

VOLUME 8 - NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2022



REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS

Vol. 8/ N. 1

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 8, Número 1

Janeiro/Junho

2022

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)

Prof.^a 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)

Prof. Dr. Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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 Morais 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)

Profa. Dra. Zelia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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

Equipe Editorial

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

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

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

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

Coeditor Acadêmico: Dr. Paulo Campanha Santana (Professor Titular e Coordenador do Programa)

Coeditora Acadêmica: Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva (Professora Titular)

Mestra: Priscila Lauande Rodrigues (Mestra pelo UDF e Doutoranda da Sapienza Università di Roma)

Mestra: Cristine Helena Cunha (Mestra pelo UDF)

Mestra: Eunice Maria Franco Zanatta (Mestra pelo UDF)

Revisão:

Mestranda pesquisadora: Mariana Ferrucci Bega – Bolsista CAPES (UDF)

Mestranda pesquisadora: Tatiana Felipe Almeida - Bolsista CAPES (UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Madeira Medeiro – Bolsista CAPES (UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

mclemos@udf.edu.br

resvistamestrado@udf.edu.br

Publicado em: 26/06/2022

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 8, N. 1 (Janeiro/Junho 2022). Brasília, DF, 2022 [on-line].

Semestral.

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	9
DO HUMAN RIGHTS TREATIES MATTER: THE CASE FOR THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES ..	13
Os Tratados de Direitos Humanos Importam?: O Caso da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	
<i>Profa. Dra. Arlene S. Kanter</i>	
IL RUOLO DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA NELLA TRASFORMAZIONE DEI DIRITTI DEI LAVORATORI.....	50
The Role of Technological Innovation in the Transformation of Workers' Rights	
<i>Profa. Dra. Antonella D'Andrea</i>	
TRABALHO INTERMITENTE E FRAGMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ...	84
Intermittent Work and Fragmentation of Social Rights	
<i>Profa. Dra. Taylisi de Souza Corrêa Leite</i>	
<i>Fernanda Ribeiro Uchôa Teixeira Salles</i>	
O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO: SERÁ JURIDICAMENTE ADEQUADO CONSIDERAR UM MOTORISTA UBERIZADO COMO TRABALHADOR COM CONTRATO INTERMITENTE?	96
The Intermittent Employment Agreement and the Uberization of Work: Is it Legally Appropriate to Consider an Uberized Driver as a Worker with Intermittent Contract?	
<i>Dra. Ana Cláudia Nascimento Gomes</i>	
<i>Regiane Pereira Silva da Cunha</i>	
PROTEÇÃO SOCIAL NO DESEMPREGO: UNIDADE, HARMONIA E ORDENAÇÃO COMO CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS À (RE)CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA	123
Social Protection in Unemployment: Unity, Harmony and Ordering as Indispensable Conditions for the (Re)Construction of a System	
<i>Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim</i>	
<i>Msc. Fernanda Cabral de Almeida</i>	
A EXAUSTÃO E O MEDO NO TRABALHO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19	142
Exhaustion and Fear in the Work against Covid-19	
<i>Dr. Fernando Silveira Melo Plentz Miranda</i>	
<i>Msc. Alan Martinez Kozyreff</i>	
EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: UN AVANCE EN LA TEORÍA Y PRÁCTICA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA	157
The role of international human rights law in bolivia's new constitution: a fresh step in latin american constitutional theory and practice.	
<i>Dra. Nataly Viviana Vargas Gamboa</i>	

TRABALHO EM HOME OFFICE, SE VEIO PARA FICAR O QUE PRECISA MUDAR? TELETRABALHO

..... 201

I work at home office, if you're here to stay what needs to change? Telework.

Dra. Benizete Ramos de Medeiros

TÉCNICAS DE CAPTURA DE GEOLOCALIZAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE PROVA JUDICIAL

..... 215

Geolocalization capture techniques for production of court evidence.

Dr. João Pedro Albino.

Ms. Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

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 primeira edição do corrente ano (Vol. 8, N. 1), que abrange o semestre janeiro-junho de 2022.

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. Desde o primeiro número, relativo ao primeiro semestre de 2015, a Revista publicou até o Vol. 8. N.1, o impressionante número de 153 artigos, todos de professores doutores de renomadas universidades brasileiras e estrangeiras, sendo que entre as publicações destacam-se 51 artigos de autores estrangeiros, cumprindo papel relevante para a democratização e aperfeiçoamento do conhecimento.

A Equipe Editorial é integrada pela Professora Doutora Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos, Editora-Chefe, pelos Coeditores Acadêmicos Professor Doutor Mauricio Godinho Delgado (Editor Acadêmico da Revista desde a sua fundação até o ano de 2021), e os Professores Doutores Ricardo José Macêdo de Britto Pereira, Marcelo Borsio, Paulo Campanha Santana (Coordenador do Programa) e Cristina Aguiar Ferreira da Silva, além das Mestras pelo UDF Cristine Helena Cunha, Eunice Maria Franco Zanatta e Priscila Lauande Rodrigues, esta última, Doutoranda da Sapienza Università di Roma.

Ao lado da Equipe Editorial atuam como revisoras as mestrandas bolsistas do Programa PROSUP da CAPES, Carolina Madeira Medeiro, Mariana Ferrucci Bega e Tatiana Felipe Almeida, imprescindíveis para o sucesso da Revista.

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 8 (oito) indexadores de padrão internacional, quais sejam: Scientific Indexing Services (SIS), Enlaw e V-Lex, HeinOnline, Latindex, Citefactor, Livre e cadastrada no Google Acadêmico, 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.

Além disso, desde o volume 7.2, todos os artigos estão licenciados com a Creative Commons Attribution Non Commercial 4.0 International License. Ressalta-se que a Revista

adota, há cerca de quatro anos, o sistema double blind review (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao semestre julho-dezembro 2017. 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 têm avaliado, desde o segundo semestre de 2017, os artigos enviados para os diversos números deste 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 sucesso da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas é fruto da participação dos mais renomados pesquisadores das universidades brasileiras, que reconhecem a importância do periódico na medida em que emprestam seu prestígio à Revista, enviando artigos inéditos da mais alta qualidade.

A Revista também é resultado das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas o 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 dois de autoria de Professores Doutores estrangeiros, e importantes Universidades dos Estados Unidos da América, Suécia e da Itália. Quatro artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros, 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.

Ao manter significativa participação de doutrinadores estrangeiros em todas as suas edições, 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. 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.

A presente edição conta com três artigos estrangeiros: 1) *Do Human Rights Treaties Matter: The Case for the United Nations Convention on the Rights of People With Disabilities*, da Professora Doutora Arlene S. Kanter, Laura J. and L. Douglas Meredith Professor of Teaching Excellence, Syracuse University; 2) *Il ruollo dell'innovazione nella trasformazione dei Diritti*, da Professora Doutora, Antonella D'Andrea, Professora adjunta de Direito do Trabalho na Universidade de "Tor Vergata" e na "Young Universities for the Future of Europe"; 3) *El Rol del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: Un Avance en la teoría y Práctica Constitucional Latinoamericana*, da Professora Doutora, Nataly Viviana Vargas Gamboa¹, Profesora Invitada del Instituto Nórdico de Estudios Lationamericanos de la Universidad de Estocolmo.

Entre os Professores Brasileiros, o presente volume apresenta: 1) *Trabalho intermitente e fragmentação dos direitos sociais*, da Professora Doutora, Fernanda Ribeiro Uchôa Teixeira Salles, Pós graduanda em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em conjunto com a Professora Taylisi de Souza Corrêa Leite, Professora Colaboradora do CEPED- UERJ; 2) *O Contrato de Trabalho Intermitente e a Uberização do Trabalho: Será juridicamente adequado considerar um Motorista Uberizado como Trabalhador com contrato intermitente?* Da Professora Doutora, Ana Cláudia Nascimento Gomes, Professora Concurzada (Adjunta IV) da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em conjunto com a Mestranda Regiane Pereira Silva da Cunha, Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; 3) *Proteção Social no desemprego: unidade, harmonia e ordenação como condições indispensáveis à (re)construção de um sistema*, do Professor Doutor, Fábio Zambitte Ibrahim, que é Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do IBMEC, em conjunto com Fernanda Cabral de Almeida - Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD- UERJ); 4) *A exaustão e o medo no trabalho de enfrentamento da Covid-19*, do Professor Doutor, Fernando Silveira Melo Plentz Miranda, Coordenador do Curso Direito da UNISO em conjunto com o Doutorando Alan Martinez Kozyreff, Doutorando em Ciências Farmacêuticas pela Universidade de Sorocaba (UNISO). 5) *Trabalho em Home Office, se veio para ficar que precisa mudar? Teletrabalho*, da Professora Doutora, Benizete Ramos de Medeiros, Professora do programa de mestrado e Doutorado da Universidade Veiga de Almeida – PPGD; 6) *Técnicas de captura de geolocalização para produção de Prova Judicial*, do Professor Doutor, João Pedro Albino, Professor Associado do Departamento de Computação da Unesp de Bauru em conjunto com a Doutoranda Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima, Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Bauru.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 8 N. 1 da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o primeiro semestre de 2022 (janeiro-junho) 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, 26 de junho de 2022.

Equipe Editorial

DO HUMAN RIGHTS TREATIES MATTER: THE CASE FOR THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES

OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS IMPORTAM?: O CASO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Arlene S. Kanter¹

ABSTRACT: In the United States, and throughout many other parts of the world, we are witnessing attacks on basic human rights. As poverty, inequality, and suffering are evident in so many parts of the world today, there are those who say that the entire human rights regime has failed. This author does not agree. While it is true that human rights treaties have not realized their full potential in every country that has ratified them, human rights treaties do “matter.” This Article makes the case for human rights treaties by referring to the success of the Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD), which was adopted by the UN in 2006 and has been ratified by 177 countries. The CRPD has spurred the development of new laws, policies, and practices that are transforming societies and offering new protections and opportunities for people with and without disabilities. The CRPD is also creating new norms within the international human rights system itself. Based on the impact of the CRPD to date, the human rights treaty regime has not only not failed but is, in fact, thriving.

KEYWORDS: People with Disabilities; United Nation Convention; Human Rights; Treats.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. DO HUMAN RIGHTS TREATIES MATTER? III. WHY DO COUNTRIES RATIFY TREATIES? A. Theories of Treaty Ratification. B. Why Countries Decide to Ratify or Not Ratify the CRPD. 1. The Failure of the United States to Ratify the CRPD. 2. The Decisions of Other Countries to Ratify the CRPD. C. Ratifying States May Not Have Yet Realized the Potential Effect of the CRPD. IV. THE CRPD MATTERS: IT IS MAKING A DIFFERENCE IN THE LIVES OF PEOPLE WITH AND WITHOUT DISABILITIES. A. Background of the CRPD. B. Why the CRPD Matters. 1. The CRPD Is Changing Society’s View of People with Disabilities. 2. The CRPD Is Having an Impact on the Development of Domestic Disability Laws. 3. The CRPD Is Having an Impact on International Human Rights Norms. 4. The CRPD Introduces New Rights and Novel Interpretations of Existing Rights. 5. The CRPD Provides a Model for Awareness Raising. 6. The CRPD Provides a Model for More Rigorous International and Domestic Reporting and Monitoring. V. CONCLUSION.

RESUMO: Nos Estados Unidos, e em muitas outras partes do mundo, estamos testemunhando ataques aos direitos humanos básicos. Como a pobreza, a desigualdade e o sofrimento são evidentes em tantas partes do mundo hoje, há quem diga que todo o regime de direitos humanos falhou. Esse autor não concorda. Embora seja verdade que os tratados de direitos humanos não tenham realizado todo o seu potencial em todos os países que os ratificaram, os tratados de direitos humanos “importam”. Este artigo defende os tratados de direitos humanos referindo-se ao sucesso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que foi adotada pela ONU em 2006 e ratificada por 177 países. A CDPD estimulou o desenvolvimento de novas leis, políticas e práticas que estão transformando as sociedades e oferecendo novas proteções e oportunidades para pessoas como sem deficiência. A CDPD também está criando novas normas dentro do próprio sistema internacional de direitos humanos. Com base no impacto da CDPD até o momento, o regime do tratado de direitos humanos não

Artigo enviado em 05/06/2022.

Artigo aprovado em 22/06/2022.

¹ Laura J. and L. Douglas Meredith Professor of Teaching Excellence, Syracuse University; Faculty Director of International Programs, Director, Disability Law and Policy Program, Syracuse University College of Law; 2017 Visiting Scholar, Harvard Law School; 2018 Lady Davis Fellow, Hebrew University Faculty of Law. I wish to thank Syracuse University College of Law for my 2017–18 sabbatical as well as Harvard Law School, Hebrew University Faculty of Law, and the Lady Davis Fellowship Program for support for this Article. Thank you also to my research assistant, Elizabeth Lehmann (SUCOL ’19), for her invaluable assistance.

apenas não falhou, mas está, de fato, prosperando.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência; Conveção das Nações Unidas; Direitos Humanos; Tratados.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS IMPORTAM? III. POR QUE OS PAÍSES RATIFICAM TRATADOS? A. Teorias da Ratificação do Tratado. B. Porque os países decidem ratificar ou não o CDPD. 1. O FRACASSO DOS ESTADOS UNIDOS EM RATIFICAR A CDPD. 2. As Decisões de Outros Países para Ratificar a CDPD. C. Os Estados ratificantes podem ainda não ter percebido o efeito potencial da CDPD IV. A CRPD IMPORTA: ESTÁ FAZENDO A DIFERENÇA NA VIDA DAS PESSOAS COM E SEM DEFICIÊNCIA. A. Antecedentes da CDPD. B. Por que a CDPD é importante. 1. A CDPD está mudando a visão da sociedade sobre pessoas com deficiência. 2. A CDPD está tendo um impacto no desenvolvimento de leis domésticas sobre deficiência. 3. A CDPD está tendo um impacto nas normas internacionais de direitos humanos. 4. A CDPD apresenta novos direitos e novas interpretações de direitos existentes. 5. A CDPD fornece um modelo de conscientização. 6. A CDPD fornece um modelo para relatórios e monitoramento internacionais e domésticos mais rigorosos. V. CONCLUSÃO.

“Nothing will change overnight but change comes more rapidly with law behind it”.
Kofi Annan, December 13, 2006²

I INTRODUCTION

In recent years, the efficacy and wisdom of international human rights treaties, as well as the philosophical underpinnings of the entire human rights regime, have come under attack. Some scholars call our time the “post-human rights era.”³ The continued existence of human rights violations around the world, they argue, constitutes sufficient evidence that human rights laws have not worked.⁴

While it is true that human rights treaties have not realized their full potential in every country that has ratified them, this Article presents the argument that human rights treaties do have positive outcomes, as least with respect to the most recently adopted treaty, the Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD). The CRPD has successfully spurred the development of new disability rights laws, policies, and practices, thereby providing a case study for the potential effectiveness of human rights treaties.

The CRPD was adopted by the UN in 2006 as the first treaty written for and by people with disabilities.⁵ This treaty is not only transforming the way in which the world views

² Press Release, General Assembly, General Assembly Adopts Groundbreaking Convention, Optional Protocol on Rights of Persons with Disabilities, U.N. Press Release GA/10554 (Dec. 13, 2006).

³ See, e.g., Ingrid B. Wuerth, International Law in the Post-Human Rights Era, 96 TEX. L. REV. 279, 284 (2017).

⁴ See, e.g., Eric Posner, The case against human rights, THE GUARDIAN (Dec. 4, 2014), <https://www.theguardian.com/news/2014/dec/04/-sp-case-against-human-rights> [https://perma.cc/75XH-QEL4] (archived Feb. 15, 2019).

⁵ See generally Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3 (entered into force May 3, 2008) [hereinafter CRPD]; Convention on the Rights of Persons with Disabilities

people with disabilities, but it is also changing state practices to ensure new protections, opportunities, and participation for people with disabilities, often for the first time in history. Moreover, the CRPD is creating new norms within the international human rights regime itself.

This Article begins by situating its argument about the impact of the CRPD within the current debate about the effectiveness of human rights treaties, generally. Unlike those scholars who assess the effectiveness of human rights treaties by comparing human rights practices before and after ratification, this author argues that the effectiveness of treaties should be measured in decades, and not according to a linear progression. Using this analysis, this Article will show how the CRPD is resulting in the development of domestic laws, policies, and practices that are transforming societies for the betterment of people with and without disabilities. The Article also explains the CRPD's potential impact on the future development of human rights law, generally.

II. DO HUMAN RIGHTS TREATIES MATTER?

The question of whether or not human rights treaties matter has captured the attention of many legal scholars. Some scholars hold the view that treaties make no difference at all; Eric Posner, for example, has written that human rights laws have made no difference in the lives of people around the globe and that we should, in his words, admit that human rights law “doesn’t do much [and that] we should face that fact and move on.”⁶ In his new book, *The Twilight of Human Rights Law*, Posner further argues that the continued existence of human rights violations around the world constitutes sufficient evidence that human rights law has not worked and that the whole enterprise should be abandoned.⁷ Supporters of this position, cite to the nearly universally ratified Convention on the Rights of the Child (CRC), which has not ended child labor,⁸ and the myriad examples of discrimination against women that

(CRPD), U.N. DEP’T OF ECON. & SOC. AFFAIRS, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> (last visited Mar. 15, 2019) [<https://perma.cc/5ZHF-DMCP>] (archived Feb. 19, 2019) [hereinafter United Nations—Disability].

⁶ Eric A. Posner, *Have Human Rights Treaties Failed? Human Rights Law is Too Ambitious and Ambiguous*, N.Y. TIMES (Dec. 28, 2014), <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/12/28/have-human-rights-treaties-failed> [<https://perma.cc/9M6DEV9D>] (archived Feb. 15, 2019).

⁷ See, e.g., Dinah Shelton, *Recent Books on International Law*, 109 AM. J. INT’L L. 228, 228–34 (2015).

⁸ Some scholars argue that although the CRC, for example, is the most ratified of all treaties, it has not (yet) resulted in widespread legislative reform. See Raneer Khooshie Lal Panjabi, *Sacrificial Lambs of Globalization: Child Labor in the TwentyFirst Century*, 37 DENV. J. INT’L L. & POL’Y 421, 445–47, 460 (2009); Yamile Mackenzie, *The Campaign for Universal Birth Registration in Latin America: Ensuring All Latin American*

continue to occur, even with the widely ratified Convention on Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW).⁹

Moreover, Stephen Hopgood, in *The Endtimes of Human Rights*, argues that human rights laws are powerless to address inequality.¹⁰ Makau Mutua, in his book, *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, presents a related argument that human rights treaties do not work because they have not resulted in greater economic opportunities, particularly in the Global South.¹¹ Stephen Moyn, too, in *Human Rights in the Age of Inequality*, calls the UN human rights regime “dead on arrival.”¹²

Other scholars who engage in empirical research have sought to show that there is no “concrete evidence” regarding the effectiveness of human rights treaties. Oona Hathaway, for example, in her 2002 article, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*,¹³ presents the findings of her quantitative study in which she compared the records of 166 countries in five areas (torture, genocide, access to fair trials, protection of civil liberties, and political representation of women) to determine their respective records on compliance with human rights treaties.¹⁴ Based on her research, Hathaway concludes not only that human rights treaty

Children’s Inherent Right to Life and Survival by First Guaranteeing their Right to a Legal Identity, 37 GA. J. INT’L & COMP. L. 519, 547–49 (2009). In fact, after ratifying the CRC, almost all of the Latin American countries embarked on “an initial cycle of legislative reforms.” The creation of new laws, however, led to problems because in all of the countries in the region, the ratification of the CRC did not lead to the automatic repeal of “old child laws” that were in existence before the CRC.

⁹ Today, one in three women is a victim of violence at some point in her life. Facts and figures: Ending violence against women, U.N. WOMEN (Nov. 2018), <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-andfigures> [https://perma.cc/2KJX-Q9G8] (archived Feb. 15, 2019).

¹⁰ See, e.g., Samuel Moyn, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 150 (2014).

¹¹ See, e.g., MAKAU MUTUA, *HUMAN RIGHTS: A POLITICAL AND CULTURAL CRITIQUE X* (2002).

¹² Samuel Moyn, *Human Rights in the Age of Inequality, Can Human Rights Bring Social Justice?*, AMNESTY INT’L NETH., https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/10/can_human_rights_bring_social_justice.pdf (last visited July 8, 2018) [https://perma.cc/TM5B-MSQ8] (archived Feb. 15, 2019).

¹³ Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L.J. 1935, 1940 (2002) [hereinafter Hathaway Study]. Hathaway is not the only scholar who has argued that human rights treaties have generally no direct effect on the practices of states, and that they may, in fact, even exacerbate levels of repression and abuse. See also Rob Clark, *Technical and Institutional States: Loose Coupling in the Human Rights Sector of the World Polity*, 51 SOC. Q. 65, 68 (2010); Emilie M. HafnerBurton & Kiyoteru Tsutsui, *Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed Most*, 44 J. PEACE RES. 407, 411 (2007); Emilie M. HafnerBurton & Kiyoteru Tsutsui, *Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises*, 110 AM. J. SOC. 1373, 1377–78 (2005).

¹⁴ See Hathaway Study, *supra* note 12. Hathaway examined the records of 166 countries in five areas (torture, genocide, access to fair trials, protection of civil liberties, and political representation of women) to determine their respective records on compliance with human rights treaties. Then, using data from US State Country Reports and other sources, Hathaway set ratification of treaties as her independent variable and reported incidents of human rights violations as her dependent variable. Her analysis presented five conclusions: 1) Countries with worse human rights practices appear to ratify treaties at higher rates than those with better practices; 2) Treaty ratification appears to be associated with worse human rights practices than otherwise expected; 3) Noncompliance is less pronounced in countries that have ratified the Optional Protocol to the International Convention on Civil and Political Rights and Article 21 of the Torture Convention; 4) Ratification of regional treaties appears more likely to worsen human rights practices than improve them; and 5) Full

ratification does not lead to improvements in state practices, but that treaty ratification may actually have an inverse relationship to the human rights record of any given country.¹⁵

This author and others have criticized Hathaway's study on several grounds.¹⁶ Indeed, Hathaway herself acknowledges the limitations of her study, including errors in data from self-reporting, a lack of historical context, and her "imperfect" conclusions.¹⁷ 16 Ryan Goodman and Derek Jinks argue that Hathaway's findings do not refute the important role treaties play in the process of developing human rights norms nor does her study explain why, for example, some states with records of human rights abuses ratify treaties since "joining the treaty would signal (as a formal legal matter) the state's acceptance of the human rights principles embodied in the treaty."¹⁸ Moreover, Hathaway's failure to account for changes as a result of improved reporting practices invalidates the entire study, according to Goodman and Jinks.¹⁹

Hathaway also fails to consider the steps a state may take to mitigate violations, once such violations are identified. Such steps could include improved enforcement of existing laws, amendments to current laws, adoption of new laws, development and implementation of action plans to address the violations, creation of oversight committees that would enforce recommendations to address these violations, as well as advocacy by civil society organizations. Nor does Hathaway adequately address budgetary issues surrounding treaty implementation. Wealthier nations are likely to spend more money on enforcement of treaties,

democracies appear more likely when they ratify treaties to have better practices than otherwise expected." Hathaway Study, *supra* note 12. For a detailed response to Hathaway's study and my critique, see ARLENE S. KANTER, *THE DEVELOPMENT OF DISABILITY RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW: FROM CHARITY TO HUMAN RIGHTS* 295–98 (2015) [hereinafter KANTER CRPD DEVELOPMENT].

¹⁵ See Hathaway Study, *supra* note 12. According to Hathaway, ratification of a human rights treaty should not result in what she found, which is worse human rights violations by countries after they ratified treaties than they had prior to ratification. Instead, if human rights treaties are to be effective in protecting against human rights abuses, Hathaway claims, countries should have better records of human rights practices after ratification than before ratification. Hathaway's study, therefore, calls into question two widely shared assumptions: that countries generally comply with their human rights treaty commitments and that countries' practices will be better if they ratify treaties than, if not. In addition, based on her findings, Hathaway suggests that more stringent monitoring and enforcement procedures for ratifying states are required. Hathaway also asserts that because the cost of noncompliance with treaties is "low to nonexistent," countries that sign treaties have little incentive to comply with the terms of the treaties. She suggests, therefore, that universal ratification undermines the legitimacy of human rights treaties, particularly if countries are ratifying without complying. See *id.*

¹⁶ See KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 295–98.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Ryan Goodman & Derek Jinks, *Measuring the Effects of Human Rights Treaties*, 14 *EUR. J. INT'L L.* 171, 179 (2003).

¹⁹ Hathaway has responded to Goodman and Jinks' critique in her article, *Testing Conventional Wisdom*. See generally Oona Hathaway, *Testing Conventional Wisdom*, 14 *EUR. J. INT'L L.* 185 (2003). In this article, Hathaway claims that Goodman and Jinks misunderstood and misinterpreted her study. She refutes their claims and states that although treaties should remain an indispensable tool for the promotion of human rights, the legal and political community should seek to explain and understand them more fully in order to improve human rights practices. *Id.* at 185.

thereby earning them higher marks according to her methodology. Moreover, neither Hathaway nor Goodman and Jinks raise the issue of what is considered a human rights violation in the first place, and how, even in those wealthier states that do offer due process protections under law, human rights abuses and violations continue to occur. This remains one of the most challenging questions of our time. It is also an issue on which the Convention on the Rights of People with Disabilities may offer some insights.²⁰

In contrast to Hathaway, who focuses on the effect of treaties at the time of their ratification, scholars Beth Simmons and Kathryn Sikkink have demonstrated that human rights treaties are not defined by the “magic moment” of ratification. Rather, these scholars argue that the impact of human rights treaties should be evaluated over time.²¹ As Sikkink has written, processes of change are gradual, disorderly, and a result of a constellation of disparate events, including the activism of individuals.²² It takes time for any law to be understood, applied, and for people to rally behind and mobilize for its enforcement. This is especially true regarding implementation of treaties that contain social, economic, and cultural rights since, unlike civil and political rights, these rights are legally designed to be progressively realized, over time.²³ Thus, states may resist implementation of a treaty soon after ratification. However, once these states develop economically, their noncompliance with treaty obligations, including those rights subject to progressive realization, will become less acceptable, resulting in greater treaty compliance.

For example, one may point to the fact that the Convention Against Torture’s widespread ratification has resulted in reducing incidents of state-sponsored torture.²⁴ Another example is the ratification of the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, which, while it has not eliminated all discrimination against women, has resulted in improvement in women’s living conditions and greater employment opportunities for women throughout the world.²⁵ Similarly, the Convention on the Rights of the Child has brought increased rates of inoculation as well as education to millions of children, even in the

²⁰ Here, I am thinking of many abuses of people with disabilities such as forced treatment, involuntary hospitalization which some consider torture and which have not been acknowledged as a human rights issue, at least not prior to the CRPD. See Juan E. Méndez (Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, U.N. Doc. A/HRC/22/53 (Feb. 1, 2013).

²¹ See KATHRYN SIKKINK, EVIDENCE FOR HOPE: MAKING HUMAN RIGHTS WORK FOR THE 21ST CENTURY at 20 (2017); BETH SIMMONS, MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS 317–35 (2009).

²² SIKKINK, *supra* note 20.

²³ See *id.*

²⁴ SIMMONS, *supra* note 20, at 273–7.

²⁵ See, e.g., Mark M. Gray et al., Women and Globalization: A Study of 180 Countries, 1975–2000, 60 INT’L ORG. 293, 295 (2006).

most remote countries on earth.²⁶ These treaties have had an impact, but it takes time.

The United States' experience with its own disability laws illustrates the challenge of assessing the effectiveness of laws. For example, since 1975 with the passage of the Education for All Handicapped Children Act, children with disabilities in the United States have enjoyed the right to receive a “free appropriate public education.”²⁷ This law, which was later amended as the Individuals with Disabilities Education Act, guarantees the right to education for all children who qualify, based on their disability and need for special educational services.²⁸ But it was not until 2017 that the U.S. Supreme Court actually interpreted the meaning and scope of an “appropriate” education.²⁹

Further, with respect to protections against discrimination of people with disabilities in the public and private sectors, section 504 of the Rehabilitation Act was enacted in 1973. It prohibits programs that receive federal funds from discriminating against people with disabilities.³⁰ Moreover, in 1990, Congress passed the Americans with Disabilities Act (ADA), which prohibits discrimination in workplaces, places of public accommodations, and by state and local governments. This law was amended in 2008 as the Americans with Disabilities Act Amendments Act.³¹ Yet now, decades later, neither section 504 of the Rehabilitation Act, the ADA nor the ADA Amendments Act of 2008 are fully implemented.³² This Article, therefore, argues that like domestic laws in the United States, the effectiveness of human rights treaties should be measured in decades, not months or years, and not along a linear progression. The effects of treaty ratification cannot be reduced to a simple “pre versus post” distinction, as Hathaway and other scholars claim. Like other treaties before it, the CRPD has not eliminated all discrimination and mistreatment in those countries that have ratified it; indeed no treaty alone can do that. But as Beth Simmons would suggest, the more important questions are “what and how has [this treaty] contributed to the chances that human beings will enjoy their rights more fully than would have been the case in the absence of the major human rights treaties.”³³

To provide a foundation for the argument in support of the impact of the CRPD on the lives of people with and without disabilities, the next Part will briefly review why states ratify

²⁶ SIMMONS, *supra* note 20, at 308.

²⁷ 20 U.S.C. §§ 1400 et seq. (2018)

²⁸ § 1400(c)(3).

²⁹ *Andrew F. v. Douglas Cty. Sch. Dist.*, 137 S. Ct. 988, 995–96 (2017).

³⁰ 29 U.S.C. §§ 701 et seq. (2018).

³¹ 42 U.S.C. §§ 12101 et seq. (2018).

³² Arlene S. Kanter, *The Americans with Disabilities Act at 25 Years: Lessons to Learn from the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*, 63 *DRAKE L. REV.* 819, 831–40 (2015) [hereinafter Kanter ADA].

³³ SIMMONS, *supra* note 20, at 350.

treaties in the first place. The following Parts of this Article provide a brief background of the CRPD, followed by a discussion of the impact of the CRPD on domestic and international law and practice. This Article hopes to illustrate, contrary to the critics of human rights laws, that the CRPD is making a difference in the lives of people with and without disabilities and within the UN system itself.

III. WHY DO COUNTRIES RATIFY TREATIES?

A. Theories of Treaty Ratification

No country is required to ratify or even sign a human rights treaty; however, most countries do. Of the 193 member states of the United Nations,³⁴ all countries except the United States have ratified the Convention on the Rights of the Child (CRC); 180 countries have ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW); 175 countries have ratified the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD); 167 countries have ratified the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); 161 countries have ratified the International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights (ICESCR); and 153 countries have ratified the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment (CAT).³⁵

Why do so many countries ratify so many treaties? What are the advantages to countries that would lead them to surrender even a modicum of their own state sovereignty in favor of a treaty? With respect to ratification of the CRPD, could it be that these countries support the rights of people with disabilities, or are there other issues at play?

Most scholars agree that countries ratify treaties often with no intention of fully implementing them.³⁶ Instead, a country may decide to ratify a treaty in order to protect its international reputation by avoiding the threat of ostracism or punishment by the international

³⁴ United Nations, Member States, <http://www.un.org/en/memberstates/index.html> (last visited Feb. 19, 2019) [<https://perma.cc/2EKU-BFE5>] (archived Feb. 15, 2019). There are 195 countries in the world today. One hundred ninety-three countries are members states of the United Nations, with the Holy See and the State of Palestine as non-member observer states. *Id.*

³⁵ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV: Human Rights, U.N. TREATY COLLECTION, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> (last visited Mar. 15, 2019) [<https://perma.cc/7UKQ-63JM>] (archived Feb. 15, 2019) [hereinafter Treaty Collection].

³⁶ See Joshua Keating, Why Countries Make Human Rights Pledges They Have No Intention of Honoring, SLATE (Oct. 21, 2014), http://www.slate.com/blogs/the_world_/2014/10/21/why_countries_make_human_rights_pledges_they_have_no_intention_of_honoring.html [<https://perma.cc/X43K-VX9T>] (archived Feb. 15, 2019) (referencing recent papers that reference treaties signed by countries and the rationale behind not implementing them).

community.³⁷ Such countries may believe that they have no choice but to ratify. As Beth Simmons has observed, “Countries may ratify [a treaty] in order to signal their support for the norms expressed in a treaty whether or not they actually espouse those norms and, in some cases, to mask the fact that they do not. This becomes more likely as more countries ratify.”³⁸ According to this view, the act of signing or ratifying a treaty is essentially symbolic.

Because some countries ratify treaties without any intention of full compliance with them, some scholars conclude that treaty ratification is meaningless.³⁹ These scholars focus on the fact that since there are no adverse repercussions for state-party noncompliance with treaties, ratification itself is no guarantee that any changes to domestic practices will occur.⁴⁰

Yet if treaties are merely symbolic or meaningless to those countries that ratify them, one would think that states parties would ratify all treaties or none, but not some treaties. In particular, one would expect that the country that ratifies the CRC would also ratify the CAT and vice versa, but that is not the case. In fact, many more countries have signed the CRC than the CAT.⁴¹ Indeed, the CRC is the most signed treaty, and the CAT is the least signed treaty, to date.⁴² The fact that so many countries have ratified the CRC may indicate that countries are willing to ratify treaties only if they believe that ratification will not cause too many changes in their country. But treaties such as the torture treaty, which would require some countries to dramatically change certain state practices, have received the fewest number of ratifications.⁴³ This difference suggests that treaties mean something to the countries that choose to ratify them.⁴⁴

But the meaning of such ratification is not clear. Some scholars claim that a country’s decision to ratify a treaty relates to the country’s resources and position within the international system. According to Jay Goodliffe and Darren G. Hawkins, for example, richer countries with a strong position in the international system are more likely to ratify treaties because they can use their power to mitigate any undesirable unintended consequences of

³⁷ See *id.*

³⁸ SIMMONS, *supra* note 20.

³⁹ *Id.* at 64.

⁴⁰ See Alicia Galea, No Freedom for Afghan Women: The Taliban Hides Behind Religion to Control Its People, 78 U. DET. MERCY L. REV. 341, 368 (2001); see also James F. Smith, NAFTA and Human Rights: A Necessary Linkage, 27 U.C. DAVIS L. REV. 793, 808–10 (1994).

⁴¹ See Treaty Collection, *supra* note 34.

⁴² See *id.*

⁴³ See *id.*

⁴⁴ As Beth Simmons argues, “countries are willing to ratify treaties only if they believe that ratification will not cause too many changes within their country, as some countries have argued with respect to the CRC. But treaties such as the torture treaty, which would likely require changes in State practices, have received the fewest number of ratifications. This fact suggests that treaty ratification is not meaningless, at least to the countries that ratify them. Even if they don’t plan on making any significant changes in domestic law.” SIMMONS, *supra* note 20.

treaty ratification, and “escape punishment should others attempt to inflict it.”⁴⁵ According to this view, although ratification itself may not influence changes in state practices, the fear of repercussions on the international stage may have that result.⁴⁶ The legal scholar Harold Koh has traced this power explanation” back to Thucydides, who wrote that “strong states do what they can, the weak states suffer what they must, but in the end there is no real ‘obedience’ of international law, only such coincidence between national conduct and international rules that results from power and coercion.”⁴⁷

Other scholars reach the opposite conclusion. They argue that because new and presumably weaker regimes are blank slates in the international arena, they may choose to ratify treaties in order to gain the legitimacy that is a prerequisite to international aid, trade, and political support.⁴⁸ Moreover, scholars who analyze treaty ratification using a cost-benefit analysis argue that countries ratify treaties only after a calculation of the costs and benefits of ratification.⁴⁹ According to a cost-benefit analysis, the more a treaty would require a state to change its own behavior, the higher the cost of the treaty to the state, and the less likely the state may choose to ratify the given treaty. Thus, if the costs to the state are low, ratification is more likely; if the costs are high, the state will likely not ratify. But the way in which a country may determine costs, or even which costs are considered in this calculus, may differ among countries. In some countries, costs may include financial expenditures; in others, the costs may focus on political or reputation issues.⁵⁰

Other scholars challenge this cost-benefit explanation. George Downs, Anthony Rocke, and Peter Barsoom, for example, view commitment and compliance to treaties as generally low-cost endeavors.⁵¹ They write that “most treaties require states to make only modest departures from what they would have done in the absence of an agreement.”⁵² According to these scholars, therefore, the perceived costs of treaty ratification are overstated.

Similarly, Abram and Antonia Handler Chayes examined the costs of implementing a

⁴⁵ Jay Goodliffe & Darren G. Hawkins, *Explaining Commitment: States and the Convention Against Torture*, 68 *J. POL.* 353, 363 (2006).

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Harold Hongju Koh, *How Is International Human Rights Law Enforced?*, 74 *IND. L. REV.* 1397, 1402 (1999).

⁴⁸ See Peter Dizikes, *Why Sign Rights Treaties?*, *MIT NEWS* (Oct. 20, 2014), <http://news.mit.edu/2014/why-sign-human-rights-treaties-1020> [<https://perma.cc/X2NU-UXDQ>] (archived Feb. 15, 2019).

⁴⁹ See, e.g., Oona A. Hathaway, *The Cost of Commitment*, 55 *STAN. L. REV.* 1823, 1833 (2003).

⁵⁰ See Hathaway Study, *supra* note 12, at 1944–45 (states considering signing or ratifying a treaty consider not only the cost of complying with the treaty but also the probability that the costs of complying will actually be realized).

⁵¹ George W. Downs et al., *Is the Good News About Compliance Good News About Cooperation?*, 50 *INT’L ORG.* 379, 380 (1996).

⁵² *Id.*

treaty, focusing on the costs involved in ratification, based on the state's involvement in the treaty drafting process.⁵³ According to these scholars, when government officials negotiate a particular treaty, they are more familiar with its terms and are in a better position to anticipate what the treaty will require the state to do and not do.⁵⁴ In such cases, the state has the opportunity to minimize its concerns about the terms of the treaty prior to its adoption.⁵⁵ According to Chayes and Chayes, a state's participation in the drafting process, therefore, reduces the overall cost of ratification to a given state and may make ratification more likely.

Another factor relevant to an understanding of treaty ratification practices is a country's legal system. In dualist, common law countries, treaty ratification is not automatic; the full effect of a treaty is not realized unless and until it is incorporated into domestic law.⁵⁶ In these countries, it is less "costly" for the state to ratify a treaty since ratification will not change any domestic laws and practices until the state's own legislature acts.⁵⁷ Moreover, since treaty incorporation is usually not a priority for most legislatures, the treaty may never become part of domestic law, or, if it does, it may be considered relatively ineffectual.

By contrast, in monist or civil law countries, where treaties generally become part of domestic law without any additional legislation, the potential cost of ratifying a treaty to the state is typically greater.⁵⁸ Once a treaty is ratified in a monist country, the treaty will have the full force and effect of domestic law.⁵⁹ As such, the state party is bound by the terms of the treaty, and its residents will be able to bring claims in domestic courts under the ratified treaty.⁶⁰ For this reason, monist countries may more carefully weigh their decisions to ratify treaties since once they are ratified, the state will be required to conform its practices to the terms of the treaty. These states parties may therefore be more reluctant to ratify treaties because the treaties' provisions become enforceable directly against the state, in the state's own domestic courts.⁶¹

Yet a review of the list of countries that have ratified various human rights treaties reveals that countries may not reach their decisions to ratify a particular treaty based solely on

⁵³ See, e.g., Abram Chayes & Antonia Handler Chayes, *On Compliance*, 47 INT'L ORG. 175, 178 (1993).

⁵⁴ *Id.* at 176.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ See *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh* (1995) 183 CLR 273 (Austl.) (in which the claimant was granted the "legitimate expectation" to claim rights under the CRC even though the CRC had not yet been incorporated into domestic law).

⁵⁷ SIMMONS, *supra* note 20, at 125–48.

⁵⁸ According to Simmons, comparative law literature shows a correlation, but as of yet no data is available to substantiate this view. One would think that common law countries have an extra barrier so they would ratify more treaties (and not enforce them in domestic law) but that is not the case. *Id.* at 87

⁵⁹ *Id.* at 71–75.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

their legal systems. Other factors may be at play, such as geography and religious and cultural traditions.⁶² If all of a country's neighbors are ratifying a treaty, the country may be more inclined to ratify.⁶³ The fact that the country is "surrounded by and compared to a critical mass of ratifying countries itself encourages ratification"⁶⁴ Accordingly, "countries are more likely to commit to a treaty if they are located in a region in which other states have already ratified."⁶⁵

There are numerous other theories that seek to explain why countries ratify human rights treaties based on cultural differences. The norm-based theorists predict that a country is more likely to ratify and implement treaties if the country already shares the norms that the treaty reflects.⁶⁶ According to these scholars, countries that already respect individual liberties, for example, are more likely to both sign and ratify such treaties as the Convention Against Torture than are states that do not share the same history of individual rights protection.⁶⁷

Harold Koh makes a related argument that treaty ratification is often the result of "noble" goals.⁶⁸ Koh argues, based in large part on Immanuel Kant's 1795 pamphlet, *Perpetual Peace*, that some countries feel some sort of internal "compliance pull" toward certain rules that they feel are legitimate.⁶⁹ Harold Koh gives an example of this rule legitimacy theory in the treaties on genocide or favoring diplomatic immunity, which nations perceive as legitimate, either because they meet a procedural standard of legitimacy or a substantive notion of due process or distributive justice.⁷⁰ According to this view, some countries decide to ratify certain treaties because they are "normatively pulled" toward that treaty or rule by its very legitimacy.⁷¹

In sum, there are many reasons why countries may decide to ratify a particular treaty. However, most of those reasons have little, if anything, to do with a state party's commitment to complying with the specific terms of the treaty. The reasons for ratification seem to focus

⁶² SIKKINK, *supra* note 20, at 204.

⁶³ SIMMONS, *supra* note 20, at 376.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* at 110. See also Goodliffe & Hawkins, *supra* note 44, at 365; Oona A. Hathaway, *Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?*, 51 *J. CONFLICT RES.* 588, 611–12 (2007).

⁶⁶ See Oona A. Hathaway, *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72 *U. CHI. L. REV.* 477, 481–83 (2005).

⁶⁷ Goodliffe & Hawkins, *supra* note 44, at 369. For example, Goodliffe and Hawkins also found that in countries where the official state religion is Islam and where the state promotes a more traditional view of women, the likelihood of the ratification of CEDAW is diminished since some of its provisions conflict with the norms of the state. See SIMMONS, *supra* note 20, at 361.

⁶⁸ Koh, *supra* note 46, at 1403.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* at 1403–04.

⁷¹ *Id.* at 1404.

more on the state's interest in gaining stature in the international community, which may be a prerequisite for receiving international aid; following the lead of regional neighbors; calculating the cost of ratification as low compared to its benefits; (particularly in dualist countries); or simply because the state party believes it is powerless not to ratify. The following subpart will review possible reasons why a country may decide to ratify the CRPD, focusing on the United States.

B. Why Countries Decide to Ratify or Not Ratify the CRPD

The CRPD has become one of the most highly ratified treaties in the world, with 177 states ratifying it as of March 2019.⁷² Why does a state decide to ratify the CRPD? Is the state committed to equal rights for people with disabilities or are there other reasons for ratification? This subpart will provide an overview of the decision of the United States not to ratify the CRPD in contrast to the decision of various other states to ratify the CRPD.

1. The Failure of the United States to Ratify the CRPD

Based on the criteria discussed in the previous subpart, one would have expected the United States to ratify the CRPD. The United States is a powerful nation typically not subject to international pressure. It is also surrounded by states parties that have ratified the CRPD.⁷³ Moreover, since the CRPD is modeled after the United States' own ADA, one might have expected ratification of the CRPD, based on its merits alone.⁷⁴ But the United States has failed to ratify the CRPD.⁷⁵ Although President Obama signed the CRPD in 2009, the United States Republican-majority Senate failed to muster the two-thirds majority vote needed to ratify it on two separate occasions.⁷⁶ Apparently, the Senate failed to ratify the CRPD because the Republican majority refused to support any bipartisan effort, even when it meant failing to ratify a treaty that could realize the goals of our own ADA.⁷⁷

⁷² See United Nations—Disability, *supra* note 4.

⁷³ See *id.* (noting the full list of ratified states).

⁷⁴ Kanter ADA, *supra* note 31, at 822.

⁷⁵ See United Nations—Disability, *supra* note 4 (noting that the United States is a signatory state, but has not ratified the CRPD).

⁷⁶ Arlene S. Kanter, The Failure of the United States to Ratify the Convention on the Rights of People with Disabilities, in *RECOGNISING RIGHTS IN DIFFERENT CULTURAL CONTEXTS: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD)* (forthcoming 2019) [hereinafter *Kanter Failure*]

⁷⁷ *Id.*; see also Liz Klimas, Republicans Defeat Ratification of the U.N.'s 'Rights of Persons With Disabilities' Treaty in Senate, *THE BLAZE* (Dec. 4, 2012), <https://www.theblaze.com/news/2012/12/04/republicans-defeat->

Indeed, the United States has a long history of failing to ratify treaties. Of the nine core human rights treaties adopted by the UN, the United States has signed only three.⁷⁸ This number is strikingly low, especially in relation to other countries with whom it compares itself. These countries, including Australia, the United Kingdom, France, Germany, and Canada, have either ratified or acceded to all or most human rights treaties and their optional protocols.⁷⁹ As such, the United States is now the country with the “poorest record of ratification of human rights treaties among all industrialized nations.”⁸⁰ Some commentators have gone so far as to suggest that the failure of the United States to ratify human rights treaties not only reflects poorly on the United States internationally, but also adversely affects the ability of the United States to conduct foreign policy.⁸¹

2. *The Decisions of Other Countries to Ratify the CRPD*

ratification-of-the-u-n-rights-of-persons-with-disabilities-treaty-in-senate [https://perma.cc/Y7TY-4SUE] (archived Feb. 15, 2019).

⁷⁸ These “core” treaties, as they are known, include: CDPR, *supra* note 4; Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, adopted Dec. 20, 2006, 2716 U.N.T.S. 3 (entered into force Dec. 23, 2010) [hereinafter CPPED]; Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, Dec. 18, 1990, 2220 U.N.T.S. 3; Convention on the Rights of the Child, opened for signature Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3 (entered into force Sept. 2, 1990) [hereinafter CRC]; Convention Against Torture, and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, opened for signature Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (entered into force June 26, 1987); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13, 19 I.L.M. 33 [hereinafter CEDAW]; International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force Mar. 23, 1976); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, opened for signature Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 (entered into force Jan. 3, 1976); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Mar. 7, 1966, 660 U.N.T.S. 195.

⁷⁹ Penny M. Venetis, Making Human Rights Treaty Law Actionable in the United States: The Case for Universal Implementing Legislation, 63 ALA. L. REV. 97, 100–01 (2011).

⁸⁰ Janet E. Lord & Michael Ashley Stein, Ratify the UN Disability Treaty, FOREIGN POL’Y IN FOCUS (July 9, 2009), http://fpif.org/ratify_the_un_disability_treaty/ [https://perma.cc/D3TF-8AAL] (archived Feb. 15, 2019). The Senate has a very bad track record when it comes to human rights treaties, having only ratified three treaties and two optional protocols since the 1960’s. The three treaties are the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. The United States has ratified two Optional Protocols for the Convention on the Rights of the Child, one concerning children in armed conflict and the other concerning “the sale of children, child prostitution and child pornography.” United States Ratification of International Human Rights Treaties, HUM. RTS. WATCH (July 24, 2009), <http://www.hrw.org/news/2009/07/24/united-states-ratification-international-human-rights-treaties> [https://perma.cc/X2CB-XG4V] (archived Feb. 15, 2019) [hereinafter US Ratification]. The following are some of the treaties the U.S. has not ratified: CEDAW, *supra* note 77; CPPED, *supra* note 77; CRC, *supra* note 77; Convention on Cluster Munitions, May 30, 2008, 2688 U.N.T.S. 39; Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 18, 2002, 2375 U.N.T.S. 237; Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Sept. 18, 1997, 2056 U.N.T.S. 211. See US Ratification, *supra*. With respect to the CEDAW, there are only seven countries, including the U.S., that have not ratified it. *Id.* The United States is also the only country besides Somalia who has not signed the CRC, and Somalia has no recognized government to sign the treaty. *Id.*

⁸¹ See generally David Kaye, Stealth Multilateralism: U.S. Foreign Policy Without Treaties—or the Senate, 92 FOREIGN AFF. 113 (2013).

Unlike the United States, 177 other countries decided to ratify the CRPD—many simply because all of their neighbors did.⁸² Looking at the regions of Africa, the Middle East, and Latin America, for example, one can attribute the CRPD ratification to “peer” pressure at work.⁸³ These states also may have been interested in boosting their international reputation and accessing international aid.

Another explanation for the widespread ratification of the CRPD may be a state’s interest in showing the rest of the world how progressive it is, at least with respect to a “safe” human rights issue, like disability rights.⁸⁴ A disability treaty appears far less controversial than a treaty on torture or even on the rights of women, particularly in those countries that do not afford equality to women under their domestic laws.

The CRPD addresses the rights of people who, for decades and even centuries, have been seen as in need of protection and charity, not protection under law.⁸⁵ Viewing people with disabilities in this way means that ratifying a treaty for them would be seen as relatively noncontroversial and could garner international respect and perhaps international aid as well. This view is more common in countries where there has been no history of disability advocacy movements or disability-related domestic laws.⁸⁶

On the other hand, in those countries with a long history of human rights advocacy, such as many countries in Latin America, Canada, and Australia, the price of ratification may be considered higher but worth the cost.⁸⁷ These countries had previously ratified the CEDAW and CRC, and may have assumed that ratifying the CRPD was not only consistent with their past practices but also was the next logical step in ensuring legal protections for their citizenry. The CRPD was simply, for these countries, the next treaty to endorse.⁸⁸

Yet as one examines which states parties have ratified the CRPD and which have not, it is clear that few, if any, states parties ratified the CRPD simply because they were

⁸² See United Nations—Disability, *supra* note 4.

⁸³ See KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 295.

⁸⁴ *Id.* at 293.

⁸⁵ *Id.* at 291.

⁸⁶ *Id.* at 294.

⁸⁷ See, e.g., Kathryn Sikkink, Latin America’s Protagonist Role in Human Rights, *INT’L J. HUM. RTS.* (Dec. 2015), <http://sur.conectas.org/en/latin-americasprotagonist-role-human-rights/> [<https://perma.cc/76HK-NFFY>] (archived Feb. 15, 2

⁸⁸ The United States, which has a long history of domestic civil rights laws, including disability rights laws, chose not to ratify the CRPD. In my forthcoming chapter, I argue that the Tea Party-Republican-led United States Senate refused to vote for the ratification because of their opposition to endorsing any bi-partisan effort and due to their general opposition to international law as part of US law. Kanter Failure, *supra* note 75.

committed to disability rights as a national policy.⁸⁹ Indeed, most states parties that have ratified the CRPD were likely uninformed about what ratification of the CRPD would mean and what they would be expected to do in order to reach full compliance with the CRPD.

Most such states parties were likely unaware that compliance with the CRPD would mean changes beyond accessibility of buildings and transportation. In fact, ratification of the CRPD necessarily may involve changes in domestic law and policies in such areas as guardianship, mental health, education, and communication and service accessibility.⁹⁰ Thus many of the countries that ratified the CRPD likely did so without any comprehensive analysis of the effect of the treaty on the domestic status quo. For that reason, ratifying the CRPD was likely perceived as less risky than ratification of other treaties, particularly those that would increase legal protections for more politically controversial groups such as women, political dissidents, and indigenous people.⁹¹ Through this lens, the widespread ratification of the CRPD may be seen as a success, but not because of states parties' enthusiastic support for the rights of people with disabilities in their own countries. Indeed, in those countries that ratified the CRPD based on the assumption that it would make no difference in their domestic practices, they were likely mistaken.

C. Ratifying States May Not Have Yet Realized the Potential Effect of the CRPD

The CRPD, as the next subparts will explain, has the potential to challenge the very structure of how and for whose benefit societies are organized. As a result, ratification of the CRPD will likely “make a difference” by resulting in significant changes in most countries.

Once a state decides to ratify the CRPD and conform its domestic laws to the CRPD, some obvious changes are expected and even welcome. Such changes may include new policies regarding the accessibility of buildings and transportation.⁹² But conforming domestic laws and policies to the CRPD is not just about passing laws requiring buildings and transportation systems to be accessible. Rather, it is about making fundamental changes in how societies view people with disabilities so that they will be able to fully participate. It may require redefining who is included in society and who is not; who is responsible for their own

⁸⁹ See KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 294.

⁹⁰ See, e.g., Steven J. Hoffman et al., Is the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities Impacting Mental Health Laws and Policies in High-Income Countries? A Case Study of Implementation in Canada, 16 BMC INT'L HEALTH & HUM. RTS. 28, 31 (2016).

⁹¹ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 292–93.

⁹² See, e.g., CRPD, *supra* note 4, at 8–10

actions and who is denied legal capacity;⁹³ who has the right to be a parent and to be born;⁹⁴ who can work and attend school and universities;⁹⁵ who can live freely in the community, and with supports as needed;⁹⁶ and who can be subjected to torture in the name of treatment.⁹⁷

Thus, what many states parties likely failed to consider when they ratified the CRPD is that ratification would make visible the needs, rights, and potential political power of people with disabilities. Indeed, one of the most important tools for implementing human rights laws is to make visible “invisible harms.”⁹⁸ As Kathryn Sikkink has written, in the process of making invisible harms visible, human rights treaties raise the bar of what constitutes human rights in the first instance.⁹⁹ Although we may not yet know why each of the 177 countries that ratified the CRPD decided to do so, we can assume that most of these states parties did not predict the changes in state laws, policies, and practices that would be required to fully conform to the CRPD. However, even if the states parties did not anticipate such changes when they ratified the CRPD, these changes are occurring. It is these changes that this Article will now address.

IV. THE CRPD MATTERS: IT IS MAKING A DIFFERENCE IN THE LIVES OF PEOPLE WITH AND WITHOUT DISABILITIES

The adoption of the CRPD by the United Nations in 2006 was, in many respects, a great accomplishment for people with disabilities.¹⁰⁰ Although prior to the CRPD, there were nonbinding international documents that addressed the rights of people with disabilities, it was not until the adoption of the CRPD by the United Nations that people with disabilities were officially recognized as entitled to legal protections under international human rights law.¹⁰¹ Since its adoption, 177 countries (but not the United States) have ratified it.¹⁰² Some say that given the high number of ratifications, the issue of disability rights is no longer invisible.¹⁰³

⁹³ See *id.* at 10.

⁹⁴ See *id.* at 13.

⁹⁵ See *id.* at 7–8.

⁹⁶ See *id.* at 11–12.

⁹⁷ See *id.* at 10.

⁹⁸ SIKKINK, *supra* note 20, at 154.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ See KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 1.

¹⁰¹ *Id.* at 39.

¹⁰² See United Nations—Disability, *supra* note 4.

¹⁰³ See *id.*

But let's look a bit deeper and ask what and how the CRPD has made the issue of disability rights more visible. In other words, how is the CRPD making a difference in the lives of people with and without disabilities? Is it, in Simmons' words, contributing "to the chance that human beings will enjoy their rights more fully than would have been the case in the absence of [the treaty]." ¹⁰⁴ The next subpart will argue that the CRPD is, in fact, "making a difference" not only to people with disabilities and the societies in which they live, but also in the development of international human rights norms, generally.

A. Background of the CRPD

The CRPD was the fastest drafted treaty in the history of the UN. The process began with a proposal by Mexico to create a treaty drafting committee in 2001, and ended with the approval of the final version of the CRPD by consensus in 2006. ¹⁰⁵ On its opening day for signatures, the CRPD had the most signatories of any other treaty in the history of the UN. ¹⁰⁶ Subsequently, after twenty states ratified it, the CRPD came into force in May 2008. ¹⁰⁷

Prior to the CRPD, people with disabilities were often ignored not only by the state, but also by employers, teachers, neighbors, and their own family members, as well as mainstream human rights organizations. When Human Rights Watch and Amnesty International, for example, secured the release of political prisoners held in Soviet psychiatric institutions in the 1970s, they did nothing to stop the abuse of the thousands of people labeled as mentally ill who were forced to remain and eventually die in those same institutions. ¹⁰⁸

The CRPD was intended to make visible the plight and rights of people with disabilities in a way that even the larger human rights community had ignored. The CRPD accomplishes this goal by addressing all aspects of life for people with all types of disabilities,

¹⁰⁴ SIMMONS, *supra* note 20, at 350.

¹⁰⁵ See 10th anniversary of the adoption of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), U.N. DEP'T ECON. & SOC. AFFAIRS, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-personswith-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-ofpersons-with-disabilities-crpd-crpd-10.html> (last visited Mar. 1, 2019) [<https://perma.cc/S8HH-PQJC>] (archived Feb. 19, 2019).

¹⁰⁶ See United Nations—Disability, *supra* note 4.

¹⁰⁷ *Id.* One could argue that a separate treaty for people with disabilities is discriminatory on its face. In order to ensure equality for people with disabilities, they should be protected, like people without disabilities, under existing human rights laws and declarations. But without a specific treaty for people with disabilities, they would remain in the background, forgotten and invisible. I was reminded that prior to the ADA in the U.S., for example, restaurants, shopping malls, banks, schools, workplaces, and doctor's and lawyer's offices were not accessible to people with disabilities. The ADA was, and is still, necessary to change practices.

¹⁰⁸ See, e.g., Leonid Ragozin, Left Behind: Russian prisoners who didn't make the headlines, AL JAZEERA (Jan. 18, 2014), <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/01/left-behind-russian-prisoners-who-didn-make-headlines20141875744768429.html> [<https://perma.cc/FX5Q-Z3SW>] (archived Feb. 19, 2019).

making it one of the most comprehensive treaties ever written. It contains fifty articles, covering topics ranging from employment to family life, and the rights to health, education, access to justice, and liberty to name a few areas.¹⁰⁹ The CRPD also includes the following general principles: autonomy, independence, nondiscrimination and equality of opportunity, respect for differences, and acceptance of disability as part of human diversity and full inclusion as equal citizens and participants in all aspects of life.¹¹⁰ Thus as the following subparts explain, by its language as well as its implementation, the CRPD is making a difference in many countries throughout the world—perhaps not in relation to the ideal of an inclusive society but at least as compared with past practices.

B. Why the CRPD Matters

In support of the argument that the CRPD is making a difference in the lives of people with and without disabilities, as well as in the international human rights regime, this Article offers the following six examples.

1. The CRPD Is Changing Society's View of People with Disabilities

The first way in which the CRPD is making a difference is the way it is changing society's view of people with disabilities. The CRPD is changing the way people with disabilities are portrayed in society and how people with disabilities are responding to their new roles in society as rights holders rather than passive recipients of services.¹¹¹ For centuries, people with disabilities have been viewed as in need of care, charity, or medical treatment.¹¹² They have not been viewed as persons entitled as rights holders, entitled to equality, dignity, and autonomy.¹¹³ As a result, policies have been developed to deprive people with disabilities of their humanity and legal personhood, exposing them to neglect,

¹⁰⁹ In its fifty articles, the CRPD covers the following topics: Access, including Access to Justice; Equality; Women and Children, Right to Life, Liberty, Movement, Security; Freedom from Torture, Inhuman, Degrading Treatment, Exploitation, Violence, Abuse; Freedom of Expression; Respect for Privacy, for Home and Family; Inclusive Education; Right to Health care; Work and Employment; Habilitation and Rehabilitation; Adequate Standard of Living; Participation in Political, Public, Cultural Life, Leisure, Sport. See CRPD, *supra* note 4.

¹¹⁰ See *id.*

¹¹¹ For a discussion of the various models of disability, including the medical versus the social model of disability, see Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies*, 42 *COLUM. HUM. RTS. L. REV.* 403, 419 (2011).

¹¹² KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 7.

¹¹³ *Id.* at 48.

abuse, segregation, exclusion, and discrimination.¹¹⁴

From 2001–06, hundreds of men and women with disabilities came to the UN to help draft the CRPD.¹¹⁵ There, they proclaimed that they were no longer willing to accept second class status.¹¹⁶ They developed the slogan “nothing about us without us.”¹¹⁷ With this, they affirmed, some for the first time, that they are rights holders, not merely recipients of services, treatment, or charity.¹¹⁸ They explained that what causes their exclusion from society is often not their disability but rather the physical, attitudinal, and legal barriers that prevent them from fully participating as equal members in society.¹¹⁹ After their experience at the UN, they returned to their home countries and began to work for change, using the CRPD as their guidepost.¹²⁰ Without the CRPD, the grassroots global disability movement would not have emerged. And, without this movement, implementation of the CRPD would not be possible.

Following the adoption of the CRPD by the United Nations, the people with disabilities and their allies returned to their home countries to work for legislative reform to advance the rights of people with disabilities to equality, dignity, and freedom from discrimination within their legal systems.¹²¹ Some formed organizations to work on shadow reports to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD Committee). In Jordan, for example, a disability rights organization submitted a shadow report to the CRPD Committee even before the country submitted its country report.¹²² In other countries, civil society organizations are working to develop programs to enforce the protections of the CRPD.¹²³ In Kenya and in Peru, for example, coalitions of women’s groups are working to enforce the protections for women with disabilities under the CRPD, including their right to access justice as victims of domestic violence.¹²⁴ Other organizations supported by Handicap

¹¹⁴ Id. at 265. Even today in many countries where I have worked, children who are born with disabilities are not seen as human beings and are not allowed to be registered at birth. People with cognitive or psychosocial disabilities, may be denied legal capacity and equal recognition under law, not permitted to make decisions about their own lives, about where to live and with whom, or what to do each day.

¹¹⁵ Id. at 298.

¹¹⁶ Id. at 40.

¹¹⁷ 116. I

¹¹⁸ Id. at 46.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ Id. at 299; KATHRYN SIKKINK & MARGARET E. KECK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS* 79 (1998). Personally, I have seen these efforts first hand in such diverse countries as Argentina, Egypt, India, Ireland, Israel, Jordan, Kenya, Mexico, Palestine, Portugal, Turkey, South Africa and Vietnam.

¹²¹ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 299.

¹²² Muhanned Al-Azzeh, *Mirror of Reality and a Tool For Change: Civil Society Report on the Status of the Implementation of the Convention on the Rights of People With Disabilities in Jordan*, in KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 115.

¹²³ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 44.

¹²⁴ See, e.g., *Coalition Building to Prevent Gender-Based Violence (GBV)*, GLOB. DISABILITY RIGHTS NOW! (Jan. 19, 2018), <https://www.globaldisabilityrightsnow.org/impact/kenya/coalition-building-prevent-gender-based-violence-gbv> [https://perma.cc/S697-Q5FQ] (archived Feb. 20, 2019); *Strengthening Implementation and Enforcement of Disability Rights Laws in Peru*, MOBILITY INT’L USA (May 2–6, 2017), <http://www.miusa.org/event/2017/perutraining> [https://perma.cc/2TXS-LMXP] (archived Feb. 20, 2019).

International in Uruguay, Guatemala, Canada, Kenya, Costa Rica, Fiji, Colombia, Mexico, Burundi, Uganda, Tanzania, and Israel are working to advance equity for women and girls with disabilities, and to stop violence and exploitation.¹²⁵ These initiatives would not have taken place without the CRPD.

The very existence of these new disability organizations, particularly those comprised mostly of and led by men and women with disabilities, advances the position of people with disabilities in their countries, even in the absence of full nationwide implementation of the CRPD. Such organizations are now eligible for funding by donor governments in a way that they would not be without ratification.¹²⁶ In this way, therefore, the CRPD is doing what it is supposed to do: It is empowering “individuals, groups, or parts of the state with different rights preferences that were not empowered to the same extent in the absence of the treaties.”¹²⁷ The CRPD therefore can be directly credited for bringing men and women with disabilities out of the shadows and onto the international stage, as agents for change in their own countries, demanding recognition and rights under law. They not only helped write the CRPD, but now they are helping to implement it.

In sum, people with disabilities are now front and center in efforts to implement the CRPD. Thus, ratification of the CRPD has not only helped some states parties gain the international respect they sought, but it also has enabled disability self-advocates to gain respect as equal citizens in their own countries, some for the first time.¹²⁸ Of course, people with disabilities alone cannot force governments to comply with the CRPD. Even in those countries that have ratified the Optional Protocol to the CRPD, which authorizes the CRPD Committee to hear complaints by citizens of ratifying countries, enforcement remains a challenge.¹²⁹ But by ensuring a prominent role for people with disabilities, the CRPD has already increased awareness about the need for greater vigilance for the protection of the equal rights of people with disabilities.

2. The CRPD Is Having an Impact on the Development of Domestic Disability Laws

The second example of how the CRPD is making a difference in the lives of people

¹²⁵ See Welcome, HANDICAP INT’L, <https://hi.org/> (last visited Mar. 1, 2019) [<https://perma.cc/E5TN-RKJQ>] (archived Mar. 1, 2019).

¹²⁶ See, e.g., World Bank Grp. [WBG], Disability Inclusion and Accountability Framework, at 2 (Jan. 1, 2018), <http://documents.worldbank.org/curated/en/437451528442789278/pdf/126977-WP-PUBLIC-DisabilityInclusionAccountabilitydigital.pdf> [<https://perma.cc/RQ26-LS9D>] (archived Mar. 14, 2019) (USAID programs that focus on inclusive development).

¹²⁷ SIMMONS, *supra* note 20, at 125.

¹²⁸ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 298–99.

¹²⁹ *Id.* at 11.

with and without disabilities is its impact on the development of new domestic laws. Of the 177 states parties that have ratified the CRPD, a growing number have already begun drafting new disability laws or amending existing disability laws in their efforts to comply with the CRPD.¹³⁰ Some countries also are engaged in a process of reviewing their existing laws to determine their impact on people with disabilities.¹³¹ For example, even if a country's law currently prohibits discrimination based on disability, people with disabilities may suffer discrimination through the application of other domestic laws, such as family laws that deprive them of their right to parent or retain custody; guardianship laws that deprive them of legal capacity; education laws that deny them of the right to education; or mental health laws that deny their right to make treatment decisions and authorize their involuntary confinement.¹³² Such domestic laws also require review for their compliance with the CRPD.

Vietnam, for example, delayed its ratification of the CRPD until it developed its first domestic disability law.¹³³ The newly enacted Vietnamese law establishes for the first time the right of Vietnamese people with disabilities to employment and education.¹³⁴ In South Sudan, which has no history of civil rights laws, disability activists are working to develop the country's first disability law based on the CRPD.¹³⁵ Further, the governments of Bulgaria, Georgia, Hungary, India, Ireland, Israel, Croatia, Costa Rica, Peru, and Colombia are working with disability activists to reform their guardianship laws to protect the rights of people with disabilities to legal capacity.¹³⁶ These changes would not have occurred without the CRPD.

3. The CRPD Is Having an Impact on International Human Rights Norms

The third way in which the CRPD is making a difference is its effect on future human

¹³⁰ Id. at 88. For example, Argentina, Brazil, Canada, China, Colombia, Costa Rica, Croatia, Ethiopia, India, Hungary, Israel, Japan, Kenya, Malawi, Morocco, Peru, South Sudan, Spain, Sweden, Tanzania, Turkey, and Vietnam have all engaged in serious domestic disability law reform as a result of their ratification of the CRPD.

¹³¹ Id.

¹³² Id. at 302.

¹³³ See GLOB. DISABILITY RIGHTS NOW!, VIET NAM INITIAL STATE REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES 4 (2017), <https://www.globaldisabilityrightsnow.org/sites/default/files/related-files/258/2017%20Vietnam%20Initial%20State%20Implementation%20Report.pdf> (last visited Mar. 1, 2019) [<https://perma.cc/8EMN-SC9R>] (archived Feb. 20, 2019) (discussing the legal framework for the protection of human rights in general and the rights of persons with disabilities in particular at the national level).

