5 Da violação aos princípios da proteção da confiança e da igualdade Perante a Lei. 3. Conclusão. 4. Referências.

ABSTRACT: The text approach the constitutional and labor problem which is object of the ADI 5826/DF; Brazil's Supreme Court law suit: the legal treatment regimen of intermittent employment contract. This labor contract was created in 2017, by Labor Reform Law. It was concluded by doctrinal and jurisprudence analysis, including in Comparative Law, about the material unconstitutionality of this legal treatment regimen of intermittent contract.

KEYWORDS: Intermittent employment contract; ADI 5826/DF (STF's Case); Labor reform, 2017.

SUMMARY: 1. Introduction. Brief Report of ADI 5.826 / DF. 2. Analysis of the merit of ADI 5.826 / DF: the unconstitutionality of the contractual legal regime for intermittent work established by Law no. 13,467 / 2017. 2.1 The intermittent employment contract. Legal characterization. Similar figures in the comparative law. Atypical contracts in domestic legislation. 2.2 From the fundamental right to the periodic minimum wage. Guarantee of the existential minimum. 2.3 Fundamental social security rights. Retirement and Involuntary Unemployment Insurance. 2.4 From disproportionate restrictions to the fundamental protection of employment. Legislative abuse. 2.5 On the violation of the principles of protection of trust and equality Before the law. 3. Conclusion. 4. References.

2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVIDENCIÁRIOS. APOSENTADORIA E SEGURO CONTRA DESEMPREGO INVOLUNTÁRIO

O regime de trabalho intermitente ainda enseja greve ofensa aos direitos previdenciários fundamentais do trabalhador, na medida em que lhe impõe obstáculos de acesso à condição de segurado da previdência social (CR/88, art. 201), dificultando, por conseguinte, o gozo da aposentadoria (art. 7º, XXIV, e 201, § 7º) e dos benefícios previdenciários (art. 201, *caput*). Além disso, a norma do art. 452-E, § 2º, da CLT, veda a fruição do “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário” (arts. 7º, II, e 201, III), em franca violação ao disposto no art. 7º, II, da Constituição.

Dispõe o art. 452-H da CLT, inserido pela MP 808/2017, que:

no contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado (...) com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A.

Este dispositivo, por sua vez, imputa ao trabalhador a complementação da contribuição previdenciária, sempre que sua remuneração mensal for inferior ao valor do salário mínimo.

Na dicção do § 1º do art. 911-A, os trabalhadores segurados que não alcançarem remuneração correspondente ao valor do salário mínimo, no somatório das remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês,

poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador⁴.

Nos termos do § 2º, por sua vez, os trabalhadores que, na hipótese, não promoverem a complementação contributiva, não terão o mês respectivo “considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários” (§ 2º)⁵.

A disciplina previdenciária do contrato intermitente evidencia a dificuldade que o regime contratual impõe à percepção do salário mínimo mensal, implicando expresso reconhecimento da insuficiência tutelar do instituto, que remete o trabalhador intermitente à excêntrica condição de meio-segurado obrigatório, quanto à remuneração recebida no âmbito do contrato de emprego intermitente, e meio-segurado facultativo, sujeito à complementação contributiva como meio de acesso à previdência social. Para essa complementação, presume-se sejam necessários recursos oriundos de outras atividades não empregatícias, de natureza informal, já que o contrato de emprego não proveu remuneração suficiente para atender às necessidades vitais do trabalhador (CR/88, art. 7º, IV).

Fato é que, ao comportar pagamento de remuneração inferior ao salário mínimo, a disciplina legal do emprego intermitente também comporta ausência de cobertura previdenciária ao empregado que não dispuser de recurso para promover a complementação contributiva a que se refere o § 1º do art. 911-A da CLT. Destituído da condição de segurado, o trabalhador intermitente não adquire o tempo de contribuição (de trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher) necessário para ter acesso à aposentadoria (CR/88, art. 201, § 7º, I) e não faz *jus* aos benefícios previdenciários, como auxílio-doença e invalidez, auxílio-acidente (art. 201, I), licença-maternidade (inciso II), salário-família e auxílio-reclusão para os

⁴§ 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador.

⁵ § 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários

dependentes dos segurados e baixa renda (inciso III), pensão por morte ao cônjuge ou companheiro e dependentes (inciso IV), além dos demais previstos na Lei 8.213/1991, que regula o Plano de Benefícios da Previdência Social.

Nesse caso, as previsões dos §§ 13 e 14 do art. 452-A da CLT, quanto ao gozo do auxílio-doença e da licença-maternidade pelo(a) empregado(a) intermitente⁶, sujeitam-se à condição prevista no § 1º do art. 911-A, relativa à complementação da contribuição previdenciária, pelo trabalhador que não atingir a renda de um salário mínimo.

Nessa esteira, a norma do art. 911-A da CLT afronta o direito fundamental à previdência social, inscrito no art. 6º da Constituição, e que encontra maior densidade normativa nas disposições constitucionais que garantem ao trabalhador sujeito a relação de emprego (CR/88, art. 7º, I) o acesso ao seguro-desemprego, no caso de desemprego voluntário (art. 7º, II, e 201, III), e a proteção previdenciária em situações de incapacidade laborativa (art. 7º, XXIV, 193 e 201), direitos que remontam à consagração do Estado Social e que têm por conteúdo de sentido a promoção de justiça social (CR/88, art. 3º e 193). A jurisprudência do STF tem reconhecido a natureza fundamental do direito à previdência social, conforme se colhe dos seguintes precedentes: RE 626489, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 23-9-2014; RE 930330, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 21/3/2016; ARE 952900, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/3/2016; RE 855502, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 4/2/2016.

Ademais, a norma do 452-E, § 2º, da CLT exclui o trabalhador intermitente da cobertura do seguro-desemprego. Diz o enunciado que “a extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego”, em direta violação ao art. 7º, II, da Constituição.

É majoritária a doutrina que atribui ao seguro-desemprego natureza previdenciária,⁷ conforme escólio de Walter Balera⁸ e de Sérgio Pinto Martins⁹. Ademais, o STF reconhece a autoaplicabilidade da norma do art. 239 da Constituição¹⁰, que prevê a destinação de recursos do Programa de Integração Social ao “financiamento do programa de seguro-desemprego e do

⁶Art. 452-A [...].

⁷Há, por outro lado, quem defenda a natureza assistencial do instituto, tal como Ricardo Ludovice, para quem, o seguro-desemprego “pode ser considerado assistencial, por ser custeado por impostos e não por contribuições particulares do empregado”. LUDUVICE, Ricardo Verta. Seguro-desemprego: legislação, jurisprudência, direito estrangeiro (inclusive no Mercosul). São Paulo: Atlas, 1999.

⁸BALERA, Walter. **O seguro-desemprego no direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, pp. 73.

⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, p. 451.

¹⁰ Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

abono instituído por seu § 3º” (RE 169.091/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)¹¹, e da norma do art. 201, § 2º, da Constituição, que assegura que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo” (RE 597.022-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia)¹². Na esteira dessa jurisprudência, a configuração de relação de emprego, por si só, já constitui condição suficiente para o gozo do seguro-desemprego, por força da garantia inscrita no art. 7º, II, da Constituição.

Isso mais se afirma considerando que os empregadores intermitentes constituídos em pessoa jurídica são contribuintes do Programa de Integração Social (CR/88, art. 239 c/c Lei Complementar 7/1970)¹³, que financia o programa de seguro-desemprego (CR/88, art. 239, *caput*, e art. 11, I, da Lei 7.998/1990)¹⁴. Até aos trabalhadores avulsos, assim definidos os que prestam serviços a diversas empresas, com pluralidade de tomadores, a Constituição garante direitos idênticos aos dos empregados com vínculo permanente, inclusive o acesso ao seguro-desemprego (CR/88, art. 7º, XXXIV, c/c art. 1º, § 2º, da LC 7/1970), o que torna inadmissível a exclusão do empregado intermitente, sujeito a condição de extrema vulnerabilidade jurídica e social, da proteção constitucional contra a desemprego involuntário.

A proteção do trabalhador em situação de vulnerabilidade social ainda constitui compromisso assumido pelo Brasil no plano internacional, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵, no Protocolo de San Salvador¹⁶e, especialmente, na Convenção 168 da OIT, que trata da promoção do emprego e da proteção contra o desemprego, de 1988¹⁷.

Dispõe o artigo XXV da DUDH que “toda pessoa tem direito (...) à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, em seu artigo 9º, item 1, prevê que “toda pessoa tem

¹¹STF, RE 169.091, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17 jun. 1995, DJ de 4 ago.1995. Ainda, STF, AI 494.167 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 17 ago. 2010, 2ª Turma, DJe de 17 set. 2010.

¹²STF, RE 597.022 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27 out. 2009, 1ª Turma, DJe de 20 nov. 2009.

¹³Art. 1º - É instituído, na forma prevista nesta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

§ 1º - Para os fins desta Lei, entende-se por empresa a pessoa jurídica, nos termos da legislação do Imposto de Renda, e por empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.

¹⁴Lei que “Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências”: “Art. 11. Constituem recursos do FAT: I - o produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao Pasep”.

¹⁵Artigo XXV - “toda pessoa tem direito (...) à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

¹⁶Art. 9º-1: “toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa”.

¹⁷Decreto nº 2.682, de 21 jul. 1998.

direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa”. Por meio da Convenção 168 da OIT, por sua vez, o país se comprometeu a tomar medidas para “coordenar seu sistema de proteção contra o desemprego e a sua política de emprego” (artigo 2º) e, especialmente, a “cobrir a contingência de desemprego parcial (...), aumentar o número de pessoas protegidas (...) e adaptar os regimes legais de seguridade social às condições da atividade profissional dos trabalhadores em tempo parcial” (artigo 5º, item 4, *a, b e f*)¹⁸. Nesse sentido, a norma do art. 452-E, § 2º, da CLT, impugnada, além de inconstitucional, afronta norma internacional com evidente caráter de tratado de direitos humanos.

A maior rotatividade de mão de obra provocada pela figura do contrato de trabalho intermitente justificaria, inclusive, à luz do § 4º do art. 239 da Constituição, o pagamento de contribuição empresarial adicional para o financiamento do seguro-desemprego¹⁹, norma ainda não regulamentada pelo legislador ordinário.

Por essas razões, reputam-se inconstitucionais os arts. 452-E, § 2º, 452-H e 911-A, §§ 1º e 2º, da CLT, nos pontos em que disciplinam o recolhimento da contribuição previdenciária sobre remuneração inferior ao salário mínimo mensal e que excluem o gozo de seguro-desemprego no âmbito do contrato de trabalho intermitente.

2.4 DAS RESTRIÇÕES DESPROPORCIONAIS À TUTELA JUSFUNDAMENTAL DO EMPREGO. DO ABUSO LEGISLATIVO

¹⁸Segundo dispositivos dessa convenção: “Artigo 5-4. Todo Membro que tiver formulado uma declaração desta índole em aplicação do parágrafo 1 ou do parágrafo 2 deverá, de acordo com o objetivo de sua declaração e quando as circunstâncias permitirem: *a) cobrir a contingência de desemprego parcial; b) aumentar o número de pessoas protegidas; c) incrementar o valor das indenizações; d) reduzir a duração do prazo de espera; e) ampliar a duração do pagamento das indenizações; f) adaptar os regimes legais de seguridade social às condições da atividade profissional dos trabalhadores em tempo parcial; g) se esforçar para garantir a assistência médica aos beneficiários das indenizações de desemprego e a seus dependentes, e h) tentar garantir que sejam levados em conta os períodos durante os quais são pagas essas indenizações para a aquisição do direito aos benefícios da seguridade social e, conforme o caso, para o cálculo dos benefícios de invalidez, de idade avançada e de sobreviventes.*” - “Artigo 10-1. As contingências cobertas deverão abranger, nas condições prescritas, o desemprego total, definido como a perda de rendimentos devido à impossibilidade de obter um emprego conveniente, levando na devida conta as disposições do parágrafo 2 do artigo 21, para uma pessoa apta para trabalhar, disponível para o trabalho e efetivamente a procura de emprego. 2. Além disso, todo Membro deverá tentar estender a proteção da Convenção, nas condições prescritas, às seguintes contingências: *a) a perda de rendimentos devido ao desemprego parcial, definido como uma redução temporária da duração normal ou legal do trabalho; b) a suspensão ou a redução de rendimentos como consequência de uma suspensão temporária do trabalho, sem término da relação de trabalho, particularmente por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos*”.

¹⁹Art. 239. § 4º O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

Ao instituir o regime contratual intermitente sob modelo de emprego *just in time*, submetido à inteira volatilidade da demanda do mercado, as normas impugnadas descaracterizam os principais elementos configuradores do vínculo de emprego, promovendo a mais intensa redução do patamar de proteção social do trabalho subordinado na história do direito do trabalho brasileiro.

Criou-se um novo regime de contrato de emprego – cujo objeto histórico consiste na prestação de trabalho livre subordinado, mediante remuneração – ²⁰ que não promove garantia mínima de trabalho nem de remuneração periódica, destituindo-se o vínculo jurídico desses seus elementos centrais, agora presentes sob condição potestativa, porque dependentes do chamado do empregador (CLT, arts. 443, § 3º, e 452-A, §§ 1º e 2º) em períodos que, na nova lógica contratual, se fragmentam em horas ou dias intercalares de trabalho (art. 443, § 3º) e de inatividade não remunerada (art. 452-C).

Em síntese, o contrato de trabalho intermitente afigura-se pacto sob condições potestativa e suspensiva, na medida em que o empregado permanece inativo e não remunerado enquanto aguarda convocação empresarial, sem qualquer segurança quanto ao conteúdo quantitativo laboral e quanto ao seu respectivo proveito econômico²¹.

Para o trabalhador, carecedor do emprego como único meio de acesso às condições materiais de sobrevivência (CR/88, art. 6º e 7º), o novo ajuste cria mera expectativa de trabalho, admitindo como regra o estado de hibernação ou suspensão contratual nos períodos intercalares de inatividade, nos quais o trabalhador se submete à contraditória condição de “desemprego formalizado”: é empregado sem proteção salarial e, por ser empregado, não tem acesso ao seguro-desemprego, inclusive por ocasião da extinção do ajuste (art. 452-E, § 2º).

Nota central desse regime reside, pois, na absoluta ausência de compromisso com o sustento material do trabalhador. Embora sejam comuns as figuras contratuais de emprego por curtos períodos, tais como o contrato de trabalho por tempo determinado (CTL, art. 443, § 1º) e o contrato de trabalho temporário (Lei 6.019/1974), nestes a ordem jurídica resguarda um padrão mínimo razoável de previsão temporal e de continuidade da prestação de trabalho e da remuneração, ainda que em curtos períodos, garantindo ao trabalhador a percepção de salário mínimo, o recolhimento e a cobertura previdenciária e demais direitos trabalhistas.

O contrato de trabalho intermitente, diversamente, ao não garantir trabalho e remuneração mínima, viabilizando (e facilitando) a hiperfragmentação dos períodos de

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, pp. 297.

²¹ Vide. Ministério Público do Trabalho. Nota Técnica nº 01, de 24 de janeiro de 2017. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/. Acesso em: 14 dez. 2017.

trabalho, reproduz no âmbito do vínculo de emprego a lógica do trabalho autônomo, com absoluta ausência de previsão e compromisso social com o sustento do laborista, em intensa afronta ao regime constitucional de emprego socialmente protegido.

A Constituição de 1988 contempla os direitos sociais dos trabalhadores no Capítulo II – Dos Direitos Sociais – de seu Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, iniciando essa proclamação em seu art. 7º, I, com reconhecimento do direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”, assim topograficamente localizada por se tratar de fonte de todos os demais direitos trabalhistas, notadamente aqueles previstos nos artigos 7º a 11 da Carta Magna. Consagrando essa noção jurídica de relação de emprego construída no seio da doutrina social do século XX, a norma constitucional se apropriou de conteúdo de sentido histórico que carrega a finalidade de proteção social ao trabalhador subordinado, conforme responsabilidade assumida pelo Brasil por meio das normas internacionais de proteção ao trabalho, dentre as quais, a Convenção 95 da OIT, de 1949, que veicula compromisso de periodicidade regular de pagamento de salário aos trabalhadores.²²

Assim, a “relação de emprego protegida”, prevista expressamente no art. 7º, I, da Constituição, consiste em direito fundamental assentado em conceito universalizado sob a premissa da desigualdade econômica entre as partes do contrato de emprego, e que tem por objetivo reduzir as desigualdades sociais e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CR/88, arts. 3º e 193).

A proteção jurídica e social do trabalhador subordinado constitui, pois, compromisso constitucional fundado no princípio de justiça e solidariedade social, em sintonia com as normas que preveem como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza e da marginalidade (art. 3º, I e III); que proclamam como direitos fundamentais o trabalho (CR/88, art. 6º) e seu conteúdo promocional de direitos (arts. 7º a 11); que instituem a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e nos princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (art. 170, III e VIII), e que declara o primado do trabalho como base da ordem social, cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Atribuindo ao legislador ordinário a conformação dessa proteção jurídica e social ao trabalhador, e embora deva fazê-lo à luz da realidade econômica, a Constituição não confere ao

²²Segundo o artigo 12, item I, da Convenção, “o salário será pago em intervalos regulares” prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral.

legislador margem de ação discricionária para extinguir ou reduzir essa tutela jurídica ao ponto de negar, violando, o conteúdo de sentido dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, normas de aplicação imediata, contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, como também representam uma ordem objetiva de valores, fundamento de validade para todos os ramos de direito e que norteiam a atuação estatal (CR/88, art. 5º, §§ 1º e 2º)²³. Esses direitos não correspondem apenas, numa tradição clássica, a deveres de abstenção do Estado, mas exigem também atuação estatal de garantia de seu efetivo gozo, na perspectiva da proibição da proteção insuficiente ou do princípio da proporcionalidade²⁴, conforme assentado pela jurisprudência do STF:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)²⁵.

Nessa medida, os direitos fundamentais sociais, trabalhistas e previdenciários, bem como aqueles previstos em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil – cujas normas de garantias gozam, no mínimo, de *status* supralegal, por força do § 2º do art. 5º da Constituição –,²⁶ garantem um patamar socioeconômico mínimo civilizatório ao trabalhador, abaixo do qual se reputa violada a dignidade humana, como centro axiológico do Estado Democrático de Direito²⁷. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

Se quiséssemos adotar uma fórmula de síntese, poderíamos dizer que o Estado social de direito só será Estado de direito se, como reclamavam os liberais e exigem agora os neoliberais, reconhecer a função estruturante dos princípios fundamentais do direito civil assente nos direitos da vontade dos sujeitos económicos (ou seja, dos proprietários, empresários) e dos princípios norteadores desses direitos (a livre iniciativa económica e a autonomia contratual). **Contudo, o Estado de direito só será social se não deixar de ter como objetivo a realização de uma democracia económica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder económico ao poder político.** As tentativas de expurgação do social com o intuito de destilar um Estado de direito quimicamente

²³SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte, Editora DelRey, 2013.

²⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 168.

²⁵STF, HC 104410/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 06 mar. 2012. DJe, un. 62, 27 mar. 2012.

²⁶STF, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 3 dez. 2008; *DJen*º 104, 5 jun. 2009. Tal decisão deu origem ao Tese de Repercussão Geral de nº 60: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.” O precedente foi reafirmado no AT 601.832 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17 mar. 2009; *DJe* nº 64, 3 abr. 2009.

²⁷A respeito do patamar mínimo civilizatório do Direito do Trabalho e a Reforma Trabalhista, ver DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

puro, isto é, um Estado sem o compromisso da socialidade, mas não são do que as coberturas ideológicas para polícias económicas e sociais onde não cabem deveres de *solidariedade* e de *inclusão do outro* (destaques acrescidos)²⁸.

Dos direitos fundamentais sociais decorrem, portanto, um dever de proteção estatal que também implica proibição de destruição ou debilitação irrazoável e desproporcional do marco normativo de proteção social instituído, e que confere conteúdo ao denominado princípio da proibição de retrocesso social (ARE 745.745-AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello; ADPF 45/DF, Rel. Celso de Mello; STF. ARE 727.864-AgR/PR. Rel. Min. Celso de Mello)²⁹, conforme esclarecedora doutrina de Luísa Cristina Pinto e Netto, *verbis*:

[...] Se é possível encontrar na supremacia da Constituição, como se reputa que seja, um comando de concretização das normas constitucionais, localiza-se aqui um primeiro fundamento para o princípio de proibição de retrocesso social. Uma norma consagradora de direito social que carece de densificação legislativa para tornar-se executável insere-se nesta ideia de imposição constitucional de concretização, ou seja, o Legislador tem um dever concreto de legislar para conferir eficácia àquela norma, garantindo a supremacia e a força normativa da Constituição. Como corolário do dever de legislar para dar eficácia aos direitos sociais, há o dever de não alterar ou revogar as normas infraconstitucionais concretizadoras das normas constitucionais de direitos fundamentais; trata-se da vedação de retrocesso, que não é absoluta, como se verá, mas impede desprezar a supremacia da Constituição pela alteração ou supressão das normas infraconstitucionais de modo ofensivo à supremacia da Constituição.

[...]

Não deve restar dúvida de que uma das principais densificações constitucionais do princípio da socialidade é a consagração dos direitos sociais, que traduzem mandados constitucionais concretos e individualizáveis de deveres do Estado na concretização da democracia social, com o oferecimento de prestações aos indivíduos de forma a garantir a sua existência e permitir o desenvolvimento de sua personalidade, na busca de condições plenas para o respeito e promoção da dignidade da pessoa humana³⁰.

O mandado de otimização dos direitos sociais ou de não retrocesso social é assegurado, ainda, pelos arts. 2º, 1 e 4, do PIDESC, e pelos arts. 2º e 5º do Protocolo de San Salvador³¹, tratados internacionais de direitos humanos por meio dos quais o Brasil assumiu compromisso de assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos previstos nas Convenções e de somente estabelecer restrições ou limitações a esses direitos com o objetivo de preservar o bem-

²⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. 1ª ed. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999, p. 38-39.

²⁹NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 185-188. STF. ARE 745745 AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, 02 dez. 2014. DJe un. 250, 19 dez. 2014; STF. ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, 29 abr. 2014. DJe un. 200, 04 mai. 2014; STF. ARE 727864 AgR/PR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, 04 nov. 2014. DJe un. 223, 13 nov. 2014. Ainda: STF. AI 598212 ED/PR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, 25 mar. 2014. DJe un. 077, 24 abr. 2014.

³⁰NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 120-129.

³¹Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06/07/1992; Protocolo de *San Salvador* promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999.

estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariarem os propósitos e fundamentos das referidas normas internacionais.

À luz dessas premissas, o regime legal do contrato intermitente afronta a normativa constitucional e internacional de proteção ao trabalho, ao reduzir desproporcionalmente o patamar de proteção jurídica à relação emprego, transferindo ao trabalhador o risco inerente à atividade econômica, à visa das seguintes características:

(i) não oferece garantia mínima de trabalho, submetendo o empregado intermitente à absoluta imprevisão dos períodos de atividade (CLT, arts. 443, § 3º, e 452-C, § 2º), o que lhe impossibilita assumir compromisso de emprego simultâneo sem risco de inadimplemento de sua execução quando convocado ao trabalho intermitente, estimulando o trabalho complementar informal, marginalizado de proteção trabalhista e previdenciária (CR/88, art. 7º, I, XIII, XXIV e 201);

(ii) não comporta garantia de remuneração periódica, nem de recebimento de salário mínimo, quando houver trabalho, submetendo o empregado a total imprevisão de renda necessária ao seu sustento e de sua família, em violação ao mínimo existencial socioeconômico constitucionalmente garantido ao trabalhador empregado (CR/88, art. 7º, IV e VII);

(iii) não garante a contribuição e correspondente cobertura previdenciária, impondo ao trabalhador a complementação contributiva sobre a diferença da remuneração, quando inferior ao salário mínimo, para que tenha acesso à condição de segurado da previdência social, medida que representa sério obstáculo à aquisição do direito à aposentadoria (CR/88, art. 7º, XXIV) e demais benefícios previdenciários (art. 201);

(iv) permite a previsão contratual de “reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados” (CLT, art. 452-B, IV), submetendo o trabalhador a cláusula de adesão que lhe impede de rescindir unilateralmente contrato que lhe é intensamente prejudicial, inclusive na hipótese em que venha a conseguir outro contrato de emprego contínuo e mais benéfico;

(v) reduz à metade o valor do aviso prévio indenizado, em caso de extinção do contrato sem justa causa (CLT, art. 452-E, I, *a*),³² em violação direta ao art. 7º, XXI, da Constituição,³³ que prevê como direito do trabalhador urbano e rural “aviso prévio proporcional ao tempo de

³²Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias: I - pela metade: a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F.

³³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”, como meio de lhe garantir tempo necessário à colocação em novo emprego;

(vi) reduz à metade o valor da indenização por dispensa sem justa causa (CLT, art. 452-E, I *b*), a que se refere o art. 10, I, do ADCT, que fixa a indenização, nessa hipótese, em valor correspondente a quarenta por cento do saldo do FGTS³⁴, violando, com isso, a referida norma constitucional transitória;

(vii) em caso de extinção contratual sem culpa do empregado, o regime veda seu acesso ao seguro-desemprego (CLT, art. 452-E, § 2º), em afronta ao disposto nos arts. 7º, II, e 201, III, da Constituição, e limita a 80% (oitenta por cento) o saque do FGTS (art. 452-E, § 1º), em afronta ao conteúdo de sentido do art. 7º, III, da Constituição, que prevê o direito ao fundo de garantia do tempo de serviço, destinado ao trabalhador em condição de vulnerabilidade social, como política de atendimento econômico substitutiva da antiga estabilidade no emprego;

(viii) a dinâmica fragmentária do contrato de trabalho intermitente desnatura o gozo efetivo de direitos fundamentais historicamente relacionados à prevenção da fadiga e à preservação da saúde do trabalhador, como as férias e o repouso semanal remunerado, direitos de natureza cominatória que foram convertidos, pela legislação impugnada, em direitos meramente patrimoniais, com evidente desvio de finalidade.

Nos termos do art. 452-A, § 6º, da CLT, o empregado intermitente receberá ao final de cada período de trabalho o valor correspondente às férias proporcionais (inciso II) e ao repouso semanal remunerado (inciso IV)³⁵. A solução normativa contraria diretamente as normas constitucionais que garantem efetivo gozo de férias e repouso semanal remunerado (CR/88, art. 7º, XV e XVII)³⁶, violando ainda as Convenções 132 e 146 (sobre férias), 14 e 106 (sobre repouso semanal remunerado) da OIT, além da Convenção 155, que contempla esses direitos como elementos de proteção à saúde do trabalhador³⁷. A jurisprudência do STF tem assentado que a transmutação das

³⁴ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de dezembro de 1966.

³⁵ § 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas: [...] III - férias proporcionais com acréscimo de um terço; [...] IV - repouso semanal remunerado [...].

³⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; [...] XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

³⁷ Convenção 132 (Férias), promulgada pelo Decreto 3.197/1999: Art. 3º, assentando o direito de férias anuais remuneradas de duração mínima três semanas, por um ano de serviço. Ainda, “em relação ao período global, pelo menos a sua remuneração média ou normal (incluindo-se a quantia equivalente a qualquer parte dessa remuneração em espécie, e que não seja de natureza permanente, ou seja concedida quer o indivíduo esteja em gozo de férias ou não), calculada de acordo com a forma a ser determinada pela autoridade competente ou órgão responsável de cada país”. Convenção 14 (Concessão do Repouso Semanal nos Estabelecimentos Industriais), promulgada pelo Decreto 41.721/1957; Convenção 106 (Repouso Semanal no Comércio e nos Escritórios), promulgada pelo

férias em indenização pecuniária necessita de verificação quanto à inviabilidade de sua prévia fruição, em decorrência de sua natureza cominatória (RE 100.9303-AgR/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe un. 217, 26 set. 2017; ARE 782.370-AgR/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe un. 124, 27 jun. 2014). Indiferente o fato de que tal jurisprudência provenha de casos afetos a relações jurídico-estatutárias de servidores públicos, na medida em a origem normativa do direito é comum (CR/88, arts. 7º e 39, §3º).

(ix) o contrato de trabalho intermitente inviabiliza a concretização das ações afirmativas de índole constitucional voltadas à inserção da pessoa com deficiência e do jovem trabalhador no mercado de trabalho (CR/88, art. 7º, XXXI, 24, XIV, 37, VIII, e 227, cominados com a Lei 8.213/1991, art. 93, e com a CLT, art. 429).

Em cumprimento ao disposto nos arts. 7º, XXXI³⁸, que prevê “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; ao art. 24, XIV, da Constituição, que prevê como competência concorrente das entidades federativas a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”; à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, e à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU (único documento internacional incorporado à ordem jurídica interna com *status* de emenda constitucional, eis que aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição)³⁹, a legislação trabalhista reserva cotas de emprego para pessoas com deficiência,⁴⁰ nos termos do art. 93 da Lei 8.213/1991⁴¹. A jurisprudência do STF prestigia a legitimidade dessa política afirmativa, como instrumento de “efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural” das pessoas portadoras com deficiência (ex: RMS 32.732 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello)⁴².

Decreto n. 58.823/1966; Convenção 146 (Férias Remuneradas Anuais da Gente do Mar), promulgada pelo Decreto nº 3.168/1999; Convenção 155 (Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho), promulgada pelo Decreto 1.254/1994.

³⁸XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

³⁹Nova York, 30 mar. 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Em especial, o art. 27 dessa Convenção. “Artigo 27 – Trabalho e Emprego - 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, *em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência*. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros” (grifos acrescidos).

⁴⁰LORENTZ. LutianaNacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2ª edição, LTr: São Paulo, 2016.

⁴¹Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

⁴²STF. RMS 32.732 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 3 jun. 2014, DJede 1º ago. 2014.

Por sua vez, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição, que garante a proteção integral do adolescente, com absoluta prioridade de seu direito à profissionalização⁴³, o legislador instituiu a cota de contratação obrigatória de jovens aprendizes no mercado de emprego, nos termos do art. 429 da CLT⁴⁴.

A viabilidade dessas políticas de assento constitucional depende da efetiva prestação laboral e concreta experiência profissional, com vistas à “efectivação do direito ao trabalho em actividade adequada, condição essencial da integração social dos cidadãos portadores de deficiência”⁴⁵. Igualmente, o direito à profissionalização dos jovens aprendizes pressupõe vinculação contínua ao trabalho, para aquisição da experiência prática inerente à aprendizagem. Essas metas constitucionais restam frustradas no regime de emprego intermitente, eis que enseja mera expectativa de chamamento para o trabalho em períodos esporádicos e fragmentados, constituindo veículo de esvaziamento e de desvio de finalidade das cotas legais, que não foram legalmente excluídas desse regime contratual.

À vista de todas essas características, a figura do contrato de trabalho intermitente enseja redução drástica e desproporcional do patamar de proteção jurídica constitucionalmente destinada ao trabalho subordinado, incorrendo o legislador ordinário, ao discipliná-lo, em larga violação de sua margem de ação discricionária. As políticas de promoção de empregabilidade, ainda que em momentos de crise econômica, não justificam a derrogação do patamar mínimo de proteção social destinado ao trabalhador pela Constituição. Exatamente para preservar essas conquistas sociais contra investidas legislativas em momentos de instabilidade política, o Constituinte de 1988 transferiu os direitos sociais dos trabalhadores do capítulo dos direitos sociais e econômicos, onde figuravam nas Constituições anteriores, para o capítulo dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II).

Atuando ao largo desses limites, a disciplina jurídica do contrato intermitente incorre em desvio da finalidade legislativa, especialmente considerando que as normas impugnadas não restringem o uso do modelo contratual ultraflexível a situações específicas, tal como o fazem as normas que disciplinam outros regimes contratuais atípicos, como o contrato por tempo

⁴³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁴ Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional [...].

⁴⁵ CANOTILHO. José Joaquim. Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra. 2007, v.1, p. 881.

determinado (CLT, art. 443, § 2º) e o contrato de trabalho temporário (Lei 6.019/1974, art. 2º, § 2º, e art. 10, § 1º), ambos submetidos a estritas hipóteses e a prazos máximos de duração. Pelo contrário, a norma do § 3º do art. 443 da CLT, impugnada, autoriza o amplo uso do contrato intermitente, “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

Para uso do contrato especial, a Lei 13.467/2017 não exige a sazonalidade e/ou a intermitência das atividades empresariais, não prevê prazo máximo para o ajuste, nem qualquer especial condição do empregador contratante (ex: microempresa ou empresa em recuperação judicial). A disciplina jurídica também não distingue o trabalhador sujeito ao contrato intermitente, por sua maior vulnerabilidade ao desemprego involuntário ou por eventual dificuldade de sua integração ou reinserção no mercado de trabalho (ex: trabalhadores mais jovens ou mais velhos, egressos do sistema prisional ou que estejam desempregados por longo período etc.), como política especial de promoção do emprego. Diversamente, a norma impugnada franqueia o uso do contrato restritivo de direitos de forma aberta e incondicional, em concorrência direta com o contrato por tempo indeterminado, desestimulando seu uso, inclusive, ao reduzir o custo da mão de obra intermitente por meio da redução de direitos (CLT, art. 452-E), em evidente desvio da finalidade promocional de direitos fundamentais, inerente à atividade legislativa.

É firme a jurisprudência do STF em que o princípio constitucional da proporcionalidade, insito ao Estado de Direito, constitui critério de aferição de legitimidade de leis restritivas de direitos fundamentais,⁴⁶ conforme se extrai de precedentes firmados nos seguintes feitos: RE 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 364.304-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 84.862/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 2.868/PI, Rel. Min. Ayres Britto; RE 346.084/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, e RE 413.782/SC, Rel. Min. Marco Aurélio.

No julgamento de medida cautelar na ADI 1.158-8/AM, em voto lapidar o Ministro Celso de Mello reconhece a figura da inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo, diante de legislação considerada opressiva, desproporcional e que subverte os fins que regem o desempenho da função estatal. Segundo argumenta, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado,

este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de

⁴⁶SARMENTO. Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 87.

absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí concluir, sob advertência de Caio Tácito, que “a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público”⁴⁷.

À luz dessas considerações, reputa-se ilegítima a disciplina legal do contrato de trabalho intermitente, tendo em conta a gravidade desproporcional e abusiva das restrições por ela imposta ao regime constitucional de proteção social ao emprego, em violação ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais.

2.5 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA IGUALDADE PERANTE A LEI

O regime jurídico do contrato de trabalho intermitente ofende o princípio constitucional da proteção da confiança, na medida em que subverte a premissa de previsibilidade da conduta das partes contratantes, inerente ao Estado de Direito (CR, art. 1º).

Configurado sob a lógica do “contrato de trabalho zero-hora”, condicionado a imprevisível demanda do empregador, sem quaisquer garantias acerca do *quantum* de prestação laboral e do salário a ser auferido periodicamente, sujeita-se o empregado a condição contratual de profunda insegurança, imprevisibilidade, incerteza e instabilidade relativamente à própria execução do contrato de trabalho, submetida a absoluto arbítrio do empregador, modelo relacional incompatível com o dever estatal de proteção da confiança e da segurança jurídica, elementos constitutivos do Estado de Direito.

A República Federativa do Brasil é concebida como Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), “macro-princípio” do Direito Constitucional que veicula complexa valoração normativa⁴⁸, emanando, especialmente do hemisfério do Estado de Direito, os princípios da proteção da confiança e da vedação do arbítrio, da segurança jurídica e da igualdade de todos perante a lei (CR/88, arts. 1º, I, e 5º, *caput* e § 1º). Tais princípios encontram-se ancoram-se em

⁴⁷STF. ADI 1.158-8. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJe, 26 mai. 1995.

⁴⁸CANOTILHO. J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Fundação Mário Soares. Gradiva: Lisboa. 1999. Conforme elucidada o autor, p. 21: “A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado*”.

tratados internacionais de reforçado valor, figurando nos artigos 1º, 7º e 23º da DUDH, de 1948, e nos artigos 9º e 26 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966⁴⁹.

Com efeito, são pedras fundamentais do Estado de Direito as noções de preservação e valorização da confiança nas relações sociais e jurídicas e de previsibilidade dos atos públicos e de terceiros com relevo na esfera jurídica do cidadão. Repudia-se a insegurança jurídica, a frustração da expectativa legítima e a sujeição do cidadão ao completo arbítrio do poder público ou de outrem. Afinal, as relações sociais e jurídicas devem ser estabelecidas em condições de previsibilidade, premissa da estabilidade inerente ao Estado de Constitucional, sujeito ao império da Constituição e das leis. Traduzindo esse ideário, elucida Gomes Canotilho:

O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; **(2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.** Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança)** pode formular-se do seguinte modo: **o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico** (sem destaques no original)⁵⁰.

A segurança jurídica e/ou protecção da confiança são posturas exigíveis primeiramente do Poder Público, enquanto destinatário imediato das normas asseguradoras dos direitos fundamentais (CR/88, art. 5º, §1º), cabendo ao legislador democraticamente eleito, como primeiro intérprete constitucional, o dever de atentar, respeitar e otimizar a força normativa desses princípios, cuja sedimentação histórica e constitucional os tornou cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, § 4º, IV).

⁴⁹Decreto nº 592, de 6 jul. 1992.

⁵⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 257.

A esse respeito, em abalizado escólio doutrinário, afirma Jorge Reis Novais que o princípio da proteção da confiança dos cidadãos, especialmente perante alterações legislativas que afetem seus direitos, cobra plena e especial aplicação no domínio das restrições aos direitos fundamentais, “âmbito vital em que as necessidades de segurança jurídica são mais prementes e em que a dignidade da protecção da confiança é mais objectivamente justificada”. Nesse sentido, diz o autor, o princípio da proteção da confiança desenvolve, ao lado do princípio da proibição do excesso e da igualdade, “efeito genérico e abrangente de limite aos limites dos direitos fundamentais”⁵¹.

Analisando o tema da proteção da confiança, anota Osvaldo Ferreira de Carvalho que “o princípio da segurança jurídica decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança”, plurissignificação da qual decorre sua tríplice dimensão: (i) de conhecimento e certeza do Direito positivo; (ii) de confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica em geral, porquanto garantidores da paz social; e (iii) de previsibilidade das consequências jurídicas derivadas das próprias ações ou das condutas de terceiros. Nessa última dimensão, diz o autor, com arrimo em doutrina de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que “segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas” (sem destaque no original), que se articula com

a certeza de que as relações jurídicas não podem ser modificadas numa imprevisibilidade que as deixem instáveis e inseguras em relação ao seu futuro, quanto ao seu presente e inclusive quanto ao passado⁵².

A advertência se emprega com precisão à figura do contrato de trabalho intermitente, cujo conteúdo confere ao empregador poder de convocação do empregado para o trabalho, quando lhe aprouver, conferindo ao trabalhador mera expectativa de trabalho e remuneração, situação jurídica de profunda incerteza e insegurança diante do exacerbado poder potestativo do empregador. Assim, em vez de compensar a inferioridade jurídica e socioeconômica do empregado, por meio da concessão de direitos sociais, segundo a vocação histórica constitucional do direito do trabalho, o contrato de trabalho intermitente acentua o quadro de desequilíbrio econômico entre as partes, potencializando-o em modelo relacional que promove profundo desequilíbrio jurídico.

É consistente a jurisprudência do STF acerca dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, cujo conteúdo consiste em tutelar, em último termo, a expectativa

⁵¹NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, junho de 2003, p. 816 e 817.

⁵²CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 244-252.

legítima do cidadão de boa-fé contra atos imponderados e aleatórios do Poder Público ou do particular⁵³, protegendo o que se considera razoavelmente exigível, previsível e esperado, como conduta do cidadão diante dos fatos e das normas⁵⁴. Conforme consignado no julgado do RE-RG 566.621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie:

[...] se, de um lado, não há dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constitui imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também é certo que este tem abrangência maior e que implica, também, resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à justiça⁵⁵.

Nessa ordem de ideias, a legislação impugnada ainda implica ofensa ao princípio da igualdade perante a lei (CR/88, art. 5º, *caput*). Ela criou categoria específica de emprego intermitente que submete o trabalhador a condição de inferioridade tutelar incomparável com as demais espécies contratuais trabalhistas,⁵⁶ quando a Constituição não admite tratamento jurídico-trabalhista diferente ou inferior sequer para os trabalhadores avulsos, que, pela natureza de sua atividade, laboram para diversos tomadores em curtos períodos de tempo, conforme se infere do art. 7º, XXXIV, da Constituição.

Sobre a força irradiante e normativa do princípio da igualdade perante a lei são lapidares os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha, *in verbis*:

[...] Passou-se a atribuir à frase o significado de “iguais na lei”, quer dizer, a própria norma jurídica tendo a obrigação de conferir tratamento igual aos iguais, não podendo

⁵³ STF. ADPF 341-MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. j. 27 mai. 2015, *DJen*º 156, 10 ago. 2015. Em causa a alterações das regras para obtenção de financiamento de curso junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante Superior – FIES. No acórdão, p. 7: “Mas vamos ao tema da segurança jurídica. Quando se trata de situações continuadas, é elementar hoje na jurisprudência, na doutrina e na legislação, que, quando se mudam as regras do jogo no final, tem-se que adotar cláusula de transição”.

⁵⁴ STF. RE 630.733/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. j. 15 mai. 2013. *DJe* nº 228, 20 nov. 2013. Nessa oportunidade, o princípio da segurança jurídica foi fundamento para se considerar a legalidade da norma editalícia que não prevê segunda chamada nos testes de aptidão física. Ainda, STF, MS 30622 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 25 ago. 2017, *DJede* 6 set. 2017. Importante aplicação do princípio da proteção da confiança ainda: STF, MS 30.566 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 26 mai. 2017, *DJede* 20 jun. 2017. Ainda, a proteção da confiança relativamente ao instituto da colaboração premiada em Direito Penal: STF, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 27 ago. 2015, *DJede* 4 fev. 2016.

⁵⁵ STF. Tribunal Pleno, j. 4 agos. 2011, *DJe* nº 195, 11 out. 2001. O tema também é versado no MS 22.315, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 17 abr. 2012, *DJede* 28 mai. 2012. Ainda, STF, ACO 79, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15 mar. 2012, *DJede* 28 mai. 2012.

⁵⁶ Em comparação ao contrato de trabalho por prazo indeterminado, o contrato intermitente não contempla o pagamento de tempo à disposição; não garante jornada e remuneração mínima; o aviso prévio e a indenização por dispensa sem justa causa são diminuídos a metade; não permite a contagem do tempo de serviço para fins previdenciários em caso de percepção de salário inferior ao mínimo; não atribui direito de acesso ao programa do seguro-desemprego etc. Em comparação ao contrato de trabalho em regime de tempo parcial (CLT, art. 58-A), este se sujeita a jornada pré-fixada (donde a previsibilidade quanto ao salário a ser percebido) e são garantidos aos empregados os mesmos direitos das outras espécies laborais tradicionais.

arremeter-se contra o princípio e propiciar desigualação de pessoas que se encontrem em situação de igualdade.

Assim, estabeleceu-se a obrigação do próprio legislador de manter e assegurar o princípio da igualdade em sua obra, não mais se restringindo a incidência e influência do princípio ao aplicador da norma jurídica, como anteriormente se pensar. Com esta interpretação oferecida ao princípio supera-se a possibilidade de criação do arbítrio legal, vale dizer, a situação jurídica em que, com base em norma posta, pode-se praticar a mais ampla injustiça. Como afirmava RADBRUCH, a norma positivada não contém em si própria a justiça quando fundada em bases arbitrárias e quando o seu conteúdo não se impõe senão pelo poder de sua vigência e não pela legitimidade de sua disposição.

[...]

O que se pretende sob este novo enfoque, portanto, é que o próprio legislador seja cingido pelo princípio constitucionalmente posto, de tal sorte que a lei não abrigue desigualdades sem qualquer fundamentação que não se equacione pela Justiça. Não se lê, pois, o princípio como pretendendo apenas que a norma se aplique de maneira igual, mas que a norma seja feita em estrita remissão e obediência a este princípio, quer-se dizer, que não se criem nela, ou nela se mantenham, desigualdades entre pessoas em situações jurídicas ou em circunstâncias pessoais iguais. Habitou-se a estatuir na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência, a expressão “igualdade na lei” para substituir-se àquela “igualdade perante a lei”. Com esta substituição pretendia-se enternecer o legislador infraconstitucional a guardar-se nas lindes constitucionais e, em sua constelação de princípios, apreender o sentido de uma igualação que se assegurasse a realização do justo⁵⁷.

É farta a jurisprudência do STF na verificação de rupturas legais ao princípio da isonomia em sentido amplo,⁵⁸ cuja autoaplicabilidade é amplamente reconhecida (CR/88, art. 5º, § 1º),⁵⁹ e em face do qual a lei não pode conduzir a tratamento discriminatório irrazoável do cidadão, conforme se extrai do julgado do MI 58/DF, Relator Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido

⁵⁷ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990, p. 37-38.

⁵⁸STF. RE 870.947/SE. Rel. min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, 20-9-2017. DJe un. 262, 20 nov. 2017; STF. ADI 1975 MC/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, 20 maio 2001. DJ, 14 dez. 2001; STF. ADI 4425/DF. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, 14 mar. 2013. DJe un. 251, 19 dez. 2013.

⁵⁹STF. MI 58/DF. Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, 14 dez. 1990. DJ, 19 abr. 1991.

no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeledora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porém insuficiente e incompleto⁶⁰.

No julgamento da ADI 2.716/DF, Relator Ministro Eros Grau, a Corte também enfrentou o conteúdo do princípio da igualdade perante a lei, ocasião em que firmou ser legítimo que a lei promova distinções de situações, a fim de conferir a uma situação tratamento diferente do que confere a outra, mas adverte, que, para fazê-lo, “é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio”, o que corresponde a exigir que a discriminação se pautem em distinção justificada em efetiva medida de justiça:

5. Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 8. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia⁶¹.

Por mais essa ordem de razões, estando constatada ofensa à segurança jurídica, à proteção da confiança e ao comando de igualdade perante a lei, opina-se pela inconstitucionalidade material do regime jurídico do trabalho intermitente.

De todo o exposto se conclui pela ocorrência de inconstitucionalidades materiais em três dimensões: **(i)** por ofensa ao complexo normativo do Estado de Direito, especialmente em face de seus princípios da proteção da confiança e da igualdade perante a lei (CR/88, arts. 1º e 5º, *caput*); **(ii)** por ofensa ao complexo normativo do Estado de Justiça Social e aos direitos fundamentais trabalhistas e previdenciários do empregado, especialmente os direitos ao trabalho, ao salário mínimo e à cobertura previdenciária (CR/88, arts. 1º, IV, 3º, I e III, 7º, I, II, III, IV, VII, XI, XXIV, XXXI, XXXIV; 170, III e VIII, 193, 201, 239; ADCT, art. 10, I; e

⁶⁰STF. MI 58/DF. Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, 14 dez. 1990. DJ, 19 abr. 1991

⁶¹STF. ADI 2.716/DF. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, 29 nov. 2007. DJe un. 041, 07 mar. 2008.

Convenções 95, 111 e 168 da OIT); e, finalmente, (iii) por desvio de finalidade legislativa, pela constatada violação ao princípio da proporcionalidade.

Em face da variedade e intensidade das inconstitucionalidades apontadas, que afetam elementos centrais do contrato de trabalho intermitente, reputa-se recomendável a declaração de inconstitucionalidade do complexo normativo impugnado.

Mas, caso assim não se considere conveniente, também é tecnicamente viável a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que ampliam de forma incondicional a utilização da modalidade contratual (§ 3º do art. 443 da CLT); que ofendem as garantias fundamentais de recebimento de salário mínimo mensal (§ 3º do art. 443; inciso II do art. 452-A e art. 452-C, *caput* e § 2º, da CLT); que negam a condição de segurado do trabalhador intermitente, sujeitando-o à complementação contributiva à previdência social, além do gozo de seguro-desemprego (arts. 452-E, § 2º, 452-H e 911-A, §§ 1º e 2º, da CLT); que violam o direito à integralidade do aviso prévio e da indenização sobre o saldo do FGTS (CLT, art. 452-E, I, *a e b*), e do efetivo gozo de férias e repouso semanal remunerado (CLT, art. 452-A, § 6º, II e IV).

3 CONCLUSÃO

À luz de toda a legislação constitucional e internacional analisada, e por todos os ângulos em que apreciada a matéria, conclui-se pela inconstitucionalidade material do complexo normativo disciplinar do contrato de trabalho intermitente (arts. 443, § 3º, 452-A a 452-H, e 911-A da CLT).

No entanto, em caráter sucessivo, ainda é viável o reconhecimento da constitucionalidade condicionada a determinados critérios ou contenções de direitos fundamentais voltadas a atenuar, na medida do possível, a inconstitucionalidade, a exemplo das seguintes medidas:

a) o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 445 da CLT, com utilização da técnica de interpretação conforme, para que se repute constitucional o regime de trabalho intermitente apenas em atividades empresariais de natureza cíclica ou intermitente;

b) a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 443 do inciso II do art. 452-A e do art. 452-C, *caput* e § 2º, da CLT, utilizando-se da técnica de interpretação conforme, para que se repute assegurado ao empregado intermitente, em quaisquer condições, remuneração mensal não inferior ao salário mínimo legalmente estabelecido;

c) o uso da interpretação conforme dos arts. 452-E, § 2º, 452-H e 911-A, §§ 1º e 2º, da CLT, para que se reconheça devido ao emprego sob contrato intermitente o recolhimento de contribuição previdenciária sobre valor não inferior ao salário mínimo mensal, bem como o gozo de seguro-desemprego, nos termos da legislação de regência;

d) o reconhecimento da inconstitucionalidade das alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 452-E da CLT, declarando devida a integralidade do aviso prévio e da indenização sobre o saldo do FGTS a todos os empregados em hipótese de dispensa sem justa causa; e

e) a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e IV do § 6º do art. 452-A da CLT, para que se garanta efetivo gozo de férias e repouso semanal remunerado no contrato de trabalho intermitente.

4 REFERÊNCIAS

AGUSTINA, Nuria Soto. **El contrato de trabajofijodiscontinuo**. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013, p. 6. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf. Acesso em: 14 fev. 2018.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BALERA, Walter. **O seguro-desemprego no direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIANVASCHI, Magda Barros. A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo “sem peias”. *In: Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. MELO, Raimundo Simão; DA ROCHA, Cláudio Jannotti (coord). LTR: São Paulo; 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “ubertrabalho e ultraflexiprecarização”. *In: Revista Científica Virtual – Reforma Trabalhista: Reflexões*. Escola Superior de Advocacia OAB/SP, edição 25, primavera, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra. 2007, v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. 1ª ed. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Comentário Geral nº 03: artigo 2º, número 1 (a natureza das obrigações dos Estados Partes). Quinta sessão, 1990. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo, 2014.

DELGADO. Maurício Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. LTr: São Paulo, 2017.

DRAY. Guilherme Machado Dray. **O Princípio da proteção do trabalhador**. LTr: São Paulo, 2015.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social.

LIMA. Francisco Gérson Marques. **“Trabalho Intermitente”**. Excola: Excelência em Formação Social. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/luis-antonio-camargo-de-melo>.

LORENTZ. LutianaNacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2ª edição, LTr: São Paulo, 2016.

LUDUVICE, Ricardo Verta. **Seguro-desemprego: legislação, jurisprudência, direito estrangeiro (inclusive no Mercosul)**. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Sidnei. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas da União Europeia. In: DELLAGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (Org.). **Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas; 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Salário – Conceito e Proteção**. LTr: São Paulo, 2008.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra:Coimbra, 2003.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAWS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000;

RAWS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990.

RODRIGUEZ. Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana – conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SARMENTO. Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCAFE, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

AVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Sites:

<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm>.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62016CJ0143>.

<http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent>.

Gesetzüber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfgr/BJNR196610000.html>. Acesso em: 14 fev. 2018.

On-call work and “zero hours” contracts”; In:
http://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS_170714/lang—en/index.htm. Acesso em 14 fev. 2018.

“Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects”.
Disponível em: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534122/lang—en/index.htm; Acesso em: 14 fev. 2018.

http://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_534825/lang—en/index.htm. Acesso em: 15 fev. 2018.

<https://www.theguardian.com/uk-news/2016/sep/08/uk-workers-zero-hours-contracts-rise-tuc>.

<http://www.telegraph.co.uk/business/2017/05/11/almost-one-million-britons-zero-hours-contracts-dont-want-work/>.

<http://theconversation.com/mcdonalds-concession-on-zero-hours-contracts-is-a-boost-for-unions-and-the-labour-party-76734>.

OS DIREITOS HUMANOS LABORAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹ (2ª PARTE)

LABORAL HUMAN RIGHTS AND JURISPRUDENCE OF THE INTER- AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2ST PART)

Miguel F. Canessa Montejo²
(Trad. Thiago Pádua³ e Dinah Lima⁴)

RESUMO: Assistimos nos últimos anos a uma reavaliação do Direito Internacional do Trabalho, onde o seu reposicionamento é reforçado com os direitos humanos do trabalho - o espaço de intersecção entre o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este estudo aborda esse tema a partir da contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A análise foi dividida em três seções. A primeira seção apresenta um conceito e a justificativa para esse seletivo grupo de direitos trabalhistas básicos. A segunda seção apresenta as normas imperativas de direito internacional geral que têm conteúdo em matéria trabalhista, configurando o *jus cogens* trabalhista e as consequências jurídicas que dele decorrem. A terceira seção estuda o procedimento de controle do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a valiosa jurisprudência da Corte no âmbito dos direitos humanos laborais, concluindo com uma reflexão final.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos laborais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Casos.

SUMÁRIO: 1. Os Direitos Humanos Laborais. 2. O *Jus Cogens* Laboral. 2.1 As proibições da escravidão e da servidão. 2.2 A proibição do trabalho forçado ou obrigatório. 2.3 A proibição das piores formas de trabalho infantil. 2.4 A proibição de discriminação em matéria de emprego ou ocupação. 3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. 3.1 Os casos de execução ou desaparecimento forçado de sindicalistas. 3.2 Os casos de liberdade de trabalho, proibições de escravidão e de servidão, e proibição de trabalho forçado ou obrigatório. 3.3 Os casos de proibição da discriminação laboral. 3.4 Os casos de proibição do trabalho infantil. 3.5 Os casos da liberdade sindical. 3.6 Os casos de devido processo laboral (a proteção contra demissão). 3.7 Os casos de seguridade social e remuneração (os direitos adquiridos). 4. Reflexão Final. Referências.

ABSTRACT: In recent years we have witnessed a revaluation of International Labor Law, where its repositioning is strengthened with labor human rights – the intersection space between International Labor Law and International Human Rights Law. This study addresses this issue from the contribution of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The analysis has been divided into three sections. The first section presents a concept and the rationale for this select group of basic labor rights. The second section presents the peremptory norms of general International Law that have content in labor matters, shaping the labor *jus cogens* and the legal

Artigo recebido em: 10/08/2020

Artigo aprovado em: 15/12/2020

¹Trabalho inédito em português. Uma versão anterior foi publicada em inglês com o título: “*Labor human rights and the jurisprudence of Inter-American Court of Human Rights*” no livro coletivo “*Labour, Business and Human Rights Law*” de Janice R. Bellace y Beryl ter Haar (editors). Cheltenham: Edward Elger Publishing, 2019. A Primeira parte do artigo foi publicada no Volume 6, Número 2, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas d UDF-Centro Universitário.

²Advogado e sociólogo pela Pontifícia Universidade Católica do Peru. Doutor em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid. Professor universitário e consultor internacional (mcanessa@pucp.edu.pe).

³ Professor do Programa de Mestrado em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Ex-assessor de ministro do STF. Advogado.

⁴ Especialista em Direito de Família. Bacharel em Direito. Integrante da Comissão da Mulher Advogada da ABA – Associação Brasileira de Advogados. Advogada.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 83-111, SET-DEZ/2020

consequences that derive from it. The third section studies the control procedure of the Inter-American Human Rights System and the valuable jurisprudence of the Court in the framework of labor human rights. To conclude in a final reflection.

KEYWORDS: Labor human rights; Inter-American Court of Human Rights; Cases.

SUMMARY: 1. Human Labor Rights. 2. The *Jus Cogens* Laboral. 2.1 The prohibitions of slavery and servitude. 2.2 The prohibition of forced or compulsory labor. 2.3 Prohibition of the worst forms of child labor. 2.4 The prohibition of discrimination in terms of employment or occupation. 3. The Inter-American Human Rights System and the Inter-American Court. 3.1 The cases of execution or forced disappearance of union members. 3.2 The cases of freedom of work, prohibitions of slavery and servitude, and prohibition of forced or compulsory labor. 3.3 The cases of prohibition of labor discrimination. 3.4 Cases of prohibition of child labor. 3.5 The cases of freedom of association. 3.6 Cases of due labor process (protection against dismissal). 3.7 The cases of social security and remuneration (the acquired rights). 4. Final reflection. References.

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA

A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, a Corte) na consolidação da proteção dos direitos humanos laborais, é evidenciada nas referências apresentadas nas duas seções anteriores, especialmente sua contribuição na identificação das normas *jus cogens* laborais. Nesta seção, estudaremos seu papel protetor no hemisfério americano.

O sistema interamericano de direitos humanos conta com uma série de instrumentos internacionais que estabelecem um conjunto de direitos laborais. Entre os instrumentos que se destacam estão: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional de San Salvador (1988)⁵. Os direitos humanos laborais, incluídos em seus textos normativos, são: liberdade de trabalho, proibição de escravidão e servidão, proibição de trabalho forçado ou obrigatório, direito ao trabalho, proteção contra o desemprego, proteção contra demissão, proibição de discriminação no emprego e ocupação, direito à igualdade de remuneração, direito à segurança e higiene no trabalho, direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias, direito à limitação do horário de trabalho, direito ao descanso semanal remunerado, direito ao descanso remunerado em feriados, direito a férias remuneradas, direito a remuneração mínima, direito a promoção no emprego,

⁵Devemos também mencionar a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (1947), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência (1999), a Carta Democrática Interamericana (2001), a Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas relacionadas de intolerância (2013), a Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação e intolerância (2013) que ainda não foi celebrada validade e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do Idoso (2015).

direito a formação profissional, liberdade de associação, direito à greve, direito à segurança social, direito à proteção de menores, direito à proteção da mulher trabalhadora, direitos de proteção para trabalhadores com deficiência.

O Sistema Interamericano possui três tipos de procedimentos de controle: o sistema de denúncias, o sistema de petições e os casos contenciosos perante a Corte Interamericana. Aqui estamos interessados nos dois últimos. Por outro lado, o sistema de petições consiste em apresentar uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, a Comissão) pela violação de qualquer direito contido em um instrumento interamericano de direitos humanos. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, a Convenção), sua ratificação pelo Estado denunciado é exigida como requisito. Por outro lado, casos contenciosos são apresentados à Corte por descumprimento das recomendações formuladas pela Comissão no âmbito do sistema de petições da Convenção. Diferentemente do sistema de petições, o direito de acesso à Corte (*jus standi*) é restrito à Comissão e aos Estados Partes da Convenção, excluindo as vítimas, indivíduos em geral ou entidades não governamentais de apresentarem denúncias diretamente.

A Corte tem jurisdição contenciosa⁶ e consultiva⁷, embora a jurisdição contenciosa exija que o procedimento do sistema de peticionamento⁸ tenha sido esgotado e o Estado Parte tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte⁹.

As questões laborais podem ser divididas em duas etapas. A primeira etapa concentra-se nos casos de sindicalistas presos, executados extrajudicialmente ou desaparecidos nos Estados Partes da Convenção. A segunda etapa ocorre com a apresentação de ações judiciais sobre violações de direitos laborais pela Comissão, o exemplo paradigmático desta etapa é o caso Baena et al. Vs. Panamá sobre a demissão de dirigentes sindicais. A seguir, analisaremos os casos e sentenças da Corte que tratam de nosso objeto de estudo.

3.1 OS CASOS DE EXECUÇÃO OU DESAPARECIMENTO FORÇADO DE SINDICALISTAS

⁶ Artigo 62 parágrafo 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁷ Artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁸ Artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁹ Artigo 62 parágrafo 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até maio de 2019, os seguintes reconheciam a jurisdição da Corte: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, e Uruguai. Em maio de 1998, Trinidad e Tobago denunciou a Convenção, incluindo a jurisdição da Corte. Em setembro de 2012, a Venezuela denunciou a Convenção e a jurisdição da Corte.

O estreito vínculo entre direitos sindicais e liberdades públicas está claramente estabelecido¹⁰, o que não é estranho à Corte Interamericana. Prova disso são os casos em que se analisa a execução extrajudicial ou o desaparecimento forçado de sindicalistas. Nestes casos é possível conhecer a evolução jurisprudencial.

No caso *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*, a Corte estabeleceu a responsabilidade do Estado pela captura ilegal e morte presumidos sindicalistas, sendo imputável a violação dos direitos à liberdade pessoal e à vida¹¹. Infelizmente, a Corte não o vincula à violação da liberdade de associação prevista no artigo 16, da Convenção em decorrência do desaparecimento dos sindicalistas.

Isso é remediado com o caso *Huilca Tecse vs. Peru*. Nele, a Corte considerou que o assassinato do dirigente sindical representou a violação simultânea do direito à vida e da liberdade de associação. Para chegar a essa conclusão, a Corte observou que a proteção à liberdade de associação ocorre em dois níveis: individual e coletivo. No primeiro, é um direito individual de se associar livremente com outras pessoas, sem a intervenção dos poderes públicos que o limitem ou o dificultem. No segundo, é um direito coletivo que busca por meio do sindicato a realização de uma finalidade lícita, sem pressões ou interferências que o impeçam. Portanto, a execução extrajudicial não restringe apenas a liberdade de associação de um indivíduo, mas também o direito e a liberdade de um determinado grupo de se associar livremente, sem medo ou temor¹². A Corte considera que a execução extrajudicial foi uma retaliação com o objetivo de ter um efeito inibidor entre os trabalhadores e diminuir o exercício de direitos sindicais por um determinado grupo¹³. Portanto, o Estado tem a obrigação de garantir que as pessoas possam exercer livremente sua liberdade sindical¹⁴. Finalmente, a Corte afirmou que a liberdade de associação não se limita à constituição da união, mas inclui o exercício dessa liberdade por quaisquer meios legais¹⁵.

No caso *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz vs. Peru*, a Corte aprofunda a discussão sobre o significado da execução extrajudicial de sindicalistas e seu impacto na liberdade sindical. No caso anterior, a execução extrajudicial afetou a liberdade sindical e no caso

¹⁰ Veja a Resolução sobre os direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis adotada na 54ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho em 1970.

¹¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia**. Sentencia 8 de diciembre de 1995. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 22, párrafos 63-72.

¹² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Huilca Tecse vs. Perú**. Sentencia de 3 de marzo de 2005. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 121, párrafo 69.

¹³ *Idem.*, pár. 78.

¹⁴ *Idem.*, pár. 77.

¹⁵ *Idem.*, pár. 70.

Cantoral foi enfatizado que ele prejudicou o exercício legítimo da liberdade sindical por ser a causa das execuções extrajudiciais¹⁶. No entanto, a Corte não especificou se a execução extrajudicial ou o desaparecimento forçado de um sindicalista que viola a liberdade de associação deve incluir o próprio sindicato e seus membros como vítimas. No caso *García e familiares vs. Guatemala*, apenas se menciona que o desaparecimento forçado do sindicalista visava restringir o exercício de seu direito de associação livre, embora também reconheça que o desaparecimento teve um efeito inibidor sobre os sindicalistas¹⁷. Em minha opinião, a execução judicial ou o desaparecimento forçado de um sindicalista afeta diretamente sua organização sindical e seus membros, pois, como a própria Corte destacou em sentenças anteriores, compromete o exercício dos direitos sindicais.

A Corte avança nessa direção ao fazer uma interessante análise da perseguição sindical institucionalizada sofrida por dirigentes colombianos no caso *Isaza Uribe vs. Colômbia*. Com base no relatório da Comissão Interamericana de 1993 sobre a situação dos direitos humanos no país andino¹⁸, a Corte indicou que os sindicalistas foram classificados como “inimigo interno” no âmbito da doutrina de segurança nacional respaldada pelo Decreto 3398/1965, assumido pelas forças da ordem colombianas¹⁹, e, desta forma se considerou que a luta contra o inimigo incluía pessoas e organizações que exerceram ou reivindicaram seus direitos por meio da ação coletiva²⁰. Infelizmente, a doutrina da segurança nacional também foi assumida pelos demais países do hemisfério, o que explica o assassinato e a perseguição de sindicalistas no continente. Por sua vez, a Corte avança em seu andamento sobre a afetação dos direitos sindicais ao afirmar: “O artigo 16.1, da Convenção Americana também contém a liberdade de associação e o Estado deve garantir que as pessoas possam exercê-la livremente, sem medo de ser submetidas a qualquer violência; caso contrário, a capacidade dos grupos de se organizarem para a proteção de seus interesses²¹ poderia ser diminuída”, embora sem considerar o sindicato e os sindicalistas como lesados pelo desaparecimento forçado do sindicalista colombiano. O que a Corte ordenou foi que o Estado fortaleça os mecanismos de proteção aos sindicalistas,

¹⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú**. Sentencia de 10 de julio de 2007. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 176, párrafo 147.

¹⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso García y familiares vs. Guatemala**. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 258, párrafos 119-121.

¹⁸ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Segundo Informe de la Situación de los derechos humanos en Colombia**. Washington: Organización de Estados Americanos, 1993.

¹⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Isaza Uribe vs. Colombia**. Sentencia 20 de noviembre de 2018. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 363, párrafo 124.

²⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Isaza Uribe vs. Colombia**. Sentencia 20 de noviembre de 2018. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 363, párrafo 124.

²¹ *Idem.*, pár. 145.

representantes e organizações sindicais, bem como que esses mecanismos sejam consultados e em coordenação com os sindicatos, para que possam exercer suas atividades livremente e sem medo de represálias²².

Os casos examinados mostram a evolução jurisprudencial da Corte sobre a vinculação do direito à vida (artigo 4, da Convenção) com o direito à liberdade de associação (artigo 16) quando da execução extrajudicial ou desaparecimento forçado de sindicalistas²³; assim, também destaca que são violações autônomas desses direitos humanos, mesmo que venham dos mesmos atos ilegais.

3.2 OS CASOS DE LIBERDADE DE TRABALHO, PROIBIÇÕES DE ESCRAVIDÃO E DE SERVIDÃO, E PROIBIÇÃO DE TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO

Na Opinião Consultiva para a filiação obrigatória de jornalistas, foi solicitada pela Costa Rica devido à possível incompatibilidade de sua legislação nacional com a Convenção Americana. A Corte concluiu que a exigência da filiação profissional não viola a liberdade de trabalho, mas no caso dos jornalistas é uma situação jurídica diferente, porque sua exigência constitui uma ameaça ao exercício da liberdade de expressão²⁴.

No caso *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*, a Corte Interamericana reconhece os critérios da Corte Internacional de Justiça que identifica a proibição da escravidão como uma norma *jus cogens*, e, portanto, o acordo firmado entre a comunidade e a autoridade colonial holandesa que permite a perseguição de escravos fugitivos não pode ser invocado em uma Corte de direitos humanos²⁵. Então, no Caso dos Massacres de Río Negro vs. Guatemala, a Corte se aprofunda no assunto integrando a proibição da escravidão e a proibição da servidão por se tratarem de obrigações *erga omnes* derivadas dos princípios e normas relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana²⁶. Isso é reafirmado ainda no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, onde a Corte, contando com a Convenção Complementar sobre Escravatura de 1956,

²² *Idem.*, pár. 191.

²³ Também estão vinculados ao direito à integridade pessoal (artigo 5), ao direito à liberdade pessoal (artigo 7) e às garantias judiciais (artigo 8).

²⁴ Estão também ligados ao direito à integridade pessoal (artigo 5º), ao direito à liberdade pessoal (artigo 7º) e às garantias judiciais (artigo 8º).

²⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam**. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 15, párrafo 57.

²⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 250, párrafo 225.

que ampliou a definição de escravidão com dois tipos de servidão – gleba e dívida– integra as duas proibições²⁷.

O caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia abordou a proibição de trabalho forçado ou obrigatório estabelecida no artigo 6.2, da Convenção. A Corte interpretou o conteúdo da proibição recorrendo aos dois princípios básicos estabelecidos no artigo 2.1, da Convenção 29 da OIT: o trabalho é exigido sob pena de multa e o trabalho é executado involuntariamente. Acrescentando um terceiro elemento: a suposta violação deve ser atribuída aos agentes do Estado, seja por sua participação direta, seja por sua aquiescência aos fatos²⁸. Embora este terceiro elemento seja especificado no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, quando a Corte sustentou que não é necessária a participação de agentes do Estado quando a suposta violação se refere às obrigações de prevenção e garantia de um direito humano estabelecidas na Convenção, de modo que a participação é desnecessária para configurar o trabalho forçado²⁹.

No referido caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, foi mostrada a evolução do conteúdo da proibição da escravidão. Em primeiro lugar, os dois elementos essenciais da proibição são: o estatuto e a condição do indivíduo, que se refere tanto à situação *de jure* quanto à situação *de facto*³⁰; e o exercício de um ou mais atributos sobre o direito de propriedade que evidencie o controle sobre a pessoa fazendo-a perder a própria vontade ou uma diminuição considerável da autonomia da vontade³¹. Em segundo lugar, a extensão da proibição da escravidão a instituições e práticas análogas à escravidão, como a proibição da servidão ou do comércio de escravos e mulheres³². Terceiro, a inclusão do tráfico de pessoas e mulheres na escravidão, porque eles têm em comum que os perpetradores exercem o controle sobre as pessoas nos mesmos termos que o tráfico de escravos e mulheres para fins de exploração³³. Portanto, a Corte concluiu que as formas contemporâneas de escravidão - termo que permite que essas extensões sejam integradas à clássica proibição da escravidão - é uma norma *jus cogens*³⁴.

²⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentencia de 20 de octubre de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 337, párrafos 250 y 276.

²⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia**. Sentencia de 1 de julio de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 148, párrafos 160-164.

²⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentencia de 20 de octubre de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 337, párrafo 293.

³⁰ Idem., pár. 270.

³¹ Idem., pár. 271 y 272.

³² Idem., pár. 282-288.

³³ Idem., pár. 288-290.

³⁴ Idem., pár. 342.

Três aspectos dos pronunciamentos da Corte podem ser destacados. Em primeiro lugar, a liberdade de trabalho tem limites, como a exigência de inscrição profissional. Em segundo lugar, a proibição de formas contemporâneas de escravidão é encontrada em uma norma peremptória do Direito Internacional geral. Terceiro, embora a distinção conceitual entre as duas proibições seja mantida, gradualmente sua base comum - a falta de consentimento para a disposição do trabalho - leva à sua justaposição.

3.3 OS CASOS DE PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO LABORAL

A Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados é fundamental para a proibição da discriminação no trabalho. A Corte sustenta que a não discriminação junto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei em favor de todas as pessoas são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado aos direitos humanos³⁵, que são regulados em muitos instrumentos internacionais, refletindo-se como um dever universal, para respeitá-los e garanti-los³⁶. Portanto, a Corte afirma que, em nível normativo, os Estados têm a obrigação de não introduzir normas discriminatórias em seu ordenamento jurídico, de eliminar as normas discriminatórias e de combater as práticas discriminatórias³⁷. Desta forma, a Corte prescreve uma série de obrigações. Em primeiro lugar, abster-se de realizar ações que visem direta ou indiretamente criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*³⁸. Em segundo lugar, a adoção de medidas positivas para reverter ou mudar as situações discriminatórias existentes que prejudicam determinados grupos de pessoas³⁹. Terceiro, a adoção de ações positivas que estabeleçam distinções objetivas e razoáveis no respeito aos direitos humanos⁴⁰. O descumprimento dessas obrigações acarreta responsabilidade internacional dos Estados, sendo mais grave a violação de uma norma de *jus cogens*.

Com efeito, nesta Opinião Consultiva a Corte Interamericana sustentou que o princípio de igualdade perante a lei, proteção igualitária perante a lei e não discriminação, é uma norma de *jus cogens*⁴¹. Afirmou ainda que a sua aplicação não se limita apenas ao direito dos tratados,

³⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”**. Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, párrafo 83.

³⁶ Idem., pár. 86.

³⁷ Idem., pár. 88.

³⁸ Idem., pár. 103.

³⁹ Idem., pár. 104.

⁴⁰ Idem., pár. 105.

⁴¹ Idem., pár. 101.

mas abrange todos os atos jurídicos⁴². Isso levou a Corte a exigir que a norma *jus cogens* seja acompanhada da devida proteção no sistema nacional, de forma a garantir que toda pessoa tenha acesso, sem qualquer restrição, a um recurso simples e eficaz que a proteja na determinação de seus direitos, independentemente de seu status de imigração⁴³.

Assim, o princípio da igualdade perante a lei, proteção igualitária perante a lei e não discriminação rege as relações de trabalho nos países do hemisfério americano. Esta situação pode ser avaliada em processos judiciais sobre queixas de discriminação no emprego pela Comissão. No caso *Duque vs. Colômbia*, a Corte declarou a Colômbia responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e não discriminação por não permitir igual acesso à pensão de sobrevivência, após a morte de seu companheiro, pelo fato de ela ser um casal do mesmo sexo⁴⁴. No caso *Flor Freire vs. Equador*, a Corte condenou o país por violar o direito à igualdade perante a lei e à não discriminação, considerando que seu afastamento das Forças Armadas se baseou em normas internas que punem “atos de homossexualidade” de maneira mais grave, em comparação com atos não homossexuais⁴⁵.

3.4 OS CASOS DE PROIBIÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Embora a Convenção não contenha uma norma expressa que proíba o trabalho infantil, isso não impediu a Corte de se pronunciar sobre a matéria. O caso *Vargas Areco vs. Paraguai* consistiu na ação pela morte de menor cometida por um integrante das forças armadas, sem que o Estado paraguaio tenha investigado, processado e punido os responsáveis com eficácia e tempestividade. O caso é relevante porque o menor foi recrutado para o serviço militar nas Forças Armadas do Paraguai quando tinha 15 anos. Portanto, a Corte passa a fazer considerações gerais sobre a questão da incorporação das crianças às Forças Armadas. A Corte se baseou no Relatório Anual da Comissão de 1999 que abordou a questão da erradicação do recrutamento de menores (18 anos) como situações análogas à escravidão e servidão forçada⁴⁶, bem como no artigo 3, da Convenção nº. 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil e artigo 8, parágrafo 2 alínea b, XXXVI, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que considera o recrutamento ou alistamento de

⁴² *Idem.*, pár. 99.

⁴³ *Idem.*, pár. 107.

⁴⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia**. Sentencia de 26 de febrero de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 322, párrafo 138.

⁴⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Ecuador**. Sentencia de 31 de agosto de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 315, párrafo 140.

⁴⁶ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual**. Washington: Publicación de la Organización de Estados Americanos, 1999, p. 1620.

crianças menores de 15 anos de idade nas forças armadas como um crime de guerra, ou usá-los para participar ativamente nas hostilidades. O que a Corte destacou foi que existe uma tendência no direito internacional de evitar o recrutamento de menores para as Forças Armadas⁴⁷. Por isso, recomenda que seja adaptada a legislação interna que proíbe o recrutamento de menores para as forças armadas⁴⁸. Em minha opinião, a Corte está expandindo o pressuposto da proibição do recrutamento de menores para as Forças Armadas, independentemente da existência de um conflito armado. Querem proteger o menor contra uma situação de violência que pode ocorrer dentro do recrutamento.

Esta situação se reproduz parcialmente novamente com o caso *Noguera e outro vs. Paraguai*, quando o menor Noguera, de 17 anos, morreu em circunstâncias inexplicáveis dentro de um estabelecimento militar, durante o cumprimento do serviço militar obrigatório. O Estado Guaraní alegou que reformou sua legislação para adequá-la aos padrões internacionais, conforme requerido pela Corte no caso *Vargas Areco*, para o qual sublinha que Vicente Noguera não foi recrutado aos 15 anos. Embora reconheça a sua responsabilidade pela falta de esclarecimento sobre a sua morte e pela violação do direito à integridade pessoal em prejuízo da mãe do menor. Porém, para a Corte, não há reconhecimento dos maus-tratos sofridos pelo menor durante o serviço militar obrigatório que teriam acarretado sua morte, violando o direito à vida (artigo 4.1 da Convenção), o direito a integridade pessoal (Artigo 5.2 da Convenção) e os direitos da criança (Artigo 19 da Convenção)⁴⁹. Por este motivo, o Estado deve garantir o direito à vida e à integridade pessoal às pessoas que se encontram sob a sua custódia, como é o caso das pessoas que cumprem o serviço militar obrigatório⁵⁰, havendo uma obrigação adicional quando o Estado está na presença de menores nestas circunstâncias. Assim, o Estado “deve assumir com maior zelo e responsabilidade a sua posição especial de garante e deve tomar medidas especiais pautadas no princípio do interesse superior da criança”⁵¹. Com esta decisão, a Corte enfatizou o conjunto de obrigações que envolvem o recrutamento de menores, especialmente quando se encontram sob custódia do próprio Estado.

Com o caso dos *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, volta a abordar a proibição do trabalho infantil no caso de menor recrutado para trabalhar na referida fazenda em condições

⁴⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vargas Areco vs. Paraguay**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 155, párrafo 119-122.

⁴⁸ Idem., pár. 163-164.

⁴⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Noguera y otra vs. Paraguay**. Sentencia de 9 de marzo de 2020. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 401, párrafo 25.

⁵⁰ Idem., pár. 67.

⁵¹ Idem., pár. 67.

de escravidão. Isso leva a Corte a especificar as obrigações dos Estados, identificando-as com as medidas efetivas indicadas no artigo 7º, da Convenção 182 da OIT⁵².

3.5 OS CASOS DA LIBERDADE SINDICAL

Embora os casos de execução extrajudicial ou desaparecimento forçado de sindicalistas tenham abordado a violação da liberdade de associação em matéria sindical, nesta seção enfoco o conteúdo da liberdade de associação conforme estabelecido pela Corte Interamericana.

O caso *Baena Ricardo e Outros vs. Panamá* é produzido pela demissão de 270 dirigentes sindicais estaduais panamenhos. Refiro-me aqui apenas à violação do artigo 16 da Convenção e à ordem de reintegração dos trabalhadores despedidos.

A Corte conceitua a liberdade sindical em termos de liberdade de associação, lembrando que consiste no poder de constituir organizações sindicais para a realização comum de um fim lícito e de pôr em marcha a sua estrutura interna, atividades e programas de ação, sem intervenção das autoridades públicas que limita ou dificulta o exercício do direito. Essa liberdade significa que cada pessoa pode determinar, sem qualquer coerção, se deseja ou não fazer parte da associação⁵³. Assim, o artigo 16 da Convenção inclui tanto o direito de constituir associações como a liberdade de não ser obrigado a se associar⁵⁴. Este conceito desenvolvido baseia-se nos pronunciamentos dos órgãos de supervisão da OIT - o Comitê de Peritos e o Comitê de Liberdade Sindical - reconhecidas pela Corte⁵⁵. Em sua própria apreciação da controvérsia, a Corte considerou que a demissão de trabalhadores do Estado está vinculada à sua atividade sindical. Afirma que a demissão dos sindicalistas não constitui causa válida no direito panamenho à época dos fatos⁵⁶. Mesmo a jurisdição sindical dos dirigentes não é respeitada porque a norma que se aplica a eles para demiti-los viola-a⁵⁷. Concluindo que o Estado panamenho violou o direito à liberdade sindical consagrado no artigo 16 da Convenção, em prejuízo dos 270 trabalhadores⁵⁸.

⁵² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentencia de 20 de octubre de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 337, párrafo 332.

⁵³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Baena y Ricardo y otros vs. Panamá**. Sentencia de 2 de febrero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 72, párrafo 156.

⁵⁴ *Idem.*, pár. 159.

⁵⁵ *Idem.*, pár. 162-164.

⁵⁶ *Idem.*, pár. 162-164.

⁵⁷ *Idem.*, pár. 166.

⁵⁸ *Idem.*, pár. 173.

A outra questão central do Caso Baena é a parte operativa em que ordena ao Panamá o pagamento dos salários vencidos e outros direitos trabalhistas que correspondem aos 270 trabalhadores; reintegrá-los nos seus cargos e, caso isso não seja possível, oferecer-lhes alternativas de emprego que respeitem as condições, salários e remuneração que possuíam no momento da demissão; pagar a cada um dos trabalhadores por danos morais; e pagar aos 270 trabalhadores o reembolso das despesas geradas pelas diligências das vítimas e seus representantes, e o reembolso das custas. A ordem de reintegração dos trabalhadores despedidos baseia-se no artigo 63.1 da Convenção, sustentando a Corte que a reparação do dano causado pela violação de uma obrigação internacional requer a sua restituição integral (*restitutio in integrum*), ou seja, a restauração a situação anterior da violação e a reparação das consequências que a violação produziu, bem como o pagamento de indenização a título de indenização pelos danos causados⁵⁹. Isso significa que em casos futuros que forem submetidos à Corte, se a demissão for comprovada em violação da Convenção ou do Protocolo Adicional, a reparação da violação deve ser, *prima facie*, ordenar a reintegração do trabalhador. Veremos isso mais tarde.

Na Opinião Consultiva sobre “Titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos”, o Panamá pergunta à Corte se as pessoas jurídicas estão excluídas da proteção da Convenção Americana. A Corte sustenta que resulta do artigo 12 da Convenção que as pessoas jurídicas não são titulares de direitos convencionais, portanto não podem ser consideradas supostas vítimas⁶⁰, com exceção das comunidades indígenas e tribais e das organizações sindicais. Este último assunto é o que nos interessa analisar. A Corte analisa o conteúdo dos direitos sindicais estabelecidos no Artigo 8, 1, a do Protocolo Adicional. De acordo com o instrumento internacional, os Estados permitirão o livre funcionamento das organizações sindicais. Apoiando-se na Convenção 87 da OIT, a Corte sustenta que isto implica: criar seus próprios estatutos, eleger seus representantes, administrar suas finanças, associar e formar outras organizações coletivas que tenham capacidade para praticar esses atos, a existência de personalidade jurídica das organizações sindicais⁶¹. Este direito a uma personalidade jurídica diferente da personalidade de seus associados, levando a Corte a afirmar que eles têm uma capacidade diferente para contrair obrigações, adquirir e exercer direitos⁶².

Em decorrência dessa afirmação, a Corte reconheceu que as organizações sindicais têm direitos específicos que não os de seus associados, ou seja, as organizações sindicais são sujeitos

⁵⁹ Idem., pág. 202.

⁶⁰ Idem., pág. 202.

⁶¹ Idem., pág. 91.

⁶² Ibidem.

de direitos autônomos que têm por objetivo permitir que sejam interlocutoras de seus associados, facilitando a proteção, gozo mais amplo e efetivo dos direitos dos trabalhadores⁶³. Da mesma forma, a proteção dos direitos sindicais é essencial para salvaguardar o direito dos próprios trabalhadores, sua falta de proteção geraria um prejuízo ou limitação do gozo efetivo dos trabalhadores para se organizarem coletivamente⁶⁴. A Corte concluiu que a interpretação mais favorável do Protocolo passa pelo entendimento de que os direitos são consagrados a favor das organizações sindicais, uma vez que são interlocutoras dos associados e procuram salvaguardar e garantir os seus direitos e interesses⁶⁵. Desta forma, as organizações sindicais são titulares dos direitos consagrados no Protocolo, o que lhes permite comparecer perante o Sistema Interamericano em defesa de seus próprios direitos⁶⁶.

No caso de *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte aprofunda o conteúdo da proteção da liberdade sindical. Em primeiro lugar, sustenta que a liberdade de expressão é uma condição necessária para a atividade sindical, seja protegendo os direitos trabalhistas, seja melhorando suas condições e interesses legítimos, pois sem esse direito lhes faltaria eficácia e razão⁶⁷. Afirma que a proteção do direito à liberdade de pensamento e expressão deve ser reforçada no ambiente de trabalho, especialmente para os representantes, por ser de interesse geral ou público⁶⁸. Isso ocorre quando a sociedade tem um interesse legítimo em ser informada⁶⁹, e, isso ocorre no ambiente de trabalho⁷⁰. Mesmo as manifestações destinadas a promover o bom funcionamento e a melhoria das condições de trabalho, ou das reivindicações dos trabalhadores, representam um objetivo legítimo e coerente no âmbito das organizações de trabalhadores⁷¹. Em segundo lugar, a Corte sustenta que a proteção do direito à liberdade sindical não abrange apenas os sindicatos, os seus membros e os seus representantes⁷², mas também as organizações e seus representantes que têm por objetivo a representação dos legítimos interesses dos trabalhadores⁷³.

⁶³ *Idem.*, pár. 92.

⁶⁴ *Idem.*, pár. 96.

⁶⁵ *Idem.*, pár. 97.

⁶⁶ *Idem.*, pár. 105.

⁶⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 340, párrafo 91.

⁶⁸ *Idem.*, pár. 96.

⁶⁹ *Idem.*, pár. 110.

⁷⁰ *Idem.*, pár. 111.

⁷¹ *Idem.*, pár. 113.

⁷² *Idem.*, pár. 157.

⁷³ *Idem.*, pár. 158.

Finalmente, no Caso Isaza Uribe vs. Colômbia, a Corte destacou que por trás das ações antissindicais podem estar as empresas que buscam eliminar as organizações sindicais⁷⁴, para que em sua análise jurídica do exercício da liberdade sindical incorpore as ações da empresa e não se reduza apenas às obrigações do Estado.

3.6 OS CASOS DE DEVIDO PROCESSO LABORAL (A PROTEÇÃO CONTRA DEMISSÃO)

A maior parte desses casos são produzidos pelo descumprimento de decisões judiciais ou pela violação do devido processo sofrido pelos trabalhadores despedidos que não obtêm a proteção correspondente na jurisdição nacional, o que os leva a recorrer ao sistema interamericano. Esta é uma proteção indireta contra a despedida e tornou-se mais importante desde a decisão do Caso Baena, quando a Corte ordenou a reintegração dos trabalhadores despedidos. Nestes casos, a Corte decidiu pela violação do devido processo em caso de dispensas. Embora isso seja modificado com o Caso Lagos del Campo, quando a Corte protegeu diretamente o direito ao trabalho por violação da estabilidade no emprego.

O ponto de partida para a análise desse tipo de caso é a referência ao direito ao devido processo (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25) da Convenção Americana. A Corte identifica ambos os direitos como incluídos nas normas imperativas do Direito Internacional ou nas normas *jus cogens* sob a figura do acesso à justiça. Com efeito, no Caso Goiburú e outros vs. Paraguai, a Corte sustentou: “O acesso à justiça constitui uma norma peremptória do Direito Internacional e, como tal, gera obrigações *erga omnes* para que os Estados adotem as medidas necessárias para evitar que essas violações sejam punidas, seja pelo exercício de sua jurisdição para aplicar seu direito interno e internacional para julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, ou colaborar com outros Estados que o façam ou procurem fazê-lo”⁷⁵. Desde esta sentença, a Corte tem reiterado que o devido processo faz parte do *jus cogens*⁷⁶, como parte do direito de acesso à justiça. Embora, em minha opinião, não possamos incluí-lo no *jus cogens* laboral, pois sua formulação se refere a qualquer tipo de processo ou procedimento, independentemente de sua natureza laboral ou não.

⁷⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Isaza Uribe vs. Colombia**. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 363, párrafos 132 y 141.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros vs. Paraguay**. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 153, párrafo 131.

⁷⁶ Um estudo mais profundo pode ser encontrado em: ARESE, César. **Derechos humanos laborales**. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014, p. 137 y ss.

Voltando às sentenças trabalhistas, o Caso Tribunal Constitucional vs. Peru é uma ação de destituição de três magistrados do Tribunal Constitucional Peruano. Com base nos fatos provados, o Tribunal considerou que a destituição dos magistrados decorreu da aplicação de sanção do Congresso no âmbito de um julgamento político, sem respeitar as garantias do devido processo legal e da imparcialidade exigidas pelo artigo 8.1 da Convenção, produzindo a consequente restrição do direito de defesa dos magistrados. A Corte concluiu que o Estado peruano violou o direito às garantias judiciais dos magistrados demitidos⁷⁷. A Corte não ordenou a reintegração dos magistrados porque antes da promulgação da sentença, o próprio Congresso peruano anulou a exoneração e os magistrados foram reintegrados no contexto da recuperação da democracia no Peru.

O caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela* consistiu na exoneração dos magistrados por supostamente incorrerem em erro judicial indesculpável ao outorgar uma proteção cautelar que suspendeu um ato administrativo. A Corte estabelece que a destituição de juízes pelo Poder Executivo antes do término do mandato para o qual foram nomeados, sem justificativa específica e sem proteção judicial efetiva para contestar a destituição, é incompatível com independência judicial⁷⁸. A Corte decidiu que o Estado venezuelano deveria reintegrar os magistrados destituídos ao Judiciário, se assim o desejarem, em situação semelhante e nas mesmas condições de trabalho, caso não tivessem sido destituídos. Se, por motivos fundados e alheios ao controle das vítimas, o Estado não puder reincorporá-las ao Judiciário, deverá pagar uma indenização a cada uma das vítimas⁷⁹. Situação semelhante se reproduz no caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* onde a juíza foi exonerada arbitrariamente e no caso *Chocrón vs. Venezuela* onde uma juíza criminal foi exonerada na ausência das garantias mínimas do devido processo e sem a devida motivação, sem possibilidade de ser ouvida e exercer seus direitos de defesa, e sem ter tido um recurso judicial efetivo. Em ambos os casos, a Corte ordenou a reintegração da juíza em cargo semelhante ao que ocupava, caso contrário, deverá pagar uma indenização pelo dano⁸⁰. O que se modifica com essas sentenças é que a decisão da reintegração corresponde à decisão do Estado venezuelano. Esta é uma alteração substancial

⁷⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. Sentencia de 31 de enero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 71, párrafos 68-85.

⁷⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela**. Sentencia de 5 de agosto de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 182, párrafo 43.

⁷⁹ Idem., pár. 267.

⁸⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela**. Sentencia de 30 de junio de 2009. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 197, párrafo 209. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chocrón vs. Venezuela**. Sentencia de 1 de julio de 2011. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 227, párrafo 227.

porque antes era a impossibilidade de substituição do trabalhador que permitia a sua substituição por indenização.

Isso também se reproduz no Equador, embora com algumas nuances substanciais levantadas pela Corte. No caso Supremo Tribunal de Justiça vs. Equador exigiu-se a restituição dos 27 magistrados da Suprema Corte destituídos por resolução parlamentar, sem as garantias mínimas do devido processo. A exemplo dos casos anteriores, a Corte estabeleceu que houve violação do devido processo contra os magistrados destituídos. No entanto, a Corte avaliou que não seria possível aplicar a restituição dos Magistrados aos seus cargos no Supremo Tribunal de Justiça, devido à mudança constitucional ocorrida no país e a consequente reestruturação do Supremo Tribunal, para o qual indica que se a restituição não é possível, portanto, corresponderia uma indenização como reparação⁸¹. Embora se baseie nas sentenças dos casos venezuelanos, na realidade a Corte difere deles porque aprecia diretamente a impossibilidade da reintegração dos magistrados e, portanto, decide sobre a aplicação da indenização. O caso Tribunal Constitucional vs. Equador ocorre no mesmo contexto político do anterior, os oito magistrados constitucionais são destituídos por resolução do Congresso. Como no caso anterior, a Corte conclui que as garantias judiciais estabelecidas foram violadas. O mérito é que a sentença reproduz a análise anterior sobre a impossibilidade de reintegração dos magistrados no Tribunal Constitucional⁸². O mérito da jurisprudência da Corte é que a apreciação dos fatos é realizada para decidir a aplicação substitutiva da indenização em vez da restituição dos juízes em seus cargos no judiciário. Desta forma, elimina a eventualidade de que seja o próprio Estado violador quem decide sobre o mecanismo de reparação conforme emergido no caso Apitz Barbera e outros.

Também no caso López Lone e outros vs. Honduras, discutiu-se a demissão de juízes e magistrados no âmbito de processos disciplinares no contexto de um golpe de Estado, onde os mencionados juízes se manifestam em defesa da ordem constitucional. A Corte classificou o golpe como um ato ilícito internacional⁸³, de modo que o simples fato de iniciar um processo disciplinar por suas ações contra o golpe de Estado e em favor do Estado de Direito constitui uma restrição indevida aos seus direitos. Portanto, a Corte ordenou a reintegração dos juízes a

⁸¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador**. Sentencia de 23 de agosto de 2013. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 266, párrafos 213-215.

⁸² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador**. Sentencia de 28 de agosto de 2013. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 268, párrafos 258-264.

⁸³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Lone y otros vs. Honduras**. Sentencia de 5 de octubre de 2015. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 302, párrafo 152.

cargos semelhantes aos que ocuparam e, se isso não for possível, o pagamento de uma indenização⁸⁴.

O caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* trata da exoneração do magistrado no Tribunal Supremo Eleitoral pela Assembleia Legislativa, lembrando que sua destituição é arbitrária porque essa atribuição não foi pré-estabelecida por lei, o que impediu o magistrado de conhecer esse procedimento e exercer seu direito de defesa⁸⁵, ordenando diretamente a reparação com o pagamento de indenização por dano material e imaterial.

Estes acórdãos da Corte não devem ser interpretados no sentido de que é inválida, por si só, a demissão de juízes ou magistrados. A Corte sustentou no caso *Rico vs. Argentina*, que a validade da exoneração está sujeita ao cumprimento das garantias judiciais e do princípio da legalidade. Assim, no processo de destituição do juiz do trabalho argentino perante o Júri de Promotoria por delitos disciplinares, indica que foram cumpridos os dispositivos dos artigos 8 e 9 da Convenção Americana. Assim, a destituição de membros do judiciário não é contrária à Convenção em si, desde que respeite as garantias judiciais (artigo 8)⁸⁶ e que os motivos disciplinares de destituição não sejam utilizados de forma discricionária e incompatíveis com o grau de previsibilidade que deve evidenciar a norma ou que materializa uma arbitrariedade, conforme exige o princípio da legalidade (artigo 9)⁸⁷.

O caso *Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru* consistiu no descumprimento de sentenças proferidas pelos tribunais peruanos que ordenaram a reintegração dos trabalhadores demitidos e o pagamento de seus benefícios trabalhistas. Dois aspectos merecem destaque. Em primeiro lugar, a Corte indicou que o direito à proteção judicial seria ilusório se o ordenamento jurídico interno do Estado Parte permitisse que uma decisão judicial final e vinculante permanecesse ineficaz em detrimento de uma das partes⁸⁸. A Corte destacou que o descumprimento das penas significou deixar os trabalhadores indefesos. Em segundo lugar, a Corte rejeitou o argumento do Estado de condicionar o cumprimento das sentenças à disponibilidade de recursos financeiros e empregos para os trabalhadores despedidos. A Corte afirmou que as regras orçamentárias não podem justificar o atraso de anos na execução das sentenças⁸⁹. Por isso,

⁸⁴ *Idem.*, pár. 298-299.

⁸⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador**. Sentencia de 4 de febrero de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 373, párrafo 98.

⁸⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rico vs. Argentina**. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 383, párrafo 55.

⁸⁷ *Idem.*, pár. 103.

⁸⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú**. Sentencia de 7 de febrero de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 144, párrafo 219.

⁸⁹ *Idem.*, pár. 225.

ordenou que os trabalhadores fossem reintegrados em seus cargos e, caso isso não fosse possível, lhes proporcionasse alternativas de emprego que respeitassem as condições, salários e remuneração que possuíam no momento da demissão. Se não fosse possível reintegrar os trabalhadores aos seus cargos ou a outros cargos semelhantes, o Estado deveria proceder ao pagamento de indenizações pela cessação das relações laborais por motivos injustificados⁹⁰.

O caso dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru é muito semelhante ao anterior, embora a reparação ordenada pela Corte seja diferente. Neste caso, ordenou-se a constituição de um órgão nacional independente com poderes para decidir se essas pessoas foram regular e justificadamente despedidas, ou de outra forma, fixar a indenização devida de acordo com cada um dos trabalhadores⁹¹. A causa desta decisão singular se explica pelo fato de que o próprio governo peruano se comprometeu a constituir uma comissão encarregada de revisar as dispensas e que incluiu uma lista de todos os funcionários públicos afetados. Assim, a Corte avaliou que este tipo de reparação beneficia um número maior de trabalhadores peruanos. Posteriormente, a questão é retomada no caso Canales Huapaya e outros vs. Peru sobre a demissão coletiva de outros trabalhadores do Congresso; esses trabalhadores se recusaram a ser incluídos na lista, por considerá-la coercitiva. A Corte decidiu que o acesso real à justiça foi impedido em sua demissão. No entanto, não ordenou sua reintegração, tendo em vista que o tempo decorrido desde o desligamento enfrentava níveis de complexidade e operabilidade, ordenando a indenização compensatória⁹².

Com o caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala, o direito de defesa é analisado em um processo de destituição de funcionário, contrastando-o com o artigo 8.1 da Convenção. A Corte tratou de três assuntos: a comunicação prévia e detalhada da denúncia; o dever de motivar a demissão; e o direito à proteção judicial contra demissão ou demissão. Quanto à comunicação prévia, a Corte estabeleceu que deve ser explicitada a causa que justifica a dispensa, bem como uma referência mínima à relação entre os fatos sobre os quais a sanção disciplinar seria aplicada e a regra supostamente violada⁹³. A falta de informação adequada constitui uma violação da garantia de dispor de informação prévia e detalhada sobre o processo⁹⁴ e esta falta de clareza

⁹⁰ Idem., pág. 318.

⁹¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 158, párrafo 148.

⁹² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú**. Sentencia de 24 de junio de 2015. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 296, párrafo 149.

⁹³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala**. Sentencia de 3 de mayo de 2016. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 311, párrafos 80-82.

⁹⁴ Idem., pág. 83.

afeta o direito de defesa⁹⁵. Quanto ao dever de motivação, a Corte indicou que a sua justificação e racionalidade é requisito para fundamentar a sanção⁹⁶. A Corte reitera a importância do vínculo entre a conduta do trabalhador e a presunção da norma que autoriza a dispensa. Finalmente, no que se refere à proteção judicial, a Corte exigiu que a norma interna conceda um recurso simples, idôneo e eficaz que garanta o acesso à proteção judicial, evitando uma situação de não proteção⁹⁷.

No caso *Lagos del Campo*, pela primeira vez, a Corte analisou o direito à estabilidade no emprego como um direito protegido pela Convenção Americana. A Corte sustentou que direitos trabalhistas específicos estão protegidos pelo artigo 26 da Convenção e são aqueles estabelecidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana⁹⁸, entre os quais se destaca o direito ao trabalho⁹⁹, que contém o direito à estabilidade no emprego¹⁰⁰. A proteção do direito à estabilidade no emprego gera uma série de obrigações para o Estado: a) adotar as medidas cabíveis para a adequada regulamentação e fiscalização desse direito; b) proteger o trabalhador contra demissão sem justa causa; c) em caso de despedida sem justa causa, remediar a situação (quer através da reintegração quer, se for caso disso, através de indenizações e outras prestações previstas na legislação nacional); d) dispor de mecanismos de reclamação eficazes em caso de despedida sem justa causa, de maneira a garantir o acesso à justiça e a proteção judicial efetiva desses direitos¹⁰¹. Especificou-se que este direito não pode ser interpretado como permanência irrestrita no emprego, mas sim que a despedida é efetuada por causas justificadas que comprovem motivos suficientes para justificar a sanção e com as garantias de proteção a favor do trabalhador¹⁰². Da mesma forma, a Corte acrescentou um novo elemento ao conceito de dano material em reparação por despedida quando a restituição integral não é possível, além do pagamento de rendimentos perdidos por salários não recebidos, incluindo o direito a uma pensão de aposentadoria legítima porque a possibilidade de acessá-la foi perdida¹⁰³.

A mudança profunda no caso *Lagos del Campo* foi que, antes desta decisão, os processos contenciosos perante a Corte sobre a proteção contra a despedida ou redução de salários, etc., ocorriam de forma indireta. Os casos são apreciados por violação das garantias judiciais, do

⁹⁵ *Idem.*, pár. 84.

⁹⁶ *Idem.*, pár. 87.

⁹⁷ *Idem.*, pár. 109.

⁹⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**. Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 340, párrafos 143-144.

⁹⁹ *Idem.*, pár. 145.

¹⁰⁰ *Idem.*, pár. 147-148.

¹⁰¹ *Idem.*, pár. 149.

¹⁰² *Idem.*, pár. 150.

¹⁰³ *Idem.*, pár. 216.

direito à propriedade privada ou da proteção judicial, consagrados na Convenção. Isso se explica porque apenas a proibição da discriminação no trabalho, a proibição da escravidão e servidão, a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a liberdade de associação e a proteção dos menores trabalhadores estão consagradas na Convenção. Com esta sentença, a Corte estabelece proteção jurisdicional direta sobre os direitos específicos do trabalho constantes do artigo 26 da Convenção, que são os constantes da Carta da OEA e da Declaração Americana. Da mesma forma, a Corte sustentou que a reparação do dano causado pela violação requer sua restituição integral, de modo que o objetivo seria restabelecer a situação anterior ao dano. Portanto, a Corte aplica o princípio da *restitutio in integrum* como a forma adequada de reparação para estes casos. Nos casos trabalhistas em que se discute a dispensa de trabalhadores, se a Corte concluir pela violação da Convenção, a aplicação do princípio significa a nulidade da dispensa ou dispensa com a posterior reintegração do trabalhador afetado. Cabe à Corte Interamericana avaliar se a restituição não se concretizará, ordenando a indenização em substituição à reparação do dano e incluindo a pensão de aposentadoria em caso de perda da possibilidade de acesso.

Embora a Corte tenha se pronunciado em outros casos contenciosos sobre a garantia judicial do prazo razoável do processo¹⁰⁴, o Caso Perrone e Preckel vs. Argentina sintetiza sua posição a respeito, lembrando que sua razoabilidade deve ser avaliada de acordo com a duração total do processo - que se inicia com seu primeiro ato processual até que seja proferida a sentença final, incluindo os recursos que eventualmente vierem a ser apresentados. Portanto, à luz do artigo 8.1 da Convenção Americana: “uma demora prolongada pode constituir, por si só, uma violação das garantias judiciais”¹⁰⁵. Para medir a razoabilidade do prazo, a Corte identifica quatro elementos: i) a complexidade da matéria; ii) a atividade processual do interessado; iii) conduta das autoridades judiciais e administrativas; e, iv) o impacto gerado pela situação jurídica da pessoa envolvida no processo¹⁰⁶. Quanto à complexidade do assunto, a Corte exemplifica com a complexidade da prova, a pluralidade das matérias processuais ou o número de vítimas, o tempo decorrido desde a violação, as características do recurso consagrado na legislação interna e o contexto¹⁰⁷. Quanto à atividade processual do interessado, refere-se à

¹⁰⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hilarie y otros vs. Trinidad y Tobago**. Sentencia de 21 de junio de 2002. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 94, párrafo 145.

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Perrone y Preckel vs. Argentina**. Sentencia de 8 de octubre de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 385, párrafo 141.

¹⁰⁶ Idem., pár. 142.

¹⁰⁷ Idem., pár. 144.

fiscalização que efetuou e ao seu impulso, evitando cair em obstáculo ou demora indevida¹⁰⁸. No que diz respeito à conduta das autoridades judiciais e administrativas, a Corte remete para a avaliação se as suas ações conduzem ao prolongamento indevido do processo¹⁰⁹. Por fim, a ação gerada pela situação jurídica da pessoa envolvida no processo avalia o objeto da controvérsia, pois a passagem do tempo tem impacto relevante, por isso é necessário que o procedimento seja executado com mais diligência para que o caso seja resolvido em tempo breve¹¹⁰. Com base na análise desses quatro elementos, pode-se julgar se o processo judicial ou administrativo tramitado no sistema nacional viola a garantia judicial de prazo razoável do artigo 8.1 da Convenção Americana.