¹³⁴ Id. at 5.

¹³⁵ . See BRIGITTE ROHWERDER, INST. DEV. STUDIES, DISABILITY IN SOUTH SUDAN (2016), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5af96f2fe5274a25dbface4c/Disability_in_South_Sudan.pdf [<https://perma.cc/R3N7-D6BA>] (archived Apr. 24, 2019); South Sudan, HUMANITY & INCLUSION, https://www.hi-us.org/south_sudan (last visited Apr. 24, 2019) [<https://perma.cc/TP2T-8SAN>] (archived Apr. 24, 2019).

¹³⁶ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 299.

rights treaties. Even before the CRPD has been fully implemented by any states parties, it is making a difference by the process that resulted in the treaty as well as the content of the treaty itself. For the first time in the history of the UN, the people affected directly by the treaty participated in its drafting.¹³⁷ In the future, it is likely that constituents of treaties will also lay claim to a role in drafting those treaties that affect them.

In addition to changes in the drafting process, the language and scope of the CRPD itself will likely influence future treaties. The CRPD combines civil and political rights, and social, economic, and cultural rights as well as negative and positive rights within one treaty.¹³⁸ This is a significant shift in the conception of human rights law at the international level. Traditionally, human rights laws addressed either civil and political rights (i.e., the ICCPR) or social, economic, and cultural rights (i.e., the ICESCR), but not both groups of rights.¹³⁹ The reason for this distinction is historic, apparently based on the different views between the “east,” which was more concerned about the role of government in ensuring social welfare, and the “west,” which was more concerned about the protection of civil and political rights.¹⁴⁰

The CRPD, however, combines all such rights in one treaty. Indeed, the articles of the CRPD are interdependent. Under the CRPD, civil and political rights cannot be realized unless and until the related social, economic, and cultural rights are also ensured.¹⁴¹ That means, for example, that the right to access justice for people with disabilities cannot be realized unless and until voting places and courthouses are made accessible;¹⁴² the right to

¹³⁷ *Id.* at 298.

¹³⁸ Kanter ADA, *supra* note 31, at 849.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ See generally Hakemli Makale, Civil and Political Rights vs. Social and Economic Rights: A Brief Overview, 6 J. BITLIS EREN U. 205, 209 (2017).

¹⁴¹ Kanter ADA, *supra* note 31, at 850.

¹⁴² Article 5, for example, recognizes that: “in order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.” CRPD, *supra* note 4, art. 5. Article 19 also affirms the equal right to people with disabilities to live in the community. However, in order to realize that right, Article 19 requires states parties to provide a “range of inhome services,” as well as to make “community services and facilities for the general population [available] on an equal basis to persons with disabilities and are responsive to their needs.” *Id.* art. 19. Article 14 upholds the right of the individual with a disability to liberty and security, a civil right that has applied to all people under international human rights law for decades. However, Article 14 goes beyond existing law to require states parties to protect persons with disabilities from deprivation, “including by provision of reasonable accommodations.” *Id.* art. 14. Another example of the way in which the CRPD joins together political and civil rights with social, economic, and cultural rights is Article 15, which requires states parties to enact effective legislative, administrative, judicial or other measures in order to protect people with disabilities from torture, cruel, inhuman, and degrading treatment and punishment on an equal basis with others. *Id.* art. 15. These examples illustrate the ways in which the CRPD recognizes that formal equality, alone, is not adequate to protect the rights of people with disabilities. The CRPD goes beyond formal equality by building on the interrelationship between what are considered civil and political rights, and social, economic or cultural rights to ensure the actualization of the rights contained in the CRPD. This interdependency of rights has not occurred in prior treaties.

equality and nondiscrimination of people with disabilities in all aspects of life cannot be fully realized until they also receive their right to accommodations in the workplace, public life, education, transportation, communication, and so on.

Similarly, the CRPD transforms rights—that in the past had been considered negative rights—into positive state obligations. For example, the right to equality must not only ensure freedom from restrictions but must also ensure the affirmative right to physical and communication access and accommodations under the CRPD.¹⁴³ This interdependency of the many substantive rights included in the CRPD, as well as the responsibility of states parties to protect those rights, is one of the most novel and future-thinking aspects of the CRPD. Future drafting committees will now have to look to the CRPD for the way in which it combines in civil, political, social, economic, and cultural as well as positive and negative rights. As such, the CRPD is already having an impact on the future development of human rights law.

4. The CRPD Introduces New Rights and Novel Interpretations of Existing Rights

A fourth way in which the CRPD is making a difference is by introducing new rights and reinterpreting existing rights. The drafters of the CRPD claimed that their goal was simply to apply existing human rights laws to people with disabilities.¹⁴⁴ They did not intend to create any new human rights; but they did.¹⁴⁵ For example, the CRPD recognizes, for the first time under international law, the right of people with disabilities to “live in the community” with “choices equal to others,” the right to “reasonable accommodations,” “accessibility,” and the right to “communication access.”¹⁴⁶ These are all “new human rights” and all are necessary in order for people with disabilities to realize other rights under the CRPD as well as their rights under other international and domestic laws.¹⁴⁷

Another new right recognized in the CRPD is the right to inclusive education. Although the right to education was enshrined in various international instruments prior to the CRPD, including in the Convention on the Rights of the Child,¹⁴⁸ no international treaty prior to the CRPD ensured the right to inclusive education.¹⁴⁹ Article 24 of the CRPD specifically requires states parties “to ensure an inclusive education system at all levels and lifelong

¹⁴³ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 3.

¹⁴⁴ *Id.* at 5.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* at 9.

¹⁴⁷ *Id.* at 5.

¹⁴⁸ See CRC, *supra* note 87, art. 28.

¹⁴⁹ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 48.

learning”¹⁵⁰ Under this article, children, youth, and adults may not be excluded from the general education system on the basis of their disability.¹⁵¹ Further, they are entitled “accessto an inclusive, quality and free primary education and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live.”¹⁵²

Article 24 has provided a model for new domestic laws on inclusive education in several countries, such as Kenya, Tanzania, South Sudan, Ethiopia, and Spain.¹⁵³ In addition, a South African court held recently that under the CRPD, children with disabilities have a right to inclusive education.¹⁵⁴ To implement this right, the court held that the government must spend whatever money is necessary to ensure that children with disabilities are educated in inclusive settings.¹⁵⁵

The CRPD also offers new interpretations of existing human rights principles, such as respect for autonomy and independence by valuing interdependency.¹⁵⁶ The CRPD presents a new vision of a social order that values dependency, rather than independence, alone. This view stands in contrast to the classic liberal “rights-based approach” in most international laws that focus on the importance of independence as a desired social goal.¹⁵⁷

In recent years, scholars have challenged the value society places on independence and autonomy. For example, in *The Myth of Autonomy*, Professor Martha Fineman argues that we have become so fixated on autonomy as a desirable social status that we have failed to recognize the inevitability and normalcy of dependency.¹⁵⁸ In fact, no one is truly independent; everyone needs others to survive. Thus dependency, rather than independence, is the natural state.¹⁵⁹ The CRPD adopts this view by challenging the ideal of independence

¹⁵⁰ CRPD, supra note 4, art. 24.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Id.

¹⁵³ Arlene S. Kanter, *Inclusive Education Under International Law*, in *THE RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* (2019)

¹⁵⁴ *Western Cape Forum for Intellectual Disability v. Government of the Republic of South Africa and Another* 2011 (5) SA 87 (CC) at para. 8 (S. Afr.).

¹⁵⁵ Id. The South African court has gone further than any court in the U.S. See KANTER CRPD DEVELOPMENT, supra note 13.

¹⁵⁶ CRPD, supra note 4.

¹⁵⁷ The United States is perhaps the country that places the highest possible value on independence. Each of us is expected to achieve success by “pulling ourselves up by our own bootstraps.” Independence is good; dependence is bad.

¹⁵⁸ See generally MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *THE MYTH OF AUTONOMY: A THEORY OF DEPENDENCY* (2004).

¹⁵⁹ See id. Professor Martha Fineman argues that we have become so fixated on autonomy as a desirable social status that we have failed to recognize the inevitability and normalcy of dependency. To Fineman, dependency rather than autonomy is the natural state, and as such, the State should bear its responsibility to meet dependency needs and support caretaking. Id.; see KANTER CRPD DEVELOPMENT, supra note 13, at 301–02.

itself.¹⁶⁰

Central to the CRPD, therefore, is the view that no individual does or should have to live completely independently or autonomously. Instead, people with disabilities should have the opportunity to rely on support networks, consisting of people whom they choose to assist them. Moreover, it is the state's responsibility to meet the support needs of people with disabilities so that they may realize their own personal goals.¹⁶¹ Such supports need not be stigmatizing; instead, they reflect the natural human condition.¹⁶² In this regard, the United States, which places a high premium on independence, has much to learn from other, so-called less developed societies in the Global South. The cultural values of many countries in Asia, Africa, and the Middle East, for example, focus more on community, tribe, and families than on the individual.¹⁶³ When people need care in these countries, they are not sent to institutions; instead, the government relies on formal and informal support networks to assist and care for people who need help.¹⁶⁴ The CRPD therefore challenges all countries to consider how best to provide support without the stigmatizing and harmful effects of segregation and institutionalization.

One could say that above all else, the CRPD stands for the proposition that all people, regardless of their labels, impairments, limitations, challenges, or abilities, are entitled to equality, dignity, and autonomy as well as the support they may need to live their lives, and on an equal basis with others.¹⁶⁵ No longer may a society exclude a group of people based on their dependent status.¹⁶⁶ That is one of the overriding messages of the CRPD. The extent to which the CRPD's view of dependency will spill over to the rest of society remains to be seen. But unlike any prior human rights treaty, the CRPD values, as a social good, the idea

¹⁶⁰ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 301.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² The CRPD does not portray dependency as a negative value; rather it is desirable to the social order. Valuing independence above all else, as we do in the US, can be devastating on people with disabilities as well as their supporters. Because (some) people with disabilities may need some help from time to time or all the time to meet their daily living needs, they are stigmatized as less worthy and less valuable human beings. It is this view of people with disabilities as less valuable that gave rise to the eugenics movement and provided the justification for the development of institutions for their care; for the enactment of civil commitment laws that deprive them of their liberty and permit their treatment without their consent; and for legal mechanisms such as guardianships that "assist" them by authorizing others to make decisions for them, thereby denying them the right to exercise their own will. To many, the notion of the independent disabled person is still an oxymoron. However, the CRPD contests this view by challenging the ideal of independence itself. See *id.* at 301–02.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.* at 267. Of course, by placing the burden of caring for family members on the family and without providing resources for such support and care, families and their loved ones with disabilities may suffer. See generally, e.g., Bazondile D. Marimbe et al., Perceived Burden of Care and Reported Coping Strategies and Needs for Family Caregivers of People with Mental Disorders in Zimbabwe, 5 *AFR. J. DISABILITY* 209 (2016).

¹⁶⁵ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 302.

¹⁶⁶ *Id.*

that people may need help from time to time, and that such help in no way diminishes their entitlement to dignity, autonomy, and equality as a matter of international human rights law.¹⁶⁷ As such, the CRPD introduces the new the “right to support” that may now serve as an important source for defining human relations in terms of care, reciprocity and interdependence.¹⁶⁸

The CRPD also expands our view of independence by specifically challenging the legal consequences of viewing people with disabilities as dependent, under guardianship laws. Several countries that have ratified the CRPD are now working to abolish guardianship laws entirely, or to offer alternatives to guardianship, such as supported decision making. With supported decision making, people with a disability retain their right to make decisions about their lives, and to get help to make such decisions, if they so choose.¹⁶⁹

Supported decision making has already been introduced as a legally sanctioned alternative to guardianship in several countries.¹⁷⁰ For example, Israel recently enacted one of the first national laws authorizing supported decision making.¹⁷¹ In response to the fact that more than sixty thousand people were living under guardianship in Israel, Israel’s Human Rights Center for People with Disabilities (Bizchut), developed a pilot project designed to provide support instead of guardians for people with disabilities.¹⁷² This pilot project resulted in significant changes to Israel’s guardianship law, including the introduction of supported decision making as an alternative to guardianship.¹⁷³

It remains to be seen exactly how the CRPD’s new view of the dependency will improve the lives of people with disabilities in different countries throughout the world. But it is undeniable that, already, there has been a significant shift in our conception of the meaning of autonomy, independence, and even what a “human right” means in many countries as well as under international law.

5. The CRPD Provides a Model for Awareness Raising

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ See generally BARBARA HILLYER, *FEMINISM AND DISABILITY* (1993); Susan Wendell, *Toward a Feminist Theory of Disability*, 28 *HYPATIA: FEMINIST ETHICS & MED.* 104 (1989).

¹⁶⁹ See Arlene S. Kanter & Yotam Tolub, *The Fight for Personhood, Legal Capacity and Equal Recognition Under Law for People with Disabilities in Israel and Beyond*, 39 *CARDOZO L. REV.* 557, 559 (2017).

¹⁷⁰ Id. These countries include Canada, Sweden, Ireland, India, Croatia, Georgia, Bulgaria, Peru, Argentina, Costa Rica, Columbia, and states in Australia and the U.S.

¹⁷¹ See id.

¹⁷² Id. at 594.

¹⁷³ See id. at 557.

A fifth way in which the CRPD is changing societies relates to a new awareness about disability and the challenges that people with disabilities face in accessing their societies on an equal basis with others. Prior to the CRPD, there was no reason for a country's foreign affairs office or diplomatic staff to be concerned about the rights of people with disabilities, and many were not. But once the UN adopted the CRPD, all member states were presented with the choice of signing and/or ratifying it. Although signing or even ratifying a treaty does not evidence an intent to change domestic practices to comply with it, as discussed above, once a country signs a treaty, it is bound not to engage in policies or practices that directly contravene the treaty.¹⁷⁴ Thus, today, 177 countries have agreed, at least in principle, not to take actions that contravene the CRPD.

Further, Article 8 of the CRPD specifically requires

states parties to adopt immediate, effective and appropriate measures to raise awareness throughout society . . . and to foster respect for the rights and dignity of persons with disabilities . . . and to combat stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, including those based on sex and age, in all areas of life; and . . . to promote awareness of the capabilities and contributions of persons with disabilities.¹⁷⁵

No prior international human rights treaty includes a separate article on awareness raising, and no stronger language could have been included to show the urgency and priority of awareness raising as integral to the goals of the CRPD in combatting exclusion of people with disabilities from society.¹⁷⁶ As such, Article 8 shifts the responsibility for the exclusion of people with disabilities from the person with a disability to society.¹⁷⁷ With such increased awareness, children and adults with disabilities are no longer hidden from view, and their rights and needs are no longer the sole concern of their families, service providers, or charities. Countries are now required to make decisions about whether they will support people with disabilities or continue to ignore their plight. Such transparency has the potential to affect other laws and policies that address the rights of other groups, too, who have been marginalized and made invisible within their respective societies.

6. The CRPD Provides a Model for More Rigorous International and Domestic Reporting and Monitoring

The final example regarding how the CRPD is making a difference relates to its

¹⁷⁴ A/CONF. 157/23, Vienna Declaration and Programme of Action (July, 12 1993).

¹⁷⁵ CRPD, supra note 4, art. 8.

¹⁷⁶ KANTER CRPD DEVELOPMENT, supra note 13, at 9.

¹⁷⁷ CRPD, supra note 4, art. 8.

reporting and monitoring provisions. The reporting and monitoring requirements of most human rights treaties have been referred to as “some of the most powerless, under-funded, formulaic, and politically manipulated institutions of the United Nations.”¹⁷⁸ The drafters of the CRPD were well aware of this critique and responded by including in the CRPD the most stringent monitoring and reporting requirements of any human rights treaty to date.¹⁷⁹ As such, the CRPD offers a new and potentially better model for the enforcement of human rights protections under international law than prior treaties. Some scholars have observed that the CRPD’s reporting and monitoring requirements are “unprecedented.”¹⁸⁰

The CRPD includes not only requirements for international monitoring but also detailed requirements regarding national monitoring. Without a commitment by states parties to implement the CRPD domestically, international monitoring would have little effect on the lives of people with disabilities. Thus, the CRPD identifies “which measures [states parties] should adopt in order to give effect to their human rights obligations.”¹⁸¹ The CRPD accomplishes this goal by creating (1) independent coordinating mechanisms for the promotion, protection, and monitoring of the implementation of the CRPD to facilitate its implementation within the different sectors and levels of the government; (2) the requirement of data collection about people with disabilities and their lives, as well as about the barriers they face in exercising their rights;¹⁸² and (3) the requirement of a focal point, charged with leading the process of implementation within the government.¹⁸³ The focal point within the government also has an obligation to include people with disabilities and their organizations in all aspects of their work, including in the development and implementation of disability-

¹⁷⁸ Peter Uvin, *HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT* 140 (2004); see also SIMMONS, *supra* note 20, at 356 (“Scores of volumes have been written on the inability of the UN to enforce human rights and the unwillingness of major powers to consistently do so.”); Michael Ashley Stein & Janet E. Lord, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential*, 32 *HUM. RTS. Q.* 689, 693 (2010) (citing Claire O’Brien & Michael O’Flaherty, *Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: A Critique of the Concept Paper on the High Commissioner’s Proposal for a Unified Standing Treaty Body*, 7 *HUM. RTS. L. REV.* 141, 144 (2007)).

¹⁷⁹ KANTER *CRPD DEVELOPMENT*, *supra* note 13, at 4.

¹⁸⁰ Hum. Rights Council, *Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Structure and Role of National Mechanisms for the Implementation and Monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, U.N. Doc. A/HRC/13/29 ¶ 15 (2009); see also Gauthier de Beco & Alexander Hoefmans, *National Structures for the Implementation and Monitoring of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *ARTICLE 33 OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: NATIONAL STRUCTURES FOR THE IMPLEMENTATION AND MONITORING OF THE CONVENTION* 18 (2013).

¹⁸¹ KANTER *CRPD DEVELOPMENT*, *supra* note 13, at 4.

¹⁸² CRPD, *supra* note 4, art. 31. Arguably, no other treaty requires collection of data covering such a broad range of issues.

¹⁸³ *Id.* art. 33.

related laws and policies enacted to conform to the CRPD.¹⁸⁴ As such, the focal points will ensure accountability of the government to its own constituencies, as well as to international monitoring bodies.¹⁸⁵

The CRPD is also changing certain international norms regarding monitoring and enforcement of treaties through its CRPD Committee. Unlike in the past when people with disabilities were considered interested parties, but never experts, the CRPD requires the expert CRPD Committee to consist primarily of members with disabilities.¹⁸⁶ Not only is the composition of the CRPD Committee unique within the international law system, but the CRPD Committee itself appears to be more active in responding to country reports than other human rights committees.¹⁸⁷ They have provided more detailed responses to country reports than other committees, thus giving rise to a new responsibility on states parties to more carefully document the information contained in their country reports.¹⁸⁸ This approach, therefore, provides a model for other human rights committees.

V. CONCLUSION

This Article has argued that the CRPD is an example of a human rights treaty that matters not only to people with disabilities, but also to societies, generally as well as the

¹⁸⁴ Id. art. 4.

¹⁸⁵ The focal points also may choose to identify, in coordination with the independent coordinating mechanisms, the changes in domestic law that are necessary to comply with the CRPD as well which issues should be included in the country reports regarding implementation of the CRPD that they will prepare and submit to the CRPD Committee. Although it is too early to tell whether the focal points and independent coordinating mechanisms are having the effect of improving implementation of the CRPD in all the countries that have ratified it, these new focal points and independent mechanisms do provide a new model for future human right treaty enforcement.

¹⁸⁶ KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 11.

¹⁸⁷ Id. at 10.

¹⁸⁸ Within two years of ratification, states parties are required to submit country reports on the implementation of the CRPD in their respective countries to the CRPD Committee. To date at least 102 countries and the EU have filed country reports to the CRPD Committee. See States Parties Reports, U.N. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29 [https://perma.cc/XZC9-4W79] (archived Mar. 11, 2019). In response to these reports, the CRPD Committee has provided detailed observations about each report, contained in the Committee's "Concluding Observations." See Concluding Observations, U.N. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5 [https://perma.cc/K5G9-TS3U] (archived Mar. 11, 2019). The Committee also has issued several General Comments, which clarify the meaning and scope of certain articles of the CRPD. See Committee on the Rights of Persons with Disabilities: General Comments, U.N. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (last visited Mar. 15, 2019) [https://perma.cc/DBD4-WBNR] (archived Mar. 11, 2019). Thus, the CRPD Committee's approach to country reports and to its role in interpreting the meaning and scope of the CRPD has set a new and higher standard of what should be expected from countries in their reports, as well as the type of detailed responses and observations that should be expected in response, from international human rights monitoring committees.

larger human rights community. As such, the CRPD has the potential to influence the development and expansion of domestic laws and international norms. Although the CRPD cannot solve all the problems of the world—indeed, no treaty can—treaties such as the CRPD should be given credit for those problems that they have begun to address successfully. As Beth Simmons has written, “to say that here are other important problems that public international law does not address very well does nothing to diminish the areas in which it has some modest success.”¹⁸⁹ As the first treaty of the twenty-first century, the CRPD has already begun to have an impact on state practices as well as international human rights norms.

Even in those countries in which the governments expected no changes upon their ratification of the CRPD, we are beginning to see changes in their domestic laws. This observation is made in the context of what appears to be an inverse relationship between the political structure of a country and the potential for change resulting from ratification of the CRPD. In other words, countries that do not have a history of human rights protections generally may have a greater potential to make the most changes as a result of the CRPD as opposed to countries with a history of human rights enforcement. Further, one of the most important determinants for affecting change under the CRPD may be the willingness and ability of people with disabilities and their allies to organize and form new organizations to fight for their rights. So far, this situation seems to have occurred in both countries in the Global South as well as the Global North.

As this Article also has demonstrated, the CRPD is a significant first step towards achieving equality for people with disabilities under international law. It recognizes the rights and needs of people with disabilities, while also presenting a new view of dependency as a natural part of the human condition as well as a new human right to accommodation and support. Again, the CRPD may not eradicate all discrimination, mistreatment, and segregation of people with disabilities worldwide. But it is nonetheless “no small thing”¹⁹⁰ that countries now have the opportunity to alter their domestic laws and practices to address the many injustices to which people with disabilities have been subjected, and to ensure their human rights protections under international law.

Further, at its core, the CRPD presents a new vision of a social order that not only values differences based on disability as part of diversity but also values the different ways in which people may live, work, act, think, walk, talk, love, and make decisions, with or without supports. The implementation of the CRPD, therefore, involves changing the very nature and

¹⁸⁹ SIMMONS, *supra* note 20, at 366.

¹⁹⁰ *Id.*

fabric of society, reordering government priorities, and creating places at the table for new constituencies. Additional research will be needed to show empirically the advances in various countries with respect to the rights and participation of people with disabilities in their respective societies. Yet we can already see that the inclusive drafting process of the CRPD as well as its contents stand for the proposition that excluding and mistreating people with disabilities will no longer be tolerated by people with disabilities themselves nor as a matter of international law. The message of the CRPD is clear: The CRPD must make a difference so that people with disabilities will finally enjoy their rights to equality, inclusion, and participation under international human law.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

AL-AZZEH, Muhanned. Mirror of Reality and a Tool For Change: Civil Society Report on the Status of the Implementation of the Convention on the Rights of People With Disabilities in Jordan, in KANTER CRPD DEVELOPMENT, *supra* note 13, at 115.

BARBARA HILLYER, FEMINISM AND DISABILITY (1993); Susan Wendell, Toward a Feminist Theory of Disability, 28 HYPATIA: FEMINIST ETHICS & MED. 104 (1989).

BECO, Gauthier de; HOEFMANS, Alexander. National Structures for the Implementation and Monitoring of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: national structures for the implementation and monitoring of the convention 18 (2013).

BRIGITTE ROHWERDER, INST. DEV. STUDIES, DISABILITY IN SOUTH SUDAN (2016), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5af96f2fe5274a25dbface4c/Disability_in_South_Sudan.pdf [<https://perma.cc/R3N7-D6BA>] (archived Apr. 24, 2019); South Sudan, HUMANITY & INCLUSION, https://www.hi-us.org/south_sudan (last visited Apr. 24, 2019) [<https://perma.cc/TP2T-8SAN>] (archived Apr. 24, 2019).

BURTON, Emilie M. HafnerBurton; TSUTSUI, Kiyoteru. Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed Most, 44 J. PEACE RES. 407, 411 (2007); Emilie M. HafnerBurton & Kiyoteru Tsutsui, Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises, 110 AM. J. SOC. 1373, 1377–78 (2005).

CHAYES, Abram Chayes; CHAYES, Antonia Handler. On Compliance, 47 INT'L ORG. 175, 178 (1993).

CLARK, Rob. Technical and Institutional States: Loose Coupling in the Human Rights Sector of the World Polity, 51 SOC. Q. 65, 68 (2010).

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3 (entered into force May 3, 2008) [hereinafter CRPD].

CONVENTION AGAINST TORTURE, AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT, OPENED FOR SIGNATURE Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85 (entered into force June 26, 1987).

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF ALL PERSONS FROM ENFORCED DISAPPEARANCE. adopted Dec. 20, 2006, 2716 U.N.T.S. 3 (entered into force Dec. 23, 2010) [hereinafter CPPED].

CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES. Dec. 18, 1990, 2220 U.N.T.S. 3.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, opened for signature Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3 (entered into force Sept. 2, 1990).

CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13, 19 I.L.M. 33 [hereinafter CEDAW]; International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force Mar. 23, 1976); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, opened for signature Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 (entered into force Jan. 3, 1976); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Mar. 7, 1966, 660 U.N.T.S. 195.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD), U.N. DEP'T OF ECON. & SOC. AFFAIRS, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> (last visited Mar. 15, 2019) [<https://perma.cc/5ZHF-DMCP>] (archived Feb. 19, 2019) [hereinafter United Nations—Disability].

CONVENTION ON CLUSTER MUNITIONS. May 30, 2008, 2688 U.N.T.S. 39; Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 18, 2002, 2375 U.N.T.S. 237.

CONVENTION ON THE PROHIBITION OF THE USE, STOCKPILING, PRODUCTION AND TRANSFER OF ANTI-PERSONNEL MINES AND ON THEIR DESTRUCTION, Sept. 18, 1997, 2056 U.N.T.S. 211.

GLOB. DISABILITY RIGHTS NOW! Coalition Building to Prevent Gender-Based Violence (GBV), (Jan. 19, 2018), <https://www.globaldisabilityrightsnow.org/impact/kenya/coalition-building-prevent-gender-based-violence-gbv> [<https://perma.cc/S697-Q5FQ>] (archived Feb. 20, 2019); Strengthening Implementation and Enforcement of Disability Rights Laws in Peru, MOBILITY INT'L USA (May 2–6, 2017), <http://www.miusa.org/event/2017/perutraining> [<https://perma.cc/2TXS-LMXP>] (archived Feb. 20, 2019).

GLOB. DISABILITY RIGHTS NOW!, VIET NAM INITIAL STATE REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES 4 (2017), <https://www.globaldisabilityrightsnow.org/sites/default/files/related-files/258/2017%20Vietnam%20Initial%20State%20Implementation%20Report.pdf> (last visited Mar. 1, 2019) [<https://perma.cc/8EMN-SC9R>] (archived Feb. 20, 2019) (discussing the legal framework for the protection of human rights in general and the rights of persons with disabilities in particular at the national level).

DIZKES, Peter Dizikes. Why Sign Rights Treaties?, MIT NEWS (Oct. 20, 2014),

<http://news.mit.edu/2014/why-sign-human-rights-treaties-1020> [https://perma.cc/X2NU-UXDQ] (archived Feb. 15, 2019).

DOWNS, George W. [et al.], Is the Good News About Compliance Good News About Cooperation?, 50 INT'L ORG. 379, 380 (1996).

GALEA, Alicia. No Freedom for Afghan Women: The Taliban Hides Behind Religion to Control Its People, 78 U. DET. MERCY L. REV. 341, 368 (2001).

GENERAL ASSEMBLY, General Assembly Adopts Groundbreaking Convention, Optional Protocol on Rights of Persons with Disabilities, U.N. Press Release GA/10554 (Dec. 13, 2006).
GOODLIFFE, Jay; HAWKINS, Darren G. Explaining Commitment: States and the Convention Against Torture, 68 J. POL. 353, 363 (2006).

GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. Measuring the Effects of Human Rights Treaties, 14 EUR. J. INT'L L. 171, 179 (2003).

GRAY, Mark M. [et al.], Women and Globalization: A Study of 180 Countries, 1975-2000, 60 INT'L ORG. 293, 295 (2006).

HANDICAP INT'L, <https://hi.org/> (last visited Mar. 1, 2019) [https://perma.cc/E5TN-RKJQ] (archived Mar. 1, 2019).

HATHAWAY, Oona A. Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law, 72 U. CHI. L. REV. 477, 481–83 (2005).

HATHAWAY, Oona A.. Do Human Rights Treaties Make a Difference?, 111 YALE L.J. 1935, 1940 (2002) [hereinafter Hathaway Study].

HATHAWAY, Oona. Testing Conventional Wisdom, 14 EUR. J. INT'L L. 185 (2003).

HATHAWAY, Oona A. The Cost of Commitment, 55 STAN. L. REV. 1823, 1833 (2003).

HATHAWAY, Oona A. Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?, 51 J. CONFLICT RES. 588, 611–12 (2007).

HOFFMAN, Steven J. [et al.], Is the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities Impacting Mental Health Laws and Policies in High-Income Countries? A Case Study of Implementation in Canada, 16 BMC INT'L HEALTH & HUM. RTS. 28, 31 (2016).

HUM. RTS. WATCH. United States Ratification of International Human Rights Treaties, (July 24, 2009), <http://www.hrw.org/news/2009/07/24/united-states-ratification-international-human-rights-treaties> [https://perma.cc/X2CB-XG4V] (archived Feb. 15, 2019) [hereinafter US Ratification].

HUM. RIGHTS COUNCIL. Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Structure and Role of National Mechanisms for the Implementation and Monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, U.N. Doc. A/HRC/13/29 ¶ 15 (2009);

KANTER, ARLENE S., The development of disability rights under international law: from charity to Human Rights 295–98 (2015) [hereinafter KANTER CRPD DEVELOPMENT].

_____. The Americans with Disabilities Act at 25 Years: Lessons to Learn from the UN Convention on the Rights of People with Disabilities, 63 DRAKE L. REV. 819, 831–40 (2015) [hereinafter Kanter ADA].

_____. The Failure of the United States to Ratify the Convention on the Rights of People with Disabilities, in RECOGNISING RIGHTS IN DIFFERENT CULTURAL CONTEXTS: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD) (forthcoming 2019)

_____. Inclusive Education Under International Law, in THE RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (2019)

KANTER, Arlene S.; TOLUB, Yotam. The Fight for Personhood, Legal Capacity and Equal Recognition Under Law for People with Disabilities in Israel and Beyond, 39 CARDOZO L. REV. 557, 559 (2017).

KANTER, Arlene S.. The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies, 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 403, 419 (2011).

KATHRYN SIKKINK & MARGARET E. KECK, ACTIVISTS BEYOND BORDERS 79 (1998).

KAYE, David. Stealth Multilateralism: U.S. Foreign Policy Without Treaties—or the Senate, 92 FOREIGN AFF. 113 (2013).

KEATING, Joshua .(Oct. 21, 2014), http://www.slate.com/blogs/the_world_/2014/10/21/why_countries_make_human_rights_pledges_they_have_no_intention_of_honoring.html [<https://perma.cc/X43K-VX9T>] (archived Feb. 15, 2019).

KLIMAS, Liz. Republicans Defeat Ratification of the U.N.'s 'Rights of Persons With Disabilities' Treaty in Senate, THE BLAZE (Dec. 4, 2012), <https://www.theblaze.com/news/2012/12/04/republicans-defeat-ratification-of-the-u-n-srights-of-persons-with-disabilities-treaty-in-senate> [<https://perma.cc/Y7TY-4SUE>] (archived Feb. 15, 2019).

KOH, Harold Hongju, How Is International Human Rights Law Enforced?, 74 IND. L. REV. 1397, 1402 (1999).

LORD, Janet E.; STEIN, Michael Ashley Stein. Ratify the UN Disability Treaty, FOREIGN POL'Y IN FOCUS (July 9, 2009), http://fpif.org/ratify_the_un_disability_treaty/ [<https://perma.cc/D3TF-8AAL>] (archived Feb. 15, 2019).

MACKENZIE, Yamile. The Campaign for Universal Birth Registration in Latin America: Ensuring All Latin American Children's Inherent Right to Life and Survival by First Guaranteeing their Right to a Legal Identity, 37 GA. J. INT'L & COMP. L. 519, 547–49 (2009). In fact, after ratifying the CRC, almost all of the Latin American countries embarked on “an initial cycle of legislative reforms.” The creation of new laws, however, led to

problems because in all of the countries in the region, the ratification of the CRC did not lead to the automatic repeal of “old child laws” that were in existence before the CRC.

MAKALE, Hakemli Makale. Civil and Political Rights vs. Social and Economic Rights: A Brief Overview, 6 J. BITLIS EREN U. 205, 209 (2017).

MINISTER OF STATE FOR IMMIGRATION AND ETHNIC AFFAIRS v. Ah Hin Teoh (1995) 183 CLR 273 (Austl.)

MOYN, Samuel, A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 150 (2014).

_____. Human Rights in the Age of Inequality, Can Human Rights Bring Social Justice?, AMNESTY INT’L NETH., https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/10/can_human_rights_bring_social_justice.pdf (last visited July 8, 2018) [<https://perma.cc/TM5B-MSQ8>] (archived Feb. 15, 2019).

MUTUA, Makau, HUMAN RIGHTS: A POLITICAL AND CULTURAL CRITIQUE X (2002).

PANJABI, Raneen Khooshie Lal, Sacrificial Lambs of Globalization: Child Labor in the TwentyFirst Century, 37 DENV. J. INT’L L. & POL’Y 421, 445–47, 460 (2009).

POSNER, Eric A., Have Human Rights Treaties Failed? Human Rights Law is Too Ambitious and Ambiguous, N.Y. TIMES (Dec. 28, 2014), <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/12/28/have-human-rights-treaties-failed> [<https://perma.cc/9M6DEV9D>] (archived Feb. 15, 2019).

RAGOZIN, Leonid Ragozin. Left Behind: Russian prisoners who didn't make the headlines, AL JAZEERA (Jan. 18, 2014), <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2014/01/left-behind-russian-prisoners-who-didn-make-headlines20141875744768429.html> [<https://perma.cc/FX5Q-Z3SW>] (archived Feb. 19, 2019).

SHELTON, Dinah. Recent Books on International Law, 109 AM. J. INT’L L. 228, 228–34 (2015).

SIKKINK, Kathryn. Evidence for hope: Marking Human Rights work for the 21st Century at 20 (2017).

SIKKINK, Kathryn, Latin America’s Protagonist Role in Human Rights, INT’L J. HUM. RTS. (Dec. 2015), <http://sur.conectas.org/en/latin-americasprotagonist-role-human-rights/> [<https://perma.cc/76HK-NFFY>] (archived Feb. 15, 2019).

SIMMONS, Beth. Mobilizing for Human Rights: International Law in domestic politics 317–35 (2009).

SMITH, James F. NAFTA and Human Rights: A Necessary Linkage, 27 U.C. DAVIS L. REV. 793, 808–10 (1994).

UNITED NATIONS, Member States, <http://www.un.org/en/memberstates/index.html> (last

visited Feb. 19, 2019) [<https://perma.cc/2EKU-BFE5>] (archived Feb. 15, 2019).

_____. DEP'T ECON. & SOC. AFFAIRS. 10th anniversary of the adoption of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-personswith-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-ofpersons-with-disabilities-crpd-crpd-10.html> (last visited Mar. 1, 2019) [<https://perma.cc/S8HH-PQJC>] (archived Feb. 19, 2019).

_____. WOMEN. Facts and figures: Ending violence against women. (Nov. 2018), <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-andfigures> [<https://perma.cc/2KJX-Q9G8>] (archived Feb. 15, 2019).

_____. TREATY COLLECTION. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV: Human Rights, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> (last visited Mar. 15, 2019) [<https://perma.cc/7UKQ-63JM>] (archived Feb. 15, 2019) [hereinafter Treaty Collection].

_____. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R, States Parties Reports. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29 [<https://perma.cc/XZC9-4W79>] (archived Mar. 11, 2019).

_____. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R. Committee on the Rights of Persons with Disabilities: General Comments, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (last visited Mar. 15, 2019) [<https://perma.cc/DBD4-WBNR>] (archived Mar. 11, 2019).

_____. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMM'R. Concluding Observations, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5 [<https://perma.cc/K5G9-TS3U>] (archived Mar. 11, 2019).

VENETIS, Penny M. Making Human Rights Treaty Law Actionable in the United States: The Case for Universal Implementing Legislation, 63 ALA. L. REV. 97, 100–01 (2011).

WORLD BANK GRP. [WBG], Disability Inclusion and Accountability Framework, at 2 (Jan. 1, 2018), <http://documents.worldbank.org/curated/en/437451528442789278/pdf/126977-WP-PUBLIC-DisabilityInclusionAccountabilitydigital.pdf> [<https://perma.cc/RQ26-LS9D>] (archived Mar. 14, 2019) (USAID programs that focus on inclusive development).

WUERTH, Ingrid B., International Law in the Post-Human Rights Era, 96 TEX. L. REV. 279, 284 (2017).

IL RUOLO DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA NELLA TRASFORMAZIONE DEI DIRITTI DEI LAVORATORI

THE ROLE OF TECHNOLOGICAL INNOVATION IN THE TRANSFORMATION OF WORKERS' RIGHTS

Antonella D'Andrea¹

ASTRATTO: L'articolo esamina l'impatto della digitalizzazione sui diritti fondamentali dei lavoratori sottolineando la necessità di considerare le sue conseguenze sulla qualità e sulle condizioni di lavoro, per valutarne le opportunità ma anche i possibili rischi. Innanzitutto, vengono analizzate le implicazioni dell'uso di strumenti digitali e dell'emergere dell'*algorithmic management*, perché alterano il ruolo tradizionale del datore di lavoro permettendo una gestione dei rapporti di lavoro non trasparente, spesso discriminatoria e che può sottrarsi al controllo umano. Successivamente si registra l'emersione di nuove forme di attività lavorativa e la loro difficile qualificazione giuridica. In particolare, viene illustrato il problema della corretta identificazione dello *status* occupazionale dei lavoratori su piattaforma da cui consegue l'incertezza del loro regime protettivo. Altro tema esaminato è quello dei rischi per la salute e la sicurezza direttamente imputabili sia agli strumenti tecnologici, che alle modalità del loro utilizzo. Da ultimo si espongono le nuove modalità di partecipazione dei lavoratori all'attività sindacale nonché di sciopero.

PAROLA CHIAVE: Diritti fondamentali; Lavoro digitale.; Piattaforme di lavoro; Gestione algoritmica. Innovazione tecnologica.

SUMMARIO: 1. Introduzione. 2. La metamorfosi dei poteri del datore di lavoro. 3. La qualificazione delle nuove forme di attività lavorativa. 4. I rischi per la salute dei lavoratori prodotti dalle nuove tecnologie. 5. Le nuove modalità di partecipazione dei lavoratori all'attività sindacale e allo sciopero. 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: The article examines the impact of digitization on the fundamental rights of workers, underlining the need to consider its consequences on quality and working conditions, to evaluate the opportunities but also the possible risks. First, the implications of the use of digital tools and the emergence of *algorithmic management* are analysed because they alter the traditional role of the employer allowing a non-transparent, often discriminatory management of employment relationships that can escape human control. Subsequently, the emergence of new forms of work and their difficult legal qualification are described. In particular, the problem of the correct identification of the employment status of platform workers is illustrated, resulting in the uncertainty of their protective regime. Another issue examined relates to health and safety risks directly attributable to both technological tools and the methods of their use. Lastly, the new methods of participation of workers in trade union activity as well as strike are outlined.

KEYWORDS: Digital labour; Labour platforms; Fundamental rights; Algorithmic management; Technological innovation.

Artigo enviado em 26/05/2022

Artigo aprovado em 15/06/2022

¹ dandrea@uniroma2.it. Professora adjunta de Direito do Trabalho na Universidade de "Tor Vergata" e na "Young Universities for the Future of Europe". Foi integrante do corpo docente da pesquisa de doutorado "Autonomia individual e autonomia coletiva". Na mesma Universidade, exerceu atividades docentes no âmbito de: - Curso de Direito do Trabalho e Direito Sindical do Curso de Mestrado em Direito, ministrado pelos Profs. Giancarlo Perone, Antonio Vallebona; Leciona em cursos de graduação e mestrado na Universidade de "Tor Vergata" e participa de grupos de pesquisa de relevância nacional e internacional." É coordenadora do Mestrado II nível "Gestão de escolas, instituições de ensino e formação MIS" desde 2018

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The metamorphosis of the employer's powers. 3. The qualification of the new forms of work activity. 4. The risks to the health of workers produced by new technologies. 5. The new ways of worker participation in trade union activity and strike. 6. Concluding remarks.

1 INTRODUZIONE

L'impatto della digitalizzazione sui diritti fondamentali dei lavoratori, mentre ha dischiuso nuove prospettive per l'esercizio dei diritti già riconosciuti, ha prodotto l'emersione di nuovi, utili a proteggere la persona che lavora e a rendere effettivamente fruibili le nuove opportunità che le innovazioni hanno prodotto. Tra questi occorre menzionare quegli inediti diritti che proteggono il lavoratore da minacce provenienti dall'utilizzo della tecnologia digitale da parte di soggetti sia pubblici che privati: il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all'oblio, il diritto alla *privacy* storica, il diritto a non essere oggetto di decisioni automatizzate o a non essere sottoposti a decisioni esclusivamente algoritmiche. D'altra parte, l'intenso utilizzo dell'informatica, dell'intelligenza artificiale, della robotica e dalla gestione di enormi quantità di dati, i c.d. *big data*, determinano effetti ambigui e persino contraddittori². La digitalizzazione dei processi produttivi permette, infatti, la disponibilità, la raccolta massiva e l'archiviazione di dati riguardanti i lavoratori che possono essere utilizzati per finalità indeterminate o anche opache. Inoltre, le tecniche di trattamento automatizzato e le analisi predittive basate sulle informazioni acquisite con il controllo a distanza non solo «tracciano un quadro senza precedenti del comportamento umano e della vita privata» dei lavoratori ma vi sono «rischi significativi» di abuso e di violazione dei diritti fondamentali della persona anche per quanto concerne «l'equità e le pari opportunità di accesso all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta», con la possibilità di riprodurre vecchie e nuove diseguaglianze, marginalizzazione di gruppi sociali e pratiche di discriminazione indiretta³.

Nuovi limiti e nuove minacce ai diritti fondamentali dei lavoratori, sia con riferimento alla loro personalità individuale che all'azione collettiva, vengono quindi in rilievo, soprattutto laddove la libera iniziativa economica si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

² Sul tema, J. FLECKER, *Space, Place and Global Digital Work*, London 2016, pp. 9 ss.

³ Garante europeo della protezione dei dati, Parere n. 8 del 23 settembre 2016, *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, p. 15 e Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *Big Data* per i diritti fondamentali: *privacy*, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto (2016/2225(INI)).

2 LA METAMORFOSI DEI POTERI DEL DATORE DI LAVORO

L'economia digitale ha fatto emergere nuove figure datoriali - dai colossi della *gig economy* alle piccole e medie imprese ad alta implementazione tecnologica, fino alle piattaforme on line di intermediazione nei servizi - ed ha alterato la struttura piramidale dell'impresa c.d. fordista⁴. Si sono anche innovate le forme di accesso e di organizzazione del lavoro, coinvolgendo sia le attività che si svolgono *online* o con la mediazione delle piattaforme digitali, intrinsecamente più esposte ai rischi di un'illegittima intromissione nell'ambito personale dell'individuo⁵, sia il lavoro subordinato più tradizionale, soprattutto nell'impresa «intelligente» e orientata al modello *Industry 4.0*⁶, dove il rapporto di dipendenza si esprime attraverso modalità suggerite o agevolate dal potenziale tecnologico, per arrivare fino ad una robotizzazione del lavoro attraverso sistemi cyber-fisici che consentono una inedita integrazione uomo-macchina, resa possibile dal flusso di informazioni realizzato da dispositivi di comunicazione⁷, che in ragione del coordinamento realizzato attraverso interconnessioni digitali può incidere sul sinallagma funzionale del contratto.

Con riferimento alla gestione dell'impresa, la tecnologia digitale propone inedite declinazioni dei tradizionali poteri del datore di lavoro (direttivo, di controllo e disciplinare) a cui si accompagna un crescente esercizio di tali poteri da parte di un datore-algoritmo - in ambito di assunzioni, sorveglianza, supervisione e controllo delle attività, gestione delle risorse umane, conclusione e cessazione di rapporti contrattuali - rispetto ai quali i diritti fondamentali dei lavoratori reclamano tecniche di attuazione e di effettività più adeguate, soprattutto con riguardo al controllo a distanza sull'organizzazione del lavoro e sui lavoratori tramite le nuove tecnologie. Analoga difficoltà, nel delimitare i confini del potere di

⁴ Cfr. J. PRASSL J., M. RISAK, *Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming Oxford Legal Studies Research, Paper No. 8/2016; S. DEAKIN, *The changing concept of the employer in labour law*, in *Industrial Law Journal*, vol. 30, 1, 2001, p. 72; J. FUDGE J., *Fragmenting work and fragmenting organizations: the concept of employment and scope of labour regulations*, in *Osgood Hall Law Journal*, vol. 44, 2006, p. 636.

⁵ Cass., Chambre Social, 4 marzo 2020, n. 374, disponibile su <https://www.courdecassation.fr> commentata da A. Donini. Secondo la Corte di Cassazione francese Uber è datore di lavoro, in *Labour&Law Issues*, 6, 1, 2020; Cass., Chambre Social, 28 novembre 2018, n. 1737, commentata da M. Peyronnet, *Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés*, in *Revue de Droit du Travail*, 2019, n. 1, pp. 36 ss., che con riguardo a Take Eat Easy ha riconosciuto nella piattaforma «un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus et, d'autre part, que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier».

⁶ Termine coniato dal Governo tedesco: M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, 2, 2016, p. 13 ss. Cfr. anche F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017, pp. 1 ss., A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI e G. MARI, *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018.

⁷ V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.*, 6, 2018, pp. 1414 ss.

controllo, si rilevano in caso di prestazione lavorativa esternalizzata, attraverso il collegamento da remoto con l'impresa, come nel caso del c.d. *smart working* o dei lavoratori *ICT based mobile*. Si vanno diffondendo, inoltre, nuovi dispositivi che non si limitano a rivelare dati quantitativi o qualitativi sulla prestazione lavorativa, ma ambiscono a predire che cosa potrebbe accadere in futuro alla persona del lavoratore⁸.

Il controllo a distanza del datore di lavoro sull'attività dei lavoratori è tradizionalmente considerata una delle forme di sorveglianza più subdole e pericolose per la dignità e la libertà dei lavoratori. La sua particolare insidiosità risiede nel carattere anonimo del monitoraggio, idoneo, da un lato, a privare il lavoratore del beneficio della contestazione diretta e del contraddittorio e, dall'altro lato, capace di fornire al datore di lavoro, sorvegliante invisibile nonché *dominus* esclusivo dello strumento di controllo, numerose informazioni sul lavoratore, da cui possono trapelare anche prove di infrazioni disciplinari⁹. La casistica giudiziaria formatasi negli anni conferma il controllo qualitativamente più invasivo da parte degli strumenti tecnologici, perché interessa sia l'adempimento della prestazione, sia la sfera personale. Tale questione si è spesso intersecata con il dibattito in merito all'utilizzabilità delle informazioni raccolte e memorizzate illecitamente dalle apparecchiature di controllo, soprattutto quando sono in grado di provare un illecito disciplinare.

In tale ambito il reg. 2016/679/UE sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche ha sostituito la dir. 95/46/CE e, in larga parte, ha modificato le normative dei Paesi membri dell'UE. La regolamentazione appare innovativa poiché il Regolamento europeo ha responsabilizzato il titolare del trattamento, inducendolo a strutturare un'organizzazione tecnologica rispettosa dei diritti fondamentali della persona, in particolare obbligandolo a porre in essere e ad essere in grado di dimostrare lo svolgimento di comportamenti proattivi al fine di progettare, organizzare e realizzare «trattamenti di dati personali» conformi alla normativa *privacy* e ai principi di trasparenza, minimizzazione e limitazione della finalità.

Alla luce di tali modifiche legislative, il datore di lavoro può trattare i dati personali dei lavoratori se il trattamento è necessario per la gestione del rapporto di lavoro, per adempiere a specifici obblighi o compiti dalla disciplina di settore (artt. 6, par. 1, lett. c; 9, par. 2, lett. b e 4; art. 88 GDPR) o se è necessario per l'adempimento di un compito nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri da parte di una amministrazione

⁸ Il riferimento è alla diffusione dei cd. «*people o HR analytics*», «*workforce analytics*», «*talent analytics*» e alla «*Productivity app*», in grado di originare informazioni predittive.

⁹ Cfr. A. INGRAO, *Il controllo «a distanza» realizzato mediante social network*, in *Labour&Law Issues*, 2, 1, 2016, p. 105 ss. e la giurisprudenza richiamata; M. MISCIONE, *I comportamenti privati rilevanti per il lavoro nella rete senza tempi e spazi*, in *Lav. giur.*, 6, 2017, pp. 521 ss.

pubblica, di una società a controllo pubblico statale o, limitatamente ai gestori di servizi pubblici locali. Il trattamento dei dati deve avvenire nel rispetto dei principi in materia di tutela della *privacy* di cui all'art. 5 GDPR, pertanto: i dati debbono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato; le finalità devono essere determinate, esplicite e legittime; i dati adeguati, pertinenti, esatti ed aggiornati, oltre che limitati a quanto necessario rispetto alle finalità, e comunque da trattare in modo da garantirne un'adeguata sicurezza. Perché il trattamento dei dati in questione sia lecito, il datore deve rispettare le norme nazionali, che «includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento [...] e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro» (artt. 6, par. 2, e 88, par. 2, GDPR). La liceità del trattamento dei dati è connessa, dunque, anche all'osservanza della disciplina di settore in materia di impiego di «strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» (art. 5 e 6 par. 1, lett. c, e 88, par. 2, GDPR)¹⁰.

Tale principio obbliga quindi il datore di lavoro ad adottare un sistema organizzativo di stampo preventivo, in grado di incidere sulle impostazioni dei dispositivi *by design* per tutelare la dignità dei lavoratori. Pertanto, è obbligato ad organizzare l'apparato strumentale, che ha capacità di raccogliere, memorizzare e conservare dati personali dei lavoratori, nel rispetto dei loro diritti, sul presupposto del carattere conformativo della tecnologia che può essere impostata in modo da garantire *by default* il rispetto delle norme regolamentari e, soprattutto, dei principi del trattamento (art. 5 GDPR). In questa direzione si colloca la pronuncia della Corte EDU sul caso *Antovic e Mirkovic v. Montenegro*¹¹, che ha affermato che il controllo a distanza sulla prestazione lavorativa, costituendo una ingerenza nella sfera lavorativa, deve trovare un adeguato ed espresso riscontro della sua legittimità nella

¹⁰ Cfr. M.T. CARINCI, *Il controllo «a distanza» sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, p. 54; P. TULLINI, *Il controllo «a distanza» attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in EAD (a cura di), *o.c.*, p. 105; M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande fratello può attendere (forse)*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli «a distanza» e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino 2017, p. 193; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 300, 2016, pp. 23-24; C. ZOLI, E. VILLA, *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in P. TULLINI (a cura di), *o.c.*, pp. 132-133.

¹¹ Corte EDU, 28 novembre 2017, *Antović e Mirković v. Montenegro*, (ric. n. 70838/13), in <https://uniolex.com>. I ricorrenti erano due professori universitari sorvegliati da una videocamera durante le lezioni. La Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R (2015) 548 al punto 15.1., da parte sua, afferma che «Non dovrebbe essere consentito introdurre e utilizzare sistemi informativi e tecnologie aventi per scopo diretto e primario la sorveglianza dell'attività e del comportamento dei dipendenti», nonché «la sorveglianza continuata del dipendente».

legislazione dello Stato aderente alla CEDU¹².

Le modalità concrete di realizzazione del trattamento, inoltre, devono essere improntate a proporzionalità e gradualità nei controlli. A tal fine, il datore è tenuto ad adottare una strategia di prevenzione da cui si evinca che l'organizzazione privilegia misure che siano in grado di prevenire piuttosto che reprimere comportamenti illeciti da parte dei lavoratori. Soltanto a seguito dell'inefficace attuazione di queste ultime, il datore di lavoro può procedere al controllo graduale (per reparti, gruppi ecc.) dell'attività dei lavoratori, con l'auspicato coinvolgimento delle rappresentanze sindacali. Da ultimo, il principio di trasparenza (art. 5, par. 1, lett. a) impone di considerare il controllo occulto sempre illecito. Ogni controllo a distanza presuppone, infatti, che siano predefinite le regole di utilizzo degli strumenti, corredate con l'avviso della specifica finalità perseguita, e che i dipendenti siano informati in merito alle finalità e modalità dei controlli.

Un problema ulteriore si pone in caso di inserimento della prestazione in fasi produttive governate da un algoritmo e dall'interconnessione digitale dei lavoratori, che può estendere, senza limiti, sia il controllo sulla prestazione che la robotizzazione del lavoro¹³. Soprattutto, il sistema di *rating* reputazionale, unito ai sistemi di geolocalizzazione, consente un controllo costante del lavoratore e della sua *performance*¹⁴ che permette in caso di *platform labour* di basare le offerte di lavoro e le prenotazioni dei turni su tali dati. Come evidenziato dalla giurisprudenza italiana¹⁵ e confermato anche da quella francese¹⁶, tali meccanismi di controllo della prestazione, in particolare i sistemi di *rating*, rappresentano delle inedite manifestazioni di poteri datoriali¹⁷. Ancora più fermamente, la giurisprudenza brasiliana ha argomentato la soggezione del lavoratore al potere direttivo, di controllo e

¹² Sui controlli occulti cfr. anche Corte EDU, 9 gennaio 2018, *López Ribalda et al. v. Spagna*, disponibile sul sito <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹³ Cfr. L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 368, 2018, p. 2; R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialeto Amazon*, in *Labour&Law Issues*, 2018, 4, p. 1; F. BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *Lav. dir.*, 2019, 1, pp. 141 ss.

¹⁴ Sull'invasività del controllo a distanza nella *gig economy*, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari 2018, pp. 68 ss.

¹⁵ Cfr. A. TURSI, *Tra coerenza sistematica e diversificazione normativa*, *La sentenza di Cassazione n° 1663 sui riders, Un approdo e un punto di partenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, 1.

¹⁶ Cfr. Cass., Chambre Social, 4 marzo 2020, n. 374, cit.

¹⁷ Per tali ragioni Cass., Chambre Social, 28 novembre 2018, n. 1737, *cit.*, ha riconosciuto la subordinazione dei riders della piattaforma *Take Eat Easy*.

disciplinare, proprio facendo leva sull'impatto del *rating* reputazione sul rapporto di lavoro¹⁸. Invero, sia nelle piattaforme di *crowdwork* puro che nelle piattaforme di lavoro tramite *app*, il lavoratore digitale è sottoposto ad un costante e capillare sistema di valutazione in totale assenza di contraddittorio dato che al lavoratore *on-demand* non è data la possibilità di discutere o argomentare i riscontri negativi della clientela, né è data la facoltà di essere sentito da personale umano per discutere le classificazioni automatizzate dall'algoritmo.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è trovata a decidere in merito a provvedimenti della pubblica amministrazione determinati da sistemi di decisione automatica indirizzati da algoritmi¹⁹. In Italia, in un caso relativo all'assegnazione agli insegnanti vincitori di un concorso della sede di servizio, il TAR del Lazio ha sostenuto che il destinatario di una decisione amministrativa automatica, adottata in base ad un algoritmo, ha diritto a conoscere il criterio seguito dall'algoritmo per produrre la decisione²⁰. Analogamente, in altre pronunce, il ricorso ad un algoritmo è stato ritenuto ammissibile solo nei procedimenti amministrativi in cui l'amministrazione è vincolata alla decisione ma non in quelli nei quali essa gode di discrezionalità. Inoltre, si è ritenuto che l'utilizzo di un algoritmo, che può incidere restrittivamente nella sfera giuridica del soggetto privato, non possa mai sostituire l'attività valutativa che deve essere svolta da un funzionario amministrativo persona fisica²¹. Tuttavia, il Consiglio di Stato italiano non ha escluso l'utilizzo della decisione amministrativa algoritmica, in quanto l'impiego di algoritmi si pone come doverosa declinazione dei principi

¹⁸ Cfr. 33a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, 14 febbraio 2017, n. 0011359- 34.2016.5.03.0112, su cui G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, pp. 560 ss.

¹⁹ Il caso è stato quello di docenti che si erano ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso ed ordine di scuola che non avevano scelto, inoltre in province lontane rispetto a quelle di provenienza a causa dell'algoritmo utilizzato dal Ministero dell'Istruzione. In argomento, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, p. 1152; A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inf.*, 2018, 4, pp. 799 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, pp. 199-236; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 2018, 9, pp. 1598 ss.; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 10, pp. 1787 ss.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, pp. 773 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, pp. 101 ss.; C. FARALLI, *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli 2018; A. CARLEO (a cura di), *La decisione robotica*, Bologna 2019; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli 2019.

²⁰ TAR Lazio, Sezione III-bis, 14 Febbraio 2017, n. 3769, in *Gior. dir. amm.*, 2018, pp. 647 ss., con nota di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, *ivi*.

²¹ TAR Lazio, Sezione III-bis, 10 settembre 2018, n. 9227.

di legalità, imparziali e buon andamento della Pubblica amministrazione²², tuttavia è necessario che i fondamenti della decisione dell'algoritmo siano chiari e tracciabili, affinché possano essere assoggettati alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice²³.

3 LA QUALIFICAZIONE DELLE NUOVE FORME DI ATTIVITÀ LAVORATIVA

Per quanto concerne l'accesso al mercato del lavoro e le modalità d'impiego, la *gig-economy* ha favorito forme di occupazione flessibile e discontinua, soprattutto se organizzata tramite piattaforme digitali²⁴. Il mercato in cui opera l'offerta di lavoro digitale è, infatti, un mercato in cui si riduce le possibilità di stabilizzazione del rapporto contrattuale in ragione della facoltà di usare *on demand* la prestazione lavorativa.

Alcuni economisti interpretano il fenomeno delle piattaforme digitali come l'ultima fase del decentramento produttivo avviatosi negli anni Settanta, attraverso il *crowdsourcing*, che segna una nuova fase dello sviluppo del sistema capitalistico²⁵. Mediante l'affidamento di lavorazioni a soggetti connessi, l'impresa riesce, infatti, a ridurre in modo considerevole il costo del lavoro: da un lato, non è necessario assumere lavoratori dipendenti; dall'altro, può sfruttare la concorrenza tra una moltitudine di lavoratori disponibili ad accettare un compenso minore pur di ottenere il lavoro.

Le *platforms*, nate come nuovi luoghi virtuali di intermediazione lavorativa, in diversi casi si sono evolute in veri e propri datori di lavoro *smart*, esercenti poteri organizzativi, di controllo e disciplinari²⁶, anche se il modello organizzativo consentito dalle piattaforme

²² Per Cons. St., VI sez., 8 aprile 2019, n. 2270. Sulle differenti posizioni del TAR Lazio e del Consiglio di Stato A. SIMONCINI, *o.c.*, p. 1163.

²³ Tali considerazioni vanno peraltro tenute presenti con riguardo al dibattito in merito all'introduzione dell'intelligenza artificiale nell'attività giurisdizionale, su cui M. LUCIANI, *Una decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, pubblicato il 30.09.2018; COMMISSIONE EUROPEA, *On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, White Paper, 65, 2020, pp. 11 ss. su https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.

²⁴ Su cui A. SALENTO, *Industria 4.0. ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2, 2017, pp. 20 ss.; R. VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali*, *ivi*, pp. 71 ss.; S. AURIEMMA, *Subordinazione nell'epoca dell'economia digitale*, *ivi*, 2017, 2, pp. 129 ss., F. BANO, *o.c.*

²⁵ La dottrina straniera utilizza il termine «capitalismo delle piattaforme» quale «un nouveau stade des économies capitalistes»: J. DIRRINGER, *o.c.*, p. 3; S. ABDELNOUR, S. BERNARD, *Vers un capitalisme de plateforme? Mobiliser le travail, contourner les régulations*, in *La nouvelle Revue du Travail*, 13, 2018; N. SNRICEK, *Capitalismo digitale*, Roma 2017; C. JOLLY, E. PROUET (a cura di), *L'avenir du travail: quelles redefinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, in *France Stratégie*, 4, 2016.

²⁶ Così Corte giust., 20 dicembre 2017, c. 434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL, in *Racc. digitale*, dicembre 2017, pp. 8 ss., che ha qualificato le attività svolte dalla piattaforma *Uber* come servizio di trasporto e non semplice servizio di intermediazione. Sulla qualificazione delle piattaforme digitali come datore di lavoro J. PRASSL E M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2017, pp. 219 ss.

digitali non si avvale di una figura datoriale, né di uno spazio fisico nel quale si presta l'attività lavorativa²⁷. Il filtro della piattaforma permette infatti di esercitare in automatico diverse funzioni relative alla gestione dei rapporti di lavoro: dalla semplice distribuzione di compiti tra una massa di lavoratori, ad attività di coordinamento, fino alla determinazione delle modalità e del compenso delle prestazioni. Il *labour platform* si sottrae però, formalmente, alle tipiche responsabilità giuridiche associate al ruolo datoriale e mentre viene trasferito il rischio dell'attività lavorativa in capo ai lavoratori, cresce una maggiore concorrenza tra di loro²⁸, in quanto il lavoro digitale non richiede, salvo ipotesi particolari, una prestazione infungibile fondata sull'*intuitu personae*, ma ammette il ricorso a sostituzioni o al supporto altrui al fine di garantire la continuità del servizio²⁹. In questo modo, tuttavia, possono essere favorite forme di interposizione illecita e di caporalato: non sono rare, infatti, diffuse pratiche competitive e forme di *dumping* sociale nel mercato dell'innovazione digitale³⁰.

In questo scenario, il lavoro con le piattaforme digitali rappresenta un «fattore di destrutturazione esogeno ai tradizionali indici giurisprudenziali»³¹ in materia di qualificazione del rapporto di lavoro e le forme di collaborazione con questi «spazi virtuali», in cui si scambiano beni e servizi, si collocano «in un indistinto arcipelago di attività non giuridicamente aggettivate»³² in cui le relazioni che si instaurano tra operatore e piattaforma possono essere ricondotte ad una molteplicità di negozi giuridici non ugualmente tutelati dall'ordinamento. Come segnalato dalla dir. 2019/1152/UE, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, queste forme occupazionali «si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti

²⁷ Parla di «relation triangulaire atypique» J. DIRRINGER, *Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme?*, in *Nouv. Revue du travail*, 13, 2018, p. 3.

²⁸ Cfr. G.A.M. BELLOMO, *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Conc. merc.*, 2016, 23, pp. 205 ss.; M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna 2017, pp. 45 ss.; EU-OSHA, *Protecting Workers in the Online Platform Economy: An overview of regulatory and policy developments in the EU*, Luxembourg 2017, p. 3.

²⁹ Cfr. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, *The Independent Workers Union of Great Britain v The Central Arbitration Committee and RooFoods Limited Deliveroo* [2021] EWCA Civ 952 (24 June 2021), 14 novembre 2017, ha evidenziato la prassi della sostituzione fra i riders approvata dalla piattaforma: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/952.html>.

³⁰ Cfr. Trib. Milano, decreto 28 maggio 2020, n. 9 in *Giurisprudenza Penale Web*, 6, 2020, che ha disposto l'amministrazione giudiziaria per un anno di Uber Eats per intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

³¹ F. BANO, *o.c.*, p. 134.

³² Cfr. A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018, p. 115; V. CAGNIN, *Gig-Economy e la questione qualificatoria dei Gig-Workers: uno sguardo oltreconfine*, in A. PERULLI (a cura di), *ivi*, pp. 34 ss.

applicabili»³³.

La stessa Commissione europea ritiene che l'economia collaborativa stia determinando un cambiamento a livello strutturale, caratterizzato dal fatto che «i confini tra i lavoratori autonomi e subordinati sono sempre più sfumati», anche se tiene a specificare che «perché sia soddisfatto il requisito della subordinazione, il prestatore di servizi deve agire sotto la direzione della piattaforma di collaborazione, che determina la scelta dell'attività, la retribuzione e le condizioni di lavoro. In altre parole, il prestatore del servizio sottostante non è libero di scegliere quali servizi prestare e come, ad esempio in virtù del rapporto contrattuale che lo lega alla piattaforma di collaborazione»³⁴. Sotto questo profilo è possibile riscontrare come vi sia una tendenza ad una ricomposizione delle forme di garantismo sociale oltre i tradizionali confini della “subordinazione” e della “dipendenza” e come si conferisca un riconoscimento giuridico alle richieste di attribuzione di una parità di status e di dignità al lavoro autonomo che si svolge con modalità che necessitano di un riequilibrio di forzanegoziale. Ad esempio, con riferimento all'impatto della pandemia di Covid-19, nelle Raccomandazioni all'Italia del Consiglio e della Commissione del luglio 2020 era stabilito che: «Gli ammortizzatori sociali dovrebbero essere rafforzati per garantire redditi sostitutivi adeguati, indipendentemente dallo status occupazionale dei lavoratori, in particolare di coloro che si trovano di fronte a carenze nell'accesso alla protezione sociale. Il rafforzamento del sostegno al reddito e del reddito sostitutivo è particolarmente pertinente per i lavoratori atipici e per le persone in situazioni di vulnerabilità». In seguito, con specifico riferimento alla diffusione di queste forme occupazionali «che si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili» la Direttiva UE 2019/1152 ha sottolineato la necessità di affrontare i cambiamenti socio-economici imposti dal fenomeno della digitalizzazione e ha introdotto «alcuni nuovi diritti minimi intesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità» del lavoro, al di là della tipologia e della natura del rapporto contrattuale instaurato con l'impresa.

³³ La direttiva è emessa nel contesto dell'art. 31 Carta UE e dà seguito ai principi 5 e 7 del Pilastro europeo dei diritti sociali.

³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM (2016) 356 final, Bruxelles, 2.6.2016. Con riguardo alla trasformazione digitale dell'economia - e della connessa necessità di un aggiornamento del catalogo delle tutele fondamentali per i lavoratori - il tema era stato affrontato già nel Libro Verde del 2006 dal titolo “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”. Cfr. anche V. De Stefano, *The rise of the 'just-in-time workforce': on-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig economy'*, Ufficio internazionale del lavoro, Condizioni di lavoro e occupazione, 71, 2016, p. 17; A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018, pp. 81 ss.; B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in G. BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Milano 2019, pp. 40 ss.

Diverse piattaforme, in effetti, propongono al lavoratore previsioni dettagliate e inderogabili in merito alle modalità di svolgimento della prestazione, a fronte di una mera accettazione priva di negoziazione, dilatando così un'asimmetria informativa e contrattuale e palesando sia una condizione di dipendenza socio-economica che una dipendenza tecnico-funzionale del lavoratore³⁵.

Un problema di non di poco rilievo, tuttavia, emerge nella normativa dell'Unione europea in quanto i lavoratori autonomi sono considerati, alla luce della *competition law*, come imprenditori. Pertanto, eventuali discipline legali nazionali dirette a proteggere il lavoro autonomo potrebbero essere considerate limitative della libera concorrenza e della libertà di stabilimento.