3.7 OS CASOS DE SEGURIDADE SOCIAL E REMUNERAÇÃO (OS DIREITOS ADQUIRIDOS)

O pagamento de pensões, salários e seus reajustes têm sido uma das questões trabalhistas abordadas pela Corte.

O caso dos Cinco Pensionistas vs. Peru abordou a questão do pagamento das pensões de aposentadoria e o descumprimento das decisões judiciais que determinam seu correto pagamento.

A Corte analisou se o direito a uma pensão de aposentadoria pode ser considerado um direito adquirido. De acordo com sua interpretação do artigo 21 da Convenção (direito de propriedade), quando uma pessoa recebe uma pensão de acordo com a legislação interna, é um direito adquirido e, portanto, está incorporado ao patrimônio da pessoa¹¹¹. No entanto, os Estados podem estabelecer limitações ao gozo do direito de propriedade por razões de utilidade pública ou interesse social¹¹². No presente caso, o Estado peruano modificou arbitrariamente o valor das pensões dos petionários e não cumpriu as decisões judiciais que os protegiam¹¹³. Em seguida, a Corte abordou a questão do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos no artigo 26 da Convenção. Para a Corte, em geral, o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser medido em

¹⁰⁸ Idem., pár. 145.

¹⁰⁹ Idem., pár. 146.

¹¹⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia**. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 192, párrafo 155.

¹¹¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cinco pensionistas vs. Perú**. Sentencia de 28 de febrero de 2003. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 98, párrafo 102.

¹¹² Idem., pár. 116.

¹¹³ Idem., pár. 121.

termos de sua cobertura crescente, e do direito à seguridade social e à pensão em particular, para a população como um todo, tendo em vista os imperativos de equidade social, e não com base nas circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente¹¹⁴.

No caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru* a Corte volta ao assunto. Em primeiro lugar, a Corte reitera que o direito à propriedade protegido pelo artigo 21 da Convenção abrange o uso e gozo dos bens, definidos como bens materiais apropriáveis, bem como qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa. Da mesma forma, essa proteção inclui os direitos adquiridos na medida em que foram incorporados ao patrimônio das pessoas. Após a sentença no caso *Cinco Aposentados*, a Corte indicou que ocorre uma violação do artigo 21 quando se violam as sentenças que visam proteger o direito à pensão, direito adquirido pelas vítimas de acordo com as normas internas¹¹⁵. Portanto, conclui que o Estado peruano violou o referido artigo 21 quando, de maneira prolongada e injustificada, deixou de cumprir as decisões judiciais internas. Em termos gerais, não há modificação substancial no critério da Corte Interamericana de reconhecer que o pagamento e reajuste das pensões é um direito adquirido pelos aposentados amparado pelo artigo 21 da Convenção. Em segundo lugar, a Corte considerou pertinente sublinhar a interdependência que existe entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, sem hierarquia entre eles e exigíveis em todos os casos perante as autoridades competentes para isso. Da mesma forma, a Corte destacou a localização do artigo 26 da Convenção, de modo que os Estados Partes estão sujeitos às obrigações gerais constantes dos artigos 1.1 e 2 da Convenção¹¹⁶. Desta forma, a Corte afastou qualquer questionamento que torne os direitos econômicos, sociais e culturais menos vinculantes no sistema interamericano.

A Corte reconheceu a particularidade dos direitos sociais devido ao caráter progressivo de seu cumprimento. Isso dá flexibilidade em seu cumprimento, uma vez que pode ser alcançado gradualmente ao longo do tempo, reconhecendo que os países podem ter dificuldades em garantir sua eficácia. No entanto, isso não diminui sua obrigação, pois os Estados devem adotar as medidas e prover os meios e recursos necessários para garantir sua eficácia. Esta obrigação de fazer - embora não seja a única - significa que o Estado deve responder pelo cumprimento do direito e pode ser demandado perante os órgãos de controle no caso de sua

¹¹⁴ *Idem.*, pág. 147.

¹¹⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú**. Sentencia de 1 de julio de 2009. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 198, párrafos 84-85.

¹¹⁶ *Idem.*, pág. 100-101.

eventual violação. Existe então um dever condicionado de não retrocesso no cumprimento do direito social que é judicializável¹¹⁷. Assim, a Corte contextualizou o cenário da progressividade de um direito social no quadro do seu cumprimento, excluindo uma leitura que procura subtrair a sua obrigação ou situá-lo como direito programático.

Em seus acórdãos, a Corte afirmou que o direito adquirido pelos aposentados ao pagamento e seu reajuste é definido pela norma de que gozam no momento do acesso à pensão, sendo incorporados ao patrimônio da população e protegidos pelo direito de propriedade privada do artigo 21 da Convenção. Ao longo da jurisprudência revisada, a Corte vem ampliando o conteúdo do direito à propriedade privada, possibilitando assim proteger melhor os danos que as vítimas possam sofrer. No entanto, a Corte também destacou que o direito à propriedade privada tem limites, que podem ser formulados pelo Estado, sempre com base em razões de utilidade pública ou de interesse social e são produzidos respeitando a forma jurídica adequada para formulá-los¹¹⁸. Acrescente-se a isso que o direito à propriedade é afetado pelo descumprimento de sentenças que visam proteger o direito à pensão, que é adquirida pelas vítimas, de acordo com a legislação nacional¹¹⁹.

Uma mudança importante ocorreu no Caso *Muelle Flores vs. Peru* quando a Corte firmou o critério de autonomia jurídica e judicializável do direito à seguridade social que vem do artigo 26 da Convenção¹²⁰. A Corte Suprema argumenta, seguindo as disposições do caso *Lagos del Campo*, que o direito à seguridade social deriva de sua existência e reconhecimento implícito na Carta da OEA¹²¹. Se nos acórdãos anteriores a Corte protegeu o direito de forma indireta, desde então a proteção é direta, pelo motivo de se basear no artigo 26.

Outra contribuição da sentença foi identificar as três obrigações gerais do direito à seguridade social: exigibilidade imediata, caráter progressivo e de não retrocesso¹²². Quanto à obrigação de executividade imediata, significa a adoção de medidas adequadas para garanti-la sem discriminação no acesso. Quanto à obrigação de progressividade, significa que o Estado deve avançar com a maior rapidez e eficiência possível rumo à plena efetividade do direito, reconhecendo a limitação dos recursos disponíveis. Por fim, a obrigação de não retrocesso

¹¹⁷ *Idem.*, pár. 102-103.

¹¹⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú**. Sentencia de 6 de febrero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 74, párrafo 122.

¹¹⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ancejib-Sunat vs. Perú**. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 394, párrafo 193.

¹²⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Muelle Flores vs. Perú**. Sentencia de 6 de marzo de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 375, párrafo 170.

¹²¹ *Idem.*, pár. 173.

¹²² *Idem.*, pár. 190.

significa que não se deve voltar atrás na eficácia alcançada em lei. Além disso, a sentença estabelece as cinco obrigações específicas decorrentes do direito à pensão - um dos elementos do conteúdo do direito à previdência social. Em primeiro lugar, o direito ao acesso à pensão, depois de adquirida a idade adequada para a mesma e cumpridos os requisitos indicados na legislação nacional, para os quais deve haver um regime de segurança social que funcione e garanta prestações, correspondentes à administração ou supervisão do Estado. Em segundo lugar, o acesso deve ser fornecido em condições razoáveis, proporcionais e transparentes, portanto, as contribuições devem ser acessíveis e os beneficiários devem ter informações claras e transparentes sobre o direito. Terceiro, a garantia de que os benefícios são suficientes em valor e duração, permitindo ao aposentado desfrutar de condições de vida e saúde adequadas, sem discriminação. Quarto, a garantia oportuna e imediata de benefícios de aposentadoria. Quinto, a concessão de mecanismos eficazes de reclamação de violação, de forma a garantir o acesso à justiça e a proteção judicial efetiva, o que inclui a execução efetiva das decisões favoráveis proferidas no âmbito interno¹²³.

Por fim, a decisão tratou da proteção dos direitos dos trabalhadores e aposentados no contexto da privatização de uma empresa estatal. A Corte incorporou o pronunciamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, segundo o qual os Estados devem garantir que a privatização não prejudique os direitos dos trabalhadores, inclusive o direito à seguridade social¹²⁴. Quanto à pensão por idade, a Corte afirma que o Estado deve adotar medidas que evitem prejuízo aos direitos dos titulares de pensões da empresa privada, devido ao seu caráter alimentar e às suas necessidades básicas de subsistência¹²⁵.

No caso *Ancejib-Sunat v. Peru* sobre o pedido de pagamento de pensões de 598 aposentados do ente público orçamentário, definiu-se o conteúdo do direito previdenciário. Para tal, a Corte apoiou a sua fundamentação na Observação Geral n.º 19 da Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais sobre “o direito à segurança social”, identificando os seus cinco elementos fundamentais: i) disponibilidade: o direito à segurança social requer um sistema que funcione garantindo benefícios sobre os riscos sociais e imprevistos, dando sustentabilidade aos seus planos e incluindo o direito à pensão; ii) a lista de riscos e contingências sociais garantidas: cuidados de saúde, doença, velhice, desemprego, acidentes de trabalho, prestações familiares, invalidez, sobreviventes e órfãos; iii) nível suficiente: as prestações - pecuniárias ou em espécie - devem ser suficientes no valor e na duração para o

¹²³ Idem., p. 192.

¹²⁴ Idem., p. 196.

¹²⁵ Idem., p. 197.

gozo dos direitos à proteção e assistência familiar; iv) acessibilidade: cobertura geral (todas as pessoas cobertas, sem discriminação), as condições devem ser razoáveis, proporcionais e transparentes para se qualificar para os benefícios, acessibilidade através do pagamento de contribuições, participação e informação na administração do sistema e acesso físico aos benefícios e serviços da seguridade social; e, v) relação com outros direitos: porque reforça outros direitos sociais¹²⁶. Além disso, reiterou que seu conteúdo inclui o direito de acesso à justiça e a recursos judiciais eficazes¹²⁷.

Com o caso *Abril Alosilla e outros vs. Peru*, a Corte direciona sua análise para o direito à remuneração no âmbito do direito à propriedade. O litígio consiste na violação do direito à proteção judicial em prejuízo de 233 sindicalistas, porque o Estado peruano não lhes teria proporcionado um recurso efetivo contra a aplicação retroativa de leis que eliminavam o sistema de tabela salarial que os regia. A Corte concentrou-se em avaliar se a aplicação retroativa desta norma resultou na cessação do recebimento da totalidade de sua remuneração pelas vítimas, uma vez que sofreram descontos e omissões de aumentos que lhes correspondem. A Corte considerou que estes fatos tiveram efeitos negativos sobre os direitos adquiridos dos trabalhadores em relação à remuneração que haviam entrado em seus ativos, com base na noção de direitos de propriedade que se origina da Convenção. Em conclusão, as vítimas não podiam gozar plenamente de seu direito de propriedade sobre sua remuneração¹²⁸.

4 REFLEXÃO FINAL

A inclusão dos direitos laborais nos instrumentos internacionais de direitos humanos significa colocar esse seletivo grupo de direitos no topo da ordem internacional, com obrigações vinculantes para os Estados e sujeitos a procedimentos internacionais de controle. Em minha opinião, deve-se destacar a existência do *jus cogens* laboral. Nessa lista de normas peremptórias de direito internacional geral, estabelecidas pela jurisprudência internacional e pela prática dos Estados, estão localizadas a proibição da escravidão e servidão, algumas modalidades de proibição do trabalho forçado e as piores formas de trabalho infantil que são justapostas às formas contemporâneas de escravidão, bem como à proibição da discriminação no emprego.

¹²⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ancejob-Sunat vs. Perú**. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 394, párrafo 171.

¹²⁷ Idem., pág. 172.

¹²⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú**. Sentencia de 4 de marzo de 2011. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 223, párrafos 81-84.

A importância do *jus cogens* laboral reside no fato de que qualquer tratado internacional ou ato unilateral dos Estados seria nulo se estivesse em conflito com eles. Desse modo, o *jus cogens* laboral passa a ter um caráter imperativo sobre o direito internacional e nacional, respectivamente.

A conformação do *jus cogens* laboral revela a importância que adquiriu a jurisprudência internacional sobre direitos humanos laborais, tendo como um de seus pilares os casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa viagem pelo sistema interamericano de direitos humanos nos mostra o redimensionamento do Direito Internacional do Trabalho, deixando de lado a ideia errônea de que ele o reduz apenas ao âmbito protetor da OIT. Na realidade, os direitos trabalhistas são protegidos nos vários sistemas normativos do Direito Internacional onde estão consagrados. Precisamente, os pronunciamentos da Corte Interamericana oriundos de casos contenciosos ou de pareceres consultivos materializam o caráter vinculante dos direitos laborais no hemisfério.

REFERÊNCIAS

ARESE, César. Derechos humanos laborales. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. La ampliación del contenido material del *ius cogens*. Washington: Organización de Estados Americanos, XXXIV Curso Internacional de Derecho Internacional, 2007.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. “El *jus cogens* laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general”. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS. 25 Año de las Bodas de Plata de la Sociedad. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. Los derechos humanos laboral esen el seno de la OIT. Lima: PLADES, 2ª. Edición, 2014.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Al Adsani vs. Reino Unido. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, Sentencia del 21 de noviembre de 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso Barcelona Traction. La Haya: Sentencia 5 de febrero de 1970.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe de la Situación de los derechos humanos em Colombia. Washington: Organización de Estados Americanos, 1993.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual. Washington: Publicación de la Organización de Estados Americanos, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 251, Sentencia de 24 de octubre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado a la Opinión Consultiva OC-18/03. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18, 17 de septiembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia 8 de diciembre de 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de 3 de marzo de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Sentencia de 10 de julio de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García y familiares vs. Guatemala. Sentencia de 29 de noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Noguera y otra vs. Paraguay. Sentencia de 9 de marzo de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena y Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Isaza Uribe vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Sentencia de 4 de febrero de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rico vs. Argentina. Sentencia de 2 de septiembre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de junio de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Sentencia de 3 de mayo de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilarie y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Perrone y Preckel vs. Argentina. Sentencia de 8 de octubre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Muelle Flores vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ancejib-Sunat vs. Perú. Sentencia de 21 de noviembre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú. Sentencia de 4 de marzo de 2011.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Clarendon Press, 2005.

DRZEWICKI, Krzysztof. "The right to work and rights in work". EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catherine; ROSAS, Allan (Eds). *Economic, Social, Cultural Rights: a textbook*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

GAJA, Giorgio. "*Jus Cogens* beyond the Vienna Convention". In. *Recueil des Cours*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

MERON, Theodore. "International Law in the age of Human Rights". In: *Recueil des Cours*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

NACIONES UNIDAS. Primer informe sobre el *jus cogens* (A/CN.4/693). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones, 2016.

NACIONES UNIDAS, Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial. (A/CN.4/706). Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, 69° período de sesiones, 2017.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/51/10). Ginebra: Naciones Unidas, 1996.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10). Ginebra: Naciones Unidas, 2001.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Alto al trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El costo de la coacción. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Erradicar el trabajo forzoso. Informe Global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2001.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Krnojelac. La Haya: Sentencia de 15 de marzo de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Krnojelac. La Haya: Sentencia de 17 de septiembre de 2003.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 20 de junio de 2007.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Norman. Freetown: Decisión preliminar de 31 de mayo de 2004.

TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA. Caso Brima, Kamara y Kanu. La Haya: Sentencia de 22 de febrero de 2008.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. La Haya: Sentencia de 12 de junio de 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Furundzija. La Haya: Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

POLÍTICAS PÚBLICAS PREVIDENCIÁRIAS NA ERA PÓS-COVID-19: A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES RURAIS

PUBLIC SOCIAL POLICIES IN THE POST-COVID-19 ERA: THE SITUATION OF RURAL WORKERS

Dariel Santana Filho¹

RESUMO: O presente estudo tem como propósito analisar, criticamente, a situação do trabalhador rural, segurado especial, na era pós-COVID-19, mormente no que concerne às políticas públicas a ele direcionadas e a importância dessas políticas social e economicamente. Para tanto, como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória e a análise qualitativa. Além disso, realizou-se pesquisa empírica, ouvindo-se os diversos atores dos processos previdenciários. Descobriu-se neste trabalho que quanto mais se “gasta” com a previdência social rural mais se ganha social, financeira e economicamente, não somente diminuindo a pobreza extrema neste país, mas impulsionado o crescimento do Produto Interno Bruto e a renda das famílias, sendo este um paradoxo ainda não captado por boa parte da sociedade brasileira. Ao final, restará demonstrado que atacar a previdência social rural na quadra pós-pandêmica será uma atitude que não gerará apenas mais desigualdade social e miséria exarcebada, como se isso já não bastasse de per si, mas atravancará o crescimento do PIB e impedirá o aumento da renda das famílias, prejudicando ricos e pobres, humildes e poderosos.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhador rural; Segurado especial; Direito previdenciário; COVID-19; Políticas públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Libertar o homem da miséria é algo que não pode impor-se à democracia, nem ser a ela oferecido, mas que deve ser por ela conquistado. 3 Alterações salutares na Previdência Social que não afrontam o Estado de Bem-Estar Social. 4. O “gasto” com a previdência rural como locomotiva do crescimento econômico – viva o paradoxo da solidariedade! 5. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: The purpose of this study is to critically analyze the situation of rural workers, special insured, in the post-COVID-19 era, especially with regard to public policies directed at them and the importance of these policies socially and economically. Therefore, as a methodology, exploratory bibliographic research and qualitative analysis were used. In addition, empirical research was carried out, listening to the various actors in the social security processes. It was discovered in this work that the more one “spends” on rural social security, the more one gains socially, financially and economically, not only reducing extreme poverty in this country, but boosting the growth of the Gross Domestic Product and the family income, being this is a paradox not yet captured by a good part of Brazilian society. In the end, it will be demonstrated that attacking rural social security in the post-pandemic period will be an attitude that will not only generate more social inequality and exacerbated misery, as if that was not enough in itself, but will hinder GDP growth and prevent the increase household income, harming the rich and the poor, the humble and the powerful.

KEYWORDS: Rural worker; Special insured; Social Security Law; COVID-19; Public policies.

Artigo recebido em:22/12/2020

Artigo aprovado em:27/02/2021

¹ Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito pela UniCEUB-DF. Ex-aluno especial Doutorado em Direito UFBA. Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Civil, Processo do Trabalho, Processo Civil e Processo do Trabalho. Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Unyahna (2006). Graduado em Economia pela Universidade Católica de Salvador (2002). Ex-Técnico Judiciário da Justiça Federal (1997 a 2003). Ex-Analista Judiciário da Justiça do Trabalho (2003 a 2006). Atualmente é Procurador Federal e professor da Associação Educacional Unyahna, nas seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Processo Civil e Direito Previdenciário. Autor dos livros: "Habeas corpus e habeas data", ISBN 978-85-914826-1-0; "Prerrogativas da Fazenda Pública e o Processo Trabalhista", ISBN 978-85-914826-0-3; "Direito Constitucional - Concursos e OAB", ISBN 978-85-914826-3-4; "Direito do trabalho: concursos e OAB", ISBN 978-85-914826-2-7.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 112-139, SET-DEZ/2020

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Freeing man from poverty is something that cannot be imposed on democracy, nor offered to it, but that must be conquered by it. 3 Salutory changes in Social Security that do not affect the State of Social Welfare. 4. The "expense" with rural social security as a locomotive for economic growth - live the paradox of solidarity! 5. Conclusion. References.

1 INTRODUÇÃO

O planeta experimenta os efeitos nefastos da COVID-19, uma enfermidade respiratória aguda provocada pelo coronavírus². Em janeiro de 2020, começaram a ser confirmados os primeiros casos fora da China, sendo a Tailândia, em 13.01.2020, o Japão, em 16.01.2020, a Coreia do Sul, em 20.01.2020, Taiwan e EUA, em 21.01.2020, os cinco primeiros países que se seguiram aos chineses nesse drama que assola toda a humanidade neste momento³.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) consiste em uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional”⁴, o nível mais elevado de alerta daquela Organização. Menos de 2 (dois) meses após o vírus ser detectado fora da China, em 11 de março do ano em curso, tornou-se inevitável a declaração formal de pandemia⁵.

Até o dia 07.12.2020, já haviam sido confirmados 6.603.540 casos e 176.962 mortes⁶ apenas no Brasil, ou seja, quase duzentos mil brasileiros já perderam a vida durante essa tragédia que assusta todo o mundo.

O que o planeta e o Brasil estão experimentando durante essa emergência mundial é um atestado irrefutável de como o alicerce das garantias sociais é indispensável para a sociedade em sua integralidade⁷. Desvela-se como é essencial uma rede de proteção social, mormente no plano do tripé da seguridade social, às ordens dessa geração, como se fosse um espécie de Arca de Noé, para que ela possa atravessar esse dilúvio viral enfrentado neste momento pela Terra.

2 PEDRA, Adriano. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 17-29.

3 GURGEL, Christianne. Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p.63-81.

4 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 4 mai. 2020.

5 Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em 04.05.2020.

6 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 7 dez. 2020.

7 CRUZ, Gabriel. Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 105-120.

Diante desse cenário inquietante, parece fundamental ter como vetor o instituto jurídico da solidariedade⁸, que deverá ser reescrito nessa dimensão de um Estado que não pode ser tão forte, a ponto de suprimir a liberdade, mas também não pode ser tão alquebrado, a ponto de exterminar todos aqueles que já apresentam vulnerabilidade, conforme determina a própria Carta Constitucional (art. 5º, XXXII, e 175, V)⁹.

Parece não haver dúvidas de que chegou o momento do Estado exercer o seu papel e encontrar mecanismos para subsidiar a camada da sociedade mais afetada economicamente por causa das restrições impostas para o combate à disseminação do coronavírus, dando todo o suporte necessário para atravessarmos esta pandemia.

A solidariedade é o caminho que os seres humanos devem trilhar para superar essa infausta crise sanitária e ela perpassa, inevitavelmente, pela valorização de uma malha de salvaguarda social, colocada à disposição de todos para, ao fim e ao cabo, chegar-se a uma sociedade melhor - menos egoísta, individualista, e mais coletiva, solidária - após essa tempestade pandêmica passar.

Essa pandemia faz recordar a todos que não existe diferenças e nem fronteiras entre os que sofrem, pois “todos são frágeis, todos iguais, todos preciosos”. É tempo de repelir as desigualdades, de corrigir a injustiça que arranca pela raiz a saúde da humanidade inteira¹⁰.

O Estado brasileiro convive com uma concentração de riqueza colossal e oprobriosa. Apenas 0,36% da população brasileira detém quase a metade de toda a riqueza nacional¹¹, ou seja, é como se em uma festa com 300 convidados e 1 só bolo, uma pessoa tivesse direito à metade do bolo e as outras 299 tivessem que repartir a outra metade. Esse é o retrato da cruel desigualdade no Brasil de ontem e de hoje; espera-se, contudo, que não seja o de amanhã.

De acordo com dados desnudados nesta pesquisa, 39,1% da população do país encontra-se no grupo de risco para a COVID-19, isto é, mais de 82 milhões de brasileiros. E o pior, o SUS tem quase cinco vezes menos leitos de UTI por cada 10 mil habitantes do que a rede privada¹².

8 SILVA, Joseane. A Pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa N.º 878/20 Editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): A Proteção dos Consumidores como Direito Fundamental e Pilar da Ordem Econômica em Face da Livre Iniciativa. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 135-154.

9 Visão corroborada pelo professor Luís Edson Fachin, externalizada na aula do doutorado em Direito da UniCEUB do dia 20.04.2020, por intermédio da plataforma digital Zoom.

10 Esse é o pensamento do Papa Francisco. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YjJUEpVXGwI>. Acesso em 24 abr. 2020.

11 SALVADOR, Evilásio. **Perfil da Desigualdade e da Injustiça Tributária com Base nos Declarantes do Imposto de Renda no Brasil 2007—2013**. Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC Brasília 2016, p. 9.

12 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/leitodeuti2018.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020.

Em alguns cidades a desigualdade é ainda maior, segundo dados do Conselho Federal de Medicina¹³. Em Macapá, *verbi gratia*, o SUS possui cerca de 12 vezes menos leitos de UTI do que a rede privada (0,56 e 7,02, respectivamente, por cada 10.000 habitantes), ou seja, os macapaenses mais ricos, que estão em bem menor número na população, terão acesso a 1.200% de leitos de UTI a mais do que os macapaenses mais pobres.

Esse é o modelo de Estado que se quer, onde a minoria mais rica, com uma população bem menor, tem ao seu dispor, em média, 500% a mais de leitos de UTI para se tratar da COVID-19, caso necessite, do que a parcela majoritária da sociedade, com uma população vastamente superior?

A resposta é peremptoriamente negativa. Aqui não se está a defender o socialismo clientelista, não é disso que se trata. As pessoas têm diferenças e nem todas terão acesso aos mesmos bens, planos de saúde, imóveis, carros, etc. Isso é admissível e pode conviver em harmonia com um capitalismo humanista, como aqui se defende.

Sem embargo, todos - a todo o tempo - têm que possuir à sua disposição uma teia de proteção social mínima e os dados acima revelam que, na área da saúde – e em várias outras a serem despidas nesta pesquisa - isso está bem distante de ser realidade neste país.

Dessarte, é totalmente recomendável, e até mesmo exigível, que os governos de plantão, como órgãos de execução, e a sociedade, como instrumento de fiscalização, daqui por diante passem a adotar critérios mais rígidos para obstar qualquer ataque aos direitos do tripé da seguridade: saúde, assistência e previdência, pois esse é o passaporte para um amanhã mais seguro para o Brasil e para o mundo.

Os conflitos que sobrevirão dessa pandemia são irremissíveis e isso leva a um questionamento natural sobre a capacidade de resposta dos instrumentos tradicionais para resolvê-los¹⁴. Abre-se um grande leque para novos caminhos para o período pós-pandêmico, notadamente no que tange ao modelo de Estado que se deseja e aos mecanismos de solução extrajudicial das controvérsias em todos os ramos do Direito, em especial do Direito Previdenciário.

13 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/leitosdeuti Estados2018.pdf>. Acesso em 23 abr. 2020..

14 GALLO, Rodrigo; MATTIOLI, Thiago. Cooperação internacional versus soberania: os desafios impostos pela pandemia para o sistema internacional. In: **Capitalismo e a COVID-19: um debate urgente**. Castro, Daniel; Dal Seno, Danillo; Pochmann, Márcio (Orgs). São Paulo, 2020, p. 19-28.

Da perspectiva do Direito, o enfrentamento desta pavorosa pandemia, nos planos mundial e interno¹⁵, requer a indispensável materialização do autêntico Estado Solidário, onde a solidariedade é genuinamente substancial e não apenas meramente formal.

A prevenção e o combate aos lúgubres efeitos do coronavírus passam, necessariamente, pela compreensão do papel do Estado, pela promoção dos direitos fundamentais da seguridade social em sua tríade, bem como pela mitigação das desigualdades socioeconômicas que ocorrem em todo planeta e, particularmente, no Brasil, nação mais desigual do mundo fora do território africano¹⁶.

Combate-se hoje um inimigo invisível e - em inúmeras situações - fatal, o que atemoriza pessoas das mais diversas culturas, credos e níveis de desenvolvimento. O vírus é catastroficamente democrático em sua abrangência, porquanto alveja as suas vítimas com isonômica avidez, causando, sem embargo, maior número de fatalidades dentre os grupos que a ele são mais vulneráveis¹⁷.

O coronavírus não discrimina, mas a desigualdade sim. Aquele (coronavírus) busca a todos que aparecem em sua frente, incessantemente, sem qualquer distinção. Essa (desigualdade), seleciona os mais pobres, com ausência de saneamento básico, com falta de água e sabão para higienizar as mãos, com moradias em que em um único cômodo moram 8, 9, 10, ou até mais pessoas, para ficarem na zona de frente de contato e de contaminação pelo vírus.

Decerto, para além do inimigo invisível, a COVID-19, tem-se os ainda mais agressivos inimigos visíveis, os que, em nome de um sistema econômico opressor, não se interessam pela vida alheia, refutam ou menosprezam a realidade acima relatada¹⁸.

Enquanto a seleção natural proposta por Charles Darwin¹⁹ escolheria os mais fortes para a perpetuação da espécie, a seleção por meio das desigualdades sociais e econômicas elege os mais ricos para a perenização pós-COVID-19, enquanto os mais pobres são lançados à própria sorte.

Nesse cenário, torna-se fundamental investigar acerca das repercussões em relação aos

15 GOMES, Romeu. A Constituição em Tempos de Crises e a Pandemia da COVID-19. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 233-242.

16 Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2019/pnud-apresenta-relatorio-de-desenvolvimento-humano-2019-com-dado.html>. Acesso em 04.05.2020.

17 CRUZ, Gabriel. Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 27-39.

18 SOUZA, José. COVID-19 e capitalismo: uma visão. In: **Capitalismo e a COVID-19: um debate urgente**. Castro, Daniel; Dal Seno, Danillo; Pochmann, Márcio (Orgs). São Paulo, 2020, p. 11-18.

19 DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza**. 1º vol., trad. PAUL, Mesquita. Lello & Irmão – Editores, 2003, p. 93-102.

trabalhadores rurais brasileiros – segurados especiais - na temporada pós-pandemia. Para tanto, como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória e as análises qualitativa e quantitativa. Além disso, realizou-se pesquisa empírica, ouvindo-se os diversos atores dos processos previdenciários, sejam eles administrativos ou judiciais.

2 A CRISE PANDÊMICA E OS DIREITOS TRABALHADORES RURAIS

Ainda que exista apertada disponibilidade financeira e orçamentária, o que aqui não se refuta, as “opções nefastas” a serem realizadas com os poucos recursos existentes devem sempre ter em mira o núcleo duro dos direitos fundamentais, o qual não pode ser vilipendiado sob qualquer alegação²⁰.

É certo que os governos legitimamente eleitos implementem políticas públicas de acordo com as suas convicções políticas, econômicas e sociais. Contudo, de maneira alguma poderão se distanciar das fronteiras da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso social, os quais configuram verdadeiros vetores da democracia.

Na proposta para aprovação da reforma da previdência²¹, o governo apresentou um diagnóstico sobre a situação financeira da previdência social, com a finalidade de justificar as alterações que estavam sendo recomendadas na PEC nº 06/2019²².

De acordo com os números divulgados pelo governo, em 2018, a previdência social dos trabalhadores urbanos apresentou um déficit de R\$ 81.400.000.000,00 bilhões (oitenta e um bilhões e quatrocentos milhões de reais), enquanto a dos trabalhadores rurais exibiu um déficit de R\$ 113.800.000.000,00 (cento e treze bilhões e oitocentos milhões de reais), isto é, 58,3% do déficit do RGPS, em 2018, foi ocasionado pela previdência social rural²³.

Como é cediço, a PEC nº 06/2019, que realizava várias modificações na previdência social dos trabalhadores da zona urbana (pensão por morte, aposentadoria por invalidez, impossibilidade de acumulação de pensão por morte e aposentadoria, pensão por morte

20 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª ed. Editora Saraiva, 2019, p. 489-503.

21 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **A Prática Processual Previdenciária - Administrativa e Judicial**. 12ª ed. Forense, 2020.

22 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **Comentários À Reforma da Previdência**. Forense, 2020, 52-57.

23 Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/03/NOVA-PREVIDENCIA.pdf>. Acesso em 14 jan. 2020.

temporária, etc.)²⁴, foi aprovada em dois turnos pelas duas Casas do Congresso Nacional e agora é realidade no mundo jurídico²⁵, apesar de padecer de alguns vícios de inconstitucionalidade, registre-se, a exemplo dos novos critérios, desproporcionais e desarrazoados, para a obtenção de pensão por morte .

Contudo, as alterações constitucionais propostas na PEC nº 06/2019 em relação aos trabalhadores rurais, segurados especiais, em sua grande maioria, não prosperaram²⁶. O governo pretendia que a idade mínima para a mulher rurícola se aposentar fosse para 60 (sessenta) anos, igualando-a à dos homens camponeses. No entanto, a idade mínima para a trabalhadora rural se aposentar continua sendo de 55 (cinquenta e cinco) anos e a do trabalhador rural permanece sendo de 60 (sessenta) anos.

No que concerne ao tempo de contribuição, a proposta governamental visava aumentar o período contributivo de 15 (quinze) para 20 (vinte) anos. Entretanto, manteve-se inalterado o tempo de contribuição, permanecendo o prazo mínimo de 15 (quinze) anos para os trabalhadores do campo se aposentarem, respeitando-se a idade mínima mencionada no parágrafo acima.

No que tange à contribuição do trabalhador rural, a proposta previa uma contribuição mínima de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por ano. Sem embargo, a contribuição do trabalhador camponês permaneceu inalterada, continuando a ser de 1,2% dos produtos agrícolas comercializados e de 0,1% para financiar as prestações por acidentes de trabalho²⁷.

Ocorre que, apesar de terem conseguido se livrar – momentaneamente – do ataque aos seus direitos previdenciários, os trabalhadores rurais continuam correndo muito risco e tendem a ser a próxima bola da vez. César, imperador romano, já afirmava *divide et impera* (dividir para conquistar), sendo acompanhado nesse pensamento por Napoleão Bonaparte, o qual proclamava *divide ut regnes* (dividir para reinar)²⁸.

Em relação à previdência social tais assertivas nunca se mostraram tão espantosamente presentes e eficientes. Por exemplo, os servidores públicos que ingressaram após o ano de 2003 já entraram em exercício em um regime de aposentadoria diferenciado em relação aos

24 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **A Prática Processual Previdenciária - Administrativa e Judicial**. 12ª ed. Forense, 2020.

25 Emenda Constitucional nº 103/2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jan. 2020.

26 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **Comentários À Reforma da Previdência**. Forense, 2020, p. 42.

27 Art. 14 da Lei 13.606/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/113606.htm. Acesso em 15 jan. 2020.

28 BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 301-302.

servidores mais antigos, ou seja, já não tinham direito à paridade quando se aposentassem.

Assim, uma proposta almejando “acabar com os privilégios” e colocar todos (os que ingressaram antes e depois de 2003) no mesmo regime tornou-se muito menos difícil de ser efetivada, porque os novos (exercício após 2003) não seriam afetados pelo novo regime imposto aos mais velhos (exercício antes de 2003), quer dizer, dentro do próprio funcionalismo público os interesses de seus servidores já não eram os mesmos, ainda que inconscientemente.

Com a PEC nº 06/2019, consolidada na Emenda Constitucional nº 103/2019, os trabalhadores urbanos, neste momento²⁹, tiveram vários dos seus direitos suprimidos (ex: fim da acumulação de aposentadoria com pensão por morte e extinção da aposentadoria por tempo de contribuição) ou reduzidos (ex: diminuição dos proventos da aposentadoria por invalidez e elevação da idade mínima para a aposentadoria)³⁰.

Destarte, é prognosticável que em uma próxima reforma da previdência social³¹, desencadeada agora pela crise do coronavírus, desta vez atacando diretamente os direitos fundamentais dos trabalhadores rurais - segurados especiais - brasileiros, os trabalhadores urbanos e os servidores públicos - sejam os que ingressaram antes ou depois de 2003 (pouco importa doravante) - não se engajem tão enfaticamente na defesa dos que laboram nas “roças” deste país afora.

A tática utilizada - dividir para conquistar - deu muito certo. O discurso do combate aos privilégios foi brilhantemente arquitetado para retirar direitos primordiais previdenciários dos atuais trabalhadores brasileiros e obteve uma vitória indiscutível, pelo menos no ponto de vista do “mercado” e de boa parte da grande mídia.

A estratégia de fragmentar os interesses dos segurados da previdência, seja do RPPS ou do RGPS, para evitar que grupos tivessem objetivos comuns e se agregassem, o que iria aumentar a resistência ao ataque perpetrado contra as políticas públicas previdenciárias, mostrou-se irrefutavelmente eficaz e, infelizmente, tem a tendência, na estação pós-pandêmica, de se dirigir aos segurados da previdência mais carentes do país: os trabalhadores rurais – segurados especiais.

Sem embargo, esses camponeses e os brasileiros em geral têm a Carta Constitucional de

29 PAIXÃO, Marcelo; THEODORO, Mário. **Para depois dividir: notas sobre Reforma Previdenciária e assimetrias raciais no Brasil**. 2020. Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. EM PAUTA, Rio de Janeiro, 1º Semestre de 2020 - n. 45, v. 18, p. 130 – 147. Disponível em: file:///C:/Users/daniel/Downloads/47220-160723-1-PB.pdf. Acesso em 07.06.2020.

30 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **A Prática Processual Previdenciária - Administrativa e Judicial**. 12ª ed. Forense, 2020, p. 38-42.

31 KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **Comentários À Reforma da Previdência**. Forense, 2020, p. 55-57.

1988 em sua custódia. A proibição de retrocesso social é cláusula nela contemplada - de forma implícita, mas substancial³² – que assegura a afirmação dos direitos sociais, aí insertos os previdenciários, sobretudo em virtude da insofismável e oprobriosa desigualdade econômica e social que assola o país desde sempre.

No cenário nupérrimo de emergência planetária, acarretado pela pandemia do coronavírus, todos os esforços devem estar voltados para o combate à COVID-19, independentemente de qualquer ideologia, credo, religião, etc.³³, e isso perpassa não pela exclusão e sim pela concretização dos direitos fundamentais³⁴, para que a população brasileira possa se prevenir de forma mais digna ao longo da batalha a que hoje é exposta, contra um soldado invisível (o vírus), e as que advirão na estação pós-pandêmica.

O fracasso mundial no combate à pandemia deixa evidente a necessidade de se implementar, urgente e perenemente, políticas públicas sociais³⁵. A ausência de saneamento básico, facilitando a propagação do vírus³⁶; a inexistência de moradia para todos, aliada à existência de miséria extrema para muitos³⁷; a escassez de leitos de UTI equipados, provocando a terrível “escolha de Sofia”, escolhendo-se quem irá viver ou morrer, não por conta da COVID-19, mas por causa do vírus da desigualdade social, são fatos que atestam o malogro planetário na prevenção e no combate à pandemia de hoje e ao vírus da indiferença de sempre.

O coronavírus é de têmpera democrática. Não faz distinção de classe. A ausência de democracia não está no vírus e sim nos próprios seres humanos. Os abastados possuem mais mecanismos de proteção, com *home office*, com casa de veraneio para cumprir o isolamento social. Nada obstante, a fragilização do sistema de saúde a que a população humilde tem acesso agrava a vulnerabilidade do Brasil em sua integralidade³⁸.

A proibição de retrocesso social³⁹ impõe que políticas públicas em favor da promoção dos direitos da seguridade social em sua tríade: saúde, assistência e previdência, bem como em

32 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª ed. Editora Saraiva, 2019, p. 502-504.

33 TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo. **Reflexões Sobre a Pandemia e Depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 12.

34 CAVALCANTI, Hugo. De Bretton Woods a Wuhan e além. In: **Reflexões sobre a pandemia e depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 71-88.

35 CAVALCANTI, Hugo. De Bretton Woods a Wuhan e além. In: **Reflexões sobre a pandemia e depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 71-88.

36 SANTOS, Boaventura. Vírus: tudo o que é sólido desmancha no ar. In: **Reflexões sobre a pandemia e depois**. Bauru: Praxis, 2020, p. 45-50.

37 TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo. **Reflexões Sobre a Pandemia e Depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 12.

38 SILVEIRA, Jucimere. **Cenário de enfrentamento à covid-19: Agenda para os direitos humanos e as políticas públicas em Perspectiva decolonial**. In: **Capitalismo e a COVID-19: um debate urgente**. São Paulo, 2020, p. 139-148.

39 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª ed. Editora Saraiva, 2019, p. 502-504.

educação e moradia, dentre outros, não regridam.

Muito pelo contrário, a conquista social adquirida normativamente está não somente proibida de “andar para trás”, mas também está desautorizada a “não andar para frente”. A pandemia está a demonstrar que a convivência indiferente com a desigualdade de hoje não será possível amanhã⁴⁰.

Isso não significa afirmar que mudanças não podem ser realizadas no plano dos direitos sociais para aprimorar políticas públicas e adequar apropriadamente esses direitos ao orçamento governamental⁴¹.

No âmbito dos direitos fundamentais previdenciários, *exempli gratia*, reconhece-se que, desde que não se atinja o núcleo duro dos direitos fundamentais previdenciários, o mínimo existencial e a dignidade humana do trabalhador rural, segurado especial, mudanças no sistema previdenciário rural brasileiro podem e necessitam ser implementadas, especialmente no que se refere ao combate às fraudes, e algumas medidas vêm sendo empreendidas mais recentemente, o que é louvável, e delas se cuidará a partir de agora.

3 ALTERAÇÕES SALUTARES NA PREVIDÊNCIA SOCIAL QUE NÃO AFRONTAM O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Algumas mudanças na legislação previdenciária rural são oportunas, por caminharem nos trilhos do Estado de Bem-Estar Social, e deverão ser adotadas para que a previdência rural mantenha-se incólume nas suas contas em tempos de crise e assegure aos verdadeiros trabalhadores rurais o mínimo existencial para a sua subsistência e a do seu núcleo familiar, combatendo-se as fraudes e estabelecendo-se critérios mais consentâneos à realidade da zona rural brasileira.

A Força-Tarefa Previdenciária realizou, no dia 11.04.2019, a operação *Game Over*, nas cidades de Teresina-PI e Filadélfia-TO, com o propósito de desmontar esquema criminoso catedrático em fraudar benefícios relativos à aposentadoria por idade rural. Na operação em comento, detectou-se que, com a finalidade de obter o aludido benefício previdenciário, eram utilizadas declarações sindicais falsas, posteriormente registradas no sistema do INSS como se

40 LOPES, Márcia; RIZZOTTI, Maria. COVID-19 e proteção social: A contribuição do Sistema Único de Assistência Social – SUAS. In: **Capitalismo e a COVID-19**: um debate urgente. São Paulo, 2020, p. 125-138.

41 GIOVANNI, G. Di; PRONI, M. W. Metamorfose do Estado, proteção social e cidadania. In: DEDECCA, C. S. & PRONI, M. W. (orgs.) *Economia e Proteção Social: textos para estudo dirigido*. Campinas/SP: Unicamp.IE; Brasília/DF: MTE; Unitrabalho, 2006.

verdadeiras fossem⁴².

A Coordenação-Geral de Inteligência Previdenciária (COINP), ligada à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, foi a responsável por descobrir esse esquema criminoso, evitando um prejuízo, somente em relação a essa operação, no montante de R\$ 1.600.000,00 (hum milhão e seiscentos mil reais)⁴³.

Outro ponto que chama a atenção e sinaliza para a possibilidade de fraude no sistema previdenciário rural é a relação entre a população que reside na zona rural e a quantidade de benefícios rurais ativos.

Em 2015, os residentes na zona rural brasileira acima de 55 anos totalizavam 6,2 milhões (seis milhões e duzentos mil habitantes). Sem embargo, os benefícios rurais totalizaram 9,3 milhões, isto é, o número de benefícios rurais suplantou em 50 % a própria população rural⁴⁴.

Não se pode tolerar abusos e fraudes contra o sistema da seguridade social em seu tripé e, nesse particular, as recentes reformas da legislação previdenciária, que visam endurecer o combate às fraudes, são muito bem-vindas.

A previdência social rural é um patrimônio da sociedade brasileira, conquistado após várias décadas de total esquecimento, não podendo ser vilipendiada por clientelismos, abusos ou fraudes.

É necessário um projeto nacional de cruzamento de informações, com a participação efetiva de diversos setores/órgãos/instituições da sociedade, tais como: INSS, Receita Federal, Polícia Federal, DataSUS, TCU, CGU, AGU, Cidadania, Sistema Penitenciário, Denatran, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nessa toada, merece aplausos o novo artigo 124-D da lei nº 8.213/91, incluído pela lei nº 13.846/19, o qual determina que a administração pública federal⁴⁵ desenvolva medidas de segurança da informação e comunicações - insertas as de segurança cibernética, das infraestruturas, de qualidade dos dados, de interoperabilidade de bases governamentais – integrando-as às bases de dados dos demais entes da Federação.

Conceder benefícios sem um cruzamento de dados prévio acaba gerando irregularidades previsíveis e inaceitáveis. No auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais), por exemplo,

42 Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/tag/operacao/>. Acesso em 15 jan. 2020.

43 Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/tag/operacao/>. Acesso em 15 jan. 2020.

44 Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>. Acesso em 15 jan. 2020.

45 Art. 124-D A administração pública federal desenvolverá ações de segurança da informação e comunicações, incluídas as de segurança cibernética, de segurança das infraestruturas, de qualidade dos dados e de segurança de interoperabilidade de bases governamentais, e efetuará a sua integração, inclusive com as bases de dados e informações dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, com o objetivo de atenuar riscos e inconformidades em pagamentos de benefícios sociais (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019).

destinado a combater a fome dos brasileiros que não podem trabalhar durante a pandemia, por causa do isolamento social, foram descobertos 73 mil militares recebendo o benefício⁴⁶.

Dos 22 (vinte e dois) foragidos mais procurados do país metade recebeu o referido auxílio. Entre esses 11 (onze), estão alguns dos foragidos mais perigosos e opulentos da nação. Moscardini, o Baixinho, *exempli gratia*, acusado de participar do roubo a uma empresa de transporte de valores no Paraguai em 2017 - em que os meliantes explodiram a empresa e escaparam com o equivalente a mais de R\$ 60 milhões - deu entrada do requerimento no sistema da Caixa Econômica Federal no dia 17.04.2020 e o auxílio foi aprovado seis dias após. No dia 26.05.2020, a segunda parcela de R\$ 600 em nome de Moscardini foi liberada⁴⁷.

Leomar Barbosa, o Léo Playboy, condenado a 36 anos de prisão, considerado pela polícia como o braço direito de Fernandinho Beira Mar, procurado desde 2018, da mesma forma recebeu o auxílio emergencial⁴⁸.

Também saíram as duas parcelas de R\$ 600 para o criminoso Álvaro Roberto, conhecido pelo apelido de Caipira, acusado de ser um dos comparsas do megatraficante colombiano Juan Carlos Ramires Abadia. Segundo informações da própria polícia, a quadrilha do Caipira tinha pelo menos R\$ 70 milhões, somando dinheiro vivo, carros de luxo e imóveis⁴⁹.

Como se nota, na reforma da previdência aprovada em 2019, perdeu-se a oportunidade de aprovar o artigo 251, que estava inicialmente no texto da PEC nº 6/2019, o qual asseverava que a União instituiria sistema integrado de dados relativos aos regimes de previdência, aos programas de assistência social e aos proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades militares, tudo isso envolvendo todos os entes da Federação. Caso houvesse sido contemplado tal dispositivo na aludida reforma, certamente esses milhares de militares e vários dos foragidos mais procurados do Brasil não teriam recebido o auxílio indevidamente.

Além do combate à fraude, e umbilicalmente ligadas a ela, algumas políticas públicas poderiam e deveriam ser adotadas em relação à previdência social rural sem que houvesse violação ao núcleo duro dos direitos fundamentais previdenciários⁵⁰.

46 Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/14/bolsonaro-diz-que-militares-que-receberam-auxilio-emergencial-serao-punidos.htm>. Acesso em 22 mai. 2020.

47 Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/31/exclusivo-11-dos-22-criminosos-mais-procurados-do-brasil-tiveram-auxilio-emergencial-liberado.ghtml>. Acesso em jun. 2020.

48 Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/31/exclusivo-11-dos-22-criminosos-mais-procurados-do-brasil-tiveram-auxilio-emergencial-liberado.ghtml>. Acesso em 1 jun. 2020.

49 Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/31/exclusivo-11-dos-22-criminosos-mais-procurados-do-brasil-tiveram-auxilio-emergencial-liberado.ghtml>. Acesso em 1 jun. 2020.

50 PAIXÃO, Marcelo; THEODORO, Mário. Para depois dividir: notas sobre Reforma Previdenciária e assimetrias raciais no Brasil. 2020. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. EM PAUTA, Rio de Janeiro, 1º Semestre de 2020 - n. 45, v. 18, p. 130 – 147. Disponível em: <file:///C:/Users/dariel/Downloads/47220-160723-1-PB.pdf>. Acesso em 7 jun. 2020.

Na proposta original da PEC nº 06/2019, encaminhada pelo Poder Executivo⁵¹, recomendou-se o aumento do período de contribuição/atividade dos trabalhadores rurais de 15 (quinze) para 20 (vinte) anos⁵². Esta medida em nada fere o núcleo essencial dos direitos fundamentais previdenciários. Muito pelo contrário, trata-se de um mecanismo legítimo e constitucional para manter as contas previdenciárias rurais sustentáveis.

Quem efetivamente trabalha no campo não terá o mínimo de dificuldade para comprovar a atividade lá exercida por um período inclusive muito superior a 20 (vinte) anos. As pessoas do campo começam a trabalhar muito cedo, não raras vezes, aos 10, 12, 14, 16 anos.

Assim, a mulher, ao completar 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, já terá 37 anos de atividade rural (caso tenha começado o labor rural somente aos 18 anos de idade); o homem, por sua vez, ao completar 60 (sessenta) anos de idade, já terá 42 anos de atividade campesina (caso tenha iniciado o trabalho apenas aos 18 anos de idade).

Infere-se, à vista disso, que a proposta de ampliação do período comprobatório de contribuição/atividade rural não traria qualquer prejuízo ao verdadeiro trabalhador rural. O prazo atual de 15 (quinze) anos não retrata a realidade do trabalhador rural brasileiro. O prazo é curto e favorece a aposentadoria rural de quem não dedicou boa parte de sua vida a produzir alimentos para si e para a sociedade como meio de subsistência.

Não existe sistema previdenciário cujo custeio permaneça estabilizado com distorções desse tipo. Uma coisa é interpelar o sistema para que ele cubra os riscos sociais. Coisa completamente diversa é estipular benefícios não compatíveis com esses riscos, que provocam, desnecessariamente, exorbitante onerosidade ao sistema⁵³.

Verbi gratia, algo que se nota corriqueiramente em audiências previdenciárias é a situação em que a mulher e/ou o homem nordestinos vão trabalhar em São Paulo, casam e têm filhos por lá, retornam em idade próxima aos 40 anos, compram uma terra com o dinheiro que adquiriram do labor urbano e se aposentam como trabalhadores rurais aos 55 anos e aos 60 anos de idade, respectivamente, pois possuem terra em nome próprio há 15 anos (prazo de carência) e endereço rural⁵⁴.

Dessa forma, o aludido prazo de carência vigente necessita ser revisto, para que a

51 KERTZMAN, Ivan. **Entendendo a reforma da previdência**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 47-53.

52 ARRAIS, Hermes. **Reforma da previdência: EC 103/2019**. Editora Foco, 2019, p. 37-38.

53 SILVA, Crisrina Aguiar. **A previdência no Brasil em tempos de reforma: adequação à realidade ou necessidade de superação de um modelo?**. Tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2107, p. 58. Disponível em: <file:///C:/Users/dariel/Downloads/Tese%20Cristina%20Aguiar%20Ferreira%20da%20Silva.pdf>. Acesso em 26.05.2020.

54 Vide pesquisa de campo – Anexo I.

realidade seja levada em consideração no sistema previdenciário rural deste país, aumentando-se a carência para 20 (como constava na PEC nº 06/2019) ou até 25 anos (opção aqui recomendada).

Essa aconselhável ampliação do tempo de comprovação de atividade rural, todavia, não se confunde com o aumento da idade mínima para aposentadoria por idade rural⁵⁵, seja para o camponês, seja para a camponesa, pois aquele aos 60 (sessenta) anos de idade e essa aos 55 (cinquenta e cinco) efetivamente pagam um alto preço em seus corpos por terem passado tantos anos trabalhando de sol a sol (câncer de pele, problemas de visão, envelhecimento precoce, queratose, melasmas, etc.).