Alla luce di questa complessa situazione, lo scorso dicembre 2021 la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale che individua 3 direttrici per il miglioramento delle condizioni dei lavoratori: la corretta qualificazione del rapporto di lavoro, con il conseguente accesso alle tutele tipiche del lavoro subordinato; la previsione di oneri informativi che garantiscano la trasparenza dell'algoritmo impiegato dalle piattaforme digitali; il monitoraggio del lavoro tramite piattaforma digitale, in termini di acquisizione di maggiori informazioni sul fenomeno anche da parte delle autorità di vigilanza. Un capo della direttiva è poi dedicato specificatamente ai rimedi esperibili e alle tutele del *labour platform*. È interessante notare che, in merito alla corretta qualificazione del rapporto di lavoro, sono elencati i criteri per determinare in via presuntiva, salvo prova contraria, la natura subordinata del rapporto in ragione del controllo operato dalla piattaforma digitale sull'attività lavorativa del *platform worker*. La presunzione opera, però, con la contemporanea presenza di due su cinque condizioni stabilite. Queste previsioni, a parere della Commissione europea, non hanno unicamente un fine repressivo in quanto da un lato intendono favorire la certezza del diritto nel mercato del lavoro di riferimento e, dall'altro, eliminare dal mercato quelle realtà digitali che intendono accrescere la propria competitività e i propri profitti a scapito dei lavoratori. Una volta approvata la direttiva, i singoli Paesi membri dovranno poi individuare le misure più efficaci per garantire tutele minime ai propri lavoratori delle

³⁵ Nel *web* sono nate forme di autotutela contro le piattaforme digitali, come *Faircrowdwork* e *Turkopticon*, per contrastare l'asimmetria informativa tipica del lavoro *on demand* e rafforzare la posizione dei lavoratori nel mercato digitale. Il sindacato tedesco Ig Metal ha creato una piattaforma sindacale, la *FairCrowdWork Watch*, per il controllo del lavoro sul *web*, stabilendo forme di partenariato con altri sindacati e giungendo a stipulare un Codice di Condotta in grado di costituire una base per una cooperazione leale tra le piattaforme, i clienti e i *crowdworkers*. Tali piattaforme recensiscono l'affidabilità dei committenti, i rischi, i pericoli e gli abusi a cui i lavoratori vengono esposti. Negli Stati Uniti nel 2017 è nata l'Algorithmic Justice League volta all'individuazione e al contrasto delle discriminazioni da algoritmo.

piattaforme digitali.

Di questo nuovo lavoro *on demand*, che presenta una estrema frammentazione dell'attività lavorativa tra una moltitudine di lavoratori, si consta, in effetti, la difficoltà qualificatoria rispetto alle tradizionali tipologie contrattuali, nonché la scarsa adattabilità alle garanzie fondamentali stabilite per i lavoratori subordinati, riproponendo la *vexata quaestio* in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro³⁶. L'individuazione della subordinazione, da parte delle *digital platform*, rappresenta, però, un'operazione complessa, affrontata sia dalla giurisprudenza italiana³⁷, che straniera³⁸, soprattutto con riferimento ai ciclo-fattorini, cd.

³⁶ Cfr. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 336, 2017, p. 8; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, in *Labour&Law Issues*, 5, 2, 2019; R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, pp. 358 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 105 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 410, 2020; G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforme digitali: problemi di qualificazione e tecniche di tutela*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2019, pp. 735 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 1, 2020, 411, 2020.

³⁷ La prima decisione è Trib. Torino, 7 maggio 2018, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018, 1, con commento di P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora (i.c.d riders)*, che ha qualificato i riders di Foodora come lavoratori autonomi. Successivamente, Trib. Milano, 10 settembre 2018, si è pronunciato con riguardo alla qualificazione giuridica dei riders utilizzati da Glovo, giungendo alle medesime conclusioni, in *ilgiuslavorista.it*, 20 settembre 2018, con nota redazionale, *Esclusa la subordinazione nel rapporto di lavoro del rider, libero di stabilire se e quando lavorare* e O. GIRGENTI, *Anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Guida Dir.*, 2018, 37, pp. 16 ss. La decisione non è stata condivisa da App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, che ha ritenuto che nel caso concreto ricorressero, invece, le condizioni di cui all'art. 2, comma 1, d.lg. n. 81 del 2015, in *Lav. giur.*, 2019, pp. 403 ss., con nota di G. A. RECCHIA. Sulla sentenza anche M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione- autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova 2018, pp. 67 ss.; ID., *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2018; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, *ivi*, 1, 2019; A. PERULLI, *I ciclofattorini sono etero-organizzati*, in *Quotidiano del diritto, Sole 24 ore*, 12 febbraio 2019; U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2019, pp. 95 ss. Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663 sul caso *Foodora* ha confermato la soluzione della eteroorganizzazione ai sensi dell'art. 2 d.lg. 81/15, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2020, p. 76, con nota di P. ICHINO, su cui anche F. CARINCI, *L'art. 2 d.lg. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020.

³⁸ Cfr. *Vara do Trabalho de Belo Horizonte*, 14 febbraio 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2017, p. 560 sul caso Uber; sul caso *Take Eat Easy* Cass., *Chambre Sociale*, n. 1737/2018, cit.; sul caso *Deliveroo* la giurisprudenza belga, *Commission Administrative de règlement de la relation de travail (CRT)*, 9 marzo 2018, n. 113. Per la tesi della natura subordinata del lavoro tramite piattaforma cfr. M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., pp. 4 ss.; G. PACELLA, *Alienità di risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018; G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018, p. 10 ss.; V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, *ivi*, 1, 2018, pp. 40 ss. *Contra* E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, *ivi*, 5, 2, 2019; G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 7 ss., il quale, però, si riferisce alla *sharing* o *collaborative economy*. Negli Stati Uniti, nel 2015, la commissione lavoro dello Stato della California ha riconosciuto ad una tassista di Uber la qualificazione di lavoratrice subordinata; nel Regno Unito, nel 2016, gli autisti di Uber ed i fattorini di CitySprint sono stati qualificati, invece, come *workers*, categoria vicina alla nostra parasubordinazione. In Spagna, *Juzgado de lo Social*, 1 giugno 2018, n. 244, in *Labour&Law Issues*, 1, 2018, p.

riders, a cui sono state offerte soluzioni non univoche anche da parte dei legislatori nazionali³⁹. L'esame delle sentenze dimostra, infatti, la necessità di analizzare in concreto i meccanismi di funzionamento della piattaforma mediante la quale viene organizzata l'attività affidata al lavoratore: si tratta così di individuare, caso per caso, quali siano le effettive modalità di svolgimento del rapporto, al fine di giungere ad una sua qualificazione⁴⁰.

Un particolare aspetto critico risiede nel «management algoritmico», già denunciato come fonte di possibile discriminazione⁴¹. La intelligenza artificiale, infatti, viene utilizzata non solo per produrre esiti predeterminati in ordine alla gestione dei rapporti secondo regole codificate dai programmatori, ma fornisce *input* ai sistemi di *machine learning* che definiscono autonomamente le regole del proprio funzionamento, largamente basate su dati utilizzati per addestrare il sistema. La criticità di questi sistemi, specie dei più recenti, consistesia nella loro non trasparenza che nella incertezza su come sviluppano le proprie regole. Come confermato da diversi studi⁴², è piuttosto alto il rischio che in tali sistemi si sviluppino abusi, distorsioni e disparità in grado di perpetuare, con tecniche nuove, vecchie discriminazioni. Alle classificazioni automatizzate dalla piattaforma si aggiungono, poi, le valutazioni di *rating* reputazionale⁴³ da parte della clientela, anch'esse suscettibili di fungere da catalizzatori di pregiudizi e illecite disparità⁴⁴. Dietro lo schermo dell'apparente neutralità degli avanzati strumenti *hi-tech*, le *labour platform* sono così in grado di sfavorire sistematicamente un particolare gruppo di utenti, portatori di un interesse protetto⁴⁵.

67, ha dichiarato i fattorini utilizzati da Deliveroo lavoratori subordinati.

³⁹ Cfr. A. PERULLI, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano 2018, pp. 49 ss. S. GIUBBONI, *I riders e la legge*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 847 ss.; M. LEONE, *Autonomia/subordinazione: realtà parallele con punti di incontro*, in *Questionegiustizia.it*, 2019, pp. 28-35.

⁴⁰ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2018, pp. 1043 ss.

⁴¹ Cfr. V. DE STEFANO, *Negotiating the algorithm, automation, artificial intelligence and labor protection*, Empl. Working Paper, 246, ILO, Genève 2018, p. 4; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari 2020; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Torino 2021, pp. 204 ss.; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieto di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, (a cura), *Imprese, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari 2019.

⁴² Cfr. L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *ACMqueue*, 11, 3, 2013; N. VAN DOORN, *Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the 'on-demand' economy*, in *Information Communication & Society*, 20, 6, 2017, 6, pp. 898 ss.

⁴³ In tema di *rating* reputazionale del lavoratore digitale cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento delle imprese*, in *Labour&Law Issues*, 1, 2017, pp. 34 ss.; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. dir.*, 2018, pp. 453 ss.

⁴⁴ Sui rischi di discriminazione nei sistemi di *rating* reputazionale: M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34, n. 1, 2018, pp. 8 ss. Tra le variabili di cui l'algoritmo dovrebbe tener conto vi sono dei correttivi, come i cd. *gender equality plans*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gear/what-gender-equality-plan-gep>.

⁴⁵ Nel caso dell'algoritmo non può riscontrarsi intenzione volontaria di discriminazione; tuttavia, deve essere valorizzato il concreto svantaggio subito dalla categoria protetta in una valutazione comparativa con un altro

4 I RISCHI PER LA SALUTE DEI LAVORATORI PRODOTTI DALLE NUOVE TECNOLOGIE

La crescente sostituzione del lavoro umano con macchine sempre più intelligenti per lo svolgimento di attività insalubri e pericolose costituisce senza dubbio uno dei risultati più apprezzabili dell'automazione industriale per gli effetti positivi sulla salute dei lavoratori⁴⁶. L'innovazione tecnologica mette inoltre a disposizione anche nuovi mezzi in grado di prevenire oltre che proteggere dai rischi professionali⁴⁷. L'ampia disponibilità di mezzi di comunicazione *wireless* permette, inoltre, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro in quanto, svincolando i lavoratori dalla presenza in un luogo predeterminato, sostengono un migliore equilibrio tra la sfera privata e quella professionale⁴⁸. Per altro verso, però, nuovi rischi per l'integrità psico-fisica dei lavoratori emergono, sollecitando nuove regole di prevenzione e protezione⁴⁹.

Non sussistono dubbi che nella gerarchia dei valori fondamentali la salute costituisce un diritto primario, da ciò consegue che il datore deve attivarsi al fine di evitare che la

soggetto in situazioni analoghe: cfr. Corte giust., 25 aprile 2012, c. 81/12, Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, in *Racc. digitale-4*. La dottrina statunitense ha introdotto il concetto di «*classification bias*», per descrivere la creazione di modelli di classificazione automatizzata che, basandosi su dati e informazioni estranee al tipo di attività lavorativa, sistematicamente seguono linee di discriminazione di sesso, razza e altri fattori protetti: P. T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *William & Mary Law Review* *William & Mary Law Re*, 58, 3, 2017, p. 890. Uno studio del 2016 della *Washington University* ha dimostrato che alcune piattaforme sistematicamente pubblicizzavano, per l'espletamento di mansioni di altamente professionali, soprattutto a profili di sesso maschile: cfr. A. DATTA, D. K. MULLIGAN, M. C. TSCHANTZ, *Discrimination in Online Personalization: A Multidisciplinary Inquiry*, in *UC Berkeley Previously Published Works*, 2018. Analogamente, un altro studio ha confermato che, nelle piattaforme di ricerca di lavoro, gli annunci relativi alle occasioni di lavoro in determinate aree, come quelle scientifiche, sono mostrati maggiormente ad utenti uomini anche a parità di competenze. La spiegazione è che l'algoritmo, estrapolando dati dalla realtà sociale per affinare la sua decisione, ha incluso nella sua valutazione il dato statistico delle posizioni di lavoro degli utenti di sesso maschile, perpetuando le medesime disparità: cfr. A. LAMBRECHT, C. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *Management Science*, 2018, 65, n. 7, pp. 2966 ss.

⁴⁶ Per l'OMS la salute deve essere intesa in senso positivo come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale», cfr. ILO, *Safety and health at the heart of the future of work. Building on 100 years of experience*, ILO, Genève 2019, p. 33; EU-OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, Luxemburg 2018, p. 89 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM (2018) 237 final, p. 12 e *Ageing well in the Information Society. Action plan on Information and Communication Technologies and Ageing*, COM (2007) 332, 2007. Sul tema sia permesso rinviare a A. D'ANDREA, *Assessing an Individual's Well-being through the Quality of their Life and Work*, in *Lebenswelt*, 15, 2019, pp. 1-15.

⁴⁷ Cfr. F. CARNEVALE, *La salute e la sicurezza dei lavoratori in Italia. Continuità e trasformazioni dalla Prima Rivoluzione industriale a quella digitale*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. la quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze 2018, pp. 117 ss.

⁴⁸ Cfr. ILO, *o. u. c.*, p. 30; W. DAUBLER, T. KLEBE, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 15, 2016, p. 477; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2017, p. 311.

⁴⁹ Così K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano 2016, p. 8. Cfr. l'indagine europea tra le imprese sui rischi nuovi ed emergenti (ESENER) dell'EU-Osha disponibile sul sito dell'Agenzia.

prestazione (anche indirettamente definita dagli algoritmi) possa provocare danni alla salute del lavoratore. L'ordinamento europeo, infatti, nella dir. 89/391/CEE, del 12 giugno 1989, precisa che è l'organizzazione del lavoro a doversi adattare alla tutela del lavoratore⁵⁰, mentre la Corte di Giustizia, per la quale il concetto di «ambiente di lavoro» comprende «tutti i fattori, fisici e di altra natura, in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro»⁵¹, avverte come i «rischi professionali (...) si evolvono costantemente in funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche»⁵².

L'attenzione della dottrina⁵³ e delle istituzioni nazionali⁵⁴, europee ed internazionali⁵⁵, si è concentrata sia sui rischi direttamente imputabili allo strumento tecnologico, che sulle modalità del suo utilizzo.

Oltre al diffondersi di patologie della vista - come la sindrome da visione artificiale (CVS) e l'affaticamento oculare digitale (DES) - e dell'apparato muscolo-scheletrico, derivanti dai rischi ergonomici⁵⁶, tra i nuovi rischi una posizione di rilievo assume la diffusione di sistemi di automazione industriale che hanno trasformato l'interazione tra uomo e macchina, mettendo il lavoratore a disposizione del *robot* che ne condiziona e ne controlla i

⁵⁰ Anche per la dir. 93/104/CE in materia di orario di lavoro «l'organizzazione del lavoro secondo un certo ritmo deve tener conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano» (15° considerando); la dir. n. 90/270/CE, sulla sicurezza del lavoro ai videoterminali, prevede che «i datori di lavoro sono tenuti a compiere un'analisi dei posti di lavoro» per evitare «problemi di affaticamento fisico e mentale» (art.3); la dir. n. 92/85/CE, sulla sicurezza e salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in allattamento, impone attenzione alla «fatica mentale e fisica e gli altri disagi fisici e mentali connessi con l'attività svolta dalle lavoratrici» (art. 3). COMMISSIONE EUROPEA, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, 21 febbraio 2007, COM (2007) 62 def. sottolinea come «Il nostro obiettivo dovrebbe essere una situazione in cui il lavoro rafforza la salute e il benessere personali e nella quale l'accesso al mercato del lavoro e il mantenimento del posto di lavoro migliorano globalmente la salute della popolazione».

⁵¹ Corte giust., 12 novembre 1996, in c. 84/94, Regno Unito c. Consiglio dell'Unione Europea, in *Racc.*, 1996-I, pp. 5755 ss.

⁵² Corte giust., 15 novembre 2001, in c. 49/00, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, pp. 221 ss.

⁵³ C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018, pp. 144 ss.; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *o. c.*, pp. 311 ss.; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018, pp. 168 ss.; P. LOI, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2017, pp. 259 ss.

⁵⁴ Senato della Repubblica Italiana - 11a Commissione Lavoro, previdenza sociale, *Impatto sul mercato del lavoro della Quarta Rivoluzione Industriale*, pp. 19 ss.

⁵⁵ Cfr. EU-OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, cit.; EU-OSHA, *Key trends and drivers of change in information and communication technologies and work location. Foresight on new and emerging risks in OSH*, Luxembourg 2017; COMMISSIONE EUROPEA, *Safer and healthier work for all. Modernisation of the EU occupational safety and health legislation policy*, Brussels, 10.1.2017 COM (2017) 12 final; COMMISSIONE EUROPEA, *An EU strategic framework on health and safety at work 2014-2020*, Brussels, 6.6.2014 COM (2014) 332 final; EU-OSHA, *Priorities for occupational safety and health research in Europe for the years 2013-2020*, Luxembourg 2013, pp. 47 ss.

⁵⁶ ILO, *o. u. c.*, p. 33.

movimenti⁵⁷, mentre la proliferazione di macchine, spesso munite di strumentazione molto pericolosa⁵⁸ e capaci di muoversi liberamente nell'ambiente di lavoro⁵⁹, rischiano di provocare incidenti e collisioni.

Soprattutto con riferimento a quest'ultimo rischio, la disciplina dettata dalla dir. 2006/42/CE è solo in parte applicabile agli attuali *robot* industriali⁶⁰, mentre le uniche regole di sicurezza specificamente stabilite sono, al momento, quelle contenute nella norma tecnica ISO/TS 15066:2016, *Robots and robotic devices - Collaborative robots*, non ancora armonizzata, però, con le norme europee EN ISO 10218-1/297.

Altri rischi per la salute dei lavoratori derivano dalla digitalizzazione delle informazioni e dall'uso di *data base* che impongono la gestione di una notevole quantità di dati e generano un pericoloso aumento dei livelli di intensità della prestazione. La prolungata tensione, provocata da questo maggiore impegno, è ulteriormente aggravata dall'uso di *device* che permettono una connessione continua, creando interferenze tra l'attività lavorativa e la vita personale⁶¹. Tale «porosità del tempo di lavoro»⁶² o «sfocatura dei confini tra lavoro e non lavoro»⁶³ determina una subdola promiscuità tra la sfera privata e quella professionale che, invece, dovrebbero rimanere distinte per garantire un periodo di riposo sufficiente per recuperare le energie psicofisiche⁶⁴. A questi rischi si può aggiungere la sindrome da *multitasking*, ovvero la tensione continua provocata dall'uso multiplo di tecnologie digitali, che riduce la capacità di concentrazione ripercuotendosi negativamente sui rapporti interpersonali. Numerose indagini, infatti, mettono in relazione l'ambiente altamente tecnologico con le difficoltà nelle relazioni interpersonali che sfociano in una maggiore conflittualità tra colleghi, nelle aggressioni riconducibili al fenomeno del *mobbing* e nella

⁵⁷ v. A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, pp. 895 ss.

⁵⁸ INTERNATIONAL FEDERATION OF ROBOTICS, *World Robotics 2018 Industrial Robots*, IFR, 2018, p. 21.

⁵⁹ W. STEIJN, E. LUIJF, D. VAN DER BEEK, *Emergent risk to workplace safety as a result of the use of robots in the workplace*, TNO Report 2016 R11488, Utrecht, 2016.

⁶⁰ I *robot* o *cobot* assumono una specifica funzione solo una volta programmati e incorporati perciò possono essere forniti dal fabbricante privi di protezioni, che invece saranno installate da colui che, completando l'assemblaggio, fornirà la dichiarazione di conformità CE per questo sono considerati quasi-macchine ex art. 2, lett. g dir. 2006/42/CE. Invece le norme EN ISO 10218-1/297 hanno una visione della sicurezza legata alla separazione fisica tra uomo e *robot*, mentre gli attuali *cobot* sono destinati ad interagire con il lavoratore, condividendone lo spazio fisico.

⁶¹ Cfr. ILO, *o. u. c.*, p. 30; E. L. Hughes, K. R. Parkes, *Work hours and well-being: The roles of work-time control and work-family interference*, in *Work & Stress*, 21, 3, 2007, pp. 264 ss.

⁶² D. GAROFALO, *o. c.*, pp. 168-169; É. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32, 2016, pp. 281 ss.

⁶³ C. DEGRYSE, *Digitalization of the economy and its impact on labour markets*, ETUI Working Paper, 2, Brussels 2016, pp. 41-42.

⁶⁴ ILO, *o. u. c.*, p. 49. Sul tema L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 339.

difficoltà di comunicazione con i superiori⁶⁵.

In altri casi, invece, l'isolamento indotto dalle nuove tecnologie entra in conflitto con la natura relazionale del lavoro, riflettendosi negativamente sulla professionalità del lavoratore, il quale nel costante confronto con i colleghi trova un mezzo di crescita sia personale che professionale. All'alienazione provocata da relazioni personali prevalentemente virtuali si associa lo svolgimento della prestazione in luoghi sempre diversi e lontani dall'ambiente di lavoro⁶⁶, a cui corrisponde un aumento del rischio infortunistico, soprattutto se si tratta di lavoratori assunti con contratti di lavoro atipici, in genere caratterizzati da una ridotta formazione ed esperienza⁶⁷.

Ai rischi per la salute dei lavoratori determinati dall'uso delle tecnologie digitali si sovrappongono patologie riconducibili allo stress lavoro correlato (*work related stress*)⁶⁸, di frequente causato dalla instabilità dell'impiego, dalle tensioni dovute ai ripetuti cambiamenti dell'ambiente di lavoro, dalla necessità di un continuo adattamento ai diversi processi tecnologici e produttivi⁶⁹, dall'isolamento o scarsa partecipazione ai processi decisionali, che non solo causano disturbi psicosomatici, ma possono generare gravi patologie cardiache e psichiche⁷⁰. Il *tecnostress*, in particolare, costituisce lo specifico fattore di rischio correlato

⁶⁵ ILO, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, cit., p. 11; EU-OSHA, EUROFOUND, *o. u. c.*, p. 72 ss.

⁶⁶ D. GAROFALO, *o. c.*, pp. 168-169.

⁶⁷ Sul punto sia permesso richiamare A. D'ANDREA, *La nuova strategia dell'Unione europea per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro: cause dei nuovi fattori di rischio e loro rimedi*, in *Lav. prev. oggi*, 6, 2002; ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Genève 2016, pp. 200 ss.

⁶⁸ Cfr. EU-OSHA, *OSH in figures: stress at work - facts and figures*, Luxemburg 2009, p. 20 ss; EU-OSHA, EUROFOUND, *Research on work-related stress*, Luxemburg 2000; EUROFOUND, *Work related stress*, Luxemburg 2010; WHO, *Work organization & stress. Protecting Workers' Health Series*, 3, 2004, p. 3; ID, *Raising Awareness of Stress at Work in Developing Countries. A modern hazard in a traditional working environment. Protecting Workers' Health Series*, 6, 2007, p. 13; ILO, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Genève 1986, p. 3. Nella dottrina italiana, tra gli altri, D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Guida al Lavoro*, 26, 2008, pp. 20 ss.; R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste 2012; G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, cit., p. 401 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2010, pp. 347 ss.; O. BONARDI, *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *Lav. dir.*, 2012, pp. 291 ss.; L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, *ivi*, p. 257 ss.; G. PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Mass. Giur. lav.*, 1-2, 2012, pp. 27 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, *ivi*, p. 33 ss.; E. MENEGATTI, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 972 ss.

⁶⁹ Cfr. ILO, *Psychosocial Factors at Work*, cit., p. 11; ID, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, Genève 2010, p. 11; ID, *Non-standard employment around the world*, cit., p. 202 ss.; ID, *Safety and health at the heart of the future of work*, cit., p. 50; EU-OSHA, *Work-related Stress*, Luxembourg 2000, pp. 85-86; B. SCHREURS, H. VAN EMMERIK, G. NOTELAERS, H. DE WITTE, *Job insecurity and employee health: The buffering potential of job control and job self-efficacy*, in *Work & Stress*, 24, 1, 2010, pp. 56 ss.

⁷⁰ Sul punto, ILO, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, cit., p. 11 ss., 202; ILO, *Psychosocial Factors at Work*, cit., p. 3.

all'organizzazione del lavoro in ambienti altamente tecnologici. Questo è caratterizzato dalla richiesta di risultati che per qualità e quantità si rivelano spesso esorbitanti rispetto alle capacità del lavoratore (eccessivi carichi e ritmi di lavoro, velocità nell'esecuzione della prestazione, cd. *techno-overload*, durata e flessibilità di orario)⁷¹.

Un ulteriore rischio è costituito dall'esposizione dei lavoratori alle onde elettromagnetiche emesse da qualunque dispositivo dotato di connessione *wireless*⁷². La dir. 2013/35/UE, del 26 giugno 2013,⁷³ stabilisce una regolazione differenziata per settori con l'avvertenza, però, che sono esclusi dal suo campo di applicazione «le ipotesi di effetti a lungo termine derivanti dall'esposizione a campi elettromagnetici, dal momento che non si dispone attualmente di prove scientifiche accertate dell'esistenza di una relazione causale».

Anche le nanotecnologie, i nanomateriali e le nanoparticelle, rilasciate dalle lavorazioni con stampanti 3D, rappresentano un rischio per la salute dei lavoratori. Anche questo rischio, tuttavia, è ancora in fase di studio e valutazione da parte della scienza medica⁷⁴, per questo la soluzione finora adottata è quella che impone l'osservanza di valori limite di esposizione dei lavoratori ad alcuni gruppi di nanomateriali⁷⁵.

Un accenno deve essere fatto sia alla tutela della salute e sicurezza dei c.d. *rider*, i quali sono sottoposti ai rischi legati alla circolazione stradale e allo stress generato dalla continua tensione imposta dal rispetto delle tempistiche di consegna⁷⁶, che più in generale al

⁷¹ Cfr. già C. BROD, *Technostress: the human cost of the computer Revolution*, New York 1984, p. 16; INAIL, *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 49 ss.; ILO, *Psychosocial Factors at Work*, cit., pp. 6 ss.; EU-OSHA, EUROFOUND, *Research on work-related stress*, cit., p. 69ss.; G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in Riv. dir. sic. soc., 2011, p. 412; F. STOLFA, *Obblighi e responsabilità (datore, dirigente, preposto)*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Torino 2007, p. 170.

⁷² Cfr. Cass., 12 ottobre 2012, n. 17438, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 330 ss. che ha riconosciuto come malattia professionale ai fini dell'assicurazione sociale una patologia tumorale contratta da un lavoratore a causa dell'utilizzo del telefono cellulare protratto per svariati anni e per diverse ore al giorno.

⁷³ Ha sostituito la precedente dir. 2004/40/Ce. Sul punto v. D. CASALE, *Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione Europea e Cassazione a confronto*, in Riv. giur. lav., I, 2013, pp. 737 ss.

⁷⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Raccomandazione della del 18 ottobre 2011, *sulla definizione di nanomateriale* Testo rilevante ai fini del SEE (2011/696/UE) e COMMISSIONE EUROPEA, *Nanoscienze e nanotecnologie: un piano di azione per l'Europa 2005-2009*, Comunicazione del 7 giugno 2005 (COM (2005) 243 def.); COMMISSIONE EUROPEA, *NanoREG e NanoREG-2*, nell'ambito del Programma Quadro Horizon 2020; OECD, *IMPORTANT ISSUES ON RISK ASSESSMENT OF MANUFACTURED NANOMATERIALS*, 103, 2022; A. ROTA, *Stampa 3D: un nuovo rischio da ignoto tecnologico?*, in *Labour&Law Issue*, 2015, 1, 1, pp. 108 ss.

⁷⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Working Safely with Manufactured Nanomaterials. Guidance for Workers*, Brussels 2014; WHO, *WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials*, Genève 2017.

⁷⁶ Cfr. C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in Riv. dir. sic. soc., 3, 2018, pp. 455 ss.; A. DELOGU, *Salute, sicurezza e nuovi lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2, 2018, pp. 37 ss.; A. PIOVESANA, *La tutela della salute e sicurezza dei gig workers, dopo la sentenza d'appello Foodora*, in *Lav. giur.*, 2019, n. 7, p. 664 ss.

c.d. *ICT-mobile work*⁷⁷. Infatti, se da una parte il lavoratore è abilitato a fruire degli spazi concessi dai dispositivi digitali per un migliore *work-life balance*⁷⁸; per altro verso, rischia di essere costretto ad una illimitata disponibilità personale in funzione delle esigenze produttive e dell'interazione con l'impresa, fino al punto da risultare condizionato nell'uso personale del proprio tempo di vita.

Sotto questo profilo risulta di particolare importanza, come avviene in alcuni Paesi europei⁷⁹, l'accordo individuale tra le parti, con cui occorre individuare i «tempi di riposo» e le «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»⁸⁰, rendendo, in questo modo, cruciale il diritto alla c.d. disconnessione del lavoratore.

5 LE NUOVE MODALITÀ DI PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI ALL'ATTIVITÀ SINDACALE E ALLO SCIOPERO

L'individualizzazione del lavoro a distanza tende a favorire una condizione di isolamento della persona rispetto alla comunità aziendale. Per tale ragione, una difficoltà posta dalle nuove tecnologie digitali è quella della rappresentanza sindacale dei lavoratori, cui consegue quella della gestione del conflitto e della contrattazione collettiva. L'accelerazione nella rottura degli schemi lavorativi del passato ha così accresciuto la necessità di individuare nuove modalità di partecipazione dei lavoratori digitalizzati all'attività sindacale. Al tempo stesso, però, i *social network* e i *media* e, ad un livello più approfondito, i *big data* costituiscono un'opportunità per elaborare nuove strategie, agevolare forme di partecipazione e condivisione nella comunità aziendale dematerializzata o virtuale, nonché nuove modalità di aggregazione e autotutela collettiva dentro e fuori l'impresa⁸¹.

⁷⁷ EUROFOUND, *New forms of Employment*, Luxemburg, 2015, p. 72 ss. Cfr. EUROFOUND e ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxembourg e Geneva 2017.

⁷⁸ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 13 settembre 2016 sulla *creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale* (2016/2017(INI)): il lavoro agile implica «un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, che non richiede necessariamente al lavoratore di essere presente sul posto di lavoro o in un altro luogo predeterminato e gli consente di gestire il proprio orario di lavoro», perciò occorre considerare « il potenziale offerto dal lavoro agile ai fini di un migliore equilibrio tra vita privata e vita professionale».

⁷⁹ Cfr. A. FENOGLIO, *o. c.*, p. 549 ss.; R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour&Law Issue*, 3, 2, 2017, pp. 19 ss.

⁸⁰ Art. 19, legge italiana n. 81 del 2017.

⁸¹ Cfr. E. VOSS, H. RIEDE, *Digitalizzazione e partecipazione dei lavoratori: l'opinione di sindacati, organismi di rappresentanza aziendali e lavoratori delle piattaforme digitali europei. Rapporto per la CES*, Brussels 2018; M. MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, in *Labour&Law Issues*, 5, 2, 2019; A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, *ivi*; M. MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2019; A. LASSANDARI,

In diversi Paesi europei⁸², la contrattazione collettiva cerca di cogliere le nuove esigenze prodotte dall'innovazione tecnologica, soprattutto con riferimento all'Industria 4.0, ponendo all'attenzione temi come la formazione, la tutela dei dati personali, il *work-life balance* e il diritto di disconnessione. L'ambito in cui si evidenzia un maggior volume di intese tra parte datoriale e sindacati è quello aziendale, a dimostrazione che questo livello di contrattazione ha un ruolo fondamentale nell'adattare il regime di tutela dei diritti dei lavoratori alle specificità di ciascun contesto⁸³, senza comunque tralasciare l'attività negoziale di livello nazionale. Ciò è accaduto ad esempio in Italia con riferimento al lavoro agile, dove la contrattazione aziendale presenta una disciplina più dettagliata in merito al diritto di disconnessione.

Un ruolo crescente è rivestito anche dalle attività formative per istruire il lavoratore all'utilizzo degli strumenti digitali al fine di preservare la sua salute⁸⁴, garantire il rispetto dei segreti aziendali e della *privacy*⁸⁵. In tale contesto si inserisce l'Accordo quadro sulla digitalizzazione, concluso nel giugno 2020 dalle organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori di livello europeo, che, nell'affrontare il tema delle modalità di «connessione e disconnessione», evidenzia la necessità di identificare soluzioni specifiche per settori o singole imprese.

Per quanto concerne l'esercizio di specifici diritti sindacali, questo è facilitato dalle connessioni sul *web*, dalle piattaforme di condivisione, dall'immediata accessibilità di luoghi virtuali per il confronto e lo scambio di comunicazioni e informazioni. Infatti, l'utilizzo degli strumenti di comunicazione digitale è da tempo valorizzato nell'ambito dell'autonomia collettiva⁸⁶, in quanto permette sia un'attività ricettiva – di opinioni, sollecitazioni, preoccupazioni – che propositiva e, qualora venga negato dal datore, può essere avviata

Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali, *Quad. Riv. giur. lav.*, 2017, pp. 59 ss.; M. FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in P. TULLINI (a cura di), cit., pp. 179 ss.; G.A. RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018, pp. 144 ss.; F. A. VALLE MUÑOZ, *El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales*, in *Revista Internacional e Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8, 2, 2020.

⁸² Cfr. N. CEREJEIRA NAMORA, L. MELLA MÉNDEZ, D. ABRUNHOSA E SOUSA, *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st Century*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 277 ss.

⁸³ V. FERRI, A. RICCI, S. SCICCHITANO, G. TESAURO, *Lavoro da remoto, contrattazione aziendale e innovazione: un'analisi empirica per l'Italia*, in *SINAPPSI*, 3, 2021, pp. 126 ss.

⁸⁴ Cfr. Accordo Crédit Agricole del 9 marzo 2017; Accordo AXA del 12 aprile 2016.

⁸⁵ Accordo BNP Paribas del 15 luglio 2015; Accordo Intesa San Paolo del 10 dicembre 2014, prorogato il 17 dicembre 2015.

⁸⁶ Cfr. A. OCCHINO, *Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale*, in *Labor*, 1, 2019.

un'azione legale⁸⁷. In tale direzione esistono previsioni negoziali e regolamentari che, ad esempio, riconoscono la bacheca *online* quale modalità idonea a consentire la più ampia diffusione di testi e comunicati inerenti a materie di interesse sindacale e del lavoro, ad ausilio soprattutto dei lavoratori che, a vario titolo, svolgono attività al di fuori dei locali aziendali⁸⁸.

Nuove modalità, altrettanto interessanti, riguardano l'organizzazione delle forme di autotutela collettiva. A fronte dell'emersione di innovative strategie difensive attuate dal datore di lavoro attraverso l'uso di strumenti tecnologici⁸⁹, deve evidenziarsi un ricco catalogo di azioni collettive realizzate tramite *web*, che sfruttano le potenzialità degli applicativi *social* e delle piattaforme di condivisione (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, ecc.)⁹⁰. In molti Paesi europei le piattaforme digitali incrementano, quindi, la promozione delle iniziative di lotta e mettono a disposizione delle organizzazioni sindacali lo spazio per attuare incisive forme di protesta⁹¹. A quest'ultimo riguardo è da rilevare il crescente numero di iniziative -tra cui *netstrike*, *twitterstorms*, occupazione e manomissione o boicottaggio sociale delle *app* utilizzate da società di servizi - realizzate all'interno di spazi immateriali e virtuali⁹². Attraverso la condivisione di informazioni, *tutorial* e interviste immesse nella rete dagli

⁸⁷ In Italia può giungere a configurare una condotta antisindacale *ex art. 28*: Cass. 21 giugno 2019, n. 16746 secondo cui è illegittimo il divieto di utilizzare la mail aziendale per comunicazioni sindacali. In merito alla messa a disposizione della mail aziendale o di uno spazio virtuale all'interno del sistema telematico aziendale cfr., in senso positivo, Pret. Milano 3 aprile 1995, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, pp. 337 ss.; Pret. Milano 2 luglio 1997, in *Orientamenti di Giurisprudenza del lavoro*, 1997, pp. 948 ss.; in senso negativo, Trib. Foggia 10 luglio 2000, in *Not. giurispr. lav.*, 2000, pp. 560 ss. Sull'invio di comunicazioni all'indirizzo mail (aziendale) del lavoratore è equiparabile al volantinaggio per Trib. Catania 2 febbraio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 126 ss. Per quanto riguarda la contrattazione collettiva, il settore delle telecomunicazioni, all'art. 11 del CCNL 1° febbraio 2013, è prevista la bacheca elettronica per le affissioni.

⁸⁸ Cfr. D. DI NUNZIO, M. PEDACI, E. TOSCANO, *I cambiamenti nel lavoro e il discorso sulla precarietà: dimensioni, fattori e evoluzioni recenti*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 2016, 4, 7-17; B. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella grande trasformazione. L'innovazione sociale in sei tappe*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 394, 2019, pp. 34 ss.

⁸⁹ Cfr. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 12 marzo 2018, ric. n. 99, difforme da Trib. Const. n. 17/2017 su cui A. ROTA, *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018, p. 8; M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *L'uso della tecnologia e il diritto di sciopero: realtà in conflitto*, *ivi*; V. CORDERO GORDILLO, *La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos*, in *Lex social*, 1, 2019, pp. 338-353; R. TASCÓN LOPEZ, *El esquirolaje tecnológico*, Pamplona 2018; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, *cit.*, pp. 1434 ss.

⁹⁰ Cfr. M. UPCHURCH, R. GRASSMAN, *Striking with social media: the contested (online) terrain of workplace conflict*. In *Organization*, 23, 5, 2015, pp. 639-656; K. SCHOEMANN, *Digital Technology to Support the Trade Union Movement*, in *Open Journal of Social Sciences*, 6, 1, 2018; A. ROTA, *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 197-212; V. Piro, A-L. Romens e G. Alberti, *Lavoro da remoto e processi di sindacalizzazione*, in M. PERUZZI, D. SACCHETTO (a cura di), *Lavoro da remoto*, Torino 2022, pp. 73-94.

⁹¹ R. REGO et al., *The use of new ICTs in Trade union protests – five European cases*, in *Transfer*, 2016, pp. 315-329.

⁹² Cfr. A. TASSINARI, V. MACCARRONE, *The mobilisation of gig economy couriers in Italy: some lessons for the trade union movement*, *Transfer*, 2017, 23, 3, pp. 354 ss.; M. Marrone, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale*, in *Labour&Law Issues*, 5, 1, 2019; F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: la "carta dei riders" viaggia su due ruote*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018.

organizzatori della mobilitazione, si conferisce in questo modo maggiore visibilità ed efficacia alle forme di protesta, oltre che favorire la motivazione personale dei lavoratori, in special modo laddove l'individualizzazione del lavoro⁹³ e l'eterogeneità della forza-lavoro fanno venir meno quei «legami di solidarietà e appartenenza che si erano stretti lungo il percorso di massificazione generato dalla società fordista»⁹⁴.

Tra le diverse modalità di protesta, di particolare interesse risulta il *netstrike*, forma di lotta *web based* nota come *cyber picket line* o *virtual picket line*, considerato tra gli strumenti rivendicativi che conferiscono maggiore forza ed effettività all'azione sindacale. Si tratta di una forma di conflitto la cui durata si pone in rapporto inversamente proporzionale al numero di *click* associati a una determinata risorsa di Internet e la cui durata è strettamente correlata al grado di offensività che è in grado di produrre, ossia al numero di persone disponibili ad occupare simultaneamente un sito *web* allo scopo di renderlo inutilizzabile, almeno per il tempo della mobilitazione. In caso di particolare intensità, questa forma di lotta provoca ingenti danni al processo produttivo, al patrimonio aziendale e, talvolta, alla reputazione⁹⁵. Quale espressione di «attivismo digitale»⁹⁶, ben diverso da quelle che in passato «hanno fatto agio tradizionalmente sulla contiguità fisica dei lavoratori»⁹⁷, il *netstrike* incontra un crescente interesse da parte delle organizzazioni dei lavoratori in quanto è in grado di massimizzare il danno per l'impresa con il minimo dispendio di risorse⁹⁸. Tale risultato è garantito dalle comunicazioni in tempo reale (messaggi *one to many* o distribuiti come *data base* attraverso piattaforme social e strumenti digitali applicati alla rete) che, amplificando le interconnessioni, sono in grado di minacciare o produrre considerevoli danni a carico del datore sia privato che pubblico⁹⁹.

Con riguardo alle sue caratteristiche, vi è chi paragona il *netstrike* ad un «corteo

⁹³ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 326, 2017, pp. 8 ss.; M. VICENTE, *Collective Relations in the Gig economy*, in E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 8, 1, 2019, pp. 84 ss.

⁹⁴ R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari 2004, pp. 13-14; sul punto sia permesso rinviare anche a A. D'ANDREA, *Il lavoro non subordinato nell'ordinamento internazionale: punti critici della Raccomandazione n. 198/2006 dell'I.L.O.*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 25, 2008, pp. 221 s.

⁹⁵ Cfr. W. DAUBLER, o. c., p. 101; R. TASCÓN LOPEZ, o. c., p. 125.

⁹⁶ S. SMITH, P. HARWOOD, *Social media and its impact on employers and trade unions*, in *Employment Relations Comment*, 2011, spec. 7 ss.

⁹⁷ S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0. e nella gig economy*, cit., p. 1055.

⁹⁸ Ci sono stati episodi di attacco informatico contro le istituzioni parlamentari in Francia e in Italia su cui C. SARZANA di S. IPPOLITO, *L'accesso illecito alle banche dati ed ai sistemi informatici pubblici: profili giuridici*, in *Dir. inform.*, 2, 2007, pp. 282 ss.

⁹⁹ Tali caratteristiche inducono a includere all'interno del *netstrike* il *call strike*, effettuato nel 2008 dagli operatori dei *call center* di alcune compagnie telefoniche.

telematico a scopo di protesta realizzato mediante l'invito ad una massa indeterminata di utenti possessori di accesso Internet a puntare il loro modem verso uno specifico URL ad una precisa ora e ripetutamente, in modo da saturare il sito e renderlo inutilizzabile almeno per la durata della mobilitazione»¹⁰⁰. Ciò porta a diversificarlo dal *defacement* che, invece, consiste in uno «sfregio o comunque nella modifica arbitraria o spesso ingiuriosa delle pagine *web* dei siti presi di mira» durante un'azione rivendicativa¹⁰¹. Sia la dottrina che la giurisprudenza non si sono ancora pronunciate in merito al suo inquadramento giuridico¹⁰², in particolare se possa rientrare nella nozione di sciopero oppure in quella di picchettaggio, più o meno lecito a seconda delle modalità con le quali è svolto. Senza dubbio il *netstrike* non è uno sciopero virtuale¹⁰³, che si caratterizza, invece, per essere attuato mantenendo l'impegno lavorativo contrattuale, ma facendo versare al datore di lavoro la somma trattenuta per lo **sciopero** su un fondo speciale, a gestione concordata, con finalità benefiche o di promozione sociale.

Qualche analogia può riscontrarsi, invece, con lo sciopero di solidarietà, ma nel caso del *netstrike* il sostegno alle rivendicazioni di carattere economico non è offerto soltanto dai lavoratori appartenenti alla stessa categoria degli scioperanti e con affini esigenze di tutela, ma anche da utenti del *web*, disponibili a prendere parte alla formazione della coalizione rivendicativa in opposizione all'impresa. Tale forma di conflitto evidenzia somiglianze anche con altre pratiche di lotta sindacale quali il blocco delle merci o il rallentamento delle lavorazioni e, almeno nelle forme più aggressive, con i comportamenti ostruzionistici volti a

¹⁰⁰ Un *netstrike* nel 2007 ha riguardato la società IBM e ha visto 9000 lavoratori in sciopero, sostenuti da circa 20000 utenti, causare la temporanea sospensione dell'attività aziendale con effetti sull'erogazione dei servizi. Analogo *netstrike* è stato organizzato contro la società Bormioli di Parma per contestare il licenziamento collettivo: con il supporto di studenti e utenti del web, i lavoratori hanno intasato la casella di posta elettronica aziendale dedicata alle comunicazioni con i fornitori e la clientela. Quasi in contemporanea, nel settore metalmeccanico, è stato realizzato un analogo *sit in digitale* in aggiunta ai presidi dinanzi ai cancelli della fabbrica. Su iniziativa della RSU della Marcegaglia Buildtech di Milano è stato messo in atto il c.d. *mailbombing* con l'obiettivo di mandare in *overflow* il dominio. Sul tema, B. BLODGETT, A. TAPIA, *Do avatars dream of electronic picket lines? The blurring of work and play in virtual environments*, in *Information Technology & People*, 2011, 24, 26 ss.

¹⁰¹ Entrambe le definizioni sono riprese da C. SARZANA di S. IPPOLITO, *L'accesso illecito alle banche dati ed ai sistemi informatici pubblici*, cit., p. 280. Tra le esperienze di maggiore eco all'estero si segnala il *virtual picket line* di lavoratori del settore elettrico e delle comunicazioni in USA. Sul *netstrike*: W. DAUBLER, *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 1, 2015, pp. 93 ss.

¹⁰² In un caso del giugno 2019, contro una multinazionale operante nel campo cinematografico, si è trattato di una mobilitazione in piazza affiancata da forma di *netstrike* consistente nell'ostruzionismo di persone che hanno prenotato biglietti *on line* senza completarne la procedura d'acquisto, rendendo quindi la programmazione indisponibile e riducendo il ricavato giornaliero. Agli organizzatori della protesta sono state comminate sanzioni espulsive che, impugnate giudizialmente, sono state ritenute legittime in quanto fondate sul corretto esercizio del potere disciplinare del datore.

¹⁰³ Cfr. G. PROSPERETTI, *Forme alternative di azione sindacale: lo "sciopero virtuale"*, in *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015*, in Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, a cura di L. CALCATERRA, Napoli 2018, pp. 1565 ss.; F. FERRARO, *"Sciopero virtuale" e regolazione del conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Lav. Prev. Oggi*, 9-10, 2015, pp. 497 ss.

provocare il blocco totale dell'attività economica.

6 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I temi sollevati dalla transizione digitale coinvolgono molti dei diritti fondamentali dei lavoratori.

La prima questione che sorge con riferimento all'impatto dell'economia digitale sui tali diritti riguarda la corretta identificazione dello *status* occupazionale dei lavoratori su piattaforma, al fine di evitare che le incertezze a riguardo comportino inesatte o false qualificazioni giuridiche dei rapporti, arrecando pregiudizio al loro regime protettivo¹⁰⁴. Una seconda questione interessa le implicazioni dell'uso di strumenti algoritmici e dell'emergere dell'*algorithmic management*, che alterano il ruolo tradizionale del datore di lavoro permettendo una gestione dei rapporti di lavoro non trasparente, spesso discriminatoria e che può sottrarsi al controllo umano. Su questo tema si incentra l'accordo quadro stipulato fra le maggiori confederazioni sindacali e imprenditoriali europee¹⁰⁵, il cui principio guida è quello di stabilire procedure e strumenti consensuali finalizzati a garantire che ogni aspetto dell'impiego delle tecnologie digitali, in particolare dell'intelligenza artificiale, assicurino il rispetto dei diritti dei lavoratori e seguano il principio del controllo umano. Ultima, ma non meno importante, è la questione legata alle implicazioni della dimensione sovranazionale dei lavori svolti tramite piattaforme digitali: dimensione che comporta nuove difficoltà nello stabilire la legge applicabile a questi rapporti, nonché la giurisdizione competente a decidere le relative controversie. A tale riguardo occorre sottolineare la circostanza che la disciplina europea inerente ai rapporti di lavoro internazionali (i regolamenti Bruxelles 1a e Roma 1) fornisce significative garanzie ai lavoratori, in deroga alle regole generali riguardanti i rapporti contrattuali, in quanto attribuisce ai dipendenti la possibilità di scegliere fra le diverse giurisdizioni e legislazioni applicabili. Di conseguenza, i lavoratori hanno diritto a vedersi applicate le norme di tutela giurisdizionale previste dagli ordinamenti statali più favorevoli, quelle di propria scelta o, secondo il principio generale, quelle dello Stato dove abitualmente lavorano. Tuttavia, questa normativa non si applica ai lavoratori autonomi per i quali valgono

¹⁰⁴ ILO, *Work employment and social outlook 2021. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Genève 2021; W. P. DE GROEN et al., *Digital Labour Platforms in the EU. Mapping and Business models*, Luxembourg 2021, disponibile sul sito <https://www.ceps.eu>. WOOD, A. J., *Algorithmic Management: Consequences for Work Organisation and Working Conditions*, European Commission, Seville 2021; EUROFOUND, *Digitalization in the workplace*, Luxembourg 2021; M. FAIOLI, *Il lavoro nella Gig Economy*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma 2019, p. 304.

¹⁰⁵ European social partners framework agreement on Digitalization, June 2020, in <https://www.etuc.org>.

le regole generali riguardanti i rapporti contrattuali. Da ciò consegue che le questioni e le incertezze concernenti la qualificazione giuridica delle loro prestazioni lavorative comportano conseguenze dirette anche in ordine alla legge e alla giurisdizione applicabile. Vi è, inoltre, un'enorme difficoltà sia nell'identificare tutte le piattaforme operanti nell'UE, sia nell'imporre un sistema centralizzato in materie come fisco e sicurezza, di stretta competenza nazionale. Non a caso l'OIL ha più volte sottolineato l'urgenza, nonché rivolto appelli ai governi nazionali, affinché stabiliscano standard di trasparenza e obblighi di *reporting* in capo alle aziende operanti nel mercato globale¹⁰⁶.

Da quanto esaminato emerge, quindi, la necessità di considerare le conseguenze della digitalizzazione sulla qualità e sulle condizioni di lavoro, per valutarne le opportunità ma anche i possibili rischi per i diritti fondamentali dei lavoratori: dalla sicurezza, alla *privacy*, alla garanzia di poter godere di condizioni di lavoro eque e dignitose. In particolare, di estrema importanza è la garanzia che sia mantenuta in capo ai lavoratori la possibilità di controllare le proprie condizioni di lavoro. Per questi motivi la sfida a trovare adeguati strumenti per orientare l'uso delle tecnologie digitali all'insegna del controllo umano, come richiede l'accordo quadro europeo, sollecita la capacità di innovazione delle parti sociali, ma non può lasciare indifferente o estraneo il legislatore.

BIBLIOGRAFIA

S. ABDELNOUR, S. BERNARD, *Vers un capitalisme de plateforme? Mobiliser le travail, contourner les régulations* in *La nouvelle Revue du Travail*, 13, 2018.

M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *L'uso della tecnologia e il diritto di sciopero: realtà in conflitto*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018.

C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieto di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, (a cura), *Imprese, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari 2019.

A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCHI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2017.

A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari

¹⁰⁶ Cfr. ILO, *Decent work in global supply chains*, Genève 2016. In tema, V. BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in costruzione*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 553 ss.; A. PERULLI, *Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità "atipica". Il caso USMCA*, in *Dir. lav. rel. sind.*, 170, 2021, pp. 215-234. I tentativi di ovviare al limite della territorialità degli ordinamenti giuridici - e quindi dell'efficacia delle regole di tutela - hanno seguito strade diverse: vi è stata una legge in Francia nel marzo 2017, su cui P. BARRAND, A. MIAS, E. BETHOUX, P. BARRAUD DE LAGERIE, E. PENALVA-ICHER, *Between implementation and diabetes, first lesson from the trench law of 2017 on companies due diligence*, in *Dir. lav. rel. sind.*, I, 2021, pp. 37 ss.

2020.

S. AURIEMMA, *Subordinazione nell'epoca dell'economia digitale*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2, 2017.

G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli 2019.

F. BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *Lav. dir.*, 1, 2019.

M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, in *Labour&Law Issues*, 5, 2, 2019;

M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande fratello può attendere (forse)*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli «a distanza» e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino 2017.

P. BARRAND, A. MIAS, E. BETHOUX, P. BARRAUD DE LAGERIE, E. PENALVA-ICHER, *Between implementation and diabetes, first lesson from the trench law of 2017 on companies due diligence*, in *Dir. lav. rel. sind.*, I, 2021.

V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2018.

G.A.M. BELLOMO, *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Conc. merc.*, 23, 2016.

M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova 2018.

M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2018.

B. BLODGETT, A. TAPIA, *Do avatars dream of electronic picket lines? The blurring of work and play in virtual environments*, in *Information Technology & People*, 24, 2011.

O. BONARDI, *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *Lav. dir.*, 2012.

V. BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in costruzione*, in *Lav. dir.*, 2019.

C. BROD, *Technostress: the human cost of the computer Revolution*, New York 1984.

G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018.

V. CAGNIN, *Gig-Economy e la questione qualificatoria dei Gig-Workers: uno sguardo oltreconfine*, PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018.

L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir.*, 2012.

U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2019.

F. CARINCI, *L'art. 2 d.lg. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24*

gennaio 2020, n. 1663, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020.

M.T. CARINCI, *Il controllo «a distanza» sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017.

A. CARLEO (a cura di), *La decisione robotica*, Bologna 2019.

F. CARNEVALE, *La salute e la sicurezza dei lavoratori in Italia. Continuità e trasformazioni dalla Prima Rivoluzione industriale a quella digitale*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. la quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze 2018.

B. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella grande trasformazione. L'innovazione sociale in sei tappe*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 394, 2019.

B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 326, 2017.

B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in G. BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Milano 2019.

D. CASALE, *Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione Europea e Cassazione a confronto*, in Riv. giur. lav., I, 2013.

B. CASALINI, L. CINI (a cura di), *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press, 2012.

C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in Dir. pubbl. comp. eur., 2019.

N. CEREJEIRA NAMORA, L. MELLA MÉNDEZ, D. ABRUNHOSA E SOUSA, *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st Century*, Cambridge Scholars Publishing, 2018.

A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI e G. MARI, *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018.

S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in Dir. rel. ind., 4, 2018.

V. CORDERO GORDILLO, *La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos*, in Lex social, 1, 2019.

S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in Foro amm., 10, 2018.

A. D'ANDREA, *Assessing an Individual's Well-being through the Quality of their Life and Work*, in Lebenswelt, 15, 2019.

A. D'ANDREA, *Il lavoro non subordinato nell'ordinamento internazionale: punti critici della Raccomandazione n. 198/2006 dell'I.L.O.*, in Roma e America. Diritto romano comune, 25, 2008.

A. D'ANDREA, *La nuova strategia dell'Unione europea per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro: cause dei nuovi fattori di rischio e loro rimedi*, in Lav. prev. ogg, 6, 2002.

A. DATTA, D. K. MULLIGAN, M. C. TSCHANTZ, *Discrimination in Online Personalization: A Multidisciplinary Inquiry*, in UC Berkeley Previously Published Works, 2018.

- W. DAUBLER, *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 1, 2015.
- W. DAUBLER, T. KLEBE, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 15, 2016.
- W. P. DE GROEN, Z. KILHOFFER, L. WESTHOFF, D. POSTICA, F. SHAMSAKHR, *Digital Labour Platforms in the EU. Mapping and Business models*, Luxembourg 2021.
- R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2018.
- G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2018.
- V. DE STEFANO, *Negotiating the algorithm, automation, artificial intelligence and labor protection*, Empl. Working Paper, 246, ILO, Genève 2018.
- V. DE STEFANO, *The rise of the 'just-in-time workforce': on-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig economy'*, Ufficio internazionale del lavoro, Condizioni di lavoro e occupazione, 71, 2016.
- S. DEAKIN, *The changing concept of the employer in labour law*, in *Industrial Law Journal*, vol. 30, 1, 2001.
- C. DEGRYSE, *Digitalization of the economy and its impact on labour markets*, ETUI Working Paper, 2, Brussels 2016.
- R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2019.
- A. DELOGU, *Salute, sicurezza e nuovi lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2, 2018.
- R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour&Law Issue*, 3, 2, 2017.
- R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *Labour&Law Issues*, 4, 2018.
- D. DI NUNZIO, M. PEDACI, E. TOSCANO, *I cambiamenti nel lavoro e il discorso sulla precarietà: dimensioni, fattori e evoluzioni recenti*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 4, 2016.
- J. DIRRINGER, *Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme?*, in *Nouv. Revue du travail*, 13, 2018.
- A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour&Law Issues*, 5, 2, 2019.
- M. FAIOLI, *Il lavoro nella Gig Economy*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma 2019.
- C. FARALLI, *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli 2018.
- R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019.
- F. FERRARO, *"Sciopero virtuale" e regolazione del conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Lav. Prev. Oggi*, 9-10, 2015.

- V. FERRI, A. RICCI, S. SCICCHITANO, G. TESAURO, *Lavoro da remoto, contrattazione aziendale e innovazione: un'analisi empirica per l'Italia*, in *SINAPPSI*, 3, 2021.
- L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 368, 2018.
- J. FLECKER, *Space, Place and Global Digital Work*, London 2016.
- I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2018.
- M. FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017.
- J. FUDGE, *Fragmenting work and fragmenting organizations: the concept of employment and scope of labour regulations*, in *Osgood Hall Law Journal*, vol. 44, 2006.
- D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018.
- É. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32, 2016.
- O. GIRGENTI, *Anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Guida Dir.*, 37, 2018.
- S. GIUBBONI, *I riders e la legge*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019.
- D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Guida al Lavoro*, 26, 2008.
- R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *Dir. prat. lav.*, 2017.
- E. L. HUGHES, K. R. PARKES, *Work hours and well-being: The roles of work-time control and work-family interference*, in *Work & Stress*, 21, 3, 2007.
- A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Dir. rel. ind.*, 2019.
- A. INGRAO, *Il controllo «a distanza» realizzato mediante social network*, in *Labour&Law Issues*, 2, 1, 2016.
- A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari 2018.
- C. JOLLY, E. PROUET (a cura di), *L'avenir du travail: quelles redefinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, in *France Stratégie*, 4, 2016.
- P. T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *William & Mary Law Review* *William & Mary Law Re*, 58, 3, 2017.
- M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34, 1, 2018.
- P. LAMBERTUCCI, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2010.

- A. LAMBRECHT, C. TUCKER, *Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads*, in *Management Science*, 65, 7, 2018.
- A. LASSANDARI, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2017.
- C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3, 2018.
- G. LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in *Mass. Giur. lav.*, 2017.
- M. LEONE, *Autonomia/subordinazione: realtà parallele con punti di incontro*, in *Questionegiustizia.it*, 2019.
- P. LOI, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2017.
- M. LUCIANI, *Una decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018.
- G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*,
in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011.
- M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna 2017.
- M. MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, in *Labour&Law Issues*, 5, 2, 2019.
- M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020.
- V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.*, 6, 2018.
- F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2018.
- M. MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2019.
- M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 300, 2016.
- M. MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale*, in *Labour&Law Issues*, 5, 1, 2019.
- F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: la "carta dei riders" viaggia su due ruote*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018.
- E. MENEGATTI, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014.
- M. MISCIONE, *I comportamenti privati rilevanti per il lavoro nella rete senza tempi e spazi*, in *Lav. giur.*, 6, 2017.

- A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inf.*, 4, 2018.
- A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018.
- L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015.
- R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste 2012.
- A. OCCHINO, *Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale*, in *Labor*, 1, 2019.
- G. PACELLA, *Alienità di risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018.
- G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento delle imprese*, in *Labour&Law Issues*, 1, 2017.
- G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017.
- L. M. PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *Dir. rel. ind.*, 2017.
- G. PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Mass. Giur. lav.*, 1-2, 2012.
- A. PERULLI, *Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità "atipica". Il caso USMCA*, in *Dir. lav. rel. sind.*, 170, 2021.
- A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018.
- A. PERULLI, A. *I ciclofattorini sono etero-organizzati*, in *Quotidiano del diritto, Sole 24 ore*, 12 febbraio 2019.
- A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 410, 2020.
- A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Torino 2021.
- R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018.
- M. PEYRONNET, *Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés*, in *Revue de Droit du Travail*, 1, 2019.
- A. PIOVESANA, *La tutela della salute e sicurezza dei gig workers, dopo la sentenza d'appello Foodora*, in *Lav. giur.*, 7, 2019.
- V. PIRO, A-L. ROMENS, G. ALBERTI, *Lavoro da remoto e processi di sindacalizzazione*, in M. PERUZZI, D. SACCHETTO (a cura di), *Lavoro da remoto*, Torino 2022.

- J. PRASSL, M. RISAK, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2017.
- J. PRASSL, M. RISAK, *Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming Oxford Legal Studies Research, Paper No. 8/2016.
- G. PROSPERETTI, *Forme alternative di azione sindacale: lo “sciopero virtuale”*, in *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015*, in Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, a cura di L. CALCATERRA, Napoli 2018.
- G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforme digitali: problemi di qualificazione e tecniche di tutela*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2019.
- E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, in *Riv. giur. lav.*, 5, 2, 2019.
- G.A. RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018.
- R. REGO, W. SPRENGER, V. KIROV, *The use of new ICTs in Trade union protests – five European cases*, in *Transfer*, 12, 2016.
- G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2, 2019.
- A. ROTA, *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *Labour&Law Issues*, 4, 1, 2018.
- A. ROTA, *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017.
- A. ROTA, *Stampa 3D: un nuovo rischio da ignoto tecnologico?*, in *Labour&Law Issue*, 1, 1, 2015.
- A. SALENTO, *Industria 4.0. ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2, 2017.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1-2, 2012.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 1, 2020.
- C. SARZANA di S. IPPOLITO, *L'accesso illecito alle banche dati ed ai sistemi informatici pubblici: profili giuridici*, in *Dir. inform.*, 2, 2007.
- K. SCHOEMANN, *Digital Technology to Support the Trade Union Movement*, in *Open Journal of Social Sciences*, 6, 1, 2018.
- B. SCHREURS, H. VAN EMMERIK, G. NOTELAERS, H. DE WITTE, *Job insecurity and employee health: The buffering potential of job control and job self-efficacy*, in *Work & Stress*, 24, 1, 2010.
- K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano 2016.
- M. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017.

- A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019.
- S. SMITH, P. HARWOOD, *Social media and its impact on employers and trade unions*, in *Employment Relations Comment*, 2011.
- N. SNRICEK, *Capitalismo digitale*, Roma 2017.
- C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018.
- W. STEIJN, E. LUIJF, D. VAN DER BEEK, *Emergent risk to workplace safety as a result of the use of robots in the workplace*, TNO Report 2016 R11488, Utrecht, 2016.
- F. STOLFA, *Obblighi e responsabilità (datore, dirigente, preposto)*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Torino 2007.
- L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*, in *ACMqueue*, 11, 3, 2013.
- R. TASCÓN LOPEZ, *El esquirolaje tecnológico*, Pamplona 2018.
- A. TASSINARI, V. MACCARRONE, *The mobilisation of gig economy couriers in Italy: some lessons for the trade union movement*, in *Transfer*, 23, 3, 2017.
- M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, 2, 2016.
- A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. dir.*, 2018.
- P. TULLINI, *Il controllo «a distanza» attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in EAD (a cura di) *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino 2017.
- A. TURSI, *Tra coerenza sistematica e diversificazione normativa, La sentenza di Cassazione n° 1663 sui riders, Un approdo e un punto di partenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2020.
- M. UPCHURCH, R. GRASSMAN, *Striking with social media: the contested (online) terrain of workplace conflict*, in *Organization*, 23, 5, 2015.
- F. A. VALLE MUÑOZ, *El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales*, in *Revista Internacional e Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8, 2, 2020.
- N. VAN DOORN, *Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the 'on-demand' economy*, in *Information Communication & Society*, 20, 6, 2017.
- M. VICENTE, *Collective Relations in the Gig economy*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 8, 1, 2019.
- L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018.
- E. VOSS, H. RIEDE, *Digitalizzazione e partecipazione dei lavoratori: l'opinione di sindacati, organismi di rappresentanza aziendali e lavoratori delle piattaforme digitali europei. Rapporto per la CES*, Brussels 2018.

- R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari 2004.
- R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 336, 2017.
- R. VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali*, in *Quad. Riv. giur. lav.*, 2, 2017.
- A. J. WOOD, *Algorithmic Management: Consequences for Work Organisation and Working Conditions*, European Commission, Seville 2021.
- C. ZOLI, E. VILLA, *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino 2017.

TRABALHO INTERMITENTE E FRAGMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

INTERMITTENT WORK AND FRAGMENTATION OF SOCIAL RIGHTS

Taylisi de Souza Corrêa Leite¹

Fernanda Ribeiro Uchôa Teixeira Salles²

RESUMO: Os direitos sociais no Brasil foram firmados e alçados a direitos fundamentais de segunda geração com a Constituição de 1988, após uma época de profunda escuridão social. A inserção do contrato de trabalho intermitente na legislação brasileira é alvo de grande preocupação com o achatamento dos direitos sociais e com o trabalhador enquanto ser social. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso encontra-se profundamente ameaçado ante o discurso de que a Reforma Trabalhista veio para flexibilizar a legislação que se tornou a verdadeira responsável pelo desemprego estrutural. Nesse contexto, o objetivo geral do presente trabalho é verificar em que medida a regulamentação do trabalho intermitente veio ratificar o que há muito já estava fragmentado pelo novo regime de acumulação do capitalismo. A técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, através do método dedutivo, inserido em uma concepção epistemológica histórica, materialista e dialética.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Intermitente. Direitos Sociais. Trabalho. Crise.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Evolução Histórica do Trabalho; 3 A Reforma Trabalhista e o Trabalho Intermitente; 4 Conclusão; Referências.

ABSTRACT: The social rights in Brazil were firmed and raised to fundamental rights in second generation with the Constitution of 1988, after a time of deep social darkness. The insert of a intermittent employment contract in the brazilian legislation is a target of great concern with the flattening of social rights and with the worker while being social. The constitutional principle of sealing against setback is found deeply threatened by the speech that the Labor Reform came to flexibilize the legislature that have become the truly responsible of the structural unemployment. In this context, the general objective of the present work is to verify to what extent the regulation of intermittent work has come to ratify what has long been fragmented by the new capitalism accumulation regime. The research technique used was the bibliographic review, through the deductive method, inserted in a historical, materialistic and dialectic epistemological conception.

KEYWORDS: Intermittent Employment Contract. Social Rights, Labour. Crisis.

SUMMARY: 1 Introduction; 2 The Historical Evolution of Work; 3 The Labor Reform and Intermittent Work; 4 Conclusion; References.

1 INTRODUÇÃO

Artigo enviado em 03/02/2021.

Artigo aprovado em 16/12/2021.

¹ Doutora em Direito Político e Econômico. Professora Adjunta da UFPA. Professora Colaboradora do CEPED-UERJ.

² Salles, Fernanda Ribeiro Uchôa Teixeira, pós graduanda em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Os direitos sociais, o trabalho e o trabalhador sempre foram pontos sensíveis e palcos de muitas lutas nos cenários internacional e nacional. De acordo com o Manifesto Contra o Trabalho, a origem etimológica de trabalho não é sinônimo de uma atividade humana autodeterminada. Para seus autores, integrantes da chamada “nova crítica do valor”, o trabalho não é ontológico e trans histórico, mas um dado específico do modo de produção capitalista, ou seja, uma forma social da totalidade na sociedade das mercadorias³. Numa percepção trans histórica, por outro lado, o trabalho pode ser encontrado em diversos modos de produção, e corresponde à atividade daqueles que perderam a liberdade. De fato, etimologicamente a palavra “trabalho” deriva do latim *tripalium*, uma espécie de jugo utilizado para torturar e castigar escravos e outros indivíduos destituídos de liberdade. Já para o sociólogo do trabalho brasileiro, Ricardo Antunes, o trabalho é um momento fundamental para a realização do ser social, condição para sua existência, e, por isso, o ponto de partida para a humanização do ser social⁴.