Outro ponto não menos importante é o da prova do labor rural⁵⁶. Constatou-se em pesquisa empírica realizada neste estudo⁵⁷, que, devido à alta informalidade que assola o mercado de trabalho no Brasil, muitas mulheres e homens nordestinos, quando retornam de São Paulo ou de qualquer outro grande centro, compram um pedaço de terra (entre 1 e 5 tarefas, normalmente), mas passam a residir na zona urbana de um município do interior, ali trabalham sem carteira assinada ou recolhimento de contribuições (diarista em casa de família; vendedora de roupas, de cosméticos, de produtos de limpeza; manicure; ajudante de pedreiro; pintor; mecânico; eletricista; encanador, etc.) e depois conseguem a aposentaria por idade rural sem jamais terem exercido o duro trabalho de roça ou o tendo realizado por curtíssimo período de tempo, mas com um documento “robusto” de proprietário(a) de imóvel rural.

Como estão na informalidade, o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) não detecta a atividade urbana e, portanto, não se consegue afastar a condição de segurado especial dessas pessoas⁵⁸. Muitas vezes, concede-se a o benefício previdenciário a esses indivíduos na própria esfera administrativa, justamente por eles portarem uma robusta prova material (o documento da terra) e não serem identificados pelo CNIS (por causa do trabalho informal).

Note-se que, neste caso, bastante comum na área pesquisada empiricamente neste trabalho (semiárido nordestino), não há tecnicamente uma fraude, não há “fabricação” de documentos, mas é a própria informalidade do mercado de trabalho, juntamente com a desconexão entre a legislação previdenciária e a realidade rural, que facilitam a concessão indevida.

Verificou-se, ainda, na pesquisa de campo realizada no semiárido baiano, que o efetivo

55 GARCIA, Silvio. **Aposentadoria por Idade do Trabalhador Rural**. Lemos & Cruz. 2016, p. 38.

56 RIBEIRO, Maria Helena. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**. 3 ed. Alteridade, 2017.

57 Vide pesquisa de campo – Anexo I.

58 Disponível em: <https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/extrato-de-vinculos-e-contribuicoes-a-previdencia/>. Acesso em 19 mai. 2020.

trabalhador rural de subsistência dificilmente possui terra em nome próprio. Em regra, as terras são de terceiros, que as cedem para que esses lavradores possam trabalhar e garantir a sua própria subsistência e a da sua família.

Desse modo, como a lei exige início de prova material, muitos documentos (termos de doação, meação, comodato, parceria, etc.) são “fabricados” para se obter o início de prova, exigido pela lei, mas completamente dissonante da realidade.

O verdadeiro trabalhador rural de subsistência⁵⁹, diferentemente daquele que trabalha na cidade e se passa por campesino para fraudar a previdência social, em regra, nunca conseguiu angariar fundos para comprar a sua própria terra e, com isso, ter um documento precioso em mãos para conseguir se aposentar.

Assim sendo, no que se refere ao trabalhador rural – segurado especial – desta nação⁶⁰, a prova oral ganha uma importância fundamental⁶¹. A entrevista rural realizada pelo servidor do INSS com o segurado que se diz campesino adquire uma relevância capital.

O servidor, durante a entrevista pode fazer várias perguntas, tais como: i) quanto tempo demora, após o plantio, para se colher o milho ainda verde? ii) E já maduro?; iii) quanto tempo é necessário para o milho começar a “bonecar”? iv) Quem nasce primeiro o pendão ou a “boneca” do milho? v) Quem fica na parte mais alta do pé de milho, o pendão ou a “boneca”? vi) Qual a cor da “boneca” do milho? vii) Qual a cor do pendão do milho? viii) Quanto tempo demora para colher o feijão após o plantio? ix) Plantando-se na mesma chuva, será colhido primeiro o feijão ou o milho?

E mais: x) Quais as pragas mais comuns nas plantações de amendoim, feijão e milho? xii) O que utiliza para combater as pragas? xi) Quanto tempo demora para a colheita da mamona? xii) E para a colheita da mandioca? xiii) Como se planta a maniva da mandioca? xiv) O olho da maniva deve ser plantado para cima ou para baixo? Quantas sementes de feijão se coloca em cada cova e qual a distância entre as covas? Quais são os meses de plantação do feijão? Como se faz a farinha da mandioca?

As perguntas acima, dentre várias outras que podem ser feitas durante a oitiva do trabalhador rural, desde que respondidas corretamente, deveriam valer tanto quanto um título de terra. Não se pode permitir que a aposentadoria por idade rural seja comprada com o dinheiro obtido no trabalho urbano, enquanto os que efetivamente desenvolvem o árduo trabalho rural não conseguem obter o benefício por não ostentarem prova documental.

59 RIBEIRO, Maria Helena. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**. 3 ed. Alteridade, 2017.

60 GARCIA, Silvio. **Aposentadoria por Idade do Trabalhador Rural**. Lemos & Cruz, 2016.

61 BERWANGER, Jane. **Segurado Especial: Novas Teses e Discussões**. 2 ed. rev. e atual. Juruá, 2018.

Não é por outra razão que esse trabalho propõe a implementação da Justiça Previdenciária Rural Substancial, superando-se a inócua, no que diz respeito à implementação dos direitos fundamentais previdenciários, e indesejável, no que se refere à judicialização que provoca, Justiça Previdenciária Rural Perfunctória hoje predominante.

Nessa toada, a prova oral, seja no âmbito administrativo ou judicial, deverá ser melhor contemplada pelas novas modificações da legislação previdenciária, admitindo-se, inclusive, um tipo previdenciário aberto no que tange aos trabalhadores rurais, segurados especiais, ficando a cargo do servidor do INSS enquadrá-lo ou não nessa condição a depender da prova material apresentada, mas, sobretudo, da prova oral produzida pelo próprio requerente e/ou pelas testemunhas por ele levadas em uma Justificação Administrativa, ficando aquele (o servidor do INSS) civil, administrativa e penalmente responsável em caso de fraude ou dolo.

Ademais, deve-se lançar um novo olhar para a previdência social rural⁶², passando-se a encará-la não mais como um gasto e sim como um poderoso mecanismo de investimento social e também econômico⁶³, porque alavanca a economia - com forte impacto positivo sobre o Produto Interno Bruto (PIB) e a renda das famílias – e ajuda a reduzir a enorme desigualdade social que assola este país desde sempre, o que colabora, incontestavelmente, no desejável processo de pacificação social e de redução dos conflitos previdenciários.

Isso porque o “gasto” do Estado com o pagamento de benefícios e prestação de bens e serviços se transformam rapidamente em consumo de serviços, alimentos, etc., que estimulam a geração de emprego, aumentam a renda familiar e mitigam a paupéria extrema, conforme será demonstrado a seguir.

4 O “GASTO” COM A PREVIDÊNCIA RURAL COMO LOCOMOTIVA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO – VIVA O PARADOXO DA SOLIDARIEDADE!

O gasto do dinheiro público, comumente apontado como dramaticamente insuficiente, fomenta cenários de conflitos, quer pelas escolhas das políticas públicas a serem implementadas, quer, outrossim, pelo antagonismo muitas vezes constatado entre o dever

62 GARCIA, Silvio. **Aposentadoria por Idade do Trabalhador Rural**. Lemos & Cruz. 2016. V. também SANTOS FILHO, Oswaldo; GARCIA, Silvio. **O tempo de serviço rural como carência na aposentadoria híbrida por idade à luz da jurisprudência do STJ e da TNU**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67818>. Acesso em 4 jun. 2020.

63 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 5 jan. 2020.

estatal de concretizar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e a política de arrocho fiscal não raras vezes defendida pelo “mercado” e executada pelo Estado.

Sem embargo, o que se demonstrará, a partir deste momento, é o verdadeiro paradoxo existente entre o que se “gasta” com a previdência social rural⁶⁴ e o que se ganha em termos de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) e de elevação das rendas das famílias⁶⁵.

Investir na previdência dos trabalhadores rurais – segurados especiais⁶⁶ – é uma excelente forma de se obter não somente lucros sociais irrefragáveis, mas, conjuntamente, lucros expressivos para a economia brasileira, o que refuta os argumentos dos que defendem a insustentabilidade do Estado social.

Com efeito, as “despesas” com a previdência social rural são, na realidade, possantes instrumentos de crescimento e desenvolvimento social e econômico. No entanto, os governantes que chegam ao poder, indistintamente, persistem em alegar déficits na previdência para cortar benefícios e reduzir as políticas públicas sociais, máxime as relacionadas à previdência social.

Os valores pagos a título de benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais estimulam as economias dos municípios da zona rural brasileira, sendo responsáveis por mais da metade da arrecadação na maioria deles.

Ademais, o montante investido na previdência social rural, além de aquecer a economia brasileira, também é questão de saúde pública, pois oferece ao homem do campo a possibilidade de obter uma vida minimamente digna, livrando-o de doenças, como o Mal de Chagas, que são retroalimentadas pela miséria que assola algumas regiões do país, a exemplo da região Nordeste.

O núcleo medular do Estado de Bem-Estar Social⁶⁷ seguramente é o princípio da igualdade, privilegiando-se a ideia de coletividade, de proeminência do social em relação ao individual, algo mais do que necessário neste momento de pandemia.

Dessarte, o Estado social busca diminuir as desigualdades sociais, algumas delas já apontadas precedentemente, por meio de diversas políticas públicas sociais, especialmente as vinculadas à seguridade social, criando mecanismos para proporcionar condições mínimas para

64 BERWANGER, Jane. **Segurado Especial: Novas Teses e Discussões**. 2 ed. rev. e atual. Juruá, 2018.

65 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 05.01.2020.

66 RIBEIRO, Maria Helena. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**. 3 ed. Alteridade, 2017.

67 HATTON, T. J.; BAILEY, R. E. **Poverty and the welfare state in interwar London**. Oxford Economic Paper. Inglaterra: Oxford University Press, 1998.

uma existência digna.

Mas não é só. Conforme aqui está sendo patenteado, trilhar pelo caminho do *Welfare State*⁶⁸ é caminhar por uma rota em que todos ganham, ricos e pobres, fortes e fracos, humildes e poderosos. Valorizar os trabalhadores do campo, por intermédio da previdência social, é garantir o desenvolvimento econômico sustentável do ponto de vista contábil e social, gerando avanços na renda tanto dos mais vulneráveis quanto dos mais abastados, por mais paradoxal que isso pareça a princípio, e harmonizando, por conseguinte, os interesses sociais em seu conjunto.

Apesar de chamado de “gastos” públicos, o importe investido na rede de proteção social e, particularmente, na previdência social rural⁶⁹, realizou transferência de renda para os menos favorecidos, criando um mecanismo de expansão da demanda agregada, com um amplo fomento do mercado interno por meio do consumo de massa⁷⁰.

A despeito disso, a cada novo governo - reitere-se, independentemente do grupo político que ascendeu ao poder e do seu viés ideológico - a reforma da previdência⁷¹ sempre se apresenta como tema principal, como necessária e imprescindível para “o país não quebrar”, para “a economia se desenvolver”, para “reduzir os privilégios”, para “garantir o pagamento das aposentadorias dos velinhos” e mais uma dezena de frases prontas que se disseminam na mídia e nas redes sociais com o intuito de se criar uma atmosfera propensa à reforma, tomando-se de assalto direitos fundamentais previdenciários tão duramente conquistados, como se o “povo”, principal destinatário das políticas públicas previdenciárias, estivesse “hipnotizado” e só percebesse a subtração desses direitos após o despertar do transe (após a promulgação da reforma).

Como é notório, em relação à previdência social, os ataques vêm se sucedendo a cada novo governo, seja do partido político “A”, “B”, “C” ou de posição ideológica “W”, “N”, “S”. À vista disso, não se busca aqui particularizar o(s) culpado(s) e sim socializar a solução.

Os trabalhadores rurais, poupados na recente reforma constitucional previdenciária⁷², correm um sério de serem “lembrados” nas próximas reformas, como alertado

68 HARRIS, B. **Welfare since 1945**: Rewriting the History of Britain’s Welfare State. *Twentieth Century British History*. Inglaterra: University of Southampton, 2006.

69 FORTES, Simone; BERWANGER, Jane. **Previdência do Trabalhador Rural em Debate**. Curitiba: Juruá, 2008.

70 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 05.01.2020.

71 ARRAIS, Hermes. **Reforma da previdência**: EC 103/2019. Editora Foco, 2019.

72 Emenda Constitucional nº 103/2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14.01.2020.

anteriormente. O mantra “crise” sempre foi um dos argumentos mais poderosos para se arrancar direitos dos que mais precisam e basta surgir uma nova, como a agora enfrentada com a pandemia do coronavírus, para que os camponeses se tornem a próxima bola da vez, mormente porque, nominalmente, aparecem como responsáveis pela maior parte do déficit da previdência.

Nada obstante, quanto mais se “gasta” com políticas públicas sociais, aí alocada a previdência dos camponeses, mais o PIB nacional e a renda familiar se soerguem, isto é, quanto mais se investir no Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)⁷³, por meio da previdência rural, mais próspero social e economicamente se tornará este país.

O IPEA realizou uma análise de multiplicadores de uma *Social Accounting Matrix* (Matriz de Contabilidade Social). A matriz de contabilidade social é uma amplificação da matriz insumo-produto: “trata-se de uma matriz quadrada que congrega todos os fluxos de renda e gasto da economia em um determinado ano de referência”⁷⁴.

Os resultados para o crescimento do produto após a simulação de um acréscimo no montante dos “gastos” públicos sociais de 10% do PIB na matriz são que, ao final do ciclo, provocou-se-se um crescimento de 13,7% no PIB (Produto Interno Bruto), o que corresponde a um multiplicador, no que se refere ao PIB, muito maior ao dos juros da dívida pública e praticamente igual ao das *commodities*⁷⁵.

Traduzindo para valores nominais, a cada R\$ 5,00 (cinco reais) que o governo investe em políticas públicas sociais terá de volta R\$ 6,85 (seis reais e oitenta e cinco centavos); a cada R\$ 10,00 (dez reais) aplicados nessa área, o Estado terá de retorno R\$ 13,70 (treze reais e setenta centavos); a cada R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) investidos terá um incremento de R\$ 5.480,00 (cinco mil quatrocentos e oitenta reais) em seu PIB.

Os resultados para o crescimento do produto, após a simulação de um acréscimo no montante dos “gastos” públicos sociais de 2% do PIB na matriz, são que ao final do ciclo provocou-se-se um crescimento de 2,74% no PIB (Produto Interno Bruto). O multiplicador do “gasto” social, no que se refere ao PIB, é significativamente superior ao multiplicador dos gastos com os juros da dívida pública (1,42% - quase duas vezes maior), praticamente o mesmo

73 HARRIS, B. **Welfare since 1945: Rewriting the History of Britain's Welfare State. Twentieth Century British History.** Inglaterra: University of Southampton, 2006.

74 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 6 jan. 2020.

75 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 6 jan. 2020.

das exportações de *commodities* (2,80%) e um pouco menor àquele do investimento no setor de construção civil (3,08%)⁷⁶.

Trasladando para valores nominais, a cada R\$ 1,00 (um real) que o governo investe em políticas públicas sociais terá de volta R\$ 1,37 (um real e trinta e sete centavos); a cada R\$ 30,00 (trinta reais) aplicados nessa área, o Estado terá de retorno R\$ 41,10 (quarenta e um reais e dez centavos); a cada R\$ 2.000,00 (dois mil reais) investidos terá um incremento de R\$ 2.740,00 (dois mil setecentos e quarenta reais) em seu PIB, e assim sucessivamente.

Depreende-se, portanto, que o investimento do Estado em áreas sociais⁷⁷ gera um retorno no PIB similar ao das tão merecidamente exaltadas *commodities*, sejam elas agrícolas: milho, soja, suco de laranja, café, trigo, algodão, borracha; financeiras: títulos públicos do governo federal; ambientais: créditos de carbono; ou minerais: minério de ferro, prata, alumínio, petróleo, ouro, níquel, dentre outros.

Com efeito, as razões para se investir em políticas públicas sociais não param por aí⁷⁸. Em relação à renda das famílias, o impacto positivo do investimento em tais políticas é ainda mais fascinante.

No que concerne à renda familiar, as simulações demonstram que, ao se incrementar 1% do PIB nos programas de políticas públicas sociais, a renda familiar terá um aporte de 1,85%. O multiplicador do “gasto” social sobre a renda familiar (1,85%) é exponencialmente superior ao multiplicador do gasto em construção civil (1,14%), e em exportações de *commodities* (1,04%)⁷⁹.

Percebe-se, pois, que aplicar os recursos disponíveis na educação, na saúde, no combate à pobreza, na assistência social, na inclusão social em sua integralidade, não só atende os ditames constitucionais - como se isso já não bastasse por si só - mas também ajuda significativamente a alavancar a economia e a renda das famílias brasileiras⁸⁰. Trata-se, pois, não apenas de política social, mas também de política econômica eficaz.

Conforme apontado anteriormente, em 2018, o déficit total do RGPS (Regime Geral

76 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 6 jan.2020.

77 SOUZA, Daniele; LIMA, Silvia. **Políticas sociais setoriais e os desafios para o Serviço Social**. InterSaberes, 2017, p. 25-27.

78 TEJADAS, Silvia. **Avaliação de Políticas Públicas e Garantia de Direitos**. Cortez, 2020, p. 34-38.

79 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 08.01.2020.

80 SOUZA, Daniele; LIMA, Silvia. **Políticas sociais setoriais e os desafios para o Serviço Social**. InterSaberes, 2017, p.69-71.

da Previdência Social) foi calculado em R\$ 195.200.000.000,00 (cento e noventa e cinco bilhões e duzentos milhões de reais), tendo o déficit da previdência social urbana sido estipulado em R\$ 81.400.000.000,00 (oitenta e um bilhões e quatrocentos milhões de reais) e o da previdência social rural em R\$ 113.800.000.000,00 (cento e treze bilhões e oitocentos milhões de reais)⁸¹.

Infere-se, portanto, que 58,3% do déficit do RGPS, em 2018, foi ocasionado pela previdência social rural. Por sua vez, a previdência urbana provocou um déficit de 41,7% no mesmo ano.

Ocorre que, agora tratando especificamente de “gastos” com previdência social, as “despesas” com a previdência social rural são, na realidade, possantes instrumentos de crescimento e desenvolvimento social e econômico.

Os valores pagos a título de benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais – aposentadoria por idade, pensão por morte, salário-maternidade, auxílio-doença, etc. – fomentam e dinamizam a economia da zona rural brasileira, com a aquisição por parte deles de alimentos, eletrodomésticos, materiais da construção civil, dentre outros bens ou serviços.

Destarte, o ataque ao *Welfare State*, máxime à previdência social, conforme se verifica diária e perenemente na imprensa e nos governos de plantão, não possui razão de ser, seja do ponto de vista social, seja sob a ótica econômica. As transferências da previdência social para pagamento de benefícios previdenciários têm um efeito multiplicador sobre o PIB de 1,23%.

82

Dessa maneira, para cada R\$ 100.000.000.000,00 (cem bilhões) que se investe no pagamento dos mencionados benefícios aos trabalhadores rurais – segurados especiais – tem-se um acréscimo no PIB de R\$ 123.000.000.000,00 (cento e vinte e três bilhões de reais). Para cada R\$ 150.000.000.000,00 (cento e cinquenta bilhões), tem-se um acréscimo no PIB de R\$ 184.000.000.000,00 (cento e oitenta e quatro bilhões de reais). Para cada R\$ 300.000.000.000,00 (trezentos bilhões) que ali se investe, tem-se um acréscimo no PIB de R\$ 369.000.000.000,00 (trezentos e sessenta e nove bilhões de reais).

Isso se deve ao fato de que, na presença de uma enorme desigualdade de renda, como a que avassala este país desde sempre, as transferências de renda para os menos favorecidos atuam mitigando a desigualdade socioeconômica e o perfil de consumo da população de um

81 Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/03/NOVA-PREVIDENCIA.pdf>. Acesso em 14 jan. 2020.
82 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 08.01.2020.

modo geral⁸³, particularmente na zona rural e nas pequenas cidades dos rincões deste país afora.

E as razões para se investir em políticas públicas sociais, sobretudo na previdência social, não se esgotam aí. Em relação à renda das famílias, o impacto positivo do investimento em tais políticas é ainda mais pitoresca.

No que tange à renda familiar, as simulações demonstram que, ao se incrementar 1% do PIB nos programas de políticas públicas previdenciárias, a renda familiar terá um aporte de 2,10%, em média, devendo-se levar em consideração também que a renda das famílias compôs cerca de 81% do Produto Interno Bruto no ano de 2006, por exemplo. O multiplicador do “gasto” social sobre a renda familiar (2,10%) é exponencialmente superior ao multiplicador do gasto em construção civil (1,14%), e em exportações de *commodities* (1,04%)⁸⁴.

Dessa maneira, a cada R\$ 1,00 (hum real) transferido por meio de políticas públicas previdenciárias aos trabalhadores rurais – segurados especiais – haverá uma elevação da renda familiar em R\$ 2,10 (dois reais e dez centavos); a cada R\$ 5,00 (cinco reais) transferidos, ocorrerá uma elevação da renda familiar em R\$ 10,50 (dez reais e cinquenta centavos), e assim por diante⁸⁵.

Infere-se, desse modo, que investir em políticas públicas sociais⁸⁶, como a previdência social rural, é utilizar recursos públicos de forma eficiente para impulsionar a renda das famílias, responsável por 4/5 (quatro quintos) de toda a riqueza nacional, ou seja, a previdência rural, assim como o agro, também é *Pop*, também é *Tech*, também é Tudo (de espetacular!)⁸⁷.

Como se não bastasse, o impacto positivo no PIB oriundo das transferências previdenciárias repercute diretamente na arrecadação governamental, por meio das contribuições sociais, dos impostos e das taxas.

Segundo estudo do IPEA, cerca de 56% do montante destinado aos “gastos” sociais, como a previdência social, retornam ao caixa do tesouro, isto é, mais da metade dos “gastos” com políticas públicas sociais voltam aos cofres do governo em um futuro próximo⁸⁸.

83 TEJADAS, Sílvia. **Avaliação de Políticas Públicas e Garantia de Direitos**. Cortez, 2020, p. 51-56.

84 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 8 jan. 2020.

85 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 8 jan. 2020.

86 SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: Diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. Cengage, 2016, p.71.

87 A campanha publicitária “Agro é tech, agro é pop, agro é tudo” teve início em junho de 2016, a duração de cada peça publicitária é de 50 segundos a 1 minuto e é veiculada pela Rede Globo de Televisão.

88 Comunicado IPEA n. 75. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 8 jan.2020.

Dessa forma, a cada R\$ 1.000,00 destinados aos “gastos” sociais, como saúde, educação, moradia, etc., retornam ao caixa do tesouro R\$ 560,00, quer dizer, mais da metade dos “gastos” com políticas públicas sociais retornam aos cofres governamentais, por meio de tributos, isso sem falar do crescimento do PIB e da renda das famílias.

O inusitado é que os governantes que estão no poder, em qualquer temporada, insistem em adotar o raciocínio inverso. Qualquer crise econômica, e o coronavírus provocará uma sem precedentes, é motivo para ecoar o mantra da “crise” e retirar investimentos no campo social, nomeadamente em relação ao montante aplicado na previdência social, o que sempre ocasiona conflitos e ações judiciais. A política econômica de arrocho fiscal/social é o eterno lema e a recessão econômica, os conflitos e a judicialização são as sempiternas consequências dessa política.

Não se desconhece que outras políticas públicas também são extremamente relevantes para o país, para o seu desenvolvimento econômico-social. Investimentos no setor agrícola; no setor de infraestrutura, na construção de portos, de ferrovias, de aeroportos; em tecnologia espacial e cibernética; em segurança pública, dentre vários outros setores, são essenciais para dinamizar a economia e promover o *up grade* nacional⁸⁹.

Contudo, conforme aqui demonstrado, o ataque ao *Welfare State*, sobretudo à previdência social, consoante se constata diariamente em boa parte da mídia, que reflete a opinião do “mercado”, não possui razão de ser, seja do ponto de vista social, seja sob a perspectiva econômica.

Isso em razão das pessoas mais pobres consumirem a renda integralmente, justamente porque não sobra nada para poupar. Por exemplo, um trabalhador rural que mora em uma casa de taipa ou de adobo (muito comum na região Nordeste) e consegue obter a sua aposentadoria por idade após longos anos de sol a sol no labor rural, com o dinheiro do seu benefício (que não é muito – 1 salário mínimo), construirá aos poucos uma casa de alvenaria; comprará um sofá, uma televisão, uma geladeira; colocará piso na casa (em muitas casas de campo nordestinas o chão ainda é de barro batido); comprará uma moto para se deslocar até a cidade nos dias de feira e de visita ao médico, etc.

Desse modo, todo o dinheiro recebido da previdência social é empregado no próprio mercado interno. Com um salário mínimo, o trabalhador rural não passará a beber vinho das Ilhas Canárias, comer queijo espanhol, usar relógio suíço, nem adquirir qualquer outro produto

89 ALVIM, Angélica; CASTRO, Luiz (Orgs). **Avaliação de políticas urbanas: contexto e perspectivas**. São Paulo: Mackenzie & Romano Guerra, 2010, p. 177-178.

que não os produzidos neste país, o que impulsionará o mercado interno e, conseqüentemente, repercutirá positivamente no PIB, conforme acima demonstrado.

Diversamente, o incremento na renda do rico não traz o retorno para o PIB compatível com a transferência da renda da previdência social para os pobres, porque aquele - o rico - nem sempre consome no mercado interno tudo o que ganha.

Isso porque parcela significativa dos mais ricos viaja para o exterior com certa frequência e lá gasta parte do seu dinheiro, o que impacta negativamente na balança de serviços; bebe vinho francês ou sul-africano e compra carro de luxo importado, o que repercute negativamente na balança comercial; aplica boa parte do seu dinheiro sem injetá-lo no mercado produtivo, o que não favorece a geração de emprego e nem o aquecimento do mercado interno.

À vista disso, os “gastos” sociais são verdadeiros investimentos econômicos que, paralelamente às conquistas sociais que oferecem⁹⁰, trazem uma dinamização da economia interna brasileira, elevam o PIB, aumentam a renda das famílias, mitigam os conflitos sociais e ainda colhem de volta aos cofres públicos, por meio dos tributos, mais da metade do que foi investido, aumentando-se a qualidade de vida de todos os brasileiros, especialmente daqueles que por séculos foram alijados de uma vida minimamente digna, como os trabalhadores rurais.

Por outro lado, a não concessão do benefício previdenciário ao segurado especial que realmente faz jus, com base em uma legislação previdenciária completamente desconectada da realidade do campo no Brasil, sem observar as peculiaridades de cada região deste país continental, e com escora em uma interpretação meramente literal/gramatical, além de causar conflitos no âmbito do Direito Previdenciário e a conseqüente judicialização, o que deve ser conjurado de todas as formas na quadra pós-COVID-19, em nada contribui para o crescimento econômico da nação⁹¹.

Observa-se, assim, que aplicar os recursos disponíveis na previdência social, na saúde, no combate à pobreza, em moradia, na inclusão social, é trilhar por uma política econômica e social eficiente, posto que não só atende os ditames constitucionais - como se isso fosse insuficiente - mas também ajuda a impulsionar a economia.

O enigmático é que os dirigentes de plantão insistem em não enxergar essa realidade, buscando infundavelmente retirar investimentos da área social, nomeadamente da previdência

90 SOARES, Fábio; SOARES, Sergei; MEDEIROS, Marcelo; OSÓRIO, Rafael. **Programas de Transferência de Renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade**. TD 1228. IPEA, 2006, p. 8-10. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1228.pdf. Acesso em 27.05.2020.

91 CAVALCANTI, Hugo. De Bretton Woods a Wuhan e além. In: **Reflexões sobre a pandemia e depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 71-88.

social. A política econômica de arrocho fiscal/social é o eterno bordão e a recessão econômica, as contendas e o aumento da litigância judicial são os eviternos resultados dessa política.

5 CONCLUSÃO

Consoante se percebe, aqui não se buscou confrontar as políticas públicas sociais com outras políticas públicas também relevantes, haja vista que cada qual tem a sua importância para o desenvolvimento econômico-social da nação. Empregar dinheiro na agricultura; no setor de turismo; na construção de estrada, de pontes, de aeroportos, de portos, de ferrovias; em pesquisas; em tecnologia, em defesa nacional, em segurança pública, em transportes, em urbanismo, dentre outros, também é importante para dinamizar a economia e promover o progresso nacional.

O que deve ficar claro é que as demais políticas públicas não rivalizam com as políticas públicas sociais. É vital e imprescindível admitir que, até o presente instante, não subsistem argumentos sólidos e muito menos comprovadamente científicos para que as políticas públicas sociais, especialmente as ligadas à previdência rural, sejam debatidas somente como um estorvo para as contas públicas.

Os direitos sociais têm como escopo edificar uma sociedade em que os riscos sociais sejam minimizados ao máximo, com o fito de se garantir uma vida digna a todos que nela habitam. Dessa maneira, a Seguridade Social deve ser respeitada de acordo com a implicação social que se impõe a qualquer sociedade democrática⁹².

Assim, mesmo que exista minguada disponibilidade financeira e orçamentária, o que aqui não se nega, as antelações infestas a serem feitas com os poucos recursos existentes devem sempre ter em foco o núcleo essencial dos direitos fundamentais - dentre eles os direitos previdenciários dos agricultores que trabalham em regime de economia de subsistência - o qual não pode ser desrespeitado sob qualquer justificativa ou subterfúgio.

É inconcusso que os governos legitimamente eleitos, como consignado de antemão, não só podem – como devem – implementar políticas públicas de acordo com as suas convicções políticas, econômicas e sociais. Conquanto, de modo algum poderão se afastar das balizas da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade do mínimo existencial e da vedação ao

92 SILVA, Cristrina Aguiar. **A previdência no Brasil em tempos de reforma: adequação à realidade ou necessidade de superação de um modelo?**. Tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2107, p. 40. Disponível em: file:///C:/Users/dariel/Downloads/Tese%20Cristina%20Aguiar%20Ferreira%20da%20Silva.pdf. Acesso em 26.05.2020.

retrocesso social, os quais configuram verdadeiros vetores de um Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, pode-se depreender de forma cristalina que valorizar o *Welfare State*⁹³ e “gastar” em políticas públicas sociais, como a previdência social rural, é cumprir um dos fundamentos primordiais da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana; art. 1º, III, CF) e garantir a observância de alguns dos seus objetivos, dentre eles: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I e III, CF); estimular o crescimento econômico e o desenvolvimento nacional (art. 2º, II, CF).⁹⁴

Dessa maneira, a previdência social - aí contemplada a rural - apresenta-se como um paradoxo inimaginavelmente positivo e ainda não compreendido pelo “mercado”, por parte da mídia e pelos governantes que têm assumido o poder nas últimas décadas, onde quanto mais se “gasta” mais se “ganha” social, financeira e economicamente. Trata-se do paradoxo da solidariedade!

Perceber isso será fundamental para o enfrentamento das consequências decorrentes da pandemia ora facejada, mas, sobretudo, para soerguer a economia junto com a melhora na saúde, na educação, na moradia e na previdência social no período pós-COVID-19, pois, ao contrário do que alguns imaginam, Economia e Saúde, Economia e Previdência Social, enfim, Economia e Direitos Fundamentais Sociais, nunca foram inimigos e sim duas faces de uma mesma moeda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Angélica; CASTRO, Luiz (Orgs). **Avaliação de políticas urbanas: contexto e perspectivas**. São Paulo: Mackenzie & Romano Guerra, 2010, p. 177-178.

ARRAIS, Hermes. **Reforma da previdência: EC 103/2019**. Editora Foco, 2019.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 301-302.

CAVALCANTI, Hugo. De Bretton Woods a Wuhan e além. In: **Reflexões sobre a pandemia e depois**. 1ª ed. Bauru: Praxis, 2020, p. 71-88.

93 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6ª ed. Editora Forense Universitária, 2006. p. 129-131.

94 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 09.01.2020.

CRUZ, Gabriel. Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 105-120.

DANTAS, Miguel. Constituição Minoritária e COVID-19. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 208-232.

FORTES, Simone; BERWANGER, Jane. **Previdência do Trabalhador Rural em Debate**. Curitiba: Juruá, 2008.

GURGEL, Christianne. **Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais**. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p.63-81.

HARRIS, B. **Welfare since 1945: Rewriting the History of Britain's Welfare State**. Twentieth Century British History. Inglaterra: University of Southampton, 2006.

HATTON, T. J.; BAILEY, R. E. *Poverty and the welfare state in interwar London*. Oxford Economic Paper. Inglaterra: Oxford University Press, 1998. IPEA. Comunicado IPEA n. 75. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110203_comunicadoipea75.pdf. Acesso em 5 jan. 2020.

KRAVCYCHYN, Jefferson; CASTRO, Carlos; LAZZARI, João; KRAVCYCHYN, Gisele. **A Prática Processual Previdenciária - Administrativa e Judicial**. 12ª ed. Forense, 2020, p. 38-42.

PAIXÃO, Marcelo; THEODORO, Mário. Para depois dividir: notas sobre Reforma Previdenciária e assimetrias raciais no Brasil. 2020. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. EM PAUTA, Rio de Janeiro, 1º Semestre de 2020 - n. 45, v. 18, p. 130 – 147. Disponível em: <file:///C:/Users/dariel/Downloads/47220-160723-1-PB.pdf>. Acesso em 7 jun. 2020.

PEDRA, Adriano. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 17-29.

REQUIÃO, Maurício. COVID-19 e Proteção de Dados Pessoais: o antes, o agora e o depois. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 200-207.

SALVADOR, Evilásio. **Perfil da Desigualdade e da Injustiça Tributária com Base nos Declarantes do Imposto de Renda no Brasil 2007—2013**. Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC Brasília 2016, p. 9.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: Diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. Cengage, 2016, p.71.

SILVA, Joseane. A Pandemia COVID-19 e a Resolução Normativa N.º 878/20 Editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): A Proteção dos Consumidores como Direito

Fundamental e Pilar da Ordem Econômica em Face da Livre Iniciativa. In: **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de coronavírus**. IASP: São Paulo, 2020, p. 135-154.

SOARES, Fábio; SOARES, Sergei; MEDEIROS, Marcelo; OSÓRIO, Rafael. **Programas de Transferência de Renda no Brasil: impactos sobre a desigualdade**. TD 1228. IPEA, 2006, p. 8-10. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1228.pdf. Acesso em 27.05.2020.

TEJADAS, Sílvia. **Avaliação de Políticas Públicas e Garantia de Direitos**. Cortez, 2020, p. 51-56.

APORTES FILOSÓFICOS E JURÍDICOS SOBRE O TRABALHO CYBERIZADO

LEGAL AND PHILOSOPHIC CONSIDERATIONS ON CYBERIZED LABOUR

Cláudio Jannotti da Rocha¹

Helena Emerick Abaurre²

Lorena Vasconcelos Porto³

RESUMO: Com o advento da Quarta Revolução Industrial, a convergência entre as tecnologias físicas, digitais e biológicas enseja a criação de novos modelos de negócios que rompem com a lógica unidirecional das práticas *Business 2 Business* e *Business 2 Consumer*. Dá-se lugar à *sharing economy*, na qual o compartilhamento de bens, serviços e de mão de obra é a regra, sendo que esta última enseja a apresentação da *gig economy* ao mundo do trabalho. Por meio da elevada introdução de plataformas no dia-a-dia obreiro e consumerista, testemunha-se a virtualização social e a cyberização laboral, sobretudo, do *crowdwork* e do trabalho *on-demand*, esse último conhecido por uberização. É justamente esse contexto, que vem desafiando o Direito e o Processo do Trabalho, que se elenca como problemática nuclear do presente artigo: como o trabalho cyberizado pode ser tutelado pelo ordenamento juslaboral brasileiro? Para responder a tal questionamento, utiliza-se a metodologia qualitativa, na perspectiva dedutiva, consubstanciada na pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial em bases sobretudo internacionais. A hipótese a ser testada será a de que o Direito do Trabalho pode responder às obscuras tentativas de fragmentação do labor que permeia as modalidades do *crowdwork* e do trabalho *on-demand*, porquanto presentes os elementos fáticos-jurídicos do vínculo empregatício, ainda que sob novas roupagens, como demonstram a dependência econômica e a subordinação algorítmica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; *Crowdwork*; Quarta Revolução Industrial; Trabalho *on-demand*. Dependência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da quarta revolução industrial. 2.1. Do *crowdwork*. 2.2. Do trabalho *on-demand*. 3. Da fragmentação da relação de emprego cyberizada. 4. Do direito frente à cyberização do trabalho. 4.1. Da leitura da cyberização do trabalho pela justiça obreira ao redor do mundo. 5. Da presença dos elementos da relação

Artigo recebido em 02/02/2021

Artigo aprovado em 13/02/2021

¹Cláudio Jannotti da Rocha é Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.

²Helena Emerick Abaurre é graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional (UFES-CNPq) e Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Integrante do Programa de Iniciação Científica da UFES, na modalidade voluntária: <https://orcid.org/0000-0002-7427-9855>

³Lorena Vasconcelos Porto é Procuradora do Trabalho. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma “Tor Vergata”. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma “Tor Vergata”. Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá, e da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3532-1176>.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 140-173, SET-DEZ/2020

de emprego no crowdwork e no trabalho *on-demand*. 5.1. Da caracterização do vínculo empregatício pela subordinação jurídica e pela dependência econômica. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: With the advent of the Fourth Industrial Revolution, the convergence between physical, digital and biological technologies leads to the creation of new business models that break distinguish from the unidirectional logic of Business 2 Business and Business 2 Consumer practices. The sharing economy takes place, whereby the sharing of goods, services and labour is the rule, the latter allowing the presentation of the gig economy to the world of work. Through the high introduction of platforms in the consumers' and workers' routines, social virtualization and labour cyberization are witnessed in the facets, above all, of crowdwork and work on-demand via apps, the latter known as uberization. It is precisely in view of this context that it is assigned as the core issue of the present paper: how can cyberized work be protected by the Brazilian legal system? To answer this question, qualitative methodology is employed from a deductive perspective, embodied in bibliographic, documentary and jurisprudential research on mainly international bases. The hypothesis to be tested is that Labour Law can respond to the obscure attempts to fragment labour holding the light of the employment relationship that illuminates the modalities of crowdwork and work on-demand via apps, since there are still present the factual and legal elements of the employment relationship, albeit under new guises, as economic dependence and algorithmic subordination stand out.

KEYWORDS: Labour Law. Crowdwork. Fourth Industrial Revolution. Work on-demand; Dependence.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The fourth industrial revolution. 2.1. The crowdwork. 2.2. On-demand work. 3. The fragmentation of the cyberized employment relationship. 4. From the right to the cyberization of work. 4.1. From reading the cyberization of work by worker justice around the world. 5. The elements presence of the employment relationship in crowdwork and on-demand work. 5.1. The characterization of the employment bond through legal subordination and economic dependence. 6. Final considerations. 7. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

A teoria aristotélica nos ensina que o homem é, por sua natureza, ser social que necessita da interação com seus pares para atingir a sua plenitude e felicidade.⁴ O ser humano, portanto, em sua carência inata, está em constante mudança e evolução conforme interage com a natureza, os objetos e as pessoas ao seu redor. Diferentemente da antiga civilização grega, quando a “liberdade dos antigos” proporcionava a interação social na *Ágora*, a partir da lógica do capitalismo, na contemporaneidade do século XXI, as interações se concretizam por meio do consumo. Não raro um bem ou serviço é adquirido em razão do potencial que representa de inclusão em um nicho social do que pela utilidade do produto em si, lógica pela qual os verbos *ser* e *ter* se confundem e se expressam de maneira nebulosa.

O *crowdwork* e o trabalho *on-demand* compõem a *gig economy*, popularmente conhecida no Brasil como “economia do bico” e alimentada, dinamizada e consolidada pela *sharing economy*.⁵ Na sociedade hipermoderna, a satisfação humana alcançada por meio do

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

⁵ Economia do compartilhamento, nos moldes lecionados por Tom Slee, no livro “Uberização: a nova onda do trabalho precarizado” ou Economia Compartilhada, sob a ótica de Arun Sundarajan na obra “Economia compartilhada: o fim do emprego e o capitalismo de multidão”. Valerio De Stefano, por sua vez, evidencia que o

consumo é a mola propulsora da *gig economy*, preenchida pela relação binária entre o uso e a demanda. A economia é baseada em serviços cada vez mais personalizados, diferenciados e variados, em busca de uma maior adequação da produção às especificidades desejadas pela clientela. Se antes bastava produzir para vender, hoje em dia é necessário que o produto seja parecido com o cliente, sendo possível que ele mesmo o personalize. O cliente precisa se reconhecer no produto e, a partir da compra, pertencer a determinado nicho de amizade, afinal, consumir é pertencer a um grupo.

O ritmo em que as tecnologias são desenvolvidas e absorvidas nas modalidades do labor humano é desenfreado na mesma medida em que o consumo o é. Dizem que quando um produto é lançado, já se tem outro planejado e guardado. É a prática consumerista que dita o caminhar da economia, assim como um maestro de uma orquestra sinfônica. Entretanto, para que seja tocada a sinfonia, é necessário que o Direito do Trabalho também acompanhe as mudanças e o ritmo da música, afinal ele é um de seus protagonistas. No presente artigo, destaca-se como o modo de consumo atual se materializa nas formas contratuais de trabalho cyberizado ascendentes no bojo da Quarta Revolução Industrial. Existe o paralelismo entre um e outro, tem-se entre eles também uma interdependência.

A cyberização laboral ganha espaço em circunstância peculiar de tempo e espaço em que o mundo do trabalho é impactado por uma série de fatores interconectados pela utilização da mão de obra de invisíveis e excluídos sociais. A *conditio sine qua non* para o desenvolvimento da *gig economy* é a busca pelo *hope labour* junto às plataformas digitais. É justamente por essa razão que a Quarta Revolução Industrial desafia a elasticidade da cobertura da tutela juslaboral, assim como do tecido social, desregulamentando alicerces até então constituídos, inclusive o econômico, porquanto atinge a distribuição de renda, a melhoria da condição socioeconômica das pessoas e a circulação de bens e valores.

É sabido que a relação de emprego - tipificada nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 - é a chave de acesso às garantias previstas aos trabalhadores pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, à luz do marco teórico da lição de Emmanuel Dockès, verificamos que o trabalho cyberizado deve estar amplamente sujeito ao Direito do

trabalho on-demand por meio de aplicativos, na verdade, não é parte da *sharing economy*, pois enquanto que esta implica um compartilhamento de bens sem o objetivo de lucro pelas partes envolvidas, aquele é utilizado pelas empresas detentoras das plataformas digitais para extrair a mais-valia da exploração do trabalho com finalidade lucrativa. In Palestra proferida pelo Professor Valerio De Stefano no Simpósio Futuro do Trabalho: os Efeitos da Revolução Digital na Sociedade, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em Recife/PE, no dia 05.09.2019.

Trabalho e assim o testará, convocando-o a mostrar que ele é capaz e deve proteger esses trabalhadores, para evitar a criação de obreiros de segunda categoria mais fracos e menos protegidos do que os empregados habituais, mas também para mostrar que ele é capaz de permitir que essas novas organizações de trabalho sobrevivam daquilo que têm de positivo⁶, conforme demonstraremos a seguir.

2 DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

De acordo com os ensinamentos de Klaus Schwab, estamos testemunhando os primeiros anos do resultado da interconectividade e convergência entre inovações tecnológicas que abrangem, entre outras, as seguintes áreas: “Inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica”.⁷

Diferentemente das três primeiras grandes revoluções industriais, as forças disruptivas testemunhadas não mais se caracterizam por um invento específico que altera o modelo de produção e a organização do trabalho vigente. As inovações da Quarta Revolução Industrial “constroem e amplificam uma às outras, fundindo as tecnologias do mundo físico, digital e biológico”. Muito embora por vezes este momento de transformação seja identificado como “uma revolução tecnológica” ou como continuidade da Revolução Digital ou Informática que se iniciou com a terceira revolução industrial, Schwab esclarece que essa última começou na década de 1960 e também costuma ser chamada de revolução do computador, porquanto impulsionada pelo desenvolvimento de semicondutores, da computação *mainframe*, seguida da computação pessoal e da internet.

Se na Terceira Revolução Industrial os ambientes e sítios digitais foram introduzidos na dinâmica laboral, a Quarta Revolução Industrial tem como traço distintivo os modelos operacionais das plataformas digitais intimamente ligadas ao mundo físico, operacionalizando a ininterrupta transição entre os mundos *off-line* e *on-line*. A Indústria 4.0 tem a própria revolução digital já consolidada em larga medida como base para novas transformações.

⁶ DOCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. **O mundo do trabalho e a 4ª revolução industrial: homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana**. vol. 1. org. Cláudio Jannotti da Rocha e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 11.

Combinando as tecnologias já desenvolvidas (v.g., internet móvel, micro-sensores, inteligência artificial, *machine-learning*) e as inovações em desenvolvimento em um processo não linear e disruptivo, a Quarta Revolução Industrial distingue-se das suas antecessoras, sobretudo, pela sua velocidade, sua amplitude, sua profundidade e por seu impacto sistêmico. Não se modifica dia após dia, a matéria prima, o meio de produção, ou a organização do meio ambiente de trabalho; não se trata mais de uma opção pelo *just in time* ou pela produção de estoque em grande escala, mas se alteram “sistemas inteiros, entre países, e dentro deles empresas, indústrias”, “modificando não apenas o que e como fazemos as coisas,” mas até mesmo “quem” somos.⁸

O mundo do trabalho é marcado por verdadeira miscigenação laboral, misturando a relação de emprego tradicional (constituída faticamente na 1ª Revolução Industrial e regulamentada na época da 2ª Revolução Industrial, com o taylorismo e o fordismo), que foi alterada na 3ª Revolução Industrial, com o toyotismo, ensejando assim o teletrabalho e a terceirização, o que está sendo transmutado pela cyberização. Pode-se citar como exemplo a gigante Amazon, atualmente o maior empregador dos Estados Unidos, onde mantém cerca de 250 mil trabalhadores e 600 mil em todo o mundo. Tal empresa utiliza todas as técnicas de administração e contratação de trabalhadores desenvolvidas desde a 1ª Revolução Industrial até os dias atuais: o militarismo (uniformização e regulamentos impostos aos empregados), o taylorismo (medição do tempo médio para cada tarefa), o fordismo (esteiras rolantes em seus galpões), o toyotismo (terceirização do serviço de entrega) e uberização (serviço de entrega com uso de aplicativos de motoristas).⁹

A Primeira, Segunda e Terceira Revoluções Industriais se caracterizaram respectivamente, pela mecanização do processo produtivo, pela produção em massa e pela automação dos processos. A Quarta Revolução Industrial, por sua vez, tem como marco característico a interconectividade dos processos autônomos proporcionados pelas tecnologias cibernéticas em convergência que promovem a cyberização do trabalho. Mediante a fusão das tecnologias física, biológica e digital, gerou-se a possibilidade de a atividade econômica ser intermediada por plataformas digitais, por artifício das quais são atribuídas ao obreiro desde micro tarefas até atividades complexas, segundo as ordens do chamado "chefe algoritmo".

⁸ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 13

⁹CASAGRANDE, Cássio. **O Direito do Trabalho dos Flintstones aos Jetsons**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/o-direito-do-trabalho-dos-flintstones-aos-jetsons-02092019>> Acesso em 1º de novembro de 2019.

O labor contemporâneo ganha novos contornos, de maneira que a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho – agência tripartite da União Europeia – classifica as formas emergentes de emprego em nove categorias¹⁰, dentre elas o trabalho por meio de plataformas (*platform work*): uma caixa de pandora que se abre, nos leva de volta para o futuro e traz ao mundo o *crowdwork* e o trabalho *on-demand*. Altera-se a própria ontologia e a morfologia da relação de emprego tradicional, razão pela qual, com o objetivo de demonstrar a operacionalidade do trabalho cyberizado, adotamos a classificação oferecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no relatório intitulado “*Digital labour platforms and the future of work*”¹¹.

Se na Primeira, Segunda e Terceira Revoluções Industriais era o ser humano com a máquina, ficando estanque e próximo ao instrumento que operava, agora, na Quarta Revolução Industrial é o ser humano e a máquina, andando com ela, levando-a para onde vai; ela o acompanha para todo e qualquer lugar e com isso o trabalho também vai. Através de um aparelho celular o ser humano tem o mundo em suas mãos e, independentemente de onde esteja, consegue obter informações, comunicar-se com quem desejar, realizar negócios, fazer vídeos, tirar fotos e até mesmo trabalhar. O trabalhador uberizado através de um celular consegue estar dentro de um carro, em uma bicicleta, em uma moto, a pé ou até mesmo sentado em um meio fio e estar conectado em uma plataforma, disponível para o trabalho e, quando acionado, imediatamente iniciar o seu labor.

2.1 Do *crowdwork*

A denominação do *crowdwork* é oriunda do inglês e relacionada à prestação de serviços entre pessoas que têm algum interesse em comum ou podem colaborar entre si. Essa forma contratual é definida pela descentralização de trabalho anteriormente executado por uma só pessoa, constituindo-se de três elementos: as empresas ou indivíduos que solicitam o serviço;

¹⁰EUROFOUND. **The pandora’s box of the platform economy.** Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/pt/publications/blog/the-pandoras-box-of-the-platform-economy>> Acesso: 24 de set. 2020

¹¹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf> Acesso: 19 de set. 2020.

os obreiros prestadores do serviço solicitado; e as plataformas digitais que conectam essas duas partes.¹²

Trata-se do neotaylorismo ou taylorismo do século XXI, em que a produção é fragmentada em micro tarefas em uma espécie de “linha de montagem virtual”. Nesse novo modelo, não importa a jornada de trabalho, já que o preço é fixado por tarefa. O controle dos trabalhadores é feito no início da contratação, pois não se admitem os que não preencham determinados requisitos e, posteriormente, por meio das avaliações recebidas pelas tarefas executadas.¹³

Em expressivo reconhecimento do espaço que o *crowdwork* vem ganhando em escala transnacional e sem precedentes no mercado, a OIT destina sítio específico em seu domínio eletrônico para a consulta de documentos, estudos e relatórios referentes a esta modalidade curiosa.¹⁴

O *gig* - expressão utilizada para designar o bico, a atividade ou a tarefa específica - pode ser oferecido à multidão *on-line* de duas formas. Em primeiro lugar, a trabalhadores específicos, como ocorre na indústria de criação de conteúdo digital (por exemplo, influencers, bloggers, vloggers, memers), autônomos e *freelancers* (por exemplo, os conectados à plataforma Upwork) e moderadores de conteúdo das redes sociais e plataformas de streaming. Em segundo lugar, de uma outra maneira, por meio de ofertas de tarefas para os internautas em geral, como ocorre com a designação de micro-tarefas (por exemplo, as práticas das plataformas Amazon Mechanical Turk e Clickworker), a que se chama *micro-tasking crowdwork*, e também o *contest-based crowdwork* (por exemplo, 99designs). Sob a ótica do Direito do Trabalho brasileiro, o obreiro submetido à arquitetura do *crowdwork* poderia ser enquadrado como uma figura derivada do trabalhador intermitente.

Conforme lecionam José Roberto Freire Pimenta, Lorena Vasconcelos Porto e Cláudio Jannotti da Rocha:

¹² SÍGNES, Adrián Todolí. **O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho**. Tradução de Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carslade. In: LEME, A.C.R.P.; RODRIGUES, B.A.; JÚNIOR, J.E.R.C (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 31

¹³ FONSECA, Vanessa Patriota da. Uberização: pseudoautonomia e precarização do trabalho. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da.; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (coord.). **O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI** – Direito Material do Trabalho. Volume 2. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 591

¹⁴ Disponível em: <<https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/crowd-work/lang--en/index.htm>>. Acesso: 04 de dez. 2020.

O crowdwork é o trabalho executado por meio de plataformas on-line que colocam em contato com um número indefinido de organizações, empresas e indivíduos através de internet, permitindo conectar clientes e trabalhadores em âmbito global. A natureza das tarefas executadas em plataformas crowdwork pode variar consideravelmente, envolvendo muitas vezes microtarefas, isto é, atividades extremamente parceladas que ainda exigem algum tipo de julgamento que não pode ser feito pela inteligência artificial (por exemplo, marcar fotos, valorizar as emoções, adequar um site ou texto ou completar pesquisas). Em outros casos, pode envolver trabalhos maiores, como a criação de um logotipo, o desenvolvimento de um site ou o projeto inicial de uma campanha de marketing.¹⁵

O trabalho cyberizado modifica estruturalmente a organização laboral. Se antes o trabalhador da indústria saía de sua casa para poder operar a máquina nas dependências do seu empregador, hoje se testemunha cada vez a modalidade do teletrabalho. Alterando-se o meio ambiente laboral, altera-se de maneira incisiva a relação com o próprio trabalho e com o tecido social no qual as atividades estão inseridas. Já se fala até mesmo em uma nova categoria de trabalhadores, os “nômades digitais”, que viajam enquanto trabalham.

Nos termos lecionados por Klaus Schwab, mais empregadores estão usando a “nuvem humana” para separar as atividades profissionais em projetos repartidos que são lançados em uma nuvem virtual de potenciais trabalhadores, os quais podem estar localizados em qualquer localidade do globo. O autor chama atenção para uma “terceirização internacional silenciosa”, que não empodera, tampouco oferece flexibilidade à vida do trabalhador, mas potencialmente aumenta a exploração, a fragmentação, o isolamento e a exclusão dos obreiros da dinâmica social. Reprograma-se não somente a divisão do tempo entre trabalho e lazer, mas a identidade humana para dissociar-se a vida de uma localidade, uma cultura, um idioma, um local de trabalho, uma família ou um relacionamento e assim vão sendo fragmentados os vínculos do ser humano com o corpo coletivo de um nicho social.

Como se o estilhaçamento descrito não fosse suficiente, ainda é exigido que o trabalhador se submeta a grande estado de pressão consistente na sua conexão permanente à plataforma, sem a garantia de remuneração. Ora, de acordo com a necessidade de observância da cláusula de satisfação do cliente, o pagamento só lhe será acessível caso a atividade realizada seja valorada positivamente pelo solicitante do serviço.

2.2 Do trabalho *on-demand*

¹⁵PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.43.

O trabalho *on-demand*, por sua vez, pode ser interpretado como o trabalho "à chamada" ou "a pedido", e difere-se do *crowdwork* na medida em que envolve a execução de labores tradicionais demandados por meio de aplicativos gerenciados por empresas, sendo realizados por trabalhadores situados em determinada localização geográfica. Nos exatos termos lecionados por José Roberto Freire Pimenta, Lorena Vasconcelos Porto e Cláudio Jannotti da Rocha:

No trabalho on-demand, tarefas relacionadas a atividades tradicionais, como transporte e limpeza, mas também a trabalhos administrativos, são oferecidas e atribuídas a certo trabalhador por meio de aplicativos. As empresas responsáveis por esses últimos normalmente intervêm no estabelecimento de padrões mínimos de qualidade de serviço e na seleção e gerenciamento da mão-de-obra.¹⁶

Nesta modalidade, não há o estabelecimento de uma jornada de trabalho fixa, sendo a remuneração do trabalhador definida em função do serviço realizado: o obreiro deve estar disponível para atender à demanda do aplicativo.

A atividade (seja uma corrida, uma entrega, uma compra em supermercado, uma faxina, uma aula particular, ou até mesmo um reparo) é designada a sujeito específico por meio de procedimentos algorítmicamente automatizados que reconhecem e analisam as localizações em tempo real das partes envolvidas - são elas, aquele consumidor que solicita o trabalho e o trabalhador disposto a prestá-lo por meio da plataforma digital. Esta dinâmica algorítmica baseada na localização está presente nas plataformas de transporte (por exemplo, 99, Uber, Lyft, Cabify); plataformas de entrega (por exemplo, Deliveroo, UberEats, iFood, Rappi, Shipp, Loggi); plataformas de serviços domésticos (por exemplo, Care.com, Diaríssima); e plataformas de micro tarefas (por exemplo, TaskRabbit, GetNinjas, Colmeia). Os trabalhadores sob demanda podem ser classificados como *uberizados*.

Nesse contexto, podemos questionar o entendimento de que esses trabalhadores seriam autônomos: como pode ser autônomo um trabalhador que sequer estabelece o preço do seu serviço? Que não possui uma clientela própria? Que não possui os meios de produção (plataforma digital, tecnologia, algoritmo, marca, dados), sem os quais é impossível a realização da sua atividade, sendo irrelevante a propriedade das ferramentas ou instrumentos de trabalho (bicicleta, motocicleta, carro, celular)? Que pode ser suspenso ou descadastrado a qualquer tempo, sem qualquer justificativa, restando impossibilitado de exercer a sua atividade?

¹⁶ PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.43.

A inexistência de jornada fixa e/ou predeterminada e a possibilidade em tese de se recusar determinadas tarefas não são elementos determinantes para não caracterizar a relação de emprego, pois se fazem presentes também em outras figuras de trabalhadores subordinados, como obreiros externos, teletrabalhadores e intermitentes.

3 DA FRAGMENTAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CYBERIZADA

Pela simples descrição das modalidades de trabalho cyberizado resta evidente que não é oferecida ao obreiro a remuneração mínima, e tampouco lhe é pago o tempo em que está à disposição e aguarda as chamadas do tomador de serviços, em violação o artigo 4º, *caput*, da CLT. São formas peculiares de labor extremamente precárias, porquanto inserem o obreiro em situação de fragilidade e desproteção. A *gig economy* tem como requisito para a sua operacionalidade um contingente populacional tão economicamente frágil que está disposto a se submeter às modalidades não convencionais de emprego, desprovidas de proteção laboral e previdenciária para ter acesso a uma remuneração, ainda que irrisória. Os trabalhadores registrados nas plataformas digitais, em sua maioria, não escolheram voluntariamente deixar o ambiente profissional clássico idealizado pelo legislador celetista. Em uma situação de recessão econômica e de desemprego¹⁷, o *crowdwork* e o trabalho *on-demand* surgem como a última esperança do ganho do salário necessário à subsistência. Deve ser destacado ainda que é verdadeiramente ignorado no momento da remuneração o fato de que o obreiro permanece em estado contínuo de tensão, ansiedade e stress no aguardo da atribuição de uma tarefa.

Por vezes a economia do bico é vista pela perspectiva da mobilidade, da flexibilidade, ou até mesmo da liberdade que seria oferecida ao obreiro, quando, na realidade, a sua real faceta é a da tentativa de fragmentação da relação de emprego, e por consequência, do tecido social. O discurso das plataformas digitais que enaltece a mobilidade, e de que essa ilusória mobilidade permite maior conciliação da vida pessoal, familiar, com o trabalho flexível representa, *in vero*, o engessamento e o dano ao projeto de vida do trabalhador. Na maioria das vezes, *flexibilidade não rima com liberdade*: o *any time and any place* não deveria se tornar o *everytime and everywhere*. Para o "chefe algoritmo", o melhor trabalhador é aquele que está sempre

¹⁷ A Associação Brasileira Online to Offline (ABO2O), defensora dos interesses coletivos das empresas proprietárias das plataformas digitais, utiliza o argumento de que absorveu em seu quadro de "parceiros" um grande contingente de desempregados, para afastar a incidência de qualquer vínculo empregatício. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/27/autonomo-ou-empregado-motoboys-dividem-opiniones-sobre-trabalho-com-aplicativos-de-entrega-em-sp.ghtml>> . Acesso em 02 de setembro de 2019.

conectado, sempre à espreita para que lhe sejam atribuídas novas tarefas, de modo que lhe é exigida a permanente disponibilidade e lhe é retirado o direito à desconexão. O que impera, na *gig economy*, é a cultura do *always connected*.

Embora a cyberização tenha modificado na aparência a forma concreta das relações de trabalho, o seu conteúdo permanece inalterado: a superexploração dos trabalhadores. Os obreiros das plataformas digitais estão submetidos a condições semelhantes às existentes nos primórdios da Revolução Industrial: informalidade, jornadas exaustivas, trabalho infantil, remuneração insuficiente, desrespeito às exigências mínimas de saúde, higiene e segurança no trabalho, ocorrência frequente de acidentes com mortes e mutilações. Reflete-se ainda que os operários das fábricas percebiam claramente a exploração a que estavam submetidos e se organizaram para lutar contra ela e buscar melhores condições laborais. Já os trabalhadores cyberizados, por sua vez, introjetam o discurso de empreendedorismo e trabalham de maneira difusa, competindo entre si, vencendo quem oferece a mão de obra mais barata, inexistindo qualquer sentimento de classe ou de organização.

É no seio desse ideário que as empresas detentoras de plataformas recorrem ao uso de técnicas de gamificação e sistemas de bônus e de incentivos em forma de brindes condicionados ao cumprimento de objetivos que, em determinadas circunstâncias, se perfazem em verdadeiro incentivo à ilegalidade¹⁸. A relação de trabalho cyberizada assemelha-se a uma edição perversa de *Mario Bros*, com diversas fases, desafios e missões a serem cumpridas. No *travail du clic*, ganha quem acessa a tarefa primeiro, da mesma forma que o uberizado que atende a mais demandas é privilegiado pelo algoritmo, em um círculo vicioso, como um adolescente que não larga um videogame perigoso que o isola do mundo. Por meio da adaptação de aspectos de *videogames*, promove-se, ardidamente, o engajamento subjetivo do trabalhador, e o sentimento concorrencial, de tal feita que este não vê o outro uberizado como um colega

¹⁸ Deve ser levado em consideração, por exemplo, que o cumprimento de tais metas por um entregador a serviço do UberEats irá lhe exigir, no mínimo, o deslocamento na velocidade acima da permitida pelas vias urbanas, além da prática do "corredor" em horários de pico do trânsito. Foi verificado aumento no índice de acidentes fatais envolvendo motociclistas em São Paulo, sendo 366 mortes apenas em 2018. Nas palavras dos entregadores, "a necessidade de faturar supera o perigo de correr entre os carros". Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/02/22/acidentes-fatais-com-motociclistas-aumentam-quase-18-em-um-ano-em-sp.ghtml>. A relação entre o aumento de acidentes e as plataformas digitais é tamanha que, tendo em vista a segurança dos trabalhadores e da população em geral, foi negociado pela Prefeitura de São Paulo e pelas empresas Loggi e iFood o compromisso destas de não mais oferecerem bonificações em razão do maior número de entregas. A UberEats, contudo, questiona a relação do aumento do índice de acidentes com a dinâmica operacional dos aplicativos. <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/18/duas-empresas-de-entregas-por-aplicativo-anunciam-fim-de-bonus-para-motociclistas.ghtml>>. Acesso em 02 de setembro de 2019.

submetido à ordem do mesmo tomador, mas sim como um concorrente que deve ser ultrapassado, como se ali não estivessem ambos sujeitos a uma mesma relação empregatícia.

Como os estudos psicanalíticos de Sigmund Freud demonstram, o sentimento de desamparo gera o desejo e a percepção de fatos em desacordo com a realidade externa. Assim, enquanto vulneráveis os uberizados, pela ótica do empreendedorismo, acreditam na ilusão de que são autônomos, não enxergando aquilo que fica claro quando analisado à luz da legislação trabalhista: que são empregados explorados. Por força do princípio da *primazia da realidade sobre a forma*, ainda que, ao se cadastrarem junto às plataformas, os indivíduos pactuem com a sua caracterização como autônomos, e tenham o sentimento de auto-gestão e empreendedorismo falaciosamente introjetados, a essência e o modo pelo qual prestam seus serviços revelam presente na realidade empírica a verdadeira relação de emprego.

Utiliza-se do discurso da liberdade (inexistente) e da individualidade (protagonismo) para conceder capilaridade a movimento de aparente normalidade e de inclusão social, que, na verdade, representa o contrário: enseja uma estratificação e segregação social. Assim, desnatura-se toda a camada do tecido social, pois, além de afastar o obreiro do Direito do Trabalho e da Previdência Social, enfraquece, sobrecarrega e asfixia a saúde e a assistência social. Cria-se a tônica da oportunidade, mas se olvida que o trabalho cyberizado não conta com qualquer condição mínima de salário, segurança e saúde física e mental, colocando-se em xeque a própria sustentabilidade do ser humano: vivencia-se verdadeira pandemia laboral global.

A natureza online, pouco transparente e fragmentada do trabalho cyberizado cria desafios únicos: para além da fragmentação dos vínculos, invisibiliza-se o ser humano no *crowdwork*. As atividades realizadas pelos moderadores de conteúdo em redes sociais, *gamers*, *click-workers* e *micro-tasking crowd-workers* deslindam-se de maneira invisível, solitária, reclusa e angustiante, como retratado nos episódios do documentário francês “*les invisibles*”.¹⁹

O trabalho cyberizado ao mesmo tempo que engloba avanços tecnológicos, infelizmente se sustenta em diversas formas de retrocessos sociais, posto que se constatam violações às próprias Convenções fundamentais da OIT no dia-a-dia da plataformação laboral.²⁰ O canto

¹⁹A produção demonstra que “os moderadores do Facebook, treinadores de inteligência artificial, ciclo-entregadores, munidos de um identificador, um computador ou uma bicicleta, se conectam para repetir continuamente, em condições muito precárias, uma sucessão de tarefas ditadas por algoritmos”. Em quatro vídeos curtos, “concedem-se vozes, rostos e nomes para alguns dos entre 45 e 90 milhões de click-workers ao redor do mundo”, que realizam “micro-tarefas para micro-ganhos” (tradução nossa).

²⁰ A OIT adotou, na 86ª Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra, em junho de 1998, a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, tendo elencado 8 (oito) Convenções Internacionais Fundamentais, que devem ser cumpridas por todos os países-membros da OIT, independentemente de as terem ou não ratificado. Tais Convenções tratam de quatro temas essenciais da OIT, isto é: liberdade sindical

da sereia das plataformas digitais²¹ atrai parcelas extremamente vulneráveis como imigrantes indocumentados e menores. Ilustrativa é a recente decisão do Tribunal de Milão, na Itália, que colocou a Uber em administração judicial por suspeita de exploração de imigrantes que trabalham como entregadores da UberEats. A intermediação das atividades e recepção dos obreiros se assemelhava à espécie de “caporalato digital”, haja vista que as empresas investigadas abordavam os futuros-entregadores provenientes de zonas de guerra em situação de extrema vulnerabilidade e desespero, isto é, quando abrigados em centros de refugiados e de acolhimento temporário. Fazem parte dos autos do inquérito documentos que comprovam as ameaças de despedimentos e as retenções de pagamentos sofridas pelos migrantes.²²

Lado outro, basta um giro em capitais brasileiras para testemunhar adolescentes em bicicletas e patinetes fazendo entregas de comida por meio de aplicativos, pesadelo sem fim que se tornou ainda mais real nos tempos pandêmicos em virtude da paralisação das escolas.²³ Recorda-se que o trabalho em ruas e outros logradouros públicos está na Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil da Convenção 182 da OIT, tendo sido aprovada, no Brasil, pelo Decreto n. 6.481/2008, sendo, portanto, vedado a menores de 18 anos.

É latente também a discriminação em razão de gênero, em prejuízo do trabalho das mulheres nas plataformas digitais.²⁴ O dano psíquico alia-se ao físico estampado nos inúmeros acidentes de trabalho, inclusive fatais, que vitimam esses trabalhadores, notadamente os que fazem entregas de comidas e mercadorias diversas por meio dos aplicativos.²⁵ Menciona-se, ainda, que enormes contingentes desses trabalhadores, embora laborem em jornadas exaustivas, sequer alcançam o salário mínimo.²⁶

e efetivo reconhecimento do direito de negociação coletiva (Convenções n. 87 e 98); eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Convenções n. 29 e 105); efetiva abolição do trabalho infantil (Convenções n. 138 e 182); e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções n. 100 e 111).

²¹CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O Romantismo e o canto da sereia: o caso iFood e o Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-romantismo-e-o-canto-da-sereia-o-caso-ifood-e-o-direito-do-trabalho-31012020>> Acesso: 06 de dez. 2020.

²²AP NEWS. **Italy court rules Uber food delivery riders were exploited**. Disponível em: <<https://apnews.com/62609b97fbc25575cb1fcc2573db48f1>> Acesso: 17 de set. 2020.

²³DEUTSCHE WELLE. **Aplicativos de entrega usam trabalho de menores no Brasil**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/aplicativos-de-entrega-usam-trabalho-de-menores-no-brasil/a-55813514>> .Acesso: 06 de dez. 2020.

²⁴ A uberização do trabalho é pior pra elas. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/05/a-uberizacao-do-trabalho-e-pior-para-elas/>>. Acesso em 1o de novembro de 2019.

²⁵ THE VERGE. **Deaths and injuries don't slow Uber Eats' rapid expansion in Mexico**. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/7/3/20679004/uber-eats-mexico-delivery-courier-death-injury-insurance-expansion>>. Acesso em 1o de novembro de 2019.

²⁶EXAME. **Motoristas de Uber terão “salário mínimo” em Nova York**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/motoristas-de-uber-terao-salario-minimo-em-nova-york/>> Acesso em 1o de novembro de 2019.

As *Big Techs* detentoras das plataformas ainda colecionam um rol extenso de manchetes reveladoras de condutas antissindiciais²⁷, perfazendo uma conglomeração de aspectos do ciberespaço de trabalho que demonstram a tentativa do empresariado a todo o custo de fragmentar a relação de emprego e que traz a sensação de *déjà-vu* das circunstâncias da 1ª Revolução Industrial. A crise econômica e social é tamanha que as massas recorrem desesperadamente ao trabalho cyberizado para garantir um salário irrisório. Nos séculos XVIII e XIX, o êxodo do campo para a cidade cria verdadeiro contingente populacional desesperado e à disposição das grandes indústrias dizendo: *por favor, estou aqui, me explore, não me deixe morrer de fome ou de doença*. Igualmente, naquele momento histórico via-se o trabalho fabril como meio de libertação da condição de pobreza: vendia-se a ideia da inserção laboral sob a tônica de que aquela atividade libertaria o obreiro das mazelas, mas, o que aconteceu - e continua acontecendo - na realidade é a degradação, materializada em acidentes, mortes e mutilações. Tudo em torno da mesma palavra: a liberdade. E como já dizia Lacordaire, “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”²⁸.

A busca pela saída do desamparo pela via do trabalho cyberizado, como se as plataformas significassem a libertação do obreiro das ordens de outrem é de moldes, no mínimo, questionáveis. Cessa a nutrição pela solidariedade e crescem no lugar os espinhos do desejo de protagonismo, de visibilidade, de concorrência, de eliminação do próximo. Preciosa é a lição de Foucault, que já identificava a visibilidade como uma armadilha: nós acreditamos em nos autogerir, em deter o poder sobre nós mesmos, à luz da tal *autonomia da vontade*. Mas, na verdade, são as estruturas de poder que condicionam as nossas ações, imperceptivelmente, como ensina o filósofo:

Nossa sociedade não é de espetáculos, mas de vigilâncias: sob a superfície das imagens, investem-se os corpos em profundidade; atrás da grande abstração de troca, processa-se o treinamento minucioso e concreto das forças úteis; os circuitos da comunicação são os suportes de uma acumulação e centralização do saber; o jogo de sinais define os pontos e apoios do poder; a totalidade do indivíduo não é amputada, reprimida, alterada por nossa ordem social, mas o indivíduo é cuidadosamente fabricado, segundo uma tática das forças e dos corpos.²⁹

²⁷ ABAURRE, Helena Emerick; DA ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Direito Coletivo do Trabalho e a Quarta Revolução Industrial**. No prelo.

²⁸ Libéralisme politique. Wikipédia: l’encyclopédie libre. Disponível em <http://fr.wikipedia.org/wiki/Lib%C3%A9ralisme_politique>. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p.240.

E, para ser exercido, esse poder deve ser dotado de instrumentos capazes de realizar uma vigilância permanente, onipresente, capaz de tudo ver, e tudo regulamentar, mas com a condição de se tornar ela mesma invisível. Esse poder capaz de se invisibilizar é o algoritmo, o grande chefe do trabalho cyberizado.

Os códigos são capazes de conectar empresas, trabalhadores e consumidores em plataformas, aplicativos e *sites*, seja para atuar puramente online no trabalho digital, em atividades ao vivo off-line ou em regimes híbridos e, ainda, localizar a ida e a volta para o trabalho, fazendo com que este trajeto seja objeto de labor, ditando o ritmo familiar, otimizando ainda mais a exploração do trabalhador e o lucro da plataforma e das empresas. É um chefe que segura uma navalha invisível que vai rasgando todo o tecido social. Ignorar o potencial danoso das operações algorítmicas na dinâmica laboral é banalizar o mal, nos moldes demonstrados por Hannah Arendt.³⁰ A maldade é tamanha e esparsa que nos questionamos se a cyberização do trabalho não apresenta uma tendência à fragmentação utilitarista da própria vida do ser humano através da virtualização social e da plataformização laboral.

A fotografia é de desprezo por vínculos laborais, afetivos e familiares³¹ e do intento a todo custo de afastar a caracterização da relação de emprego. Tal desprezo fica ainda mais evidente no caso de rescisão contratual entre as plataformas e os trabalhadores. Não é seguido o rito minimamente democrático previsto pela CLT que inclui o aviso prévio: o uberizado tão somente recebe uma notificação de seu desligamento, sem a possibilidade de recorrer dessa decisão unilateral algoritmizada.

A falta de regulamentação das práticas laborais advindas da cyberização do trabalho enseja falacioso discurso de que é necessário reconfigurar e fortalecer as regulamentações promovidas pelo ordenamento juslaboral já existente, de maneira a adequá-las aos novos moldes da *gig economy*. É como se mudando a forma, também fosse possível mudar o conteúdo daquele liame cyberizado. Não: forma e conteúdo não se misturam, até porque aquela é acessória e este é o principal. Pode-se alterar a forma, mas o conteúdo sempre será o mesmo: o trabalho que interessa ao sistema capitalista é o dominado, dependente e subordinado, aquele em que o produto final não fica e não pertence a quem o realizou, mas sim é transferido para quem investe e assume os riscos do negócio jurídico. Salta aos olhos, pois, que a cyberização

³⁰ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 200

³¹BBC BRASIL. '**Só nos vemos na garagem**': as famílias que dividem o carro para trabalhar 24h por dia em apps de transporte, Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50383388> > Acesso: 06 de dez. 2020.

laboral tem muitos tons de cinza que necessitam ser tonificados propriamente pelo Direito do Trabalho nos termos delineados a seguir.

4 DO DIREITO FRENTE À CYBERIZAÇÃO DO TRABALHO

A interação entre os fenômenos do *crowdwork*, do trabalho *on-demand*, da *gig economy* e da *sharing economy* provoca, entre outros aspectos, maior diversificação das relações de trabalho, o crescimento do setor de serviços, a fragmentação e heterogeneidade da classe trabalhadora e, como lastimosa consequência, a desnaturação do Direito do Trabalho. Hoje existe gama enorme de mulheres, adolescentes, jovens, negros, imigrantes e até mesmo senhores de idade inseridos no mercado de trabalho, realizando uma pluralidade infinita de serviços proporcionada pela *gig economy*. A Fundação Europeia elenca como riscos atrelados ao trabalho em plataformas digitais: a segmentação do mercado de trabalho, situação de emprego ambígua e questões de proteção social, agravamento de diferenças regionais e de gênero, subutilização de habilidades e desqualificação, falta de autonomia dos trabalhadores, limitações das possibilidades de avaliações do cliente, avisos-prévios curtos ou inexistentes em casos de despedimento, alta intensidade de trabalho, fracas perspectivas de carreira na economia de plataforma, salários abaixo do mercado, tempo de trabalho não remunerado, imprevisibilidade de ganhos a longo prazo, responsabilidade difusa pela saúde e segurança dos trabalhadores.

Aliás, impossível olvidar que se vive no Brasil verdadeira miscigenação laboral: ao mesmo tempo que a pátria abriga andares de *shared offices* nos arranha-céus da capital de São Paulo, na mesma cidade nos deparamos com situações de trabalho análogo ao escravo na cadeia produtiva da indústria têxtil, por exemplo. Na perspectiva do sistema capitalista, observa-se que as empresas de modo geral buscam evitar a incidência da proteção assegurada pelo ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, visando à redução dos seus custos econômicos. Almeja-se o lucro em detrimento do bem-estar físico, mental e social do trabalhador, sendo o trabalho cyberizado ou não. Como se voltássemos para o futuro do nascedouro deste ramo jurídico, o Direito do Trabalho se ergue como campo de atuação forte e essencial para assegurar a dignidade humana no trabalho cyberizado e, assim, reconstruir os vínculos fragmentados pelos aspectos disruptivos do labor na *gig economy*.

As condições de superexploração dos trabalhadores nas fábricas nos primórdios da Revolução Industrial impulsionaram a própria criação da ordem juslaboral. A História nos

mostra que o Direito do Trabalho é linha de costura do tecido social, bordando inclusão, proteção e garantias mínimas a todos, sem o qual se desfia o bem estar coletivo e impera a degradação do ser humano. A CLT é corpo vivo que nunca adormece, não sendo letra morta, mas instrumento protetivo e promotor da inclusão social. Não se trata de elemento estático, mas de dinamicidade constante que exige dos atores sociais ação atenta em prol dos direitos dos trabalhadores frente às variáveis tecnológicas, sob pena de subtrair o direito ao seu próprio tempo, tornando-se anacrônico, incapaz de enquadrar os interesses da pessoa humana na cyberização laboral.

O trabalho cyberizado, da maneira como vem sendo realizado no Brasil e em outros países do mundo, representa verdadeiro retrocesso ao permitir que a remuneração do trabalhador volte a ser determinada pelas leis de mercado. Testemunha-se total descompasso com o firmado na Declaração de Filadélfia de 1944, enquanto princípio fundamental da OIT: o trabalho humano não é uma mercadoria. A classificação dos trabalhadores junto às plataformas como autônomos e a sua conseqüente exclusão do sistema de proteção laboral, somado ao acentuado controle pelo algoritmo, levanta questões políticas, sociais e jurídicas que, embora inseridas em um contexto econômico revolutivo macro, necessitam ser regulamentadas, a fim de que não sejam sinônimo de uma legitimada aceitação passiva das formas contratuais precárias comuns à "economia do bico".

O Direito do Trabalho tem o condão de realizar um giro humanístico que promove a interação entre as novas tecnologias e o labor valorizadora do trabalhador, sujeito que faz a roda da economia girar e sem o qual nenhuma inovação seria possível. Os intérpretes do ramo jurídico autônomo e especializado em comento têm o dever de moldar a quarta revolução industrial para garantir que ela seja empoderadora e centrada no ser humano, isto é, no trabalhador. Frente à onda crescente de tentar afastar a configuração da relação de emprego, o processo do trabalho, na sua perspectiva constitucionalizada, deve assumir a função primordial de ser a onda contrária que impulsiona uma tomada de consciência global e protecionista, conforme verificaremos na análise da leitura da cyberização do trabalho pela justiça obreira ao redor do mundo.

4.1 DA LEITURA DA CYBERIZAÇÃO DO TRABALHO PELA JUSTIÇA OBREIRA AO REDOR DO MUNDO

A análise da jurisprudência estrangeira sobre o trabalho cyberizado demonstra que em muitos países as cortes, inclusive trabalhistas, e órgãos legislativos têm emitido decisões judiciais e atos normativos favoráveis ao reconhecimento do vínculo empregatício nas modalidades do *crowdwork* e do trabalho *on-demand*, a começar em 2017 pela decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de que a Uber é uma empresa de transporte e não apenas de “serviço da sociedade de informação” como intenta se apresentar³².

Não exaustivamente, destacamos a seguir alguns dos posicionamentos de tribunais europeus. Na decisão n. 1.737, de 28 de novembro de 2018, a Corte de Cassação francesa afirmou que um entregador de plataforma digital está sujeito ao controle telemático informatizado, como a geolocalização, além da aplicação de sanções, concedendo-lhe o status de empregado e o direito à requalificação do contrato de trabalho.³³ Na decisão n. 374, de 4 de março de 2020, a mesma corte se posicionou novamente para reconhecer presente a subordinação no contrato entre um motorista e a plataforma Uber, sendo fictícia a classificação como trabalhador autônomo³⁴.

A Itália também coleciona sentenças favoráveis ao reconhecimento da subordinação e dependência de entregadores de aplicativos. Após o entendimento da Corte de Cassação italiana, na decisão n. 1663, de 24 de janeiro de 2020, de que o entregador de plataforma digital

³²Inteiro teor da decisão disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>>. Acesso: 06 de dez. 2020.

³³Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html>. Acesso: 06 de dez. 2020.

³⁴ Destacamos a síntese da decisão: “*Le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Peut constituer un indice de subordination le travail au sein d’un service organisé lorsque l’employeur en détermine unilatéralement les conditions d’exécution. Justifie légalement sa décision une cour d’appel qui, pour qualifier de contrat de travail la relation entre un chauffeur VTC et la société utilisant une plate-forme numérique et une application afin de mettre en relation des clients et des chauffeurs exerçant sous le statut de travailleur indépendant, retient: 1°) que ce chauffeur a intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par cette société, service qui n’existe que grâce à cette plateforme, à travers l’utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d’exercice de sa prestation de transport, 2°) que le chauffeur se voit imposer un itinéraire particulier dont il n’a pas le libre choix et pour lequel des corrections tarifaires sont appliquées si le chauffeur ne suit pas cet itinéraire, 3°) que la destination finale de la course n’est parfois pas connue du chauffeur, lequel ne peut réellement choisir librement, comme le ferait un chauffeur indépendant, la course qui lui convient ou non, 4°) que la société a la faculté de déconnecter temporairement le chauffeur de son application à partir de trois refus de courses et que le chauffeur peut perdre l’accès à son compte en cas de dépassement d’un taux d’annulation de commandes ou de signalements de “comportements problématiques”, et déduit de l’ensemble de ces éléments l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements et que, dès lors, le statut de travailleur indépendant du chauffeur était fictif.*” Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html>. Acesso: 06 de dez. 2020.

é um trabalhador heteroorganizado (art. 2º, parágrafo 1, do Decreto-legislativo n. 81/2015), ao qual se aplicam todos os direitos trabalhistas, inclusive a disciplina das dispensas³⁵, o Tribunal de Palermo reconheceu expressamente a relação de emprego e determinou a aplicação dos salários mínimos previstos no acordo coletivo do setor terciário.³⁶ Decisão semelhante é a proferida em 2019 pela corte trabalhista de Lausanne, na Suíça, que reconheceu a dispensa sem justa causa de ex-motorista de empresa subsidiária da Uber.³⁷ Na Inglaterra, a empresa aguarda posicionamento da Suprema Corte após recorrer de decisão do Tribunal de Apelação que reconheceu que os motoristas não eram autônomos (*independent contractors*), mas sim funcionários contratados pela Uber (*workers*).³⁸

Na Espanha, já havia decisões de segundo grau, como aquelas do Tribunal Superior de Justiça de Asturias e do Tribunal Superior de Madrid, que reconheciam o vínculo de emprego dos entregadores com a Glovo, além de inúmeras decisões de primeiro grau. Em 23.09.2020, o Tribunal Supremo espanhol decidiu que os entregadores de plataforma são empregados, e não autônomos³⁹. Desde outubro de 2020, está em processo de negociação entre o governo nacional, sindicatos e empresas a elaboração de uma “*ley rider*” para evitar a proliferação de fraudes trabalhistas pela via das plataformas digitais.⁴⁰

Nos Estados Unidos da América, o Parlamento da Califórnia aprovou a Lei AB-5, que positivou o chamado “ABC Test” consagrado pela Corte Suprema de Justiça do Estado da

³⁵Explicam os juízes que: “*quando l’etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell’applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato (...)* Si tratta di una scelta politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoratore subordinato – scrivono ancora i giudici di Cassazione – in coerenza con l’approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di ‘debolezza’ economica, operanti in una ‘zona grigia’ tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea”. Disponível em: <https://www.lavorodiritteuropa.it/images/Cassazione_Foodora-.pdf> Acesso: 06 de dez. 2020.

³⁶IL FATTO QUOTIDIANO. “**Glovo assumo il fattorino come dipendente**”. Disponível em: <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/23/glovo-assumo-il-fattorino-come-dipendente-a-palermo-la-prima-sentenza-che-impone-a-una-app-di-riconoscere-la-subordinazione-dei-rider/6013230/>>

³⁷IRISH LEGAL. **Switzerland: Uber driver recognised as worker in landmark employment case**. Disponível em: <<https://irishlegal.com/article/switzerland-uber-driver-recognised-as-worker-in-landmark-employment-case/>> Acesso: 06 de dez. 2020.

³⁸CNBC. **Uber kicks off final appeal against major UK ruling on drivers’ employment rights**. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2020/07/21/uber-appeals-against-uk-employment-rights-ruling-in-supreme-court.html>> Acesso: 06 de dez. 2020.

³⁹Disponível em: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-la-existencia-de-la-relacion-laboral-entre-Glovo-y-un-repartidor>> Acesso: 10 de dez. 2020.

⁴⁰EL PAÍS. **Glovo se resiste a regularizar a sus ‘riders’ pese a la sentencia del Supremo: “Calma, el modelo actual seguirá”**. Disponível em: <<https://elpais.com/economia/2020-11-20/glovo-se-resiste-a-regularizar-a-sus-riders-pese-a-la-sentencia-del-supremo-calma-el-modelo-actual-seguira.html>> Acesso: 05 de dez. 2020.

Califórnia no Caso Dynamex - Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court, 4 Cal. 5th 903 (2018). Nos termos da lei californiana, presume-se a existência de vínculo de emprego no caso de fornecimento de trabalho ou serviços em troca de remuneração, devendo a empresa contratante demonstrar a coexistência das seguintes condições para que o obreiro não seja considerado empregado: A. O trabalhador deve estar livre de controle e direção da entidade contratante em relação ao desempenho no trabalho, tanto no aspecto formal (termos do contrato), quanto no aspecto material (relação de fato); B. O trabalhador deve desempenhar um trabalho que esteja fora do negócio principal da entidade contratante; C. O trabalhador deve estar habitualmente engajado em um negócio, ocupação ou comércio da mesma natureza do trabalho desempenhado. Percebe-se que os critérios A, B e C relacionam-se, respectivamente, com a subordinação e o princípio da primazia da realidade; a inserção do trabalho na atividade-fim do tomador de serviços, e a dependência econômica do trabalhador.⁴¹⁻⁴²

No Canadá, o primeiro sindicato de *gig workers* reconhecido do país obteve sucesso em uma *class action* resultante em acordo preliminar. A ação se originou em abril de 2020, quando a Foodora anunciou que estava deixando o país depois que o Ontario Labor Board reconheceu os entregadores como funcionários da empresa. A Canadian Union of Postal Workers, moveu a ação em nome dos trabalhadores denunciando a prática antissindical e injusta da empresa em despedir subitamente, em meio à pandemia, os milhares de entregadores recém-sindicalizados, sobretudo considerando que muitos realizavam as entregas como atividade primária, não tendo acesso aos fundos governamentais de assistência.

Entre outros posicionamentos ao redor do globo que poderiam ser mencionados, destacamos especialmente para coroar o sucinto rol exemplificativo o pioneirismo da recente decisão do *Bundesarbeitsgerichts*, - mais alto tribunal do trabalho alemão - de reconhecer *crowdworkers* como funcionários⁴³. Em comunicado à imprensa, a corte esclarece que o

⁴¹ CARELI, Rodrigo de Lacerda. **É aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-aprovada-na-california-lei-que-considera-empregados-os-trabalhadores-de-aplicativos-20092019>> Acesso: 06 de dez. 2020.

⁴² Ressalta-se que a Uber e a Lyft investiram mais de 200 milhões de dólares para convencer os cidadãos da Califórnia, pela maioria de 58%, a isentá-las do cumprimento da Lei AB-5 por meio de votação realizada em 03.11.2020 (proposta n. 22). As companhias incluíram na proposta, como concessão, um piso salarial e benefícios limitados aos motoristas, como vouchers para acessar seguro-saúde subsidiado e ganhos por hora garantidos. Também se comprometeram a implementar novas medidas de segurança, incluindo verificações mais frequentes dos antecedentes dos motoristas. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/11/04/em-referendo-californianos-aprovam-que-motoristas-de-apps-sigam-autonomos.htm>> Acesso: 10 de dez. 2020.

⁴³Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 1. Dezember 2020 - 9 AZR 102/20 -Vorinstanz: Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 4. Dezember 2019 - 8 Sa 146/19. Disponível em: <<https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2020&nr=24710&pos=1&anz=44&titel=Arbeitsvertragliche-Zugehörigkeit-von-Crowdworkern>>. Acesso: 06 de dez. 2020

sistema de avaliações das plataformas e os elementos de gamificação que ensejam o aumento da remuneração do usuário fazem com que o crowdworker se torne continuamente ativo. Cabe mencionar que de forma precedente à decisão, o *Bundesarbeitsministerium* publicou pontos-chave para a regulamentação do crowdwork que incluem uma mudança na distribuição do ônus da prova e melhores possibilidades para a organização coletiva desses trabalhadores. O Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais ainda anunciou que pretende garantir benefícios previdenciários relacionados a aposentadoria e seguro contra acidentes para os trabalhadores.⁴⁴

No Brasil, as primeiras e segundas instâncias trabalhistas colecionam decisões em sentidos contrários, tanto reconhecendo como negando o vínculo empregatício. Na instância superior, em 2020, a 4ª e 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho negaram o vínculo de emprego de motorista com a Uber, adotando um conceito clássico e restrito de subordinação não acolhido pela CLT e negando vigência ao artigo 6º, parágrafo único, do diploma consolidado, o qual sequer foi mencionado nessas decisões, que fecharam os olhos para a realidade da subordinação por meios telemáticos. Felizmente, no início de dezembro de 2020, o Ministro Maurício Godinho Delgado, na posição de relator de recurso de revista interposto no Tribunal Superior do Trabalho por um motorista da Uber, votou nos autos do processo nº 100353-02.2017.5.01.0066 favoravelmente ao reconhecimento de vínculo, atestando que os cinco elementos que configuram o vínculo de emprego estão presentes no caso apreciado. O ministro afirmou que o Brasil é um dos poucos países do mundo que já têm legislação que se aplica "como uma luva" a casos de "uberização". O julgamento atualmente se encontra suspenso devido ao pedido de vista dos demais ministros que integram a 3ª Turma do TST.

Destacamos ainda a tramitação do Projeto de Lei (PL 3.748/2020) que veicula proposta de uma nova disciplina para a relação entre trabalhadores e plataformas de serviços, como a Uber.⁴⁵ A nosso sentir, o direito brasileiro já oferece instrumental suficiente para que seja realizada correta análise do trabalho *on-demand* pela devida interpretação dos arts, 2º, 3º e 6º, parágrafo único, da CLT. Em verdade, coadunamos com a interpretação de Rodrigo Carelli de que o projeto é uma espécie de Código Negro do Século XXI, uma vez que sob a suposta

⁴⁴Disponível em: <<https://www.denkfabrik-bmas.de/schwerpunkte/plattformoekonomie/eckpunkte-des-bmas-fuer-faire-arbeit-in-der-plattformoekonomie>>. Acesso: 06 de dez. 2020

⁴⁵Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257468>>

pretensão de garantir direitos aos uberizados, mantém, perpetua, protege e legitima o sistema perverso de exploração.⁴⁶

Em prol da devida tutela do trabalho cyberizado no Brasil, entendemos que a atividade jurisdicional dos órgãos juslaborais brasileiros deve ter como objetivo a qualificação da maior parte possível desses trabalhadores como empregados. Expressiva, nesse sentido, é a mensagem do Papa Francisco aos juízes da América:

O poeta precisa contemplar, pensar, compreender a música da realidade e moldá-la com palavras. Vocês juízes, em cada decisão, em cada sentença, estão diante da feliz oportunidade de fazer poesia: uma poesia que cure as feridas dos pobres, que integre o planeta, que proteja a Mãe Terra e todos os seus descendentes. Uma poesia que repara, redime e nutre. (...) quando a justiça é verdadeiramente justa, aquela justiça torna os países felizes e seus povos dignos. (...) Nenhuma sentença pode ser justa, nenhuma lei é legítima se o que geram é mais desigualdade, se o que geram é mais perda de direitos, indignidade ou violência”.⁴⁷

A nosso sentir, os magistrados trabalhistas devem construir uma jurisprudência em consonância com a necessidade de proteção, consubstanciada em decisões que reconheçam os trabalhadores das plataformas digitais como empregados, levando em consideração a existência dos elementos fáticos-jurídicos caracterizadores do liame empregatício.

5 DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CROWDWORK E NO TRABALHO ON-DEMAND

Os contratos de trabalho cyberizados são dotados de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação (sem olvidar também da dependência econômica, que, por sua dimensão, será analisada separadamente).

O elemento da pessoalidade está presente em uma multiplicidade de aspectos na dinâmica do trabalho cyberizado. Revela-se desde logo no momento em que as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores, seja em plataformas estruturadas para o crowdwork ou para o trabalho on-demand, são intransferíveis. Para passar a receber tarefas, o obreiro primeiramente deve cumprir uma série de requisitos que variam de acordo com a região das operações, apresentando seus dados pessoais e documentos (Carteira Nacional de Habilitação (CNH) com a observação "Exerce atividade remunerada – EAR", ausência de antecedentes

⁴⁶ CARELI, Rodrigo de Lacerda. **O projeto de regulamentação do trabalho em plataformas: um novo Código Negro?** Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/cidadania/o-projeto-de-regulamentacao-do-trabalho-em-plataformas-um-novo-codigo-negro-por-rodrico-de-lacerda-carelli/>> Acesso: 06 de dez. 2020

⁴⁷Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2020-11/papa-francisco-juizes-africa-america-sentencas.html>> Acesso: 05 de dez. 2020.

criminais, entre outros⁴⁸) para ter o seu cadastro aprovado. Uma vez dentro das plataformas, as tarefas não são designadas aleatoriamente, mas de acordo com o status do trabalhador no meio ambiente laboral cyberizado, isto é, a quantidade de estrelas e comentários positivos recebidos após a tarefa.

Cientes das constantes fraudes nos aplicativos, as empresas detentoras das plataformas passaram a exigir ainda mais pessoalidade em seus serviços por meio de práticas como solicitações de envios de fotos durante o tempo on-line, softwares de reconhecimento facial, bem como constante re-verificação de informações pessoais⁴⁹. Caso ausente a pessoalidade, não seria necessário também, por exemplo, a disponibilização aos clientes do histórico dos trabalhadores, suas fotos, informações do veículo, por exemplo, e não seria terminantemente vedado pelas plataformas que dois ou mais trabalhadores compartilhem um mesmo cadastro. É patente que os trabalhadores devem prestar os serviços pessoalmente, sob pena de sua exclusão da plataforma, sendo que em algumas modalidades de *crowdwork* ainda lhes é exigido assinar cláusulas de confidencialidade sobre seu trabalho, como ocorre com os moderadores de conteúdo digital.

Vale dizer ainda que algumas das plataformas oferecem estratificações de trabalhadores de acordo com a qualidades dos veículos utilizados ou qualificação dos obreiros, sendo concedida pelas empresas a possibilidade de os trabalhadores realizarem cursos de qualificação para se tornarem uma categoria superior de motoristas. Entretanto, caso recebam avaliações negativas ou diminuam a quantidade de horas logados na plataforma, deixam de usufruir de tal qualificação. A pessoalidade ainda se revela presente quando os trabalhadores passam a receber bônus e prêmios de acordo com a quantidade de atividades realizadas e valoradas positivamente pelas plataformas.

No trabalho on-demand por meio de aplicativos se torna ainda mais fácil a verificação do caráter *intuitu personae* na prestação dos serviços do início ao fim das atividades⁵⁰, uma vez

⁴⁸Os requisitos podem ser consultados em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/drive/requirements/?city=vitoria>>. Acesso: 06 de dez. 2020.

⁴⁹Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/blog/selfies-aumentar-seguranca/>. Acesso: 06 de dez. 2020.

⁵⁰ A pessoalidade também é verificada, curiosamente, no momento em que os trabalhadores entram se um motorista da Uber sofre algum infortúnio durante suas viagens, pois por maior que seja o dano suportado, só lhe restam duas opções. A primeira é entrar em contato com o escritório local da empresa, relatar o ocorrido, e, com sorte, receber um mísero valor pecuniário a título de auxílio, o qual deveria ser, na realidade, uma indenização integral. A segunda é, sabendo da insuficiência dos recursos disponibilizados pela empresa para reparar os danos suportados, pleitear judicialmente uma indenização. Na escolha da segunda hipótese, o relatado pela maioria dos motoristas é que, a partir do momento em que ajuizaram a demanda judicial, passaram a receber o chamado de uma corrida a cada hora, cujo ganho correspondia a no máximo 15 reais. Esta é a face oculta da atuação do algoritmo, que constrói uma verdadeira lista discriminatória. Apesar de as plataformas parecerem, em um primeiro

que ficam à disposição dos clientes os perfis dos obreiros e a massa de *reviews* que lhes são correspondentes, sendo facultado ao consumidor ao final de cada serviço avaliar o modo como a atividade foi desenvolvida por aquele trabalhador em particular.

A onerosidade, por sua vez, sedimenta os pactos mercadológicos em questão na medida em que o recebimento da contraprestação pecuniária paga pelos sistemas tecnológicos constitui o ânimo da atividade desempenhada pelo obreiro que, quando não presta esses serviços para obter o seu único ou principal meio de sustento, o faz para fins de complementação de renda. Não há identificação subjetiva com o labor, pelo contrário, é a efemeridade e a necessidade financeira que alimentam as formas contratuais precárias em análise.

Algumas das decisões judiciais que negam o vínculo empregatício aos uberizados argumentam que os trabalhadores seriam donos dos seus instrumentos de trabalho, como bicicletas, carros e celulares, o que corresponderia a certa autonomia “incompatível com os moldes da relação de emprego tradicional”. Analisamos, contudo, em sentido contrário, pois entendemos que o meio de transporte do trabalhador e os aparelhos celulares são meramente ferramentas de trabalho, sendo que os meios de produção propriamente ditos são os algoritmos e sistemas tecnológicos, que permitem a operação do negócio e a continuidade da atividade econômica. Aliás, os obreiros necessariamente devem compreender o funcionamento das plataformas digitais, em seus algoritmos, taxas de engajamento, alcance, tarifas dinâmicas, sistemas de recomendação, de seleção e de monetização para serem contratáveis, empregáveis e visíveis nas telas da *gig economy*.

Tanto são complexos os meios de produção – que de forma alguma se resumem aos aparelhos celulares e meios de transporte –, que é fundamental a realização de perícia no código fonte dos algoritmos das plataformas, para que seja compreendido, em sede da jurisdição trabalhista, como ocorrem a distribuição das chamadas, a remuneração, as promoções e as exclusões das plataformas, conforme pode ser consultado nos autos da ação trabalhista nº 0100531-98.2020.5.01.0080 em curso na 80ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.

Os trabalhadores da *gig economy* vivem momento semelhante àquele vivido pelos operários das indústrias do século XIX, em que a mudança na organização do trabalho da casa para a fábrica se operava em razão da necessidade do uso de uma tecnologia da qual os obreiros

momento, um padrão "sem rosto", a sua lógica sistêmica de operação revela a existência de um poder diretivo altíssimo que pode, inclusive, deixar o trabalhador sem a possibilidade de exercer o seu ofício, ou pior: desligá-lo completa e subitamente da plataforma, sem qualquer tipo de explicação ou justificativa, num ato que se configura uma verdadeira dispensa arbitrária e que deixa claro como a personalidade é considerada pela lógica operacional do trabalho cyberizado.

não eram titulares. Sabe-se que foi desse êxodo que surgiram as primeiras reivindicações trabalhistas, pois os empregadores da indústria - os proprietários da tecnologia indispensável para o trabalho - estavam em uma condição privilegiada que lhes permitia abusos sobre os trabalhadores. Na 4ª Revolução Industrial, a reorganização do trabalho em plataformas obriga ainda mais o trabalhador a recorrer aos meios de produção alheio - antes o maquinário fabril, agora, as redes sociais virtuais, plataformas de diversas naturezas e os seus respectivos algoritmos -, que lhes permitem trabalhar, ainda que de maneira subordinada e dependente aos ditames dos detentores da inteligência operacional algorítmica.

Ainda quanto à onerosidade, indagamos: como poderia o trabalhador ser caracterizado como autônomo se sequer lhe é permitido decidir o valor do seu serviço e sem ao menos conhecer o rosto da própria clientela? O próprio preço do serviço, que é determinado unilateralmente pela empresa proprietária do aplicativo, é utilizado como forma de garantir a constante mobilização e disponibilidade dos trabalhadores para permanecerem conectados e aceitarem as demandas (a exemplo da sistemática do “preço dinâmico”). Os valores baixos das tarifas garantem também que os trabalhadores laborem longas jornadas e sem dias de folga para alcançarem a remuneração mínima necessária à sua sobrevivência. As tarefas são realizadas para clientes sem rostos, para números de endereços físicos e eletrônicos, e, quando raro, no mundo físico compartilha-se um momento rápido e único no tempo e espaço para entrega e pagamento do serviço para, após, provavelmente cliente e trabalhador não mais se encontrarem, sendo possível que um sequer se lembre do nome do outro.

A habitualidade do trabalho cyberizado, por sua vez, resta demonstrada na medida em que nos contratos de trabalho “uberizados” vige o princípio da continuidade da relação de emprego presente no próprio funcionamento do algoritmo. Quanto mais o obreiro aceita e realiza as tarefas que lhe são atribuídas, mais ele é convocado pelo aplicativo. Incorrem em erro aqueles que alegam que não há habitualidade nas modalidades de labor da *gig economy*, por serem caracterizadas pela prestação de serviços de curta duração. Ora, a habitualidade não é determinada pelo lapso temporal que delimita a tarefa executada, mas sim se mostra evidente pelo contínuo registro dos trabalhadores nas plataformas, em um estado de permanentes conexão e disposição para aceitar as chamadas. Rememoramos, assim, que a jornada de trabalho por sua natureza é considerada pelo tempo do obreiro à disposição do empregador.

O argumento da ausência da jornada fixa e da possibilidade de recusa das demandas pelo trabalhador enquanto afastadores do elemento da habitualidade é sobremaneira questionável e deve ser analisado cuidadosamente. Vale dizer que, em perspectiva comparada,

a recusa da convocatória pelo trabalhador intermitente não descaracteriza a sua classificação empregatícia. De outra feita, a própria plataforma de entregas de mercadorias e transporte de pessoas, reconhecendo o extenuante tempo de conexão dos trabalhadores, desenvolveu ferramenta para limitar o tempo on-line de seus motoristas que, após 12 horas de uso em um único dia, terão o aplicativo automaticamente desconectado por 6 horas seguidas⁵¹.

Assim como um empregado tradicional dia após dia desloca-se para a empresa, pois sabe que se faltar ao serviço lhe serão direcionadas penalidades e correrá o risco de ser dispensado, o uberizado diuturnamente fica conectado à plataforma, ciente de que se recusar chamadas ou se não atender à expectativa do algoritmo em relação ao seu tempo de conexão, será valorado negativamente pelos códigos e poderá ser bloqueado ou descadastrado subitamente do aplicativo.

5.1 Da caracterização do vínculo empregatício pela subordinação jurídica e pela dependência econômica

No que tange especificamente ao requisito da dependência, este é elemento caracterizador primordial, a pedra de toque, da relação empregatícia. Da leitura do texto legal, em particular do art. 3º, *caput*, da CLT⁵², que menciona a “dependência” de forma genérica, pode-se concluir que essa última abrange tanto a dependência econômica, quanto a subordinação jurídica, que representam a chave de acesso aos direitos trabalhistas e previdenciários em sua integralidade.⁵³ A dependência é um conceito amplo que pode envolver subordinação clássica, estrutural, integrativa, mas sobretudo a dependência econômica como critério identificador da relação de emprego. É justamente a dependência econômica que se relaciona com a própria razão que levou à criação do Direito do Trabalho: a hipossuficiência do trabalhador, que, desprovido dos meios de produção, encontra na remuneração advinda do trabalho a única forma de assegurar o seu sustento. É a dependência econômica do obreiro do

⁵¹UOL. **Uber irá desconectar motorista se ele dirigir por 12 horas em um dia.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/04/uber-lanca-ferramenta-que-impede-motorista-de-dirigir-por-mais-de-12-horas.htm>>. Acesso: 06 de dez. 2020.