Diante dessas múltiplas perspectivas críticas acerca do trabalho, este artigo tem por objetivo propor algumas reflexões sobre o instituto do contrato de trabalho, e sobre como a regulamentação do intermitente afeta os direitos sociais, a própria conformação do trabalho e (d)o(a) trabalhador(a). Para tanto é necessário fazer uma breve análise, através da técnica de revisão bibliográfica, da evolução do trabalho desde a Revolução Industrial até os dias atuais. A partir disso, o presente artigo abordará a evolução histórica do trabalho, a descentralização dos meios de produção, os direitos sociais no Brasil, a Reforma Trabalhista e o contrato de trabalho intermitente introduzido pela Lei 13467/2017.

Como problemas de pesquisa, destacam-se as seguintes indagações: o trabalho intermitente é resultado/elemento do modelo toyotista de produção? Houve fragmentação dos direitos sociais por conta da regularização do trabalho intermitente? Operou-se uma verdadeira precarização positivada do trabalho? O trabalho intermitente obsta o ser social? Tem-se por hipótese que a regulamentação do contrato de trabalho intermitente decorre das exigências da acumulação pós-fordista, que reconfigurou todo o mundo do trabalho e que a tendência é o desaparecimento do trabalho tradicional do modo de acumulação fordista.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO

³ KRISIS. Manifesto contra o trabalho. **Krisis**. Disponível em: <https://www.krisis.org/1999/manifesto-contra-otrabalho/>

⁴ ANTUNES, Ricardo. A concha e o caracol ensaios sobre a morfologia do trabalho. São Paulo: Editora Boitempo, 2005. p 68.

Às transformações econômicas e tecnológicas ocorridas na Europa Ocidental em meados do século XVII e início do século XIX, chama-se Revolução Industrial. Do ponto de vista econômico, trata-se do final da produção artesanal e o início da produção industrial, quando as inovações tecnológicas e o surgimento das máquinas substituíram o trabalho humano. Do ponto de vista social, verificava-se que os meios de produção pertenciam a uma enxuta classe burguesa, restando à numerosa classe desprovida dos meios de produção a alienação do seu trabalho em troca de baixíssimos salários, que os permitiam sobreviver em condições sub-humanas.

Na Revolução Industrial, houve o desenvolvimento da especialização dos operários, setorizando suas atividades. Assim, com a tecnologia gerando a produção em larga escala que aumentava os lucros, os donos dos meios de produção pensavam em como baixar ainda mais os custos: contratando mulheres e crianças com salários ainda mais degradantes do que aqueles pagos aos homens. No entanto, o avanço e a expansão tecnológica não tiveram fim com a Revolução Industrial. As máquinas e a tecnologia, no entanto, não poderiam desprezar o trabalho vivo – a exploração da força de trabalho. Foi então que, nas últimas décadas do século XIX, Taylor desenvolveu um método de controle sobre a força de trabalho. O Taylorismo tem como essência a gerência científica do trabalho, visando à máxima eficiência – otimização tempo x movimento, expropriando a capacidade conceitual do trabalhador. Os trabalhadores eram reduzidos a operadores de tarefas simplificadas com custo reduzido.

Em meados do século XX, o Fordismo intensificou o processo de controle da força de trabalho iniciado no Taylorismo. A introdução da esteira rolante nas fábricas intensificou a produção alavancando o lucro. O trabalho chegava ao operário que produziam de forma mecanizada no tempo entabulado pela máquina, tornando-o cada vez mais um trabalhador extremamente especializado. Se por um lado as esteiras rolantes engordavam os lucros dos donos dos meios de produção, por outro extenuavam os operários que rejeitavam esta forma de controle. Foi então que para conquistar a adesão dos trabalhadores, o modelo Fordista elevou os seus salários, permitindo, inclusive o aumento do consumo da classe trabalhadora, principalmente dos bens duráveis.

No pós-guerra, verificou-se um declínio do consumo dos bens duráveis e conseqüentemente da produção e do lucro. Houve, também, um movimento acentuado de revolta em razão da alta mecanização do trabalho e seu alto nível de controle, aliado ao choque do petróleo em 1973, marcando a crise do Fordismo. Neste cenário, o Japão emerge depois de intenso trabalho de auto reconstrução, desenvolvendo um novo modelo de produção - o Toyotismo. São quatro os pilares do modelo Toyotista: produção *on demand* – *kanban*,

produzir somente o necessário no melhor tempo; multifuncionalidade do empregado que é contratado para um cargo na empresa e, não para uma função específica (possibilidade de operar várias máquinas simultaneamente); horizontalização da produção – estende a terceirizados a produção de elementos básicos; sistema de representação sindical.⁵

O avanço do Toyotismo deu um novo contorno ao capitalismo, o desemprego estrutural dos herdeiros do Taylorismo/Fordismo tendo em vista a necessidade de trabalhadores multifuncionais; precarização do trabalho – com a terceirização da produção de elementos básicos, empresas menores e com saúde financeira instável contratam de forma desregulamentada e baixíssimo custo (principalmente o trabalho feminino); exclusão dos trabalhadores idosos e jovens e inclusão de crianças no mercado de trabalho.⁶

A descentralização dos meios de produção e a fixação em aumentar a produção sem aumentar os custos com trabalhadores tiveram desdobramentos nos campos do trabalho e dos direitos sociais, tais como: aumento do proletariado precarizado, aumento da exclusão de jovens e idosos do mercado de trabalho, inserção do trabalho infantil, aumento significativo do trabalho feminino desregulamentado, expansão do trabalho no terceiro setor⁷.

O crescimento do trabalho precarizado, *part time*, temporário implica na desregulamentação das condições de trabalho, achatamento e retrocesso dos direitos sociais e trabalhistas. De acordo com Moishe Postone houve um rebaixamento do indivíduo a mero trabalhador, pois “a criação de riqueza social foi feita à custa do estreitamento e do esvaziamento do indivíduo particular pela crescente fragmentação do trabalho social”⁸

No Brasil, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de Weimar (1939) foi a primeira a abordar de forma mais ampla os direitos sociais. Com o advento do Estado Novo, foi outorgada a constituição de 1937 que foi baseada no regime autoritário da Polônia. Com o fim da Era Vargas, foi promulgada a constituição de 1946, restaurando as garantias e direitos individuais e sociais.

No entanto, no período da ditadura militar, foi outorgada a Constituição de 1967, sendo totalmente alterada pela Emenda 1 de 1969, amargando o Brasil em anos de escuridão dos direitos sociais até o advento da Constituição de 1988, que elencou um extenso rol de direitos sociais.

⁵ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995. p. 21-44.

⁶ ANTUNES, Ricardo. A concha e o caracol ensaios sobre a morfologia do trabalho. São Paulo: Editora Boitempo, 2005. p 335-351.

⁷ Ibidem. p.68.

⁸ Postone, M. Necessidade, Tempo e Trabalho. **Exit**. Disponível em: <http://www.obeco-online.org/mpt2.htm>

Historicamente, os direitos sociais têm a finalidade precípua de assegurar a qualidade de vida dos indivíduos, em especial os hipossuficientes, para que possam usufruir das benesses constitucionalmente asseguradas e estão dispostos ao longo da Constituição de 1988, em especial: artigos 6º a 11º e 193 e podem ser agrupados nas seguintes categorias:⁹ direitos sociais dos trabalhadores; direitos sociais de seguridade social; direitos sociais de natureza econômica; direitos sociais da cultura e direitos sociais de segurança.

3 A REFORMA TRABALHISTA E O TRABALHO INTERMITENTE

Em 2017, foi criada a Lei 13.467 que instituiu a Reforma Trabalhista sob o argumento de que a modernização da legislação aumentaria a oferta de empregos, pois as ultrapassadas normas eram verdadeiros entraves ao mercado de trabalho, ganhando destaque o binômio segurança jurídica x flexibilidade – unilateral para o empresariado.¹⁰

A segurança jurídica tal qual efetivada na reforma trabalhista é direcionada ao empresariado, pois o que se vê na realidade é um verdadeiro entrave ao acesso à justiça pelo trabalhador. A quitação anual de obrigações trabalhistas prevista no artigo 507-B da CLT é claramente uma coação ao trabalhador. Ora, em sã consciência, com o desemprego estrutural que assola o país hoje em dia, nenhum empregado se recusaria a assinar tal termo de quitação.

A flexibilização seria o ‘santo gral’ para impulsionar a geração de empregos. No entanto, o que se viu com a concretização da Reforma Trabalhista foi uma flexibilização que impulsiona a geração de empregos precarizados e a precarização daqueles que já existem. Podemos citar a guisa de exemplo a ampliação da negociação do banco de horas, após a reforma admite-se a negociação individual; a criação do trabalho intermitente.

O trabalho intermitente já encontrava previsão na Inglaterra denominando-se *zero hour contract*, e na legislação pátria está disposto na parte final do caput do artigo 443 da CLT e no artigo 452-A da CLT:

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

Art 452 A - O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a

⁹ MASSON, Nathalia. Manual de direito Constitucional. Bahia: Editora Juspodium, 2018.

POSTONE, M. Necessidade, Tempo e Trabalho. Exit < <http://www.obeco-online.org/mpt2.htm>>. Acesso em 09 de outubro de 2020.p. 342

¹⁰ PRAUN, Luci. ANTUNES, Ricardo. A Demolição dos direitos do trabalho na era do capitalismo informacional-digital. In: ANTUNES, Ricardo. (org.). Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0. São Paulo: Editora Boitempo, 2020. p. 190-191.

mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

Conforme os artigos da CLT acima citados tem-se que o trabalho intermitente é um contrato de trabalho formal, que o trabalhador é convocado e remunerado de acordo com a necessidade do serviço, podendo em períodos de inatividade prestar serviços a outros contratantes.

No trabalho intermitente, o trabalhador é contratado para a realização de um serviço determinado com data para começar e terminar. No Toyotismo, a quantidade de matéria prima necessária é utilizada para fabricação de determinados produtos em prazo pré-estabelecido. Ambos visam a otimização de recursos e buscam evitar o desperdício, como veremos a seguir. O *kanban* está associado à produção sob demanda, evitando a acumulação de mercadorias em estoque e, por consequência o desperdício.¹¹ Fazendo uma analogia com a legislação trabalhista atual, é possível considerar a influência do *kanban* no tratamento do trabalho intermitente. O *kanban* de trabalhadores, na legislação atual, se caracteriza pelo controle do trabalho nas quantidades e nos momentos necessários evitando o acúmulo ‘desnecessário’ de empregados.

¹¹ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995. p. 34.

É possível verificar nestes paralelos que a ‘matéria prima’ do contrato de trabalho intermitente é o trabalhador que será utilizado somente o quanto e quando necessário para produção de determinado produto/tarefa em prazo pré-estabelecido. O Toyotismo, como ressalta Ricardo Antunes¹², provocou algumas mutações no mundo do trabalho, tais como: desregulamentação dos direitos do trabalho, fragmentação e precarização da classe trabalhadora e enfraquecimento dos sindicatos. O trabalho intermitente introduzido na legislação brasileira pela Lei 13467/2017 provocou os mesmos efeitos do Toyotismo, fragmentando de vez a classe trabalhadora.

O contrato de trabalho intermitente, na prática restringiu o acesso dos trabalhadores aos direitos sociais, afrontando diversos dispositivos constitucionais: seguro desemprego (inciso II, artigo 6º CF/88); salário mínimo (incisos IV e VII, artigo 6º CF/88); jornada de trabalho; repouso semanal remunerado (inciso XV, artigo 6º CF/88); aposentadoria (inciso XXIV, artigo 6º CF/88).¹³

A Lei 7998/90 estabelece no artigo 3º e seus incisos, requisitos cumulativos de quem têm direito a receber o seguro-desemprego. Levando-se em consideração à própria natureza intermitente desta modalidade de contrato de trabalho, é possível verificar que a garantia ao benefício do seguro desemprego está ameaçada. Imaginemos um trabalhador com contrato de trabalho intermitente que tenha sido convocado pela última vez seis meses antes de sua dispensa. Este trabalhador já não preencheria o requisito da alínea “a” do inciso I do artigo 3º do diploma legal acima referido. Desta forma, só pelo confronto do inciso III do artigo 6º da CF/88 com os artigos 443 caput e 452 A da CLT, verifica-se a inconstitucionalidade desta nova figura criada pela Reforma Trabalhista.

Quanto ao salário mínimo o novel instituto do trabalho intermitente introduzido pela Reforma Trabalhista afronta de uma só vez dois incisos do artigo 6º da CF/88: incisos IV e VII. O inciso IV estabelece que é direito do trabalhador o salário-mínimo fixado em lei nacionalmente unificado capaz de atender às necessidades vitais básicas. Já o inciso VII, garante para aqueles que recebem remuneração variável, a percepção de salário nunca inferior ao mínimo. Como o trabalhador intermitente pode ser contratado, com alternância de períodos de prestações de serviços e de inatividade determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade (ressalvados os aeronautas), significa dizer que há possibilidade real, em caso de contratação de dias e horas de recebimento de salário inferior

¹² ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995. p. 69-78.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2020.p. 686-687.

ao mínimo. Nestes casos, o trabalhador estaria fadado a manter inúmeros contratos intermitentes para satisfazer as necessidades de subsistência própria e de sua família, pelo menos, para atingir a remuneração mínima.

Com relação à jornada de trabalho, verifica-se dupla afronta a este direito social constitucionalmente garantido. Existem três critérios para a composição da jornada de trabalho: tempo efetivamente trabalhado; tempo à disposição (artigo 4º caput CLT) e tempo de deslocamento. O parágrafo 5º do artigo 452 A da CLT informa que o tempo de inatividade não será computado tempo à disposição do empregador, podendo prestar serviços a outros contratantes. Tal regramento choca-se com o critério da composição da jornada de trabalho, inserido no artigo 4º da própria CLT.

Outro ponto importante é que a jornada de trabalho e saúde do trabalhador são institutos indissociáveis. A duração máxima da jornada de trabalho – máximo de 8 horas diárias e 44 semanais – foi pensada para que o trabalhador possa preservar a sua saúde. Nesta seara, o contrato de trabalho intermitente veio na contramão das normas de segurança, saúde e higiene do trabalho, pois como inexistente garantia de recebimento sequer do salário mínimo previsto constitucionalmente, como visto alhures, o trabalhador se vê obrigado a garantir a sua sobrevivência a qualquer custo (até mesmo da sua saúde). Submete-se, em razão da precarização do trabalho, a diversas jornadas de trabalho de diversos outros contratantes.

Antes do advento do instituto do contrato intermitente de trabalho, o trabalhador era submetido à exaustivas jornadas de trabalho – exploração da força de trabalho alienada – possuindo incerteza quanto ao tempo máximo de duração da jornada de trabalho. Com o advento do contrato de trabalho intermitente, a incerteza toma outro viés: a quantidade de horas trabalhadas (jornada de trabalho), que permita a alienação da força de trabalho a um preço que garanta o mínimo para sobreviver. Verifica-se, portanto, que o trabalho intermitente imprimiu um movimento inverso de incerteza da jornada de trabalho, acabando por aviltar este direito social, levando por arrastamento as questões de saúde e segurança do trabalho estampados no inciso XXVIII do artigo 6º da CF/88.

Quanto aos Repouso Semanais Remunerados, são eles lapsos de descansos inseridos entre dois módulos semanais de trabalho. Ora, é claro que se o trabalho é intermitente em dias e horas e quiçá em semanas o repouso semanal remunerado não é observado para esta modalidade de contrato de trabalho, mais uma razão para declarar a sua inconstitucionalidade.

Para se aposentar, o (a) trabalhador(a) deve necessariamente alienar a sua força de trabalho, para receber salário. Tal fato constitui-se em fato gerador para o pagamento das

contribuições previdenciárias. Cumpridos os requisitos de tempo de contribuição e idade, o trabalhador aposenta-se. Contudo, a aposentadoria torna-se um direito (quase) inatingível para àqueles que trabalham sob a égide do contrato intermitente de trabalho. Como a remuneração é *on demand*, a contribuição previdenciária segue a sorte do principal (é *on demand* também), logo nos períodos de inatividade, não há contribuição previdenciária por absoluta falta de fato gerador. No contrato de trabalho intermitente o trabalhador poderá trabalhar a vida inteira e está arriscado a não se aposentar.

Observa-se que a figura do contrato de trabalho intermitente ao afrontar dispositivos constitucionais que são verdadeiros garantes do trabalho humanizado, acabou por positivar a precarização do trabalho, onde a fragmentação dos direitos sociais e da classe trabalhadora tornaram-se legalizadas.

4 CONCLUSÃO

O jargão de que o “trabalho dignifica o homem” está sendo ressignificado, de forma negativa, com a criação do instituto do contrato de trabalho intermitente. O trabalho *on demand* favorece a sua precarização, na medida em que os trabalhadores são contratados por baixíssimo custo, apenas para suprir as demandas. Com isso, os trabalhadores se vêem obrigados a efetuar uma busca incessante de contratantes para conseguir alienar a sua força produtiva a um valor que consiga sobreviver com o mínimo essencial.

O trabalho intermitente veio como uma fórmula de se evitar o desperdício, otimizar e direcionar a força de trabalho, sendo a mesma alienada sob demanda em períodos pré estabelecidos. O trabalhador intermitente abrange o excedente do capitalismo e que se torna conveniente ao sistema dada à desregulamentação positivada do instituto, favorecendo a contratação de mão de obra a baixo custo, extremamente vantajoso para os que possuem os meios de produção. Já para o trabalhador, a dimensão qualitativa do processo do trabalho dá lugar ao “[...] trabalho como meio de subsistência e a força de trabalho se torna mercadoria especial[...]”¹⁴.

O (a) trabalhador(a) intermitente como recebe *on demand*, durante os períodos de inatividade se vê obrigado a procurar por mais contratantes para conseguir alienar a sua força de trabalho e poder viver dentro do minimamente aceitável. O trabalho como “criador de

¹⁴ ANTUNES, Ricardo. A concha e o caracol ensaios sobre a morfologia do trabalho. São Paulo: Editora Boitempo, 2005. p. 69

valores de uso, como trabalho útil, indispensável à existência do homem”¹⁵ torna-se uma utopia, tornando a vida do trabalhador vazia e pobre de sentido, tornando-o um ser estranho a si mesmo. Este estranhamento ocorre porque o indivíduo disponibiliza agrega ao seu tempo de trabalho, o seu tempo como ser humano, o seu tempo de conexão com a natureza, resultando da dissociação do caráter humanístico. A interação homem x natureza/ homem x tempo livre é essencial para o processo criativo e produtivo do trabalho.

Com o estudo realizado, foi possível observar que, realmente, a legislação do trabalho intermitente constitui um dos pontos mais nefastos dessa legislação corrosiva em relação ao trabalho ¹⁶ . O contrato de trabalho intermitente admite uma superflexibilidade capaz de precarizar ainda mais o trabalho que há muito já estava precarizado. A precarização agora é legalizada.

Os direitos sociais e a legislação trabalhista estão à beira do dismantelo. Os trabalhadores intermitentes por ultraflexibilizados são também ultra heterogeneizados, dificultando uma real representatividade sindical que possa vociferar contra esta verdadeira devastação dos direitos sociais. A legislação trabalhista tal como foi proposta na Reforma visou única e exclusivamente atender aos anseios do empresariado, olvidando-se do seu princípio básico que é a proteção ao trabalhador.

Desta forma, com relação ao trabalho intermitente faz-se necessário ampliar as garantias ao trabalhador, como por exemplo, garantir-lhe, pelo menos, a percepção do salário mínimo como menor remuneração. Garantias que foram perdidas com a Reforma Trabalhista. Pode-se concluir que as perdas ao trabalhador são enormes e que é necessário frear essa tendência devastadora do trabalho intermitente que tem se intensificado, principalmente, durante o período da pandemia do covid-19, época em que ocorre um maciço desemprego. A união dos trabalhadores intermitentes e sua organização em sindicatos para o combate a exploração seria um importante avanço no combate a precarização e recuperação dos direitos sociais, permitindo a esses indivíduos a retomada do trabalho útil e de uma vida cheia de sentidos.

REFERÊNCIAS

¹⁵ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995.p. 91

¹⁶ PRAUN, Luci. ANTUNES, Ricardo. A Demolição dos direitos do trabalho na era do capitalismo informacional-digital. In: ANTUNES, Ricardo. (org.). Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0. São Paulo: Editora Boitempo, 2020. p. 187.

ANTUNES, Ricardo. **A concha e o caracol ensaios sobre a morfologia do trabalho**. São Paulo: Editora Boitempo, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo: Cortez/UNICAMP, 1995.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004. Disponível em: www.cedes.unicamp.br. Acesso em: 20 out. 2020.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da indústria 4.0. *In*: ANTUNES, Ricardo. (org.). **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020. p.11-22.

COLLYER, Francisco Renato Silva. Muito além da Revolução. os aspectos políticos e sociais da maior revolução da idade moderna. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4242, 11 fev 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31268>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2020.

FILGUEIRAS, Vitor; CAVALCANTE, Sávio. Um novo adeus á classe trabalhadora? *In*: ANTUNES, Ricardo. (org.). **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020. p. 159-178.

LAGE JUNIOR, Muris; FILHO, Moacir Godinho. Adaptações ao sistema Kanban: revisão, classificação, análise e avaliação, **Gest. Prod.**, São Carlos, v. 15, n. 1, p. 173-188, jan./abr. 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a15v15n1>>. Acesso em: 18 out. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito Constitucional**. Bahia: Juspodium, 2018.

POSTONE, M. **Necessidade, Tempo e Trabalho**. Exit <<http://www.obeco.org/mpt2.htm>>. Acesso em: 9 out. 2020.

PRAUN, Luci. ANTUNES, Ricardo. A Demolição dos direitos do trabalho na era do capitalismo informacional-digital. *In*: ANTUNES, Ricardo. (org.). **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 179-192.

RIBEIRO, Andressa de Freitas. **Lutas Sociais**, São Paulo, vol.19, n. 35, p. 65-79, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/ls/article/viewFile/26678/pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

KRISIS. **Manifesto contra o trabalho**. Krisis. Disponível em: <<https://www.krisis.org/1999/manifesto-contra-o-trabalho/>>. Acesso em: 19 out. de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil. *Vademecum*. Bahia: Editora Juspodium, 2020.

Consolidação da Legislação Trabalhista. *Vademecum*. Bahia: Editora Juspodium, 2020.

LEI 7998 de 11 de Janeiro de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17998.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO:

SERÁ JURIDICAMENTE ADEQUADO CONSIDERAR UM MOTORISTA UBERIZADO COMO TRABALHADOR COM CONTRATO INTERMITENTE?

THE INTERMITTENT EMPLOYMENT AGREEMENT AND THE UBERIZATION OF WORK:

IS IT LEGALLY APPROPRIATE TO CONSIDER AN UBERIZED DRIVER AS A WORKER WITH INTERMITTENT CONTRACT?

Ana Cláudia Nascimento Gomes¹

Regiane Pereira Silva da Cunha²

RESUMO: Este artigo discorre e coloca em debate as controvérsias existentes sobre o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro e a sua aplicação aos motoristas *uberizados*. Por meio de análise de trabalhos acadêmicos, decisões judiciais no âmbito brasileiro, legislações e artigos científicos sobre o contrato intermitente no Direito Comparado, especialmente como regulamentado em Portugal e Espanha, destacamos em quais situações esses países permitem a sua utilização e como foi regulamentado no Brasil. Discorremos sobre a “jornada móvel e variável”, herdeira jurídica do *zero hour contract* (britânico); jornada a qual, defendemos, tenha sido materialmente incorporada ao ordenamento nacional. Apresentamos em seguida o fenômeno da Uberização do trabalho e decisões trabalhistas que julgaram procedentes pedidos para o enquadramento dos motoristas de transporte particular por aplicativo como empregados intermitentes. Concluímos por fim ser juridicamente inadequado o enquadramento do trabalhador *uberizado* como intermitente por se tratar de roupagem de pacto manifestamente menos garantístico para os trabalhadores, não só pelos direitos trabalhistas expressamente obstados; mas, porque não afiança a percepção de um padrão remuneratório mensal e nem contém uma carga horária mínima a ser desenvolvida. Defendemos ainda que o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro é incompatível também para o trabalho realizado pelos motoristas *uberizados*; seja pelo seu grau de lesividade jurídica; seja porque não há mesmo contrato por escrito nesse sentido entre as partes (o qual pudesse legitimar o enquadramento judicial em um pacto atípico).

Artigo enviado em 22/04/2022

Artigo aprovado em 25/04/2022

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal) (revalidação pela Universidade Federal de Minas Gerais/MG). Pós-Doutora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do UDF (Estágio Pós-Doutoral), Brasília/DF. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (revalidação pela Universidade Federal de Minas Gerais/MG). Especialista lato sensu em Direito do Trabalho e em Direito do Consumidor. Professora Concursada (Adjunta IV) da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG. Procuradora do Trabalho, Ministério Público do Trabalho/MPT -MPU. Ex-Membro Auxiliar da PGR (2017- 2019) em matéria trabalhista. Autora de livros e artigos. Palestrante. Emails: anaclaudianascimento@gmail.com; anaclaudia.gomes@mpt.mp.br; <https://orcid.org/0000-0002-0445-3504> ; ID Lattes: 5584946115077617.

² Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – linha de pesquisa Trabalho, Democracia e Efetividade. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela PUC-MINAS. Advogada. Bolsista FAPEMIG - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais. Endereço eletrônico: regianesilvaadv@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato intermitente. Jornada móvel-variável. Uberização do Trabalho.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTRATO INTERMITENTE E SUA REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO COMPARADO. 3. CONTRATO INTERMITENTE NO BRASIL E A SUA CORRELAÇÃO COM A “JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL”: A POSITIVAÇÃO DO CONTRATO DE “JORNADA VAZIA” POR MEIO DO RÓTULO DA “INTERMITÊNCIA DO EMPREGADO”. 4. APLICAÇÃO DO CONTRATO INTERMITENTE AO TRABALHO UBERIZADO? 5. CONCLUSÃO

ABSTRACT: *This article discussed and debated the existing controversies about the legal regime of the Brazilian intermittent contract and its application to uberized drivers. Through the analysis of academic works, scientific articles, judicial decisions in the Brazilian scope, legislation and scientific works on the intermittent contract in Comparative Law, especially as regulated in Portugal and Spain, we highlight in which situations these countries allow its use. We talk about the “mobile and variable journey”, the legal heir of the zero hour contract (British); which, we defend, has been materially incorporated into the national order. Next, we present the phenomenon of Uberization of work and labor decisions that upheld requests to classify private transport drivers by application as intermittent employees. Finally, we conclude that the framing of the uberized worker as intermittent is legally inadequate because it is manifestly less guaranteeing pact clothing for workers, not only because of the expressly impeded labor rights; but, because it does not guarantee the perception of a monthly remuneration pattern, nor does it contain a minimum workload to be developed. We also defend that the legal regime of the Brazilian intermittent contract is also incompatible for the work carried out by uberized drivers; either by its degree of legal harm; either because there is no written contract in this sense between the parties (which could legitimize the judicial framing in an atypical agreement).*

KEYWORDS: *Intermittent contract. Mobile-Variable journey. Uberized Drivers.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. INTERMITTENT CONTRACT AND ITS REGULATIONS IN COMPARATIVE LAW. 3. INTERMITTENT CONTRACT IN BRAZIL AND ITS CORRELATION WITH THE “MOBILE AND VARIABLE JOURNEY”: THE POSITIVATION OF THE “EMPTY JOURNEY” AGREEMENT THROUGH THE “INTERMITTANCE OF THE EMPLOYEE” LABEL. 4. APPLICATION OF THE INTERMITTENT CONTRACT TO UBERIZED WORK? 5. CONCLUSION

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discorrer acerca do regime jurídico do contrato intermitente brasileiro que foi incluído na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT; Decreto-Lei nº 5.452/1943) por meio da aprovação da Lei nº 13.467/2017, sob o mote de que a sua positivação iria reduzir o índice de desemprego e da informalidade no Brasil.³ Contudo, conforme se verificará, especialmente por meio de estatísticas do DIEESE/Brasil – Departamento de Estatística e Estudos Socioeconômicos, de artigos jurídicos e jurisprudências selecionadas, a institucionalização do regime jurídico do contrato intermitente não proporcionou a prometida geração de empregos e/ou melhores condições de trabalho dos trabalhadores brasileiros; muito ao reverso.

Sucessivamente, o presente artigo objetiva perquirir se esse novel tipo de pacto laboral é juridicamente adequado aos denominados trabalhadores *uberizados*; ou, em outras palavras,

³ A mencionada informação foi extraída do relatório da Comissão Especial destinado a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.787, de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em 05.dez.2021.

se estes podem ser enquadráveis como “empregados intermitentes”; como, aliás, têm sido qualificados em algumas decisões judiciais trabalhistas.⁴

Para tanto, analisaremos o contrato intermitente no Direito Comparado, especialmente como regulamentado em Portugal e Espanha, destacando em quais situações esses países permitem a sua utilização. Em seguida, verificaremos a denominada “jornada móvel e variável”, herdeira jurídica do *zero hour contract* (britânico); jornada a qual, acreditamos, tenha sido materialmente incorporada ao ordenamento nacional, de forma silenciosa, mediante os dispositivos do contrato intermitente da Lei nº 13.467/2017. Apresentaremos ainda, em termos abreviados, o fenômeno da *Uberização* do trabalho e destacaremos algumas decisões trabalhistas que julgaram procedentes pedidos para o enquadramento dos motoristas de transporte particular por aplicativo (*Uber/Cabify/99POP*) como empregados intermitentes.

Mas, afinal, é jurídica e judicialmente razoável classificar esses motoristas como intermitentes, mormente quando a relação de emprego encontrava-se controversa e não havia contrato prévio escrito entre as partes nesse sentido? Não será esse contrato intermitente extremamente desprotetivo ao trabalhador *uberizado*? Não sendo juridicamente adequado tal enquadramento, como sustentaremos, qual poderia ser, pela nossa ótica, o contrato/regime laboral correto (ou mais legítimo e, mesmo, *decente*⁵) para o motorista *uberizado* subordinado?

Essas questões têm, aliás, enorme relevância na atualidade no Brasil (e não só); seja pela quantidade de motoristas de transporte particular por aplicativo existentes na informalidade e sem proteção social, em situação de vulnerabilidade jurídica (o que se afigura crítico em situação pandêmica);⁶ seja porque o próprio regime do contrato intermitente da

⁴ A título exemplificativo menciona-se as decisões proferidas nos autos de nº 0010272-92.2021.5.03.0039 (1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas – MG) e nos autos de nº 0011098-61.2019.5.03.0113 (34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG) que enquadraram os motoristas *uberizados* como “trabalhadores intermitentes.”

⁵ Sobre o trabalho decente, aliás, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, publicou em 2015 o livro *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil*, mencionando que o trabalho decente é “o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos: a promoção dos direitos no trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2015)

⁶ O Ministério Público do Trabalho (MPT) ajuizou em 08/11/2021 ações em face da 99POP, UBER, RAPPI e LALAMOVE a fim de que o Poder Judiciário reconheça vínculo de empregado dos aplicativos com os motoristas e entregadores. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/mpt-ajuiza-acps-pedindo-vinculo-entre-aplicativos-trabalhadores> > Acesso em: 05. dez. 2021; O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil Felipe Santa Cruz discorreu sobre o fenômeno da *uberização* e da precarização do trabalho no IX Fórum Jurídico de Lisboa. V. VÍDEO: Procuradora aliada de Aras corta microfone de presidente da OAB em congresso em Lisboa. Lindora Araújo era moderadora de um painel no IX Fórum Jurídico Brasileiro; Felipe Santa Cruz foi interrompido quando falava de precarização do trabalho. O Globo. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/politica/video-procuradora-aliada-de-aras-corta-microfone-de-presidente-da-oab-em-congresso-em-lisboa-25279140> > Acesso em: 05. dez. 2021.; Motorista da 99POP se contaminou

CLT é de constitucionalidade e de convencionalidade bastante duvidosa, estando atualmente a aguardar decisão em sede de controle concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) em algumas ações diretas de inconstitucionalidade.⁷

2. CONTRATO INTERMITENTE E SUA REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

O contrato intermitente “surgiu no Reino Unido em 1996 e posteriormente, nos anos 2000, foi admitido na Itália, Alemanha, França, Espanha e em Portugal, sendo ainda adotado nos Estados Unidos da América.”⁸

Em Portugal, o contrato intermitente é regulamentado no Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009) na subsecção III, artigos 157 ao 160⁹. Segundo essas regras, o contrato poderá ser

com o COVID 19 e ajuizou reclamatória trabalhista pleiteando o custeio de despesas médicas e respirador para sua sobrevivência. Vide. Acórdão proferido nos autos do processo de n.º 0010621-18.2021.5.03.0000; ARAÚJO, Wanessa Mendes de. A invisibilidade da vulnerabilidade: o trabalho em plataformas digitais de transporte de bens e passageiros em tempos de pandemia. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 24, n. 1, p. 52-63, 2020 e COSTA, Marcelo Nogueira de Almeida; PAGANI, Marcella. Necessidade de proteção social aos trabalhadores da gig economy = The need for social protection for gig economy workers. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 150-163, jan./mar. 2021.

⁷ V. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 5826, 5829 e 6154.

⁸ MONTE, Josilene Soares. **O Regime Jurídico do Trabalho Intermitente em Portugal e no Brasil**. Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Professora Doutora Ana Lambelho, Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Leiria, 2020, p. 1.

⁹ “Artigo 157.º - Admissibilidade de trabalho intermitente

1 - Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade. 2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º - Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1 - O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. 2 - Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inactividade. 3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.

Artigo 159.º - Período de prestação de trabalho

1 - As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele. 2 - A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a cinco meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos três meses devem ser consecutivos. 3 - A antecedência a que se refere o n.º 1 não pode ser inferior a 30 dias na situação do n.º 1 do artigo seguinte e a 20 dias nos restantes casos. 4 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º - Direitos do trabalhador

1 - Durante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra atividade, devendo informar o empregador desse facto. 2 - Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição, em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base. 3 - Se o trabalhador exercer outra atividade durante o período de inatividade, o montante da correspondente retribuição é

utilizado exclusivamente por empresas que possuem atividades sazonais, descontínuas ou com intensidade variável. Segundo João Leal Amado, trabalho sazonal é o “trabalho que é normalmente chamado a repetir-se em cada ano, em data mais ou menos fixa, em função do ritmo das estações ou dos modos de vida coletivos e que é efetuado por conta de uma empresa cuja atividade obedece às mesmas variações”¹⁰.

A legislação de Portugal impõe lapsos temporais mínimos e rígidos ao contrato intermitente, de modo a atribuir previsível e relevante subsistência ao trabalhador. Assim, deverá ter no mínimo 05 (cinco) meses de prestação de serviços por ano e destes, 03 (três) devem ser consecutivos. Não suficiente, o empregador deverá convocar o empregado com 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias de antecedência, neste caso, se o empregado estiver trabalhando em outra atividade. Além disso, o empregado intermitente português terá direito à compensação monetária pelo período de inatividade, que perfaz a quantia de 20% (vinte por cento) do salário base do trabalhador. Nessa medida, mesmo quando não convocado a ativar, o empregado intermitente tem assegurada alguma renda mínima, por questão de ordem pública e sob pena de nulidade.

Até por esse regime de “flexissegurança”, Josilene Monte pontua que, em Portugal, a referida modalidade contratual não tem sido muito utilizada, pois “nunca foi de facto entendido como uma opção vantajosa por parte dos empregadores e atendia a uma demanda apenas 0,08% dos contratos de trabalho em Portugal no ano de 2014 [...]”¹¹. A Autora destaca ainda que a baixa adesão dos referidos contratos também se dá pelo fato de a legislação portuguesa possuir outros contratos mais vantajosos aos olhos do empresariado. Concorda Leal Amado, ao sustentar que no ordenamento português outras modalidades atípicas (como o contrato de trabalho a tempo parcial e o contrato a termo), mais flexíveis, “acabaram por canibalizar o contrato de trabalho intermitente”¹², no sentido de que lateralizar

deduzido à compensação retributiva calculada de acordo com o número anterior. 4 - Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior. 5 - Durante o período de inatividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho. 6 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.os 2 ou 4.” (PORTUGAL, 2009, online)

¹⁰ LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente**. Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise. Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 241.

¹¹ MONTE, Josilene Soares. **O Regime Jurídico do Trabalho Intermitente em Portugal e no Brasil**. Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Professora Doutora Ana Lambelho, Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Leiria, 2020. p. 19.

¹² LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente**. Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise.

a sua importância prática.

Na Espanha o contrato de trabalho intermitente é denominado *fijo-discontinuo* (fixo-descontínuo) e está previsto no artigo 16 do Estatuto do Trabalhador¹³ e, de modo análogo à Portugal, está autorizado apenas para empresas com atividades sazonais.

Nas palavras de Lorena Colnago, o fixo-descontínuo é uma modalidade de labor “a prazo indeterminado, que se realiza de modo cíclico, com repetição em datas certas, distinguindo-se dos contratos eventuais pela incerteza ou extraordinariedade do serviço que envolve os contratos eventuais, ou ainda os contratos temporários.”¹⁴ Registra ainda a Autora que os trabalhadores espanhóis consideram o referido contrato seguro e “as convocações ocorrem por ordem de antiguidade do trabalhador, podendo nos meses ou períodos de inatividade terem outro emprego ou ocupação” e que “para as empresas essa seria uma modalidade vantajosa na medida em que o empresário tem a certeza de uma turma fixa e já treinada de empregados para seus períodos sazonais.”¹⁵

Portanto, na legislação e na doutrina ibérica a intermitência do contrato intermitente está necessariamente conectada às atividades (sazonais, periódicas, *etc.*) empresariais do empregador. Isto é, a intermitência não está associada ao *modus* do trabalho desenvolvido pelo empregado; mas, frise-se, no tipo de atividade empresarial empreendida, com notas

Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 238.

¹³ Ley del Estatuto de los Trabajadores. “Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo.

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

4. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.” (ESPAÑA, 2015, *online*).

¹⁴ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” - Trabalho Fixo Descontínuo. Trabalho Intermitente.** 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123410/2019_colnago_lorena_trabalho_intermitente.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 26 out. 2021. p. 28 e AGUSTINA, Nuria Soto. El contrato de trabajo fijo discontinuo”. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013, p. 6. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf. Acesso em 05. dez. 2021.

¹⁵COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” - Trabalho Fixo Descontínuo. Trabalho Intermitente.** 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123410/2019_colnago_lorena_trabalho_intermitente.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 26 out. 2021. p. 28.

cíclicas. Diante disso, o contrato intermitente português e espanhol não é viável em atividades empresariais que se mantêm com intensidade relativamente regular ao longo do ano.

No Reino Unido, há um pacto laboral denominado *zero hour contract* que não tem determinação de um período mínimo a ser laborado, sequer em horas, a fim de satisfazer a característica da onerosidade efetiva e da previsibilidade de subsistência dos trabalhadores; exigindo-se apenas que eles fiquem à disposição do empregador, a aguardar uma convocação. “Quando a recebem, ganham estritamente pelo que fizeram, nada recebendo pelo tempo que ficam à disposição da nova ‘dádiva’.”¹⁶ Assim, o contrato zero-hora coloca “o empregado em uma situação muito vulnerável e instável, pois o empregado pode ficar por vários dias sem ser convocado e receber salário, e a empresa sequer necessitará despedi-lo.”¹⁷ Justamente por isto, este tipo de vínculo já foi mesmo criticado pela OIT,¹⁸ em função dessa manifesta precariedade laboral.

Com efeito, inexistente no Reino Unido um contrato específico de trabalho denominado “contrato intermitente”; mas, sim, o *zero hour contract*; cuja característica é justamente a ausência de obrigatoriedade/garantia de desempenho de uma jornada mínima pelo trabalhador (ou contraprestação remuneratória pelo seu período de inatividade involuntária). Sem tal direito assegurado no plano jurídico e não realizada nenhuma prestação laboral pelo obreiro no plano fático resta evidenciada a falta de salário a ser percebido ao final; situação que causa ao trabalhador britânico dessa modalidade insegurança e imprevisibilidade relativamente à sua subsistência e quanto ao *momento* de laborar/não laborar.

Em 2017, por meio da citada Lei nº 13.467, restou incluído no ordenamento jurídico brasileiro pacto análogo ao *zero hour contract* britânico no que tange à ausência de *quantum* mínimo de prestação laboral a ser desempenhado (ou de contraprestação pecuniária mínima pela inatividade involuntária); porém, com denominação idêntica à portuguesa - “contrato intermitente” -. Aquela lei acarretou diversas e prejudiciais alterações para os trabalhadores do Brasil, atingindo centenas de dispositivos da CLT; e, por isto, tem sido referenciada por

¹⁶ ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços digitais na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 36.

¹⁷ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” - Trabalho Fixo Descontínuo**. Trabalho Intermitente. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123410/2019_colnago_lorena_trabalho_intermitente.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 26 out. 2021. p. 29.

¹⁸ V. OIT, “On-call work and “zero hours” contract”; in https://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS_170714/lang-en/index.htm, acesso em 26/11/2021; OIT, “Non-Standard Employment around the World: Understanding challenges, shaping prospects”, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf, acesso em 26/11/2021.

vários doutrinadores brasileiros como uma “Reforma Trabalhista” empresária ou neoliberal.¹⁹ Não sem razão, aliás, o Brasil chegou mesmo a comparecer na *short list* da OIT, por violação à Convenção 98, em decorrência das inovações de 2017.²⁰

Acreditamos que a denominação legal brasileira - “contrato intermitente” – foi atribuída para pretender, implicitamente, estabelecer imediata associação com a figura laboral lusitana; e, com isto, receber “ares de bondade jurídica” (por ter sido acolhido em Estado que nos é referência jurídica); não obstante não haja entre tais contratos proximidade jurídica material.

De fato, o contrato intermitente do Brasil é uma modalidade em que o empregador não precisa antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laboral, “que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções, e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.”²¹

No direito laboral ibérico o empregado intermitente tem a segurança de que irá ativar em uma época determinada (por meses, inclusive); ao contrário, no Brasil, o trabalhador intermitente não tem nenhuma previsibilidade de quando será convocado, quanto perceberá pela jornada minimamente desempenhada ou não desempenhada involuntariamente. Daí porque, em essência, o contrato intermitente brasileiro seja um contrato zero-hora, zero- jornada e zero-trabalho, como o britânico.

Em verdade, o contrato formalmente intitulado de “intermitente” no Brasil foi positivado com as características da denominada “jornada móvel e variável”, a qual fora utilizada por reconhecidas redes de lanchonetes *fast-food*, a despeito de lesiva ao trabalhador. É o que veremos no próximo tópico.

3. CONTRATO INTERMITENTE NO BRASIL E A SUA CORRELAÇÃO COM A “JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL”: A POSITIVAÇÃO DO CONTRATO DE

¹⁹ ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Diálogos em Sociologia do Trabalho: A precariedade laboral no Brasil**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021; CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. Disponível em: file:///C:/Users/regia/Downloads/Vo%CC%81lia-Bomfim-Cassar.pdf. Acesso em: 16. nov. 2021, GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do Trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁰ Por ex: VITOR NUZZI, “Brasil entra mais uma vez na lista da OIT de suspeitos de violar normas trabalhistas”, in <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2021/04/brasil-lista-oit-suspeitos-normas-trabalhistas>, acesso em 26/11/2021.

²¹ ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica**. 2018. Disponível em: Artigo-Amauri-Cesar-Alves-Trabalho-intermitente-e-os-desafios-da-conceituacao-juridica.pdf. Acesso em: 10. nov. 2021, p. 20.

“JORNADA VAZIA” POR MEIO DO RÓTULO DA “INTERMITÊNCIA DO EMPREGADO”.

Assim como a grande parte das alterações implementadas pela Reforma Trabalhista de 2017, o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro também é fruto de uma irracionalidade alimentada pela ideologia neoliberal, “trazendo consigo as propagandas da modernidade e da flexibilização como fundamento para ‘repensar o direito do trabalho’, o que, no concreto, significa destruir a ideia de proteção do trabalhador [...]”²²

Apesar de nomeado como “contrato intermitente”, na essência, nada tem ele de semelhança com o seu homônimo português e o fixo-descontínuo espanhol, os quais, em síntese, levam em conta intermitência da *atividade econômica do empregador*.

Com efeito, no âmbito brasileiro, o regime jurídico desse contrato contemplou, em realidade, uma porta aberta para passar, de forma subentendida, a denominada “jornada móvel e variável” do trabalhador. Recorde-se que não foi assegurado ao empregado(a) um *quantum mínimo* laboral a ser desenvolvido (para auferimento de contrapartida pecuniária mensal mínima); mas deve ele se manter à disposição, postos a aceitar o chamado a qualquer momento, inclusive sob pena de multa em caso de descumprimento (se aceito)²³.

O contrato intermitente regulamentado no Brasil, para além de não computar o tempo à disposição do empregador e o tempo de inatividade involuntária, as atividades (quando) convocadas e desempenhadas pelo empregado podem ser mensuradas mesmo em horas (e não em dias completos); condição laboral extremamente líquida.

Com essas condicionantes, o conteúdo prestacional do contrato intermitente (efetivamente nulo e apenas potencialmente positivo) identifica-se com a cláusula laboral do empregado de “jornada móvel e variável”. Em suma, *a intermitência do contrato intermitente brasileiro fora deslocada para a figura do empregado*, parametrizando-lhe a uma mercadoria; o que, aliás, atenta diretamente contra os princípios da OIT.²⁴

²² MOEDA, Patrícia. **Contrato de Trabalho Intermitente**. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. Coordenadores Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo. 1º ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 317.

²³ “Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. § 4º - Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.” (BRASIL, 1943)

²⁴ OIT, Declaração de Filadélfia, 1944. A Constituição e a Declaração de Filadélfia são os documentos fundadores dos princípios da OIT. Em 1944, à luz dos efeitos da Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT

Importante destacar que a Justiça do Trabalho já tinha se manifestado sobre a lesividade da denominada “jornada móvel e variável”. Segundo nos informa Moeda, em 1995, o *McDonald’s* implantara o modelo da “jornada móvel e variável” em seus contratos de trabalho. Esta modulação laboral previa que o empregado era “contratado sem jornada prefixada, com pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas, sem o cômputo das horas à disposição do empregador, o que representava expressiva insegurança do salário mensal [...]”²⁵ Conforme complementara a Autora, “o empregado ficava aguardando ser chamado para trabalhar em uma sala dentro do estabelecimento comercial – sala de *break* -, durante sua jornada. O tempo na sala de *break* não era considerado hora trabalhada.”²⁶

Tal “jornada móvel e variável” era sim claramente lesiva ao trabalhador-empregado: não garantia a percepção de um salário (sequer o salário mínimo mensal nacionalmente estabelecido); e, ato contínuo, a própria contribuição mínima para previdência social; não remunerava o tempo de espera do empregador até entrar em atividade, em condição análoga à do plantonista. Tratava-se de uma condição desproporcional e leonina, sob a ótica do trabalhador subordinado, sujeito destinatário de tutela jurídica, por imposição normativa do Direito do Trabalho.

Com esses fundamentos, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, em 2001, na Ação Civil Pública de autos de nº 9891900-16.2005.5.09.0004, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho - MPT, entendeu que a “jornada móvel variável” era prejudicial ao empregado, sendo desproporcional e abusiva, por transferir ilicitamente para este os riscos próprios do empreendimento:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para

adotou a Declaração da Filadélfia como anexo de sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

²⁵ MOEDA, Patrícia. **Contrato de Trabalho Intermitente**. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. Coordenadores Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo. 1º ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 319.

²⁶ MOEDA, Patrícia. **Contrato de Trabalho Intermitente**. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. Coordenadores Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo. 1º ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 320.

trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.²⁷

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por meio de sua Segunda Turma, nos autos de processo nº 1700306 00388-2006-099-03-00-9, também se manifestou contrariamente sobre a utilização dessa “jornada móvel e variável”, ao fundamento de que, por imperativo legal, deve haver uma predeterminação de horas a serem cumpridas pelo empregado (conteúdo prestacional mínimo) e que o empregador não pode aleatoriamente exigir daquele uma jornada sem quaisquer parâmetros prévios:

REMUNERAÇÃO. SALÁRIO-HORA. POSSIBILIDADE E RESTRIÇÕES. Embora se possa ajustar salário-hora de modo a possibilitar pagamento mensal até mesmo inferior ao mínimo legal ou convencional, não se pode fixá-lo com o objetivo de exigir aleatoriamente do empregado uma jornada maior ou menor, conforme as necessidades do empreendimento, de modo que ele fique formalmente vinculado a uma jornada de oito horas, mas que poderá ser reduzida ao bel-prazer do empregador. A jornada pode ser inferior a oito horas, mas há de ser pré-fixada, já que nos contratos comutativos, como os de trabalho, as partes devem saber de antemão a extensão das suas prestações.²⁸

Com racionalidade semelhante e protetiva, a Terceira Turma do TST, nos autos do processo de nº 7627220105020070, decidiu que a aplicação da “jornada móvel e variável” afrontava os princípios da “dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, *caput*), da valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, *caput* e VIII), da justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, *caput*) e da subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III).”²⁹

Em 2018, o MPT formalizou um acordo com a maior franquia do *McDonald's* no Brasil (Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.), o qual envolveu o pagamento de danos sociais na ordem, à época, de sete milhões de reais, além da obrigação empresária de

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). Recurso de Revista 9891900-16.2005.5.09.0004. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 23.fev. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25.fev. 2011. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9891900&digitoTst=16&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0004&submit=Consultar>. Acesso em: 09. nov. 2021.

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (2. Tuma). Recurso Ordinário 1700306 00388-2006-099-03-00-9. Relator: Des. Sebastiao Geraldo de Oliveira. Diário da Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, MG, 25.out. 2006. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129349942/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1700306-00388-2006-099-03-00-9/inteiro-teor-129349952>. Acesso em: 09. nov. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Recurso de Revista 7627220105020070. Relatora: Min. Mauricio Godinho Delgado, 06.ago. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 08.ago. 2014. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931766694/e-7627220105020070/inteiro-teor-931767772?ref=serp>. Acesso em: 09. nov. 2021.

não mais utilizar da “jornada móvel e variável”, bem como de “não adotar o contrato de trabalho intermitente previsto no art. 452-A da CLT (acrescentado com a Lei nº 13.467/2017) pelo prazo de cinco anos.”³⁰ Foi, de fato, pelo que sabemos, a primeira vez que, em termos expressos e públicos, judicialmente homologado, estabeleceu-se relação jurídica entre a “jornada móvel e variável” e o novel “contrato intermitente”.

Em termos doutrinários, Vólia Bomfim Cassar sustentara em 2017 que “a criação da espécie de contrato de trabalho sob a denominação ‘contrato intermitente’ visa, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável, isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços e, portanto, apenas defende os interesses da classe empresarial.”³¹ Consideramos também que o contrato intermitente da CLT se inspirou materialmente nessa jornada móvel e lesiva; esta está mascarada nele. Na essência, ele é um contrato de “jornada nula” e que somente “se positiva” mediante execução de “jornada móvel e variável”.

Concordamos assim com Lemos, para quem o regime jurídico do contrato intermitente ignora a função social da propriedade, ao admitir que a empresa se oriente exclusivamente pelo objetivo de lucro (e pelas flutuações do mercado) para ativar/chamar o trabalhador, despindo-se de suas responsabilidades laborais e sociais, além violar a literalidade do artigo 2º da CLT, transferindo os riscos do negócio para o empregado, parte contratante hipossuficiente por definição legal.³² Marcos Paulo da Silva Oliveira e Maria Cecília Máximo Teodoro também destacam que o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro “lança o trabalhador ainda mais em um campo de incerteza e imprevisibilidade e com isso parece intensificar a assunção dos riscos do empreendimento por parte do empregado, afastando-se completamente da observância do princípio da alteridade.”³³

Destarte, quando o “contrato intermitente” brasileiro foi aprovado, em 2017, já estava estabelecida uma jurisprudência trabalhista contrária à “jornada móvel e variável”; e, portanto, direta e reflexamente, ele fora positivado vilipendiando princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano. Todavia, o legislador não

³⁰ Ação Cível Pública ajuizada no ano de 2012 pelo Ministério Público do Trabalho em face de Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA, sob o nº 0001040-74.2012.5.06.0011, que tramitava na 11ª Vara do Trabalho de Recife – PE

³¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: file:///C:/Users/regia/Downloads/Vo%CC%81lia-Bomfim-Cassar.pdf. Acesso em: 16. nov. 2021.

³² LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **Contrato de Trabalho Intermitente: Uma Análise d Partir da Perspectiva de Configuração do Dano Existencial**. Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista: Trabalho em Tempo Parcial, Teletrabalho, Trabalho Intermitente. Trabalhador Hipersuficiente e Terceirização. Belo Horizonte, RTM, 2019, p. 255.

³³ OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. Esp., p. 175-191, dez. 2018, p. 180.

fez uso expresso da denominação dessa jornada.

O contrato intermitente consta dos artigos 443, *caput* e § 3º e 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, da CLT, caracterizado como “contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade [...]”³⁴. A permissividade legislativa fora tamanha que o referido contrato pode ser utilizado “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”³⁵

Além das características antes informadas, segundo a literalidade da CLT, o contrato intermitente carece de ser pactuado por escrito, especificando o valor da *hora de labor (sic)* do empregado. O empregador pode convocar o obreiro com três dias antecedência, e este tem um dia útil para responder à solicitação. Caso descumpra o chamado, consoante antecipamos, sem justificativa, poderá vir a ser inclusive multado pelo empregador. O trabalhador não é impedido de laborar em outros empregos no tempo em que estiver aguardando para ser chamado; mas também não percebe nenhum tempo à disposição ou de inatividade. No final de cada período de trabalho, ele receberá, à míude, o saldo de salário, férias, décimo terceiro proporcional e repouso semanal remunerado.³⁶

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível** em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 26. out. 2021.

³⁵ “Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.” (BRASIL, 1943)

³⁶ “Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

Por isto mesmo, segundo Maurício Godinho Delgado, o contrato intermitente se inscreve “entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho.”³⁷

Assim, descortinando o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro, temos que ele, na prática, consubstancia pacto lesivo de “jornada móvel e variável”; impondo ao trabalhador estar à disposição, sem garantia de trabalho efetivo, de recebimento de algum valor, de proteção social e de recolhimento previdenciário, de percepção de seguro- desemprego (ao alvedrio do art. 7º-II, da CR/88³⁸); e, desse modo, *sem perspectivas efetivas* para a realização da necessária onerosidade do contrato de trabalho. O legislador de 2017 criou uma “espécie” de trabalhador “zero digno”, “que não pode projetar sua vida, que não pode fazer quaisquer compromissos em longo prazo, que trabalha mais (exatamente por não mais poder controlar seu próprio tempo) [...]”³⁹

Aliás, nesse particular da *falta de perspectivas do empregado intermitente*, que não pode se orientar em relação ao seu montante salarial mensal, a própria Lei nº 13.982/2020⁴⁰ reconheceu ao “intermitente *inativo*” expressamente a condição de cidadão vulnerável, em situação de insegurança alimentar pandêmica, sendo beneficiário do auxílio governamental de R\$ 600,00 mensais.

Evidencia-se, destarte, que o contrato intermitente do Brasil apenas no rótulo se assemelha ao contrato de mesmo nome de Portugal, dada a ampla viabilidade de uso empresário da modalidade. Segundo Gomes, há “uma modelagem mais radical e liberal: instituiu-se aqui um tipo *ultrapermisivo* desse contrato. Na Lei 13.467/2017, imprimiram-se às máximas repudiadas pela teleologia do Direito do Trabalho: **vale-tudo; tudo-pode!**”⁴¹ Leal

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.” (BRASIL, 1943)

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 672.

³⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.” (BRASIL, 1943)

³⁹ OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. Esp., p. 175-191, dez. 2018, p. 180, p. 184.

⁴⁰ Lei do Auxílio Emergencial. BRASIL. Lei nº 13.982/2020. **Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm > Acesso em: 05. dez. 2021.

⁴¹ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Contrato de Trabalho Intermitente no Direito Comparado e na Lei 13.467: No “VALE-TUDO” e no “TUDO-PODE” do Brasil**. A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na

Amado chega mesmo ao ponto de afirmar que “o contrato intermitente brasileiro não faz sequer, jus ao nome, porque intermitente, como todos sabemos, é aquilo que tem paragens, interrupções, aquilo que cessa e recomeça.”⁴² Ora, no Brasil o “empregado” intermitente poderá ficar com o pacto inativado durante todo o ano, sendo, nesse caso, um real “empregado desempregado”.

Confirmando as condições laborais inseguras, voláteis e precárias do empregado intermitente, o DIEESE – Departamento de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2020) constatou que no ano de 2019 muitos desses contratos ficaram engavetados e que a renda por eles gerada foram muito baixas.

O Boletim de Conjuntura nº 17 (Emprego em Pauta) realizado pelo departamento destaca também que “entre os vínculos admitidos em 2019, 22% não tiveram renda. Ou seja, um em cada cinco contratos intermitentes não gerou renda alguma para o trabalhador. Esse resultado foi pior do que o registrado em 2018, quando 11% dos vínculos não tiveram renda.”⁴³ Em 2019 os vínculos ativos de contratos intermitentes “tinham, em média, duração de pouco mais de 6 meses, divididos em dois períodos: três meses e meio de espera e três meses de trabalho efetivo.”⁴⁴

Ademais, no que concerne a renda gerada pelos vínculos intermitentes, “a remuneração mensal média paga para cada vínculo intermitente foi de R\$ 637 - contando os meses a partir da admissão, trabalhados ou não”⁴⁵ e “das pessoas que trabalharam, 44% receberam renda inferior a um salário mínimo (R\$ 998). Apenas 17% dos vínculos intermitentes tiveram remunerações equivalentes a dois salários mínimos ou mais (R\$ 1.996), naquele mês.”⁴⁶

Não bastassem tais alarmantes estatísticas de decréscimo da qualidade do conteúdo laboral desses pactos frente ao contrato padrão típico da CLT, o DIEESE averiguou ainda que dos 157 mil vínculos intermitentes ativos em dezembro de 2019, 86 mil não registraram

visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas. Coordenadores Rosemary de Oliveira Pires, Luciana Nacur Lorenz, Arnaldo Afonso Barbosa. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 275.

⁴² LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente**. Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise. Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 247.

⁴³ DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta. Número 17**. São Paulo. 17. dez. 2020, p. 2.

⁴⁴ DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta. Número 17**. São Paulo. 17. dez. 2020, p. 2.

⁴⁵ DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta. Número 17**. São Paulo. 17. dez. 2020, p. 3.

⁴⁶ DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta. Número 17**. São Paulo. 17. dez. 2020, p. 3.

atividade no último mês do ano.⁴⁷ Dessa forma, grande parte dos contratos intermitentes foram contabilizados apenas para fins de elevar as taxas no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED e não para fins de justiça, inclusão e proteção sociais dos trabalhadores brasileiros. Não sem razão Leal Amado desqualifica o contrato intermitente, sendo aos seus olhos um “contrato de trabalho de *inatividade*”:

[...] afigura-se líquido concluir que a versão brasileira do contrato de trabalho intermitente ameaça converter o contrato de trabalho – em princípio, um contrato de atividade, que tem por objeto a prestação de uma atividade laboral pelo trabalhador, num contrato de inatividade, isto é, num vínculo contratual em que à situação de heterodisponibilidade do trabalhador, traduzida na necessidade de, com apenas três dias de antecedência, corresponder às convocatórias do empregador, pode não corresponder qualquer atividade real e, correspondentemente, qualquer retribuição. Ou seja, um contrato de trabalho sem trabalho real nem salário garantido!⁴⁸

Podemos, pois, seguramente concluir que a positivação do denominado “contrato intermitente” (de “jornada móvel e variável”) no Brasil não implementou benefícios reais aos nossos trabalhadores, pelo contrário, precarizou ainda mais a condição social dos empregados, na medida em que praticamente todos agora podem ser admitidos por tal modalidade, fazendo letra morta da garantia constitucional – material - que assegura a percepção de salário mínimo legal (obviamente mensal), em caso de salário variável (art. 7º-VII, CR/88).⁴⁹

E, justamente por ser um contrato que pode ser (pelo menos nos termos literais da CLT) utilizado de maneira irrestrita, em múltiplas atividades empresárias (exceto para os aeronautas!), estão sendo atualmente julgadas demandas de trabalhadores de plataformas digitais, especificadamente dos *motoristas de transporte particular (UBER, CABIFY e 99POP)*, nas quais se pleiteia, no bojo das petições iniciais, o expresse reconhecimento do vínculo empregatício em termos intermitentes.

Diante disso, discutiremos no próximo tópico se se afigura jurídica e judicialmente adequado considerar os motoristas *uberizados* como empregados intermitentes, cuja relação de emprego sabemos não ser reconhecida espontaneamente pelas respectivas empresas; ou se se estaria aplicando-lhes um regime jurídico menos garantístico e protetivo do que aquele assegurado, em termos genéricos, aos demais empregados de contratos de trabalho típicos,

⁴⁷ DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta. Número 17.** São Paulo. 17. dez. 2020, p. 3.

⁴⁸ LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente.** Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise. Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 246.

⁴⁹ O artigo 7º, VII, da CF/88 prevê que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 05. dez. 2021.

discriminando *in pejus* tal categoria profissional hodierna.

4. APLICAÇÃO DO CONTRATO INTERMITENTE AO TRABALHO *UBERIZADO*?

O uso de novas tecnologias por meio da *internet* proporcionou múltiplas mudanças na organização e na natureza das relações de trabalho, como a utilização de plataformas digitais e aplicativos para contratação e exploração de mão-de-obra. Nessa senda, Ricardo Antunes destaca que essa nova forma de produção está sendo denominada de maneira superficial como *trabalho uberizado*.⁵⁰

O termo *Uberização* advém da flexão do termo *Uber*, como é vulgarmente conhecida a empresa multinacional estadunidense *Uber Technologies Inc.*, fundada em 2009, precursora na modalidade de contratação de motoristas por aplicativo, supostamente nomeados como “parceiros”. Mediante o uso de seu aplicativo, uma plataforma digital homônima disponibilizada em 2010, comercializa-se o fornecimento do transporte particular, mediante prévio cadastro tanto dos trabalhadores (“prestadores de serviços”), como dos consumidores.

Vitor Filgueiras e Ricardo Antunes destacam os diversos termos utilizados para nomear as novas modalidades de relação de trabalho, quais sejam, *Gig-economy*, *platform economy*, *sharing economy*, *crowdsourcing*, *on-demand economy*, *uberização*, *crowdwork*, trabalho digital:

Na produção acadêmica, nas instituições, nos veículos de comunicação, nos meios empresariais, há uma profusão de termos para definir transformações nos negócios do capital e no mundo do trabalho, que estariam associadas ao uso das novas TIC. *Gig-economy*, *platform economy*, *sharing economy*, *crowdsourcing*, *on-demand economy*, *uberização*, *crowdwork*, trabalho digital, entre outros, para os quais há mais dissenso do que consenso. De Stefano (2017), por exemplo, apresenta uma definição que pode englobar *platform economy*, *gig-economy* e *collaborative economy*. Para o autor, nestas atividades o trabalho seria contratado ou realizado através das TIC, podendo ser efetuado digitalmente (*crowdwork*) ou presencialmente (*on-demand*).⁵¹

Ricardo Antunes, que é profundo estudioso das questões da Sociologia do Trabalho, registra que a instabilidade e a insegurança são traços constitutivos do trabalho *uberizado* e sob demanda:

Trata-se de espécie de trabalho sem contrato, no qual não há previsibilidade de horas a cumprir nem direitos assegurados. Quando há demanda, basta uma chamada e os trabalhadores e as trabalhadoras devem estar on-line para atender o trabalho intermitente.

⁵⁰ ANTUNES, Ricardo. **Capitalismo de Plataforma e Desantropomorfização do Trabalho**. Os laboratórios do trabalho digital: entrevistas. Rafael Grohmann (Org.). 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021, p. 33.

⁵¹ ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. **Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo**. *Contracampo – Brazilian Journal of Communication*, v. 39, n. 1, 2020. Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901/html> > Acesso em 18.set.2020.

As corporações se aproveitam: expande-se a “uberização”, amplia-se a “pejotização”, florescendo uma nova modalidade de trabalho: escravo digital. Tudo isso para disfarçar o assalariamento.⁵²

Nessa linha, Fausto Gaia elucida que a plataforma *Uber* é estruturada em um modelo de negócio centrado na economia colaborativa (*colaborative economy*) ou docompartilhamento (*sharing economy*), almejando o alcance do maior número de motoristas interligados aos usuários em rede.⁵³ Já Tom Slee destaca que “a economia colaborativa é uma nova onda de novos negócios que usam a internet para conectar consumidores com provedores de serviço para trocas no mundo físico [...]”⁵⁴. Ele ainda pontua que a ideia inicial da economia colaborativa era a de ajudar as pessoas, pois pregava a ideia de vizinho ajudar vizinho, alugando ferramentas, fornecendo caronas e assim, promoveria ainda a economia, pois livraria a população do consumismo, de comprar produtos que usariam apenas uma vez e ainda evitaria de gastos com combustível e promoveria uma vida mais sustentável.⁵⁵

No entanto, em análise mais detida, observou-se que a propaganda por detrás da economia de compartilhamento demonstrou-se falaciosa, pois as grandes corporações passaram a utilizar dessa nova forma de serviço para lucrar e explorar trabalhadores, os quais permanecem na informalidade:

Infelizmente, algo diferente e ao mesmo tempo mais sombrio está acontecendo: a Economia do Compartilhamento está propagando um livre mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas. As companhias dominantes do setor se tornaram forças grandes e esmagadoras, e, para ganhar dinheiro e para manter suas marcas, estão desempenhando um papel mais e mais invasivo nas trocas que intermediam.⁵⁶

Os “parceiros” (trabalhadores, em verdade) apenas aderem necessariamente às plataformas para prestar serviços aos consumidores que desejam fazer uso do transporte particular publicamente fornecido, via *app*. Com a autoridade, Antunes e Filgueiras denunciam que a denominação de “prestadores de serviços” é intencionalmente utilizada pelas empresas para dissimular o vínculo de assalariamento e exploração do trabalho.⁵⁷

Assim, os motoristas de transporte particular por aplicativo trabalham (perante tais empresas) em total informalidade laboral, não contribuindo eles (e elas) para previdência

⁵² ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços digitais na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 25.

⁵³ GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do Trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 202.

⁵⁴ SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. 1ª.ed. Editora Elefante, 2019, p. 33.

⁵⁵ SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. 1ª.ed. Editora Elefante, 2019, p. 33.

⁵⁶ SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. 1ª.ed. Editora Elefante, 2019, p. 35.

⁵⁷ ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. **Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo**. *Contracampo – Brazilian Journal of Communication*, v. 39, n. 1, 2020. Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901/html> > Acesso em 18.set.2020.

social, FGTS, além de outros encargos sociais e estão desprovidos de regulamentação trabalhista. E, apesar de parte da doutrina compreender que os referidos motoristas são autônomos, há bastante e profunda literatura juslaboral defendendo que eles são empregados, aferindo a presença de todos os elementos da relação jurídica de emprego.⁵⁸ No âmbito do Judiciário brasileiro não há ainda entendimento pacificado tal natureza jurídica da relação.⁵⁹

Essa forma de trabalho mediante utilização de aplicativos e/ou plataformas pode ocorrer para a prestação de inúmeros tipos de serviços e trabalhadores: com motoqueiros, domésticos, da área da saúde, dentre outros. Contudo, no presente trabalho discutiremos apenas a situação jurídica dos *motoristas de transporte particular de aplicativo*, na medida que são os casos relativos às respectivas plataformas/empresas aqueles que mais têm batido às portas da Justiça do Trabalho.

Como salientamos, o contrato intermitente brasileiro pode ser utilizado de forma indiscriminada pelos empregadores e, em face de tal latitude legal, temos tido notícias de ações trabalhistas de motoristas *uberizados* com pedidos de reconhecimento do vínculo de emprego, porém, na modalidade de contrato intermitente; e, inclusive, julgados procedentes os pleitos.

Por exemplo. O Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas – MG (0010272-92.2021.5.03.0039) julgou procedente a reclamatória trabalhista ajuizada por um motorista de aplicativo, reconhecendo que a relação havida entre ele e empresa era de emprego, com pacto do tipo intermitente. O magistrado entendeu que, como o motorista poderia escolher o horário que iria laborar ou que ligaria o aplicativo (os “momentos laborais”), enquadrar-se-ia nas regras do contrato intermitente. “Essa nova modalidade - de contrato intermitente - permite

⁵⁸ RODRIGUES, Maurício Pallota Rodrigues. **Contratação na Multidão e a Subordinação Algorítmica**. Leme, São Paulo: Editora Mizuno, 2021; GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do Trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020 e MEIRELES, Cláudio Jannotti da Rocha. *A Uberização e a Jurisprudência Trabalhista Estrangeira*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Processo:10575-88.2019.5.03.0003, 4ª Turma, Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 set. 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submit=Consultar>>. Acesso em: 18 set. 2020 e SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Processo: 1000540-24.2019.5.02.0086; Data da Publicação: 16/03/2020; Órgão Julgador: 86ª Vara do Trabalho de São Paulo; Juíza Raquel Marcos Simões; Divulgação: 16/03/2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10005402420195020086>>. Acesso em: 18 set.2020.

tanto às empresas, como aos empregados, a definição da demanda de trabalho passível de atendimento.”⁶⁰ Considerou ainda que “a possibilidade de recusa aos chamados tampouco descaracteriza a contratação intermitente, embora possa gerar impactos negativos na avaliação de desempenho do empregado.”⁶¹

No mesmo sentido, o Juiz da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte - MG (0011098-61.2019.5.03.0113) decidiu que havia vínculo de emprego relativamente a outro reclamante motorista de aplicativo e que o fato de ele poder escolher se aceitava ou não uma corrida viabilizara a sua qualificação como empregado intermitente.

A título de *lege ferenda*, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 3055/2021⁶², o qual propõe alteração da CLT, a fim de expressamente assentar que os motoristas de transporte particular por aplicativo são vinculados por contratos intermitentes; ou seja, para essa categoria profissional o contrato intermitente seria a modalidade padrão. Em harmonia, Marcos Paulo da Silva Oliveira e Maria Cecília Máximo Teodoro argumentam que, apesar de o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro não ser ideal, seria possível o enquadramento dos motoristas *uberizados* e as plataformas:

Ao identificarmos a crise de reconhecimento da relação de emprego na “era da UBERização”, em que conceitos de economia compartilhada, dentre outros, são utilizados para mascarar os contornos do trabalho humano em plataformas digitais, deve-se agora investigar os novos institutos jurídicos trazidos pela Lei 13.467, em especial o contrato intermitente, aventando-se a possibilidade de que essa modalidade de contratação, pelas especificidades que lhe são inerentes, seja utilizada para regularizar a prestação de serviços entre os motoristas e a plataforma digital. Pelas disposições dos artigos 443 e 452-A, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467, o contrato de trabalho intermitente agora nos permite dizer que boa parte dos trabalhadores de plataformas virtuais que hoje se encontram na informalidade, deverão ser juridicamente protegidos pela ciência justrabalhista.⁶³

De nossa parte, defendemos o contrário; isto é, que é juridicamente inadequado o enquadramento do trabalhador *uberizado* como intermitente, afinal, trata-se de roupagem de

⁶⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas. Processo nº0010272-92.2021.5.03.0039. Juiz Paulo Eduardo Queiroz Goncalves. Sete Lagoas, Minas Gerais. 14, jun.2021. Disponível em: < <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010272-92.2021.5.03.0039/1>> Acesso em 27. out. 2021.

⁶¹MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas. Processo nº0010272-92.2021.5.03.0039. Juiz Paulo Eduardo Queiroz Goncalves. Sete Lagoas, Minas Gerais. 14, jun. 2021. Disponível em: < <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010272-92.2021.5.03.0039/1>> Acesso em 27. out. 2021.

⁶² GURGACZ, Acir. Projeto de Lei nº 3055, de 2021. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 para dispor sobre as relações de trabalho entre as empresas operadoras de aplicativos ou outras plataformas eletrônicas de comunicação em rede e os condutores de veículos de transporte de passageiros ou de entrega de bens de consumo, e dá outras providências. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9011310&ts=1631631796761&disposition=inline> > Acesso em: 05. dez. 2021.

⁶³ OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. Esp., p. 175-191, dez. 2018, p. 180, p. 189.

pacto manifestamente menos garantístico para os trabalhadores, não só pelos direitos trabalhistas expressamente obstados; mas, porque não afiança a percepção de um padrão remuneratório mensal e nem contém uma carga horária mínima a ser desenvolvida. Para nós, portanto, o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro é incompatível também para o trabalho realizado pelos motoristas *uberizados*; seja pelo seu grau de lesividade jurídica; seja porque não há mesmo contrato por escrito nesse sentido entre as partes (o qual pudesse legitimar o enquadramento judicial em um pacto atípico).

Registra-se que somente entendemos viável a qualificação judicial do trabalhador *uberizado* como trabalhador intermitente quando a petição inicial esteja estritamente adstrita a esse pedido exclusivo. Assim, caso a exordial do motorista *uberizado* faça pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, sem especificar a modalidade do contrato pleiteado, compreendemos que é inadequado o seu enquadramento judicial como intermitente. Ora, por um lado, o contrato intermitente brasileiro é, em verdade, uma modalidade com sérios problemas de compatibilidade constitucional e convencional, pela sua excessiva precariedade, como já apontamos; por outro, também inexistente documento formal previamente entabulado entre as partes, como expressamente determinado pela CLT (limitação formal que salvaguarda o trabalhador informal judicialmente).

Afinal, o padrão ordinário de vinculação laboral é por meio de um contrato a título indeterminado e com uma jornada (relativamente) densa, para fins de quantificação remuneratória. E, a “jornada móvel e variável”, à qual associamos o conteúdo do contrato intermitente brasileiro, é reconhecida como ultrajante para o trabalhador.

Acreditamos que o reconhecimento judicial do contrato intermitente aos trabalhadores *uberizados*, quando outras hipóteses laborais e normativas mais protetivas estão acessíveis ao magistrado, implica-lhes, em verdade, estratificá-los como “empregados de segunda classe”, os quais não fazem jus à tutela jurídica típica e plena dos demais.

Não suficiente, em termos doutrinários, em nossa ótica, vemos mais semelhanças (e com a vantagem da maior proteção social e do regime jurídico mais garantístico) entre as condições dos trabalhadores *uberizados* e à dos teletrabalhadores (trabalhadores que desempenham as suas atividades regularmente por equipamentos telemáticos) do que para com os intermitentes. Assim também aos olhos de Bárbara do Rosário Coelho, que afirma ser possível a incidência aos mencionados motoristas do regime jurídico dos teletrabalhadores.⁶⁴

⁶⁴ COELHO, Bárbara do Rosário. **A aplicabilidade do regime jurídico do teletrabalho ao trabalho através de plataformas digitais**. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Solicitação de Empresa no ano letivo 2019/2020, da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal, p. 77.

A condição de iniciar/interromper/pausar/findar a prestação laboral em momentos convenientes ao trabalhador - fator que normalmente tem sido associado ao trabalho por aplicativo e sob demanda, quer para dificultar a configuração do vínculo de emprego, quer para qualificá-lo como intermitente, - não impõe *ipso facto* a intermitência do empregado; até porque, sob aspecto fático, o que se tem observado são motoristas *uberizados* laborar inúmeras horas consecutivas, mediante associação com estratégias empresárias de *gamificação*⁶⁵.

5 CONCLUSÃO

Em termos resumidos, observamos que o regime jurídico do contrato intermitente brasileiro não se alinha ao modelo do direito ibérico, este marcado pela *intermitência das atividades desenvolvidas pelo empregador*. O contrato intermitente brasileiro é, em sua essência, pelo seu regime jurídico extremamente precário, um pacto de jornada nula, eventualmente positiva mediante o desempenho da “jornada móvel e variável”. O empregado intermitente é, portanto, um desempregado material que eventualmente pode vir a ser convocado a trabalhar pelo empregador.

Defendemos, por isto, ser jurídica e judicialmente mais adequado (e mais garantístico) o enquadramento dos motoristas *uberizados* em um regime jurídico que garanta o mesmo *status* constitucional e legal dos demais empregados, em geral, podendo inclusive associar-se à condição/cláusula laboral dos teletrabalhadores. Para nós, a classificação do trabalhador *uberizado* como intermitente implica-lhe uma segunda etapa de discriminação, agora dentro do próprio Direito do Trabalho. E, a despeito de ainda não existir jurisprudência farta sobre o contrato intermitente nacional, apontamos decisões judiciais que têm reconhecido o vínculo do motorista *uberizado* na modalidade intermitente.

Consideramos que o momento é bastante oportuno para colocarmos a controvérsia ao debate acadêmico e judicial. Se por um lado o reconhecimento do motorista *uberizado* como intermitente tem a “vantagem” de, como pressuposto lógico, qualificá-lo como empregado, adentrando-o às muralhas do Direito do Trabalho - quando sabemos que essa situação jurídica é extrajudicialmente repugnada pelas empresas *Uber/Cabify/99POP*, pelo seu *modus* de exploração laboral-; tem, por outro lado, a enorme desvantagem (aos nossos, desvantagem

⁶⁵ GROHMANN, Rafael. **Plataformização do trabalho: entre a dataficação, a financeirização e a racionalidade neoliberal**. Revista Eptic. Vol. 22, nº 1, jan-abr, 2020. Disponível em: < [12188-Texto do artigo-36622-1-10-20200212.pdf](#) > Acesso em 04. Jul. 2021

subjetivamente muito ampla e profunda, considerando os malefícios para o Direito do Trabalho, eis que atingirá potencialmente a todos os empregados brasileiros) de legitimar, passo a passo, um contrato de trabalho claramente “empresário”, permissivo, solidificando jurisprudencialmente essa esdrúxula figura legal, criada pela Lei nº 13.467/2017. Portanto, para nós, *cria-se um mal maior*, mormente quando em pauta no STF o debate sobre a constitucionalidade desse regime jurídico “da intermitência laboral”.

Torçamos para que os trabalhadores brasileiros, todos eles, sejam sujeitos contratuais por meio de relações jurídicas “de direito” e não “de poder econômico”. Afinal, não esqueçamos, segundo os princípios fundamentais da OIT, pela Declaração de Filadélfia (1944), *o trabalho não é uma mercadoria* e não deve ser tratado como tal.

BIBLIOGRAFIA.

AGUSTINA, Nuria Soto. El contrato de trabajo fijo discontinuo”. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013, p. 6. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2013/109765/TFG_nsotoagustina.pdf. Acesso em: 05.dez. 2021.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Diálogos em Sociologia do Trabalho: A precariedade laboral no Brasil**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica**. 2018. Disponível em: Artigo-Amauri-Cesar-Alves-Trabalho-intermitente-e-os-desafios-da-conceituacao-juridica.pdf. Acesso em: 10. nov. 2021.

ANTUNES, Ricardo. Capitalismo de Plataforma e Desantropomorfirzação do Trabalho. **Os laboratórios do trabalho digital: entrevistas**. Rafael Grohmann (Org.). 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

ANTUNES, Ricardo. Capitalismo de Plataforma e Desantropomorfirzação do Trabalho. **Os laboratórios do trabalho digital: entrevistas**. Rafael Grohmann (Org.). 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços digitais na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS; Vitor. Plataformas Digitais, Uberização do Trabalho e Regulação no Capitalismo Contemporâneo. **Contracampo** – Brazilian Journal of Communication, v. 39, n. 1, 2020. Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901/html> > Acesso em 18.set.2020.

ARAÚJO, Wanessa Mendes de. A invisibilidade da vulnerabilidade: o trabalho em plataformas digitais de transporte de bens e passageiros em tempos de pandemia. Revista do

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 24, n. 1, p. 52-63, 2020.

BELO HORIZONTE. 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – Minas Gerais. Juiz: Rodrigo Cândido Rodrigues, 02. abr. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 04. mai. 2020. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011098-61.2019.5.03.0113/1>. Acesso em: 09. nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acessado em 05. dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 26. out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.982/2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid- 19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm > Acessado em 05. dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Recurso de Revista 7627220105020070. Relatora: Min. Mauricio Godinho Delgado, 06.ago. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08.ago. 2014. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931766694/e-7627220105020070/inteiro-teor-931767772?ref=serp>. Acesso em: 09. nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). Recurso de Revista 9891900-16.2005.5.09.0004. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 23.fev. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 25.fev. 2011. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9891900&digitoTst=16&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0004&submit=Consultar>. Acesso em: 09. nov. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <file:///C:/Users/regia/Downloads/Vo%CC%81lia-Bomfim-Cassar.pdf>. Acesso em: 16. nov. 2021.

COELHO, Bárbara do Rosário. **A aplicabilidade do regime jurídico do teletrabalho ao trabalho através de plataformas digitais**. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Solicitação de Empresa no ano letivo 2019/2020, da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” - Trabalho Fixo Descontínuo**. Trabalho Intermitente. 2019. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123410/2019_colnago_lorena_trabalho_intermitente.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acesso em 26 out. 2021.

COSTA, Marcelo Nogueira de Almeida; PAGANI, Marcella. Necessidade de proteção social aos trabalhadores da gig economy = The need for social protection for gig economy workers. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 150-163, jan./mar. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta**. Número 17. São Paulo. 17. dez. 2020.

ESPANHA. Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em < <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con> >. Acesso em 06.dez. 2021.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do Trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Contrato de Trabalho Intermitente no Direito Comparado e na Lei 13.467: No “VALE-TUDO” e no “TUDO-PODE” do Brasil**. A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas. Coordenadores Rosemary de Oliveira Pires, Luciana Nacur Lorenz, Arnaldo Afonso Barbosa. Belo Horizonte: RTM, 2018.

GROHMANN, Rafael. Introdução: Trabalho em Plataformas é Laboratório da Luta de Classes. **Os laboratórios do trabalho digital: entrevistas**. Rafael Grohmann (Org.). 1.ed. São Paulo: Boitempo, 202. P. 13-23.

GROHMANN, Rafael. **Plataformização do trabalho: entre a dataficação, a financeirização e a racionalidade neoliberal**. Revista Eptic. Vol. 22, nº 1, jan-abr, 2020. Disponível em: < [12188-Texto do artigo-36622-1-10-20200212.pdf](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9011310&ts=1631631796761&disposition=inline) > Acesso em 04. Jul. 2021.

GURGACZ, Senador Acir. Projeto de Lei nº 3055, de 2021. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 para dispor sobre as relações de trabalho entre as empresas operadoras de aplicativos ou outras plataformas eletrônicas de comunicação em rede e os condutores de veículos de transporte de passageiros ou de entrega de bens de consumo, e dá outras providências. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9011310&ts=1631631796761&disposition=inline> > Acesso em 05. dez. 2021.

LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente**. Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise. Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LEAL AMADO, João. **Flexibilização e modernização do Direito do Trabalho: uma reflexão a propósito do trabalho intermitente**. Democracia e neoliberalismo: O legado da Constituição em tempos de crise. Coordenado por Adriane Reis de Araújo, Marcelo José Ferlin D’Abroso. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **Contrato de Trabalho Intermitente: Uma Análise d Partir da Perspectiva de Configuração do Dano Existencial**. Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista: Trabalho em Tempo Parcial, Teletrabalho, Trabalho Intermitente. Trabalhador Hipersuficiente e Terceirização. Belo Horizonte, RTM, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Sete Lagoas. Processo nº0010272-92.2021.5.03.0039. Juiz Paulo Eduardo Queiroz Goncalves. Sete Lagoas, Minas Gerais. 14, jun. 2021. Disponível em: < <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010272-92.2021.5.03.0039/1> > Acesso em 27. out. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (2. Tuma). Recurso Ordinário 1700306 00388-2006-099-03-00-9. Relator: Des. Sebastiao Geraldo de Oliveira. **Diário da Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, MG, 25.out. 2006. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129349942/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1700306-00388-2006-099-03-00-9/inteiro-teor-129349952>. Acesso em: 09. nov. 2021.

MOEDA, Patrícia. **Contrato de Trabalho Intermitente**. Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. Coordenadores Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo. 1º ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MONTE, Josilene Soares. **O Regime Jurídico do Trabalho Intermitente em Portugal e no Brasil**. Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Professora Doutora Ana Lambelho, Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Leiria, 2020.

MPT ajuíza ACPs pedindo vínculo entre aplicativos e trabalhadores. **Consultor Jurídico**. 08. nov. 2021. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/mpt-ajuiza-acps-pedindo-vinculo-entre-aplicativos-trabalhadores> > Acessado em 05.dez. 2021.

OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. Esp., p. 175-191, dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO .“Non-Standard Employment around the World: Understanding challenges, shaping prospects”. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf > Acessado em 26. nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “On-call work and “zero hours” contract”. Disponível em: < https://www.ilo.org/travail/info/fs/WCMS_170714/lang-en/index.htm > Acesso em 26. nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma Década De Promoção Do Trabalho Decente No Brasil**: Uma estratégia de ação baseada no diálogo social– Escritório

Internacional do Trabalho – Genebra, 2015.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Disponível em <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=12>>. Acessado em 24.set.2020.

RECIFE. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. 11ª Vara do Trabalho de Recife. Processo nº 0001040-74.2012.5.06.0011. Juiz Gustavo Augusto Pires De Oliveira. Recife, 06. set. 2018. Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001040-74.2012.5.06.0011/1#ebff3b6>. Acesso em 10. nov. 2021.

RODRIGUES, Maurício Pallota Rodrigues. **Contratação na Multidão e a Subordinação Algorítmica**. Leme, São Paulo: Editora Mizuno, 2021.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. 1ª.ed. Editora Elefante, 2019.

VÍDEO: Procuradora aliada de Aras corta microfone de presidente da OAB em congresso em Lisboa. Lindora Araújo era moderadora de um painel no IX Fórum Jurídico Brasileiro; Felipe Santa Cruz foi interrompido quando falava de precarização do trabalho. **O Globo**. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/politica/video-procuradora-aliada-de-aras-corta-microfone-de-presidente-da-oab-em-congresso-em-lisboa-25279140> > Acesso em: Acessado em 05.dez. 2021.

VITOR NUZZI, “Brasil entra mais uma vez na lista da OIT de suspeitos de violar normas trabalhistas”. Disponível em: < <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2021/04/brasil-lista-oit-suspeitos-normas-trabalhistas> > Acessado em 26. nov. 2021.

PROTEÇÃO SOCIAL NO DESEMPREGO: UNIDADE, HARMONIA E ORDENAÇÃO COMO CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS À (RE)CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA

SOCIAL PROTECTION IN UNEMPLOYMENT: UNITY, HARMONY AND ORDERING AS INDISPENSABLE CONDITIONS FOR THE (RE)CONSTRUCTION OF A SYSTEM

Fábio Zambitte Ibrahim¹

Fernanda Cabral de Almeida²

RESUMO: A proteção social no desemprego é feita mediante a aplicação de normas trabalhistas que visam a criar dificuldades ou a aumentar o custo da dispensa de trabalhadores, além de políticas ativas e passivas de mercado de trabalho. O Brasil possui normas de todas estas naturezas, não obstante, pouco avançamos na redução de problemas como a baixa produtividade, o aumento do desemprego e as altas taxas de informalidade. Ainda, embora em grande número, podemos afirmar que tais normas são ineficientes, mal focalizadas, destoantes da realidade e com baixa penetração na classe trabalhadora. Neste contexto, fundado na pesquisa empírica e doutrinária e com base no método dedutivo, o principal objetivo deste artigo será analisar, levando-se em consideração o complexo fenômeno do desemprego na contemporaneidade, a ausência de sistematicidade – unidade, harmonia e ordenação – destas normas como uma das causas da desigualdade na cobertura e da ineficiência do nosso sistema de proteção social no desemprego.

PALVRAS-CHAVE: Proteção social. Desemprego. Políticas ativas e passivas. Sistema.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A complexidade do desemprego. 3. Políticas nacionais de proteção social no desemprego. 4. Unidade, harmonia e ordenação como condições indispensáveis à (re)construção de um sistema. 5. Conclusões.

ABSTRACT: Social protection in unemployment is achieved through the application of labor rules that aim to create difficulties or increase the cost of dismissing workers, in addition to active and passive labor market policies. Brazil has rules of all these natures, however, little progress has been made in reducing problems such as low productivity, rising unemployment, and high rates of informality. Although in large numbers, we can say that such norms are inefficient, poorly focused, discordant with the reality, and have low ability to penetrate in the working class. In this context, based on empirical and doctrinal research and using the deductive method, the main objective of this article will be to analyze, taking into account the complex phenomenon of unemployment in contemporary times, the absence of systematicity – unity, harmony and ordering – of these norms as one of the causes of inequality in coverage and of the inefficiency of our unemployment social protection system.

KEYWORDS: Social protection. Unemployment. Active and passive policies. System.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The complexity of unemployment. 3. National unemployment social protection policies. 4. Unity, harmony and ordering as indispensable conditions for the (re)construction of a system. 5. Conclusions.

Artigo enviado em 24/05/2022

Artigo aprovado em 16/06/2022

¹ zambitte@fabiozambitte.com.br. Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do IBMEC. Advogado.

² fernanda.cabral5@gmail.com. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

1. INTRODUÇÃO

Em agosto de 2021, enquanto a população assistia aflita à votação na Câmara dos Deputados de uma Proposta de Emenda à Constituição para alterar o processo eleitoral de modo a restabelecer o voto impresso³, era aprovado naquela Casa, no mesmo dia, o Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória n. 1.045/2021, que instituía um Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda durante a pandemia de Sar-CoV-2, com nada menos do que 407 emendas parlamentares que incluíam uma série de “jabutis”⁴ no texto original. Dentre as medidas, classificadas por parte dos estudiosos como uma “minirreforma trabalhista”, a criação de dois programas de fomento ao emprego chamou a atenção.

O *Programa Primeira Oportunidade e Reinserção no Emprego* (PRIORE) e o *Regime Especial de Trabalho Incentivado, Qualificação e Inclusão Produtiva* (REQUIP) seriam dirigidos a jovens e a trabalhadores mais velhos, porém excluídos do mercado de trabalho há algum tempo, e operariam mediante o acesso a ações de educação, sendo o PRIORE em conjunto com a formalização de um contrato de trabalho com menos direitos e o REQUIP com o oferecimento de atividades práticas em ambiente laboral por meio expediente, sem vínculo empregatício e mediante o pagamento de uma bolsa de incentivo à qualificação.

Na comunidade jurídica⁵ e na sociedade civil⁶, as medidas foram bastante criticadas, seja sob a ótica da inadequação da via eleita pela Câmara dos Deputados para analisá-las – no bojo de um Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória – seja sob o aspecto da precarização do trabalho, o que levou à sua rápida rejeição no Senado Federal. Mas a desconfiança generalizada tinha sua razão de ser.

O Brasil tem um dos programas de seguro-desemprego mais antigos da América Latina, além de uma miríade de políticas ativas voltadas ao mercado de trabalho que pouco contribuíram para a redução de problemas estruturais e históricos, como a baixa

³ A PEC n. 135/2019, já arquivada, propunha que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, deveria ser obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria.

⁴ No jargão político, “jabuti” é a “prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo estranho ao objeto originário da medida provisória” (ADI 5127), o que, segundo o STF, é inconstitucional.

⁵ CASAGRANDE, Cassio. MP 1045: trabalhadores sem direitos trabalhistas e previdenciários. *JOTA*, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/mp-1045-trabalhadores-sem-direitos-trabalhistas-previdenciarios-16082021>. Acesso em: 17 ago. 2021.

⁶ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Câmara aprova substitutivo à Medida Provisória n. 1.045 e aprofunda precarização. *Nota Técnica n. 262*, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec262reformaTrabalhista.html>. Acesso em: 17 ago. 2021.; RESENDE, Thiago; BRANT, Danielle. Minirreforma trabalhista aprovada na Câmara troca salário por bolsa, reduz FGTS e cria emprego sem vínculo. *Folha de S. Paulo*, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/08/camara-conclui-votacao-de-projeto-que-cria-uma-minirreforma-trabalhista.shtml?origin=folha>. Acesso em: 17 ago. 2021.

produtividade, o aumento do desemprego e as altas taxas de informalidade.⁷

Além de desiguais, mal focalizadas e ineficientes, as políticas de mercado de trabalho e de proteção no desemprego guardam pouca sinergia e complementariedade entre si, resultado da ausência de sistematicidade – *unidade, harmonia e ordenação* – entre as normas que as concretizam.

Neste contexto, fundado na pesquisa empírica e doutrinária e com base no método dedutivo, o principal objetivo deste artigo será analisar, levando-se em consideração o complexo fenômeno do desemprego na contemporaneidade, a ausência de sistematicidade destas normas como uma das causas da desigualdade na cobertura e da ineficiência do nosso sistema de proteção social no desemprego.

2. A COMPLEXIDADE DO DESEMPREGO

As políticas voltadas aos pobres, desde a sociedade pré-industrial, se inscreveram entre a assistência e a repressão, sendo a aptidão para o trabalho o fator determinante em cada caso. Assim, desocupados que se encontrassem nesta situação em decorrência de sua incapacidade para trabalhar – idosos, crianças abandonadas e inválidos, por exemplo – eram merecedores de assistência – prestada, inicialmente, no âmbito da caridade –, restando aos demais a repressão⁸, da qual são exemplos as *workhouses* inglesas, os *Ateliers Nationaux* franceses, os castigos aplicados à mendicância e até a criminalização da “vadiagem”⁹, para ficarmos com um exemplo nacional.

Mesmo com a “virada liberal” nos campos político e econômico, respectivamente capitaneada pelas Revoluções Francesa e Industrial, alimentando a crença de que a sociedade industrial resolveria o problema, não se viu a esperada diminuição da pobreza. Ao contrário, “ao lado do miserável desprovido de trabalho, aparece o *trabalhador miserável*, cujo salário baixo demais não permite levar uma existência decente”.¹⁰

Foi apenas com a substituição da aplicação do direito civil às relações laborais pelo direito do trabalho – “que reconhece o trabalhador como membro de um coletivo dotado de

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Departamento de Pesquisa. *Experiências exitosas: Políticas ativas de mercado de trabalho na América Latina e no Caribe*. Nota de Pesquisa n. 1. OIT, 2017.

⁸ TRATTNER, Walter I. *From poor law to welfare state: A history of social welfare in America*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2007.

⁹ Para darmos um exemplo brasileiro, o artigo 59 da Lei das Contravenções Penais tipifica a “vadiagem” como o fato de “entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho”.

¹⁰ GAUTIÉ, Jérôme. Da invenção do desemprego à sua desconstrução. *Mana*, v. 4, 1998, p. 73.

um estatuto social além da dimensão puramente individual do contrato de trabalho”¹¹ – que aparecem o *emprego*, “como inscrição social e jurídica da participação dos indivíduos na produção das riquezas”¹², e o *desemprego*, como o seu negativo.

Podemos afirmar, assim, que o *desemprego* foi *inventado*¹³ na virada do século XIX para responder aos desafios lançados na ordem social pelo pauperismo ligado à industrialização, permitindo sua contabilização estatística, sua categorização conforme suas causas – sazonais, cíclicas ou pessoais¹⁴ – e a reunião – em um só conceito – de um conjunto de indivíduos desocupados. Portanto, “o desemprego é bem mais do que o novo nome de uma realidade muito antiga, a falta de trabalho, que teria adquirido dimensões particularmente importantes com a industrialização”¹⁵ e, como tal, passa a desafiar a intervenção pública.

Assim, a ideia moderna de desemprego como uma inatividade forçada e decorrente da falta de trabalho – ligada, portanto, a um mau funcionamento do mercado de trabalho e a questões macroeconômicas – surgiu apenas naquele momento histórico. Foi justamente esta mudança conceitual, somada à nova perspectiva econômica a partir de Keynes¹⁶, que permitiu a aplicação da fórmula dos seguros – método de economia coletiva que garante uma compensação para riscos previamente selecionados e avaliáveis¹⁷ – como solução para o problema, distanciando-o da assistência.¹⁸

Nos países de industrialização mais avançada, essa lógica do seguro foi acompanhada de políticas de pleno emprego levadas a cabo na idade de ouro do capitalismo (1945-1975), marcada pela crescente intervenção estatal na economia e amparada pelo crescimento econômico e do Estado Social.¹⁹

Contudo, tais políticas logo foram desafiadas com os novos paradigmas de produção adotados sobretudo a partir da década de 1980. O padrão flexível²⁰ de organização da

¹¹ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 434.

¹² GAUTIÉ, op. cit., p. 75.

¹³ SALAIS, Robert; BAVEREZ, Nicolas; REYNAUD, Bénédicte. *L'invention du chômage: histoire et transformations d'une catégorie en France des années 1890 aux années 1980*. Paris: Presses Universitaires de France-PUF, 1986.

¹⁴ BEVERIDGE, William Henry. *Unemployment: A problem of industry*. Londres: Longmans, 1917.

¹⁵ GAUTIÉ, op. cit., p. 74.

¹⁶ GARRATY, John A. The Keynesian Revolution. In: _____. *Unemployment in history: economic thought and public policy*. Nova Iorque: Harper & Row, 1978, p. 216-232.

¹⁷ ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 23.

¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. *The new social question: rethinking the welfare state*. Tradução de Barbara Harshav. Nova Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 68-81.

¹⁹ CASTEL, op. cit., p. 478-493.

²⁰ O modelo flexível busca “elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor”. (ANTUNES,

produção e do trabalho gerou efeitos no emprego, com a pulverização dos postos de trabalho em pequenas e médias empresas que se engajavam na produção – agora horizontalizada e fragmentada – por meio da subcontratação e da terceirização, o incremento do setor de serviços, a retração das formas tradicionais de contratação com o surgimento de novos tipos de contrato de emprego, o aumento das formas “atípicas” de trabalho e o enfraquecimento de sindicatos como fontes de resistência às mudanças.²¹

Os postos de trabalho são reduzidos à medida que as distintas funções são concentradas em menos trabalhadores que devem ter a capacidade de exercer múltiplastarefas. O trabalhador, portanto, deve ser flexível e multifuncional.²²

Com a busca incessante pela minimização – e até eliminação – do desperdício no processo de produção, a própria mão-de-obra, como um dos fatores de produção, passa a ser tratada sob esta ótica. Neste sentido, passaram-se a exigir “direitos flexíveis, de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor”.²³

Aquele contrato de trabalho por tempo integral e dotado de ampla estabilidade não poderia mais ser o modelo adotado para a totalidade da massa de trabalhadores, estruturando-se a produção “a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições do mercado”.²⁴

O desemprego passa, assim, a ser encarado como uma questão estrutural – mesmo em países do capitalismo avançado – e, ainda, sofre alterações em suas formas – com destaque para o “desalento”²⁵ e o “desemprego de longa duração” – e no perfil dos desempregados, questões atingidos de formas distintas a depender de suas características pessoais. Pode-se falar, a partir deste marco histórico, de uma segmentação no mercado de trabalho, isto é, de uma “distinção entre núcleos protegidos e trabalhadores instáveis”²⁶ ou, ainda, em “bons” e “maus” empregos.²⁷

Novos estratos segmentados de trabalhadores começaram a aparecer. Ao lado do

Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 48).

²¹ GUIMARÃES, Nadya Araujo. Por uma sociologia do desemprego. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, 2002, p. 105.

²² ANTUNES, op. cit., p. 45-48.

²³ Ibid, p. 47.

²⁴ Ibid.

²⁵ Desalentadas são pessoas – potencialmente na força de trabalho – que não realizaram busca efetiva por trabalho, mas gostariam de ter um trabalho e estavam disponíveis para trabalhar na semana de referência (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Nota técnica n. 2/2016: Medidas de Subutilização da Força de Trabalho*. IBGE, 2016).

²⁶ CASTEL, op. cit., p. 457.

²⁷ GUIMARÃES, op. cit., p. 105.

grupo, cada vez mais retraído²⁸, de típicos trabalhadores padronizados, aos quais é destinada a legislação protetiva trabalhista e previdenciária em sua inteireza e em sua forma mais garantista, novos tipos de contrato de trabalho foram criados, levando ao surgimento de grupos de trabalhadores periféricos, que vão desde empregados terceirizados, em tempo parcial, intermitentes e temporários, passando por trabalhadores independentes ou autônomos.²⁹ A esse enorme contingente, somam-se os trabalhadores informais, totalmente excluídos de qualquer rede de proteção social ou trabalhista e que possuem os rendimentos médios mais baixos.³⁰

Não bastasse, o retorno de ideias liberais e o corte em políticas de bem-estar³¹ vieram acompanhados de um convincente discurso individualista, que enfraquece os alicerces coletivos, ao mesmo tempo em que aponta para a maior flexibilidade como única solução para a insegurança nesses *tempos líquidos* e deposita no indivíduo a responsabilidade sobre sua própria sorte.³²

Para Ricardo Antunes, estamos vivenciando “a erosão do trabalho contratado e regulamentado, dominante no século XX, e assistindo a sua substituição pelas diversas formas de ‘empreendedorismo’, ‘cooperativismo’, ‘trabalho voluntário’, ‘trabalho atípico’”.³³

O discurso falacioso do empreendedorismo se apresenta “como uma ideia generosa e evidente face à crise generalizada do emprego, (...) assente na liberdade e na autonomia individual”³⁴, dificultando, até mesmo, que o próprio indivíduo se perceba como desocupado

²⁸ ANTUNES, op. cit., p. 129.

²⁹ Alain Supiot *et. al.* explicam que, na Europa, o trabalho autônomo, que era o tipo prevalecente no século XIX, passou por uma queda durante o modelo fordista de organização do trabalho, sobretudo no século XX, graças, especialmente, à oferta de direitos sociais aos trabalhadores assalariados dependentes. (SUPIOT, Alain, et. al. *Beyond Employment: changes in work and the future of labour law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 3)

³⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*, 4º trimestre de 2019. IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

³¹ Ivanete Boschetti assim sintetiza as tendências dirigidas à redução de “peso” do Estado de Bem Estar Social nos países do capitalismo periférico: “endurecimento dos critérios de elegibilidade para acesso às prestações sociais contributivas (seguros) e assistenciais (...); focalização das prestações sociais (...); redução do nível das prestações vinculadas à previdência social (...); aumento (ou introdução) de contrapartida exigida aos beneficiários para acesso a alguns serviços antes inteiramente gratuitos (...); desenvolvimento acelerado de serviços e seguros privados com estímulo governamental (...); introdução, no setor público, de métodos de gestão do setor privado a fim de controlar o volume de despesas (...); transferência de atividades públicas de proteção social para as famílias e a sociedade civil (...); redução ou estabilização dos salários no poder público por meio de ausência ou reajustes abaixo da inflação (...); criação de agências não estatais ou transferência de serviços ao setor privado (...); desenvolvimento de políticas de ativação para prestações de seguro-desemprego ou assistenciais, que corresponde à instauração ou fortalecimento de contrapartidas obrigatórias (...)”. (BOSCHETTI, Ivanete. *Assistência social e trabalho no capitalismo*. São Paulo: Cortez, 2016, p. 123-126)

³² BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

³³ ANTUNES, op. cit., p. 129.

³⁴ CAMPOS, Adriano; SOEIRO, José. *A falácia do empreendedorismo*. Lisboa: Bertrand Editora, 2016, p. 10.

ou desempregado.

A despeito de todo este quadro, ainda encontramos significativas diferenças entre os países no nível de cobertura dos esquemas contributivos de proteção no desemprego, que é maior naqueles de altos ingressos, onde a informalidade no mercado de trabalho não tem a dimensão do que se observa nos países em desenvolvimento e com baixos e médios rendimentos, tal como o nosso.³⁵

Lidar com o desemprego, portanto, na contemporaneidade, exige enxergá-lo como um fenômeno complexo, ultrapassando as visões de mundo simplistas, que, desde o século XX, já têm se mostrado limitadas e frágeis para explicar a complexidade da realidade.³⁶ A questão desafia, assim, políticas e soluções integradas e concatenadas com a realidade.

3. POLÍTICAS NACIONAIS DE PROTEÇÃO SOCIAL NO DESEMPREGO

Em geral, os países lidam com o desemprego por meio de (i) legislação trabalhista protetiva dos postos de trabalho – que visa a criar dificuldades ou a aumentar o custo da dispensa de trabalhadores – e de (ii) políticas ativas e (iii) passivas de mercado de trabalho, que, efetivamente, atuam sobre aqueles que estão desempregados. *Políticas passivas* envolvem o fornecimento de suporte financeiro a indivíduos desempregados, ou seja, benefícios pagos em dinheiro para que o indivíduo possa se manter enquanto busca recolocação no mercado de trabalho. Por sua vez, as *políticas ativas*, como o próprio nome está a indicar, têm por escopo efetivamente colocar as pessoas para trabalhar ou aumentar esta possibilidade, pelos mais diversos meios – serviços públicos de emprego, treinamento, subsídios a postos de trabalho, criação direta de empregos pelo Estado, aconselhamento, dentre outros.³⁷

O Brasil adota estas três formas de proteção, o que, sob uma perspectiva comparativa com outros 183 países de médio e baixo rendimentos³⁸, é uma escolha dissonante do que em geral se observa. Desconsideradas as políticas ativas e limitada a comparação aos países vizinhos, o Brasil é um dos poucos que adotam simultaneamente fundo individual (FGTS),

³⁵ VELÁSQUEZ, Mario. *Análisis de la protección ante el desempleo en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL, 2014, p. 11-12.

³⁶ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo?: Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. *Sociologias*, 2006, p. 185.

³⁷ FURÅKER, Bengt. Unemployment and social protection. In: _____. *The Politics of Unemployment in Europe*. Londres: Routledge, 2016, p. 31-48.

³⁸ ROBALINO, David A.; WEBER, Michael. Designing and implementing unemployment benefit systems in middle and low income countries: beyond risk-pooling vs savings. *IZA Journal of Labor Policy*, v. 2, n. 1, 2013, p. 1-20.

indenização por dispensa e seguro-desemprego, já que os demais, em geral, se valem de apenas dois destes instrumentos de proteção.³⁹

Ainda, na maior parte dos países – e também por aqui –, observa-se a predominância de esquemas contributivos de proteção frente ao desemprego, o que tem explicação histórica. Ela resulta da mudança de perspectiva política sobre a inatividade desde a década de 1930⁴⁰, com o incremento de políticas públicas de estímulo à economia e à criação de postos de trabalho. Até então, como vimos, o trabalho era encarado como um meio de prover assistência – e disciplina – àqueles que tinham condições físicas de se engajar em alguma atividade, contudo, estavam desocupados.⁴¹

Não obstante, no Brasil, assim como nos vizinhos latino-americanos, em que a informalidade no mercado de trabalho é estrutural e bastante expressiva, torna-se praticamente impossível resolver o problema pela via dos esquemas tradicionais de proteção social, que devem ser “complementados com políticas de apoio à renda de trabalhadores vulneráveis e informais, normalmente excluídos das redes de proteção tradicionais”.⁴²

Todavia, o principal programa nacional de proteção no desemprego é o chamado *seguro-desemprego*, instituído em 1986 e baseado no vínculo formal de emprego. Em levantamento do Banco Mundial, no qual nosso programa foi comparado com os de outros países – em nível regional e aspiracional⁴³ –, constatou-se que se trata de um programa com alto custo, entretanto, acessível a poucas pessoas, com uma das mais baixas taxas de cobertura. Além disso, o seguro-desemprego é mais elevado no Brasil, quando comparado o valor das prestações com o salário anteriormente auferido, em que pese ter uma duração inferior que a de quase todos os países estudados. As regras de elegibilidade fazem com que o acesso ao programa seja mais difícil por aqui e, em especial, com que sejam mais facilmente excluídos trabalhadores jovens e mais pobres. Por fim, nosso programa difere dos existentes

³⁹ BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; FOGUEL, Miguel Nathan; BILO, Charlotte. FGTS e fundos individuais de seguro-desemprego: análise comparativa entre países e efeitos no mercado de trabalho. *Mercado de trabalho*, v. 63, out./2017, p. 55.

⁴⁰ Um dos exemplos destas medidas foi *New Deal* norte-americano, conjunto de leis e programas de bem-estar social implementados pela presidência de Franklin D. Roosevelt, a partir de 1933, que teve como uma de suas referências mais importantes o *Social Security Act* de 1935. Sobre o tema, ver: SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*. Nova Iorque: Basic Books, 2009, n.p..

⁴¹ ROSANVALLON, op. cit., p. 68-81.

⁴² VELÁSQUEZ, op. cit., p. 12.

⁴³ Em nível regional, o estudo comparou dados do Brasil com os da Argentina, Chile, Colômbia, Equador e Uruguai, e, em nível aspiracional, com Alemanha, Portugal, República da Coreia e Suécia.

na maior parte dos países comparados quanto ao seu financiamento⁴⁴, já que é derivado de “contribuições com alíquota uniforme sobre o faturamento das empresas, o que implica que o seu custo não é proporcional ao total de demissões realizada pelas empresas”.⁴⁵

Quando o programa é analisado sob uma perspectiva conjunta com outras duas ferramentas de proteção – o FGTS e a indenização compensatória⁴⁶ –, percebem-se efeitos adversos, tais como o incentivo à informalidade e o estímulo às dispensas imotivadas simuladas, o que pode ser resultado do fato de o trabalhador receber simultaneamente todos estes benefícios.⁴⁷ Por outro lado, o baixo número de parcelas do seguro-desemprego e o pagamento de uma só vez do FGTS e da indenização de 40% resultam em um apoio abaixo do ideal, em especial para aqueles sujeitos a períodos mais longos de desocupação.⁴⁸

Entretanto, ainda mais graves são a baixa cobertura e as barreiras de acesso ao benefício, o que faz com que a maioria daqueles que sofrem com o desemprego não consigam qualificar para recebê-lo, seja em razão da modalidade de trabalho ou mesmo do histórico de poucas contribuições. Em 2019, no nosso país, apenas 17,7% da média mensal dos trabalhadores desempregados receberam o benefício e, na série histórica, apesar do aumento no número de desempregados de 2015 a 2018, o número de beneficiários vem diminuindo, o que é consequência não apenas das características do mercado de trabalho, mas também das regras de acesso ao programa.⁴⁹

Nada obstante este quadro, as despesas da União com programas federais voltados para o mercado de trabalho – da ordem de 2% do PIB – são superiores às registradas na média dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O seguro-desemprego representa a maior fatia desses gastos – 0,53% do PIB em 2018.⁵⁰

A ineficiência do maior programa nacional de proteção no curso do desemprego também decorre do fato de ele não conseguir, de maneira satisfatória, monitorar a obrigação imposta aos beneficiários de buscar empregos, seja por meios próprios, seja pela

⁴⁴ MORGANDI, Matteo; FIETZ, Katharina Maria; ED, Malin Linnea Sofia; DE FARIAS, Alison Rocha; WEBER, Michael. *Enhancing Coverage and Cost-effectiveness of Brazil's Unemployment Protection System: Insights from International Experience* (Portuguese). Washington, D.C.: World Bank Group, 2020, p. 2-3.

⁴⁵ BARBOSA; FOGUEL; BILO, op. cit., p. 53.

⁴⁶ No Brasil, além da indenização compensatória de 40% sobre os depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS durante a vigência do contrato (Lei n. 8.036/1990), na dispensa sem justa causa, o empregado também faz jus ao *aviso-prévio*, que lhe garante a manutenção do emprego por certo período proporcional ao tempo de serviço – enquanto pode buscar por outra colocação – ou a respectiva indenização (artigo 7º, XXI, da Constituição Federal de 1988).

⁴⁷ BARBOSA; FOGUEL; BILO, op. cit., p. 51

⁴⁸ MORGANDI *et al.*, op. cit., p. 3.

⁴⁹ MORGANDI *et al.*, op. cit., p. 14-22.

⁵⁰ As despesas com o seguro-desemprego apenas são superadas pelos saques do FGTS nas dispensas sem justa causa. Este fundo, contudo, é financiado diretamente pelos empregadores (MORGANDI *et al.*, op. cit., p. 17- 18).

intermediação administrada pelo *Sistema Nacional de Emprego (SINE)*⁵¹, que possui baixa capacidade para encontrar e oferecer vagas suficientes aos beneficiários ou mesmo para auxiliar e fiscalizar a busca por emprego pelos próprios trabalhadores. A título exemplificativo, em 2018, sua taxa de colocação no mercado formal de trabalho foi de 3,53%⁵². Além da pouca focalização, a baixa cobertura do SINE e a pequena associação com os interesses do setor produtivo são apontados na literatura como algumas das causas de sua ineficiência^{53, 54}.

Não obstante, referido sistema constitui uma das principais políticas ativas de mercado de trabalho nacionais. Além da intermediação de mão de obra, o SINE atua como um canal de acesso a cursos de qualificação oferecidos no âmbito do *Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC)*⁵⁵, conduzido pelo Ministério da Educação.

Outra política ativa é o *Plano Nacional de Qualificação Profissional*, criado em 1995 e já rebatizado duas vezes. Atualmente nomeado *Qualifica Brasil*⁵⁶, o programa, que não está limitado a beneficiários do seguro-desemprego⁵⁷, tem como objetivos promover a empregabilidade do trabalhador, incrementar sua produtividade e renda, contribuindo para seu desenvolvimento econômico e social.⁵⁸

Em outro âmbito de atuação, destaca-se o *Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER)*⁵⁹, que tem por objetivo proporcionar linhas especiais de crédito, em atividades produtivas capazes de gerar postos de trabalho e renda nos diversos setores da economia. Um

⁵¹ O SINE, embora criado em 1975, passou a integrar o Programa do Seguro-Desemprego somente com a Lei n. 7.998/1990.

⁵² Dados do Observatório Nacional do Mercado de Trabalho apontam que esta taxa foi de 2,51% em 2015, 2,98% em 2016 e de 4,08% em 2017, indicando não se tratar de um problema pontual (BRASIL. Ministério da Economia. *Observatório Nacional do Mercado de Trabalho: Boletim das políticas públicas de emprego, trabalho e renda*. 3º trimestre, 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2xBARWX>. Acesso em: 15 ago. 2021).

⁵³ Recentemente, a Lei n. 13.677/2018 instituiu uma nova forma de organização do SINE, procurando incorporar tecnologia aos seus serviços. Contudo, dada a atual situação do Sistema, o caminho para o sucesso tende a ser longo e tortuoso (BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda; FERREIRA, Marcelo Leandro; ARAÚJO, Pedro Lucas. *O novo SINE: mudanças do modelo brasileiro de intermediação de mão de obra*. Brasília: IPEA, 2020).

⁵⁴ CHAHAD, José Paulo Zeetano. *Flexibilidade do mercado de trabalho, proteção aos trabalhadores e treinamento vocacional de força de trabalho: a experiência de América Latina e perspectivas (análise do caso brasileiro)*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.

⁵⁵ O PRONATEC, instituído pela Lei n. 12.513/2011, tem como objetivos, dentre outros, expandir e democratizar a oferta de cursos de educação profissional técnica e de formação inicial e continuada ou qualificação profissional.

⁵⁶ Resolução n. 828, de 26/03/2019, do CODEFAT.

⁵⁷ As ações do atual Qualifica Brasil são direcionadas às seguintes pessoas: beneficiários do seguro-desemprego; outros desempregados, inclusive aqueles em profissões afetadas por processos de modernização tecnológica e outras formas de reestruturação produtiva; beneficiários de políticas de inclusão social; internos e egressos do sistema prisional e de medidas socioeducativas; trabalhadores resgatados; familiares de egressos do trabalho infantil; rurais; pessoas com deficiência; idosos; dentre outros (artigo 6º da Res. n. 783/2017 do CODEFAT).

⁵⁸ Artigo 3º da Resolução n. 783/2017 do CODEFAT.

⁵⁹ Instituído pela Resolução CODEFAT n. 59/1994.

dado curioso é o de que, dos pouco mais de 117 mil contratos firmados em 2018, 58,1% foram com pessoas jurídicas, sendo certo que, dentre os contratantes pessoas físicas, 72% eram motoristas de táxi.⁶⁰ Nesta mesma linha de atuação, o *Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado* (PNMPO)⁶¹ busca incentivar a geração de trabalho e renda entre microempreendedores populares mediante a concessão de microcréditos.⁶²

Ainda sobre políticas ativas, destacam-se programas destinados a subsidiar postos de trabalho, especialmente para trabalhadores mais jovens, que encontram dificuldades de acessar o mercado formal de emprego. Como exemplo, podemos citar o *Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens* (PNPE), instituído em 2003 (Lei n. 10.748) e substituído pelo *Programa Nacional de Inclusão de Jovens* (PROJOVEM) em 2005⁶³, que tem como destinatárias pessoas de 15 a 29 anos, com o objetivo de promover sua reintegração ao processo educacional, qualificação profissional e desenvolvimento humano.

Nota-se, contudo, que, embora muito mais numerosas as políticas ativas, estas recebem receitas bastante inferiores às destinadas às políticas passivas, o que contribui – juntamente com a falta de *sistematicidade* e de uma coordenação inteligente entre tantos programas – para sua ineficiência. Políticas ativas de proteção no desemprego e aquelas voltadas a trabalhadores não formalizados representam a tímida fatia de 1,8% das despesas totais da União com programas voltados ao mercado de trabalho⁶⁴, o que indica o predomínio de políticas passivas, contributivas e focalizadas no mercado formal de emprego.

Os gastos com políticas ativas não são apenas baixos quando comparados às despesas com políticas passivas, mas também se levamos em conta o tamanho da força de trabalho nacional. Este problema ainda é aprofundado quando consideramos o “baixíssimo grau de articulação”⁶⁵ entre todas as políticas e as lacunas de cobertura e de qualidade dos serviços.

Apesar desse cenário, a OIT recomenda, para a região da América Latina e do Caribe, o aumento da ênfase em políticas ativas de mercado de trabalho, pois têm maior aptidão para que trabalhadores se correspondam com empregadores, mantenham vínculo com o mercado formal e atualizem suas competências, facilitando a mobilidade e a transição no mercado para áreas específicas com maior valor agregado. Para a entidade, estas medidas “têm o potencial

⁶⁰ BRASIL, op. cit..

⁶¹ Instituído pela Lei n. 11.110/2005 e, recentemente, reformulado pela Lei n. 13.636/2018.

⁶² Em 2018, foram atendidos cerca de 2,4 milhões de clientes aos quais foram concedidos pouco mais de R\$ 10,3 bilhões (BRASIL, op. cit.).

⁶³ Lei n. 11.129/2005, posteriormente complementada pela Lei n. 11.692/2008.

⁶⁴ MORGANDI *et al.*, op. cit, p. 17-18.

⁶⁵ CHAHAD, op. cit., p. 164.

de atuar como pilares centrais das políticas sociais e de mercado de trabalho”⁶⁶, embora ainda não exploradas adequadamente.

As políticas de compartilhamento de risco devem constituir um conjunto de instituições, regulações e intervenções estatais com o objetivo de “prevenir a pobreza, cobrir perdas catastróficas, regular o consumo, ajudar as famílias e os mercados a administrar incertezas e, a partir disso tudo, fornecer a base para resultados econômicos e sociais mais equitativos e eficientes”.⁶⁷ Contudo, organizadas em esquemas que se baseiam no emprego formal – e na presunção de que a maioria das pessoas trabalham em empregos tradicionais a maior parte de suas vidas, contribuindo obrigatoriamente sobre seus rendimentos em troca de cobertura – têm perdido cada vez mais a aptidão para que sejam efetivas, seja quanto ao atingimento de seus objetivos, seja quanto à cobertura da classe trabalhadora.

O problema, que sempre ganhou contornos mais dramáticos em países em desenvolvimento, particularmente em razão da alta informalidade, tende a crescer em razão da cada vez maior fluidez e diversidade de formas de trabalho. Esta última, por seu turno, é uma questão que afetará a todos, fazendo com que este tipo de política perca relevância para boa parte dos trabalhadores.⁶⁸

Portanto, embora existam, no ordenamento brasileiro, inúmeras medidas voltadas à proteção social dos trabalhadores no contexto do desemprego, fato é que estamos diante de um conjunto de normas ineficientes, mal focalizadas, desconectadas entre si, destoantes da realidade e com baixa penetração na classe trabalhadora.

Nossa hipótese é que a ausência de sistematicidade das normas que disciplinam todas as políticas de mercado de trabalho – ativas, passivas e aquelas trabalhistas propriamente ditas – deve ser encarada como uma das causas de sua baixa cobertura e eficiência.

4. UNIDADE, HARMONIA E ORDENAÇÃO COMO CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS À (RE)CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA

A elaboração de um *verdadeiro* sistema de normas de proteção social no desemprego dotado de *unidade, harmonia e ordenação* – e que considere a complexidade do desemprego na contemporaneidade – propiciaria o atingimento dos objetivos do nosso Estado Social, já que os mais elevados valores “podem ser muito melhor perseguidos através de (...) um Direito

⁶⁶ OIT, op. cit..

⁶⁷ PACKARD, Truman *et al.* *Protecting all: Risk sharing for a diverse and diversifying world of work.* Washington, D.C.: World Bank Publications, 2019, p. 7.

⁶⁸ PACKARD, op. cit., p. 7-8.

ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares e desconexas em demasiado fácil contradição umas com as outras”.⁶⁹

Um sistema jurídico é o conjunto de normas jurídicas válidas em determinado território que não retira seu fundamento de validade de qualquer outra norma jurídica externa a ele. Mas também se entende como sistema um “grupo de normas jurídicas válidas em um mesmo dado momento e que formem um subconjunto de um sistema jurídico” na primeira acepção.⁷⁰ É neste último sentido que trataremos o estudo das normas de proteção social no desemprego.

O “vocábulo sistema é plurissignificativo”.⁷¹ Oriundo etimologicamente do grego – *systemá*, que significa reunião, grupo⁷² –, a palavra traduz ideias que se fazem presentes nos diversos campos do conhecimento humano. No Direito, o conceito evoluiu de um conjunto de objetos, suas características e inter-relações, para contemplar as ideias de *unidade e ordenação*.⁷³

O sistema, tal como aqui se propõe, deve ser pensado como *mais e menos* do que poderíamos identificar como a soma de suas partes. Assim, a um só tempo, rejeitam-se posturas reducionistas – que procuram compreender o todo pela análise de suas partes – ou mesmo holísticas – que, também de forma simplificadora, “negligencia as partes para compreender o todo”.⁷⁴ Deste modo, dialogicamente, abandona-se uma explicação linear, substituindo-a por uma explicação “em movimento circular, onde vamos das partes para o todo, do todo para as partes, para tentar compreender um fenômeno”.⁷⁵

O sistema de normas, ainda, deve ser analisado como parte da complexidade da vida contemporânea, para que tenha “relevância prática”.⁷⁶ O fenômeno jurídico deve ser considerado no seio da sociedade, por uma vertente que enxergue o Direito como variável dependente da sociedade e preocupando-se com a sua facticidade e com a eficácia e a

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

⁷⁰ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 729.

⁷¹ VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 33, 2000, p. 53.

⁷² NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1955, p. 474.

⁷³ CANARIS, op. cit., p. 9-13.

⁷⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 180-181.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 182.

⁷⁶ CANARIS, op. cit., p. 149.

eficiência das relações direito-sociedade.⁷⁷

Portanto, ainda que centrado o objeto de estudo em um sistema de normas (de proteção social no desemprego), é a “análise das interseções das instâncias sociais que permitiram o aparecimento desse ordenamento”⁷⁸ e a sua contraposição com a própria vida em sociedade que nos deixarão “avançar no mundo concreto e real dos fenômenos”.⁷⁹

Como vimos, as regras e políticas de proteção social no desemprego vigentes em nosso país não são dotadas de unidade, harmonia e ordenação. As políticas ativas foram evoluindo no “sentido de uma crescente pulverização de programas e linhas de crédito, criando um quadro difuso e confuso sobre o que, de fato, estava pretendo se estimular”.⁸⁰ De tal sorte, a falta de articulação entre as políticas ativas e estas com as políticas passivas de mercado de trabalho – reflexo da ausência de sistematicidade de suas regras – demanda “uma ampla articulação institucional”⁸¹ visando à (re)construção de todo o sistema de proteção social no desemprego.

Ao passo que trabalhadores egressos do mercado formal de trabalho – que, comparativamente com trabalhadores do setor informal, por exemplo, possuem maiores chances de recolocação no mercado de trabalho⁸² – recebem ampla proteção, particularmente pela via do seguro-desemprego e das indenizações de cunho trabalhista, restam aos que vêm da informalidade as políticas ativas, às quais são destinados poucos investimentos.

Sob outro aspecto, embora existam para dar conta de uma mesma realidade – o desemprego e a desocupação – as inúmeras regras que compõem o sistema de proteção social no desemprego possuem naturezas distintas, ora trabalhistas, ora previdenciárias, ora assistenciais. Cada um destes ramos do Direito é regido por princípios próprios, bem como por lógicas distintas, o que também explica o descompasso entre tais normas.

As normas de cunho previdenciário – nas quais se inserem majoritariamente as políticas passivas, principalmente, o seguro-desemprego – estão calcadas na lógica do seguro social, portanto, dependentes de contribuição e extremamente atreladas ao mercado formal. Já

⁷⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22.

⁷⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A epistemologia da complexidade para uma pesquisa científica no Direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, ano 1, n. 6, 2012, p. 3659.

⁷⁹ MORIN, op. cit., p. 191.

⁸⁰ CHAHAD, op. cit., p. 147.

⁸¹ *Ibid.*, p. 146.

⁸² A experiência prévia em outro emprego foi apontada como um dos atributos importantes – ao lado de possuir um curso profissional e ter maior nível educacional – na recolocação no mercado de trabalho em pesquisa conduzida por Oliveira e Soares (DE OLIVEIRA, Silvano Carmo; SOARES, Ricardo Brito. Eficiência nos Canais de Procura Para o Mercado de Trabalho Brasileiro. In: XLIII ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2016, Florianópolis. *Anais do XLIII Encontro Nacional de Economia: Proceedings of the 43rd Brazilian Economics Meeting*. Florianópolis: ANPEC, 2016).

aquelas de cunho assistencial – particularmente as políticas ativas – calcam-se na seletividade e na ausência de contributividade.

Embora, em tese, complementem-se umas às outras, na realidade, o endurecimento das regras de acesso às políticas passivas acaba excluindo boa parte dos seus destinatários, não obstante a tais programas seja destinada a maior parte dos recursos públicos. Por sua vez, as políticas ativas não registram resultados satisfatórios e a parca fatia de recursos a elas destinado indica que não ocupa a centralidade que lhe é recomendada⁸³ – particularmente em um mercado de trabalho marcado pela alta informalidade, baixos rendimentos e alta rotatividade nos postos de trabalho –, assim como não consegue atingir a todos os que estejam em situação de desemprego involuntário.

Deveria, assim, ser encarado este conjunto de regras de proteção social no desemprego como um *microssistema*, ou seja, um “conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos”⁸⁴, dotado de unidade, harmonia e ordenação. De tal sorte, a formulação de novas políticas e regras de proteção no desemprego – assim como a alteração das medidas já existentes e a própria interpretação destas normas – deveria levar em consideração todo o conjunto – o *microssistema* – de modo a maximizar os resultados.

Ademais, a obrigatoriedade de um monitoramento⁸⁵ constante dos resultados (*outcomes*) das políticas ativas e passivas de mercado de trabalho também contribuiria para uma maior ordenação e harmonização do sistema. Os recursos (*income*) deveriam ser distribuídos levando-se em conta o sistema como um todo e a complexa realidade do mercado de trabalho. A criação de novas políticas ou a reformulação de políticas já existentes devem mirar a classe trabalhadora como um todo, com especial atenção para os que não são suficientemente protegidos, de modo que as medidas possam, efetivamente, se complementar, umas suprimindo os *gaps* de proteção das outras.

A (re)construção de um sistema de proteção social no desemprego, portanto, depende da adoção de medidas de coordenação, diálogo e conexão entre múltiplos e diferentes programas e institutos, aptas a melhorar a eficiência, promover maior igualdade de acesso e ampliar sua cobertura.

5. CONCLUSÕES

⁸³ OIT, op. cit..

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

⁸⁵ Sobre o monitoramento de políticas públicas como um dever jurídico-constitucional, ver: DE BARCELLOS, Ana Paula. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 251-265.

O predomínio de políticas passivas, contributivas e focalizadas no mercado formal faz com que nosso modelo de proteção social no desemprego seja demasiado excludente, tendo em vista as características do mercado de trabalho nacional, notadamente a alta informalidade e o crescimento contínuo do trabalho autônomo, porém, muitas vezes, economicamente dependente, no país.

A articulação destas políticas passivas com normas trabalhistas que visam ao desencorajamento ou ao aumento do custo das dispensas amplia o abismo entre aqueles desocupados egressos do mercado formal e os que, apesar de se encontrarem na mesma situação (desocupados), vêm da informalidade, por exemplo.

Soma-se a isso o largo número de políticas ativas que, embora com aptidão para atender a todos os que estejam em situação de desemprego involuntário – graças à natureza assistencial de seus programas –, recebem poucos recursos, são desarticuladas, destoantes da realidade do mercado de trabalho e não apresentam eficiência satisfatória.

O desemprego, como um fenômeno cada vez mais complexo na contemporaneidade, desafia políticas e soluções integradas e concatenadas com a realidade. O fato de termos inúmeros instrumentos normativos de proteção social no desemprego (com destaque para a enorme quantidade de políticas ativas) – e, ainda assim, um péssimo desempenho nesta seara – indica que devemos olhar para todas essas medidas como um *sistema*, cujos elementos devem ser dotados de unidade, harmonia e ordenação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho??: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ARNAUD, André-Jean *et al.* *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; FOGUEL, Miguel Nathan; BILO, Charlotte. FGTS e fundos individuais de seguro-desemprego: análise comparativa entre países e efeitos no mercado de trabalho. *Mercado de trabalho*, v. 63, out./2017.

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda; FERREIRA, Marcelo Leandro; ARAÚJO, Pedro Lucas. *O novo SINE: mudanças do modelo brasileiro de intermediação de mão de obra*. Brasília: IPEA, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BEVERIDGE, William Henry. *Unemployment: A problem of industry*. Londres: Longmans, 1917.

BOSCHETTI, Ivanete. *Assistência social e trabalho no capitalismo*. São Paulo: Cortez, 2016.

BRASIL. Ministério da Economia. *Observatório Nacional do Mercado de Trabalho: Boletim das políticas públicas de emprego, trabalho e renda*. 3º trimestre, 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2xBARWX>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CAMPOS, Adriano; SOEIRO, José. *A falácia do empreendedorismo*. Lisboa: Bertrand Editora, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASAGRANDE, Cassio. MP 1045: trabalhadores sem direitos trabalhistas e previdenciários. *JOTA*, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/mp-1045-trabalhadores-sem-direitos-trabalhistas-previdenciarios-16082021>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. *Flexibilidade do mercado de trabalho, proteção aos trabalhadores e treinamento vocacional de força de trabalho: a experiência de América Latina e perspectivas (análise do caso brasileiro)*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.

DE BARCELLOS, Ana Paula. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 251-265.

DE OLIVEIRA, Silvando Carmo; SOARES, Ricardo Brito. Eficiência nos Canais de Procura Para o Mercado de Trabalho Brasileiro. In: XLIII ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2016, Florianópolis. *Anais do XLIII Encontro Nacional de Economia: Proceedings of the 43rd Brazilian Economics Meeting*. Florianópolis: ANPEC, 2016.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Câmara aprova substitutivo à Medida Provisória n. 1.045 e aprofunda precarização. *Nota Técnica n. 262*, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec262reformaTrabalhista.html>. Acesso em: 17 ago. 2021.

FURÅKER, Bengt. Unemployment and social protection. In: __. *The Politics of Unemployment in Europe*. Londres: Routledge, 2016.

GARRATY, John A. *Unemployment in history: economic thought and public policy*. Nova Iorque: Harper & Row, 1978.

GAUTIER, Jérôme. Da invenção do desemprego à sua desconstrução. *Mana*, v. 4, 1998, p. 67-83.

GUIMARÃES, Nadya Araujo. Por uma sociologia do desemprego. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, 2002, p. 104-121.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*, 4º trimestre de 2019. IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

_____. *Nota técnica n. 2/2016: Medidas de Subutilização da Força de Trabalho*. IBGE, 2016.

MORGANDI, Matteo; FIETZ, Katharina Maria; ED, Malin Linnea Sofia; DE FARIAS, Alison Rocha; WEBER, Michael. *Enhancing Coverage and Cost-effectiveness of Brazil's Unemployment Protection System: Insights from International Experience (Portuguese)*. Washington, D.C.: World Bank Group, 2020.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1955.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. *Sociologias*, 2006, p. 182-207.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Departamento de Pesquisa. *Experiências exitosas: Políticas ativas de mercado de trabalho na América Latina e no Caribe*. Nota de Pesquisa n. 1. OIT, 2017.

PACKARD, Truman *et al.* *Protecting all: Risk sharing for a diverse and diversifying world of work*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 2019.

RESENDE, Thiago; BRANT, Danielle. Minirreforma trabalhista aprovada na Câmara troca salário por bolsa, reduz FGTS e cria emprego sem vínculo. *Folha de S. Paulo*, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/08/camara-conclui-votacao-de-projeto-que-cria-uma-minirreforma-trabalhista.shtml?origin=folha>. Acesso em: 17 ago. 2021.

ROBALINO, David A.; WEBER, Michael. Designing and implementing unemployment benefit systems in middle and low income countries: beyond risk-pooling vs savings. *IZA Journal of Labor Policy*, v. 2, n. 1, 2013, p. 1-20.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A epistemologia da complexidade para uma pesquisa científica no Direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, ano 1, n. 6, 2012, p. 3.641-3.666.

ROSANVALLON, Pierre. *The new social question: rethinking the welfare state*. Tradução de Barbara Harshav. Nova Jersey: Princeton University Press, 2000.

SALAIS, Robert; BAVEREZ, Nicolas; REYNAUD, Bénédicte. *L'invention du chômage: histoire et transformations d'une catégorie en France des années 1890 aux années 1980*. Paris: Presses Universitaires de France-PUF, 1986.

SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*. Nova Iorque: Basic Books, 2009. E-book (não paginado).

SUPIOT, Alain, et. Al. *Beyond Employment: changes in work and the future of labour law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRATTNER, Walter I. *From poor law to welfare state: A history of social welfare in America*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2007.

VELÁSQUEZ, Mario. *Análisis de la protección ante el desempleo en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL, 2014.

VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 33, 2000.

A EXAUSTÃO E O MEDO NO TRABALHO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19

EXHAUSTION AND FEAR IN THE WORK AGAINST COVID-19

Fernando Silveira Melo Plentz Miranda¹

Alan Martinez Kozyreff²

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar os desafios enfrentados pelos trabalhadores da saúde durante os momentos mais graves da pandemia pelo vírus SarsCov2 e sua repercussão na saúde mental desses profissionais que não puderam realizar o distanciamento social e estavam na linha de frente do combate à doença e conviveram com a perda de grande número de pacientes.

PALAVRAS-CHAVE: Covid; Saúde Mental; Saúde

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os impactos da COVID19 no mundo do trabalho. 3. Os trabalhadores da saúde e a pandemia de COVID 19. 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas

ABSTRACT: This paper analyzes the challenges faced by health workers during the most serious moments of the SarsCov2 virus pandemic virus and its impact on the mental health of these professionals who were unable to maintain social distancing and were on the front line of combating the disease and lived with the loss of a large number of patients.