⁵² Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

⁵³PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego.** Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.32.

trabalho que ele realiza perante um empregador que o torna empregado. A subordinação é uma racionalidade, um direcionamento dado à dependência.

A subordinação no trabalho cyebrizado encontra-se presente e real, independentemente da presença física, da heterodireção patronal e das ordens diretas. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva ressalta que, na análise das relações de trabalho por meio de plataformas digitais, deve-se aplicar o disposto no parágrafo único do art. 6º da CLT, que equiparou, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, os quais revelam a subordinação algorítmica⁵⁴.

O poder diretivo - enquanto ato correspondente à subordinação jurídica - é exercido algorítmicamente e de inúmeras maneiras que beiram à invisibilidade e assim criam um exército de excluídos sociais que são subordinados e dependentes do algoritmo, porque estão sujeitos ao seu controle e, ao mesmo tempo, dele dependem para que possam acessar as demandas. A continuidade da prestação de serviços junto à plataforma não é determinada pelo trabalhador, mas sim pelas avaliações e retornos dos clientes, o que constitui um método de controle característico da subordinação.

É o algoritmo que define se um *uberizado* realizará entregas de lanches às 11h da manhã ou às 03h da madrugada e se um motorista será designado com rotas mais seguras e rentáveis, ou se deverá passar horas em engarrafamentos em horários de pico. Também é o algoritmo que irá permitir que o serviço (*gig*) que o trabalhador oferece junto às multidões (*crowdwork*) em plataformas seja visível para possíveis interessados. Além disso, a determinação de metas, com a possibilidade de bônus, funciona muito mais do que qualquer outro instrumento de controle, vigilância e ordem, porquanto ela faz com que o próprio trabalhador controle seus pensamentos, movimentos, atitudes e decisões, tornando-se seu próprio cartão de ponto, relatório, balancete e planilhas. Neste ponto, Márcio Túlio Viana observa de maneira perspicaz que:

Outro efeito pouco visível do salário é o seu uso como instrumento do poder diretivo. É o que acontece quando o empregador paga não por tempo, mas por produção, ou mesmo quando promete prêmios ou gratificações complementares. É curioso observar, nesse caso, como até na prestação do empregador pode estar embutida uma nova prestação do empregado – ou mais exatamente um comando implícito para a intensificação do seu trabalho. E – o que é mais curioso – esse comando parte do próprio empregado, pois é ele quem se obriga a produzir mais, para receber mais, ou para não ganhar menos. E é o salário que realiza essa pequena mágica, acelerando o ritmo, agitando o corpo, aumentando a atenção e quase sempre

⁵⁴ DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. Apresentação. In: PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.17

produzindo o stress. Isso nos mostra que embora, para o empregador, o salário pareça apenas um custo, na verdade pode ser também uma renda. E a mesma coisa acontece, inversamente, com o empregado. Em vez de ser apenas o preço (mal pago) da subordinação, torna-se um veículo para viabilizá-la. É como se fosse um Cavalo de Tróia...(sem grifos no original)⁵⁵.

Quando a empresa é que decide o preço do serviço e o percentual da remuneração que será repassado ao trabalhador, em correspondência à realização de determinada tarefa e às características desta - havendo ainda, em algumas hipóteses, a imposição de cláusulas de satisfação -, já não persiste a configuração de trabalho autônomo: há a submissão do trabalhador aos ditames do algoritmo.

O exercício do poder diretivo ainda é verificado ao se observar o controle da empresa proprietária do aplicativo sobre o próprio posicionamento geográfico do trabalhador. É o algoritmo que decide o caminho que o trabalhador cyberizado trilhará entre o seu meio ambiente de trabalho trifásico dividido entre os estabelecimentos comerciais (lojas, restaurantes, distribuidoras, supermercados), espaço público como ruas, avenidas e calçadas, e os espaços das residências particulares como portões de casas, edifícios comerciais e apartamentos. A ascensão da Internet das Coisas (IoT) permite o monitoramento do trabalho cyberizado de maneira minuciosa, atualizada e ininterrupta. Basta observarmos, por exemplo, a prática da plataforma Uber de emitir avisos de redução da velocidade aos motoristas quando contabiliza os índices de frenagem e aceleração do automóvel por meio do impacto da aceleração no smartphone do trabalhador. Ademais, é possível que a empresa tenha acesso às gravações de sons e imagens capturadas pelo dispositivo durante as corridas. Resta claro como a tecnologia em comento favorece às operações comerciais, e materializa o poder de controle que a plataforma empregadora tem sobre o motorista subordinado.

Para que haja a tutela devida do trabalho cyberizado, deve ser aplicado também o critério da dependência econômica, que se faz presente quando a remuneração percebida é o principal meio de vida do trabalhador e há a absorção predominante do tempo disponível do obreiro pelo empregador. Conforme guia o raciocínio de Emmanuel Dockès, o fato de já não estarmos mais submetidos ao tempo dos toques de relógio que pontuavam a entrada e saída dos operários da fábrica não significa que não haja meios de controle da jornada de trabalho pelos tomadores de serviços, pelo contrário: a flexibilidade de horário tem sido frequentemente utilizada pelos empregadores para obter maior subordinação, uma espécie de trabalho sob demanda que fomenta a *hiperconexão*. Esta, por sua vez, se revela um novo tipo de escravidão que chega a

⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio. Salário. **Curso de Direito do Trabalho**: Estudos em Memória de Célio Goyatá. coord. Alice Monteiro de Barros. v. 2. 3a ed. São Paulo: LTr, 1997.

ser quase voluntário; não mais alimentado pelo temor às sanções físicas, mas sim pelo *Fear of Missing Out*.

Aquele que é dependente economicamente do labor junto às plataformas se obriga a ficar conectado diuturnamente por receio de perder uma oportunidade de ser remunerado. Ensina Márcio Túlio Viana que, embora o obreiro seja formalmente livre, no plano material vive tamanha situação de constrição econômica que o obriga a se subordinar a outro.⁵⁶ Trata-se de uma relação de ultra dependência porque, além de inverter a alteridade, que deveria ser exclusiva do empresário, a remuneração dos trabalhadores advém exclusivamente de como sua relevância na *plataforma ou em outro sistema* é medida pelos algoritmos, ou seja, os números de avaliações, recomendações, prêmios alcançados, entregas realizadas e seguidores obtidos, e como que os seus dados se encaixam com os dados de treinamento valorados positivamente pelo código fonte.

Cria-se um ecossistema no mercado de trabalho em que a dependência das operações automatizadas é tamanha ao ponto de se afirmar que, nesta nova ordem econômica, a mão invisível do mercado idealizada por Adam Smith é digital e algorítmica, e direcionada pelos oligopólios do Vale do Silício. Pelo trino de peças da internet, da globalização e da cyberização, bem ao estilo *LEGO*, monta-se um império de *bits* e *bytes* que vão se encaixando de acordo com os interesses mercadológicos.

O *crowdwork* e o trabalho *on-demand* são buscados como um meio de subsistência emergencial para essa parcela extremamente vulnerável de trabalhadores. No Brasil, atividades junto ao Uber e à iFood já são fonte de renda de aproximadamente 4 milhões de trabalhadores e, nos Estados Unidos da América, 1,5 milhão de norte-americanos dependem da *gig economy* para garantir o seu sustento diário. Ambas as nações enfrentam enorme desemprego agravado pela pandemia, crise que leva cidadãos economicamente ativos a se inserirem no ciberespaço laboral das plataformas devido à falta de alternativas. O *hope labour* se assemelha à versão adulterada de “Jogos Vorazes” em que a vulnerabilidade é comum e tamanha que há uma competição intensa até mesmo para se registrar junto às plataformas, haja vista as longas “filas

⁵⁶ VIANA, Márcio Túlio. Prefácio. In: PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.11.

de espera” para os obreiros serem admitidos como motoristas e entregadores: “a falta de vagas para entregadores é a face mais perversa da lei da oferta e da procura”.⁵⁷

A OIT reconhece no estudo intitulado “*Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*” que as estratégias para obtenção do reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e as plataformas devem passar pela compreensão do “poder de barganha desigual” e da “dependência econômica”, como elementos que justificariam de forma eficaz a necessidade do reconhecimento efetivo do direito à liberdade de associação e à negociação coletiva no âmbito do trabalho cyberizado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise das relações de trabalho por meio de plataformas digitais, embora haja uma tentativa e uma formalização do trabalhador como autônomo ou outra forma contratual precária, o que se percebe facilmente é a presença dos elementos fáticos jurídicos da relação de emprego, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma. Caso presentes tais requisitos, com fulcro no art. 9º da CLT, deverá ser declarado o vínculo empregatício do trabalhador com a empresa proprietária da plataforma e, assim, atraídos todos os direitos estabelecidos na Constituição da República, nos tratados internacionais ratificados e nas normas legais, que aglutinados constituem o patamar mínimo civilizatório⁴³ e assim o “direito fundamental ao trabalho digno”⁴⁴ seja efetivado.

Não paira qualquer dúvida acerca do vínculo empregatício entre o trabalhador cyberizado e a plataforma, tendo em vista que esta contrata aquele e ainda sobre ele exerce todas as formas de controle, fiscalização e de direção, bem como estipula o seu salário. Tanto é assim, que em diversos países do mundo este tema já se encontra com entendimento consolidado (como é o caso da Espanha, França, Itália e Alemanha, entre outros) de que os trabalhadores de aplicativos são empregados. Entender em sentido contrário significa fechar os olhos para a realidade e, assim, ter um posicionamento negacionista e obscurantista.

A História nos faz rememorar a todo momento: muda-se a forma, mas não o conteúdo. Afinal, é o trabalho dependente/subordinado que é força motriz da humanidade e do sistema capitalista de produção. E justamente através dele que surgiu o Direito do Trabalho para

⁵⁷ CNN BRASIL. **iFood, Rappi: trabalhador enfrenta fila de espera para se tornar entregador**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/19/ifood-rappi-trabalhador-enfrenta-fila-de-espera-para-se-tornar-entregador>> Acesso: 17 de set. 2020.

fomentar segurança jurídica a todos (empregado, empregador e Estado). Portanto, o verdadeiro pano de fundo desta dialética (se o trabalhador uberizado é ou não empregado) é a função e o destino do Direito do Trabalho e, ao mesmo tempo, de qual sociedade queremos construir. Se queremos efetivar os mandamentos imperativos da Constituição Federal de 1988, a resposta é uma só e não paira qualquer dúvida: o trabalhador cyberizado é empregado!

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AP NEWS. **Italy court rules Uber food delivery riders were exploited.** Disponível em: <<https://apnews.com/62609b97fbc25575cb1fcc2573db48f1>> Acesso: 17 de set. 2020.

ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARISTÓTELES. Política. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

ABAURRE, Helena Emerick; DA ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Discriminação racial algorítmica no trabalho digital.** No prelo.

ABAURRE, Helena Emerick; DA ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Direito Coletivo do Trabalho e a Quarta Revolução Industrial.** No prelo.

BBC BRASIL. **'Só nos vemos na garagem': as famílias que dividem o carro para trabalhar 24h por dia em apps de transporte,** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50383388>> Acesso: 06 de dez. 2020.

BRASIL. Decreto-lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidente da República.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O Romantismo e o canto da sereia: o caso iFood e o Direito do Trabalho.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-romantismo-e-o-canto-da-sereia-o-caso-ifood-e-o-direito-do-trabalho-31012020>> Acesso: 06 de dez. 2020.

CARELI, Rodrigo de Lacerda. **É aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-aprovada-na-california-lei-que-considera-empregados-os-trabalhadores-de-aplicativos-20092019>> Acesso: 06 de dez. 2020.

CARELI, Rodrigo de Lacerda. **O projeto de regulamentação do trabalho em plataformas: um novo Código Negro?** Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/cidadania/o-projeto-de-regulamentacao-do-trabalho-em-plataformas-um-novo-codigo-negro-por-rodrico-de-lacerda-carelli/>> Acesso: 06 de dez. 2020

CHALLENGES. **Les livreurs Deliveroo en grève contre la baisse de tarifs des courses.** Disponível em: <https://www.challenges.fr/economie/social/les-livreurs-deliveroo-en-greve-contre-la-baisse-de-tarifs-des-courses_667545> Acesso em 17 jan. 2020.

CNBC. **Uber kicks off final appeal against major UK ruling on drivers' employment rights.** Disponível em: <<https://www.cnb.com/2020/07/21/uber-appeals-against-uk-employment-rights-ruling-in-supreme-court.html>> Acesso: 06 de dez. 2020.

CNN BRASIL. **iFood, Rappi: trabalhador enfrenta fila de espera para se tornar entregador.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/19/ifood-rappi-trabalhador-enfrenta-fila-de-espera-para-se-tornar-entregador>> Acesso: 17 de set. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. O Direito do Trabalho dos Flintstones aos Jetsons. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/o-mundo-fora-dos-autos/o-direito-do-trabalho-dos-flintstones-aos-jetsons-02092019>> Acesso em 1º de novembro de 2019.

DE STEFANO, Valerio. *Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection.* Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf> Acesso: 16. Ago. 2020.

DE STEFANO, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da.; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (coord.). **O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI** – Direito Internacional do Trabalho. Volume 1. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.

DEUTSCHE WELLE. **Aplicativos de entrega usam trabalho de menores no Brasil.** Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/aplicativos-de-entrega-usam-trabalho-de-menores-no-brasil/a-55813514> .Acesso: 06 de dez. 2020.

DOCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. **O mundo do trabalho e a 4ª revolução industrial:** homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana. vol. 1. org. Cláudio Jannotti da Rocha e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

EL PAÍS. **Glovo se resiste a regularizar a sus 'riders' pese a la sentencia del Supremo: "Calma, el modelo actual seguirá".** Disponível em: <<https://elpais.com/economia/2020-11-20/glovo-se-resiste-a-regularizar-a-sus-riders-pese-a-la-sentencia-del-supremo-calma-el-modelo-actual-seguira.html>> Acesso: 05 de dez. 2020.

EUROFOUND. **Back to the future: Policy pointers from platform work scenarios.** New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg. Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20012en.pdf. Acesso: 24 de set. 2020

EUROFOUND. **The pandora's box of the platform economy.** Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/pt/publications/blog/the-pandoras-box-of-the-platform-economy>> Acesso: 24 de set. 2020

EUROPEAN COMMISSION. *Final report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets.* Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets>> Acesso: 16. Ago. 2020.

EXAME. **Motoristas de Uber terão “salário mínimo” em Nova York.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/motoristas-de-uber-terao-salario-minimo-em-nova-york/>> Acesso em 1o de novembro de 2019.

FONSECA, Vanessa Patriota da. **Uberização: pseudoautonomia e precarização do trabalho.** In: ROCHA, Cláudio Jannotti da.; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (coord.). O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI – Direito Material do Trabalho. Volume 2. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 591

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987, p.240.

IL FATTO QUOTIDIANO. **“Glovo assumo il fattorino come dipendente”.** Disponível em: <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/23/glovo-assumo-il-fattorino-come-dipendente-a-palermo-la-prima-sentenza-che-impone-a-una-app-di-riconoscere-la-subordinazione-dei-riders/6013230/>> Acesso: 06 de dez. 2020.

IRISH LEGAL. **Switzerland: Uber driver recognised as worker in landmark employment case.** Disponível em: <<https://irishlegal.com/article/switzerland-uber-driver-recognised-as-worker-in-landmark-employment-case>> Acesso: 06 de dez. 2020.

L’ADN INNOVATION. « *Invisibles* », *le terrible docu qui donne enfin un visage aux travailleurs du clic.* Disponível em: <<https://www.ladn.eu/tech-a-suivre/invisibles-documentaires-travail-clic-micro-taches/>> Acesso: 17 de set. de 2020.

LASSANDARI, *Andrea* La tutela collettiva nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile. **Labor & Law Issues**, vol. 4, No. 1, 2018. Disponível em: <https://labourlaw.unibo.it/article/view/8366>. Acesso: 21 de set. 2020.

NORDIC LABOUR JOURNAL. **Oslo Foodora riders on strike.** Disponível em: <http://www.nordiclaborjournal.org/nyheter/news-2019/article.2019-09-09.4705108683>>. Acesso: 22 de set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf> Acesso: 19 de set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world.* Disponível em: <https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm> Acesso: 16. Ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy.* Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/travail/documents/publication/wcms_624286.pdf> Acesso: 16. Ago. 2020.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; DA ROCHA, Cláudio Jannotti; ABAURRE, Helena Emerick. **Algoritimização do Trabalho: reflexões nucleares**. Artigo desenvolvido para apresentação no V Seminário Internacional de Pesquisa (RE) Pensando o Trabalho Contemporâneo.

PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019, p.43.

PRASSL, Jeremias. *What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*. Disponível em: <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uid:674dbed4-317d-47a9b10a-688892aeaf34/>> Acesso: 16. Ago. 2020.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. O Direito do Trabalho brasileiro, o crowdwork e o trabalho on-demand. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). **O mundo do trabalho e a 4ª Revolução Industrial**. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SÍGNES, Adrián Todolí. **O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho**. Tradução de Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carslade. In: LEME, A.C.R.P.; RODRIGUES, B.A; JÚNIOR, J.E.R.C (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017, p. 31

THE VERGE. **BODIES IN SEATS: At Facebook's worst-performing content moderation site in North America, one contractor has died, and others say they fear for their lives** Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/6/19/18681845/facebook-moderator-interviews-video-trauma-ptsd-cognizant-tampa>> Acesso: 17 de set. de 2020.

THE VERGE. **Deaths and injuries don't slow Uber Eats' rapid expansion in Mexico**. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2019/7/3/20679004/uber-eats-mexico-delivery-courier-death-injury-insurance-expansion>>. Acesso em 1o de novembro de 2019.

UOL. **Uber irá desconectar motorista se ele dirigir por 12 horas em um dia**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/04/uber-lanca-ferramenta-que-impede-motorista-de-dirigir-por-mais-de-12-horas.htm>>. Acesso: 06 de dez. 2020.

VATICAN NEWS. **O Papa aos juízes: uma sentença justa é uma poesia que repara, redime e nutre**. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2020-11/papa-francisco-juizes-africa-america-sentencas.html>> Acesso: 05 de dez. 2020.

VIANA, Márcio Túlio. Prefácio. In: PIMENTA, José Roberto Freire; ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos. **A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego**. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019.

O RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL

RECOGNITION BY THE COVID-19 SUPREME FEDERAL COURT AS A LABOUR DISEASE

Lívia Mendes Moreira Miraglia¹

Jeibson dos Santos Justiniano²

RESUMO: A MP 927/2020 possui regra que parece excluir os casos de contaminação pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) do enquadramento de doença ocupacional. O objetivo do art. 29, da MP 927/2020 é contingenciar os impactos financeiros para os empregadores decorrentes de responsabilidade civil e previdenciária pelo contágio de trabalhadores por COVID-19. Na análise da compatibilidade dessa regra com o sistema jurídico-constitucional, é necessário avaliar todo o arcabouço protetivo do meio ambiente do trabalho. O STF, ao determinar a suspensão da eficácia do art. 29, da MP 927/2020, impediu a presunção automática de que a COVID-19 pelo trabalhador não se enquadra como doença ocupacional, sob o argumento de que a norma seria inconstitucional. O artigo pretende analisar se tal decisão sob o aspecto na necessidade e adequação.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19; Meio ambiente do trabalho; Doença ocupacional; Direito fundamental; Normas técnicas.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O meio ambiente de trabalho enquanto direito fundamental do trabalhador. 3 A lei brasileira e o conceito de doença ocupacional. 4 A declaração de inconstitucionalidade do art. 29 da MP 927/2020 pelo STF: retórica ou necessidade? A técnica do feixe de indícios como balizadora da interpretação da decisão do STF. 6 Conclusão. 7 Bibliografia.

ABSTRACT: MP 927/2020 rules that the cases of coronavirus contamination (covid-19) are not included in the framework of occupational diseases. The purpose of art. 29, of MP 927/2020 is to reduce financial impacts of civil and social security liability of the employers in cases of COVID-19 contagion. The Supreme Court has suspended the effectiveness of article 29 of MP 927/2020, preventing the automatic presumption that the illness of COVID-19 it's not an occupational disease, once this presumption would be unconstitutional. The aim of the article is to analyze if this decision was really necessary or if it was mere rhetoric.

KEYWORDS: COVID-19; Work environment; Occupational disease; Fundamental right; Technical standards.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 The working environment as a fundamental right of the worker. 3 Brazilian law and the concept of occupational disease. 4 The declaration of unconstitutionality of art. 29 of MP 927/2020 by the Supreme Court: rhetoric or necessity? The technique of the beam of evidence as a beacon for the interpretation of the STF decision. 6 Conclusion. 7 Bibliography.

Artigo recebido em 30/01/2021

Artigo aprovado em 22/02/2021

¹ Professora Adjunta de Direito do Trabalho da graduação e da pós-graduação da UFMG. Pós-doutoranda pela UNB.

² Professor Assistente de Direito Empresarial da graduação da UEA. Doutorando pela UFMG

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 174-193, SET-DEZ/2020

1 INTRODUÇÃO

A pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) vem causando impactos profundos na estrutura da sociedade brasileira. As determinações do Poder Público de medidas de quarentena, isolamento e distanciamento sociais, limitaram a iniciativa privada no desenvolvimento normal de suas atividades econômicas, gerando dificuldades ao cumprimento das obrigações legais, tributárias, previdenciárias e trabalhistas.

Diante desse contexto, o Poder Executivo Federal vem produzindo atos jurídicos com a finalidade de contingenciar as complexidades do momento. No âmbito trabalhista, destacam-se as Medidas Provisórias nº 927 e nº 936/2020.

O artigo 29 da MP nº 927/2020 estabelecia como regra que os casos de contaminação pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) não deveriam ser considerados como doenças ocupacionais, excetuando as hipóteses em que houvesse comprovação do nexo causal entre a contração do vírus e o exercício das atividades laborativas, nos seguintes termos: “*Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal*”.

Segundo alguns doutrinadores e juristas, o dispositivo em comento poderia levar à ausência de responsabilização dos empregadores, mesmo aqueles que exercem atividades essenciais na linha de frente de combate ao vírus. Significaria, também, excluir de plano e a princípio em todos os casos, a responsabilidade do empregador, delegando ao empregado a prova cabal e inequívoca do nexo causal, o que seria quase impossível ou de extrema onerosidade.

Para buscarmos parâmetros seguros a fim de subsidiar uma interpretação sistêmica e constitucional do art. 29, da MP 927/2020, foi necessária a construção de uma pesquisa que gravitou em torno de uma linha de raciocínio sedimentada na teoria crítica, buscando responder alguns pontos chaves, como, por exemplo: A decisão do STF sobre o reconhecimento da COVID-19 como doença ocupacional foi retórica ou uma necessidade? Com a decisão do STF houve o reconhecimento da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova?

Assim, foi empreendida uma avaliação com perspectiva de contextos sociais, políticos e econômicos que a Medida Provisória n. 927/2020 está inserida, com base numa vertente jurídico-sociológica, buscando na relação entre a novel legislação e o contexto da pandemia da

COVID-19, elementos para a compreensão da investigação sugerida em um contexto mais amplo (GUSTIN e DIAS, 2013, p. 22).

Como a Medida Provisória n. 927/2020 é resultado de recentes medidas dos setores políticos e governamentais na busca de combater o cenário de pandemia da COVID-19, o presente trabalho está calcado em uma investigação de cunho jurídico-compreensivo e jurídico-propositivo, pois visa compreender os diversos aspectos das complexas relações resultantes do cenário que estamos vivendo, e, diante disso, propor orientações jurídicas com levantamentos de caráter eminentemente teórico, mas que se propõem a ser também um texto de cunho científico, dado que almeja fornecer parâmetros para a avaliação de casos concretos de trabalhadores que contraíam COVID-19 na execução de seus ofícios.

Noutro ponto, com a devida vênia, tal raciocínio não nos parece prosperar diante de rápida, porém detida, análise do ordenamento jurídico pátrio, em especial do art. 927, parágrafo único do Código Civil. O dispositivo determina a *“obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

O próprio STF, em 5 de setembro de 2019, proferiu decisão em sede de Repercussão Geral (RE nº 828.040/DF), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes determinando que, embora o artigo 7º, XXVIII da Constituição estabeleça a responsabilidade subjetiva do empregador, no caso das atividades de risco a responsabilidade por acidentes de trabalho é objetiva consoante interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC.

Alguns outros doutrinadores e juristas sustentaram que o artigo 29 da MP nº 927/2020 seria inconstitucional, pois afrontava a ordem jurídica interna o que, com a devida vênia novamente, também não nos parece prosperar diante de rápido, porém detido, estudo da legislação nacional, em especial do art. 7º, XXVIII da CR/88 e dos artigos 20, §1º, d e 21 da Lei nº 8213/1991.

A norma constitucional estabelece a responsabilização do empregador quando houver dolo ou culpa, enquanto a lei previdenciária dispõe que não se consideram doenças ocupacionais as moléstias endêmicas, além de exigir a comprovação de nexo causal para a declaração da doença como ocupacional.

Em 29 de abril de 2020, no julgamento das liminares proferidas em sede das ADIns 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349, 6.352 e 6.354, o pleno do STF decidiu pela suspensão do artigo 29 da MP nº 927/20 em voto da lavra do Ministro Alexandre de Moraes.

A imprensa noticiou com alarde que a suspensão do artigo significaria que a contaminação por COVID-19 daqueles que continuam laborando seria então, sempre e automaticamente considerada como acidente do trabalho, gerando a responsabilização do empregador que manteve suas atividades econômicas o que, também não nos parece prosperar diante de análise minuciosa dos dispositivos mencionados e dos próprios fundamentos da decisão.

Afinal, o que realmente significa a suspensão do artigo 29 da MP 927/20?

É o que se pretende analisar no presente artigo, buscando perscrutar se a decisão do STF foi realmente necessária ou pode ser considerada como mero exercício de retórica no sentido de “discurso elaborado, mas vazio”.

2 O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

O objetivo da MP nº 927/20 é dispor sobre as “*medidas trabalhistas para o 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)*”, buscando minimizar os impactos financeiros e preservar empregos.

É evidente que os empregadores não podem assumir a responsabilidade pelo contágio, em toda e qualquer situação, dos seus empregados em momento de calamidade pública, sob pena de ilegalidade. A origem da responsabilidade civil reside na culpa ou dolo ou no exercício de atividade de risco.

Fato público e notório é que a doença provocada pelo vírus causador da COVID-19 tem se propagado pelo mundo com rapidez inimaginável, gerando crise sanitária sem precedentes históricos e cujos efeitos e consequências ainda não se conhece integralmente.

Por outro lado, isso não pode significar a exclusão, a princípio e de imediato da responsabilidade de empregadores que, deliberadamente exponham seus empregados ao contágio agindo com dolo ou mesmo culpa e nem eximir a responsabilização de empresas que desenvolvem atividade de risco como, por exemplo, aquelas consideradas essenciais para atuar na linha de frente da pandemia. Nesses casos, entende-se ser aplicável o art. 927, parágrafo único, do CC que, segundo a decisão do STF de 2019, determina a incidência de responsabilidade objetiva do empregador.

Deve-se, contudo, ponderar e questionar possível interpretação que leve à aplicação genérica e irrestrita que torne como regra a COVID-19 como doença ocupacional para todos aqueles que continuam laborando.

Nesse sentido, pergunta-se: seria razoável incluir as situações de contaminação de trabalhadores que estão no exercício de seus empregos mediante autorização concedida por decreto da autoridade competente e cujos empregadores estejam cumprindo as medidas preventivas recomendadas/determinadas pelas autoridades sanitárias? A exigência de comprovação de nexos causal pelo empregado, em período de pandemia, em processo judicial ou administrativo é medida que respeita o devido processo legal, considerando que os próprios cientistas ou especialistas têm dificuldade de determinar o momento e como se dá o contágio? A responsabilização objetiva com a inversão do ônus da prova, atribuindo ao empregador em qualquer hipótese o ônus de demonstrar que o empregado não contraiu a doença em serviço é razoável? Ou bastaria a prova da adoção das medidas sanitárias cabíveis? A análise dessas relevantes indagações deve levar em consideração o conceito de meio ambiente do trabalho e suas particularidades.

A legislação define o meio ambiente como: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (artigo 3º, parágrafo 1º, I da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/1981).

Verifica-se que o conceito legal se restringe basicamente ao meio ambiente natural, não sendo suficiente para caracterização e proteção do meio ambiente do trabalho. A expressão “meio ambiente” é, inclusive, criticada por alguns juristas ambientalistas que a entendem como redundante e pleonástica.

Silva³, ao analisar o conceito de ambiente explica que as palavras “meio” e “ambiente” possuem o mesmo sentido: “lugar, recinto, espaço onde se desenvolvem as atividades humanas e a vida dos animais e vegetais”. Entretanto, ele assevera que a redundância é necessária, eis que a expressão “meio ambiente” se manifesta mais rica de sentido, e, portanto, mais adequada, do que a simples palavra “ambiente”. Esta única palavra destacada da expressão dá a ideia apenas do conjunto de elementos, enquanto que acompanhada de “meio” leva à ilação de interação entre os elementos. Assim, embora seja um pleonasma, a expressão meio ambiente deve ser mantida a fim de se garantir uma concepção holística e integrativa.

³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 16.

Melo também defende o uso da expressão “meio ambiente” sob a justificativa técnico-jurídica de que ela é utilizada no texto da Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária⁴.

Rocha, ao buscar um conceito para o meio ambiente do trabalho, utilizou definição abrangente de meio ambiente, a fim de abarcar tanto os componentes naturais (água, flora, ar, ecossistemas, biosfera, recursos genéticos etc.) como os elementos ambientais humanos (construídos pelas ações do homem), elucida que:

A compreensão sobre meio ambiente do trabalho requer forçosamente a determinação do conceito de meio ambiente em geral, na medida em que aquele depende basicamente deste. Por conseguinte, opta-se por um conceito de meio ambiente amplo, que inclua não somente os elementos naturais (água, flora, fauna, ar, ecossistemas, biosfera, recursos genéticos etc.), mas também os componentes ambientais humanos, em outras palavras, o ambiente construído pela ação antrópica.

O meio ambiente do trabalho não pode ser entendido de forma estanque. Precisa ser inserido em contexto dinâmico de avaliação dos aspectos e elementos, a fim de alcançar a tutela integral das questões ambientais, refutando qualquer ideia de compartimentar o meio ambiente em espécies ou subespécies.

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem previsão expressa no texto constitucional, no artigo 200, inciso VIII, no capítulo sobre “Saúde” albergado no título da “Ordem Social”. Como não há palavras inúteis na Constituição, deve-se reconhecer a juridicidade do meio ambiente do trabalho, com todos seus consectários éticos, morais e legais. Assim, não cabe discussão acerca da natureza jurídica da proteção ao meio ambiente do trabalho enquanto norma constitucional.

Ademais, o meio ambiente do trabalho está diretamente relacionado à dignidade do trabalhador, de modo que o ponto fundamental de sua proteção constitucional e legal consiste na salvaguarda da saúde e da integridade do trabalhador. O meio ambiente do trabalho pode ser definido como o lugar onde o homem desenvolve suas atividades laborais e o conjunto das condições ambientais desse lugar. Em outras palavras, tudo que envolve o homem, os meios e o local onde desenvolve seu trabalho.

Nessa linha, Fiorillo define meio ambiente do trabalho como:

(...) o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores, ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc). Caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma

⁴ MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho**: direito fundamental. São Paulo: LTr, 2001, p. 64.

empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam⁵.

Silva, ao compreender o meio ambiente do trabalho como integrante do meio ambiente artificial também o identifica com a planta da empresa⁶.

Tais concepções acabam por restringir o conceito, pois o circunscrevem ao estabelecimento da empresa ou ao local de trabalho em sentido estrito.

Todavia, entendemos que o meio ambiente do trabalho não deve se referir apenas ao estabelecimento ou à empresa, devendo alcançar também todas as condições laborais e de vida, ainda que fora do local físico de trabalho.

A ideia ampliativa de definição de meio ambiente do trabalho permite concebê-lo como o conjunto de interações e influências presentes no local onde se executam as atividades dos trabalhadores, sendo o meio ambiente percebido como fator de interação e agente ativo⁷.

O conceito deve abranger, então, além do local específico de trabalho, os instrumentos de labor, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho.

Essa definição é imprescindível para incorporar à noção de meio ambiente de trabalho as novas formas de prestação de serviços, principalmente aquelas que foram intensificadas pelo isolamento social, como o trabalho em domicílio, teletrabalho ou trabalho à distância. Com relação à essas novas formas de organização laboral é de se ver que a necessidade abrupta, urgente e impositiva de implementá-las em razão da pandemia do novo Coronavírus (SARS-CoV-2), agravou também suas repercussões na saúde física e mental do trabalhador que se viu diante de verdadeira invasão do seu domicílio e perda de seu tempo de lazer, de interação familiar e de descanso, praticamente da noite para o dia.

É preciso que se compreenda de forma mais ampla o meio ambiente do trabalho, a fim de resguardar integralmente o trabalhador e, em tempos de quarentena e de isolamento social, trazer à baila a discussão de como se garantir essa proteção para além dos “muros das fábricas” e para dentro das “paredes do lar”.

A definição holística do meio ambiente do trabalho alcança as dimensões sociais e privadas do ser humano trabalhador, o que é essencial nesse momento em que vivenciamos a troca do *locus* tradicional de trabalho com a “invasão” do espaço privado (antes pessoal,

⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-22.

⁷ SADY, João José. **Direito do meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 122.

familiar e sagrado), substituindo-se as linhas de produção e escritórios empresariais por plataformas digitais e “home offices”.

A utilização da expressão “trabalhador” nesse ponto é feita de maneira proposital e deliberada, haja vista que o direito não se restringe ao empregado, pessoa física que labora com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. O direito ao meio ambiente de trabalho sadio, adequado e hígido é direito fundamental de todo aquele ser humano que labora, independentemente de seu vínculo jurídico. Elucida Melo que:

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (lato sensu). Não se trata de um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve as suas atividades. De conformidade com as normas constitucionais atuais, a proteção do meio ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção dos interesses difusos e coletivos. O Direito do Trabalho, por sua vez, regula as relações diretas entre empregado e empregador, aquele considerado estritamente⁸.

Nessa medida, qualquer definição dada pelo legislador infraconstitucional brasileiro sobre critérios de configuração ou não de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional não pode ser arbitrária e deve-se pautar sempre na proteção à saúde e segurança do homem trabalhador (e não apenas do empregado).

Estabelecidas essas premissas e firmada a hipótese de que a proteção integral do trabalhador envolve o acesso e a garantia a um meio ambiente do trabalho sadio e seguro, passa-se à análise do conceito de doença ocupacional, perscrutando como manter a higidez desse direito em tempos de pandemia.

3 A LEI BRASILEIRA E O CONCEITO DE DOENÇA OCUPACIONAL

As normas-regras que definem acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho (as duas últimas espécies de doenças ocupacionais) encontram-se na legislação previdenciária, mais especificamente nos artigos. 19 e 20, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991. Os dispositivos seguem critérios técnicos para a caracterização dos infortúnios, estabelecendo a necessidade de ocorrência denexo causal, ou seja, a exigência de que o acidente ou a doença decorram do exercício do trabalho.

⁸ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador:** responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

O parágrafo 1º, do art. 19, da Lei nº 8.213/1991, estabelece que “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”. Vê-se, assim, que as definições de acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho estão diretamente ligadas aos contornos técnicos-jurídicos do meio ambiente do trabalho.

Então, qualquer situação que comprometa a integridade física, a saúde e a vida do trabalhador não podem ser excluídas, por norma infraconstitucional, das definições de acidente de trabalho ou de doença ocupacional. A não caracterização de acidente de trabalho ou doença profissional só é possível se o fato não tiver nenhuma correlação com o exercício do trabalho, o que não inclui os casos em que o empregador deixa de observar as normas de proteção ao meio ambiente do trabalho ou em que ele desempenha atividade de risco.

Outra conclusão geraria premissa inconstitucional, de modo que nos parece impossível conceber interpretação que atribui à norma o poder de afastar a priori e abstratamente a ocorrência de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

É de se ver que o parágrafo 1º, do art. 20 da Lei nº 8.213/1991 estabelece entidades mórbidas excludentes da caracterização de doença do trabalho: a) a doença degenerativa; b) a inerente a grupo etário; c) a que não produza incapacidade laborativa; e d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Como se pode constatar, todas as hipóteses mencionadas não possuem nenhuma correlação com o desempenho da atividade laborativa sendo que, no último caso, a contaminação por doença endêmica, a própria lei estabelece a possibilidade de caracterização quando a exposição ou contato direto for determinado pela natureza do trabalho. Isso apenas reforça a ideia de que a definição de doença ocupacional está fundamentada em critérios técnicos de proteção ambiental do trabalho e que a norma não pode considerar situação genérica e geral como excludente.

Outro não poderia ser o tratamento dado pelo legislador às normas ambientais do trabalho, incluindo as definições técnicas de acidente de trabalho e doença ocupacional, pois a natureza jurídica dessas normas é nitidamente sanitária e de saúde dos trabalhadores⁹.

Ora, quando o legislador constituinte estabeleceu, no artigo 7º, inciso XXII, que é direito de todo e qualquer trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, expressou que a

⁹ JUSTINIANO, Jeibson dos Santos. **Direito Ambiental do Trabalho:** afirmação de uma sistemática de tutela específica. 2014. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Escola de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2014, p. 32.

regulamentação deve ser por meio de “*normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*”. Pergunta-se: qual foi realmente a intenção do Poder Constituinte Originário ao utilizar a expressão “*normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*” para regulamentar o direito de redução dos riscos inerentes ao labor?

A razão nos parece evidente. Deve-se considerar que as normas ambientais do trabalho são normas de ordem técnica. Assim, os órgãos de fiscalização trabalhista, previdenciária e sanitária devem realizar as inspeções com base em critérios técnicos e objetivos, determinando as medidas necessárias que devem ser respeitadas pelos empregadores para a tutela integral do meio ambiente do trabalho.

Interessante destacar que o legislador constituinte estabeleceu padrão de normas constitucionais e de posituação de direitos fundamentais que necessitam de regulamentação infraconstitucional ao se utilizar da expressão como “nos termos da lei” ou “nos termos da lei complementar”. Silva as denomina de normas constitucionais de eficácia limitada¹⁰.

No tocante ao direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho é de se ver que o art. 7º, XXII, da Constituição Federal determinou sua regulamentação por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, cuja competência ficou a cargo do legislador infraconstitucional e da autoridade fiscalizatória por meio das Normas Regulamentares editadas de acordo com as particularidades e especificidades de cada tipo de meio ambiente de trabalho.

Quando, qualquer medida legislativa disciplinadora de matérias ambientais do trabalho sem se pautar em critério técnico, especialmente tentando excluir do enquadramento de doença ocupacional situações fáticas que decorram do exercício do labor, há violação do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho adequado e sadio (art. 200, inciso VIII, da CR) e do direito da redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho (art. 7º, inciso XXII, da CR).

Nesse sentido, caso a interpretação dada ao art. 29, da MP nº 927/2020 fosse a de exclusão do enquadramento da COVID-19 como doença ocupacional como regra, evidente sua inconstitucionalidade material. Contudo, consoante já mencionado anteriormente não nos parece viável que tal interpretação viesse a prosperar, haja vista todo o arcabouço constitucional e normativo acerca do tema. Ao nosso ver, seria interpretação juridicamente impossível.

Nesse sentido, parece-nos que apenas a leitura equivocada do artigo 29 da MP nº 927/2020 poderia levar à exclusão de situações já tuteladas pelo ordenamento jurídico e

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo. Malheiros. 2003, p. 82.

chanceladas pelo STF como, por exemplo, no caso dos profissionais de saúde que laboram em atividade de risco, na qual prevalece a responsabilidade objetiva.

Assim, reitera-se a desnecessidade de afirmação de inconstitucionalidade do dispositivo via ADI, uma vez que bastaria a análise acurada e uníssona do ordenamento jurídico a garantir sua interpretação conforme à Constituição, abalizada pelos próprios precedentes da Suprema Corte.

Noutra medida, a hipótese de doença endêmica nos parece ser aplicável ao momento da pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2), a ocasionar a doença denominada COVID-19. Assim resta evidente que, se por um lado não se pode, a priori e abstratamente, afastar sua incidência como doença profissional, por outro lado também não se pode gerar presunção a priori e abstrata de que sua incidência seria sempre doença profissional.

As doenças ocupacionais são aquelas decorrentes da atividade laborativa desempenhada pelo indivíduo. Possuem duas espécies: doenças profissionais e do trabalho. Resultam da exposição a agentes físicos, químicos e biológicos, ou mesmo de uso inadequado de novos recursos tecnológicos¹¹.

Importante lembrar que o Estado Brasileiro ocupa a quarta posição no ranking mundial de acidentes de trabalho e doenças relacionadas ao trabalho e que muitos casos (cerca de 700 mil por ano) decorrem de negligência na adoção de medidas de saúde e segurança do trabalho por parte dos empregadores¹².

É fato inequívoco que estamos diante de problema de saúde pública, não podendo uma Medida Provisória ignorar essa realidade e criar presunção automática de que a contração de COVID-19 não configura doença ocupacional.

Mas também é fato inequívoco que decisão judicial não pode criar presunção automática de responsabilidade objetiva do empregador por todo e qualquer caso de contágio de COVID.

Nesse sentido, reafirma-se que, a princípio, o art. 29 da MP nº 927/2020 não trouxe inovação nociva e maléfica ao trabalhador quando interpretado à luz da Constituição e do ordenamento jurídico vigente.

A lei previdenciária, anterior à MP, já estabelecia que se a exposição ou contato direto for decorrente da natureza do trabalho, a doença, ainda que endêmica, será ocupacional. Conjugando-se tal regra com o art. 927, parágrafo único, do CC, conclui-se que, por exemplo,

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 468.

¹² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. São Paulo: LTr, 7. ed., 2007, p. 32.

os profissionais que atuam em atividade de risco, estão salvaguardados pela responsabilidade objetiva que somente poderá ser afastada por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou força maior, cujo ônus da prova recai sobre o empregador.

Ademais, o próprio artigo 29 da MP 927/2020 estabelecia que, quando provado o nexo causal restaria configurada a doença ocupacional decorrente da contaminação por COVID19 o que nos parecia em consonância com todo o arcabouço legislativo aqui apresentado.

Todavia, não se pode desconsiderar a conjuntura política e social, influenciadora das interpretações e decisões judiciais. Tal argumento é o que nos parece justificar o receio de interpretações equivocadas e a necessidade de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte brasileira.

4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29 DA MP 927/2020 PELO STF: RETÓRICA OU NECESSIDADE?

Basta um rápido e superficial exame da situação política e social brasileira para se evidenciar o fundado e legítimo receio das entidades sindicais e políticas que ajuizaram as ADIs, buscando resguardar o arcabouço protetivo vigente, garantido pelas normas constitucionais e infraconstitucionais e já abalizadas pelos precedentes judiciais do STF.

Da mesma forma, a conjuntura política e social parece justificar a decisão da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, suspendendo a eficácia da norma em comento para salvaguardar todo o arcabouço normativo existente.

Isso porque, a conjuntura política e social leva-nos a crer que o intuito do Chefe do Executivo Federal foi inviabilizar a caracterização de doenças ocupacionais nas contaminações de trabalhadores pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) como regra geral para todos os casos e situações, o que violaria o direito fundamental constitucional de proteção ao meio ambiente do trabalho conforme já explicitado.

Em sede de julgamento das medidas cautelares das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349, 6.352 e 6.354, prevaleceu o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes. Segundo o relator não se pode permitir a exclusão da consideração da contaminação pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) como doença ocupacional de maneira ampla e genérica como pretendeu a MP, determinando a suspensão da eficácia do art. 29 em face de sua inconstitucionalidade.

Mencionou-se ainda, no citado julgamento, que o art. 29 é “*extremamente ofensivo*”, principalmente, aos trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos aos riscos, como médicos e enfermeiros. Destacou que, relativamente aos funcionários de farmácias, de supermercados e aos *motoboys* que trazem e levam entregas de alimentos, também considerados atividades essenciais pelas normativas em vigor, há dificuldade em comprovar eventual nexo causal. Assim, afirmou que exigir do trabalhador a prova da relação entre a doença e o trabalho seria “diabólica” e que, portanto, nesses casos, deveria haver a inversão do ônus probante.

Mas em nenhum momento do voto o relator determina (e nem poderia) a responsabilidade objetiva genérica para todos os casos e situações.

Ao que nos parece, a Corte apenas manteve entendimento prévio, emanado de decisão do próprio Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 828.040/DF, sobre a responsabilização objetiva do empregador que desempenha atividade de risco quanto ao acidente de trabalho e que se harmoniza perfeitamente com as normas previdenciárias analisadas. À época, fixou-se a seguinte tese:

A regra do Direito brasileiro é a da responsabilidade civil subjetiva. Portanto, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Entretanto, para se evitar injustiças, previu que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, quando esta já prevê atividade perigosa, na hipótese de atividade com risco diferenciado ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos maiores, inerentes à própria atividade. Além disso, o Código Civil estabeleceu a regra geral da responsabilidade civil e previu a responsabilidade objetiva no caso de risco para os direitos de outrem. ‘Outrem’ abrange terceiros que não tenham qualquer tipo de vínculo com o empregador. Por conseguinte, seria absolutamente incoerente que, na mesma situação em relação ao trabalhador, a responsabilidade fosse subjetiva, e, em relação a terceiros, fosse objetiva. A Constituição estabeleceu um sistema em que o empregador recolhe seguro (CF, art. 7.º, XXVIII). Havendo acidente de trabalho, o sistema de previdência social irá pagar o benefício e o salário. Além do seguro que o empregado tem direito, há também a garantia de indenização, quando o empregador tenha incorrido em dolo ou culpa. Portanto, a Constituição, de uma maneira inequivocamente clara, previu a responsabilidade subjetiva.

Entretanto, o caput do art. 7.º da CF, ao elencar uma série de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, assenta a possibilidade de instituição ‘de outros que visem à melhoria de sua condição social’. Dessa forma, é certo que a Constituição assegurou a responsabilidade subjetiva (CF, art. 7.º, XXVIII), mas não impediu que os direitos dos trabalhadores pudessem ser ampliados por normatização infraconstitucional. Assim, é possível à legislação ordinária estipular outros direitos sociais que melhorem e valorizem a vida do trabalhador. Em decorrência disso, o referido dispositivo do CC é plenamente compatível com a CF.

(...) O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade (STF, RE 828.040, julg. 12/03/2020, DJe 19/03/2020).

Cumprido salientar que, diferentemente daquilo que foi amplamente divulgado pela mídia, o STF não determinou categoricamente que toda e qualquer situação de contaminação de

trabalhador pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) ensejará a responsabilidade civil do empregador, e muito menos que a teoria a ser adotada é a da responsabilização objetiva para todo e qualquer caso.

No nosso sentir, o que foi afirmado é que a exigência de demonstração de provas do nexo causal entre a contaminação pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) e o exercício do trabalho por parte do empregado, em situações que há real dificuldade probatória, desnatura a tese adotada no RE 828.040/DF, viola normas constitucionais e esvazia a função teleológica de proteção do Direito Ambiental do Trabalho.

O STF, ao determinar a suspensão da eficácia do art. 29, da MP 927/2020, apenas impediu a presunção relativa automática de que COVID-19 pelo trabalhador não se enquadra como doença ocupacional. Mas isso não gera, automaticamente o enquadramento como doença ocupacional de toda e qualquer situação de contágio do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) pelo trabalhador. A interpretação da decisão deve ser realizada à luz do ordenamento jurídico pátrio que é uno e indivisível e cujas leis devem ser interpretadas sempre à égide da Constituição.

Nesse aspecto, lembremo-nos que o art. 7º, XXVIII da CR é claro ao aduzir a responsabilidade civil do empregador pelos infortúnios causados pelo trabalho quando houver dolo ou culpa, estabelecendo como regra a responsabilidade subjetiva, cabendo prova do nexo causal e de elementos normativos conforme determina a legislação infraconstitucional.

Ademais, a responsabilidade objetiva não se presume, devendo ser fixada por lei expressamente, tal como ocorre nas hipóteses de atividades de risco, nos termos da legislação civil, subsidiariamente aplicada ao direito trabalhista. Lembremo-nos ainda de que a atividade de risco é aquela que importa em perigo, em probabilidade de dano. Então, o empregador que desenvolve atividades de maior risco, como por exemplo aquelas que são consideradas essenciais no combate à pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) deve ser responsabilizado. A presente premissa decorre da ideia de violação do dever de segurança¹³.

O reconhecimento ou não de contágio da doença como doença ocupacional dependerá da aplicação técnico-jurídica dos pressupostos de responsabilidade civil. E a teoria da responsabilidade civil a ser aplicada dependerá da análise peculiar de cada caso concreto, aferindo-se os riscos inerentes, acentuados ou não, da atividade exercida pelo trabalhador nesse período de pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2).

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 11ª Ed., 2019, p. 146.

Também deverá ser analisado os documentos normativos produzidos a partir do Decreto nº 10.282/2020 que estabeleceu o estado de calamidade e definiu quais seriam as atividades essenciais e as atividades da linha de frente do combate à pandemia, nos artigos 3º e 4º.

5 A TÉCNICA DO FEIXE DE INDÍCIOS COMO BALIZADORA DA INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO DO STF

De fato, parece-nos que a principal consequência da decisão de suspensão liminar da norma em destaque é quanto ao ônus probatório.

Pelo teor dos fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes compreende-se que, somente naquelas situações em que exista real dificuldade ou impossibilidade de se produzir provas e nas quais o trabalhador esteja sujeito a atividades de risco é que haverá a inversão do ônus probatório. O que, repita-se não se trata de produção de prova negativa (o que é juridicamente impossível), mas sim de prova de excludente de responsabilidade civil ou, ainda, consoante a lavra do próprio Ministro, da prova da aplicação de todas as medidas cabíveis (sanitárias, de isolamento, desinfecção, afastamento, dentre outras) para a prestação do serviço em tempos de pandemia.

O julgador deverá, à luz do caso concreto, dirimir os conflitos ou litígios trabalhistas decorrentes da contração de COVID-19 enquanto doença ocupacional, sob os consectários do princípio do devido processo legal, determinando a inversão do ônus da prova de forma expressa e de acordo com os dispositivos legais cabíveis.

Assim, se no caso concreto a ser apreciado for verificada situação em que a exigência de comprovação do nexos causal possa implicar para o trabalhador (autor da ação trabalhista) impossibilidade ou extrema dificuldade de cumprir o encargo probatório, deve ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 818, § 1º, da CLT, e do art. 373, § 1º, do CPC, sob pena de se configurar prova diabólica. O ônus probatório será redistribuído para o empregador, parte capaz de produzir a prova, *in casu*.

Importa salientar que a legislação trabalhista estabelece que a redistribuição do ônus probatório para o empregador (parte ré na ação trabalhista) não pode gerar hipótese em que a desincumbência do encargo de produzir o fato negativo seja impossível ou excessivamente difícil, nos termos do art. 818, § 3º, da CLT e do art. 373, § 2º, do CPC.

Nessa medida, entendemos que demandas judiciais tendo como objeto causas dessa natureza são campo fértil para aplicação da técnica chamada feixe de indícios ou indícios

convergentes para que o empregador (reclamado) possa se desincumbir do ônus probatório para ele redistribuído.

Em um contexto de pandemia, é muito provável que o empregador não consiga demonstrar que o empregado não contraiu o Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) no exercício do trabalho. Entretanto, ele pode demonstrar várias presunções ou diversos indícios de que há um juízo de verossimilhança a induzir que o empregado não contraiu a doença no exercício da sua atividade laborativa ou que ele aplicou todas as medidas cabíveis para evitar a contaminação no local de trabalho, comprovando a legalidade e a boa-fé.