KEYWORDS: Covid; Mental Health; Health

SUMMARY: Introduction. 2. The impacts of COVID19 on the world of work. 3. Health workers and the COVID 19 pandemic. 4. Final considerations. 5. Bibliographic References

1 INTRODUÇÃO

O conceito de saúde evoluiu ao longo dos anos. Até o século XIX a saúde entendida como a ausência de doenças, tendo o médico Xavier Bichat referido como o silêncio dos órgãos³.

Artigo enviado em 15/06/2022.

Artigo aprovado em 22/06/2022.

¹ Doutor em Educação pela Universidade de Sorocaba, UNISO (2018), Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO, UNIFIEO (2012), Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2006), Coordenador do Curso Direito da UNISO; Presidente do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Curso de Direito da UNISO

² Doutorando em Ciências Farmacêuticas pela Universidade de Sorocaba (UNISO). Mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília e especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário.

³ MANSO, Maria Elisa Gonzales. "A gente não é uma doença, tem muita coisa por trás!" Narrativa de grupo de pessoas portadoras de doença crônicas sobre seu adoecimento. Tese de doutorado em ciências sociais. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/3606/1/Maria%20Elisa%20Gonzalez%20Manso.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

Posteriormente, na medida que os estudos em saúde se tornaram mais sofisticados, as definições de saúde e doença do indivíduo relacionaram-se ao contexto cultural, social, econômico e político.

Neste sentido, o suíço Paracelso (pseudônimo de Philippus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim) médico, alquimista e filósofo, no século XVI, foi o primeiro a identificar que a doença seria provocada por agentes externos, causada por reações químicas. Esta conclusão foi ao encontro da descoberta dos microrganismos por Louis Pasteur no século XIX⁴.

Ocorre que a perturbação dos órgãos, e o conseqüente desenvolvimento das doenças, não se mostravam iguais a todas as pessoas, estando vinculados ao local de moradia e trabalho. Esta foi a conclusão do médico Louis René Villermé (1840) quando publicou um relatório analisando a mortalidade nos diferentes bairros de Paris, concluindo que a saúde estava diretamente condicionada ao nível de renda⁵.

A saúde, portanto, está ligada a um complexo de componentes, não sendo o silêncio dos órgãos, mas a harmonia do meio que a pessoa está inserida.

Esta ideia está refletida na constituição da Organização Mundial da Saúde que, desde 1948 declara que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” e que a fruição do “mais alto padrão de saúde alcançável é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social⁶.

Neste sentido, é bastante aceito que as condições de vida e trabalho das pessoas, bem como, os grupos da população relacionam-se com a saúde.

Luis Le Guillant, psiquiatra francês, um dos fundadores da Psiquiatria Social, estudioso da psicopatologia do trabalho e da ergoterapia, relaciona as transformações das doenças mentais segundo as condições de vida impostas aos pacientes⁷.

Os transtornos mentais já superam os musculares como principal fator de incapacidade laborativa e, portanto, é percebida como um fato de grande impacto social, causando um grande problema de saúde pública, exigindo que os formuladores de políticas públicas uma

⁴ SCLiar, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, pp. 29-41, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt#Modal_Articles. Acessado em: 13 jun. 2022.

⁵ Idem.

⁶ World Health Organization (WHO). Constitution. WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. Disponível em: <https://www.who.int/about/governance/constitution>. Acesso em: 13 jun. 2022.

⁷ LE GUILLANT, Louis. *Escritos de Louis Le Guillant. Da Ergoterapia à psicopatologia do trabalho*. Ed. Vozes. Petrópolis, 2006, p. 26.

melhor compreensão na ligação dos termo saúde e trabalho⁸.

Os principais fatores identificados como risco relacionados ao trabalho, com aumento das taxas de problemas comuns de saúde mental, foram a alta demanda de trabalho, baixo controle do trabalho, baixo suporte social no local de trabalho, desequilíbrio entre o esforço feito no trabalho e a contraprestação recebida, baixa justiça organizacional, baixa justiça organizacional relacional, mudança organizacional, insegurança no trabalho, situação de emprego temporário, jornada de trabalho atípica, bullying e estresse⁹.

O esgotamento profissional, conhecido como *Burnout*, foi reconhecido, pela Organização Mundial da Saúde, como causadora de doença mental no local de trabalho, pela Organização Mundial da Saúde, que classificou pela como um fenômeno ocupacional, na décima primeira revisão da Classificação Internacional de Doenças¹⁰.

2 OS IMPACTOS DA COVID19 NO MUNDO DO TRABALHO

A doença de coronavírus (COVID 19), ao que se sabe, surgiu em dezembro de 2019 na China e rapidamente se espalhou pelo mundo todo. Em 11 de março de 2020 a organização mundial da saúde declarou que o mundo vivia uma pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, causando síndrome respiratória aguda grave, uma doença respiratória altamente contaminante, com altas taxas de internação e óbitos¹¹.

As pessoas infectadas, em geral, podem desenvolver diferenças intensidades, desde graves, evoluindo a óbito a leves ou até mesmo assintomáticos e todos podem transmitir o vírus a outras pessoas¹².

Uma das ferramentas de enfrentamento da pandemia foi o isolamento social, que pôde não apenas diminuir a propagação do vírus (disseminação comunitária), como também

⁸ HARVEY, Samuel. B.; MODINI, Matthew; JOYCE, Sadhbh; MILLIGAN-SAVILLE, Josei S.; TAN, Leona; MYKLETUN, Arnstein; BRYANT, Richard A.; CHRISTENSEN, Helen; Mitchell, Philip. B. Can work make you mentally ill? A systematic meta-review of work-related risk factors for common mental health problems. *Occupational and Environmental Medicine*, v. 74, p. 301–310, 2017. Disponível em: <https://oem.bmj.com/content/74/4/301.long>. Acesso em 13 jun. 2022.

⁹ Idem.

¹⁰ World Health Organization (WHO) Burn-Out an “Occupational Phenomenon”: International Classification of Diseases ;2019. Disponível em: http://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/. Acesso em: 13 jun. 2022.

¹¹ CUCINOTTA D, VANELLI M. **WHO Declares COVID-19 a Pandemic**. *Acta Biomed*, 2020. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹² VACA, Kimberly Massel Rosales; BARRIENTOS, Oscar Ivan Cruz; LOPEZ, Samara Girón; NORIEGA, Saya; ÁRIAS, Adriana More; GUARIENTE, Suzana Maria Menezes; ZAZULA, Robson. Mental health of healthcare workers of Latin American countries: a review of studies published during the first year of COVID-19 pandemic. *Psychiatry Research*, 311, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8900936/pdf/main.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

prevenir o surto¹³.

O desafio que se fez presente foi o de manutenção da atividade produtiva mesmo com necessidade do isolamento das pessoas e então muitos setores econômicos passaram a utilizar maciçamente as tecnologias de informação e de comunicação (TICs), ocorrendo uma transformação digital.

A transformação digital é um termo utilizado por Gregory Vial para indicar um conjunto de mudanças em razão da ampla utilização de tecnologias digitais, implementadas de forma disruptiva nos ambientes sociais¹⁴.

É certo que desde o início do século XX as tecnologias digitais já impactavam o mundo do trabalho de forma a romper com o processo de produção até então vigente, com alteração nas relações de trabalho¹⁵.

De forma mais comum, os recursos adotados pelas empresas foram o teletrabalho e o *home office*, de modo que a prestação dos serviços poderia ocorrer por um computador ou smartphone, utilizando a internet.

Para as empresas de prestação de serviços, a implementação do trabalho a distância é bastante vantajosa, pois ela traz redução de custo fixo como locação de espaços, energia elétrica, manutenção e limpeza dos estabelecimentos¹⁶.

Estas formas de trabalho foram apontadas pela Organização Internacional do Trabalho como um componente relevante na resposta à pandemia de COVID-19¹⁷, tendo em vista que a projeção no início da crise sanitária era de um aumento no desemprego mundial em 25 milhões de pessoas¹⁸.

No entanto, o trabalho com tecnologias da informação e comunicação esbarra na profunda desigualdade no país no acesso à internet. Em estudo desenvolvido pela consultoria

¹³ BIELECKI Michel, ZÜST Roland, SIEGRIST Denise, MEYERHOFER Daniele, CRAMERI Giovanni Andrea Gerardo, STANGA Zeno, STETTbacher Andreas, BUEHRER Thomas Werner, DEUEL Jeremy Werner. Social Distancing Alters the Clinical Course of COVID-19 in Young Adults: A Comparative Cohort Study. **Clin Infect Dis**, 2021. Acesso em 10 jun. 2022.

¹⁴ VIAL, Gregory. Understanding digital transformation: A review and a research agenda. **The Journal of Strategic Information Systems**, 28(2), 118–144, 2012. Acesso em 10 jun. 2022.

¹⁵ PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Tecnologias 4.0, direito ao trabalho e implementação da agenda 2030. *Pensar*, Revista de Ciências Jurídicas, v. 27, n. 1, 2022. Acesso em 11 jun. 2022.

¹⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA: IMPACTOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ADEQUADO. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], n. 15, p. 163–172, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22387>. Acesso em: 11 jun. 2022.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Elementos-chave para um teletrabalho eficaz durante a pandemia de COVID-19. Brasília: OIT, Mar. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740097/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Quase 25 milhões de empregos podem ser perdidos em todo o mundo como resultado da COVID-19, diz OIT. Brasília: OIT, Mar. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

PricewaterhouseCoopers Brasil indica que 100% das pessoas na classe A possuem acesso à internet, enquanto somente 64% das pessoas na classe D, possuem este serviço¹⁹.

A desigualdade no trabalho em casa também foi revelada no caso de pessoas que moram com a família ou amigos, pois houve a necessidade de rivalizar o local do trabalho em residências não adequadas²⁰.

Tal desigualdade reflete até mesmo no potencial do teletrabalho em diferentes regiões do país. Na pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) destacou-se que o Distrito Federal seria o local com maior percentual de potencial de teletrabalho (31,6%), o que representaria 450 mil pessoas, enquanto o estado do Piauí apresenta o menor percentual em potencial de teletrabalho (15,6%), correspondendo a cerca de 192 mil pessoas²¹.

Esta forma de trabalho à distância trouxe um impacto na saúde do trabalhador, pois a tecnologia, como está sendo utilizada é, por vezes, fonte de sofrimento, alienação e estresse, até então nunca vivenciada. A conexão de modo contínuo trouxe uma sociedade doente psiquicamente, ansiosa, frustrada e com depressão, de modo que a exaltação das tecnologias oculta sua novidade²².

Ainda não se sabe o impacto do trabalho realizado em casa, mas é certo que ao não se deslocar até o local de prestação de serviços, há inibição da transição em dois domínios, ou seja, o trabalho e não-trabalho e isso pode representar um fardo para a pessoa²³.

¹⁹ PRICEWATERHOUSECOOPERS BRASIL. **O abismo digital no Brasil**. Como a desigualdade de acesso à internet, a infraestrutura inadequada e a educação deficitária limitam nossas opções para o futuro, 2021. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/O_Abismo_Digital.pdf. Acesso em 11 jun. 2022.

²⁰ Kniffin, Kevin M.; Narayanan, Jayanth; Anseel, Frederik; Antonakis, John; Ashford, Susan P.; Bakker, Arnold B.; Bamberger, Peter; Bapuji, Hari; Bhawe, Devashesh. P.; Choi, Virginia K.; Creary, Stephanie. J.; Demerouti, Evangelia; Flynn, Francis J.; Gelfand, Michele J.; Greer, Lindre L.; Johns, Gary; Keesbir, Selin; Klein, Peter. G.; Lee, Sun Young; Ozcelik, Hakan; Petriglieri, Jennifer Louise; Rothbard, Nancy P.; Rudolph, Cort W.; Shaw, Jason D. Sirola, Nina; Wanberg, Connie R.; Whillans, Ashley; Wilmot, Michael P. et Vugt, Mark Van. COVID- 19 and the workplace: Implications, issues, and insights for future research and action. **American Psychologist**, 76(1), 63–77, jan. 2021. Disponível em: <https://content.apa.org/record/2020-58612-001>. Acesso em: 12 jun. 2022.

²¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; NASCIMENTO, José Antônio Sena. Potencial de teletrabalho na pandemia no Brasil e no mundo. **Carta de Conjuntura**, n. 47, 2º trimestre, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2020/06/potencial-de-teletrabalho-na-pandemia-um-retrato-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em 11 jun. 2022.

²² DURÃES, Bruno; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz; DUTRA, Renata Queiroz. O teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital? **Sociedade e Estado**, v. 36, n. 03, pp. 945-966, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/b56Qnc5Fq73NVbkjZSH3hjj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 11 jun. 2022.

²³ Kniffin, Kevin M.; Narayanan, Jayanth; Anseel, Frederik; Antonakis, John; Ashford, Susan P.; Bakker, Arnold B.; Bamberger, Peter; Bapuji, Hari; Bhawe, Devashesh. P.; Choi, Virginia K.; Creary, Stephanie. J.; Demerouti, Evangelia; Flynn, Francis J.; Gelfand, Michele J.; Greer, Lindre L.; Johns, Gary; Keesbir, Selin; Klein, Peter. G.; Lee, Sun Young; Ozcelik, Hakan; Petriglieri, Jennifer Louise; Rothbard, Nancy P.; Rudolph, Cort W.; Shaw, Jason D. Sirola, Nina; Wanberg, Connie R.; Whillans, Ashley; Wilmot, Michael P. et Vugt, Mark Van. COVID- 19 and the workplace: Implications, issues, and insights for future research and action. **American Psychologist**, 76(1), 63–77, jan. 2021. Disponível em: <https://content.apa.org/record/2020-58612-001>. Acesso em: 12 jun.

Com a diminuição dos casos de internação e morte pelo vírus SarsCov2, a análise da viabilidade pela continuidade ou o retorno ao trabalho presencial é feita pelo capital, que observa tanto a redução de custos com a estrutura produtiva e pela intensificação da exploração dos trabalhadores.

No entanto, uma parcela importante de trabalhadores, em razão das atividades exercidas, não conseguiu manter o distanciamento social e se proteger de forma relevante a contaminação pelo vírus SarsCov2, os profissionais da saúde.

3 OS TRABALHADORES DA SAÚDE E A PANDEMIA DE COVID 19

Os enfermeiros representam em torno de 50% da força de trabalho em saúde, o que representa 20,7 milhões de pessoas em todo o mundo e são profissionais que muitas vezes enfrentam grandes desafios em seu trabalho diário, convivem com baixo prestígio, baixa percepção pública, baixo reconhecimento financeiro, sobrecarga de trabalho, condições estressantes de trabalho e a falta de gratificação profissional²⁴.

De todas as profissões, os trabalhadores na saúde, em todo o mundo tem desenvolvido altas taxas de ausência por doença, esgotamento e angústia em comparação com outras profissões. Esta pressão possui um adicional com o rápido envelhecimento da população, das crescentes cargas de doenças crônicas e com a necessidade de se atingir ao objetivo triplo: melhorar a experiência do paciente, os resultados do paciente e a eficiência.

O *burnout* também tem grande incidência em médicos, por estarem expostos a um alto nível de estresse no trabalho, com inclusão da exaustão emocional, despersonalização e baixa realização pessoal²⁵.

Esta grande incidência impacta negativamente no atendimento ao paciente e na equipe médica, ocasionando um maior índice de erros.

Essa classe trabalhadora, como visto, antes mesmo da COVID19, já possuía índices que indicavam possuírem saúde mental mais abalada do que a população em geral, potencializada pela precarização das condições de trabalho dos profissionais de saúde²⁶.

2022.

²⁴ SOUZA, Tamires Patrícia; ROSSETTO, Maíra; ALMEIDA, Carlos Podalirio Borges de. Impact of COVID-19 in nursing professionals: systematic review and meta-analysis. **Trabalho, Educação e Saúde** [online], v. 20, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/zRDGfrMMHx9ThNqRcxbhFhp/?format=pdf&lang=en>. Acesso em jun., 2022.

²⁵ ROMANI, Maia; ASHKAR, Khalil. Burnout among physicians. **Libyan J Med**, v. 17, 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3929077/>. Acesso em 13 jun. 2022.

²⁶ PIRES, Denise Elvira. Precarização do trabalho em saúde. p. 317-320. In: PEREIRA, Isabel Brasil; LIMA, Júlio César França. (orgs). **Dicionário da educação profissional em saúde**. 2 ed. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008.

Posteriormente à pandemia, essa situação se agravou²⁷.

A rápida disseminação do vírus trouxe um sobrecarregamento das estruturas de saúde no mundo toda uma das principais causas do insucesso nos cuidados foi a falta de profissionais habilitados, estruturas especializadas, notadamente de cuidados intensivos e a sobrecarga das unidades de reabilitação²⁸.

As equipes de trabalhadores na saúde não enfrentaram apenas o desafio de recuperação das pessoas internadas, mas o aumento da carga de trabalho e o medo de contágio de si e suas famílias, trabalhando com protocolos e equipamentos de proteção individual (EPIs) novos e frequentemente alterados, causando um abalo psicológico²⁹.

O abalo moral, sentido por esses profissionais, advém da ideia de se romper com aquilo que seria correto em uma situação de alto risco. As formas de dano moral prejudicam a capacidade de confiança e elevam o desespero, o suicídio e a violência interpessoal³⁰.

Isso se tornou mais grave na região da América Latina, pois foi considerada pela Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) como o epicentro do sofrimento do mundo, tendo em vista que em 21 de maio de 2021 quase 89% das mortes ocorreram em cinco países: Brasil (44,3%), México (22,1%), Colômbia (8,3%), Argentina (7,3) e Peru (6,7%). Neste mesmo período, mais de 153,5 milhões de pessoas tinham sido imunizadas nas Américas, mas apenas 21,6% estavam na América Latina e no Caribe³¹.

Em diversas situações, os profissionais precisavam tomar decisões difíceis sobre quem é adequado para tratamentos invasivos, como suporte de vida e quem não é.

O impacto psicológico não afetou somente os trabalhadores da saúde, mas seus familiares, que conviviam com o medo do seu ente se contaminar. Em pesquisa realizada na

²⁷ VACA, Kimberly Massel Rosales; BARRIENTOS, Oscar Ivan Cruz; LOPEZ, Samara Girón; NORIEGA, Saya; ÁRIAS, Adriana More; GUARIENTE, Suzana Maria Menezes; ZAZULA, Robson. Mental health of healthcare workers of Latin American countries: a review of studies published during the first year of COVID-19 pandemic. *Psychiatry Research*, 311, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8900936/pdf/main.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

²⁸ FARÌ, Giacomo; SIRE, Alessandro de; GIORGIO Vincent; RIZZO Laura; BRUNI Antonella; BIANCHI Francesco P.; ZONNO, Alessandro; PIERUCCI, Paola; RANIERI, Maurizio; MEGNA, Mariza. Impact of COVID-19 on the mental health in a cohort of Italian rehabilitation healthcare workers. *J Med Virol*. v. 94, p. 110-118, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8426878/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

²⁹ WALTON Matthew, MURRAY Esther, CHRISTIAN Michael D. Mental health care for medical staff and affiliated healthcare workers during the COVID-19 pandemic. *Eur Heart J Acute Cardiovasc Care*. 2020 Apr;9(3):241-247. doi: 10.1177/2048872620922795, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7189614/>.

³⁰ JONATHAN, Shay. Moral Injury. *Psychoanalyt Psychol*, v. 31, n. 2, p. 182-191, 2014. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fa0036090>. Acesso em: 11 jun. 2022.

³¹ Pan American Health Organization. Latin America and the Caribbean surpass 1 million COVID deaths, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/en/news/21-5-2021-latin-america-and-caribbean-surpass-1-million-covid-deaths>. Acesso em 11 jun. 2022.

Turquia descobriu que os filhos de profissionais de saúde possuíam níveis significativamente mais elevados de ansiedade em comparação com outras crianças³².

Esta condição também estava relacionada ao fato da incapacidade dos pais, trabalhadores de saúde, de se dedicar tempo suficiente à família e à ansiedade diante das mudanças na vida diária. Taxas mais elevadas de depressão também foram determinados em crianças cujos pais eram ambos profissionais de saúde, podendo isso advir do risco de ambos os pais adoecerem³³.

Os sintomas de ansiedade e depressão moderada e grave foram associados à diminuição da qualidade do sono e à insônia, sendo este fato mais comum entre aqueles que viviam com bebês ou familiares idosos. A ansiedade grave foi associada ao contato direto do tratamento com COVID-19 e à falta do adequado equipamento de proteção individual (EPI)³⁴.

Os profissionais médicos, atuantes na linha de frente no enfrentamento da COVID-19 apresentaram níveis mais altos de ansiedade em comparação com os profissionais de saúde que não estão na linha de frente³⁵.

Alguns estudos relataram que altos níveis de exaustão e fadiga no trabalho foram prevalentes nos profissionais da saúde, com maior incidência de trauma psicológico e angústia nos mais jovens³⁶.

Neste sentido, nos Estados Unidos constatou-se que os trabalhadores da saúde, em contato direto com pacientes com COVID19 relatou maiores sintomas de estresse pós-traumático do que o grupo sem contato³⁷.

Na Itália, os profissionais da saúde que trabalharam com pacientes com COVID-19 tinham maior risco de estresse, *burnout*, trauma secundário, ansiedade e depressão e ainda

³² ALMIS Habip; ALMIS, Han B.; BUCAK Ibrahim Hakan. Mental health of children of health workers during the COVID-19 pandemic: A cross-sectional study. **Clin Child Psychol Psychiatry**, v. 27, p. 104-111, 2022. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8829220/pdf/10.1177_13591045211016527.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

³³ Idem.

³⁴ MOITRA, Modhurima; RAHMAN, Muhammad; COLLINS, Pamela Y.; GOHAR, Fatima; WEAVER, Marcia; KINUTHIA, John; RÖSSLER, Wulf; PETERSEN, Stefan; UNUTZER, Jurgen; SAXENA, Shekhar; HUANG, Keng Yen; LAI, Joanna; KUMAR, Manasi. Mental Health Consequences for Healthcare Workers During the COVID-19 Pandemic: A Scoping Review to Draw Lessons for LMICs. **Frontiers in Psychiatry**, v. 12, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7873361/pdf/fpsy-12-602614.pdf>. Acesso em jun. 2022.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ HURST Kelly T.; BALLARD, Elizabeth D.; ANDERSON, Grace E.; GREENSTEIN, Dede K.; CAVANAUGH Grace W.; DWYER, Elspeth; SWARTZ Kimberly; ZARATE, Carlos A. Jr.; CHUNG Joyce Y.; PARK Lawrence T. The mental health impact of contact with COVID-19 patients on healthcare workers in the United States. **Psychiatry Res.** V. 308:114359, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8709733/pdf/main.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

eram estes profissionais que possuíam maior incidência em pedir apoio psicológico³⁸.

No Brasil, os sintomas de depressão severa e moderada foram observados, respectivamente, em 18,5% e 17,1% de um estudo entre os profissionais atuantes em unidades de saúde no Rio de Janeiro. Quanto à ansiedade, 29,6% dos trabalhadores foram classificados com sintomas de ansiedade severa e 17,9% com sintomas de ansiedade moderada. Os sintomas de estresse severo ou moderado foram observados, respectivamente, em 21,5% e 14,2% dos trabalhadores³⁹.

Outro sintoma bastante comum nos profissionais da saúde, ante a pandemia de COVID19, é o medo.

Christophe Dejours já relacionou o medo como uma das dimensões da vivência dos trabalhadores⁴⁰ e, no caso dos profissionais da saúde, o risco de contaminação pelo vírus SarsCov2, era o de morte.

No Brasil, em 2021, 43,2% dos profissionais de saúde relataram que não se sentiam protegidos no trabalho e o principal motivo, para 23% está relacionado à falta, à escassez e à inadequação do uso de EPIs. O medo generalizado de se contaminar no trabalho esteve presente em 18% das respostas⁴¹.

O potencial estresse mental devido ao EPI inadequado se mostrou muito alto e complicado para alguns trabalhadores pela quarentena no local de trabalho e colocou os enfermeiros em posições de alta vulnerabilidade. Para outros profissionais o mais impactante foi a quantidade de horas de trabalho⁴².

Em período em que a vacina não estava disponível, houve vários casos de suicídio por profissionais da saúde. O primeiro caso foi na Itália, uma enfermeira que trabalhava na ala COVID-19 de um hospital estava com febre e fez um teste para COVID-19 e, quando estava

³⁸ TRUMELLO Carmen; BRAMANTI Sonia Monique; BALLAROTTO Giulia; CANDELORI Carla; CERNIGLIA Luca; CIMINO Silvia; CRUDELE, Monia; LOMBARDI, Lucia; PIGNATARO, Silvia; VICECONTI, Maria Luisa; BABORE, Alessandra. Psychological Adjustment of Healthcare Workers in Italy during the COVID-19 Pandemic: Differences in Stress, Anxiety, Depression, Burnout, Secondary Trauma, and Compassion Satisfaction between Frontline and Non-Frontline Professionals. *Int J Environ Res Public Health*, v. 17, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7696387/pdf/ijerph-17-08358.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

³⁹ SILVA-COSTA, Aline; GRIEP, Rosane Harter; ROTENBERG, Lúcia. Percepção de risco de adoecimento por COVID-19 e depressão, ansiedade e estresse entre trabalhadores de unidades de saúde. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 38, n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/LVkm4gdrWGJ98pb3SHVVPFWL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 12 jun. 2022.

⁴⁰ DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho*. Ed. Cortez. 6 ed. São Paulo, 2015, p. 81.

⁴¹ LEONEL, Filipe. Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP)/Fiocruz, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 13 jun. 2022.

⁴² RAHMAN, Ashikur; PLUMMER, Virginia. COVID-19 related suicide among hospital nurses; case study evidence from worldwide media reports. *Psychiatry research* v. 291, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7331553/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

esperando o resultado saltou no rio. Outros demais casos foram relatados na Inglaterra, nos Estados Unidos, no México e na Índia⁴³.

Nesta situação, os trabalhadores da saúde estão expostos a riscos relacionados à sua integridade física, tais como, os trabalhadores da construção civil, em profundidade, pesca em alto-mar e na preparação de produtos tóxicos, estes últimos relatados por Dejours⁴⁴.

Estes trabalhadores encontram-se com o chamado risco residual citado por Dejours como aquele que não é completamente eliminado pela organização do trabalho e que deve ser assumido individualmente⁴⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio enfrentado pelos profissionais da saúde durante a grave crise de infecção pela COVID19 pode ser equiparado com aqueles enfrentados pelos mesmos trabalhadores em momentos de guerra e outras pandemias.

Não havia o amanhã, ou poderia não haver amanhã, a mobilização e a entrega desses trabalhadores foram dignas de atos de verdadeiros heróis.

A estrutura e a proteção oferecidas no ambiente de trabalho muitas vezes não foram as recomendadas e mesmo assim eles estavam lá, acolhendo, cuidando, curando e sendo muitas vezes sendo a última imagem vista pelo paciente, em vida.

Devemos olhar o futuro com os olhos do passado. É urgente a mudança do modelo de suporte estrutural, seja físico ou mental. Há necessidade de, passando esta grave crise, haja monitoramento e avaliação de saúde para manutenção desta relevante força de trabalho.

Para reduzir a carga de estresse há necessidade de maior valorização desta profissão, com salários condizentes, um meio ambiente saudável, com suprimentos adequados de EPI em quantidade e qualidade e medidas de controle de infecção. Isso é apenas o mínimo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ahern DK. Challenges and opportunities of eHealth research. *Am J Prev Med.* 2007 May;32(5 Suppl):S75-82. doi: 10.1016/j.amepre.2007.01.016. PMID: 17466822. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17466822/>.

⁴³ Idem.

⁴⁴ DEJOURS, Christophe. A Loucura do Trabalho. Ed. Cortez. 6 ed. São Paulo, 2015, p. 82.

⁴⁵ Idem, p. 83.

ALMIS Habip; ALMIS, Han B.; BUCAK Ibrahim Hakan. Mental health of children of health workers during the COVID-19 pandemic: A cross-sectional study. **Clin Child Psychol Psychiatry**, v. 27, p. 104-111, 2022. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8829220/pdf/10.1177_13591045211016527.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

BIELECKI M, Züst R, Siegrist D, Meyerhofer D, Cramer GAG, Stanga Z, Stettbacher A, Buehrer TW, Deuel JW. Social Distancing Alters the Clinical Course of COVID-19 in Young Adults: A Comparative Cohort Study. **Clin Infect Dis**, v. 16, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32594121/>. Acesso em 11 jun. 2022.

BIELECKI Michel, ZÜST Roland, SIEGRIST Denise, MEYERHOFER Daniele, CRAMERI Giovanni Andrea Gerardo, STANGA Zeno, STETTbacher Andreas, BUEHRER Thomas Werner, DEUEL Jeremy Werner. Social Distancing Alters the Clinical Course of COVID-19 in Young Adults: A Comparative Cohort Study. **Clin Infect Dis**, 2021. Acesso em 10 jun. 2022.

CLARKE, Richard N. Expanding mobile wireless capacity: the challenges presented by technology and economics. **Telecommun Policy**, v. 39, p. 693–708, 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596113001900>. Acesso em: 11 jun. 2022.

COVID-19 Pandemic: A Scoping Review to Draw Lessons for LMICs. **Frontiers in Psychiatry**, v. 12, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7873361/pdf/fpsyt-12-602614.pdf>. Acesso em jun. 2022.

CUCINOTTA D, VANELLI M. **WHO Declares COVID-19 a Pandemic**. Acta Biomed, 2020. Acesso em: 10 jun. 2022.

CUCINOTTA Domenico; VANELLI Maurizio. WHO Declares COVID-19 a Pandemic. **Acta Biomed**, v. 19, p. 157-160. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32191675/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

DURÃES, Bruno; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz; DUTRA, Renata Queiroz. O teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital? **Sociedade e Estado**, v. 36, n. 03, pp. 945-966, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/b56Qnc5Fq73NVbkjZSH3hjj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 11 jun. 2022.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA: IMPACTOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ADEQUADO. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], n. 15, p. 163–172, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22387>. Acesso em: 11 jun. 2022.

FARÌ, Giacomo; SIRE, Alessandro de; GIORGIO Vincent; RIZZO Laura; BRUNI Antonella; BIANCHI Francesco P.; ZONNO, Alessandro; PIERUCCI, Paola; RANIERI, Maurizio; MEGNA, Mariza. Impact of COVID-19 on the mental health in a cohort of Italian rehabilitation healthcare workers. **J Med Virol.**, v. 94, p. 110-118, 2021. Disponível em:

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8426878/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

FIORDELLI, Maddalena; DIVIANI, Nicola; SCHULZ, Peter J. (2013). Mapping mHealth research: uma década de evolução. **Journal of medical Internet research**, 15 (5), e95. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3668610/>

HARVEY, Samuel. B., MODINI, Matthew; JOYCE, Sadhbh; MILLIGAN-SAVILLE, Josei S.; TAN, Leona; MYKLETUN, Arnstein; BRYANT, Richard A.; CHRISTENSEN, Helen; Mitchell, Philip. B. Can work make you mentally ill? A systematic meta-review of work-related risk factors for common mental health problems. **Occupational and Environmental Medicine**, v. 74, p. 301–310, 2017. Disponível em: <https://oem.bmj.com/content/74/4/301.long>. Acesso em 13 jun. 2022.

HURST Kelly T.; BALLARD, Elizabeth D.; ANDERSON, Grace E.; GREENSTEIN, Dede K.; CAVANAUGH Grace W.; DWYER, Elspeth; SWARTZ Kimberly; ZARATE, Carlos A. Jr.; CHUNG Joyce Y; PARK Lawrence T. The mental health impact of contact with COVID-19 patients on healthcare workers in the United States. **Psychiatry Res.**, v. 308, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8709733/pdf/main.pdf>. Acesso em 12 jun. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; NASCIMENTO, José Antônio Sena. Potencial de teletrabalho na pandemia no Brasil e no mundo. **Carta de Conjuntura**, n. 47, 2º trimestre, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2020/06/potencial-de-teletrabalho-na-pandemia-um-retrato-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em 11 jun. 2022.

JONATHAN, Shay. Moral Injury. **Psychoanalyt Psychol**, v. 31, n. 2, p. 182-191, 2014. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fa0036090>. Acesso em: 11 jun. 2022.

KNIFFIN, Kevin M.; Narayanan, Jayanth; Anseel, Frederik; Antonakis, John; Ashford, Susan P.; Bakker, Arnold B.; Bamberger, Peter; Bapuji, Hari; Bhave, Devasheesh. P.; Choi, Virginia K.; Creary, Stephanie. J.; Demerouti, Evangelia; Flynn, Francis J.; Gelfand, Michele J.; Greer, Lindre L.; Johns, Gary; Kesebir, Selin; Klein, Peter. G; Lee, Sun Young; Ozelik, Hakan; Petriglieri, Jennifer Louise; Rothbard, Nancy P.; Rudolph, Cort W; Shaw, Jason D. Sirola, Nina; Wanberg, Connie R.; Whillans, Ashley; Wilmot, Michael P. et Vugt, Mark Van. COVID-19 and the workplace: Implications, issues, and insights for future research and action. **American Psychologist**, 76(1), 63–77, jan. 2021. Disponível em: <https://content.apa.org/record/2020-58612-001>. Acesso em: 12 jun. 2022.

KNIFFIN, Kevin M.; Narayanan, Jayanth; Anseel, Frederik; Antonakis, John; Ashford, Susan P.; Bakker, Arnold B.; Bamberger, Peter; Bapuji, Hari; Bhave, Devasheesh. P.; Choi, Virginia K.; Creary, Stephanie. J.; Demerouti, Evangelia; Flynn, Francis J.; Gelfand, Michele J.; Greer, Lindre L.; Johns, Gary; Kesebir, Selin; Klein, Peter. G; Lee, Sun Young; Ozelik, Hakan; Petriglieri, Jennifer Louise; Rothbard, Nancy P.; Rudolph, Cort W; Shaw, Jason D. Sirola, Nina; Wanberg, Connie R.; Whillans, Ashley; Wilmot, Michael P. et Vugt, Mark Van. COVID-19 and the workplace: Implications, issues, and insights for future research and action. **American Psychologist**, v. 76, p. 63–77, jan. 2021. Disponível em: <https://content.apa.org/record/2020-58612-001>. Acesso em: 12 jun. 2022.

LE GUILLANT, Louis. Escritos de Louis Le Guillant. Da Ergoterapia à psicopatologia do trabalho. **Ed. Vozes**. Petrópolis, 2006.

LEONEL, Filipe. Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP)/Fiocruz, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 13 jun. 2022.

MANSO, Maria Elisa Gonzales. “A gente não é uma doença, tem muita coisa por trás!” Narrativa de grupo de pessoas portadoras de doença crônicas sobre seu adoecimento. Tese de doutorado em ciências sociais. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/3606/1/Maria%20Elisa%20Gonzalez%20Manso.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

MOITRA, Modhurima; RAHMAN, Muhammad; COLLINS, Pamela Y.; GOHAR, Fatima; WEAVER, Marcia; KINUTHIA, John; RÖSSLER, Wulf; PETERSEN, Stefan; UNUTZER, Jurgen; SAXENA, Shekhar; HUANG, Keng Yen; LAI, Joanna; KUMAR, Manasi. Mental Health Consequences for Healthcare Workers During the

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Elementos-chave para um teletrabalho eficaz durante a pandemia de COVID-19. Brasília: OIT, Mar. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740097/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Quase 25 milhões de empregos podem ser perdidos em todo o mundo como resultado da COVID-19, diz OIT. Brasília: OIT, Mar. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 Jun. 2020.

PAGLIARI Claudia; SLOAN David; GREGOR Peter; SULLIVAN, Frank.; DON DETMER; KAHAN, James; OORTWIJN Wija; MACGILLIVRAY, Steve. What is eHealth? A scoping exercise to map the field. **Journal of Medical Internet RESEARCH**, v. 7, 2005. Disponível em: <https://www.jmir.org/2005/1/e9/PDF>. Acesso em: 10 jun. 2022.

Pan American Health Organization. Latin America and the Caribbean surpass 1 million COVID deaths, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/en/news/21-5-2021-latin-america-and-caribbean-surpass-1-million-covid-deaths>. Acesso em 11 jun. 2022.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Tecnologias 4.0, direito ao trabalho e implementação da agenda 2030. **Pensar, Revista de Ciências Jurídicas**, v. 27, n. 1, 2022. Acesso em 11 jun. 2022.

PIRES, Denise Elvira. Precarização do trabalho em saúde. p. 317-320. In: PEREIRA, Isabel Brasil; LIMA, Júlio César França. (orgs). **Dicionário da educação profissional em saúde**. 2 ed. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008.

PRICEWATERHOUSECOOPERS BRASIL. **O abismo digital no Brasil**. Como a desigualdade de acesso à internet, a infraestrutura inadequada e a educação deficitária limitam nossas opções para o futuro, 2021. Disponível em:

https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/O_Abismo_Digital.pdf. Acesso em 11 jun. 2022.

ROMANI, Maia; ASHKAR, Khalil. Burnout among physicians. **Libyan J Med**, v. 17, 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3929077/>. Acesso em 13 jun. 2022.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1, pp. 29-41, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt#ModalArticles>. Acessado em: 13 jun. 2022.

SILVA-COSTA, Aline; GRIEP, Rosane Harter; ROTENBERG, Lúcia. Percepção de risco de adoecimento por COVID-19 e depressão, ansiedade e estresse entre trabalhadores de unidades de saúde. **Cadernos de Saúde Pública** [online], v. 38, n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/LVkm4gdrWGJ98pb3SHVPPFWL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 12 jun. 2022.

SOUZA, Tamires Patrícia; ROSSETTO, Maíra; ALMEIDA, Carlos Podalirio Borges de. Impact of COVID-19 in nursing professionals: systematic review and meta-analysis. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 20, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/zRDGfrMMHx9ThNqRcxbhFhp/?format=pdf&lang=en>. Acesso em jun., 2022.

TRUMELLO Carmen; BRAMANTI Sonia Monique; BALLAROTTO Giulia; CANDELORI Carla; CERNIGLIA Luca; CIMINO Silvia; CRUDELE, Monia; LOMBARDI, Lucia; PIGNATARO, Silvia; VICECONTI, Maria Luisa; BABORE, Alessandra. Psychological Adjustment of Healthcare Workers in Italy during the COVID-19 Pandemic: Differences in Stress, Anxiety, Depression, Burnout, Secondary Trauma, and Compassion Satisfaction between Frontline and Non-Frontline Professionals. **Int J Environ Res Public Health**, v. 17, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7696387/pdf/ijerph-17-08358.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

VACA, Kimberly Massel Rosales; BARRIENTOS, Oscar Ivan Cruz; LOPEZ, Samara Girón; NORIEGA, Saya; ÁRIAS, Adriana More; GUARIENTE, Suzana Maria Menezes; ZAZULA, Robson. Mental health of healthcare workers of Latin American countries: a review of studies published during the first year of COVID-19 pandemic. **Psychiatry Research**, 311, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8900936/pdf/main.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

VACA, Kimberly Massel Rosales; BARRIENTOS, Oscar Ivan Cruz; LOPEZ, Samara Girón; NORIEGA, Saya; ÁRIAS, Adriana More; GUARIENTE, Suzana Maria Menezes; ZAZULA, Robson. Mental health of healthcare workers of Latin American countries: a review of studies published during the first year of COVID-19 pandemic. **Psychiatry Research**, 311, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8900936/pdf/main.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

VIAL, Gregory. Understanding digital transformation: A review and a research agenda. **The Journal of Strategic Information Systems**, 28(2), 118–144, 2012. Acesso em 10 jun. 2022.

VILLERMÉ, Louis René. *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers*. Paris: J.

Renouard., 1840. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6503b.pdf>. Acessado em: 12 jun. 2022.

WALTON Matthew, MURRAY Esther, CHRISTIAN Michael D. Mental health care for medical staff and affiliated healthcare workers during the COVID-19 pandemic. **Eur Heart J Acute Cardiovasc Care**. 2020 Apr;9(3):241-247. doi: 10.1177/2048872620922795, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7189614/>.

World Health Organization (WHO). Constitution. WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. Disponível em: <https://www.who.int/about/governance/constitution>. Acesso em: 13 jun. 2022.

World Health Organization (WHO) Burn-Out an “Occupational Phenomenon”: International Classification of Diseases ;2019. Disponível em: http://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/. Acesso em: 13 jun. 2022.

**EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL
DE BOLIVIA: UN AVANCE EN LA TEORÍA Y PRÁCTICA
CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA**

**THE ROLE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN BOLIVIA'S
NEW CONSTITUTION: A FRESH STEP IN LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONAL THEORY AND PRACTICE**

(Primera Parte)

Nataly Viviana Vargas Gamboa¹

RESUMEN: El presente artículo argumenta que el marco de protección de los Derechos Humanos de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia representa un gran avance en el desarrollo de la teoría y práctica constitucional latinoamericana, orientándose al reconocimiento y cumplimiento de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En primer lugar, se analiza el marco constitucional general de reconocimiento de los Derechos Humanos en Bolivia. En segundo lugar, se demuestra que los artículos referentes a la interpretación de los derechos humanos en la Constitución boliviana permiten la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno boliviano. En tercer lugar, se explora la jerarquía que se otorga al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema nacional y las claves para su aplicación. En cuarto lugar, sobre la base de la discusión de la configuración del sistema de protección de derechos en Bolivia, este artículo analiza las implicaciones de la Constitución Boliviana en relación a la integración y respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Derechos fundamentales; Ley Internacional; Constitución Boliviana; Supraconstitucionalidad.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 El Reconocimiento de los Derechos Humanos en la Constitución Boliviana. 2.1 Un Breve Repaso del Reconocimiento y Protección de los Derechos en La Historia Constitucional Boliviana. 2.1.1 Los Derechos Fundamentales en la Historia Boliviana. 2.1.2 El Derecho Internacional en la Historia Constitucional Boliviana. 2.2 El Nuevo Catálogo de Derechos de La Constitución Boliviana De 2009. 2.2.1 Los Derechos en la Constitución Boliviana de 2009. 2.2.2 Las obligaciones del Estado Boliviano en la Protección de los Derechos. 3 La Interpretación de los Derechos a través del Derecho Internacional. 3.1 La Interpretación de Los Derechos Constitucionales en Bolivia. 3.1.1 La Cláusula Abierta para La Incorporación de Derechos. 3.1.2 El Artículo 13.IV «In Fine» de la Constitución Boliviana. 3.1.3 El Artículo 256.II de la Constitución Boliviana de 2009. 3.2 La Interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 3.2.1 La Interpretación de las Cláusulas de Apertura por el Tribunal Constitucional Plurinacional. 3.2.2 La Interpretación de los Derechos Indígenas en la Constitución Boliviana de 2009. 4 La Posición del Derecho Internacional en El Sistema de Fuentes Boliviano. 4.1 Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en El Bloque de Constitucionalidad Boliviano. 4.1.1 Artículo 410.Ii. 4.1.2 Las Implicaciones de la Inclusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Bloque de Constitucionalidad. 4.2 La Supraconstitucionalidad de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en La Constitución Boliviana De 2009. 4.2.1 Los Artículos 13.Vi Ad Initio Y 256.I Y La Supraconstitucionalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 4.2.2 Las Implicaciones de La Supraconstitucionalidad del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. 5 Conclusiones. Conclusión 5.1 El Catálogo de Derechos Boliviano requiere indefectiblemente de los Estándares Mínimos de Protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Artigo enviado em 21/06/2022

Artigo aprovado em 30/06/2022

¹ Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca – España y Doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Profesora Asociada del Centro Universitario de Brasilia y Profesora Invitada del Instituto Nórdico de Estudios Lationamericanos de la Universidad de Estocolmo. Deseo agradecer a los profesores Roberto Toniatti y Tom Ginsburg por los comentarios sobre mi tesis doctoral, tesis que es la base del presente artículo. La primera versión de este artículo fue publicada en inglés por la Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Pensilvania, disponible en <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol42/iss3/2/>

Conclusión 5.2 La Fundamentación del Mejor Canon Hermenéutico Utilizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional debe expresarse en Sentencia. Conclusión 5.3 La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia se Dirige hacia un Sistema Pluralista de Protección de Derechos. 6. Bibliografía.

ABSTRACT: This Article argues that the Bolivian Constitution's framework for human rights marks a fresh and novel development in Latin American constitutional theory and practice, moving towards closer compliance with internationally recognized human rights standards. First, it discusses the features of the framework of Bolivia's 2009 Constitution for the recognition of human rights. Second, it probes several key provisions in the new constitution concerning the interpretation of rights that allow for the admission of international human rights law into the domestic legal system. Third, it explores the hierarchical status granted to international human rights treaties at the domestic level and the keys to their implementation. Fourth, on the basis of a discussion on the configuration of the system of protection of rights in Bolivia, this Article attempts to develop the implications of the Bolivian Constitution for integration and respect for international human rights law within the larger context of the Inter-American legal system.

KEYWORDS: Human Rights; Fundamental Rights; International Law; Bolivian Constitution; Supraconstitutionality.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 The Recognition of Human Rights in the Bolivian Constitution. 2.1 A Brief Review of the Recognition and Protection of Rights in Bolivian Constitutional History. 2.1.1 Fundamental Rights in Bolivian History. 2.1.2 International Law in Bolivian Constitutional History. 2.2 The New Catalog of Rights of the Bolivian Constitution of 2009. 2.2.1 The Rights in the Bolivian Constitution of 2009. 2.2.2 The obligations of the Bolivian State in the Protection of Rights. 3 The Interpretation of Rights through International Law. 3.1 The Interpretation of Constitutional Rights in Bolivia. 3.1.1 The Open Clause for the Incorporation of Rights. 3.1.2 Article 13.IV "In Fine" of the Bolivian Constitution. 3.1.3 Article 256.II of the Bolivian Constitution of 2009. 3.2 The Interpretation of the Plurinational Constitutional Court of Bolivia. 3.2.1 The Interpretation of the Opening Clauses by the Plurinational Constitutional Court. 3.2.2 The Interpretation of Indigenous Rights in the Bolivian Constitution of 2009. 4 The Position of International Law in the Bolivian Source System. 4.1 International Human Rights Treaties in the Bolivian Constitutional Block. 4.1.1 Article 410.II. 4.1.2 The Implications of the Inclusion of International Human Rights Law in the Constitutional Block. 4.2 The Supraconstitutionality of International Human Rights Instruments in the Bolivian Constitution of 2009. 4.2.1 Articles 13.Vi Ad Initio and 256.I And The Supraconstitutionality of International Human Rights Law. 4.2.2 The Implications of the Supraconstitutionality of International Human Rights Law. 5. Conclusions. Conclusion 5.1 The Bolivian Catalog of Rights unfailingly requires the Minimum Standards of Protection of International Human Rights Law. Conclusion 5.2 The Basis for the Best Hermeneutical Canon Used by the Plurinational Constitutional Court must be expressed in a Judgment. Conclusion 5.3 The Constitution of the Plurinational State of Bolivia is Directed towards a Pluralist System for the Protection of Rights. 6. Bibliography.

I INTRODUCCIÓN

Desde 2005 a 2009 Bolivia vivió la transformación política y constitucional más profunda de su historia, quizá una de las más profundas radicales transformaciones de la América Latina de los últimos cincuenta años. Bolivia no ha sido de gran interés para los especialistas y estudiosos del derecho, a pesar de ser la quinta nación más grande en Latinoamérica y la que proporcionalmente cuenta con una mayor población indígena. La nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, resultado de una Asamblea Constituyente (2006-2008) extraordinariamente participativa, adoptada por referendo popular el 2009, marca el quiebre de las tradicionales formas de construcción constitucional en América Latina². En particular, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia crea un novedoso marco para la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. En esencia, la Constitución boliviana permite la aplicación de las normas del Derecho Internacional de los

² SCHILLING-VACAFLOR, Almut: "Bolivia's New Constitution: Towards Participatory Democracy and Political Pluralism?"; 90 EUR. REV. LATIN AM. & CARIBBEAN STUD. 3, 3-4, 7. 2011.

Derechos Humanos para ampliar la protección de los derechos, que llegan inclusive a su declaración de supraconstitucionalidad. Bolivia, por lo tanto, ofrece un nuevo caso de estudio en la evolución constitucional hacia una mayor apertura al Derecho Internacional y sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos.

Para la estructura del presente artículo se considerarán tres grandes temas. En primer lugar, las particularidades del marco de reconocimiento de los derechos en la nueva Constitución boliviana. En segundo lugar, las cláusulas de interpretación que dan paso a la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema de protección nacional y, en tercer lugar, la posición jerárquica que se otorga a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el derecho interno y las pautas para su aplicación. A partir de los tres elementos mencionados se pretende analizar y explicar la configuración del sistema de protección de derechos boliviano a partir de la incorporación y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, la más importante de las labores que las Constituciones de nuestro tiempo están llamadas a realizar es la distinción entre la Ley, como regla establecida por el legislador, y los Derechos Humanos, como pretensiones de tipo absoluto que ostentan una fuente de validez independiente a la de la ley³. Por lo tanto, la principal consecuencia de la nueva articulación constitucional es que los Derechos Humanos ya no se encuentran más a disposición del legislador, es decir, no pueden estar limitados por el cuerpo constitucional o cualquier otro tipo de norma, sin importar su rango⁴.

La protección integral y eficiente de los Derechos Humanos ha constituido una de las tareas de mayor interés para el constituyente boliviano durante la Asamblea Constituyente. Se tenía consciencia que la protección de los derechos, bajo la regulación de los anteriores cuerpos constitucionales bolivianos, había degenerado en un sistema deficiente y sin legitimidad popular⁵. El proceso de discusión del marco de protección de los derechos en Bolivia fue impulsado por las grandes manifestaciones lideradas por los distintos movimientos sociales bolivianos que buscaban la protección de sus derechos históricamente vulnerados⁶. Es así que el objetivo para el constituyente boliviano estaba puesto en la protección de los derechos a través del reconocimiento

³ ZAGREBELSKY, Gustavo: **El derecho dúctil: Ley, Derechos, Justicia**; Traducción de Marina Gascón, Trotta. 2011. Pág. 47.

⁴ Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: **Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo**; Tecnos, España. 2001. En su totalidad.

⁵ En la medida en que el Derecho Internacional ata a los Estados y limita las opciones de los legisladores, se crea un mecanismo de precompromiso, la forma ideal de hacer ello es la incorporación de políticas e instrumentos internacionales específicos en el texto constitucional por el constituyente. GINSBURG, Tom, CHERNYKH, Svitlana y ELKINS, Zachary: “**Commitment and Diffusion: How and Why Constitutions Incorporate International Law**”; U. Ill. L. Rev. 201, 212. 2008.; ob. cit., Pág. 212.

⁶ Sobre la evolución de la protección de los derechos humanos en la esfera internacional véase NIKKEN, Pedro: **La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo**; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid. 1987.

de parámetros internacionales⁷, buscando que estos no pudieran ser vulnerados por los poderes públicos⁸. Comenzó, de esta manera, la reestructuración total del marco de protección de los Derechos Humanos en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

Durante la Asamblea Constituyente, la pluralidad cultural se erigió como una importante función de garantía de los principios constitucionales enmarcados en las características de los pueblos indígena originario campesinos⁹. En este contexto, es importante destacar que los artículos que ensalzan el pluralismo en los nuevos textos constitucionales¹⁰, sean estos de formulación general o especial, o aquellos que rigen en lo relativo a la protección de minorías, tributan y posibilitan a la función de garantía de apertura de la Constitución; siendo a su vez la clave para el desarrollo de la capacidad de evolución del texto constitucional¹¹. Es así que la evolución de los Derechos Humanos en la norma constitucional boliviana, debe valorarse en base a las cláusulas que aseguran la tutela de los derechos en clave pluralista¹², pues son estas cláusulas las que configuran los parámetros para la adopción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno¹³.

Considerando lo manifestado, en el presente artículo no solo se pretende destacar la expresión de un orden básico material para la protección de derechos a nivel constitucional, sino también, se pretende analizar en qué medida se adoptan y cuáles son las soluciones

⁷ BOBBIO indica que el reconocimiento de los derechos humanos se encuentra en la base de las Constituciones democráticas modernas, siendo necesario el reconocimiento y protección de los derechos tanto en los Estados como en los sistemas internacionales. BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**; traducción de Asís Roig, Sistema, Madrid. 1991. Pág. 14.

⁸ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo: **El derecho dúctil**; ob. cit., Pág. 47. BOBBIO, Norberto: ob. cit., Pág. 14.

⁹ Así se expresa que uno de los signos más relevantes de los sistemas de derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático es, ciertamente, el desplazamiento de un centro de gravedad afincado en el unitarismo hacia un significado pluralista. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **“Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”**; en Teoría y Realidad Constitucional, UNED, N° 20. 2007. Pág. 499.

¹⁰ No debe olvidarse que Latinoamérica se encuentra constituida por un gran número de grupos étnicos y tradiciones culturales, por lo tanto, cada sistema legal puede desarrollar varias respuestas a estas realidades plurales. KUPPE, René: **“Reflections on the Rights of Indigenous Peoples in the New Venezuelan Constitution and the Establishment of a Participatory, Pluricultural and Multiethnic Society”**; Law & Anthropology, International Yearbook for Legal Anthropology. 2005. Pág. 152.

¹¹ HÄBERLE, Peter: **El Estado constitucional**; Traducción de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 2003. Pág. 120.

¹² Bajo las premisas del pluralismo, los Estados nacionales en el sentido clásico no son considerados como modelos obligados para la configuración del Estado constitucional, en su actual nivel de desarrollo todos los Estados, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista. En este sentido, se afirma que la protección de las particularidades de las minorías es correlato de la evolución del Estado constitucional. Por tanto, debe ser reflejo de textos constitucionales que estén revestidos de mayor madurez. Las diferencias, deben manifestarse como diferenciaciones internas en el Estado, puesto que para poder hablar de Constituciones pluralistas se debe garantizar el respeto de las minorías en el seno del Estado para avanzar hacia la consecución de un carácter abierto del Estado hacia la comunidad internacional. Anteponer elementos de identificación propios ya no es un argumento válido para evitar la apertura del Estado constitucional a la comunidad internacional. HÄBERLE, Peter: “El Estado Constitucional de Europa”; en HÄBERLE, Peter; HABERMAS, Jürgen; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno: **La Constitucionalización de Europa**; Primera Edición, Universidad Autónoma de México. 2004. Pág. 31.

¹³ Los derechos humanos que se encuentran recogidos en declaraciones constitucionales con controles jurisdiccionales externos constituyen límites importantísimos del ejercicio del poder. GARCÍA ROCA, Javier: **El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos**: Soberanía e Integración; Civitas, Madrid. 2010. Pág. 37.

jurisdiccionales¹⁴. Por ello es de especial importancia el análisis de las soluciones adoptadas a partir del marco constitucional de protección de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en su actividad hermenéutica, en la medida que dichas soluciones se orienten al pleno respeto de los parámetros internacional¹⁵.

2 EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia sobrepasó la clásica limitación de la protección nacional de derechos a partir de la reconfiguración de su estructura de derechos con elementos de apertura y flexibilidad. Por ello es necesario realizar un análisis sobre la configuración constitucional de los Derechos Humanos para entender el grado de evolución en su enunciación, pero también para comprender las pautas que orientan su interpretación y aplicación mediante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶.

En este primer apartado se realizará un análisis en dos momentos. Primero, se analizarán los elementos que componen el catálogo de derechos y la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la historia constitucional boliviana. Segundo, se analizarán las características del catálogo de derechos boliviano introducido por la Constitución de 2009. Se considerarán particularmente los artículos que determinan la adecuación de los estándares nacionales con los estándares de protección proclamados en los instrumentos internacionales válidamente celebrados por Bolivia. Esta primera aproximación se reviste de importancia dado que el entendimiento de la evolución, apertura y límites del catálogo de derechos boliviano es fundamental para analizar sus elementos de interpretación y jerarquía constitucional.

2.1 UN BREVE REPASO DEL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA

¹⁴ STERN, Klaus: **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1987. Pág. 230.

¹⁵ Ya adelantaban FIX-FIERRO y LÓPEZ AYLLÓN que el Derecho Internacional ha venido ejerciendo una influencia que sobrepasa la supletoriedad y la complementariedad para avanzar hacia el reconocimiento de su primacía que empieza a ser evidente en el comercio internacional y los derechos humanos. FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio: “El impacto de la globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina”; en *El Papel del Derecho Internacional en América: La soberanía nacional en la era de la integración regional*; UNAM, México. 1997. Págs. 327 y 328.

¹⁶ Se indica también que otro de los signos característicos del constitucionalismo de nuestros días es la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales para una efectiva defensa de los derechos fundamentales. La apertura jurisdiccional es correlato de la superación del ámbito de referencia estatal, fruto de un sistema inmerso en un nuevo orden de relacionamiento internacional. PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique: “Dogmática de los derechos ...”; ob. cit. Pág. 502.

Con carácter previo al abordaje del marco protector de derechos actual boliviano, resulta importante analizar el reconocimiento y protección de los derechos en la historia constitucional boliviana. Este análisis previo es de gran utilidad para conocer tanto la estructura histórica del catálogo de derechos bolivianos, como las herramientas para su protección y defensa provenientes de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Para ello se analizará, en primer lugar, la protección de los derechos reconocida desde la primera norma constitucional boliviana (1826) hasta constitución de 1967, la última vigente antes de la promulgación de la Constitución de 2009. En segundo lugar, se analizará el rol asignado a los Tratados Internacionales en relación a la protección de los Derechos Humanos. Con estos dos elementos, se proporcionará una descripción clara sobre la situación de los Derechos Humanos existente en el sistema interno boliviano con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

2.1.1 Los Derechos Fundamentales en la Historia Boliviana

Desde 1825 el problema fundamental de las numerosas constituciones bolivianas fue que la protección de derechos de la población indígena y empobrecida fue completamente inadecuada, el principio de igualdad ni siquiera se encontraba constitucionalizado¹⁷. Además de ello el ejercicio de derechos políticos se encontraba limitado por el reconocimiento de la ciudadanía a través de requisitos excluyentes basados en el estatus económico de los bolivianos bajo argumentos coloniales¹⁸, configurando en la práctica la existencia de ciudadanos de primera y de segunda clase¹⁹. De esta manera, los indígenas fueron tratados como incapaces bajo la permanente tutela del patrón²⁰.

La historia del reconocimiento de los Derechos Humanos y sus garantías es un relato plagado de vulneraciones. La regulación constitucional hasta el año 1843 en Bolivia posicionó al catálogo de derechos en el último apartado²¹. El criterio utilizado para priorizar la estructura del

¹⁷ Véase SCHILLING-VACAFLOR, ob. cit. sobre el análisis de las causas para el establecimiento de una Asamblea Constituyente.

¹⁸ FARTHING, Linda: **Evo's Bolivia: The Limits of Change**; NEXT SYS. PROJECT (Agosto 7, 2017), <https://thenextsystem.org/learn/stories/evos-bolivia-limits-change> [<https://perma.cc/4ZED-D7KE>].

¹⁹ Véase FERRAJOLI, Luigi: **Derechos y garantías: la ley del más débil**; Trotta, Madrid. 2004. Pág. 127. Contrario a lo que se requería, las Constituciones bolivianas no limitaban los abusos del poder y no defendían a los grupos vulnerables.

²⁰ PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos: "Aportes a la reflexión política de la Constitución"; en **Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos Elementales para su Desarrollo Normativo**; Vicepresidencia del Estado, Bolivia. 2010. Pág. 57.

²¹ Constitución Política de Bolivia de 1826, Arts. 149-157; Constitución Política de Bolivia de 1831, Arts. 149-165. Se debe destacar que a finales del siglo XIX inicia la era de modernidad en el ámbito jurídico, con un posicionamiento central a favor de los derechos individuales, constituyendo un acuerdo genérico que ensalza la idea de que los derechos y libertades constituyen el auténtico fundamento del Estado de Derecho. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: "Las generaciones de derechos humanos"; en **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, No 10, Septiembre-Diciembre. 1991. Págs. 203-204.

Estado Boliviano y la regulación de sus poderes no correspondía únicamente a un criterio de organización formal, sino que reflejaba la organización de una élite política que pretendía mantener el orden y los privilegios dados en razón de raza y poder, por encima de las mayorías indígenas y campesinas²².

No existía, en los cuerpos constitucionales hasta 1843, una regulación que pudiera dotar mecanismos de protección de derechos. A pesar de que el catálogo de derechos formalmente llevaba en su título la mención de «garantías», el articulado constitucional no preveía ninguna medida práctica de garantía²³. Además existía en el catálogo de derechos boliviano la posibilidad de suspensión del goce de su ejercicio bajo los términos y las circunstancias expresadas constitucionalmente²⁴, lo que representaba una grave limitación y abría la puerta a su vulneración. La regulación constitucional boliviana fue propicia para reproducir sistemáticamente escenarios de violencia y discriminación²⁵.

Más adelante, la norma constitucional de 1861²⁶ estableció el criterio de indisponibilidad²⁷ de los derechos, indicando que los poderes públicos no podrían otorgar facultades que pudiesen dejar a los derechos a merced del gobierno o de cualquier otra persona²⁸. Sin embargo, todavía se encontraba constitucionalizada la posibilidad de suspender las «garantías» —derechos— constitucionales en casos de conmoción interna²⁹, por lo tanto, el ejercicio de los derechos constitucionales se encontraba en manos de los poderes del Estado³⁰.

²² PRADA ALCOREZA, Raúl: “Umbrales y horizontes de la descolonización”; en GARCÍA LINERA, Álvaro et al: **El Estado. Campo de lucha**; La Muela del Diablo, La Paz, 2010. Págs. 55-56.

²³ CRUZ VILLALÓN, siguiendo a ESMEIN, aclara que las garantías de los derechos son verdaderas leyes positivas, cuya finalidad es conferir a los derechos la fuerza que les es propia, protegiendo los derechos individuales contra el legislador mismo. De esta forma, el objetivo de las garantías es la constitucionalización en todo su alcance. CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”; en **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 9, No 25, Enero-Abril. 1989. Págs. 51-52.

²⁴ Artículo 157 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1826.

²⁵ DO ALTO, Hervé: “Cuando el nacionalismo se pone el poncho: una mirada retrospectiva a la etnicidad y la clase en el movimiento popular boliviano (1952-2007)”; en SVAMPA, Maristella y STEFARONI, Pablo (Comp.): **Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales**; CLACSO, El Colectivo, Buenos Aires, 2007. Págs. 23-24. PRADA ALCOREZA, Raúl: “Umbrales y horizontes...”; ob. cit., Págs. 58-59.

²⁶ A este respecto, ALEXY expresa que los derechos fundamentales juegan un doble papel, como presupuestos del proceso democrático y elementos para vincular al legislador, privando a la mayoría democráticamente electa de competencias de decisión. De esta forma, reflexiona, no puede confiarse ilimitadamente en el legislador democrático, dado que el principio de mayoría es una amenaza constante sobre las minorías. ALEXY, Robert: “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”; en **Derechos y Libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 08, año V, Madrid. 2000. Pág. 40.

²⁷ La Constitución francesa de 1791 introduce por primera vez el criterio de indisponibilidad, indicando que el poder legislativo no podría hacer ninguna ley que atentara u obstaculizara el ejercicio de los derechos naturales y civiles. No obstante, CRUZ VILLALÓN explica que, el objetivo de este artículo fracasó en la medida en que no se especificó ningún remedio frente a la vulneración de los derechos por parte del legislador. CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Formación y evolución...”; ob. cit., Pág. 51.

²⁸ Artículo 10 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1861.

²⁹ Artículo 11 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1861.

³⁰ La disponibilidad de los derechos en casos de guerra o conmoción, ocasiona una serie de vulneraciones a los derechos humanos, aún en democracias que se suponen consolidadas. Véase la Orden Ejecutiva 9066 del gobierno de los Estados Unidos, en la que se ordenó el internamiento en campos a los japoneses americanos durante la segunda guerra mundial, sin importar que fuesen portadores de la nacionalidad americana, incurriendo en serias violaciones a sus derechos. Cuyo contenido fue sustentado por las Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Korematsu

Además de ello en gran parte del periodo constitucional se condicionó el goce y ejercicio de los derechos de las mayorías poblacionales³¹ a través de requisitos excluyentes de ciudadanía³². Entre los años 1880 y 1951 únicamente entre el 2 y 3% de la población eran considerados ciudadanos ante la Ley³³. La exclusión de la población en el goce del ejercicio de los derechos políticos hacía que 97% de los bolivianos estuviese dominado por una minoría del 3%, minoría que, para mantener el poder, continuaba negando el reconocimiento de los derechos a las mayorías poblacionales³⁴.

No obstante, es importante reconocer que existieron tímidos avances, por ejemplo, la apertura del catálogo de derechos³⁵ al mencionar que las garantías y derechos que se reconocían en la Constitución de 1861 no se entenderían como negación de otros derechos no enunciados, siempre y cuando estuviesen acordes al principio de soberanía del pueblo o de la forma republicana de gobierno³⁶. Sin embargo, solamente a partir de la norma constitucional de 1945 se observa la inclusión de mecanismos de protección de derechos³⁷, específicamente, se establecieron procedimientos para otorgar tutela ante detención, proceso o apresamiento indebidos³⁸.

V. United States, 323 U.S. 2014 (1944); Yasui V. United States, 320 U.S. 115 (1943) y Hirabayashi V. United States, 320 U.S. 81 (1943).

³¹ En el año 1826 se estima que existía una población total de 1.100.000 habitantes en el suelo boliviano, de los cuales 800.000 eran indígenas y el 90% de ellos vivía en el campo, principalmente en la región andina. SALAZAR LOHMANN, Huáscar: **La formación Histórica del movimiento indígena campesino boliviano. Los vericuetos de una clase construida desde la etnicidad**; CLACSO, Colección de Becas de Investigación, Buenos Aires, julio de 2013. Págs. 20-21.

³² A través de la otorgación de derechos políticos y jurídicos se excluyó a las mujeres, indígenas y campesinos. En este contexto, los indios fueron la nada más absoluta en el Estado al no poseer derechos civiles ni políticos. La ciudadanía en Bolivia fue, por tanto, una herencia familiar perpetuada por un acuerdo tácito de las facciones dominantes, constituyendo durante toda la época republicana una especie de ciudadanía de carácter patrimonial. GARCÍA LINERA, Álvaro: **La potencia plebeya**: Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia; CLACSO, Siglo del Hombre, 2009. Pág. 177-178.

³³ GARCÍA LINERA, Álvaro: **la potencia plebeya**...; ob. cit., Pág. 275-276.

³⁴ Véase SCHILLING-VACAFLOR, Almut: ob. cit. Pág. 16 en relación al a discrepancia entre el fortalecimiento de la participación democrática en la nueva Constitución boliviana y el contexto sociopolítico existente. En este sentido, Cárdenas Aguilar, indica que dado que los fundamentos del nuevo país fueron el robo y el saqueo, se consideró como obstáculo principal al indio, puesto que era el dueño legítimo de esas riquezas. Por lo tanto, se desarrolló una estrategia de agresión continua hacia él, una agresión de tipo legal que buscaba dominarlo o desaparecerlo. CÁRDENAS AGUILAR, Félix: "Mirando Indio"; CHIVI VARGAS, Idón Moisés (Coord.): en **Bolivia**: Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos Elementales para su Desarrollo Normativo; Vicepresidencia del Estado, Bolivia. 2010. Pág. 22.

³⁵ El primer texto constitucional en incorporar una previsión que incluía la no negación de los derechos no enunciados fue la Constitución de los Estados Unidos a través de la novena enmienda del *Bill of Rights*. CORWIN, Edward: **La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual**; Fraterna, Buenos Aires. 1987. Pág. 587.

³⁶ Artículo 18 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1861.

³⁷ Se debe destacar que la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, en sus artículos 1 al 19 estableció de forma ejemplar, lo que hoy se conoce como el derecho de los derechos fundamentales: la vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial y la tutela judicial. CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Formación y evolución ..."; ob. cit., Pág. 62.

³⁸ Artículo 8 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1945.

La Constitución de 1967 incorpora por primera vez el principio de igualdad³⁹ entre los bolivianos⁴⁰. Se reconoció, además, la ciudadanía a todos los bolivianos a partir de los 21 años, independientemente de su nivel de instrucción⁴¹. Con la Constitución de 1967 los indígenas y campesinos adquirieron por primera vez el derecho a presentarse como actores formales en la política. Se constitucionalizaron los recursos de *Hábeas Corpus*⁴² y de Amparo Constitucional⁴³ para la protección y garantía de los derechos —cuyas características permanecen prácticamente idénticas en las reformas constitucionales de 1994, 2004 y 2005—.

A pesar de los avances logrados con la Constitución de 1967 y sus sucesivas reformas, la desigualdad en Bolivia permanecía como una constante⁴⁴, en gran parte debido a que el poder político seguía en manos de una reducida élite. La élite criollo-mestiza procuró mantener las condiciones de exclusión. El sustrato del Estado boliviano era caracterizado por la discriminación y vulneración del pluralismo cultural, lo que generó una institucionalidad que arrebató a las mayorías indígenas y campesinas el goce de sus derechos⁴⁵.

La evolución constitucional en materia de protección de Derechos Humanos fue lenta y presentó en Bolivia tres momentos: El primero, desde la Constitución de 1826 hasta la de 1945, sin garantías de protección para el goce de los derechos y con una población indígena y campesina privada de sus derechos civiles y políticos. El segundo, desde la norma constitucional de 1947 hasta la de 1961, con una disminución de requisitos para el reconocimiento de la ciudadanía⁴⁶. El tercero, con la promulgación de la Constitución de 1967 —la última que se encontraba vigente antes de la Constitución de 2009—, misma que consagra tanto el principio de igualdad como las acciones de garantía, aunque con una estructura de poder que permitía la continuidad de la vulneración de los derechos de las mayorías⁴⁷.

³⁹ Se debe tener en cuenta que la igualdad es un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que debe contener al mismo tiempo algún tipo de diversidad, como resultado de un juicio sobre una pluralidad de elementos. RUBIO LLORENTE, Francisco: **La forma del poder** (Estudios sobre la Constitución); Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1993. Pág. 640.

⁴⁰ Artículo 6 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1967. En este caso, la exigencia de igualdad se encontraba calificada mediante la referencia de unos criterios definidos, que la dotaban de un significado tangible. Véase ROSS, Alf: **Sobre el derechos y la justicia**; Eudeba, Buenos Aires. 1963. Págs. 278-279.

⁴¹ Artículo 41 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1967.

⁴² Artículo 18 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1967.

⁴³ Artículo 19 de la Constitución Política del Estado boliviano de 1967.

⁴⁴ La cláusula de igualdad es violada cuando la derrota en una decisión judicial es el efecto de una especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su situación disminuida en la comunidad. El objetivo de dicha cláusula es la garantía del un trato igual en el proceso político y en las deliberaciones. DWORKIN, Ronald: **Virtud soberana**: La teoría y la práctica de la igualdad; Paidós, Barcelona. 2003. Pág. 451. Véase también CRANDON-MALAMUD, Libbet: **From the Fat of Our Souls**; Social Change, Política Process, and Medical Pluralism in Bolivia; University of California Press, 1993. Págs. 48-50.

⁴⁵ TAPIA Luis: **Política Salvaje**; CLACSO, Muela del Diablo, Comuna, La Paz, 2008.

⁴⁶ McNELLY, Angus: **The Latest Turn of Bolivia's Political Merry-Go-Round**: The Constitutional Referendum; Viewpoint Mag. (Feb. 18, 2016) <https://www.viewpointmag.com/2016/02/18/the-latest-turn-of-bolivias-politica-1-merry-go-round-the-constitutional-referendum/>.

⁴⁷ Un problema general de las Constituciones fue que a pesar de que se enunció la igualdad de derechos, estos eran aplicados en condiciones desiguales, por lo que esta igualdad formal mantenía el *status quo*. GRIMM, Dieter: "Types of Constitutions"; en ROSENFELD: Michel y SAJÓ, Andras: **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**; Oxford University Press, 2012. Págs. 124-125.

2.1.2 El Derecho Internacional en la Historia Constitucional Boliviana

La débil estructura constitucional para la implementación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el sistema interno boliviano tiene como resultado una profunda vulneración de derechos a lo largo de su historia. El vacío constitucional — desde la Constitución de 1826, hasta la última reforma sobre la Constitución de 1967 — en relación a la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en Bolivia, contribuyó a que estos estuvieran desterrados a un plano meramente declarativo sin ninguna vigencia práctica en la práctica jurídica⁴⁸.

Durante las dictaduras más sangrientas del país (1979-1982) se ratificaron importantes Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A pesar de haberse ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en Bolivia el 20 de junio de 1979, es importante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió denuncias de violaciones derechos humanos en Bolivia desde 1970. Así, desde 1974 hasta 1982 Bolivia fue declarada responsable en casos de asesinatos⁴⁹, detenciones indebidas agravadas con tortura⁵⁰ y, en algunos casos, con expulsiones ilegales del país⁵¹.

⁴⁸SANTALLA VARGAS, Elizabeth: “Informes nacionales: Bolivia”, pág. 83. Puede verse en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/8.pdf>. Véase también: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: **La Corte Penal Internacional y los Países Andinos**, Lima. 2001. Págs. 44-45.

⁴⁹ Caso No 1757 presentado con comunicación de 18 de noviembre de 1972. Resolución OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 34, de 10 abril de 1974; Caso No 1798, presentado en comunicación de 9 de febrero de 1974, Resolución OEA/Ser.L/V/II.36, doc. I9 rev.1 de 14 de octubre de 1975, se denunció la detención ilegal y expulsión del abogado Benjamín Miguel Harb, la represión campesina con un saldo de más de cien campesinos muertos; Casos 7739 y 7458, con Resoluciones N° 26/81 y No 27/81 respectivamente, ambas aprobadas de 25 de junio de 1981, en los que se denuncia la muerte que nueve personas en el primer caso y de una en el segundo; Caso 7481 con Resolución No 30/82 de 8 de marzo de 1982, con alrededor de 900 desaparecidos, entre estos solo algunos desaparecidos, presos y muertos fueron identificados.

⁵⁰ Casos 2720, Rubén Luis Romero Eguino; 2721, Nila Heredia Miranda; 2722, María Cristina de Choque; 2723, Nicanor Cuchallo Orellana, todos con Resoluciones Aprobadas en la Sesión 609a. Del 6 de marzo de 1979 (46° Periodo de Sesiones); Casos 2756, Abel Ayoroa Argandoña; 2757, Elsa Burgoa; 2758, Sonia Flores; 2759, Edwin Antonio Guachalla Viaña, todos con Resoluciones aprobadas en la Sesión 610ª. del 7 de marzo de 1979 (46° Periodo de Sesiones). Caso, 7472 de 25 de junio de 1981, con Resolución N° 28/8; Caso 7473, con Resolución No 29/82 aprobada el 8 de marzo de 1982 y Caso 7530, con Resolución N° 31/82 de 8 de marzo de 1982.

⁵¹ Caso 2719, Ramón Clauere Calvi, de 6 de marzo de 1979, Resolución Aprobada en la Sesión 609ª. del 6 de marzo de 1979 (46° Periodo de Sesiones); Caso 2760, Vladimir Sattori Benquique, de 7 de marzo de 1979, Resolución aprobada en la Sesión 610ª. del 7 de marzo de 1979 (46° Periodo de Sesiones). Casos 7823, con Resolución N° 32/82; y 7824, con Resolución N° 33/82, ambos de 8 de marzo de 1982.

A pesar de haber ratificado la CADH en 1979, Bolivia reconoció la competencia de la Corte IDH⁵² el 27 de julio de 1993⁵³. Desde el reconocimiento de competencia se han realizado condenas al Estado boliviano para la reparación de violaciones de derechos⁵⁴. De forma paralela, aunque con una lenta evolución, la actividad hermenéutica del Tribunal Constitucional va también mostrando avances en el reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH⁵⁵. Las sentencias del Tribunal Constitucional⁵⁶ dan fe del desarrollo de principios fundamentales en relación al debido proceso a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, evidenciando un avance en el reconocimiento de derechos⁵⁷.

Bolivia comenzó a colaborar con la CIDH únicamente a partir del año 2005. Comenzaron a desarrollarse acuerdos de solución amistosa en casos de vulneración de derechos con el reconocimiento de la responsabilidad del Estado boliviano y el compromiso para realizar las acciones destinadas para el resarcimiento de los daños en los términos acordados con las víctimas y la CIDH⁵⁸. Aunque es necesario destacar que Bolivia no ha tenido la misma voluntad conciliadora en todos los casos que por su naturaleza debían llegar a remitirse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en los que era evidente la responsabilidad del Estado⁵⁹.

⁵² Ello trae como correlato la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la CADH y procurar el restablecimiento del derecho conculcado o, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No 4, párrafo 166), así como de adecuar su normativa interna para el cumplimiento de dichas obligaciones (Corte IDH, Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párrafo 87). Recalcando que la obligación de garantía de los derechos asegurados por la CADH no se agota con la existencia del orden normativo dirigido a posibilitar el cumplimiento de dicha obligación, sino que exige una conducta gubernamental que asegure la existencia real de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos (Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrafo 142).

⁵³ Es necesario destacar que el gobierno boliviano presentó una declaración interpretativa mediante la nota OEA/MI/262/93, de fecha 22 de julio de 1993, al momento de depositar el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte IDH en conformidad con el artículo 62, indicando que “los preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial”.

⁵⁴ Corte IDH. Casos Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330; I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329; Familia Pachecho Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272; Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217; Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C N° 199; y Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C N° 92.

⁵⁵ SC 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001 del Tribunal Constitucional de Bolivia.

⁵⁶ SSCC 1020/2004-R de 2 de julio de 2004, 1364/2002 de 7 de noviembre de 2002, 0004/2003 de 20 de enero de 2003, 0491/2003 de 15 de abril de 2003, 1730/2003 de 28 de noviembre de 2003 y 0009/2004 de 28 de enero de 2004 del Tribunal Constitucional de Bolivia.

⁵⁷ GARCÍA-SAYÁN, Diego: “Justicia Interamericana y tribunales nacionales”; en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales; Tirant lo Blanch, México D. F. 2013. Págs. 820-829.

⁵⁸ Informes N° 98/05 en relación a la petición 241-04 y N° 97/05 en relación a la petición 14-04, ambos de 27 de octubre de 2005; N° 82/07 en relación a la petición 269-05, de 15 de octubre de 2007; N° 70/07 en relación a la petición 788-06, de 27 de julio de 2007; y N° 103/14 en relación al caso 12.350, de 7 de noviembre de 2014.

⁵⁹ I.V. Vs. Bolivia, Caso 12.270 con fecha de remisión de 13 de mayo de 2015; Familia Pachecho Tineo Vs. Bolivia, Caso 12.474 con fecha de remisión de 21 de febrero de 2012; Rainer Ibsen Cárdenas y José Ibsen Peña, Caso 12.529

Más allá de la poca eficacia práctica de los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos, el rechazo hacia el Derecho Internacional por parte de la población también tenía base en la implementación de instrumentos internacionales de corte económico. A través de dichos instrumentos se generaron condiciones para la vulneración de derechos básicos de la población, puesto que al cumplir los compromisos adquiridos por Bolivia con las instituciones internacionales de financiación se desatendió a la población empobrecida y vulnerable⁶⁰.

Es así, que se puede concluir que la historia constitucional boliviana está caracterizada hasta 2008 por la deficiente protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno, carente de mecanismos adecuados para su implementación⁶¹. Los derechos en Bolivia sólo podían ser defendidos a través de los estándares de protección nacionales que no fueron suficientes para lograr una verdadera protección y garantía⁶². Con plena consciencia de la historia de desprotección de la población, el constituyente boliviano buscó una reforma completa de la norma constitucional con el pleno reconocimiento y garantía de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

2.2 EL NUEVO CATÁLOGO DE DERECHOS DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA DE 2009

Conocer las particularidades del catálogo de derechos inserto en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 resulta fundamental para poder analizar las cláusulas que permiten la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por estas razones se analizarán los derechos constitucionales bolivianos en dos dimensiones; primero en su faz limitadora del poder público y, segundo, en las obligaciones que asume el Estado para la su

con fecha de remisión de 12 de mayo de 2009 y Renato Ticona Estrada y Otros, Caso 12.527, con fecha de remisión de 8 de agosto de 2007.

⁶⁰ COSSIO VILLARROEL, Lizet: “La deuda externa y deuda ecológica”; en Revista Temas Sociales, No. 25, La Paz. Págs. 201-203. CAPÍTULO BOLIVIANO DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO: “El caso boliviano”; en **Informe Andino de la Deuda. Miradas a la Deuda en la Región Andina**. 2010. Pág. 41.

⁶¹ Se sostiene que los fundamentos últimos de la protección de los derechos humanos van más allá del derecho estatal, siendo la necesidad de la internacionalización una manifestación consensuada que se viabiliza por la coincidencia de objetivos entre los derechos internacional e interno. Entendiendo que la protección más eficaz de la persona tiene raigambre en el pensamiento internacionalista como constitucionalista. CANÇADO TRINDADE, Antônio A.: **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI**; Jurídica de las Américas, Universidad de Brasilia, Brasil. 2009. Pág. 276.

⁶² Dado que en casi todos los países del mundo el Estado social no se configuró como un Estado constitucional, sino que fue pensado como uno legislativo y administrativo, los derechos, especialmente los derechos sociales, fueron llevados a un segundo plano constituyendo principios de naturaleza política o privilegios que se otorgaban solo a aquellos quienes pudieran acceder al mercado laboral formal. GARCÍA MORALES, Aniza: “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”; en PISARELLO, Gerardo (ed.); GARCÍA MORALES, Aniza y OLIVA DÍAZ, Anaya: **Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites**; Editorial Bornazo, Albacete, España. 2009. Págs. 11 y ss.

realización⁶³. Esto será de gran utilidad para comprender las principales implicaciones de los derechos y garantías establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2.2.1 Los derechos en la Constitución boliviana de 2009

En la estructura constitucional boliviana los derechos fundamentales se enuncian⁶⁴ en el Capítulo Segundo del Título II, denominado «Derechos Fundamentales y Garantías»⁶⁵. Los derechos fundamentales en Bolivia se encuentran acompañados de acciones y principios para su realización en detalle⁶⁶. La lógica de su estructura está en el reconocimiento de los derechos esenciales para el desarrollo de la vida con dignidad. Por lo tanto, si bien podrían ser catalogados como implícitos o básicos y, por ello, no se encuentran enunciados en otros cuerpos constitucionales modernos, la constante desatención de estos derechos en Bolivia hizo que cobren fuerza durante la redacción de la nueva constitución, reorientándose hacia ellos la inmediata acción del Estado⁶⁷.

A continuación se agrupan una serie de derechos en la norma constitucional, igualmente revestidos de un gran detalle. En la enunciación de los derechos constitucionales boliviano se

⁶³ Estas dos facetas, la proclamación de derechos y el establecimiento de cláusulas que permiten su garantía, constituyen la doble función que toda Constitución debe cumplir en materia de protección de derechos humanos. Siendo precisamente la garantía de los derechos la función más controvertida y esencial del cuerpo constitucional. BON, Pierre: “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”; en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*; N° 11, enero-abril, España. 1992. Págs. 43-44.

⁶⁴ En este punto, es importante mencionar que, a pesar de encontrarse reconocido el derecho al agua como un derecho fundamental, se enuncia más adelante en el texto constitucional que el derecho al agua constituye un derecho «fundamentalísimo». Este derecho resulta de gran importancia dado que también establece condicionantes con respecto a la actuación internacional del Estado que le afecten, como se ha observado. Puede verse una férrea defensa del derecho al agua en una clara reivindicación de la «Guerra del Agua» en PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos: (Coord.), *Enciclopedia Histórica Documental ...*; ob. Cit., Tomo III, Vol. 2. Págs. 2381-2382. Véase, con relación al derecho al agua en Bolivia, [...] Puede destacarse que, entre los derechos fundamentales que se han insertado en el nuevo cuerpo constitucional boliviano, el derecho al agua es el más emblemático, al igual que el derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos. Esta configuración es la respuesta a las intensas movilizaciones sociales que se han llevado a cabo en Bolivia y que han servido como detonantes para exigir la realización de la Asamblea Constituyente. El derecho al agua ha sido el propulsor para la estructuración de la acción colectiva, que posicionó en primer lugar la política de necesidades —con una fuerte reafirmación étnica—. Esta lucha ha sido fundamental para lograr un nuevo entendimiento de los derechos, transportado hasta la Asamblea Constituyente boliviana y logrando incluirse en la nueva norma fundamental boliviana. IGLESIAS TURRIÓN, Pablo y ESPASANDÍN LÓPEZ, Jesús: “La globalización de los movimientos sociales bolivianos”; en ESPASANDÍN LÓPEZ, Jesús e IGLESIAS TURRIÓN, Pablo (Coords.): **Bolivia en movimiento**: ...; ob. cit., Pág. 49.

⁶⁵ En relación a los derechos fundamentales véase, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: **Lecciones de Derechos Fundamentales**; Dykinson, Madrid. 2004. En su totalidad.

⁶⁶ Arts. 15-20 CPE.

⁶⁷ Uno de ellos es el derecho al agua, cuyo reconocimiento como elemento base de una vida digna tiene largo recorrido. Puede verse la Declaración Ministerial de La Haya sobre la seguridad del agua en el siglo XXI.

encuentran derechos de primera⁶⁸, segunda⁶⁹ y tercera⁷⁰ generación⁷¹. Configurándose así el catálogo de derechos más extenso y detallado de la historia constitucional boliviana⁷². Siendo además importante señalar que todos ellos tienen como sustrato un evidente simbolismo indígena. Es más, de los aspectos más novedosos de la norma constitucional de Bolivia se encuentran los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos»⁷³, además de un apartado especial referido a los derechos de las culturas⁷⁴. La mención explícita y en detalle de estos grupos de derechos en Bolivia constituye una medida simbólica destinada a la reivindicación de los derechos de las mayorías sistemáticamente vulneradas⁷⁵.

La introducción de los grupos de derechos que se orientan a proteger específicamente a los pueblos indígenas—derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» y los

⁶⁸ Arts. 21-29, 56, 57, 73,74, y 106, 107 CPE. Cabe destacar, que el cumplimiento de los derechos de la primera generación es un proceso relativamente sencillo, puesto que este tipo de derechos solo piden la disposición del Estado de dejar hacer, de permitir o de no impedir algo. Véase en GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El Estado Social Revisitado”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; Aranzadi, España. 2011. Pág. 27.

⁶⁹ Arts. 35-55, 58-72, 91-97 y 104, 105 CPE. Ahora bien, con respecto a la configuración del derecho al medio ambiente, si bien se enuncia a la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, su texto se refiere a otros seres vivos, lo que comporta reconocerles derechos. Teniendo como consecuencia práctica que cualquier persona tenga amplio ejercicio para accionar judicialmente demandando su protección, sin que ello importe ser un directo damnificado, debido al reconocimiento de la personería propia de la Pachamama en su dimensión cultural de Madre Tierra. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”; en CHIVI VARGAS, Idón Moisés: ob. cit., Pág. 119-120. Una importante evolución del catálogo de derechos constitucionales en Bolivia es la inclusión de los derechos del medio ambiente en la Constitución, que se encuentran desarrollados mediante la Ley N° 300 de 15 de octubre de 2012 denominada Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, cuyo principal objetivo es el establecimiento de la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de la vida, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones, deberes, objetivos de desarrollo integral, bases para la planificación, gestión pública, inversiones y marco institucional para su implementación (Artículo 1 de la Ley de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien). Véase en relación al Vivir Bien, GAMBOA ALBA, Shirley et allí: “Vivir bien, verso un nuovo paradigma di sviluppo non capitalista. Una sfida percorribile per le nostre società”; en VASAPOLLO, Luciano y FARAH, Ivonne: **PACHAMAMA: L’educazione universale al Vivir Bien**; Vol. I, Natura Avventura Edizioni, Roma, Italia. 2010. Págs. 163-183.

⁷⁰ Arts. 30-35, 75-90 y 98-103 CPE.

⁷¹ GARCÍA BELAUNDE, aclara que la división de los derechos humanos en generaciones no obedece a un criterio de primacía, sino que simplemente debe su aparición a las distintas épocas de la historia. En este sentido, esta división se trata meramente cronológica, que no es ni buena ni mala, sino simplemente, un hecho incontestable, cronológicamente establecido. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El Estado Social Revisitado”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; Thompson Reuters, Aranzadi, Pamplona. 2011. Pág. 27.

⁷²A este respecto, DIEZ PICAZO, expresa que un problema muy grave es la «inflación» de los derechos, puesto que para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es necesario que no sean demasiados. El reconocimiento de nuevos derechos no resulta una operación inocua, sino que comporta nuevas limitaciones a la acción del Estado y, por ende, también simbólicas, puesto que la idea misma de los derechos fundamentales queda dañada. DÍEZ-PICAZO, Luis María: **Sistema de Derechos Fundamentales**; Serie de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Segunda Edición, Civitas, Madrid. 2005. Pág. 34.

⁷³ Arts. 30-32 CPE.

⁷⁴ Arts. 98-102 CPE.

⁷⁵ El constitucionalismo latinoamericano reconoce el carácter universal de los derechos y la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad que han sido históricamente excluidos y marginados, incorporando una serie de normas destinadas a reconocer las necesidades de protección específicas de estos grupos, no solo mediante normas de no discriminación sino con disposiciones específicas para las medidas de acción afirmativa. Medidas que van a tono con el carácter «pluralista» del constitucionalismo latinoamericano. Véase en MORENO, Diego: “El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**, ob. cit. Págs. 153-154.

derechos de las culturas⁷⁶—, constituyó una de las principales exigencias durante Asamblea Constituyente boliviana⁷⁷. Consecuentemente, a través del reconocimiento de sus derechos el Estado adquiere la obligación de protección específica de los derechos colectivos más vulnerables⁷⁸, configurando acciones constitucionales colectivas⁷⁹ de defensa popular⁸⁰. Este reconocimiento tiene como objetivo principal su inclusión⁸¹, por esta razón todo el texto constitucional goza de una orientación hacia lo indígena⁸².

Así, la estructura del catálogo de derechos boliviano se encuentra constituida por los derechos fundamentales⁸³, otros grupos de derechos, deberes y garantías jurisdiccionales y acciones de defensa⁸⁴. Dicha estructura no se encuentra distante a la establecida en la mayor parte de los cuerpos constitucionales, pero sí se diferencia de ellos por la importante carga cultural y su extenso detalle⁸⁵. Como efecto de esta gran amplitud en la enunciación de los derechos se abre

⁷⁶ El constitucionalismo latinoamericano, catalogado por THIO como constitucionalismo aliberal, tiene como características la no fundamentación principal en derechos individuales, pero sí recurre a la separación de poderes para limitar la actuación pública, bajo el entendimiento de que el Estado no es neutral y privilegia una visión del bien, orientada por el indigenismo, religión o la moral comunitaria. THIO, Li-Ann: “Constitutionalism in illiberal politics”; en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, Andras Eds.: **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2012. Pág. 136.

⁷⁷ “Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional”; en PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos (Coord.): ob. cit., Tomo III, Vol. 1. Págs. 129 y ss.

⁷⁸ Véase BJÖRN-SÖREN, Gigler: **Poverty, Inequality and Human Development of Indigenous Peoples in Bolivia** (Geo. U. Ctr. for Latin Am. Stud., Working Paper No. 17, 2009), <http://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP17.pdf> que examina las diferencias sociales y económicas entre los indígenas y no indígenas.

⁷⁹ Se debe reconocer que la titularidad colectiva de los derechos se pone en el debate a partir del reconocimiento de los derechos de segunda generación, pero han sido los derechos de tercera generación los que han contribuido al reconocimiento de la titularidad colectiva de forma más decisiva. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **“Las generaciones de ...”**; ob. cit., Pág. 216.

⁸⁰ Arts. 135 y 136 CPE.

⁸¹ Sentencia Constitucional Plurinacional 1688/2011-R de 21 de octubre.

⁸² Uno de los factores más importantes del constitucionalismo latinoamericano es el componente social, como imposición y necesidad en regiones con altos índices de desigualdad social y económica, con una pobreza extrema que trae consigo profundas implicaciones de diverso orden sobre sus sistemas políticos. Véase en MORENO, Diego: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; ob. cit. Págs. 168-169.

⁸³ Es importante destacar que la estructura propuesta por la Constitución aprobada en «Grande, Detalle y Revisión» por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, proponía una clasificación de derechos que incluía: Derechos Fundamentalísimos, Derechos Fundamentales y garantías, entendiéndose a todos los demás derechos nombrados después de la clasificación de fundamentalísimos como fundamentales. Sin embargo, al igual que en la Constitución promulgada, se establecía que todos los derechos reconocidos en la Constitución serían directamente aplicables y gozarían de iguales garantías para su protección.

⁸⁴ En cuanto a las acciones de protección y garantía de los derechos también se observa una ampliación de las mismas, por lo menos en cuanto a su clasificación más específica. Así tenemos: Acción de Libertad (Arts. 125-127 CPE), Acción de Amparo Constitucional (Arts. 128 y 129 CPE), Acción de Protección de Privacidad (Arts. 130 y 131 CPE), Acción de Inconstitucionalidad (Arts. 132 y 133 CPE), Acción de Cumplimiento (Art. 134 CPE) y Acción Popular (Arts. 135 y 136 CPE).

⁸⁵ A este respecto, se observa que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por el reconocimiento de una amplia gama y variedad de derechos fundamentales. Es así que se tienen cuerpos constitucionales latinoamericanos que, además de recoger los más tradicionales derechos civiles y políticos, incluyen un extenso listado de derechos sociales, económicos, culturales y hasta derechos colectivos de diversa naturaleza. Existiendo diversas explicaciones para ello, siendo una de ellas el robustecimiento de la naturaleza «social» de las Constituciones. MORENO, Diego: “El nuevo constitucionalismo Latinoamericano”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; ob. cit. Pág. 153.

camino a la posibilidad de materializarse problemas en relación a los límites entre derechos⁸⁶, más aún considerando que la Constitución boliviana establece el mismo nivel de protección y garantía para todos ellos⁸⁷. En este sentido, podría pensarse que el detalle con el que se expresan los derechos constitucionales es excesivo, puesto que podría suceder que en vez de actuar como mecanismos de garantía pudieran, contrariamente, ser obstáculos reales para su efectiva aplicación en Bolivia. Para estos casos se requieren serios ejercicios de interpretación proporcional que sean capaces de establecer y aplicar estándares apropiados de protección efectiva a los derechos del catálogo boliviano⁸⁸.

Otra de las grandes dificultades que plantea el catálogo de derechos boliviano al expuesto en gran detalle, destacando y protegiendo las particularidades de cada grupo de derechos, es que podría sugerirse una interpretación que busque la defensa férrea de esas particularidades desde sus características nacionales identitarias por encima de las interpretaciones de carácter universalizante, misma que podría resultar contraria a los estándares mínimos planteados por el Derecho Internacional. Para estas situaciones se requiere una actividad hermenéutica que considere que la universalización⁸⁹ de los derechos es un elemento fundamental para garantizar el pluralismo cultural⁹⁰ y, en este sentido, bajo el entendimiento de que el respeto a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos no es contraria a una interpretación en pleno respeto a la multiculturalidad.

2.2.2 Las obligaciones del Estado Boliviano en la Protección de los Derechos

⁸⁶ Véase CIANCIARDO, Juan: **El conflictivismo en los derechos fundamentales**; EUNSA, Navarra. 2000. En su totalidad.

⁸⁷ Es interesante apuntar también que la gran división y establecimiento de los derechos que se hace en la Constitución —sobre todo en lo que corresponde a la diferenciación entre derechos fundamentales y otros grupos de derechos— resulta un tanto vana, dado que el texto constitucional boliviano establece que todos los derechos tienen aplicación directa e igual garantía (Art. 109 CPE), indicando además que su clasificación no se encuentra determinando jerarquía ni superioridad alguna entre los derechos constitucionales enunciados (Art. 13.III CPE). Por lo que no se justifica la diferenciación entre derechos fundamentales y cualquier otro tipo de derechos, puesto que lo que caracteriza la fundamentalidad o no de los derechos enunciados es el nivel de protección, aplicación y jerarquía que se les da constitucionalmente —que se supone más alta frente a otros grupos de derechos—. Por tanto, no habiendo diferencia en este sentido, todos los derechos que integran el catálogo boliviano tienen el trato de fundamentales según lo establecido por la propia Constitución.

⁸⁸ Véase BERNAL PULIDO, Carlos: **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**; Colección de Estudios constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2007. En su totalidad, y CARBONEL, Miguel (Coord.): **El principio de proporcionalidad en el estado constitucional**; Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007.

⁸⁹ PÉREZ LUÑO insiste en que, para la tercera generación de derechos, el carácter universal deja de ser un postulado ideal para convertirse en una necesidad práctica. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **“Las generaciones de ...”**; ob. cit., Pág. 216.

⁹⁰ En este sentido FERRAJOLI indica que, constitucionalismo y universalismo de los derechos, son la principal garantía para el multiculturalismo. FERRAJOLI, Luigi: **Derechos y garantías. La ley del más débil**; Trotta, Madrid. 2004. Págs. 126-127

Con la evolución en la protección de los Derechos Humanos es posible diferenciar dos dimensiones de acción: las dimensiones negativas de libertad y dimensiones positivas de prestación⁹¹. Cada una de ellas genera, respectivamente, obligaciones de abstención y de acción. En los cuerpos constitucionales modernos se incluyen estas dimensiones para intentar lograr el máximo nivel de protección de los Derechos Humanos. Es así, que cada vez más, se establecen diferentes acciones a las que se obliga el Estado para asegurar estándares mínimos de protección de los derechos. De esta manera, se definen constitucionalmente obligaciones que se imponen al poder público pero también a los privados que se encuentran en posición de afectar el goce de los derechos⁹².

Se observa entonces que la Constitución Plurinacional de Bolivia no solamente enuncia a los derechos a través de su catálogo, sino que también establece de manera explícita un conjunto de normas de garantía que se presentan como acciones positivas a las que obliga el Estado para la realización de los derechos⁹³. Dichas acciones de garantía configuran los estándares mínimos que guían la actividad del Estado boliviano y que encaminan la regulación posterior en materia de Derechos Humanos destinada al diseño, implementación y control de las políticas públicas relacionadas a los derechos constitucionales del Estado Plurinacional de Bolivia⁹⁴.

Todos los derechos tienen una faz que requiere la generación de acciones positivas por parte del Estado. Sin embargo, más allá de la suposición lógica de la obligatoria garantía estatal de la generación de prestaciones concretas para hacer efectivo el goce de los derechos a través de todas las acciones posibles, la formulación expresa de acciones concretas, identificables y que pueden ser inclusive sujetas a control, es una de las características que diferencian a la Constitución boliviana⁹⁵. En este sentido, de la misma manera que los derechos constitucionalmente expuestos,

⁹¹ Dichos deberes van más allá de la simple defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales, puesto que la doctrina del constitucionalismo moderno ya no puede ser tan solo una garantía de la limitación del gobierno, sino que debe representar la doctrina de los deberes del gobierno. FIORAVANTI, Maurizio: **Los derechos fundamentales**: Apuntes de Historia de las Constituciones; Universidad Carlos III, Trota, Madrid. 1996. Pág. 131. Véase también, FERRAJOLI, Luigi: **Derechos y garantías**; ob. cit., En su totalidad.

⁹² Se reconoce ampliamente que los derechos no son pensados solamente como un freno a la opresión y al autoritarismo, sino que se entienden como un programa que es capaz de guiar las políticas públicas de los Estados y aportar a la institucionalidad democrática. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”; puede verse en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF. Pág. 3. Última fecha de revisión: 22/06/2017.

⁹³ En relación a la definición y garantía de los derechos fundamentales véase, JIMENEZ CAMPO, Javier: “**Derechos Fundamentales**: Concepto y garantías”; Trota, Madrid. 1999. En su totalidad. Véase también: CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales”; en ARAGÓN REYES, Manuel (Coord.): “**Temas básicos de Derecho ...**”; Tomo III, ob. cit., Págs. 108-109.

⁹⁴ Arts. 15.I, III, IV y V; 16.II; 18.II; 19.II; 20.II y III; 35.I; 36.I; 37; 39.I; 41.I; 42.I; 45.IV y V; 46.II; 47.II y III; 48.VI, V y VII; 49.III; 51.III; 52.I y II; 53; 54.I; 55.II; 59.V; 60; 62; 64.II; 66; 67.II; 68.II; 71.II y III; 74.I; 77.I; 78.IV; 82.I, II y III; 84; 85; 93.I; 96.I y III; 98.III; 99.II; 100.II; 101; 102; 103.I y II; 105; 106.I CPE.

⁹⁵ VEGA CAMACHO, Oscar: “Estado Plurinacional: Elementos para el debate”; en GOSÁLVEZ, Gonzalo y DULON, Jorge: **Descolonización en Bolivia**: Cuatro Ejes para comprender el cambio; Vicepresidencia del Estado Plurinacional – Fundación Bolivia para la Democracia, La Paz. 2011. Págs. 126-127.

las acciones positivas a las que se obliga el Estado son exigibles y se convierten en parámetros de constitucionalidad⁹⁶. Se entiende, por lo tanto, que la exigibilidad del respeto y garantía de los derechos constitucionalizados tiene como elemento imprescindible la también exigibilidad de la realización de las acciones positivas a las que se obliga el estado a través de la norma constitucional⁹⁷.

Sobre todo en el campo de los derecho sociales y colectivos, considerando el nivel de complejidad del que se revisten para su realización, se requiere de acciones concretas por parte del Estado no solo de abstención, sino a través de funciones específicas para su protección⁹⁸. Esto es precisamente lo que se plantea a partir de la norma constitucional boliviana. Sin embargo, la solución constitucional de proporcionar el máximo detalle a las acciones positivas a realizarse por parte del Estado va más allá de la mera enunciación, sino que plantea un nivel de actuación que dada su capacidad es de imposible cumplimiento⁹⁹. Ante este problema, debe entenderse que los acciones que se detallan en la norma constitucional no implican que estas puedan ser de inmediato cumplimiento¹⁰⁰, sino más bien, son el horizonte deseado de actuación para la realización de los derechos¹⁰¹. Ante la imposibilidad del cumplimiento de tan elevados estándares de protección deben tenerse presentes de manera inexcusable los estándares mínimos planteados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁹⁶ DELGADO BURGOA expresa, de forma muy amplia, que en gran parte de los derechos declarados no existe la necesidad de leyes especiales o interpretativas o reglamentaciones. Sin embargo, si bien este aspecto puede ser cierto, en el sentido de que no hay necesidad de una reglamentación especial, la delimitación de estos derechos es necesaria y debe hacerse indiscutiblemente ya sea a través de los fallos del Tribunal Constitucional Plurinacional o en su caso de normas específicas, puesto que el detalle con el que se han estipulado requiere de concreción jurídica. DELGADO BURGOA, Rebeca E.: “Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado”; en CHIVI VARGAS, Idón Moisés (Coord.): **Bolivia**: Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos Elementales para su desarrollo normativo; Vicepresidencia del Estado, La Paz. 2010. Págs. 47-48.

⁹⁷ En este sentido, se plantea una importante problemática que no se pretende abordar en este trabajo de investigación, pero que sin duda debe de mencionarse: ¿Cómo se puede exigir jurisdiccionalmente determinados derechos que no dependen de las partes, ni de los jueces, sino del Estado o de la Comunidad en general? Véase en GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El Estado Social Revisitado”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; ob. cit. Págs. 27-29.

⁹⁸ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: “Presentación” en: ALEXEY, Robert: **Derechos sociales y ponderación**; Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, segunda edición. 2009. Págs. 29-30.

⁹⁹ En relación a la carencia de recursos económicos como justificación de incumplimiento de la protección de los derechos, véase CHACÓN MATA, Alonso Manuel: **Derechos económicos, sociales y culturales**: indicadores y justiciabilidad; Cuadernos Deusto de derechos humanos, Núm. 43, Bilbao. 2007. Pág. 51.

¹⁰⁰ En relación a los derechos, interpretación y garantías véase, FERRAJOLI, Luigi, MORESO, Juan José y ATIENZA, Manuel: **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**; Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2008. En su totalidad.

¹⁰¹ CHACÓN MATA indica que se ha distinguido reiteradamente, en el ámbito doctrinal, a los derechos económicos, sociales y colectivos como derechos subjetivos, dando al Estado la subsecuente expectativa de poseer todos los recursos para su desarrollo. La facultad de exigirle al Estado su cumplimiento se transforma en guías, proyecciones o programas a los que aspiran los ciudadanos con apoyo del Estado, en lugar de derechos subjetivos de obligada protección y de contenido concreto. CHACÓN MATA, Alonso Manuel: **Derechos económicos, sociales y culturales**: indicadores y justiciabilidad; ob. cit. pág. 35. Por otro lado, BOBBIO, en relación a los derechos sociales, indica que en su mayor parte se trata de expresar una aspiración para la obtención de una legislación futura que imponga los límites para la defensa del derecho en cuestión, distinguiendo entre su proclamación y su satisfacción efectiva. Su gran función práctica es dar fuerza a las reivindicaciones de los movimientos, que exigen para sí y para los demás, la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales. BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**; ob. cit., Págs. 21-22.

Contrariamente a la configuración boliviana de los derechos constitucionales y sus garantías en amplio detalle, se erigen corrientes que expresan que las constituciones deberían consagrar el contenido mínimo esencial de los derechos¹⁰², con el objetivo de que sea el Poder Legislativo quien los desarrolle y llene de contenido a través de formulaciones de tipo concreto y puedan responder a la realidad del Estado. La defensa de esta corriente se enmarca en que sería el Poder Legislativo quien, en cada caso concreto, establezca de forma clara cuáles son las obligaciones de acción del Estado y cuál sería el procedimiento oportuno para su realización en cada momento histórico. De esta manera, sería el legislador quien, amparado por los estándares mínimos del Derecho Internacional, establezca las bases legales que habiliten a los titulares de derechos para que reclamen la protección debida en caso de vulneración¹⁰³.

Aún en el sistema constitucional boliviano, con la expresión de los derechos en tan amplio detalle, las claves que orientan la exigibilidad de las acciones positivas a las que se obliga el Estado deben corresponderse a las que se encuentran establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así se ha ido progresivamente entendiendo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cuyo principal desafío ha sido generar la capacidad de guiar la actuación de los Estados a través de estándares y principios¹⁰⁴, tanto para la determinación del alcance de los derechos¹⁰⁵, como para los procesos de formulación de políticas públicas, para los cuales se han fijado efectivamente estándares mínimos¹⁰⁶. Los estándares del SIDH son una guía objetiva para la realización de los derechos y obligaciones en Bolivia.

Ante este panorama, no obstante, más allá de las obligaciones genéricas de cumplimiento inmediato, el reto se encuentra en asegurar que el Poder Legislativo acompañe el avance de los derechos con una perspectiva que permita paliar la grave desigualdad social, generando condiciones para reducir la discriminación y exclusión¹⁰⁷. En este sentido, deben incluirse medidas que aseguren un avance progresivo de los derechos que garanticen el camino hacia una plena eficacia de los derechos¹⁰⁸. Por lo tanto, la obligación inmediata del Estado se orienta a satisfacer

¹⁰² Con relación al contenido mínimo de los derechos económicos sociales y culturales véase, CHACÓN MATA, Alonso Manuel: **Derechos económicos, sociales y culturales: indicadores y justiciabilidad**; ob. cit., pág. 31.

¹⁰³ Véase, en un análisis sobre los preceptos constitucionales de Latinoamérica desde la Constitución de Colombia, GARCÍA MORALES, Aniza: “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”; en PISARELLO, Gerardo (ed.); GARCÍA MORALES, Aniza y OLIVAS DÍAZ, Anaya: **Los derechos sociales ...**; ob. cit., Págs. 16 y ss.

¹⁰⁴ Pueden encontrarse los estándares planteados en los informes temáticos de la CIDH en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

¹⁰⁵ En este sentido, las cortes constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú, así como la Corte Suprema y tribunales de Argentina y Chile, respectivamente, han ido progresivamente incorporando la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que se ha denominado un proceso de nacionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos. Véase GARCÍA-SAYÁN, Diego: ob. cit., en su totalidad.

¹⁰⁶ ABRAMOVICH, Víctor: “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales”; en **Anuario de Derechos Humanos**, Facultad de derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Chile. 2006. Pág. 19 y ss.

¹⁰⁷ PECES-BARBA, Gregorio: “Reflexiones sobre los derechos sociales” en: ALEXY, Robert: **Derechos sociales y ponderación**; Segunda Edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2009. Pág. 92.

¹⁰⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Plurinacional al aceptar que se obliga a considerar con especial atención a la parte que, en relación a la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones, como lo son los casos de

los estándares mínimos de protección de cada uno de los derechos¹⁰⁹, lo que plantea la necesidad del uso prioritario de todos los recursos disponibles, teniendo presente que las acciones del Estado no pueden en ningún caso suponer retrocesos en los estándares de satisfacción y garantía de los derechos¹¹⁰.

3 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Entre los principales retos a los que se enfrentó el constituyente en la reestructuración de la norma constitucional fue precisamente el de crear un sistema de protección de derechos que pueda ser capaz de revertir la historia de discriminación y exclusión de los sectores vulnerables. Para lograr este objetivo se implementaron una serie de estrategias, tal como se ha visto, entre ellas se incluyó la ampliación del catálogo de derechos, la inclusión de mecanismos de garantía específicos y focalizados, e incorporando dentro del articulado acciones positivas que obligan al Estado a tomar un rol protagónico en la realización de los derechos sociales y culturales.

Pero el constituyente también entendió que la historia de vulneración de derechos en Bolivia demostraba que no podía dependerse únicamente de los estándares de protección nacionales. Por ello, entendieron que era necesario dejar las pautas de interpretación de los derechos constitucionales a partir de los instrumentos internacionales de forma clara y explícita para que estas no dependan de la voluntad del legislador. Se analizarán, por tanto, las cláusulas que facultan a la apertura del catálogo de derechos a favor de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y también aquellas cláusulas que ofrecen soluciones para la aplicación de los estándares internacionales de protección en sede interna¹¹¹. A este análisis se sumará también la actividad hermenéutica del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en relación a la protección de los derechos a través de marcos internacionales de protección.

los grupos de prioritaria atención, tales como los niños, las mujeres, las personas con capacidades especiales, el adulto mayor, los pueblos indígenas, entre otros que, por su carácter de vulnerabilidad merecen un trato diferente que permita nivelar y atender sus condiciones. Sentencia Constitucional Plurinacional 0292/2012-R de 8 de junio.

¹⁰⁹ Véase GARCÍA MORALES, Aniza: “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”; en PISARELLO, Gerardo (ed.); GARCÍA MORALES, Aniza y OLIVAS DÍAZ, Anaya: **Los derechos sociales** ...; ob. cit., Pág. 26.

¹¹⁰ Véase el Voto Disidente de 20 de diciembre de 2011 en relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional 1513/2011-R de 11 de octubre.

¹¹¹ En este sentido, es necesario destacar, que la internacionalización de las declaraciones de derechos trae consigo un innegable efecto benéfico como lo es la introducción de parámetros mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos. Así en el ámbito regional se ha observado la emergencia de un derecho común de los derechos humanos que permite dar respuestas con un mínimo de uniformidad a los problemas jurídicos que surgen de la práctica. Véase DÍEZ-PICAZO, Luis María: **Sistema de Derechos Fundamentales**; Serie de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Segunda edición, Civitas, Madrid. 2005. Págs. 34-35.

3.1 LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN BOLIVIA

Durante la Asamblea Constituyente se defendió que el ejercicio de interpretación de los derechos humanos requiere de la incorporación de cláusulas específicas que puedan llevar a proyectar el derecho interno hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se requería, en ese momento, que el catálogo de derechos constitucionales pueda ser capaz de traspasar la «barrera» de la protección nacional y pasar a ser interpretados a partir de las normas contenidas en los instrumentos internacionales¹¹². Dado el amplio detalle en el que los derechos se encuentran enunciados en la Constitución de 2009, mismo que es pasible de generar conflictos en su aplicación, resultaba altamente deseable la incorporación de estándares claros de cumplimiento. Así, se introdujeron soluciones que permiten la apertura del catálogo de derechos y la interpretación de estos a partir de los estándares propuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.1.1 La Cláusula Abierta para la Incorporación de Derechos

La Constitución boliviana de 2009 establece que los derechos que no hayan sido enunciados no podrán ser negados o desprotegidos¹¹³. Esta es precisamente la cláusula abierta, misma que tiene como objetivo la protección de los derechos no incluidos literalmente en el catálogo de derechos boliviano¹¹⁴. No se trata de una cláusula nueva en la práctica constitucional, ni tampoco ha sido introducida por primera vez en sistema Constitucional boliviano. Pero al haberse desarrollado una nueva maquinaria constitucional de protección derechos en Bolivia, resulta interesante su valoración acompañada de las nuevas herramientas que plantea la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ahora bien, aunque la técnica de la cláusula abierta se ha introducido de forma frecuente en las constituciones de Latinoamérica, en muy pocos casos se ha hecho sin condicionantes como en el caso Boliviano¹¹⁵. La Constitución Boliviana no enuncia ningún tipo de límite para la incorporación de derechos que provengan de los instrumentos internacionales de Derechos

¹¹² Sobre este punto, destaca BOBBIO, la Declaración Universal de los derechos humanos ha contenido el germen de un movimiento dialéctico, que ha comenzado con la universalidad abstracta de los derechos naturales, ha pasado por la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y ha terminado con la universalidad no ya abstracta, sino más bien concreta, de los derechos positivos universales. BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**; ob. cit., Pág. 68.

¹¹³ Art. 13.II CPE.

¹¹⁴ Debe destarse que el catálogo de derechos no puede ser nunca una obra cerrada y acabada, puesto que una sociedad democrática debe estar siempre abierta a la aparición de nuevas necesidades que hagan posible la fundamentación de nuevos derechos. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: “Las generaciones de ...”; ob. cit. Pág. 217.

¹¹⁵ Así tenemos, por ejemplo, al artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala y al artículo 45 de la Constitución de Paraguay.

Humanos. Sin embargo, se debe aclarar, que aún en los casos en los que las constituciones incorporan cláusulas abiertas sujetas a determinados límites¹¹⁶ es posible incorporar nuevos derechos a partir de la actividad hermenéutica del intérprete constitucional, lo que permite actualizar el catálogo de derechos de forma permanente.

La cláusula abierta fue clave para que aquellos derechos que no gozaban de una protección extendida en los sistemas latinoamericanos hayan sido puestos al mismo nivel que los derechos fundamentales y, por tanto, hayan sido protegidos a través de las garantías constitucionales destinadas para ese grupo de derechos. De esta forma, derechos enunciados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se incorporaron a los catálogos constitucionales¹¹⁷, abriendo el camino a la aplicación del Derecho Internacional sobre el ordenamiento constitucional¹¹⁸. En algunos casos inclusive, la cláusula abierta ha sido enunciada expresando literalmente que el catálogo de derechos constitucionales se encuentra abierto¹¹⁹ al reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹²⁰.

¹¹⁶ Las Constituciones de Argentina (Art. 33) y del Uruguay (Art. 73) establecen que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no expresados que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. De parecida impronta es la cláusula abierta de la Constitución de Honduras en la que además se menciona a la forma democrática y representativa de gobierno y la dignidad del hombre (Art. 63), siendo esta cláusula muy similar a la de la Constitución de Perú (Art. 3). También se encuentra una cláusula de parecida impronta en la Constitución de Costa Rica, en la que se establece que los derechos no enunciados deberán derivarse del principio cristiano de justicia social (Art. 74). En estos cuerpos constitucionales puede observarse que la cláusula abierta se encuentra condicionada al cumplimiento de determinados parámetros para la aceptación de un nuevo derecho en el sistema interno, a diferencia del cuerpo constitucional boliviano, pudiendo llegar a interpretarse como más restrictivos a la hora de amparar nuevos derechos.

¹¹⁷ La interpretación de la cláusula abierta de la Constitución de Panamá realizada por la Corte Suprema de Justicia expandió la garantía constitucional a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución panameña”; **Revista Panameña de Política**, Nº 20, Julio-Diciembre, Panamá. 2015. Págs. 119 y ss.

¹¹⁸ BREWER CARÍAS, Allan R.: “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno: Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano”; en Documento preparado para el curso: **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales**, Organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de derechos humanos, México. 16 de marzo de 2006. Págs. 30 y ss. Puede consultarse en internet: http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf.

¹¹⁹ Si bien la mayoría de los derechos fundamentales se encuentran enunciados dentro de las Constituciones nacionales, si es que resulta que alguno no se encontrara contenido constitucionalmente, se vinculan a la Constitución por medio de Tratados Internacionales, en una relación horizontal, o bien, inmediatamente inferior en importancia. De esta forma, son introducidos dentro de la Constitución ocupando un lugar preferente. Se constata, por tanto, que los derechos no necesariamente deben estar constitucionalizados para que sean considerados como fundamentales y les sean otorgados las mismas garantías, sino que también ingresan a partir de los Tratados Internacionales ratificados por los Estados. LEÓN BASTOS, Carolina: **La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales de derechos humanos**: Un estudio de la jurisprudencia entre España y Costa Rica; Reus, Madrid. 2010. Pág. 48.

¹²⁰ Este último es el caso de la Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 417, al indicar que la interpretación de los derechos humanos habrá de realizarse en aplicabilidad de la cláusula abierta, estableciendo que para los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador se aplicará la cláusula abierta. Por otro lado, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en ella y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona no figuren expresamente, mencionando también que la falta de ley reglamentaria no menoscabará el ejercicio de los mismos en su artículo 22. La Constitución Colombiana, por su parte, en el artículo 94 establece el principio de la cláusula abierta para la protección y aplicación de los derechos, ampliando el supuesto de la no enunciación de los mismos no solo a las normas internas sino también a las normas internacionales.

Por lo expuesto, la inclusión de la fórmula de cláusula abierta en el sistema constitucional boliviano, sumada a la apertura general que presenta hacia el Derecho Internacional, es de máxima utilidad. Ello en razón de que inclusive puede llegarse a pensar en la inclusión de derechos que se encuentran en Tratados Internacionales no ratificados o que tengan como fuente al Derecho Internacional Consuetudinario. En este sentido, puede llegar a darse reconocimiento e incorporación plena dentro del catálogo boliviano a derechos que en principio estarían fuera del sistema de protección boliviano, pudiendo llegar a ser dotados de estatus constitucional y ser protegidos a través de las garantías constitucionales planteadas en la norma boliviana¹²¹.

Un aspecto que es necesario destacar es que la situación del Derecho Internacional Consuetudinario no está literalmente reconocida en la Constitución boliviana de 2009¹²². Si bien la observancia del Derecho Consuetudinario debe ser entendida como una norma no escrita¹²³, sí fue analizado con gran amplitud durante la Asamblea Constituyente. En el proceso constituyente se dejó claro que la apertura se realizaba a las normas del Derecho Internacional y no únicamente a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados, mostrando una incuestionable voluntad de dotar de una máxima protección a los derechos constitucionales¹²⁴. Por lo tanto, si se interpreta a la norma constitucional de manera integral, en pleno respeto a la voluntad constituyente, la cláusula abierta está destinada a acoger a aquellos derechos humanos que se encuentren consagrados en instrumentos internacionales no formales.

¹²¹ Con respecto a la cláusula abierta, SAGÜÉS indica que es un instrumento ideal para ejercer el cambio social a través de la jurisdicción constitucional. A partir de ella surgen derechos descubiertos y declarados por los jueces constitucionales. SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”; en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**; Año XVII, Montevideo. 2011. Págs. 534-535.

¹²² En el caso de los Estados Unidos, el derecho internacional consuetudinario no se encuentra explícitamente incluido en la cláusula de supremacía, pero la Corte Suprema ha indicado repetidamente que el derecho internacional consuetudinario debe ser tratado como derecho federal y por lo tanto constituye *Law of the Land*. Esta dirección se ha tomado en los casos *The Paquete Habana.*, *The Lola*, 175 U.S. 677 (1900), *Filártiga V. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) y *Sosa V. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) entre otros. No obstante se ha argumentado, bajo la decisión *Erie Railroad Co V. Tompkins*, 340 U.S. 64 (1938) que las interpretaciones de las cortes federales en relación con el derecho consuetudinario no son vinculantes para los Estados, pero que dichas cortes son vinculadas por las interpretaciones de las cortes estatales si el sistema estatal deduce reconocer las normas del derecho consuetudinario. Puede verse un análisis detallado sobre la aplicación del derecho consuetudinario en el sistema americano en ALEINIKOFF, Alexander T. “International Law, Sovereignty, and American Constitutionalism: Reflections on the Customary International Law Debate”; en **The American Journal of International Law**, Vol. 98, N° 1, Enero 2004. Págs. 92-93. Por otro lado, en el caso *Banco Nacional de Cuba V. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) se observa que se expresa claramente que el Derecho Internacional no tiene una regla fija en la doctrina estatal y, por lo tanto, la doctrina estatal debe ser aplicada aún si se encuentra en violación al Derecho Internacional.

¹²³ En relación a la aceptación de las normas de Derecho Internacional General, MANGAS MARTÍN indica que esta práctica se ha ido silenciando con el tiempo. Ello puede deberse a la existencia de una norma implícita en la Constitución que obliga al respeto de los estándares mínimos del Derecho Internacional, pues al no existir una norma contraria a ello se acepta la existencia de una norma tácita de adopción automática. Siendo además esta regla sustentada en el propio ordenamiento internacional y no en el nacional. MANGAS MARTÍN, Araceli: “Cuestiones de Derecho Internacional Público ...”; ob. cit. 516. La doctrina del Derecho Internacional ha entendido que, frente a la ausencia de recepción formal del Derecho Internacional general, se da paso a una norma tácita de adopción automática de las normas consuetudinarias en el orden nacional. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho ...*; ob. cit., Págs. 219-220.

¹²⁴ PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos (Coord.): PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), **Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano**, ob. cit. Tomo III, Vol. 2. Págs. 2396-2397.

El catálogo de derechos de la Constitución boliviana es extenso y se encuentra enunciado en un gran detalle. No obstante, esto no significa que el catálogo se encuentra completo y que deba permanecer cerrado, puesto que aún al más extenso detalle no es infalible¹²⁵. Los derechos humanos se configuran a lo largo del desarrollo de la historia y se van creando a medida que las actividades humanas evolucionan, cuando existen cambios fundamentales en las circunstancias sociales. La capacidad de evolución del catálogo de derechos constitucional es un indicador importante del progreso histórico¹²⁶. La cláusula abierta es una herramienta invaluable para la actualización permanente de los derechos constitucionales y sus mecanismos de protección.

De esta manera, la cláusulas de apertura y el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución boliviana marcan la actividad hermenéutica del Tribunal Constitucional Plurinacional. A través del precepto de cláusula abierta se manda la apertura permanente del cuerpo constitucional, siendo ahora capaz de proteger a nuevos derechos que se vayan incorporando al sistema nacional a partir del avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Constitución de 2009 manda al Tribunal Constitucional no solo a reconocer e incorporar derechos desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados, sino también desde otros instrumentos no ratificados, desde la normativa que proviene de los organismos internacionales de protección y garantía y desde el Derecho Internacional Consuetudinario¹²⁷.

Esta gran apertura realizada por el constituyente en relación a la cláusula abierta es resultado del esfuerzo de entender al catálogo de derechos como esencial e indefectiblemente incompleto, cuya limitación histórica no solo parte del momento constituyente sino también del estadio actual de desarrollo de los instrumentos internacionales¹²⁸. La incorporación de la cláusula abierta se hace para garantizar la continua calificación de derechos, nutriendo automáticamente el contenido de los derechos con los valores e ideas desarrollados por la ética y la política que sean el correlato de la condición de ser humano. En Bolivia se deja atrás, definitivamente, la idea de que los derechos deben encontrarse únicamente insertos en el cuerpo constitucional para merecer acciones de protección y garantía. Adoptando la idea de que pueden ser reconocidos y dotados de

¹²⁵ BOBBIO, indica que no hace falta mucha imaginación para prever que el desarrollo de la técnica, la ampliación de los conocimientos e intensificación de los medios de comunicación, podrán producir cambios en el orden de la vida y las relaciones sociales como para hacer propicio el nacimiento de nuevas necesidades y, por consiguiente, para nuevas demandas de libertad y de poderes. BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**; ob. cit., Pág. 71

¹²⁶ En este sentido, BOBBIO, resalta que uno de los principales indicadores del progreso histórico son precisamente los derechos humanos, mismos que «nacen» gradualmente, en circunstancias determinadas, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes. BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**; ob. cit., Págs. 14-19.

¹²⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MOREIRA, Vital: **Fundamentos da Constituição**; Coimbra Ediciones, Coimbra. 1991. Pág. 116.

¹²⁸ Siguiendo el análisis de HÄBERLE, esta cláusula, dado el catálogo boliviano tan amplio, podría inclusive llegar a ser denominada como una «cláusula de simpatía de los derechos humanos». HÄBERLE, Peter: “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”; en PÉREZ LUÑO, Antonio: **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**; Marcial Pons, Madrid, 1996. Págs. 151-186.

rango constitucional los derechos contenidos en el Derecho Internacional, aunque estos provengan de instrumentos internacionales no ratificados o no formales¹²⁹.

3.1.2 El Artículo 13.IV «in fine» de la Constitución Boliviana

La preocupación fundamental cuando se incorporan mecanismos de protección en la norma constitucional es que estos puedan articularse y evolucionar de la forma más efectiva posible. En este sentido, mientras más sistemas de garantía se encuentren en coordinación, puede ser aplicada una mayor protección. Este es precisamente el contexto en el que el Derecho Internacional cobra especial fuerza¹³⁰. Bajo este entendimiento, la Constitución boliviana incorpora una cláusula novedosa en el contexto boliviano para permitir la interpretación de los derechos constitucionales a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³¹. Una cláusula de este tipo resultaba altamente necesaria por la sistemática desprotección de los grupos vulnerables en Bolivia¹³².

Bajo este entendimiento, se incorpora el artículo 13.IV in fine a la Constitución boliviana de 2009, estableciendo que los derechos y deberes consagrados en la norma constitucional deben ser interpretados en conformidad con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. Resulta evidente el impulso dado al catálogo de derechos hacia una interpretación integral y compleja, dotando de mayor apertura a su contenido¹³³. Con este precepto, se abre una

¹²⁹ BARRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo: “De los derechos las garantías y los deberes”; en CALLÓN, Gustavo (Dir.): **Constitución Política de Colombia**: Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas; Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá. 1997. Págs. 442-444. Como ejemplo de la incorporación de derechos, puede verse la interpretación del artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, Sentencias T-028/94, T-594/93, T-426/92, T-032/95 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹³⁰ En palabras de SAIZ ARNAIZ, el Estado constitucional de derecho contemporáneo solo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo mismo, limitado en idéntica perspectiva. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución Español”; Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999. Pág. 44.

¹³¹ El rol que adquieren los tribunales nacionales en el sistema internacional no solamente depende de la legislación internacional. De hecho, la función de los tribunales internos depende sobre todo del empoderamiento nacional de los tribunales domésticos para aplicar el derecho internacional a través de la apropiación de las obligaciones internacionales. Los tribunales nacionales deben asegurar que la legislación nacional y la política estatal cumplen con las obligaciones internacionales. WEILL, Sharon: **The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law**; Oxford Scholarship. 2014. Págs. 7-8.

¹³² La Constitución Portuguesa de 1976 guarda en su artículo 16.1 el precedente más remoto de la norma constitucional de apertura internacional en materia de derechos humanos. No se encuentra, en este precepto, la referencia a que las normas internacionales aplicables deban ser necesariamente procedentes de instrumentos ratificados por Portugal. Así, establece que los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en la Constitución no excluyen a cualquier conjunto de leyes o normas de Derecho Internacional aplicable. Este precepto se ha planteado bajo el convencimiento de que, a pesar de la notable amplitud del catálogo constitucional portugués, es natural que no se encuentren allí todos los derechos o sus dimensiones posibles y que sí se encuentren contemplados tanto a través de los diferentes instrumentos internacionales como en la ley interna. GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MOREIRA, Vital: **Fundamentos da Constituição**; Coimbra Editora, Coimbra. 1991. Pág. 115.

¹³³ MANGAS MARTÍN destaca que los célebres convenios internacionales universales, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre y los Pactos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, posiblemente no arrojen mucha luz a la interpretación de las eventuales sombras en los derechos constitucionales por su generalidad y vaguedad. No obstante, existen numerosos convenios que contienen menos vaguedades, algunas inclusive con una encomiable concreción en el contenido de los derechos regulados, que juegan un papel decisivo en la interpretación de los derechos. MANGAS MARTÍN, Araceli: “Cuestiones de Derecho Internacional público en la

ventana para todos los derechos enunciados en la Constitución boliviana a través de la cual ingresa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para enriquecer su contenido y estándares de protección.

Son varias las consecuencias que se desprenden de la inclusión del artículo 13.IV *in fine*, puesto que verdaderamente demuestra la voluntad del Estado boliviano de dejar atrás su papel omnipotente para allanar el ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de la norma constitucional y el intérprete¹³⁴. No es errado afirmar que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia se ha reestructurado completamente y ha avanzado positivamente en relación a la interpretación de los derechos constitucionalmente expuestos. Este avance es coherente con los desarrollos en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que se dirigen a generar mejores escenarios de protección de derechos desde distintas escalas¹³⁵.

De esta manera, la incorporación del artículo 13.IV *in fine* dentro del sistema constitucional boliviano es altamente destacable, dando un salto evolutivo enorme en la historia constitucional de Bolivia. El artículo 13.IV *in fine* empapa a todo el orden interno de una excepcional receptividad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³⁶; otorga al sistema constitucional boliviano

Constitución de 1978”; **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid** N° 61, Madrid. 1980. Págs. 151-152.

¹³⁴ Las tensiones en relación a los estándares internacionales y el ordenamiento interno tienen mejor capacidad de respuesta cuando existe una Constitución y una interpretación elástica que dote de permeabilidad al orden jurídico local. HERDEGEN, Matthias: “La internacionalización del orden constitucional”; en **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Año XVI, Montevideo. 2010. Pág. 73.

¹³⁵ En el caso español la cláusula de apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución Española. Dicha cláusula remite a los derechos fundamentales, en su interpretación, a la Declaración Universal de los derechos humanos y, con fórmula general, a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. En este sentido, dichos instrumentos se convierten en parámetro interpretativo de los derechos enumerados en la Constitución de 1978. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: **La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos**: el art. 10.2 de la Constitución Española; ob. cit., Pág. 87. Se debe destacar que el compromiso de tomar en cuenta a la Declaración Universal a la hora de orientar la interpretación de los derechos fundamentales y libertades ha repercutido en un eco destacado en la jurisprudencia constitucional española. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: **Los derechos fundamentales y la Constitución**: y otros estudios sobre derechos humanos; El Justicia de Aragón, Zaragoza. 2009. Pág. 72 y ss. Véase, en relación a dicho artículo, REMIRO BROTONS, Antonio: “Política de los Derechos Humanos y Política con los Derechos Humanos”; en **Revista España de Derecho Internacional** No 41, Madrid. 1989. En su totalidad. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego: “Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; en CAFLISH, Lucius; BERMEJO GARCÍA, Romualdo; DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (Coords.): **El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo**; Universidad Complutense de Madrid, España. 2005. Pág. 513; NOGUERAS LIÑÁN, Diego J.: “El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2º CE?”, en **Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos: Derecho Público y Derecho Comunitario de la Unión Europea**; Vol. 1, Edifer, España. 2005. Págs. 933-946.

¹³⁶ En palabras de SAIZ ARNAIZ “el art. 10.2 CE expresaría con meridiana claridad la radical alteración que se ha producido en el terreno de los derechos de la persona en la relación del Derecho Internacional y el Derecho nacional, al pasar este de influir a ser influido; de condicionar en aras de la defensa de la soberanía estatal en un sector particularmente sensible para la misma como son las relaciones entre los ciudadanos y sus autoridades públicas, a ser condicionado. De manera que hoy no ha de extrañar el reconocimiento del papel del Derecho Internacional complementando, en el sentido más amplio del término la ordenación constitucional de los derechos fundamentales”. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: **La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos**: el art. 10.2 de la Constitución Española; ob. cit. Pág. 53. MARTÍN-RETORTILLO, destaca que la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas es una empresa pluridisciplinar que reclama variadas

una dimensión mucho mayor que la simple recepción del Derecho Internacional, sino que además abre la posibilidad que los derechos que ingresan desde el Derecho Internacional al ámbito interno ocupen una posición constitucional, privilegiada, que a su vez orienta y condiciona a todo el sistema jurídico interno¹³⁷.

Si bien, en primera instancia, la norma constitucional boliviana hace únicamente referencia a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados, lo que podría sugerir que a través del artículo 13.IV *in fine* se estuviese excluyendo el valor interpretativo del Derecho Internacional o consuetudinario, ello puede a su vez ser resuelto a través de la cláusula abierta previamente comentada. Pero además, es importante tener presente que cuando se trata de la relevancia interpretativa del Derecho Consuetudinario son los jueces nacionales quienes se revisten de un gran margen de apreciación¹³⁸. No obstante algunas reglas referentes a la interpretación de los Derechos Humanos se consideran *jus cogens*¹³⁹, la problemática se erige cuando es necesario precisar el contenido específico de las obligaciones de los miembros de la comunidad internacional¹⁴⁰. Dado que estos conflictos no son de resolución sencilla, el criterio de máxima apertura en la interpretación es el mejor recibido, puesto que para lograr una interpretación garantista es preciso recurrir también a instrumentos internacionales no formales¹⁴¹.

metodologías en el ámbito europeo. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: **La Europa de los derechos humanos**; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 1998. Págs. 125-127.

¹³⁷ MANGAS MARTÍN, Araceli: Cuestiones prácticas de derecho internacional público y cooperación jurídica internacional; ob. cit., Pág. 308. No obstante, es importante apuntar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha rechazado que el 10.2 haya causado un efecto constitucionalizador de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La STC 76/1982 marca el referido precedente. Puede verse FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española”; en PÉREZ GONZALES, Manuel: **Hacia un nuevo orden internacional y europeo**: estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco; Tecnos, Madrid. 1993. Págs. 353 y ss.

¹³⁸ IGLESIAS VELASCO, Alfonso J.: “**Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos**”: especial referencia a España”; Anuario Español de Derecho Internacional No 29. Madrid. Pág. 169.

¹³⁹ Así, son particularmente justificables las incorporaciones judiciales del Derecho Internacional de los derechos humanos que tiene el estatus de *jus cogens* o derecho internacional consuetudinario. WEN-CHEN, Chang y JIUN-RONG, Yeh: “Internationalization of Constitutional Law”; en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (Eds.): **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**; Oxford. 2012. Pág. 1168.

¹⁴⁰ Véase, FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “El ius cogens y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad”; SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS URRUTIA, Marina: **Soberanía del Estado y Derecho Internacional**; España. 2005. Págs. 619-638.