Ensina Santos sobre essa reunião de presunções direcionadas para o mesmo sentido:

Ocorrendo várias presunções, pode acontecer que cada qual não se apresente, isoladamente, suficientemente grave e precisa, e, assim, cada qual não forneça o elemento probatório capaz de, por si só, convencer o juiz. Mas as várias presunções, dirigindo-se no mesmo sentido e para o mesmo resultado, concordantes pois, fazem crescer a gravidade de cada qual e diminuir as dúvidas que, isoladamente, cada uma permite suscitar¹⁴.

A técnica do feixe de indícios ou indícios convergentes aponta em um direcionamento que presume se determinada conduta ou comportamento ocorreu ou não. Podemos citar, por exemplo, a demonstração de contexto indiciário no qual fica evidente que o empregado provavelmente contraiu a doença no ambiente familiar, uma vez que foi afastado do trabalho para cuidar da esposa diagnosticada com COVID-19.

Ou então, empregador que demonstrou a adoção de medidas preventivas à circulação do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2), permitiu trabalho em *home office* para boa parte de seus funcionários, orientou e fiscalizou as medidas de saúde e segurança no trabalho, em especial as medidas de higiene, entregou e exigiu a utilização dos equipamentos de proteção individual, realizou exames, decretou afastamentos e instituiu quarentenas, isolamentos e distanciamentos nos termos das normas sanitárias e decretos das autoridades competentes. Nesse exemplo, não existindo outras provas, é factível a declaração de existência de constelação de indícios, ensejando a conclusão de que não há provas suficientes para sustentar o nexos causal necessário à caracterização de doença profissional.

Assim, parece-nos plenamente cabível a aplicação da técnica do feixe de indícios ou da constelação de indícios no presente contexto de pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) para a dilação probatória por parte dos empregadores para se desonerar do ônus

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 495-496.

probatório redistribuído, em respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

6 CONCLUSÃO

A pandemia do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) não pode servir como justificativa para fragilizar todo o sistema constitucional de proteção do meio ambiente do trabalho com o objetivo de salvaguardar os interesses dos empresários brasileiros. A suspensão do art. 29, da Medida Provisória nº 927/2020, em sede de medida cautelar no controle concentrado de constitucionalidade, diante do cenário político e social vigente, pretendeu restabelecer o respeito à proteção da saúde e segurança de milhões de trabalhadores de nosso País.

O texto do art. 29, da MP nº 927/2020, embora pudesse ser interpretado de maneira diversa, foi entendido pelo STF, em juízo de cognição sumária, como incompatível com a Constituição, uma vez que algumas leituras permitiriam aduzir presunção automática de não reconhecimento do contágio pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) como doença ocupacional, violando frontalmente valores constitucionais tão caros para o nosso ordenamento jurídico, como o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), a norma constitucional da redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXVIII) e o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho sadio e adequado dos trabalhadores (artigos. 200, VIII, e, 225, *caput*, ambos da CF).

No nosso sentir, embora possa parecer uma decisão retórica ou desnecessária, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao evitar a construção de qualquer outra teoria que não fosse aquela já vigente no ordenamento jurídico pátrio e que pudesse afrontar direitos fundamentais trabalhistas. Ao suspender a eficácia da regra em análise, garante-se o respeito à validade e à eficácia da proteção constitucional e legal diferenciada do meio ambiente do trabalho do trabalho, a qual tutela com amplitude e profundidade, e de forma preventiva, a sadia qualidade de vida dos trabalhadores nas diversas relações de trabalho.

Assim, evita qualquer construção equivocada que atribua sentido diverso ao dispositivo agora suspenso e que possa levar por terra todo o arcabouço constitucional e normativo de proteção ao meio ambiente do trabalho como direito fundamental de todo e qualquer trabalhador.

Em tempos que discursos de ódio ganham força e medidas sem respaldo científico e legal ganham corpo, dizer o óbvio e reforçá-lo incansavelmente, parece-nos extremamente necessário, ainda que de certa forma possa parecer retórico.

7 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Saraiva: São Paulo, 2017

BITTENCOURT, Fábio. **Brasil ocupa quarta posição no ranking de acidentes de trabalho**. A Tarde. 12 de maio de 2019. Empregos e Negócios. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/empregos/noticias/2058823-brasil-ocupa-quarta-posicao-no-ranking-de-acidentes-de-trabalho>> Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 10.282**, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **Medida Provisória nº 927**, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas 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). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.342**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.344**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Outros-Cautelar-na-ADI-6344.-Interpretac%CC%A7a%CC%83o-conforme-Constituic%CC%A7a%CC%83o-dispositivos-MP-927.-Indeferimento-liminar.-STF.pdf>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.346**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881206>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.348**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881596>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.349**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881597>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.352**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881916>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.354**. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882545>>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 828.040**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incident>>

e=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>. Acesso em: 30 de mai. de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 11ª Ed., 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Dias. **(RE)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

JUSTINIANO, Jeibson dos Santos. **Direito Ambiental do Trabalho: afirmação de uma sistemática de tutela específica**. 2014. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Escola de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2014.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. São Paulo: LTr, 7. ed., 2007.

PINTO, Renan Freitas, SOUZA, Devyd Spencer R de e TELLES, Tenório. **Teoria crítica e Adorno ideias em constelação**. Manaus: Valer, 2015

SADY, João José. **Direito do meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. Vol V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo. Malheiros. 2003.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ACCORDI AZIENDALI DI INCENTIVAZIONE ALLA RISOLUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO NELL'EMERGENZA COVID-19: UN MODELLO DA STABILIZZARE¹

BUSINESS INCENTIVE AGREEMENTS TO RESOLVE THE WORK RELATIONSHIP IN THE EMERGENCY OF COVID-19: A MODEL TO BE STABILIZED

Arturo Maresca²

RIASSUNTO: Il limite di efficacia temporale della norma in esame non viene espressamente previsto, anche se appare sufficientemente chiara l'intenzione del legislatore di legare l'operatività della norma al periodo in cui restano in vigore le "preclusioni e le sospensioni" dei licenziamenti previsti dai co. 1 e 2 dello stesso art. 14, essendo stata la norma qualificata come eccezione al divieto di licenziamento ivi previsto. Si può quindi dire che la vigenza della norma non potrà andare oltre il 31 dicembre 2020 o, comunque, prima se dovesse venir meno in capo al datore di lavoro il divieto di licenziamento (ad esempio con l'esaurirsi dell'esonero contributivo).

PAROLE CHIAVE: COVID-19; Accordi aziendali di incentivazione alla risoluzione.

ABSTRACT: The time limit of effectiveness of the rule in question is not expressly provided, although it is the intention of the legislator to link the application of the rule to the period in which the "executions and suspensions" of the exemptions provided for by the co. 1 and 2 of the same art. 14, the rule having been qualified as an exception to the prohibition on dismissal provided for therein. It can therefore be said that the validity of the rule cannot go beyond December 31, 2020 or, in any case, before, if the prohibition on dismissal is no longer exercised by the employer (for example, with the exhaustion of the exemption contribution).

KEYWORDS: COVID-19; Corporate resolution incentive agreements.

1. L'art. 14 costituisce una delle norme più complesse del DL, 14 agosto 2020, n. 104 convertito con L, 13 ottobre 2020, n. 126 (nel prosieguo DL) sia per la delicatezza del tema affrontato – quello dei limiti eccezionali al licenziamento economico, individuale e collettivo – sia per l'oggettiva difficoltà di individuare un non facile, anche se costituzionalmente doveroso, bilanciamento tra la protezione dell'occupazione messa a rischio dalla pandemia ed il diritto delle imprese di apportare le modifiche strutturali alla propria organizzazione necessarie per reagire ai profondi mutamenti dei mercati; modifiche organizzative che, ove fossero differite, potrebbero compromettere irrimediabilmente la "continuità aziendale", art. 2086, co. 2, cod. civ..

¹O artigo será mantido no idioma original do autor e serão mantidas as normas de referência do país de origem.

²Desde 2008 é titular da cátedra de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Sapienza de Roma; Anteriormente, ocupou a cadeira de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de "Roma Tre", da Universidade de L'Aquila, Teramo e Macerata.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 194-201, SET-DEZ/2020

L'esito di questa complessa mediazione non è nitidamente espresso nell'art. 14 la cui formulazione risente, probabilmente, delle difficoltà politiche incontrate dal Legislatore nella ricerca di un punto di equilibrio, con la conseguenza di scaricare sull'interprete, com'è accaduto spesso anche in passato, il compito di enucleare caso per caso (ed è questo il punto dolente) il limite posto dalla norma al licenziamento economico.

Peraltro le incertezze generate dalla formulazione dell'art. 14, finiscono poi per determinare esse stesse la soluzione del tutto anomala del problema, in quanto producono un effetto paralizzante che blocca di fatto i licenziamenti a causa del rischio di contenziosi giudiziari che, in un tempo così breve come quello dell'efficacia dell'art. 14, non potrebbero neppure essere risolti dalla Cassazione nell'esercizio della funzione nomofilattica.

Un blocco di cui beneficiano, naturalmente, i soli lavoratori a tempo indeterminato, accentuando così il sacrificio delle posizioni dei lavoratori (dipendenti o autonomi) temporanei (cioè i giovani) che pagano, come sempre, il prezzo più alto della crisi con la perdita di quasi un milione di posti di lavoro a termine stimata dall'ISTAT per il secondo trimestre dell'anno.

2. Le segnalate incertezze sul divieto di licenziamento, mettono in evidenza l'importanza delle alternative al licenziamento economico previste dall'art. 14, co. 3 in forma di eccezione al relativo divieto e, segnatamente, di quella riferita alle *“ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo, a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22”*.

Di sicuro questa è, sul piano sistematico ed applicativo, l'eccezione più significativa tra quelle previste dall'art. 14, co. 3, anche se, a ben vedere, non si tratta di una deroga al divieto di licenziamento sancito dall'art. 14, in quanto le risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro o le dimissioni del lavoratore costituiscono alternative che sono state sempre possibili e praticate, anche in costanza del divieto di licenziamento sia nel regime dell'art. 46 che dell'art. 14.

Si tratta, piuttosto, di una speciale fattispecie di risoluzione consensuale del contratto di lavoro a formazione progressiva che viene innescata dall'accordo sindacale concluso in sede aziendale che può incorporare (secondo una delle possibili formulazioni dell'accordo di cui si dirà in seguito) anche la proposta irrevocabile del datore di lavoro e si completa con l'eventuale adesione del dipendente che, nel loro insieme, producono l'effetto estintivo del rapporto di lavoro ed il diritto del lavoratore alla NASPI.

Sul piano sistematico il congegno elaborato dal legislatore si segnala per l'originalità della soluzione che si fonda sulla combinazione di tre diversi profili: quello dell'accordo collettivo che costituisce la premessa necessaria per raccogliere, poi, l'adesione individuale volontaria del singolo lavoratore che determina l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, con l'attribuzione della tutela previdenziale derivante dal riconoscimento della NASPI.

3. Quanto appena detto consente di aggiungere qualche ulteriore osservazione con riferimento a due distinti punti per evidenziare che: a) il perfezionamento dell'accordo non richiede l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo in base agli artt. 4 e 24, L. 23 luglio 1991, n. 223, in quanto l'accordo non è parte di quella procedura né il legislatore lo inserisce in essa o lo riconduce ad essa; b) nell'accordo aziendale le parti stipulanti non devono neppure formalizzare una dichiarazione di eccedenza di personale, a guisa di certificazione necessaria per la produzione degli effetti (il riconoscimento della NASPI) che il legislatore collega all'accordo.

Con ciò non si vogliono, però, negare sul piano funzionale le molte analogie che presenta la previsione dell'art. 14, co. 3 con la pratica degli accordi sindacali di chiusura delle procedure di licenziamento collettivo che individuano i lavoratori da licenziare in quelli che non si oppongono al licenziamento (la mobilità c.d. volontaria, riservata ai lavoratori che manifestano preventivamente la volontà di accettare il licenziamento). Non mancano alcune differenze, ad esempio di escludere il diritto al preavviso per il lavoratore conseguente al licenziamento collettivo (che comporta le ben note conseguenze contributive), ma anche la "*precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro sei mesi*" dal licenziamento collettivo *ex* art. 15, co. 6, L. 29 aprile 1949, n. 264 e, infine, la difficoltà di invocare la sospensione dell'obbligo di assunzione dei lavoratori disabili prevista dall'art. 3, co. 5, L. 12 marzo 1999, n. 68 (un aspetto quest'ultimo in alcuni casi di non trascurabile rilievo).

Si può, quindi, dire che sussiste una fungibilità tra l'accordo di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro dell'art. 14, co. 3 e le procedure di riduzione di personale riservate ai lavoratori che non si oppongono al licenziamento, almeno per quelle aziende (normalmente di dimensioni medio-grandi e che si muovono in un contesto di relazioni sindacali partecipative) che, come dimostra l'esperienza applicativa, hanno utilizzato le procedure di riduzione del personale solo su *base volontaria*.

4. Come si è detto il presupposto per la realizzazione della risoluzione disciplinata dall'art. 14, co. 3 è l'”*accordo collettivo aziendale*” che, però, deve essere “*stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale*”.

Anche in questo caso, come in molte altre occasioni, il rinvio del legislatore all'accordo sindacale pone alcuni problemi inerenti all'interpretazione dei criteri adottati per circoscrivere tali accordi legittimandone alcuni e, quindi, escludendone, altri.

La selettività esercitata dal legislatore con l'art. 14, co. 3 riguarda il livello aziendale dell'accordo ed i sindacati stipulanti.

Quanto al primo punto il legislatore circoscrive la legittimazione ai soli accordi aziendali, quindi escludendo quelli territoriali o nazionali che potrebbero semmai (ma si tratta di un'ipotesi di non facile realizzazione) soltanto dettare norme-quadro per agevolare ed indirizzare quelli aziendali.

La scelta del legislatore si fonda su solide ragioni in quanto solo a livello aziendale può essere apprezzata l'esigenza di agevolare l'esodo del personale dipendente, ma pone un problema per i datori di lavoro di piccole dimensioni che non hanno (né, a dire la verità, intendono coltivare) alcuna relazione con il sindacato, con la conseguenza che per loro e per il personale dipendente sarà difficile accedere alla risoluzione consensuale incentivata dalla NASPI prevista dall'art. 14, co. 3.

In questo caso potrebbe essere utile riflettere – pur tenendo conto delle oggettive diversità e del breve arco temporale di applicazione dell'art. 14, co. 3 – sulla possibilità di replicare con riferimento agli accordi aziendali richiamati da questa norma le soluzioni già sperimentate dall'Accordo interconfederale 14 luglio 2016 che consente alle imprese, dove non è costituita una RSA, di accedere ad una contrattazione di secondo livello la cui applicazione è necessaria affinché i dipendenti possano beneficiare dell'imposta sostitutiva applicabile ai premi variabili in relazione agli incrementi di produttività negoziati in sede aziendale o territoriale.

Passando al secondo punto, si deve ricordare che gli accordi aziendali di cui all'art. 14, co. 3, devono essere firmati dal datore di lavoro e “*dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale*”.

In primo luogo va detto che la rappresentatività deve intendersi riferita ai lavoratori per i quali l'accordo viene stipulato. Poiché tra essi possono esservi anche i dirigenti è evidente che in questo caso le organizzazioni sindacali saranno quelle dei dirigenti.

La norma utilizza, com'è noto, un'espressione ricorrente nel nostro ordinamento che, per un verso, consente di escludere le RSA o la RSU dal novero dei soggetti legittimati a

sottoscrivere tali accordi, ma, per altro verso, solleva le consuete incertezze per quanto riguarda sia l'identificazione dei sindacati abilitati sia la possibilità di stipulare accordi *separati*.

Per quanto riguarda l'esclusione delle RSA o della RSU sarebbe auspicabile un ripensamento del legislatore, quanto meno utilizzando la collaudata formula, prevista per la prima volta nell'art. 8, co. 1, DL 13 agosto 2011, n. 138 e poi replicata nell'art. 51, D. lgs., 15 giugno 2015, n. 81, che seleziona nell'ambito delle rappresentanze aziendali quelle riconducibili (dice il legislatore le "loro") ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Con riferimento a questi sindacati la scelta del legislatore di utilizzare la preposizione articolata "dalle" anziché la preposizione semplice "da" "*organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale*" evidenzia, secondo una tradizionale esperienza, la volontà di una maggiore selettività nell'individuazione dei sindacati legittimati a sottoscrivere l'accordo aziendale che, quindi, sembra possibile identificare nelle associazioni nazionali di categoria (ovviamente nelle loro articolazioni territoriali) firmatarie del CCNL applicato dal datore di lavoro e, più precisamente, se non tutte, almeno quelle che vantano la maggiore rappresentatività rispetto alle altre.

5. Il contenuto dell'accordo aziendale previsto dall'art. 14, co. 3 non è predeterminato univocamente, ma può assumere contenuti variabili in base alle scelte di volta in volta effettuate delle parti stipulanti.

Infatti l'accordo aziendale si può limitare ad autorizzare le risoluzioni consensuali dei rapporti di lavoro che, poi, il singolo datore di lavoro concluderà con ogni lavoratore interessato individuandone le condizioni e, all'opposto, potrà disciplinare compiutamente tali condizioni, rimettendo al lavoratore soltanto la decisione in ordine all'adesione che è necessaria per perfezionare la risoluzione a seguito della quale si produce l'effetto estintivo del rapporto di lavoro.

Quale che sia la soluzione preferita dalle parti stipulanti l'accordo aziendale rispetto alle due ipotizzate (o tutte quelle intermedie che si possono immaginare), non c'è dubbio sulla necessità di regole finalizzate a disciplinare le risoluzioni dei rapporti di lavoro.

La scelta, quindi, è se uniformare queste regole (o anche solo alcune di esse) nell'accordo aziendale, con la conseguenza di predeterminarle in modo vincolante o lasciare che esse siano concordate a livello individuale dal datore di lavoro con ogni singolo dipendente.

La condizione più rilevante riguarda, sicuramente, l'incentivo economico che il lavoratore riceverà a fronte dell'adesione all'accordo aziendale edella conseguente risoluzione che estingue il rapporto di lavoro.

In relazione a tale incentivo si deve, in primo luogo, evidenziare che la sua erogazione, sebbene molto probabile, non è necessariamente imposta dall'art. 14, co. 3, con l'effetto di rendere in questo caso (eccezionalmente) onerosa la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

Infatti nella formulazione utilizzata dal legislatore (“*accordo collettivo aziendale ... di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro*”), oggetto di “*incentivo*” è la risoluzione del rapporto di lavoro. Risoluzione che costituisce l'obiettivo al quale tendono le parti stipulanti l'accordo sindacale e che il legislatore vuole favorire consentendo al lavoratore (o, meglio, ai lavoratori indicati nell'accordo nel caso in cui l'individuazione sia selettiva) di beneficiare della NASPI che, quindi, costituisce l'opportunità offerta dal legislatore per agevolare gli accordi di risoluzione del rapporto di lavoro.

Come già detto è anche possibile, anzi probabile, che tale accordo abbia un contenuto molto semplificato, limitandosi ad autorizzare le risoluzioni del rapporto di lavoro che le parti (prestatore e datore di lavoro) intenderanno convenire per accedere alla NASPI. In questo solo caso le condizioni della risoluzione consensuale - che dovrà avvenire nelle forme previste dall'art. 26, D. lgs., 14 settembre 2015, n. 151 - saranno pattuite bilateralmente tra prestatore e datore di lavoro.

Uno dei punti più rilevanti della risoluzione del rapporto di lavoro, riguarderà l'erogazione di un incentivo all'esodo, questione che si collega strettamente (se non inscindibilmente), come dimostrano le esperienze maturate nell'applicazione pratica, con quella della distinta transazione generale finalizzata ad estinguere ogni possibile pretesa relativa al rapporto di lavoro, acquisendo in tal modo la certezza di evitare ogni futura rivendicazione. Tali transazioni, però, dovranno essere sottoscritte, a pena della loro validità, nelle sedi previste dall'art. 2113, co. 4, cod. civ., con la conseguenza che anche l'adesione del lavoratore dell'accordo aziendale troverà in questa occasione un'ulteriore (anche se non necessaria) conferma.

6. Una volta stipulato l'accordo aziendale l'effetto estintivo del rapporto di lavoro si produrrà “*limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo*”.

Sembra, quasi, che per l'estinzione del rapporto di lavoro sia sufficiente la dichiarazione unilaterale del dipendente (non viene nemmeno prevista la forma scritta) di adesione all'accordo aziendale che abbia regolato compiutamente le condizioni della risoluzione del rapporto di lavoro, quindi senza neppure la necessità di stipulare in questo caso un ulteriore accordo bilaterale di risoluzione consensuale tra il prestatore ed il datore di lavoro nelle forme

dell'art. 26, D. lgs., n. 151/2015 (che sarà, invece, necessario, come si è detto, se l'accordo aziendale non disciplina le condizioni della risoluzione del rapporto di lavoro).

Ipotesi possibile, ma poco probabile in quanto come si è detto la risoluzione sarà agevolata con l'erogazione di un incentivo all'esodo che si accompagnerà ad una transazione generale nelle sedi previste dall'art. 2113, co. 4 nelle quali si ribadirà anche la volontà risolutiva delle parti del rapporto di lavoro.

Sarà anche possibile che, come accade non di rado, le parti individuali nel convenire la risoluzione del rapporto di lavoro differiscano l'effetto estintivo del rapporto di lavoro fissando un termine.

7. Quanto da ultimo detto, induce a dedicare un solo cenno al complesso tema dell'efficacia temporale della risoluzione disciplinata dall'art. 14, co. 3.

Il limite di efficacia temporale della norma in esame non viene espressamente previsto, anche se appare sufficientemente chiara l'intenzione del legislatore di legare l'operatività della norma al periodo in cui restano in vigore le *"preclusioni e le sospensioni"* dei licenziamenti previsti dai co. 1 e 2 dello stesso art. 14, essendo stata la norma qualificata come eccezione al divieto di licenziamento ivi previsto.

Si può quindi dire che la vigenza della norma non potrà andare oltre il 31 dicembre 2020 o, comunque, prima se dovesse venir meno in capo al datore di lavoro il divieto di licenziamento (ad esempio con l'esaurirsi dell'esonero contributivo).

Il punto più delicato riguarda il caso dell'accordo di risoluzione del rapporto di lavoro convenuto tra le parti con differimento dell'effetto estintivo, quando tale effetto viene dilazionato oltre il 31 dicembre 2020.

Al riguardo sembra possibile dire che la fattispecie in esame prevista dall'art. 14, co. 3 si deve necessariamente e compiutamente realizzare in vigenza di tale norma, quindi entro il 31 dicembre 2020. Ma tale affermazione concerne le due componenti della fattispecie, cioè l'accordo aziendale e la successiva risoluzione del rapporto di lavoro pattuita tra le parti che, quindi, potrà anche prevedere il differimento del termine in cui si produce l'effetto estintivo, in quanto è tale effetto che si colloca oltre la vigenza della norma e non la pattuizione con la quale il termine è stato convenuto.

Peraltro questa possibilità non trova ostacoli neppure nella disciplina della NASPI la cui erogazione non è limitata all'anno 2020, ma avverrà anche negli anni successivi. Né si può dire che l'art. 14, co. 3 nell'attribuire al lavoratore il diritto del lavoratore alla NASPI lo condiziona al momento in cui si estingue il rapporto di lavoro, anzi al contrario per il legislatore "è

comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22".

In conclusione sembra che l'utilità del norma – dimostrata dalla sua positiva sperimentazione con numerosi accordi stipulati ex art. 14, co. 3 - dovrebbe convincere il legislatore a rendere strutturale per il futuro una modalità – anche diversa dall'accordo sindacale aziendale – di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, incentivata con il riconoscimento della NASPI.

POLÍTICAS DE EMPLEO Y EDAD EN ESPAÑA

EMPLOYMENT AND AGE POLICIES IN SPAIN

Fernando Fita Ortega¹

RESÚMEN: La edad ha sido tradicionalmente considerada un criterio para identificar grupos vulnerables en el mercado de trabajo. De este modo, por razón de edad se ha incluido como grupo desfavorecido al de los jóvenes y al de los trabajadores mayores, siendo que para ambos colectivos las políticas de empleo han previsto estímulos con objeto de fomentar su contratación. Sin embargo, las medidas empleadas presentan muchas carencias y deficiencias pues, además de no contribuir eficazmente a la inserción de estos colectivos en el mercado de trabajo, fomentan un empleo de baja calidad, perpetuando la dualidad del mercado de trabajo, no favorecen un relevo generacional en los puestos de trabajo y, al emplear prioritariamente la reducción de costes laborales mediante bonificaciones a las cotizaciones sociales, perjudican la financiación del sistema de la Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: Políticas de empleo; Edad; Instrumentos de fomento del empleo; Grupos vulnerables.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los instrumentos de las políticas de fomento del empleo dirigidas al colectivo desfavorecido por razón de edad. 2.1. Los instrumentos que inciden sobre el coste salarial de los trabajadores contratados. 2.2. Los instrumentos que se centran en la temporalidad de la relación laboral como estímulo a la contratación. 3. Diversificación de la intensidad del estímulo a la contratación en función del criterio de la edad. 4. Objetivos perseguidos con las medidas de fomento del empleo dirigidas al colectivo desfavorecido por su edad. 5. Medidas de compaginación del fomento del empleo de jóvenes con el mantenimiento del empleo de trabajadores sénior. 6. Algunas consideraciones finales. 7. Bibliografía citada.

ABSTRACT: Traditionally, age has been considered in order to identify the vulnerable groups in the labour market. Hence, policy makers have included two vulnerable groups on grounds of an age criterion: young and elder employees. Policy for fostering employment foresee measures to promote their engagement under a contract of employment, but these measures are inefficient as their results clearly shows. The incentives used, mainly based on the reduction of wage cost and temporary contracts of employment presents several inconveniences. They do not allow a generational replacement at the job posts; perpetuates the duality in the labour market, and damages the financial sustainability of the Social Security System, as reductions of the social contributions to be paid by the employer are the most common tool to promote employment.

KEY WORDS: Employment Policy; Age; Tools for promoting employment; Vulnerable groups.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The instruments of the policies to promote employment aimed at the age-disadvantaged group. 2.1. Instruments that affect the wage cost of hired workers. 2.2. Instruments that focus on the employment relationship temporality as a stimulus to hiring. 3. Diversification of the intensity of the hiring stimulus based on age criteria. 4. Objectives pursued with the measures to promote employment aimed at the disadvantaged group due to their age. 5. Measures to combine the promotion of youth employment with maintaining the employment of senior workers. 6. Some final considerations. 7. Cited bibliography.

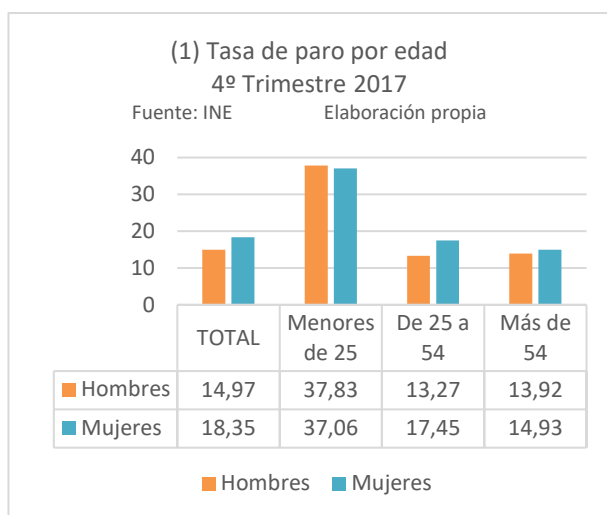
Artigo recebido em

Artigo aprovado em

¹ Universitat de València

1 INTRODUCCIÓN.

En la configuración de las políticas de fomento de empleo, la edad ha sido uno de los criterios que tradicionalmente se ha tomado en consideración a la hora de identificar los objetivos de los que debe ocuparse. Ciertamente, entre los grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo aparece el de los trabajadores identificados por razones de edad, ya por su juventud o por su veteranía. Ambos extremos de la población activa encuentran serias dificultades para acceder al mercado de trabajo (1) o para permanecer en él una vez alcanzada una cierta edad (2).



No resulta, pues, extraño, que las políticas de empleo se hayan centrado en el colectivo de jóvenes, así como en el de trabajadores adultos, a la hora de establecer programas de fomento del empleo que, sin embargo, no parecen estar dando los resultados esperables.

En las siguientes páginas se aborda un análisis de las políticas de fomento de empleo adoptadas por razones de edad, poniendo de relieve sus deficiencias y proponiendo mecanismos alternativos para la promoción del empleo de los colectivos desfavorecidos por razón de edad.

2 LOS INSTRUMENTOS DE LAS POLÍTICAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DIRIGIDAS AL COLECTIVO DESFAVORECIDO POR RAZÓN DE EDAD

Las herramientas de las que se ha servido, hasta la fecha, la política de fomento del empleo para estimular la ocupación de los colectivos desfavorecidos por razones de edad, han

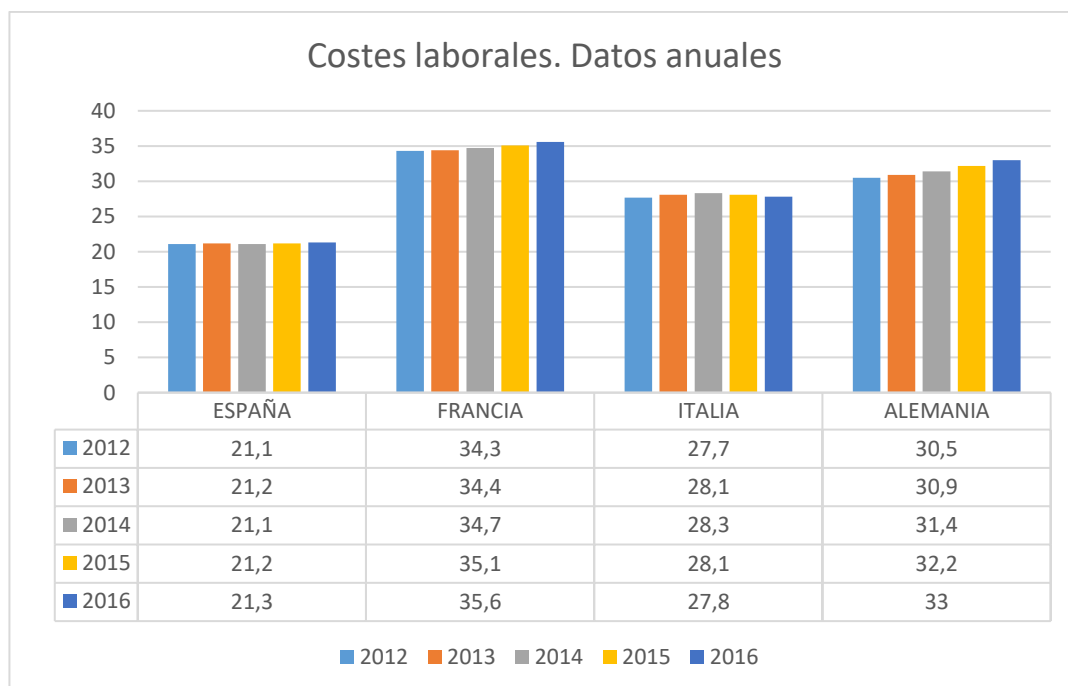
girado, mayoritariamente, en torno al ofrecimiento de ventajas comparativas en caso de su contratación. Tales ventajas han sido de dos órdenes: **(2.1)** las que inciden sobre el coste salarial de los trabajadores contratados, como es el caso de las bonificaciones en cuotas a la seguridad social; de las subvenciones a la contratación, así como de las limitaciones a los salarios a percibir por los trabajadores en ciertas modalidades contractuales. **(2.2)** Las que se centran en la temporalidad de la relación laboral como estímulo a la contratación, mediante la creación de modalidades contractuales temporales no causales, específicas para el fomento del empleo.

Antes de entrar en su análisis, procede destacar que los distintos mecanismos no son excluyentes, sino que pueden llegar a acumularse, de modo que las medidas que fomentan el empleo mediante modalidades contractuales específicas pueden ver incrementado su estímulo mediante el ofrecimiento de reducción de costes salariales, pero eso no tiene por qué suceder así necesariamente. Las posibilidades de acumulación de medidas de fomento del empleo dependerán de la valoración de la situación de desventaja ante el mercado laboral que se realice del colectivo en cuestión.

En este sentido, cabe anticipar que, dentro del colectivo considerado como desfavorecido por razón de edad, es el de los jóvenes aquél que concentra mayores medidas de estímulo a la contratación, puesto que es al único al que cabe aplicar medidas de ambas categorías reseñadas, siendo que para el de trabajadores de edad avanzada solamente se contemplan medidas basadas en la reducción de costes salariales.

2.1 Los instrumentos que inciden sobre el coste salarial de los trabajadores contratados

Uno de los principales estímulos que se ha venido empleando para favorecer la creación de empleo estriba en el abaratamiento de los costes salariales derivados de la contratación laboral, dado el apriorismo de que los costes salariales son excesivamente elevados en nuestro país, lo que desincentiva la contratación. Más allá de que pueda considerarse que abaratamiento de costes salariales va a favorecer en todo caso –sea cual sea el nivel de éstos- la contratación laboral, lo que no parece sostenerse es la afirmación de partida, esto es, que los costes laborales en España sean excesivamente altos. De este modo, acudiendo a las estadísticas de Eurostat, puede comprobarse cómo de entre los países europeos caracterizados por un sistema de seguridad social de reparto, España no es, ni de lejos, el país con unos costes laborales más elevados.



Elaboración propia. Datos Eurostat

En cualquier caso, el abaratamiento de los costes salariales ha sido empleado como estímulo en las políticas de fomento de empleo españolas. Una de las herramientas utilizadas para ello no ha sido otra que la de bonificar las cuotas empresariales en ocasiones todas ellas; en otras solamente las derivadas de contingencias comunes -como sucede con el incentivo a la contratación de jóvenes menores de 30 años por microempresas y empresarios autónomos (art. 10 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)- ya sea durante toda la vida del contrato –por ejemplo, las bonificaciones a la contratación de jóvenes menores de 30 años bajo la modalidad de contratos para la formación y el aprendizaje (art. 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)- o durante un período de tiempo determinado, o hasta que se alcance un resultado concreto relativo a la lucha contra el desempleo.

El fomento del empleo a través de medidas como la reducción de las cuotas empresariales a la seguridad social supone una financiación de las políticas de empleo a cargo de los fondos del sistema de protección social. Esta fuente de financiación de la política de empleo no parece ser el mecanismo más indicado, dados los retos que, se nos dice, presenta la sostenibilidad del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Evidentemente, si el sistema de reparto que caracteriza nuestro sistema de pensiones públicas se está viendo perjudicado por cuestiones tales como el descenso demográfico o la reducción del nivel salarial de los trabajadores –base para el cálculo de las prestaciones a abonar al sistema de seguridad social-

y si las prestaciones de carácter contributivo de la seguridad social se ven afectadas, además de por éste último factor, por la caída de la tasa de actividad y el incremento de la de paro, resulta incontestable que mientras no se decida la búsqueda de otras vías alternativas de financiación del sistema, la reducción de las cotizaciones sociales no va a hacer sino empeorar la situación financiera del sistema público de prestaciones de la seguridad social. Situación que podría pensarse no es ajena a una política interesada, dirigida a debilitar el sistema público de pensiones en favor de los sistemas privados. A esta impresión contribuye el establecimiento de deducciones por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, así como a mutualidades que actúen como instrumento de previsión social empresarial, tal y como se recoge en el art. 43 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y la Disposición transitoria sexta del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Cabe concluir, pues, que en un momento en el que se alude reiteradamente a la insuficiencia de fondos para sufragar los gastos en prestaciones de la seguridad social, debería optarse por suprimir esta herramienta como instrumento de fomento del empleo, pudiendo sustituirla por un régimen de subvenciones –que se analizan a continuación como herramienta de fomento del empleo- dotadas de ingresos provenientes de fuentes ajenas al sistema de seguridad social, que compensasen su desaparición.

El segundo instrumento de abaratamiento de costes salariales consiste en el ofrecimiento de subvenciones para el empleo. Realmente el objeto de estas subvenciones puede sobrepasar el ámbito estricto del abaratamiento del coste salarial de los trabajadores contratados, subvencionando gastos como los dirigidos a la reducción de intereses de préstamos para inversiones destinadas a la creación y puesta en marcha de empresas calificadas como innovadoras y generadoras de empleo, o los costes derivados de la adaptación del centro de trabajo a las necesidades del personal con discapacidad o, simplemente, subvencionando la contratación sin más. Pero una buena parte de las subvenciones que se reconocen van destinadas, precisamente, a reducir los costes salariales, tratándose de subvenciones finalistas, encaminadas a sufragar las cargas de seguridad social que se derivan de las nuevas contrataciones efectuadas. Estas medidas de fomento del empleo, que no son de competencia exclusivamente estatal al no afectar el patrimonio de la seguridad social ni, por tanto, constituir legislación de seguridad social en los términos del art. 149.1.17 de la Constitución Española, no provocan el perjuicio a la financiación del sistema público de pensiones que ocasionan las

bonificaciones (estas sí, de competencia exclusivamente estatal) En el caso de las subvenciones, el sistema público ingresa lo previsto, si bien el empresario soporta menos costes, al beneficiarse de las ayudas que otras administraciones ofrecen para hacer frente a estas cargas fiscales.

Por último, el tercer mecanismo de abaratamiento de costes salariales consiste en la fijación de unos límites salariales inferiores a los que deberían abonarse a otros trabajadores contratados bajo modalidades de contratación que no tengan la consideración de medidas de fomento del empleo. Este tipo de incentivos se puede encontrar en los contratos formativos: el contrato para la formación y el aprendizaje, y el contrato de trabajo en prácticas. Ciertamente, ninguno de esos dos contratos tenía en su génesis como finalidad inmediata –aunque sí como objetivo mediato- la promoción del empleo. Se trata de contratos inicialmente pensados para facilitar formación a los colectivos destinatarios de los mismos (en principio, y respectivamente, jóvenes sin cualificación, y personal cualificado sin experiencia práctica relativa a su formación) de modo que pudiera facilitarse su incursión en el mercado laboral mediante el aprendizaje de un oficio (contrato de aprendizaje) o la adquisición de la experiencia profesional relativa a la formación teórica recibida previamente (contrato en prácticas)

Sin embargo, la grave situación de desempleo, en particular de los jóvenes, ha transformado la verdadera esencia de estos contratos, convirtiéndolos en contratos de fomento del empleo, haciéndoles perder buena parte de su naturaleza de auténticos contratos formativos. De este modo, y sin ánimo de exhaustividad, la ampliación del colectivo de “jóvenes” del contrato de aprendizaje desde los iniciales 16 a 18 años previstos en la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, a los actuales 30 años, en tanto en cuanto la situación de desempleo no caiga por debajo del 15 por ciento (Disposición transitoria segunda del ET) es un claro ejemplo de ello. Como también lo es la ampliación del colectivo al que no se exige ningún requisito de edad máxima para la celebración de este contrato que pasó de estar integrado, con la Ley 32/1984, únicamente por discapacitados, a trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, desempleados que llevasen más de tres años sin actividad laboral, desempleados en situación de exclusión social, o desempleados que se incorporen a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo, con el RD Ley 5/2001. En la actualidad el colectivo ha quedado reducido a personas con discapacidad y los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente.

Igualmente revelador de esta transformación de la naturaleza del contrato para la formación y el aprendizaje, lo constituye la posibilidad de que sea celebrado con personas con cualificación (pues el art. 6 del Real Decreto 1529/2012, solamente exige que no se posea la cualificación requerida para concertar un contrato en prácticas para el puesto de trabajo u ocupación objeto del contrato) así como que este contrato pueda ser empleado, desde la reforma operada en su régimen jurídico por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, por las empresas de trabajo temporal con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias. Conclusión que puede extenderse al contrato de trabajo en prácticas, para el que el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, admitió igualmente su utilización por parte de Empresas de Trabajo Temporal con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias. Por otra parte, el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, admitió que se celebrase este contrato en virtud de los títulos de grado, máster y, en su caso, doctorado, aun cuando ya se hubiese realizado este contrato en la misma empresa y para el mismo puesto de trabajo, entendiéndose que estos títulos no constituyen la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas el trabajador estuviera ya en posesión del título superior de que se tratase.

En esta transformación de la naturaleza de tales contratos (de formativa a medidas de fomento del empleo) se ha aprovechado no solamente el incentivo que supone la posibilidad que se le ofrece al empresario de realizar un contrato temporal desvinculado de las circunstancias productivas de la empresa –pues estos contratos, en virtud de su objeto formativo, son temporales- sino, además, el abaratamiento de los costes salariales que suponen. En efecto, la retribución mínima legalmente establecida de estos contratos es equivalente al sesenta o al setenta y cinco por ciento durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, en el caso del contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1.e ET) y equivalente al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo, en el supuesto del contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2.g ET) permitiendo por tanto una remuneración específica inferior a la que correspondería en virtud de la aplicación de las tablas salariales previstas con carácter general en el convenio colectivo.

Por otra parte, los contratos para la formación y el aprendizaje tienen previsto un régimen especial de cotización a la seguridad social, más ventajoso que el que pudiera derivarse

de la aplicación de las disposiciones generales, todo ello sin perjuicio de la aplicación de posibles bonificaciones en las cuotas de seguridad social en virtud de lo previsto en el art. 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio (reducción del 100%, durante toda la vigencia del contrato o sus prórrogas, de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, cuando los contratos para la formación y el aprendizaje se celebren con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, cuando la empresa cuente con una plantilla de hasta 250 trabajadores -75% si la empresa contase con más de 250 trabajadores-)

Igualmente sucede con el contrato de trabajo en prácticas, respecto del que el Real Decreto-ley 4/2013 prevé, en su artículo 13, una reducción del 50 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato cuando se concierte un contrato en prácticas con un menor de treinta años.

2.2 Los instrumentos que se centran en la temporalidad de la relación laboral como estímulo a la contratación

La temporalidad como incentivo a la contratación se ha venido empleando desde la década de los 80 del siglo pasado, provocando unos efectos perversos y no deseados que el legislador ha declarado, en reiteradas ocasiones, querer combatir, aunque las diferencias entre aquello que se declara y lo que se legisla son, en este caso particularmente, significativas² tal y como se señala expresamente en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, al reconocer que las dirigidas a fomentar la contratación indefinida no han venido cumpliendo su finalidad de promover el acceso a contratos de carácter indefinido de los colectivos que más dificultades encuentran en la actualidad para obtenerlos

Por la vía de la contratación temporal se persigue estimular la contratación laboral ofreciendo al empresario la posibilidad de celebrar contratos temporales carentes de una justificación vinculada a las necesidades productivas de las empresas, con las ventajas que eso supone en un contexto empresarial instaurado en la cultura de la precariedad laboral, en el que

²BAYLOS GRAU, A. “Modalidades de contratación y reforma del mercado”, AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ) **La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.** Universidad de Granada. 1996, p. 243

lo último que se desea es una relación laboral estable con los empleados. La facilidad para la extinción del contrato; la menor penetración sindical y la mayor sumisión a las órdenes empresariales ante el temor de la no renovación, parecen ser considerados estímulos potentes para el fomento del empleo³ dada la reiteración en su uso pese a, como se ha señalado, la valoración negativa de los efectos que provoca en términos de segmentación y dualidad del mercado de trabajo. Semejante valoración negativa ya empezó a realizarse a mediados de la década de los 90, cuando con el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo de 1996 se subrayó, como funcionamiento anómalo de nuestro mercado de trabajo, la excesiva temporalidad y la rotación de la contratación laboral, aparejando al mismo perniciosos efectos tanto sobre la población trabajadora, como sobre el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social (en este sentido se manifiesta la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, -posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre-)

Sin embargo, las políticas de fomento del empleo –que nunca dejaron de emplear la temporalidad como incentivo, si bien la redujeron considerablemente con la Ley 43/2006, al limitarla, exclusivamente, al fomento del empleo de trabajadores discapacitados- han regresado, en el último ciclo de crisis económica, a la senda del fomento temporal como vía para conseguir reducir la elevada tasa de paro que presenta nuestro país. En efecto, con las medidas adoptadas con ocasión de la crisis económica desatada en 2008, el recurso a la temporalidad se ha vuelto a hacer patente. Así, el contrato de apoyo a emprendedores -que debería ser el sucesor del contrato de fomento de la contratación indefinida creado en 1997 y que, con la generalización de la indemnización por despido improcedente a 33 días con el tope de 24 mensualidades, dejó de tener sentido-, constituye una vía de uso de la temporalidad como medida de fomento en la medida en que buena parte del estímulo que conlleva lo integra el hecho de poder pactar un período de prueba de un año de duración. Situación que, vistas las consecuencias derivadas de la estipulación de un período de prueba (posibilidad de rescisión del contrato sin necesidad de alegar justa causa, ni preaviso, y sin tener que abonar indemnización alguna por fin de contrato) y una vez avalado este contrato por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 119/2014, 8/2015, y 140/2015, en una opción interpretativa no exenta de polémica, como destaca el voto particular que acompaña a la primera de las sentencias y se reitera en las siguientes, -al resultar contrario a la interpretación que de la Carta Social Europea ha realizado el Comité Europeo de

³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”. **Relaciones Laborales** 1997-I, p. 214-215.

Derechos Sociales, y al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador- deja en la nada la declaración contenida en el art. 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que lo regula, cuando dispone que *el contrato se celebrará por tiempo indefinido*.

Además de ello, las modalidades temporales de fomento del empleo han vuelto a resurgir. Primero de forma tímida, puesto que si bien la Ley 43/2006 limitó el fomento del empleo mediante la contratación temporal al colectivo de trabajadores discapacitados desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, el ámbito subjetivo de este contrato fue mínimamente ampliado con la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, al emplearse como fomento del empleo de las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo. A partir de esta ley, las empresas de inserción pueden contratar temporalmente a trabajadores que reúnan los requisitos antes comentados, siempre que se encuentren dentro de un colectivo que la norma relaciona. Posteriormente marcando una significativa apuesta por la temporalidad como medida de fomento del empleo, puesto que además de reforzar el carácter de fomento del empleo de los contratos formativos en los términos comentados en el punto 2.1., y de introducir el contrato de apoyo a emprendedores, se creó una nueva modalidad contractual temporal de fomento del empleo (contrato temporal no causal): el denominado contrato primer empleo joven.

Antes de referir, siquiera brevemente, el régimen jurídico de este nuevo contrato, conviene hacer hincapié en la diferencia que tradicionalmente se ha efectuado entre contratos temporales causales y no causales. Los primeros tienen justificada su causa por dos vías. En primer término, por cuanto pretenden satisfacer necesidades temporales de mano de obra, en cuyo caso es la necesidad temporal derivada de la actividad productiva la que impone la temporalidad de la relación laboral, como ocurre claramente con los contratos de interinidad. En segundo, por la finalidad formativa que tienen aparejada algunos contratos (lo denominados, precisamente, contratos formativos) En la medida en que se trata de contratos dirigidos a facilitar el aprendizaje de un oficio o profesión a través de la combinación de formación teórica y práctica (contrato para la formación y el aprendizaje) o a procurar la experiencia práctica que exige el mercado laboral, de la que carecen los recién titulados que quieren acceder al mismo (contrato en prácticas) estos contratos son, por su objeto, necesariamente temporales, pero no ya como consecuencia de la naturaleza temporal de la actividad a desarrollar en la empresa,

sino de la limitación temporal que tiene un proceso de aprendizaje y obtención de experiencia laboral.

Desde esta perspectiva, los contratos formativos no quedarían incluidos dentro de la categoría de contratos temporales no causales. Sin embargo, el uso que se está haciendo de ellos como instrumento para combatir el desempleo de los jóvenes (lo que queda evidenciado en la Disposición transitoria segunda del E.T., que permite ampliar la edad máxima para la celebración del contrato para la formación y el aprendizaje hasta 30 años, en tanto en cuanto la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento) permite situarlos dentro de los contratos no causales, de fomento del empleo. Y lo mismo ocurre con el contrato primer empleo joven, al que se le quiere dotar de una pretendida causalidad (la adquisición de una primera experiencia profesional) que no impide incluirlos dentro de los contratos temporales no causales puesto que, en definitiva, no buscan sino promover la contratación de menores de 30 años.

Según la disposición que regula esta nueva modalidad contractual de carácter temporal (art. 12 del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero) el contrato se dirige a incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional, pudiendo ser celebrado por las empresas con jóvenes desempleados menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o si ésta es inferior a tres meses. Este es un contrato de fomento del empleo, vinculado al régimen jurídico del contrato eventual por circunstancias de la producción (art. 15.1.b ET) si bien con ciertas particularidades. De este modo, la pretendida causalidad que se quiere atribuir a este contrato del contrato consiste en, como ha quedado señalado, la adquisición de una primera experiencia profesional. Además, se señala que la duración mínima del contrato será de tres meses, y la máxima de seis meses, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que en ningún caso dicha duración pueda exceder de 12 meses. Por último, se reconoce la posibilidad de celebrar este contrato tanto a tiempo completo como parcial, si bien en este último caso la jornada deberá ser superior al 75 por ciento de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable.

3 DIVERSIFICACIÓN DE LA INTENSIDAD DEL ESTÍMULO A LA CONTRATACIÓN EN FUNCIÓN DEL CRITERIO DE LA EDAD

Las disposiciones reguladoras de estímulos a la contratación no solamente utilizan la edad como criterio para identificar los colectivos a los cuales dirigir las ayudas, sino que también diversifican estas ayudas, dentro de cada colectivo, en función de otros parámetros.

Los criterios manejados por la normativa de fomento del empleo para diversificar la intensidad de las ayudas han atendido tradicionalmente a factores tales como la edad o el sexo del trabajador contratado, relacionados con su mayor dificultad de incorporación al mercado de trabajo. De este modo, por ejemplo, el programa de fomento del empleo recogido en la Disposición adicional cuadragésima séptima Ley 2/2004, de 27 de diciembre, diversificaba el alcance de las bonificaciones en función de la edad, diferenciando entre el colectivo de desempleados mayores de cuarenta y cinco años y hasta los cincuenta y cinco, del colectivo de desempleados mayores de cincuenta y cinco y hasta los sesenta y cinco años, estableciendo una cuantía en la bonificación a la contratación mayor en este último caso.

Frente a esa realidad, el criterio de la edad para diversificar el alcance de las ayudas se emplea, en las medidas actualmente vigentes para la promoción del empleo, de forma marginal, situación que contrasta con la situación referida al criterio del género del trabajador, el cual no constituye, en la actualidad, un factor de identificación de colectivos desfavorecidos como ocurría en el pasado (así, por ejemplo, en el programa de fomento del empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre) si bien se sigue tomando en consideración con la mencionada finalidad diversificadora. De este modo, y por lo que se refiere a la edad, cabe encontrar esta diversificación en la contratación de trabajadores en situación de exclusión social por parte de empresas de inserción, diferenciándose la ayuda en función de si el trabajador contratado tiene menos de 30 años o más. En el primer caso, tratándose de menores de 30 años –menores de 35 en caso de que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento- la bonificación prevista es de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año) durante toda la vigencia del contrato –cuya duración máxima, en caso de tratarse de un contrato temporal de fomento del empleo de este colectivo es de tres años- o durante tres años, en caso de contratación indefinida. En el segundo, para los mayores de dicha edad, la bonificación es de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida (artículo 5 de la Ley 5/2011)

También en el caso de las bonificaciones a la contratación de trabajadores discapacitados, se emplea el criterio de la edad para graduar la intensidad de las ayudas, ya se trate de contratos indefinidos o de, en caso de que el discapacitado se encuentre en situación de desempleo, conversión de contratos temporales de fomento del empleo, así como de contratos

en prácticas y para la formación y el aprendizaje en las empresas ordinarias, así como para el caso del contrato temporal de fomento del empleo celebrados con discapacitados inscritos como demandantes de empleo (art. 2 Ley 43/2006) De este modo, si el trabajador con discapacidad tuviese en el momento de la contratación 45 o más años o si se tratase de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los números anteriores, se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año) sin que los incrementos establecidos en este número sean compatibles entre sí. En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo, si el trabajador tuviese en el momento de la contratación 45 o más años, o si se tratase de una mujer, la bonificación que corresponda de acuerdo con los párrafos anteriores, se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí.

Más allá de estas previsiones en el régimen de bonificaciones en cuotas de seguridad social, y de las medidas específicas relativas a modalidades contractuales dirigidas a menores de 30 años, no existe mayor diversificación por razones de edad en los instrumentos de fomento del empleo. Resulta, pues, que el criterio de la edad está siendo actualmente utilizado más para identificar colectivos en situación desfavorecida, que para graduar los distintos incentivos que se contemplan para cada uno de los distintos colectivos, perdiéndose la oportunidad para graduar la intensidad de las ayudas al empleo en función de la variable de la edad del trabajador.

4 OBJETIVOS PERSEGUIDOS CON LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DIRIGIDAS AL COLECTIVO DESFAVORECIDO POR SU EDAD

Dentro de los diferentes objetivos que cabe apreciar en las políticas de empleo (el fomento del empleo; la mejora y el mantenimiento de empleo; la socialización de costes derivados de ciertas políticas públicas en materia laboral; las desventajas derivadas de la situación de aislamiento o lejanía; el apoyo a las pequeñas explotaciones familiares; y la lucha contra la economía sumergida) cabe destacar que las finalidades perseguidas por la política de empleo en caso de los colectivos desfavorecidos por razón de edad no son plenamente coincidentes. De este modo, mientras que para el colectivo de jóvenes las políticas de empleo se centran en estimular su acceso al mercado de trabajo, en el de trabajadores adultos el objetivo no consiste solamente en favorecer su acceso al mercado de trabajo, sino también su mantenimiento en él. En este último sentido cabe destacar la medida prevista en el artículo 152

del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que establece exenciones de cotización, tanto a empresarios como a trabajadores, por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, *respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, siempre que se encuentren en alguno de estos supuestos: a) Sesenta y cinco años de edad y treinta y ocho años y seis meses de cotización. b) Sesenta y siete años de edad y treinta y siete años de cotización.* Esta medida de estímulo al mantenimiento en el empleo, dirigida tanto a empresarios como a trabajadores, persigue el ahorro de recursos al sistema de seguridad social, en la medida en que su objetivo es el de retrasar la edad de jubilación efectiva de los trabajadores.

Análoga conclusión, aunque con matices, puede alcanzarse respecto de la posibilidad de jubilación parcial regulada actualmente en el art. 215 de la LGSS, medida que, por sí sola, no podría considerarse como una herramienta de la política de empleo, si no de instrumento financiero dirigido a la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social, en tanto que uno de sus objetivos consistiría en favorecer la prolongación de la vida laboral, persiguiendo mantener, dentro de la población ocupada, a personas que hubiesen alcanzado la edad de jubilación. Sin embargo, la posible vinculación de la jubilación parcial a la celebración de un contrato de relevo (obligatoria, como es sabido, cuando la jubilación parcial se produce antes de alcanzarse la edad legal de jubilación) permite incluir estos institutos jurídicos dentro de los mecanismos de promoción del empleo. En este sentido, el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, claramente vinculaba la jubilación parcial a estas finalidades, al declarar que la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena, favoreciendo el alargamiento de la vida activa, persigue *reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores.* De otra parte, el derogado Real Decreto 1991/1984, por el que se desarrollaba la figura del contrato de relevo introducida con la Ley 32/1984, vinculaba dicho contrato al *fin de ampliar las posibilidades de reparto del trabajo disponible.*

Por lo que se refiere a los jóvenes, puede observarse que en los estímulos ofrecidos para favorecer su acceso al mercado de trabajo no se apuesta decididamente por la calidad del empleo, toda vez que dicha promoción pasa, en buena medida, por favorecer el empleo temporal, ya sea a través del contrato *primer empleo joven* o de los contratos formativos, en especial el contrato *para la formación y el aprendizaje*, cuyos destinatarios son -salvo el caso

de los discapacitados y los colectivos en situación de exclusión social cuando sean contratados por parte de empresas de inserción- los jóvenes de hasta 30 años. En todo caso, no debe olvidarse que también en el régimen jurídico del contrato en prácticas se toma en consideración la edad del trabajador, toda vez que el límite temporal de cinco años desde que se obtuvo la titulación que permite su celebración no se aplica cuando el trabajador tenga menos de 30 años, situación que se mantendrá mientras la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento (art. 13 y Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero) Además, como ya se ha señalado, esta norma prevé una reducción del 50 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato cuando se concierte un contrato en prácticas con un menor de treinta años.

En relación con los incentivos al carácter estable de la contratación, puede destacarse que el incremento de las opciones de contratación laboral precaria introducidos durante el presente ciclo de crisis económica ha conllevado, como contrapartida, un aumento de las medidas dirigidas a la superación de dicha precariedad, aunque ello sea debido, en parte, a la necesidad de considerar las nuevas posibilidades de empleo precario introducidas (como la consistente en que las empresas de trabajo temporal puedan utilizar, como modalidades contractuales con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición, los contratos formativos o el contrato primer empleo joven) a la hora de estimular la salida del mismo. De este modo, el régimen de bonificaciones actualmente vigente también tiene como objetivo la transformación en indefinidos de los contratos temporales tales como de primer empleo joven o formativos (en el caso del contrato en prácticas, solamente si la empresa tuviese menos de 50 empleados) hayan sido celebrados por la misma empresa que insta su transformación, o la que haya actuado como usuaria en un contrato de puesta a disposición respecto de los trabajadores cedidos contratados por la ETT bajo estas modalidades contractuales.

De otra parte, por lo que se refiere al carácter a tiempo completo o a tiempo parcial de las contrataciones incentivadas, no puede concluirse que las medidas de fomento del empleo mantengan el criterio de fomentar exclusivamente, o de forma prioritaria, las efectuadas a tiempo completo, a diferencia de lo que ocurriera con programas de fomento vigentes en el pasado (así, en los programas de empleo aprobados por el Real Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, o por el Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo) siendo que el apartado séptimo del artículo segundo de la Ley 43/2006 reconoce expresamente las bonificaciones en caso de contratos a tiempo parcial, si bien establece una diferente intensidad en el incentivo a percibir

en función de que si el contrato formalizado lo fue a tiempo completo o a tiempo parcial. En este sentido, el art. 2.7 de la Ley 43/2006 dispone que, en caso de contratos a tiempo parcial (excepto en el caso de contratos de discapacitados efectuados por un centro especial de empleo) la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista. Finalmente, en cuanto al contrato *primer empleo joven*, el art. 12.2.d del Real Decreto-ley 4/2013 solamente impone que, en caso de celebrarse a tiempo parcial, la jornada sea superior al 75 por ciento de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, sin eliminar la posibilidad de realizar este contrato a tiempo parcial.

Pese a las limitaciones que se han venido a imponer a los estímulos al empleo precario, lo cierto es que no parecen medidas suficientes para revertir el problema de la dualidad del mercado de trabajo, al que los jóvenes siguen accediendo mediante fórmulas contractuales precarias en peores condiciones de las aplicables a los trabajadores que consiguieron estabilidad en él, quienes gozan de una mayor protección, en términos económicos, frente al despido, constituyendo una de las razones por la que se ven más expuestos al desempleo⁴.

5 MEDIDAS DE COMPAGINACIÓN DEL FOMENTO DEL EMPLEO DE JÓVENES CON EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE TRABAJADORES *SÉNIOR*.

Una de las vías, poco exploradas en nuestro ordenamiento, para fomentar el empleo de los colectivos desfavorecidos por razón de su edad, consiste en aprovechar los conocimientos y experiencia de los trabajadores adultos en la integración de los jóvenes en el mercado laboral. El único instituto que guarda alguna relación con esta opción es el del contrato de relevo celebrado para sustituir la jornada liberada por un trabajador jubilado parcialmente. Como se ha apuntado anteriormente, esta figura contractual apareció en nuestro ordenamiento con la Ley 32/1984, de 2 de agosto, en cuya exposición de motivos se vinculaba esta figura a la intensidad alcanzada por el paro juvenil, y en la que se le atribuía la función de permitir la *integración progresiva de estos colectivos* (jóvenes y desempleados) *en el trabajo*. En todo caso, el régimen jurídico previsto en esta norma sobre el contrato de relevo se refería, exclusivamente, al

⁴ OECD Perspectives: Spain. Policies for a sustainable recovery. 2011 <https://www.oecd.org/spain/44686629.pdf>, p. 9.

colectivo de desempleados –con independencia de su edad- como aquél con el cual dicho contrato se podía formalizar.

La diferencia con previas regulaciones de la jubilación como herramienta de fomento del empleo experimentadas en nuestro ordenamiento estriba, en esencia, en que con la jubilación parcial/contrato de relevo no se produce la salida total del jubilado parcialmente del mercado de trabajo, como ocurriría con la desaparecida (desde 1 de enero de 2013, en virtud de la Ley 27/2011) figura de la jubilación especial a los 64 años, por la que se rebajaba la edad mínima de jubilación exigida de 65 años a 64 años, sin la aplicación de coeficientes reductores por edad (este tipo de medidas han visto avalada su conformidad con el derecho europeo por el Tribunal de Justicia, entre otras, en su sentencia dictada en el asunto Petersen, C-341/08). Las políticas de envejecimiento activo, motivadas, entre otras razones, por la necesidad de alargar la vida laboral de los trabajadores para reducir costes al sistema de seguridad social, impulsaron la vía del trabajo compartido como ocurre con el binomio jubilación parcial/contrato de relevo.

Sin embargo, el régimen jurídico de estos institutos (jubilación parcial y contrato de relevo) desdice en buena medida la finalidad que se les atribuye. En concreto, la relativa al fomento del empleo de jóvenes, como se indicase en la Ley 32/1984, así como a la de aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores, tal y como se sugiere en el Real Decreto-ley 5/2013. En efecto, de una parte, el colectivo al que se dirige el contrato de relevo no es –y nunca fue- el identificado por su juventud, sino por aquel caracterizado por su situación de falta de empleo o, tras la Ley 12/2001, de 9 de julio, por su empleo precario, ya que este contrato podrá celebrarse *con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada* (art. 12.7.a ET). Frente a esta situación, el fomento del empleo del colectivo de jóvenes sí constituía uno de los objetivos de la medida de empleo introducida por el Real Decreto-ley 14/1981, de 20 agosto, consistente en la salida anticipada (a los 64 años) del mercado de trabajo por jubilación, sin merma de derechos para el jubilado que, como sea señalado, ha quedado eliminada de nuestro ordenamiento desde el 1 de enero de 2013. En virtud del citado Real Decreto-ley, esta posibilidad de la jubilación anticipada a los 64 años se podía reconocer a aquellos trabajadores pertenecientes a empresas que, en virtud del convenio colectivo o pacto, se hubiesen “obligado a sustituir a cada uno de aquéllos simultáneamente a su cese por jubilación, por otro trabajador que sea titular del derecho a cualquiera de las prestaciones económicas por desempleo o joven demandante de primer empleo, mediante un contrato de la misma naturaleza que el extinguido”. Entendiéndose por joven a aquel cuya edad esté

comprendida entre dieciséis y veintiséis años, o hasta veintiocho años, si fueran titulados superiores, inscritos en las Oficinas de Empleo y que, con anterioridad, no hayan realizado actividad profesional como trabajadores por cuenta ajena o autónomos (art. 11 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, a la que se remitía el Real Decreto 2705/1981, de 19 de octubre, por el que se desarrolla el artículo único del Real Decreto-ley 14/1981, sobre jubilación especial a los sesenta y cuatro años.

Por lo que se refiere al aprovechamiento de los conocimientos y experiencia de los trabajadores adultos, que facilite la transmisión de los mismos a aquellos que se incorporen a la empresa en virtud de un contrato de relevo para cubrir, como mínimo, la parte de jornada dejada vacante, debe tenerse en cuenta que la búsqueda de una mayor flexibilidad en el régimen jurídico de estos contratos que los haga más interesantes desde el punto de vista de la organización empresarial, no garantiza la existencia de un contacto directo entre ambos trabajadores que favorezca su transmisión. En este sentido, cabe destacar que el régimen jurídico del contrato de relevo dispone que el horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido, o simultanarse con él –no resultando obligatorio, pues, esto último- siendo que, además, el relevista no tiene por qué ocupar necesariamente el puesto de trabajo del trabajador sustituido, y ni tan siquiera se exige, desde la modificación introducida por la Ley 27/2011, una identidad o similitud de las funciones a desempeñar, ya que todo lo que actualmente se requiere es que exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial (art. 12.7.d ET y 215.2.e LGSS)

Así pues, del tenor de esta regulación se puede apreciar que, al dotarse de flexibilidad a la contratación por relevo, se admite una cierta desconexión entre las funciones de la persona relevista y las de la jubilada o relevada, así como respecto de su jornada y horario. La preocupación del legislador no ha ido más allá de garantizar que por la vía del contrato de relevo no se mermen los recursos financieros de la Seguridad Social, pero en absoluto se ha tenido en cuenta la finalidad de transmisión del conocimiento del trabajador adulto al nuevo empleado, en lo que podría haber constituido un mecanismo de relevo generacional en el puesto de trabajo y no solamente una vía para el rejuvenecimiento de plantillas y para la consecución de una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación para favorecer que la edad de acceso a la misma esté dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad.

Medidas ensayadas en derecho comparado, como el denominado *contrat de génération* en Francia, por el que se sustituyó -aunque mantenía su misma finalidad- el mecanismo de acuerdos o planes de acción para favorecer el empleo de los trabajadores sénior, podrían contribuir al triple objetivo de favorecer el envejecimiento activo, fomentar el empleo de jóvenes, y facilitar la transmisión de conocimientos intergeneracional. Este instrumento, introducido en el vecino país con la ley nº 2013-185 y suprimido por la Ordonnance nº 2017-1387 de 22 septiembre 2017, y asentado sobre la lógica de trabajar menos para trabajar todos⁵ perseguía como objetivos declarados el facilitar la inserción permanente de jóvenes (menores de 26 años o 30 si fuesen discapacitados) en el mercado de trabajo mediante un contrato de duración indefinida, favorecer el empleo y el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad avanzada (al menos 57, o 55 si se tratase de discapacitados) y garantizar la transmisión de conocimientos y competencias entre ellos a través de un sistema de seguimiento del joven contratado. Para ello se imponía la obligación, bajo amenaza de sanciones, a las empresas de al menos 50 trabajadores de negociar un acuerdo o establecer, en su defecto, un plan de acción, para la puesta en marcha de esta modalidad contractual, y se ofrecían ayudas a las empresas para implementar estos contratos, cuyas cuantías variaban en función del tamaño de las empresas, reduciéndose de este modo el coste salarial de estas contrataciones. En el acuerdo, o plan de acción, se debían contemplar cuestiones como las modalidades de integración, acompañamiento y acceso de los jóvenes a la empresa, así como las relativas a la puesta en marcha de la transmisión de las competencias y conocimientos. La menor financiación de los costes empresariales que implicaba este programa de fomento del empleo frente a otros, parece haber sido la causa de su poca aceptación⁶.

Los estímulos al empleo a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven recogidos en el art. 11 de la Ley 11/2013, tampoco satisfacen esta doble finalidad, en la medida en que se dirigen a bonificar la contratación por parte de trabajadores por cuenta propia menores de treinta años, y sin trabajadores asalariados, que a partir del 24 de febrero de 2013 contraten por primera vez, de forma indefinida, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo o parcial, a desempleados de edad igual o superior a cuarenta y cinco años, ya sean de larga duración (inscritos ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo al menos durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación) o que resulten

⁵ WILLMANN, C. “Le partage générationnel du travail” **Drtoit Social** nº 6/2013, p. 531.

⁶ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. “Stimulating job demand: the design of effective hiring subsidies in Europe. 2014” **European Employment Policy Observatory Review**. 2014, p. 39.

beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. La situación de base en este caso consiste, pues, en el incentivo de trabajadores de edad avanzada por jóvenes trabajadores por cuenta propia, sin que exista atisbo alguno de una transferencia intergeneracional de conocimientos. No se acaba de comprender, en este caso, la limitación por motivos de edad respecto del autónomo empleador, que podría suponer una discriminación por razón de edad respecto de otros autónomos.

6 ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El fomento del empleo mediante el establecimiento de estímulos dirigidos a colectivos consistentes en un abaratamiento de costes laborales, o de la regulación de modalidades contractuales temporales no causales, o incluso cuotas de reserva de empleo, no parecen ser, vistos sus resultados, las mejores medidas para la generación de empleo⁷. Cuando menos si no van acompañadas de alguna otra iniciativa. En primer término, porque tales medidas no van a propiciar, en puridad, la generación de empleo, sino que simplemente favorecerán la colocación de determinados colectivos frente a otro⁸, lo que, dado el vasto elenco de colectivos desfavorecidos, puede generar una suerte de competitividad respecto de a qué colectivo ofrecer una mayor intensidad en los estímulos. En segundo lugar, y como se ha apuntado a lo largo de estas páginas, porque las medidas consistentes en la bonificación de cuotas de la seguridad social implican una financiación de las políticas de empleo a cargo de los mermados presupuestos del sistema de seguridad social, y por cuanto el establecimiento de formas de empleo atípico perpetúa el problema de la dualidad y segmentación de nuestro mercado de trabajo.

El fomento del empleo, en un contexto de elevada tasa de paro, debe procurarse, esencialmente, mediante la inversión en formación, aspecto éste esencial en el correcto desarrollo de una política de *flexiguridad* en el ámbito laboral. Desde la Unión Europea se han venido perfilando, en la última década, las políticas sociales en torno al concepto de *flexiguridad* con objeto de alcanzar los objetivos de las estrategias europeas para el empleo y

⁷ MOLINA, O., “El fomento del empleo en España: incentivos a la contratación y al empleo autónomo”. AA.VV. (Coord. MIGUÉLEZ, F.) **Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014**. Universitat Autònoma de Barcelona. 2015 Edición digital: <http://ddd.uab.cat/record/142865>, p. 31.

⁸ CRUZ VILLALÓN y GÓMEZ GORDILLO, “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, **Temas Laborales**, nº. 61/2001, p. 94.

lograr, con ello, más y mejores empleos. Desde esta perspectiva, se ha insistido en la necesidad de garantizar, fundamentalmente, la seguridad de los ciudadanos en el empleo y no tanto en el puesto de trabajo, así como la adaptación de la mano de obra de las empresas a unas condiciones económicas cambiantes, para lo que necesitan a unos trabajadores “que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables, aumentando así su capacidad de innovación y su competitividad”⁹.

Para la consecución de estos objetivos, la formación resulta indispensable, tal y como viene a reconocer la Orientación número 6 de la propuesta de Decisión del Consejo, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (Bruselas, 22.11.2017. COM(2017) 677 final) en línea con las orientaciones precedentes. En ella se destaca la necesidad de promover la productividad y la *empleabilidad* mediante una oferta adecuada “de conocimientos, capacidades y competencias pertinentes a lo largo de la vida laboral que respondan a las necesidades actuales y futuras del mercado de trabajo”.

En este sentido, impulsar de forma eficaz la formación como herramienta de promoción y seguridad en el empleo, frente a la opción de abaratar costes de contratación, es absolutamente imprescindible, invirtiendo la tendencia que hasta la fecha se aprecia en nuestras políticas activas de empleo¹⁰. Respecto de los colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo por razón de su edad, y en relación con los mecanismos de promoción expuestos en estas páginas, esto supondría, como objetivo prioritario, reconducir los contratos formativos a su verdadera finalidad, incidiendo en su vertiente formativa como generadora de las oportunidades de empleo. Junto a ello, los incentivos consistentes en reducciones de las cuotas a las cotizaciones sociales deberían limitarse, por los problemas que ocasionan a la financiación del sistema de seguridad social, siendo aconsejable su sustitución por mecanismos de subvenciones que deberían dirigirse, con mayor intensidad que hasta la fecha, al incremento del nivel formativo de los trabajadores, pero no a una formación en general, como sucede con los incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa recogidos en la Ley 11/2013, de 26 de julio, donde, además, el incentivo se realiza mediante bonificaciones, sino a una formación que

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, **Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad**. Bruselas, 27.6.2007 COM(2007) 359 final.

¹⁰ LÓPEZ TERRADA, E., “El fomento del empleo y del autoempleo mediante bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social”. VV.AA., (Dir. ROQUETA BUJ) **Medidas de protección y políticas de formación y contratación para desempleados**. Tirant Lo Blanch Valencia, 2018, p. 696.

guarde pertinencia para el mercado laboral, tal y como se señala en las recomendaciones específicas efectuadas a España, dentro del semestre Europeo, con respecto a la enseñanza superior Recomendación del Consejo de 11 de julio de 2017. DOUE 2017/C 261/08. Por último, parece adecuado impulsar medidas de rejuvenecimiento de las plantillas que permitan verdaderamente la transmisión intergeneracional de conocimientos, cumpliendo el que se autoproclama como objetivo del contrato de relevo y de la jubilación parcial y flexible en nuestro ordenamiento. Implementar este tipo de medidas facilitaría que las personas alcanzasen las capacidades necesarias que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a acceder al mercado de trabajo o, en su caso, a encontrar un nuevo empleo.

7 BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAYLOS GRAU, A. “Modalidades de contratación y reforma del mercado”, AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ) **La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales**. Universidad de Granada. 1996

COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. “Stimulating job demand: the design of effective hiring subsidies in Europe. 2014” **European Employment Policy Observatory Review**. 2014 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, **Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad**. Bruselas, 27.6.2007 COM(2007) 359 final

CRUZ VILLALÓN y GÓMEZ GORDILLO, “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, **Temas Laborales**, nº. 61/2001

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”. **Relaciones Laborales** 1997-I.

LÓPEZ TERRADA, E., “El fomento del empleo y del autoempleo mediante bonificaciones y reducciones en las cuotas s la Seguridad Social”. VV.AA., (Dir. ROQUETA BUJ) **Medidas de protección y políticas de formación y contratación para desempleados**. Tirant Lo Blanch Valencia, 2018.

MOLINA, O., “El fomento del empleo en España: incentivos a la contratación y al empleo autónomo”. AA.VV. (Coord. MIGUÉLEZ, F.) **Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014**. Universitat Autònoma de Barcelona. 2015 Edición digital: <http://ddd.uab.cat/record/142865>

OECD Perspectives: Spain. Policies for a sustainable recovery. 2011 <https://www.oecd.org/spain/44686629.pdf>

WILLMANN, C. “Le partage générationel du travail” **Drtoit Social** nº 6/2013.

O FEDERALISMO BRASILEIRO E O DIREITO À SAÚDE

BRAZILIAN FEDERALISM AND THE RIGHT TO HEALTH

Jean Marques Regina¹

Thiago Rafael Vieira²

Zélia Luiza Pierdoná³

RESUMO: O presente artigo inicialmente faz uma breve análise do federalismo, especialmente no que tange à autonomia de recursos e às competências administrativas e legislativas. Posteriormente adentra na política de saúde, a partir dos pressupostos do federalismo. Ainda, busca as raízes do sistema universal de saúde brasileiro no conhecido *Plano Beveridge*, para, ao final, demonstrar a necessidade de cooperação entre os entes federados na promoção da saúde, como verdadeira política de Estado, em um regime de colaboração entre as três esferas da federação.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo; Sistema Universal de Saúde; Plano Beveridge. Cooperação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O federalismo brasileiro. 3. A saúde no sistema federativo brasileiro. 4. O plano Beveridge e o acesso universal aos serviços de saúde. 5. A necessária cooperação entre os entes federados. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: This article initially makes a brief analysis of federalism, especially with regard to the autonomy of resources and administrative and legislative skills. Later it enters the health policy, from the assumptions of federalism. Still, it seeks the roots of the Brazilian universal health system in the well-known Beveridge Plan, in order, at the end, to demonstrate the need for cooperation between the federated entities in the promotion of health, as a true State policy, in a regime of collaboration between the three spheres of the federation.

KEYWORDS: Federalism; Universal Health System; Beveridge Plan; Cooperation.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Brazilian federalism. 3. Health in the Brazilian federative system. 4. The Beveridge plan and universal access to health services. 5. The necessary cooperation between federated entities. 6. Final considerations. References.

1 INTRODUÇÃO

Artigo recebido em: 032/12/2020

Artigo aprovado em: 24/02/2021

1 Mestrando (Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2020) em Direito Político e Econômico. Especialista (Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017) em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa. Especialista (ULBRA, 2019) em Teologia e Bíblia.

2 Mestrando (Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2020) em Direito Político e Econômico. Especialista (UFRGS, 2005) em Direito do Estado. Especialista (Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017) em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa. Especialista (ULBRA, 2019) em Teologia e Bíblia.

3 Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à Graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “O Sistema de Seguridade Social”. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais, também pela PUC/SP. Estágio de Pós-doutorado na Universidade Complutense de Madrid. Procuradora Regional da República.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 3, 2020, p 224-236, SET-DEZ/2020

A concretização de direitos sociais é uma das formas de garantir que a cidadania seja contemplada em todas as dimensões possíveis no Estado contemporâneo, após diversos arranjos e formatos. Ao mesmo tempo em que busca atender ao bem comum, de uma forma abrangente, adotando critérios públicos de solidariedade, de promoção da justiça e de garantia de um mínimo de direitos, é importante verificar como isso deve ser efetivado, considerando a federação, enquanto arranjo estatal.

O Brasil é reconhecido por ter desenhado um sistema federativo descentralizado e dependente de uma rede cooperativa entre seus três níveis (federal, estadual e municipal). O referido arranjo é, por si, complexo e de difícil implementação, seja por motivos históricos, seja pelo equilíbrio do poder político que, por vezes, opõe agentes das três esferas.

Assim, tem-se como desafios, enquanto atividade do Estado, contemplar – com os devidos freios e contrapesos – a necessária arrecadação e repartição de recursos, bem como as responsabilidades de gestão de cada ente federativo, especialmente em relação às atribuições comuns dos entes federativos.

Dentre as hipóteses de competência comum, encontra-se o cuidado da saúde (art. 23, II, da Constituição), direito social assegurado a todos e que garante o fundamento do Estado brasileiro, a “dignidade humana”.

O presente artigo tem por objetivo analisar a política pública de gestão em saúde, a partir do sistema federativo adotado na Constituição, tanto em relação às fontes de financiamento, quanto no que tange às competências administrativas e legislativas.

Para efetuar a citada análise, inicialmente serão feitas considerações sobre o sistema federativo brasileiro. Também, considerando as origens do olhar das políticas de Estado, que concentram na Administração Pública a condução dos elementos mais importantes de efetivação de direitos sociais, será averiguado, nas raízes do conhecido Plano Beveridge, a inspiração do sistema público de saúde e de seu caráter universal.

Por fim, será demonstrada a necessidade de cooperação entre os entes federativos na promoção da saúde como verdadeira política de Estado, em absoluto regime de colaboração.

2 O FEDERALISMO BRASILEIRO

O modelo brasileiro de repartição de competências influencia diretamente nas políticas públicas e, conseqüentemente, no exercício pleno da cidadania. É nesse sentido que compreender o significado do princípio federativo é o primeiro passo para alcançar a lucidez a

respeito da temática das políticas públicas, haja vista a necessidade de atuação integrada “e não por meio de mera cooperação intergovernamental”⁴.

Desde a Constituição de 1891, o Brasil adotou a forma federativa, que a cada Constituição ganha novos contornos. A estruturação em três níveis, resulta em um complexo sistema de partilha de poderes, de recursos e de atribuições.

Como principal característica de qualquer federação, inclusive a brasileira, verifica-se a necessária autonomia de cada ente federativo, que se estabelece por meio de uma natural divisão territorial, obedecendo diversos fatores, além do geográfico, tais como: econômicos, sociais e culturais⁵.

Além da descentralização política, que garante a irrevogabilidade dos mandatos dos governantes locais pelos entes federativos superiores, a existência de uma federação exige a descentralização fiscal, que envolve a participação nas receitas, bem como a descentralização de competências, que guarda relação com a responsabilidade de cada ente federativo na execução de políticas públicas⁶.

A repartição de competências administrativas e legislativas dos entes federados está elencada nos arts. 21 a 30 da Constituição brasileira de 1988.

No que tange ao objeto do presente trabalho, no art. 23 da Constituição encontram-se as competências administrativas comuns a todos os entes federados, sendo que o inciso II preceitua, dentre outras, a competência para cuidar da saúde. Em relação à competência para legislar sobre a saúde, o art. 24, XII estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal e, o art. 30, II, garante a competência dos Municípios para “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Assim, todos os entes federativos também têm competência para fixar normas sanitárias, embora, nos termos do §1º do art. 24, cabe à União estabelecer normas gerais.

Tendo como objetivo o bem comum, o federalismo, com sua partilha de receitas e atribuições, permite a promoção de políticas públicas guiada pelos princípios base da administração pública, garantindo a melhor relação custo-benefício, visando a satisfação das necessidades públicas⁷.

4 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 847.

5 CONTI, José Maurício. O Estado e o Imposto: federalismo financeiro e fiscal. *In*: GUIMARÃES, Vasco Branco; CATARINO, João Ricardo (org.). **Lições de Fiscalidade**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 402.

6 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação: explorando o problema da descentralização e da autonomia. *In*: ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, p. 147.

7 CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, p. 403.

Para evitar discrepâncias entre os entes federativos e, na busca de um federalismo que resulte em um desenvolvimento dinâmico, o constituinte estabeleceu critérios de execução das políticas públicas, harmonizando-os com os pilares da igualdade e liberdade, e orientados, impreterivelmente, na legalidade, na isonomia, na moralidade, na publicidade e na eficiência.

Para garantir a execução das políticas públicas, deve haver a repartição de recursos, por meio da qual se “estabelecem previamente regras que distribuem as diversas fontes de receita entre o poder central e as unidades subnacionais”⁸, o que configura o federalismo fiscal.

A autonomia de recursos garante a implementação das atribuições, também previamente estabelecidas, de cada ente federativo. Entretanto, deve-se ressaltar que:

[...] a descentralização fiscal e de competências não equivale à descentralização da autoridade decisória sobre a execução fiscal ou a provisão de políticas. Atribuições de execução de políticas públicas podem ser totalmente descentralizadas ao mesmo tempo em que os governos subnacionais podem estar sujeitos a uma série de regulamentações nacionais que limitam sua autonomia sobre a forma de gasto e de implementação das políticas sob sua competência⁹.

Assim, a organização político-administrativa em um sistema federativo admite que a “[...] execução de políticas (*policy-making*) e autonomia decisória (*policy decision-making*)”¹⁰ podem envolver diferentes entes federativos, o que vai caracterizar uma maior centralização ou descentralização.

Dentre as competências administrativas comuns, como referido acima, encontra-se a implementação dos serviços de saúde, o que será objeto de considerações no próximo item.

3 A SAÚDE NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

A saúde é um direito social que se evidencia como uma das mais importantes políticas públicas. O referido direito está inserido no sistema de seguridade social (arts. 194 a 204), sendo que seus preceitos específicos estão previstos nos arts. 196 a 200 da Constituição.

A Constituição estabelece o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” de saúde (art. 196), por meio de uma “rede regionalizada e hierarquizada” (art. 198) que integra um sistema único, o qual deve atender, dentre outras diretrizes, a da descentralização (art. 198, I).

Em consonância com a diretriz da descentralização, bem como da competência comum de todos os entes federados, prevista no inciso II do art. 23, o inciso VII do art. 30 estabelece a

8 CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, p. 404.

9 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 151.

10 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 160.

competência dos Municípios para “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”

Assim, quando a Constituição preceitua que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196), o faz considerando “Estado” como todos os entes da federação. Porém estabelece a diretriz da descentralização, como já referido.

Nesse sentido, sustenta Arretche, que a saúde se encontra na categoria das políticas descentralizadas reguladas. Trata-se, nas palavras da autora de “transferências condicionadas universais”¹¹.

Assevera a citada autora, que a saúde está dentre “aquelas nas quais a legislação e a supervisão federais limitam a autonomia decisória dos governos subnacionais, estabelecendo patamares de gasto e modalidades de execução das políticas”¹². Com isso, nas políticas de saúde, as receitas a elas destinadas estão “fora de barganhas políticas, posto que sua distribuição está definida por regra constitucional”¹³

O resultado desse sistema é percebido na implementação de outras políticas públicas. Explica Arretche que, enquanto nas políticas de desenvolvimento urbano, a regulamentação federal é bem limitada, o que dá autonomia de implementação nas áreas de infraestrutura (urbana, habitação, transporte público e coleta de lixo), há um “claro padrão de desigualdade de gasto”¹⁴; em outras, como saúde e educação, que a legislação federal regula a maior parte, “a desigualdade de gasto é bem mais reduzida”¹⁵.

A aplicação mínima dos recursos obrigatórios para a saúde, prevista nos §§2º e 3º do art. 198 da Constituição e regulamentada na Lei Complementar nº 141/2012, bem como os repasses das contribuições de seguridade social (§1º do art. 198, também da Constituição), é operacionalizada pelos entes federativos, utilizando o sistema de fundos, que consiste na transferência de um fundo para o outro, por meio de um mecanismo de transferências intergovernamentais. Com essa transferência “fundo a fundo”, assegura-se a destinação efetiva dos recursos, bem como a correta aplicação da finalidade para a qual foram criados. O resultado é a descentralização das ações entre os entes federados¹⁶, conforme preceituado no inciso I do art. 198 da Constituição.

11 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 185.

12 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 190.

13 CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, 2012, p. 411.

14 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 197.

15 ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. *Op. cit.*, p. 197.

16 CONTI, José Maurício. *Op. cit.*, 2012, p. 415.

Assim, além de ser conduzida por meio de fiscalização, regulamentação e controle federal, a saúde tem fontes de custeio específicas, previstas, como já referido, nos §§1º, 2º e 3º do art. 198 da Constituição, com redação dada pelas Emendas Constitucionais nº. 29/2000 e nº. 86/2015, e regulamentadas pela Lei Complementar nº 141/2012.

A universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde, que foi garantida pela primeira vez no ordenamento brasileiro na Constituição de 1988, tem inspiração no modelo inglês, o qual foi inicialmente desenhado no Plano Beveridge¹⁷ e será abordado na sequência.

4 O PLANO BEVERIDGE E O ACESSO UNIVERSAL AOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Dentre os comparativos que se pode estabelecer sobre diferentes formas de se organizar as prestações de direitos sociais, nos diversos países, especialmente no Ocidente, o atendimento à seguridade social sempre será um dos principais fatores para aferição das políticas públicas de um Estado. Nesse sentido, é interessante notar como a Grã-Bretanha organizou seu sistema, a partir de um estudo feito por ordem do Parlamento britânico em 1942¹⁸, que ficou conhecido como Plano Beveridge.

O referido plano passou a ser reconhecido como uma coluna do que veio a se estabelecer como o *Welfare State* ou “Estado de Bem-Estar Social”. Sua inspiração foi o documento denominado “Carta do Atlântico”, de 1941, assinado pelo Presidente Roosevelt e pelo Primeiro Ministro Churchill, sendo reconhecido como um importante tratado para a reorganização da economia mundial no vislumbre do pós-guerra. Ali se lançaram princípios, tanto na defesa da liberdade e da soberania nacional, como também no esforço cooperativo entre nações pelo desenvolvimento humano, pela busca da paz internacional duradoura e sustentável, privilegiando o conjunto de valores em prol da prosperidade e segurança de seus cidadãos¹⁹.

A inspiração do Plano Beveridge era de buscar na solidariedade pública a consolidação do bem comum antes buscado pela caridade privada, ao dizer que “libertar o homem da miséria

17 PIERDONÁ, Zélia Luiza. A Assistência Social como subsistema subsidiário na seguridade social e o valor do benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal: Uma análise a partir do Relatório Beveridge. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. I, p. 210-223, 2015.

18 O chamado *Report on Social Insurance and Allied Services* foi um marco para a mudança de mentalidade entre o atendimento à seguridade “do povo”, feito preponderantemente pela caridade privada na Grã-Bretanha, e, ante as devastadoras necessidades em meio à guerra (e imediatamente após) que levariam a uma conclusão: apenas medidas estabelecidas como “políticas de Estado” para o tema poderiam construir o conjunto mínimo de ações benfazejas (solidariedade pública) e estender objetivamente a todos os direitos sociais reconhecidos, especialmente no plano da saúde.

19 SATO, 2001 *apud* COSTA, Adália Raissa Alves da. **A Seguridade Social no Plano Beveridge: história e fundamentos que a conformam. Dissertação (Mestrado – Mestrado em Política Social)** – Universidade de Brasília, 2019, p. 59.

é algo que não pode impor-se à democracia, nem ser a ela oferecido, mas que deve ser por ela conquistado”²⁰.

Beveridge teve diversas influências na construção de sua teoria, como o liberalismo inglês clássico (corrente política à qual se filiava) e o socialismo fabiano do casal Webb, o qual norteou seus pensamentos sobre o papel centralizador e planejador do Estado, especialmente no contexto terrível da guerra²¹. O *Welfare State* não deixa de ser, por assim dizer, um experimento prático a partir de reflexões teóricas e da vontade política de buscar respostas às questões profundas que, desde o Iluminismo, o mundo ocidental vinha se fazendo e que já provocara tantas mudanças no *landscape* político da Europa.

Nesse sentido, o relatório preliminar de Beveridge apoiou-se em um tripé que iria compor o plano de seguridade social, a saber: (i) serviço amplo de saúde, sob gratuidade e universalidade; (ii) a concessão de subsídios familiares; e (iii) o alcance do pleno emprego, como condição *sine qua non* para o êxito do sistema. Conforme assevera Abel-Smith²², o receio de que o caráter vinculante desse tripé poderia afetar o sistema econômico do Estado fez com que tentassem persuadir Beveridge a retirar os referidos eixos. Porém, diante de sua recusa, lhe foi comunicado que o relatório não teria o apoio dos demais membros da comissão (formada por funcionários públicos, que temiam ser associados às recomendações tão ousadas feitas por Beveridge).

O relatório dá conta de uma caminhada política difícil para que o Plano fosse posto em prática: seja pelo natural conflito entre o pensar na concessão dos benefícios, como concretização de direitos, e a necessidade de ponderação entre direitos e a possibilidade fática de financiamento, seja pelas dificuldades de temperamento – um mal por vezes desconsiderado ou subestimado na arena política. Isso dificultou a implantação do Plano Beveridge²³.

A partir desse caminho político cheio de dificuldades para o estabelecimento das prioridades e da ação de políticas públicas, o Plano foi moldado com sugestões das mais variadas, no intuito de aperfeiçoá-lo, em relação ao relatório original, enquanto política pública a ser adotada pelo Estado. Na saúde, por exemplo, a proposta foi no sentido de “racionalização

20 BEVERIDGE, William. **O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943, p. 265.

21 HARRIS, Jose. **William Beveridge: a biography**. Oxford University Press on Demand, 1997.

22 ABEL-SMITH, Brian. **The Beveridge Report: its origins and outcomes**. *International Social Security Review*, v. 45, n. 1-2, p. 5-16, 1992.

23 CHAPMAN, Richard Paul. **The development of policy on family allowances and national insurance in the United Kingdom, 1942-1946**. Tese de Doutorado. London School of Economics and Political Science (United Kingdom). 1991.

do serviço médico”. Conforme assevera Beveridge, o sistema deveria ser “racional de saúde e reabilitação, para todos os cidadãos que dele necessitarem”²⁴.

Um dos mais significativos avanços que o plano traz é justamente tornar uma preocupação do Estado o bem-estar de todos os cidadãos, sem levar em conta uma eventual contribuição individual, ao menos em relação a alguns direitos, como é o caso de acesso à saúde. Isso porque, no que se refere ao seguro social (previdência social, utilizando-se a nomenclatura da Constituição brasileira) havia contribuição dos segurados. Entretanto, além do seguro social, o plano previa o acesso de todos aos serviços de saúde e à assistência aos necessitados, ambos independente de contribuição, o que garantia a proteção de todos: por meio do acesso à saúde, por um lado; e, de outro, o acesso ao seguro social (proteção contributiva) ou à assistência (proteção não contributiva).

A universalidade do acesso foi uma das preocupações de Beveridge²⁵ e, por meio da coordenação de serviços, antes ligados a entidades privadas, sem conexão e sem racionalização de sistemas e recursos, o sistema de seguridade social, por ele desenhado, garantia a universalidade da proteção.

A ideia era a coordenação de serviços e benefício para combater o que Beveridge chamou de “cinco gigantes”. As forças contra as quais lutava eram, em suas palavras:

[...] contra a Miséria física, que o interessa diretamente; contra a Doença, que é, muitas vezes, causadora da Miséria e que produz ainda muitos outros males; contra a Ignorância que nenhuma democracia pode tolerar nos seus cidadãos; contra a Imundice, que decorre principalmente da distribuição irracional das indústrias e da população; e contra a Ociosidade, que destrói a riqueza e corrompe os homens, estejam eles bem ou mal nutridos²⁶.

Em razão da solidariedade integrativa, com o Estado assumindo posições de condução e estímulo à seguridade, o Plano Beveridge trouxe inovação ao ordenamento jurídico da Grã-Bretanha, servindo de exemplo às demais nações, especialmente as ocidentais, preocupadas que estavam, em razão da guerra, de estabelecer um conjunto mínimo de direitos em torno dos quais os Estados deveriam envidar esforços para garantir.

Assim, nasce o sistema de seguridade social integrado e organizado pelo Estado, a partir das contribuições semanais da força de trabalho para que se pudesse, por meio dos mecanismos previstos nas propostas do plano, permitir um mínimo digno de proteção para qualquer nacional britânico. Esse sistema foi recepcionado dentro e fora do Reino Unido, servindo de modelo para

24 BEVERIDGE, William. *Op. cit.*, p. 76.

25 BEVERIDGE, William. *Op. cit.*, p. 16.

26 BEVERIDGE, William. *Op. cit.*, p. 262.

diversos países na adoção e construção dos próprios sistemas e permanece sendo um marco da universalização e sistematização da seguridade social.

A Constituição de 1988 adotou um sistema de proteção semelhante ao desenhado no Plano Beveridge, já que, além da previdência social (no plano designado seguro social) que é contributiva, garantiu a assistência social aos necessitados, independente de contribuição, e acesso universal aos serviços de saúde pública. Garantiu, ainda, meios de financiamento, permitindo, assim, a concretização dos direitos integrantes da seguridade social.

Considerando a forma federativa de Estado, a Constituição brasileira estabeleceu a responsabilidade dos diferentes entes federativos em relação a cada um dos direitos. Em relação à saúde, objeto do presente trabalho, como já referido, a atribuição é de todos os entes federativos, sendo que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” (*caput* do art. 198), que deve ser organizado de acordo com as diretrizes fixadas no texto constitucional, dentre as quais, a descentralização (art 198, I), prevista no inciso VII do art. 30 e disciplinada na Lei nº 8.080/1990.

A Constituição ainda determinou que o financiamento da saúde é garantido com recursos do orçamento da seguridade social (§ 1º do art. 198), bem como de recursos mínimos do orçamento fiscal de cada um dos entes federativos (§§ 2º e 3º, também do art. 198).

Assim, considerando a competência comum de todos os entes federativos, bem como a determinação de descentralização das ações e serviços de saúde, a cooperação entre os entes federativos é uma imposição, especialmente porque expressamente prevista no inciso VII do art. 30 da Constituição.

5 A NECESSÁRIA COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS

O Estado brasileiro vem buscando meios de concretizar a necessária cooperação de seus entes federativos para a efetivação das três dimensões de direitos fundamentais: os civis e políticos, os sociais e os de solidariedade. Porém, é no dia a dia da tensão entre a promoção de direitos e o seu financiamento, que devem ser feitas escolhas²⁷ para garantir o atendimento dos objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição.

27 Como assevera Pierdoná, em relação aos direitos de seguridade social, o texto constitucional é expresso ao determinar, no inciso III do parágrafo único do art. 194, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviço. Assim, rumo a universalização deve-se escolher quais as situações e riscos que terão prioridade. (PIERDONA, Zélia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. *In*: Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Madrid / Espanha**. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 6, p. 87-104.

No que tange à saúde, a responsabilidade pela sua implementação é comum de todos os entes federativos que devem observar a diretriz da descentralização, expressamente prevista no inciso I do art. 198 e no inciso VII do art. 30, ambos da Constituição, o que exige a cooperação entre eles.

Além disso, a competência para legislar é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XII, da Constituição), podendo ser suplementada pelos Municípios (art. 30, II, também da Constituição). Na competência concorrente, é atribuição da União estabelecer normas gerais²⁸. Assim, não apenas na execução das políticas de saúde, a cooperação entre os entes federativos é necessária, haja vista a necessidade de cooperação também na sua formulação.

Ela também é necessária em relação ao financiamento, já que, nos termos do art. 198, §1º da Constituição²⁹, o Sistema Único de Saúde (SUS) é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, além do financiamento indireto, que, no caso da saúde, está previsto nos §§2º e 3º do art. 198, também da Constituição. O financiamento direto corresponde às contribuições previstas nos incisos do art. 195, salvo as previstas na alínea “a” do inciso I e no inciso II, as quais são destinadas exclusivamente ao financiamento do Regime Geral de Previdência Social (art. 167, XI, da Constituição).

As contribuições pressupostas no art. 195 são instituídas pela União, nos termos do *caput* do art. 149, ambos da Constituição. Portanto, como a competência para instituir o mencionado tributo é da União e, como todos os entes federativos prestam serviços de saúde, há o repasse de recursos aos demais entes federativos, seja por meio dos repasses obrigatórios, seja por meio dos voluntários.

Assim, a cooperação entre os entes federativos é uma imposição, quando se trata do direito à saúde. Nesse sentido, deve-se ressaltar que a própria etimologia do termo federação (*foedu, eris*: aliança, pacto) leva à ideia de que os entes não deveriam ser vistos como espaços contrapostos de poder, mas como um mecanismo de cooperação permanente para o cumprimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito – a promoção do bem comum. Nesse sentido assevera Jacques Maritain:

O Estado não é a suprema encarnação da ideia, como o acreditava Hegel. O Estado não é uma espécie de super-homem coletivo. O Estado é apenas uma instituição autorizada a usar

28 PIERDONÁ, Zélia. **A previdência social no pacto federativo: as contribuições dos segurados e a violação à isonomia. In: Pacto federativo, tributação e cidadania: homenagem ao prof. Alcides Jorge Costa.** Org. GIOIA, Fulvia Helena; PIERDONÁ, Zélia Luiza. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 01, p. 289-308.

29 Art. 198 (...) § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

do poder e da coação, e constituída por técnicos e especialistas em questões de ordem e bem-estar público; em suma, um instrumento a serviço do homem. Colocar o homem a serviço desse instrumento é uma perversão política. A pessoa humana como indivíduo existe para o corpo político, mas o corpo político existe para a pessoa humana como pessoa. Mas o homem, de maneira nenhuma, existe para o Estado. O Estado é que existe para o homem³⁰.

Por fim, deve-se registrar que a cooperação entre os entes federativos também deve respeitar o princípio da subsidiariedade³¹, que inspirou a própria organização social brasileira e sacramentou no texto constitucional a ajuda mútua, que não deve simplesmente estar à mercê de um poder central(izador) único³².

Nesse sentido é a previsão do inciso VII do art. 30 da Constituição, o qual, ao estabelecer a competência dos Municípios, preceitua que o referido ente federativo deve “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, um país de dimensões continentais, estrutura-se em uma federação de três níveis, o que demanda uma distribuição de receitas e despesas muito bem elaborada e em rede que obedeça a critérios econômicos, sociais e culturais, visando o bem comum.

A gestão pública enfrenta desafios naturais e outros impostos pela difícil equalização do poder político, que estabelece governos do dia, bem como políticas de Estado, as quais devem ter unicamente o bem comum como o foco de atenção. Na democracia brasileira pós 88, o arranjo federativo de três níveis foi uma busca de descentralizar o poder e as responsabilidades, criando uma rede de cooperação.

A descentralização foi mais no sentido da execução das políticas (*policy-making*) do que para a elaboração das políticas (*policy-decision-making*). Os desafios naturais são, *a priori*, pela própria via constitucionalmente eleita, de repartição de responsabilidades e de recursos para sua implementação.

30 MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Trad. Alceu Amoroso Lima. 4ª ed.. Rio de Janeiro: AGIR Editora, 1966, p. 20.

31 “Nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior. [...], o município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União”, *in* BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 249.

32 CASSEB, Paulo. **Federalismo. Aspectos Contemporâneos**. Coleção Saber Jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 37.

Todos esses desafios estão presentes na implementação das públicas de saúde, haja vista que a atribuição administrativa é de todos os entes federativos e a competência para legislar é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, podendo ser suplementada pelos Municípios.

O direito à saúde, que foi universalizado a partir da Constituição de 1988, inspirado no Plano Beveridge, ainda encontra dificuldades para a sua efetividade, tanto em razão do subfinanciamento, quanto em virtude da necessária cooperação entre os diferentes entes federativos.

Este desafio ficou ainda mais claro na gestão da pandemia decorrente do COVID-19 no Brasil, ante a dificuldade de cogestão entre os entes federativos, colocando à prova o modelo teórico estabelecido constitucionalmente. Os decretos federal, estaduais e municipais por vezes ficaram em dificuldades de alocação de recursos e provisões para o correto endereçamento da crise humanitária aberta em função do problema global, e a cooperação nunca se mostrou tão necessária como no presente momento.

Apesar disso, pode-se afirmar que o direito à saúde é um dos que mais contribui para a cidadania. Sua efetividade também depende de um sistema efetivo de cooperação entre os entes federativos.

Por fim, deve ser registrado que o olhar de toda a sociedade, incluindo-se, portanto, as pesquisas acadêmicas, contribuirá para que se garanta a concretização do preceito constitucional de acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL-SMITH, Brian. **The Beveridge Report: its origins and outcomes**. *International Social Security Review*, v. 45, n. 1-2, p. 5-16, 1992. disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-246X.1992.tb00900.x>. Acesso em 30 nov. 2020.

ARRETCHE, Marta; VAZQUES, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação: explorando o problema da descentralização e da autonomia. *In: ARRETCHE, Marta. Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001

BEVERIDGE, William. **O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 out. 2020.

CASSEB, Paulo. **Federalismo. Aspectos Contemporâneos**. Coleção Saber Jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CHAPMAN, Richard Paul. **The development of policy on family allowances and national insurance in the United Kingdom, 1942-1946**. Tese de Doutorado. London School of Economics and Political Science (United Kingdom). 1991. Disponível em: <http://etheses.lse.ac.uk/1162/1/U048581.pdf>. Acesso em 02 dez. 2020.

CONTI, José Maurício. O Estado e o Imposto: federalismo financeiro e fiscal. *In*: GUIMARÃES, Vasco Branco; CATARINO, João Ricardo (org.). **Lições de Fiscalidade**. São Paulo: Almedina, 2012.

COSTA, Adália Raissa Alves da. **A Seguridade Social no Plano Beveridge: história e fundamentos que a conformam**. Dissertação (Mestrado – Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35579>. Acesso em 30 nov. 2020.

HARRIS, Jose. **William Beveridge: a biography**. Oxford University Press on Demand, 1997.

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Trad. Alceu Amoroso Lima. 4ª ed.. Rio de Janeiro: AGIR Editora, 1966.

PIERDONÁ, Zélia. A previdência social no pacto federativo: as contribuições dos segurados e a violação à isonomia. *In*: GIOIA, Fulvia Helena; PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Pacto federativo, tributação e cidadania: homenagem ao prof. Alcides Jorge Costa**. Org. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 01, p. 289-308.

_____. A Assistência Social como subsistema subsidiário na seguridade social e o valor do benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal: Uma análise a partir do Relatório Beveridge. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. I, p. 210-223, 2015.

_____. O sistema de seguridade social brasileiro. *In*: Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Madrid / Espanha**. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 6, p. 87-104.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.