¹⁴¹ SAIZ ARNAIZ hace también referencia a una Sentencia del Tribunal Constitucional español, en relación al Derecho Internacional común como parámetro de interpretación, que nos indica que dicho parámetro “de carácter consuetudinario y cuyo contenido y alcance, por tanto, ha de ser determinado de acuerdo a la práctica constante y uniforme y la *opinio iuris* de la generalidad de los Estados” (STC 140/1995 de 28 de septiembre). Destacando que la postura del intérprete constitucional ha sido coherente con la cláusula de apertura al Derecho Internacional y supranacional de los Tratados Internacionales, con independencia del objeto de la fuente de la que aquél emana, se encuentre o no inmediatamente preordenada a la promoción y protección de los derechos de la persona. El autor recalca que, con criterio de máxima apertura, el Tribunal Constitucional español ha recurrido, no solo a los Tratados Internacionales en la materia, sino además a las decisiones que emanan de los órganos de garantía de estos, además de otros textos producidos en organizaciones internacionales de los cuales España es parte, pero que eran en principio carentes de fuerza vinculante. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: **La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos**: el art. 10.2 de la Constitución Española; ob. cit., Pág. 89 y ss. Véase también, en relación a este tema, QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: **La interpretación de los derechos**: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2008. En su totalidad.

Es así que el propio Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido en su actividad hermenéutica que el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser entendido de forma integral y, por ello, aunque técnicamente los instrumentos convencionales no se revisten de carácter vinculante, estos cumplen una función importante a la hora de interpretar las normas que integran a los Tratados Internacionales¹⁴². Ha sido precisamente el Tribunal Constitucional Transitorio¹⁴³ quien ha sembrado que las reglas, principios y directrices sobre los temas más importantes de Derechos Humanos, indicando que son los instrumentos internacionales no formales tienen una innegable relevancia en la aplicación de las normas contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en la Constitución, por lo tanto, integran las directrices para la interpretación de estos instrumentos. Todo ello en virtud a que las normas constitucionales requieren un enfoque integral, en el que se acuda a los diferentes instrumentos internacionales para modular y definir el alcance y el contenido de los derechos y garantías constitucionales¹⁴⁴.

Siguiendo la línea de máxima apertura, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha establecido que, de acuerdo al artículo 13.IV, se requiere que en el control de constitucionalidad de las leyes se debe acoger a los principios desarrollado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. De esta manera, se amplía aún más la relevancia interpretativa del Derecho Internacional. Indiscutiblemente, únicamente considerando la amplitud del artículo 13.IV de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, este precepto es incomparable, puesto que no solo abarca al Derecho Internacional en la interpretación de los derechos fundamentales, sino que se extiende a todos los derechos enunciados en la norma constitucional, no siendo necesario para tal fin la construcción jurisprudencial. El artículo 13.IV *in fine* por sí solo abre el camino a la interpretación amplia e irrestricta de los derechos a través de los estándares internacionales.

El artículo 13.IV *in fine* vincula directamente al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia al contenido de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Siendo acogidas las posturas más abiertas en la actividad hermenéutica referida a los Derechos Humanos, expandiendo el ámbito de actuación del Derecho Internacional en el derecho interno boliviano. No obstante, en la actuación de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, se ha buscado interpretar al artículo 13.IV *in fine* como una cláusula subsidiaria, volcándose por dar preferencia al método literal en la interpretación de la norma en lo que respecta al control de constitucionalidad. Indicando que únicamente en caso de ser insuficiente la utilización del método

¹⁴² Sentencia Constitucional Plurinacional 1130/2012-R de 6 de septiembre.

¹⁴³ El Tribunal Constitucional Transitorio asumió la función de protección de la Constitución, durante el proceso de elección del Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme a las nuevas reglas de Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

¹⁴⁴ Sentencia Constitucional Plurinacional 0061/2010-R de 27 de abril.

literal se debe realizar una interpretación siguiendo la voluntad del constituyente expresamente detallada en los documentos de trabajo de la Asamblea Constituyente¹⁴⁵, y manifestando que, «finalmente», como último recurso, en caso de no ser posible establecer de forma clara el sentido de una norma constitucional, deberá utilizarse el criterio de interpretación en conformidad con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos¹⁴⁶.

Sin embargo, lo cierto es que las interpretaciones restrictivas del artículo 13.IV *in fine* no han sido acogidas por el grueso de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional. Por lo que puede afirmarse que el artículo 13.IV *in fine* actúa como una verdadera ventana hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permitiendo realizar una interpretación abierta y enriquecedora de los Derechos Humanos en sede interna¹⁴⁷. Lo expuesto brinda al catálogo de derechos boliviano parámetros de protección muy altos, haciendo de la Constitución boliviana un cuerpo verdaderamente moderno y aperturista. Así las cosas, el derecho interno boliviano adquiere la capacidad de influir y ser influido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su permanente lucha por generar los niveles más altos de protección para sus ciudadanos.

3.1.3 El Artículo 256.II de la Constitución Boliviana de 2009

La nueva norma constitucional boliviana además del artículo 13.IV *in fine* introduce al artículo 256.II en un esfuerzo de condicionar la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, siendo de gran importancia para el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y su actividad hermenéutica¹⁴⁸. De esta manera, el artículo 256.II establece que los

¹⁴⁵ Sobre este mismo asunto el Tribunal Constitucional ha indicado que si bien el artículo 196.II de la Constitución parece mandar una interpretación originalista, la voluntad del constituyente debe enmarcarse en una valoración finalista propia de la Constitución. Sentencia Constitucional Plurinacional 1011/2013, de 27 de junio. Fundamento III.1.

¹⁴⁶ Voto Disidente de 26 de septiembre de 2011 en relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0547/2011-R de 29 de abril.

¹⁴⁷ Entre varias interpretaciones, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia manifestó en relación al derecho a la defensa, que debe ser interpretado a la luz de los Tratados Internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo a lo establecido por la última parte del artículo 13.IV de la Constitución, por lo que eleva su interpretación conforme a lo establecido por los parámetros establecidos para dicho derecho en las normas internacionales. Sentencia Constitucional Plurinacional 0224/2012 de 24 de mayo. Por otro lado, se puede observar que en cuanto a la interpretación del derecho al agua se recurre, aunque a través de un Voto Disidente de un magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a diferentes instrumentos internacionales para identificar y aplicar contenidos normativos para la protección efectiva de este derecho. Voto Disidente de 14 de mayo de 2012 en referencia a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0176/2012 de 14 de mayo.

¹⁴⁸ Con parecida impronta, la Constitución portuguesa establece en su artículo 16.2 que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Si bien se observa un importante paso para la interpretación de los derechos fundamentales a partir de las fuentes internacionales, resulta bastante limitada la referencia a un solo instrumento internacional, puesto que para la interpretación de los derechos fundamentales hubiera sido preciso ampliar el abanico a los demás instrumentos internacionales ratificados que observan y protegen a los derechos humanos, como se ha realizado en el caso boliviano. La interpretación de los derechos fundamentales portugueses, de acuerdo a este parámetro, no ha de prevalecer cuando no suponga una interpretación más favorable de los derechos, por lo tanto, se encuentra condicionada a ofrecer mejores condiciones a través de su interpretación, con lo cual se resguarda al Derecho interno cuando este sea capaz de ofrecer el nivel de protección más alto. GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MOREIRA, Vital: **Fundamentos da Constituição**; ob. cit., Pág. 143. GÓMES CANOTILHO, destaca que la

derechos enunciados en la Constitución de 2009 se interpretarán conforme a los Tratados Internacionales de Derechos *siempre y cuando* prevean normas que resulten más favorables¹⁴⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha generado una línea de interpretación respecto al criterio *pro homine*¹⁵⁰ y al principio de aplicación progresiva¹⁵¹. Esta línea es precisamente la que ampara la interpretación más favorable en relación a los derechos humanos, optando por el criterio de protección más amplio¹⁵². De esta forma, se establece que la actividad hermenéutica debe respetar el principio de aplicación progresiva de la norma y, si existiesen varias interpretaciones posibles, debe de optarse por la que estuviese limitando en menor medida al derecho o garantía en cuestión; eligiendo siempre la interpretación más extensiva¹⁵³ si se trata de reconocimiento de derechos y la interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites al ejercicio de los derechos¹⁵⁴.

No es menos importante analizar que si bien el artículo 256.II deja patente que se ha buscado una fórmula que permita la apertura de los derechos constitucionales hacia el Derecho Internacional¹⁵⁵ en cuanto a su interpretación, en paralelo, introduce en su implementación a un determinado límite que puede hacer que esta apertura no sea irrestricta.¹⁵⁶ Sin embargo, debe

introducción de los estándares internacionales en el Derecho interno portugués obligó al desenvolvimiento de un Derecho Internacional con referencias individuales. GOMES CANOTILHO, José Joaquim: **Direito Constitucional**; ob. cit., Págs. 682-683.

¹⁴⁹ Art. 256. II CPE.

¹⁵⁰ El principio *pro homine* es un “criterio fundamental (que)... impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”, así dicho principio “conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción”. Opinión del juez Rodolfo E. Piza Escalante de la Corte IDH, “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH), en el marco de la opinión consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A, N° 7, Párrafo. 36.

¹⁵¹ Se ha señalado que la Corte IDH ha usado una doble interpretación en relación al principio de progresividad. Por un lado, como una interpretación del texto que tiene en cuenta el significado objetivo del término en el momento de su aplicación y, por el otro, como un método de actualización del pacto autorizando al juez a renovarlo según las necesidades sociales del momento. MALARINO, Ezequiel: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; ELSNER, Gisela: **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**; Fundación Konrad Adenauer, Uruguay. 2010. Págs. 32 y ss.

¹⁵² En este sentido, se ha argumentado que el principio *pro homine* sirve para fijar los alcances de los derechos sociales comprendidos en el artículo 26 de la CADH, pero siempre en articulación con las normas del derecho internacional que consagran derechos, no para auxiliar al intérprete en la determinación previa de si un derecho se encuentra implícito en la Carta de la OEA y, con ello, en el artículo 26 de la CADH. ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor: “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; en **Estudios Socio-Jurídicos**, 9, Número especial, Abril, Bogotá. 2007. Pág. 48.

¹⁵³ En relación a las restricciones legítimas y el principio *pro homine* véase PINTO, Mónica: “Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comps.): **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**; Editores del Puerto, Argentina. 1997. Págs. 163-172.

¹⁵⁴ Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0006/2010-R de 6 de abril y 0023/2010-R de 13 de abril.

¹⁵⁵ La apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos es otro rasgo característico que presentan ciertas constituciones latinoamericanas contemporáneas. Aunque la forma, efectos y finalidades presentan variaciones, según la Constitución de la que se trate. MORENO, Diego: “El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”; en LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (Dir.): **derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica**; ob. cit., Págs. 156-157.

¹⁵⁶ La posición preferente que tienen los derechos hace que todo el ordenamiento sea interpretado de forma que estos resulten más eficaces y desarrollen su potencialidad, ya sea que estos provengan de las fuentes nacionales o internacionales. Esta interpretación favorable, no solo debe ser utilizada cuando se interpreten los derechos, sino también, cuando se interpreten las demás normas constitucionales, puesto que los derechos constituyen un parámetro infranqueable para el intérprete. LEÓN BASTOS, Carolina: **La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: ...**; ob. cit., Págs. 49-57.

tenerse en cuenta que no pueden de ninguna manera ignorarse los estándares mínimos de protección que se establecen desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵⁷.

De esta manera, el artículo 256.II de la norma constitucional boliviana, no permite que se olvide que la apertura interpretativa tienen que respetar las bases esenciales del texto interpretado. La interpretación debe ser coherente con la tradición y contexto del Estado Plurinacional de Bolivia¹⁵⁸. Queda patente que aunque los Derechos Humanos tiendan a universalizarse en su contenido mínimo estos no pueden ser idénticos, puesto que los bienes jurídicos protegidos tienen características diferentes dependiendo de la sociedad que los acoge¹⁵⁹. Este reconocimiento no implica la negación de la existencia de la universalización de derechos y principios rectores, sino que pretende dejar establecido que donde no se encuentre claro el contenido de un derecho debe preferirse una interpretación acorde con el sistema constitucional al que pertenece, por lo tanto, que sea coherente con las tradiciones y valores de la sociedad que los protege¹⁶⁰.

Ahora bien, es necesario notar que entender la estructura del catálogo de derechos y garantías boliviano resulta fundamental para comprender las implicaciones del artículo 256.II. Únicamente si se conoce el detalle y complejidad con el que se enuncian los derechos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia pueden llegar a percibirse sus efectos en el contexto internacional, puesto que se abre un amplísimo margen de interpretación nacional a partir de las características «*indígena originaria campesinas*» que sirven de contenido a los

¹⁵⁷ Aún cuando se reconoce un margen de apreciación perteneciente al Estado en cuanto a la aplicación de los derechos, la CIDH ha sostenido que este no es ilimitado y que le corresponde evaluarlo, estableciendo que el margen de apreciación interno viene acompañado de una supervisión interamericana. CIDH, Informe N° 48/00, caso 11.116, Walter Humberto Vásquez Vejarano c. Perú, 13 de abril de 2000, párrafo 55.

¹⁵⁸ A pesar de las diferencias que existen en las distintas concepciones que se originan a partir de la relación entre los derechos y la democracia, todas ellas coinciden en el reconocimiento del Estado constitucional como organizador de las formas de actuación de la garantía de elementos objetivos mediante los derechos, cuya protección y realización se consolida a través de su configuración jurídica. Por lo que se puede afirmar que además de la interpretación y concreción jurídica se requiere la actualización de los derechos a través de una política efectiva de los mismos. SCHENEIDER, Hans Peter: “**Democracia y Constitución**”; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991. Pág. 21.

¹⁵⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza con frecuencia la cláusula denominada «margen de apreciación nacional». A través de ella, algunos gobiernos demandados pretenden que la comprensión absoluta de la soberanía nacional permita a los Estados eludir el control europeo en ciertos casos. GARCÍA ROCA, Javier: “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?»; en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Coords.): **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a uno integrado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2009. Págs. 16-17. No obstante, el reconocimiento del margen de apreciación nacional se encuentra invariablemente condicionado por el propio reconocimiento de su compatibilidad con la instancia supranacional, así como interpretado por este. TONIATTI, Roberto: “Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained”; SAIZ ARNAIZ, Alejandro y ALCOBERRO LLIVINA, Carina (Eds.): **National Constitutional Identity and European Integration**; Intersentia. 2013. Pág. 67.

¹⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María: **Sistema de Derechos Fundamentales**; ob. cit., Págs. 49-50. Así también, puede observarse que dentro del sistema de protección de derechos de la Unión Europea, en determinados casos, se ha concedido bastante libertad a las autoridades nacionales para ponderar los intereses en litigio, reconociendo márgenes de apreciación nacional, capaces de derogar a la normativa comunitaria y, además, de determinar la necesidad y proporcionalidad de la medida que obstaculiza la libertad comunitaria en pro del derecho fundamental cuya protección parecía mayor en el derecho nacional. DÍAZ GRECO, María: “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TJCE referida a los derechos fundamentales”; en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Coords.): **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a uno integrado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2009. Págs. 63-65.

derechos constitucionales. El artículo 256.II hace posible la interpretación de los derechos en dos sentidos: por un lado, interpretando a los derechos constitucionales a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por el otro, interpretando al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de los derechos constitucionales bolivianos.

Lejos de ser un obstáculo para el Derecho Internacional, la regulación boliviana plantea un ejercicio de pesos y contrapesos en la interpretación de los derechos. Ello bajo el entendimiento de que no puede desconocerse el reconocimiento de los estándares mínimos de protección internacional ampliamente aceptados¹⁶¹. No obstante, debe cuidarse que no se pretenda, nuevamente, que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia sea el último y máximo garante de los derechos, puesto que en un sistema de protección multinivel como el configurado tras la aceptación de la competencia de la Corte IDH, esta atribución es compartida. En este sentido, el Tribunal Constitucional debe realizar un ejercicio de interpretación que aplique el derecho interno y el derecho internacional, otorgando la mayor protección sin importar la fuente de la cual provenga el estándar más alto, en pleno respeto de los principios *pro homine* y de aplicación progresiva¹⁶².

3.2 LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Es común introducir contenidos materiales en los cuerpos constitucionales que adoptan la configuración de derechos, con un gran margen de apertura y amplios niveles de indeterminación y vaguedad, cuyo contenido presenta una visible carga valorativa que no resulta fácil de precisar¹⁶³. Es precisamente el caso del catálogo de derechos de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que innegablemente contiene un elevado grado de indeterminación. Los artículos bolivianos que enuncian derechos y sus garantías, con un gran detalle de acciones positivas a las que se obliga el Estado, llevan en sí mismos un contenido de difícil determinación.

No es posible la determinación explícita de todas las soluciones dentro de un cuerpo constitucional. La indeterminación propia de los catálogos de derechos deben encontrar solución

¹⁶¹ La Constitución de Chile de 1989, reconoce límites a su soberanía al disponer en su artículo 5, inciso 2, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

¹⁶² De esta forma, el principio *pro homine* indica que las normas consuetudinarias que explican el contenido de los derechos protegidos por instrumentos internacionales tienen cabida en el sistema interno siempre que enriquezcan sus disposiciones. PINTO, Mónica: “Criterios de hermenéutica ...”; ob. cit., Págs. 166-171.

¹⁶³ SASTRE ARIZA, Santiago: “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”; en: CARBONELL, Miguel (ed.): **Neoconstitucionalismo(s)**; Trotta, Madrid. 2003. Págs. 241. En este sentido, LEÓN BASTOS, indica que los derechos fundamentales poseen una serie de rasgos distintivos que hacen que su interpretación sea diferente. El lenguaje que se utiliza para su constitucionalización y la carga emotiva que contienen, hacen que su interpretación se preste a una explicación diferenciada de un sistema a otro. LEÓN BASTOS, Carolina: **La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales de derechos humanos**: ...; ob. cit., Pág. 42.

en la actividad hermenéutica del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, considerando las particularidades de cada caso concreto¹⁶⁴. Por ello, es imprescindible el análisis de la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en la aplicación de las cláusulas de apertura e interpretación de los derechos constitucionales a partir de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En este sentido, también resulta importante hacer una referencia especial a la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.2.1 La Interpretación de las Cláusulas de Apertura por el Tribunal Constitucional Plurinacional

Es posible, como se ha defendido, resolver la inclusión y la posición jerárquica de los derechos que no se encuentran enunciados en la norma constitucional ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados¹⁶⁵. La Constitución boliviana de 2009 tiene la voluntad de dotar de máxima protección a los derechos sin importar el marco en el que se encuentran enunciados. Sin embargo, la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional no siempre ha seguido los criterios de apertura establecidos en la norma constitucional, desarrollando precedentes restrictivos para la incorporación de derechos que no se encuentran enunciados en la constitución boliviana pero sí se encuentran reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁶.

En cuanto a la aplicación de los artículos 13.IV *in fine* y 256.II de la Constitución boliviana de 2009, debe reconocerse que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado una línea

¹⁶⁴ Es necesario apuntalar que la interpretación constitucional también se encuentra revestida de límites. Véase con relación a este tema a BLANCO VALDÉS, Roberto: “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante. Legitimidad del control de constitucionalidad y self-restraint judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico”; en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Francisco J. (Coords.): **La justicia constitucional en el Estado democrático**; Tirant lo Blanch, Valencia. 2000. Págs. 17-42.

¹⁶⁵ Al respecto de este tipo de modelos, en el que es la propia Constitución la que establece la obligación de los tribunales internos a realizar una apertura interpretativa de los derechos fundamentales a través de los Tratados Internacionales, SANTAOLAYA indica que se trata de un sistema de diálogo, que integra por vía interpretativa los derechos humanos en los derechos fundamentales de cada uno de los ordenamientos. SANTAOLAYA, Pablo: “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”; en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, José Alfonso: **Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**; Tirant Lo Blanch, Madrid. 2013. Págs. 448.

¹⁶⁶ Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0092/2010-R, 0096/2010-R, 0197/2010-R, 0202/2010-R, 0211/2010-R, 0259/2010-R, 0264/2010-R, 0268/2010-R, 0275/2010-R, 0295/2010-R, 0296/2010-R, 0325/2010-R, 0334/2010-R, 0885/2010-R, 0874/2010-R, 2189/2010-R, 2238/2010-R, 0511/2011-R y 0922/2010-R 1448/2011-R. Mercedoras todas de Votos Disidentes. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en estos casos, no ha otorgado una equivalencia constitucional al derecho a la seguridad jurídica, puesto que ha considerado que no se encontraba expresamente estipulado como derecho, negando la tutela a través del Amparo Constitucional. Desarrollando así, una interpretación restrictiva de los derechos, puesto que si bien este no constituye un derecho literalmente proclamado es merecedor de tutela jurídica a partir de la cláusula abierta de la Constitución. Más aún al encontrarse la seguridad jurídica como un garante de los derechos humanos en los instrumentos internacionales, encuentra asidero en las normas constitucionales bolivianas. Sin embargo, su supuesta no equivalencia a un derecho en el plano literal, le ha valido al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia para no brindarle tutela.

interpretativa de gran apertura. De esta forma, la actividad hermenéutica ha posibilitado que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se consagren como el canon interpretativo para los derechos y libertades constitucionales. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia exige que se acuda inexcusablemente a los marcos internacionales de protección en la interpretación de los derechos¹⁶⁷. Siendo incuestionable el establecimiento de una línea de apertura del Derecho interno boliviano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Queda patente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido que cualquier interpretación debe ser extensiva, favorable y de acuerdo a los artículos 13.IV y 256 de la Constitución boliviana para no atentar contra los valores de justicia, igualdad y razonabilidad¹⁶⁸.

La línea marcada por el Tribunal Constitucional Plurinacional establece la obligatoriedad de acudir a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para la interpretación de los derechos constitucionales. Por lo tanto, no resulta una elección del intérprete acudir o no a los artículos 13.IV y el 256, pues estos son mandatorios y no deben ser considerados de libre utilización. Si bien algunos se inclinan por afirmar que no es necesaria la expresión literal en sentencia del uso de los estándares internacionales¹⁶⁹, indicando que sería suficiente que el intérprete respete los parámetros contenidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹⁷⁰, no es menos cierto que la expresión en sentencia del detalle de la interpretación de dichos parámetros resulta importante para la fundamentación de la aplicación del mejor estándar de protección.

Es así que, por el carácter obligatorio de la norma constitucional, los jueces no pueden ignorar la interpretación de los derechos constitucionales a través de los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; no se puede otorgar un margen de elección para la aplicación de los estándares internacionales simplemente cuando parezca unilateralmente oportuno. La interpretación del mejor estándar de protección debe ser incluida en las decisiones jurisdiccionales de forma explícita. Solo a partir de su expresión en sentencia es que puede debidamente motivarse la utilización de uno u otro estándar normativo¹⁷¹. En este sentido, aunque

¹⁶⁷ Apreciación que realiza SAIZ ARNAIZ en relación al artículo 10.2 de la Constitución Española. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: **La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos**: el art. 10.2 de la Constitución Española; ob. cit., Pág. 153.

¹⁶⁸ Sentencia Constitucional Plurinacional 0085/2012 de 16 de abril.

¹⁶⁹ STEINHARDT sostiene que la protección efectiva de los derechos humanos por cortes locales no necesita la consideración explícita de las normas internacionales. STEINHARD, Ralph: "The role of Domestic Courts in Enforcing International Human Rights Law"; en HANNUM, Hurst: **Guide to International Human Rights Practice**; Transnational Publishers, Lc. Ardsley, New York. 2004. Pág. 267.

¹⁷⁰ Esta conclusión se encuentra basada en la interpretación realizada por SAIZ ARNAIZ del artículo 10.2 de la Constitución Española. SAIZ ARNAIZ, Alejandro: **La apertura Constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos**: el art. 10.2 de la Constitución Española; ob. cit., Págs. 205-206.

¹⁷¹ No obstante, como analiza ROLDÁN BARBERO en relación al caso español, la incorporación de los parámetros internacionales en la jurisprudencia se encuentra limitada por varios factores, entre ellos, la impropiedad y la incertidumbre terminológica y conceptual en materia jurídico-internacional, la escasa formación iusinternacionalista precisada para alcanzar la judicatura a nivel nacional y la concepción meramente gubernamental de la política exterior que hace que los jueces actúen con extrema cautela a la hora de abordar este campo, hacen que la aplicación del derecho internacional en el marco interno sea rutinaria, repetitiva y casi carente de originalidad. ROLDÁN

la expresión en sentencia de la interpretación de los derechos constitucionales a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un *sine qua non*, se sostiene enfáticamente que esta es altamente recomendable para una correcta aplicación de los estándares de protección.

La interpretación del Tribunal Constitucional ha resultado coherente con la aplicación de las fuentes internacionales a la luz de la Constitución boliviana de 2009, inclinándose a solidificar una línea jurisprudencial de máxima apertura del derecho interno hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁷². De esta manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció la utilización obligatoria de los artículos 256 y 13.IV para la interpretación de la norma constitucional¹⁷³. Indicó derechos enunciados en la norma constitucional deben ser interpretados a partir de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, bajo el convencimiento pleno que la evolución histórica de los cuerpos constitucionales reflejan una lucha ineludible por la realización de los derechos¹⁷⁴.

La interpretación de los derechos a partir del Derecho Internacional es el reflejo de la voluntad del constituyente, dado que durante la Asamblea Constituyente se ha instituido a la garantía de los derechos como fin y función del Estado. Según lo esgrimido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, el artículo 9.4 de la norma constitucional boliviana deja clara la voluntad de otorgar la máxima protección de los derechos y esta es posible a partir del Derecho Internacional¹⁷⁵. La lucha por dotar de la mayor protección a los derechos puede evidenciarse a

BARBERO, Javier: “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público”; en **Revista Española de Derecho Internacional**, Sección Jurisprudencia, Vol. LXII/1, Madrid. Enero-Junio 2010. Págs. 146-147.

¹⁷² SCHNEIDER plantea a los derechos fundamentales como elementos que siguen regulando las relaciones entre Estado e individuo, pero además de ello se debe considerar que esta relación ya no puede ser descrita a través de las categorías abstracto formales del positivismo jurídico estatal como la *soberanía* del Estado o la subsecuente «sumisión» al poder por parte de los ciudadanos, ello nos indica que los derechos fundamentales no pueden ser entendidos como una simple delimitación formal entre determinadas esferas de voluntades, puesto que en ese caso se atrofiarían y se convertirían en «límites de no intervención». El planteamiento de que determinadas cuestiones escapan de la esfera Estatal y requieren del establecimiento y reconocimiento de mecanismos de protección más allá de las fronteras del Estado, enfrenta a la necesidad de plantear al Estado como una unidad dependiente de determinadas formas y principios que se forjan a nivel internacional y que, por lo tanto, reducen el margen de actuación del principio de la libre determinación de los pueblos en la búsqueda de los objetivos de una sociedad global que fija su horizonte en la armonización de las garantías y libertades individuales y colectivas. SCHNEIDER, Hans Peter: **Democracia y Constitución**; ob. cit., Págs. 18 y ss.

¹⁷³ Es cada vez más frecuente la cita a instrumentos internacionales, inclusive a sentencias de otros tribunales de la región. En este sentido se analiza la Sentencia Colombiana T-518/11, de 5 de julio de 2011, en relación a los efectos permanentes de los actos ilegales y la inmediatez para ejercer la acción de tutela constitucional, además haciendo mención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta de la OEA para conceder la tutela solicitada en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0105/2014, de 10 de enero de 2014. Se observa también el análisis del contenido del PIDCP, así como la CADH en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1357/2013, de 16 de agosto de 2013, entre otras.

¹⁷⁴ Puede observarse la referencia a las sentencias de la Corte IDH en relación a las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces Fundamento III.1, haciendo alusión a los estándares expresados por la Corte IDH, fundamento III.2.2, observando la concesión de la tutela por la vulneración de dichos estándares. Sentencia Constitucional Plurinacional 0832/2015-S3, de 17 de agosto. La referencia a la CIDH y Corte IDH puede verse también en las Sentencias del Tribunal Constitucional 0171/2017-S2, de 6 de marzo de 2017; 1264/2016-S2, de 5 de diciembre de 2016; 1268/2016-S2, de 5 de diciembre de 2016; 1109/2016-S1, de 7 de noviembre de 2016; 0922/2016-S2, de 26 de septiembre de 2016; 1226/2015-S1, de 7 de diciembre; 1181/2015-S1, de 16 de noviembre; 1149/2015-S1, de 6 de noviembre; 1074/2015-S3, de 5 de noviembre y; 1101/2015-S3, de 5 de noviembre; entre otras.

¹⁷⁵ Sentencia Constitucional Plurinacional 0510/2012-R de 9 de julio.

través del Voto Disidente de uno de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional — presente en reiterada jurisprudencia—, en el que se defendió que más allá de emplear los criterios de interpretación señalados en el artículo 196.II de la Constitución —el tenor literal del texto y la voluntad del constituyente—, deben ser consideradas otras disposiciones constitucionales que introducen el principio de interpretación conforme¹⁷⁶ a los instrumentos del Derecho Internacional, entre estas, los artículos 13.IV y 256 de la Constitución que llevan implícitos el reconocimiento de los principios *pro homine* y de progresividad. Siendo estos criterios los que configuran a un Tribunal Constitucional principista y garantista¹⁷⁷.

El Tribunal Constitucional a través de otro Voto Disidente, mostrando una ardua batalla para aplicar el mejor estándar de protección, ha indicado que, por encima de los criterios de interpretación introducidos por el artículo 196.II de la Constitución, si es que no se aplican los artículos 13.IV *in fine* y 256, es decir, si no se interpretan los derechos constitucionales a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se estaría realizando una *interpretatio in peius*. Este hecho estaría perforando la justicia constitucional boliviana y generando incertidumbre jurídica en el Estado Social de Derecho Plurinacional Comunitario, pues resulta una obligación para los intérpretes constitucionales resguardar los valores y principios del Estado boliviano, que a su vez están orientan al resguardo de los valores máximos de dignidad humana y la sensibilidad social¹⁷⁸.

El Tribunal Constitucional Plurinacional deja claro que para cualquier interpretación a realizarse sobre la Constitución boliviana debe ser aplicado un criterio extensible y favorable, lo que a su vez exige dotar de la mayor protección existente a los derechos constitucionales mediante una interpretación realizada en plena utilización de parámetros internacionales de acuerdo a los artículos 13.IV y 256 de la Constitución¹⁷⁹. Así también, el intérprete constitucional indicó que la interpretación de los derechos debe ser necesariamente concordante con el artículo 29 de la CADH¹⁸⁰, con el objetivo de no atentar contra los valores de justicia e igualdad, así como para no

¹⁷⁶ Puede observarse, incluso en las cortes de los Estados Unidos, una tendencia a dotar de una interpretación compatible al Derecho Interno con las normas internacionales, insertando la teoría de que ambos pueden ser compatibles. Ello ha contribuido a que los jueces en un gran número de jurisdicciones apliquen el Derecho Internacional a pesar de los aparentes conflictos con el derecho doméstico, contribuyendo a un mejor alineamiento del derecho nacional con las prescripciones del Derecho Internacional. BENVESTI, Eyal: “Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institute de Droit International’s Resolution on «The Activities of National Courts and the International Relations of their State»”; **European Journal of International Law**, 5, 1994. Págs. 427-428.

¹⁷⁷ Sentencia Constitucional Plurinacional 1688/2011-R de 21 de octubre.

¹⁷⁸ Voto Disidente de 13 de julio de 2011 en relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0406/2011-R de 14 de abril.

¹⁷⁹ Sentencia Constitucional Plurinacional 0980/2010 de 17 de agosto y otras derivadas de la misma.

¹⁸⁰ Artículo 29 de la Convención Americana de los derechos humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actores internacionales de la misma naturaleza”.

afectar al criterio de razonabilidad. Para ello el Tribunal Constitucional Plurinacional ha reconocido la plena validez y relevancia jurídica de los cánones interpretativos de la CADH¹⁸¹.

La modulación progresiva de la defensa de los derechos en el seno del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha enfatizado que los artículos 13.IV y 256 disponen expresamente que los derechos constitucionales deben ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entendiendo que el contenido de dichos instrumentos internacionales son también interpretadas por otros entes supranacionales —en clara referencia a la Corte IDH—¹⁸². De esta forma, el Tribunal Constitucional ha ido progresivamente integrando para la interpretación de los derechos no solo a las normas internacionales de carácter formal, sino que también ha considerado a las normas de carácter material, que si bien no aparecen mencionadas en el cuerpo constitucional han sido reivindicadas y utilizadas en su actividad hermenéutica. Así se ha abierto camino a las normas internacionales no formales, como las interpretaciones de las cortes internacionales en materia de Derechos Humanos, que por su valor axiológico o principista resultan esenciales para la interpretación de los derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la modulación de sus sentencias ha acogido y validado a la interpretación de los Derechos Humanos realizada por cortes internacionales sobre las cuales no ejerce competencia alguna¹⁸³. Este es un gran avance que resulta completamente coherente con la esencia constitucional boliviana, pero también con la consideración de que en el proceso de incorporación de los Derechos Humanos que provienen de vertientes internacionales también las decisiones o interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales son de especial importancia en el proceso de reforzamiento y expansión de la internacionalización de los derechos constitucionales¹⁸⁴.

Pero no toda interpretación de los derechos constitucionales a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible, esta debe estar acompañada del sentido en el que fueron creados los instrumentos a los que pertenecen. De esta manera, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la utilización de normas internacionales sacadas fuera de contexto y, por lo tanto, que se encuentren violando palmariamente los derechos

¹⁸¹ Cabe destacar que atribuir jurisdicción sobre derechos fundamentales a órganos internacionales es una evidente forma de autolimitación de los Estados en el ejercicio de sus competencias decisorias, jurisdiccionales y revisoras. GARCÍA ROCA, Javier: “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?”; en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Coords.): **Integración europea a través ...**; ob. cit., Pág. 18.

¹⁸² Voto disidente de 14 de julio de 2011, en relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0460/2011-R de 18 de abril. En relación a la aplicación de las Sentencias de la Corte IDH. Asimismo, establece que “otra razón para sustentar en el orden interno la jerarquía constitucional de las Sentencias emanadas de la Corte IDH, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre derechos humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte IDH. En efecto, las Sentencias emitidas luego de una constatación de vulneración de derechos humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el Estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables”.

¹⁸³ Sentencia Constitucional Plurinacional 0460/2011-R de 18 de abril.

¹⁸⁴ WEN-CHEN, Chang y JIUN-RONG, Yeh: “Internationalization of Constitutional Law”; en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, Andrés (Eds.): ob. cit., Pág. 1168.

constitucionales, como es el caso de incorporar normas pertenecientes a conflictos armados para justificar la violencia ejercida por el Estado¹⁸⁵. La actividad hermenéutica del Tribunal Constitucional Plurinacional debe orientarse a resolver los vacíos normativos, pero también los conflictos y colisión de normas, en plena consideración de que la Constitución es norma primordial del sistema de fuentes, que únicamente deja de ser primordial cuando existe un mejor estándar de protección tras la entrada en escena del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo determinan los artículos 13, 256.II y 410 de la Constitución boliviana¹⁸⁶.

El tratamiento de las normas constitucionales en Bolivia que reconocen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace que el cuerpo constitucional se entienda de forma unitaria, porque concibe de forma integral a los derechos, pero también de forma dinámica, porque a partir de sus propios preceptos el catálogo boliviano de los derechos se encuentra siempre abierto y, por tanto, en constante evolución. Como consecuencia el intérprete constitucional no puede, a partir de los nuevos criterios hermenéuticos, realizar una interpretación únicamente con estándares de protección nacional, sino que debe interpretar necesariamente desde las normas contenidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁸⁷.

Los artículos 13.IV *in fine* y 256.II de la Constitución boliviana contemplan claves muy acertadas en la interpretación de los derechos constitucionales. Establecen pautas constitucionales para que el derecho interno boliviano se deje influir por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también para que pueda influir sobre él para garantizar una efectiva protección de los derechos¹⁸⁸. Por primera vez en la historia constitucional boliviana se introducen preceptos constitucionales que abren a la norma constitucional en su interpretación hacia los instrumentos

¹⁸⁵ Se observa en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0362/2014 de 21 de febrero, la declaración de inconstitucionalidad sobre la imposición, como normas legales para la intervención militar en conflictos internos, de principios y preceptos emitidos para la regulación de conflictos armados de orden internacional, denunciando una interpretación caprichosa de los estándares en relación a la voluntad del Estado, indicando que las normas que regulan conflictos armados no pueden asimilarse a las normas que resuelven conflictos internos o sociales en el marco en el que se pretende con la regulación planteada. El Tribunal Constitucional Plurinacional indicó que la aplicación de normas de Derecho Internacional Humanitario, en los que casos que no se reconocen por ellas mismas, significa transgredirlas normativamente. No obstante, a través del Voto Particular Disidente de la Magistrada Ligia Mónica Velásquez Castaños de 21 de febrero de 2014, en relación a la mencionada sentencia, se indicó que las normas deberían haberse declarado constitucionales por el alto nivel de conflictividad en el país, equiparando erróneamente los conceptos de conflicto armado y conflicto interno con las manifestaciones casuales que generan conflictos internos en Bolivia, cuya dimensión y connotación son diferentes en demasía.

¹⁸⁶ Sentencia Constitucional Plurinacional 1357/2013, de 16 de agosto de 2013. Fundamento III.1.

¹⁸⁷ Voto Disidente de 20 de diciembre de 2011 en relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional 1132/2011-R de 19 de agosto.

¹⁸⁸ Puede destacarse que la evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos no ha sido la misma en los diferentes Estados del mundo. Considerando como un caso especial a tener en cuenta el de los Estados Unidos de Norte América. Por un lado, la cobertura del Derecho Internacional se ha expandido significativamente mostrando mayor presencia en el Derecho Interno, sobre todo en el caso de los derechos humanos, observando que la *Supreme Court of the United States* ha visto una serie de casos utilizando el Derecho Internacional de los derechos humanos. Pero, por el otro, los estudiosos de estas cuestiones han descrito el enfoque americano como selectivo y pragmático, que se encuentra siempre atento a qué derecho internacional ingresa en su ordenamiento, mostrando una indiscutible preferencia por los órganos políticos de control sobre el Derecho Internacional. De esta forma, aunque los jueces muestran un rol en la aplicación del Derecho Internacional, lo hacen típicamente condicionados por las decisiones y acciones del congreso y el ejecutivo. BRADLEY A., Curtis: *International Law in the U.S.* ob. cit. Págs. XI-XIII.

internacionales de Derechos Humanos. Ello es el reflejo de la esencia constitucional boliviana que es consciente de la vital relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de las normas constitucionales y su interpretación, se ha abierto un nuevo horizonte el intérprete constitucional boliviano con respecto a la protección de los derechos en perspectiva multinivel¹⁸⁹.

3.2.2 La Interpretación de los Derechos Indígenas en la Constitución Boliviana de 2009

Es evidente que la norma constitucional boliviana consagra a los derechos y principios con un carácter simbólico profundo, desde su definición extensa y su detallado entramado de garantías, con una orientación directa hacia la defensa y promoción de las culturas y prácticas originarias. No obstante, entendiendo que el contenido de los derechos no puede llegar a ser expresado en todas sus posibles dimensiones en el cuerpo constitucional boliviano, es necesario recurrir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es desde la normativa internacional que se pueden construir límites y amalgamas entre los derechos de «naciones y pueblos indígena originario campesinos» y los otros tipos de derechos contenidos en la norma constitucional boliviana¹⁹⁰.

No obstante, es pertinente reconocer que el recurso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser cuidadoso y preservar fielmente el sentido de las normas nacionales y la identidad propia de los preceptos constitucionales, con especial atención a resguardar correctamente los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos»¹⁹¹. En el caso de los colectivos indígenas el respeto a la realidad en la que se desenvuelven sus sistemas de derecho originario es fundamental para entender la forma de aplicación de los mismos, puesto que las peculiaridades de cada uno de los colectivos indígenas determinan las variantes especiales a la hora de interpretar los derechos en pugna¹⁹². Las generalizaciones en la aplicación de los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» resultan en extremo peligrosas.

¹⁸⁹ Véase, en relación a los conflictos y sinergias en la tutela de los derechos en diversos niveles institucionales, BILANCA, Paola y PIZZETTI, Federico Gustavo: **Aspetti e problema ...**; ob. cit. Págs. 259-266.

¹⁹⁰ La apertura interpretativa hace que, precisamente para la actividad hermenéutica, pueda ser siempre posible la realización de préstamos interpretativos con respecto al derecho que se contiene en los distintos fallos de los Tribunales Constitucionales regionales con el fin de enriquecer sus propias apreciaciones e interpretaciones. HÄBERLE, Peter: **El Estado constitucional**; ob. cit., Págs. 99-104.

¹⁹¹ A través de la ratificación de instrumentos internacionales, Bolivia empieza a reconocer el pluralismo jurídico. Una lectura integral del Derecho Internacional, hará que el derecho de los pueblos indígenas se encuentre doblemente reforzado, tanto a nivel interno como internacional. A partir de ello el común denominador es el derecho de los pueblos indígenas a una cultura común, a existir, desarrollar y regular sus propias instituciones y formas de vida, reconociéndoles el derecho a administrar justicia al interior de sus territorios. En este sentido, internacionalmente se coincide en establecer como el límite del ejercicio de su propio derecho a la no vulneración de los derechos fundamentales. Destacando que al reconocerse la pluriculturalidad toda interpretación de los derechos humanos debe ser hecha en esta perspectiva, sin valorar a una cultura por sobre otra. SCHÖNBOHM, Horst: “El pluralismo jurídico – Una comparación a nivel de América Latina”; en CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie: **Los Derechos ...**; ob. cit., Pág. 37

¹⁹² La Constitución también establece que las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, deben ser protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva, respetando su derecho de mantenerse en esa condición, delimitando y consolidando legalmente sus territorios (Art. 31 CPE). La protección que da la Constitución a estos colectivos es bastante amplia y

Estos aspectos hacen que la labor de interpretación de los derechos indígenas se revista de especiales dificultades¹⁹³, considerando además que la complejidad del catálogo de derechos establecido en la norma constitucional no podría acoger soluciones convencionales por la inmensa dificultad de proyectarse en las múltiples dimensiones en las que está organizada y concebida la faz de los derechos bolivianos, considerando su gran diversidad cultural y étnica. Como se ha indicado, el extenso catálogo de derechos establecido en la nueva norma constitucional boliviana es pasible de ocasionar que estos colisionen entre sí, pudiendo generar relaciones recíprocas que pueden identificarse como de «suma cero»¹⁹⁴, siendo su tratamiento a partir de la Constitución sumamente delicado¹⁹⁵.

El principal objetivo del intérprete constitucional a la hora de abordar los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» se encuentra en la construcción de una interpretación en la que la interacción entre las normas constitucionales no sea una relación de independencia o jerarquía, sino por el contrario sea una relación de continuidad y efectos recíprocos. En estos casos, la ponderación¹⁹⁶ es el procedimiento idóneo para la resolución de los

lo hace bajo el principio de la libre determinación de los pueblos en base a la unidad del Estado. Es importante destacar que esta protección se entiende como la reivindicación de las culturas tradicionales que, si bien constituye una tarea destacable, es una tendencia que posibilita el enclaustramiento político para la defensa de las distintas comunidades y sus respectivas culturas, puesto que su protección, que debe de ser precisa en muchos aspectos, abre una puerta a que, con el pretexto de la cultura y la posibilidad de mantenerse en el ostracismo, se lleguen a vulnerar derechos reconocidos universalmente, tales como la salud, la educación y la administración de justicia, entre otros (Art. 35 CPE). Véase sobre el problema de los derechos históricos en España, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: **Derechos Históricos y Constitución**; Taurus, Madrid. 1998. En su totalidad. Véase en relación con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, RODRÍGUEZ VELTZÉ, Eduardo: “Ley de deslinde jurisdiccional - Derechos individuales y colectivos”; en CÓNDROR CHUQUIRUNA, Eddie: **Los Derechos ...**; ob. cit., Págs. 141-151. Véase, en relación a la dramática situación de aislamiento voluntario de pueblos de las tierras bajas de Bolivia, CAMACHO NASSAR, Carlos: “Violencia y etnocidio en las Tierras Bajas”; en MAHECHA, Dany y FRANKY, Eduardo: **Pueblos Indígenas en el aislamiento voluntario y contacto inicial**; IWGIA, IPES. 2012. Págs. 100-135.

¹⁹³Otro de los presupuestos comunes que infieren en la interpretación de los derechos constitucionales es la concepción practicada, aunque poco manifestada, de que las diferentes teorías atingentes a estos se ponen a disposición y opción de los intérpretes a través del cuerpo constitucional. Por lo tanto, en ningún caso, ninguna de las teorías de interpretación se encontraría excluida, esta circunstancia determina que la interpretación de los derechos puede estar sustentada en distintas bases a criterio del intérprete. Sin embargo, hay que destacar que dada la singularidad de las teorías sobre derechos constitucionales es difícil que puedan llegar a reducirse a simples puntos de vista interpretativos o a propuestas de solución que tienen la pretensión de actuar correctamente sobre la base, o desde una precomprensión común, o desde un contexto de tipo jurídico que ha sido procurado por la normativa vigente. BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang: **Escritos sobre Derechos Fundamentales**; Baden-Baden, Alemania. 1993. Págs. 67 y 68.

¹⁹⁴PINTORE, Anna: “Derechos insaciables”; en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Eds.): **Los fundamentos de los derechos fundamentales**; Trotta, Madrid. 2001. Pág. 258.

¹⁹⁵Los derechos en Bolivia, parten por reconstruir la lógica jurídica desde las colectividades y transformando el canon individual. Lo que no supone una negación de los derechos, los deberes y las garantías comprendidas, sino una adecuación de los mismos en el pluralismo post-colonial, adecuado a los procedimientos de sedimentación y acumulación histórica. ROJAS TUDELA, Farit L.: “Del Monismo al Pluralismo Jurídico: interculturalidad en el Estado Constitucional”; en CÓNDROR CHUQUIRUNA, Eddie: **Los Derechos ...**; ob. cit., Págs. 28-31. En referencia con los problemas de compatibilidad entre los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» y demás derechos, ALBARRACÍN SÁNCHEZ, defiende que no existe ninguna extrapolación, ni subordinación de unos a otros, dado que son perfectamente compatibles, inclusive llegan a ser interdependientes y complementarios entre sí. A partir del principio de la integralidad de los derechos humanos todo el conjunto nacional resulta beneficiado. ALBARRACÍN SÁNCHEZ, Waldo: “La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional”; en CÓNDROR CHUQUIRUNA, Eddie: **Los Derechos ...**; ob. cit., Pág. 82.

¹⁹⁶Véase con respecto a la ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales a DÍEZ-PICAZO, Luis María: **Sistema de Derechos Fundamentales**; ob. cit., Págs. 51-54.

casos en los que pueden entrar en conflicto principios virtualmente contradictorios que, sin embargo, pueden convivir sin dificultades en abstracto, como también para las respectivas leyes o reglamentos que son la concreción de tales principios. En este sentido, los jueces no deben cuestionar la constitucionalidad de una ley protectora de un derecho, sino que deben mandar a que sea interpretada de tal forma que la fuerza del principio que la sustenta sea compatible con la fuerza del principio que se encuentra en pugna¹⁹⁷.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que dado el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia, las diferentes soluciones en la interpretación de los derechos dirigidos a las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» no resultan pacíficas¹⁹⁸. Se debe considerar que un universalismo superficial de los Derechos Humanos basado únicamente en las concepciones ontológicas occidentales, aunque este se manifieste internacionalmente aceptado en la teoría y práctica general, podría resultar en gran medida incompatible con los modelos originarios que no se corresponden a esta concepción, puesto que no encarnan elementos de evolución común. El diálogo entre sistemas es la única vía que permite el respeto pleno a los derechos. La negación de un diálogo constructivo entre los modelos de justicia ordinaria con los modelos de justicia indígenas resultaría contraria a los principios fundamentales que sustentan a los Derechos Humanos, puesto que podría implicar una especie de «ultracriminalización» de los sistemas nativos¹⁹⁹.

La Constitución boliviana de 2009 reconoce a la «Jurisdicción Indígena Originaria Campesina»²⁰⁰, misma que se ejerce bajo las autoridades indígenas, con igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria²⁰¹. Se dispone así que el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales debe ser

¹⁹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”; en: CARBONELL, Miguel (Ed.): **Neoconstitucionalismo(s)**; ob. cit., Págs. 143-147

¹⁹⁸ Dentro de este ámbito, uno de los principales aspectos generadores de conflicto, ha sido el establecimiento de que las decisiones de la «Jurisdicción Indígena Originaria Campesina» son de cumplimiento obligatorio y no pueden ser revisadas por las otras jurisdicciones (Artículo 12 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional). La indicación de la no revisión de la jurisdicción indígena ha suscitado muchos debates durante la Asamblea Constituyente, puesto que algunos constituyentes habían entendido que se refería a la ausencia de una segunda instancia en el régimen jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha dejado clara no solo la importancia de la existencia de distintos sistemas jurídicos para atender a la pluralidad boliviana, sino también su obligatorio sometimiento al control por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, al igual que todas las demás jurisdicciones. El Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce control no solo sobre las normas formales sino también sobre las normas de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos», se encuentren o no positivadas. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 de 18 de junio de 2012.

¹⁹⁹ VON BOGDANDY, Armin: “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”; en: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.): ob. cit., Pág. 740.

²⁰⁰ El artículo 191 de la Constitución boliviana establece que se encuentran sujetos a la Jurisdicción Indígena, los miembros de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» que actúen como partes, cuyas relaciones o hechos jurídicos se hayan realizado dentro de la comunidad indígena o produzcan efectos dentro de su jurisdicción. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional destaca que, la «Jurisdicción Indígena Originaria Campesina», se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando estos elementos concurren simultáneamente. Lo que implica que solo los asuntos que sean íntegramente indígenas serán objeto de esta jurisdicción, dejando a los asuntos de carácter mixto bajo la jurisdicción ordinaria.

²⁰¹ Art. 179 CPE. A través del Informe por Minorías de la Comisión N°3 de la Asamblea Constituyente se proponía como derecho de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos», resolver sus conflictos internos en aplicación de sus propios sistemas jurídicos, conforme a sus normas, usos y costumbres. Subrayando que, en caso de

realizado por sus propias autoridades, con una aplicación plena de principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, respetando los derechos y garantías proclamados por la Constitución²⁰². No obstante, al igual que sucede con el ejercicio de cualquier derecho, se deja claro que el ejercicio de los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» se encuentra sujeto a límites determinados, cuyos presupuestos básicos pueden encontrarse en el Derecho Internacional²⁰³.

Los límites del derecho de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» se encuentran marcados por los estándares mínimos del Derecho Internacional²⁰⁴. En este sentido, el

contradicción, con la Constitución o las leyes, se aplicarán estas últimas preferentemente. “Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional”, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), **Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano**, ob. cit. p. 401.

²⁰² Art. 190 CPE

²⁰³ El artículo 10.II de la Constitución boliviana establece que la «Jurisdicción Indígena Originaria Campesina» no conocerá delitos contra el Derecho Internacional; crímenes de lesa humanidad; contra la seguridad interna y externa del Estado; terrorismo; tributarios y aduaneros; corrupción o cualquier otro cuya víctima sea el Estado; trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico; los cometidos en contra de la integridad corporal de niños y adolescentes; violación; asesinato u homicidio; cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario. Tampoco conocerá asuntos de derecho laboral, seguridad social, tributario, administrativo, minero, hidrocarburos, forestal, informático, internacional y agrario, excepto la distribución interna de tierras sobre las que se tenga posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas. Sobre esta delimitación del ámbito competencial de la «Jurisdicción Indígena Originaria Campesina», se ha indicado que lo que ha quedado comprendido en él es solo lo marginal, aquello que a través de los sistemas de control de legalidad pueda determinarse. Ello implicaría una reducción a la mínima expresión de la verdadera justicia indígena que se intentaba estructurar a partir del nuevo cuerpo constitucional boliviano. GOITIA, Carlos Alberto: **Constitución Política y justicia indígena originaria campesina**: Potestades de generación normativa y de administración de justicia; FES, 2012. Pág. 345.

²⁰⁴ En relación a los derechos indígenas, existen muchos parámetros interpretativos fijados en instrumentos internacionales que el Estado boliviano debe considerar y respetar. Así tenemos al artículo 46 en su numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas de Pueblos Indígenas que establece, que el límite de los derechos que se encuentran enunciados en ella, se encuentra en la ley con arreglo a las obligaciones internacionales de derechos humanos. En este sentido, los límites no serán discriminatorios y solo habrán de constituirse los estrictamente necesarios para la garantía, reconocimiento y respeto que se deben a los derechos y las libertades de los demás, así como para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. En el numeral 3 expresa que las disposiciones enunciadas en su cuerpo se interpretarán con arreglo a los principios de justicia, democracia, respeto a los derechos humanos, igualdad, no discriminación, buena administración pública y buena fe. Aspectos que son reflejados en el Convenio N° 169 al establecer que deberán ser adoptadas las medidas especiales que sean precisas para salvaguardar a personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de los pueblos. En la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán ser respetados los métodos a los que los pueblos acuden de forma tradicional para la represión de los delitos que hayan sido cometido por sus miembros, en el sentido que las autoridades y tribunales que sean llamados para pronunciarse en cuestiones penales tendrán que considerar las costumbres de dichos pueblos en la materia (Convenio N° 169 Art. 9). En este mismo sentido, encontramos que la Conferencia Mundial de derechos humanos (en adelante Declaración de Viena), se encuentra reafirmando la obligación de los Estados de velar para que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades, sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Art. 19 Declaración de Viena). La Conferencia Mundial de derechos humanos reconoce la dignidad de la persona intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad. En este sentido, los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad. Considerando de especial importancia, a las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos. Por tanto, son los Estados los que deben tomar medidas positivas y concertadas, en concordancia con el Derecho Internacional, con el objetivo de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social (Art. 20 Declaración de Viena). En el mismo sentido, pero con técnica deficiente se encuentra la Declaración de Machu Picchu de la CAN sobre la democracia, los derechos de los pueblos y la lucha contra la pobreza. Este último punto puede verse en OLMOS

derecho interno debe seguir dichos parámetros para establecer que la «justicia indígena originario campesina» deberá respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia²⁰⁵; que en ningún caso las sanciones de sus tribunales podrán determinar la pérdida de tierras o la expulsión, sobre los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes, cargos, aportes y trabajos comunales. Del Derecho Internacional de los Derechos Humanos deriva el desarrollo de la norma nacional que prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra niños, adolescentes y mujeres, siendo el estándar tajante a este respecto y no concede ningún tipo de conciliación en este tema²⁰⁶.

Es importante recalcar la especial interpretación que debe hacerse de los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» al encontrarse reconocidos en las vertientes individual y colectiva, dado que ambas vertientes comportan una especial y diferente forma de protección. Esta nueva forma de entender a los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» en el Estado Plurinacional de Bolivia debe ser cuidadosamente abordada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, pues debe cuidar especialmente los límites existentes entre los derechos colectivos e individuales. Además, el modo de relacionamiento en comunidad de los pueblos indígenas hace que la forma de aplicarse el derecho sea vista especialmente desde un punto que engloba al total de sus habitantes y no solo al individuo²⁰⁷, tal como puede observarse en el reconocimiento de los derechos indígenas realizado por el SIDH²⁰⁸.

El reconocimiento de los derechos constitucionales en perspectiva multiétnica y pluricultural, se enfrenta en su aplicación a las viejas concepciones de derechos contenidas en

GUIPPONI, María Belén: **derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe**; Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Págs. 255-258.

²⁰⁵ Artículo 5.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

²⁰⁶ Artículo 5. III y IV de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

²⁰⁷ “Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional”; en PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos (Coord.): ob. cit., Tomo III, Vol. 1. Págs. 257-258.

²⁰⁸ Se reconoce especialmente la tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, que no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párrafo 149. Así también se reconoce que su derecho consuetudinario debe ser tenido especialmente el cuenta. Párrafo. 151. El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y su nexa comunal con el territorio también puede observarse en Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C Nº 124. Párrafo 131. En el mismo sentido Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125. Párrafos 131 y 135; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 29 de marzo de 2006. Párrafo 120; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencias de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 93; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 145. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párrafo 111; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Párrafo 165; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Párrafo 100; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Párrafo 129.

anteriores cuerpos constitucionales. Se requiere de una gran apertura para la aplicación de estos novedosos valores y principios culturales que han estado sistemáticamente desplazados en el contexto boliviano. Como se ha visto, el artículo 13.IV *in fine* abre una vía para una interpretación acorde al Derecho Internacional, pero al mismo tiempo, el artículo 256.II establece que debe primar la norma más favorable abriéndose a la interpretación del Derecho Internacional a partir de los derechos constitucionales. Esta estructura hace que la interpretación de los derechos se deba circunscribir a la mejor protección aplicable, sin importar la fuente de la que provenga. Este ejercicio impone la búsqueda de la mejor protección del derecho y especialmente útil en la interpretación de los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos», puesto que es fundamental recurrir a sus características de origen.

En el contexto de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos», el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se consagra como un fuerte propulsor e indicador los derechos constitucionales. Si embargo, debe ser siempre modulado a partir de los propios sistemas de derechos indígenas, puesto que si bien las normas relativas a los derechos humanos tienden a la universalización no es menos cierto que en el caso de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos» deben sopesar las circunstancias propias pertenecientes a cada cultura. Son precisamente los momentos de indeterminación que se encuentran presentes en la Constitución como puentes para hacer posible el paso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que harán posible la construcción de las herramientas para la solución de los conflictos que se presenten en la jurisdicción indígena originaria campesina.

La cláusula abierta y los artículos 13.IV *in fine* y 256.II de la Constitución, suponen una impresionante evolución en cuanto a la interpretación de los derechos de las «naciones y pueblos indígena originario campesinos», puesto que no solo permiten sino que mandan, en cada caso, que esta actividad sea realizada a partir de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Siendo el objetivo fundamental de este articulado es el de servir de garantía al respeto del estándar o contenido mínimo de los derechos reconocido por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, reconociéndolos como mandato vinculante para el intérprete pero inclusive para el legislador. La configuración de los presupuestos mínimos que son irrenunciables fueron resguardados por el constituyente, pero en reconocimiento de su constante evolución, cuya importancia es maximizada en el caso en el que dichos instrumentos cuenten con órganos judiciales que los interpreten y actualicen²⁰⁹.

²⁰⁹ SANTAOLAYA, PABLO: ob. cit., Pág. 449.

TRABALHO EM HOME OFFICE, SE VEIO PARA FICAR O QUE PRECISA MUDAR? TELETRABALHO.

I WORK AT HOME OFFICE, IF YOU'RE HERE TO STAY WHAT NEEDS TO CHANGE? TELEWORK.

“O medo tem alguma utilidade, mas a covardia não”. Mahatma Gandhi

Benizete Ramos de Medeiros¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise do trabalho em *home office* em especial o teletrabalho tão utilizado durante o período da pandemia provocada pelo COVID-19 nos anos de 2020 e 2021, com especial atenção a partir das alterações que foram inseridas pela lei 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista, cuja experiência com essa forma de trabalho foi testada na pandemia exibindo as mazelas e os desafios das alterações à serem enfrentadas, já que o novo *modus* de trabalho, veio para ficar e, se de um lado traz grande economia para as empresas e benefícios ao próprio trabalhador, de outro, apresenta necessários ajustes em especial pelo custeio pela aquisição e manutenção dos equipamentos e os meios adequados para o desenvolvimento do trabalho, em contraponto com quem assume os riscos da atividade econômica constante do art. 2º da CLT. Analisa superficialmente as configurações do contrato de trabalho no Brasil, voltando a atenção para a característica da adesão que reduz a autonomia da vontade das partes quando da pactuação.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Equipamentos. Tecnologia. Risco da atividade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRABALHO REMOTO. 3 OS PRINCIPAIS ASPECTOS A SEREM ENFRENTADOS ACERCA DO TELETRABALHO. 4 O CUSTO DO TELETRABALHO, QUEM DEVE SUPORTAR? 5 CARACTERÍSTICAS DE ADESÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

ABSTRACT: This article aims to make a brief analysis of home office work, in particular telework so used during the period of the pandemic caused by COVID-19 in the years 2020 and 2021, with special attention from the changes that were inserted by the law. 13.467/2017, called labor reform, whose experience with this form of work was tested in the pandemic, showing the ills and challenges of the changes to be faced, since the new work modus is here to stay and, if on the one hand, it brings great savings for companies and benefits to the worker himself, on the other hand, it presents necessary adjustments, in particular for the cost of acquiring and maintaining equipment and the adequate means for the development of the work, in contrast with those who assume the risks of the economic activity contained in art. . 2 of the CLT. It superficially analyzes the configurations of the employment contract in Brazil, turning attention to the characteristic of adhesion that reduces the autonomy of the parties' will when entering into an agreement.

KEYWORDS: Telework. Equipment. Technology. Activity risk

CONTENTS: 1 INTRODUCTION. 2 REMOTE WORK. 3 MAIN ASPECTS TO BE ADDRESSED ABOUT TELEWORK. 4 THE COST OF TELEWORK, WHO SHOULD BEAR? 5 CHARACTERISTICS OF ADMISSION TO THE EMPLOYMENT CONTRACT. 6 FINAL CONSIDERATIONS

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2020 o mundo assistiu o início de uma pandemia trazida pelo coronavírus – COVID-19. No dia 11 de março desse mesmo ano (2020) a OMS (Organização Mundial da Saúde) reconheceu a COVID-19 como uma pandemia. E assim, com a finalidade de enfrentamento foi

Artigo enviado em 22/04/2022

Artigo aprovado em 28/06/2022

¹Doutorado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015); Professora do programa de mestrado e Doutorado da Universidade Veiga de Almeida – PPGD; Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2007), doutorado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015); Membro da Escola superior da Advocacia Trabalhista da ABRAT (2018/2020; 2020/2022); Presidente da Comissão de Educação e Relações Universitárias do IAB (início 2022)

necessário a implementação de mudanças de convívio social, recomendando-se a quarentena e isolamento social.

No Brasil, como uma das medidas utilizadas, foi a adesão ao trabalho em *home office* e em especial na modalidade teletrabalho, com a finalidade de se preservar os postos de trabalho e impedir o fechamento de milhares de empresas, o que ocasionaria um colapso social.

O teletrabalho, contudo, não é recente, mas na pandemia foi utilizado de forma mais intensa, com os trabalhadores ativando-se na própria casa, de forma remota, principalmente nas atividades que não foram consideradas essenciais ou que não dependessem da presença física no ambiente de trabalho. Se o gênero de trabalho em casa (*home office*) não tem uma regulamentação mais específica, o teletrabalho tem, já que foi inserido na CLT pela lei 13.467/2017, alterando-a.

O modelo dos contratos de teletrabalho e a própria atividade tem sido bastante estudados e questionados, mormente, quanto às violações de regras e princípios constitucionais, notadamente quanto ao meio ambiente de trabalho, jornada de trabalho e a responsabilização pelos equipamentos. Indaga-se como enfrentar esses desafios? Compreende-se que o caminho a ser percorrido é a observância dos direitos fundamentais em geral, e os próprios dispositivos celetistas inalterados ante aqueles inovadores de 2017. Mas, nesse texto faz-se o recorte de estudo para análise acerca responsabilidade pelos custos de aquisição e manutenção dos equipamentos e meios para o desempenho do trabalho.

2 TRABALHO REMOTO

Sabe-se que com o fenômeno da globalização mundial já iniciada na década de 70 chegando ao Brasil na década de 80, as empresas já vinham reestruturando os seus processos produtivos, substituindo parte da mão-de-obra pela robótica, inserindo a tecnologia e informática no meio de produção, caminhando numa diminuição da mão-de-obra direta e das unidades físicas, surgindo uma nova modalidade de trabalho e de trabalhador,² como o caso do trabalhador terceirizado e do teletrabalho. Amaury Mascaro Nascimento, ensinava que a reengenharia do processo produtivo, a informática e a globalização como fundamentos para reestruturação das empresas com transferência de parte da produção para terceiros, fazia surgir novos tipos de trabalho, que os computadores criaram, como o teletrabalho na residência do prestador dos serviços.

No Brasil já havia desde há muito, previsão do trabalho à distancia no art. 6º da CLT, que afasta a distinção, do ponto de vista dos direitos, entre os trabalhos realizados dentro do estabelecimento do empregador e o realizado fora, desde que, por óbvio, preenchidos os requisitos legais para a configuração do vínculo de emprego, mas, não havia uma regulamentação ou

² NASCIMENTO, Amaury Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr.,2011 P. 55-57

tratamento de forma mais específica sobre responsabilidades por equipamentos, acidentes de trabalho, controle de jornada, salvo para os motoristas, conforme artigo 62 da CLT, o que efetivamente ocorreu no ano de 2017, com a chamada reforma trabalhista trazida pela Lei n. 13.467/17, que inseriu os artigos 75-A a 75-E na CLT, definindo a espécie do teletrabalho como a prestação de serviços por trabalhador, com subordinação jurídica, prestado de forma preponderante fora das dependências do empregador, cujos serviços são através de tecnologias de comunicação e de informação.

A Lei traça a visível distinção com o trabalho externo. Mas, importa realçar que o trabalho remoto é gênero cujas espécies são, dentre outros, o teletrabalho, o *home office*, que é aquele realizado na residência do trabalhador; o trabalho em *coworking* (telecentros), que é realizado em espaços compartilhados interligados com as empresas; trabalho nômade, que é realizado pelo empregado de qualquer lugar, como por exemplo, de uma cafeteria, da praia, clube, sítio, chalé, ou seja, ora o trabalhador estar em um lugar, ora em outro, não havendo um local certo e determinado para a realização do trabalho; e por fim, o trabalho híbrido, permitindo que os trabalhadores laborem de suas casas, mas devem comparecer no estabelecimento físico do empregador em algumas oportunidades, conforme se definir.

E o próprio teletrabalho, não é uma atividade recente, no entanto, em razão dos avanços decorrente da atual revolução tecnológica³, tem sido uma realidade cada vez mais presente, e com isso, a forma ativa humana também mudou, o mundo está cada vez mais conectado, fluido e móvel, onde os espaços físicos já não importam tanto, podendo o trabalho ser realizado de qualquer lugar, sem qualquer fronteira.

Ai o legado de Bauman:

No mundo que habitamos, a distância não parece importar muito. Às vezes parece que só existe para ser anulada, como se o espaço não passasse de um convite contínuo a ser desrespeitado, refutado, negado. O espaço deixou de ser um obstáculo — basta uma fração de segundo para conquistá-lo.

Não há mais “fronteiras naturais” nem lugares óbvios a ocupar. Onde quer que estejamos em determinado momento, não podemos evitar de saber que poderíamos estar em outra parte, de modo que há cada vez menos razão para ficar em algum lugar específico (e por isso muitas vezes sentimos uma ânsia premente de encontrar — de inventar — uma razão) (...).⁴

Ora, se metafisicamente falando, as fronteiras entre os espaços físicos, foram rompidas com o avanço da globalização, no mundo do trabalho esses espaços físicos também foram superados, assim como a mobilidade modificou as atividades econômicas, tornou a força de trabalho mais móvel, conforme entende Melanovic⁵ portanto a mobilidade da força de trabalho é uma resposta às enormes diferenças de ganho obtido por uma mesma quantidade e qualidade de trabalho de territórios nacionais.

³ Termo utilizado por Klaus Schwab em sua obra “a quarta revolução industrial”.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. (Tradução de Marcus Penchel). Globalização As consequências humanas, RJ: Zahar, ed.2001, p; 85

⁵ MILANOVIC, Branko. Capitalismo sem rivais: O futuro do Sistema que domina o mundo, tradução de Ajzemberg, Bernado, Todavia, 2020.p. 173

E com o avanço da mobilidade da força de trabalho surgem o incremento de novas tecnologias que aumentam a produtividade, reestruturando o mercado de trabalho e o meio de produção, trazendo novas formas de pensar o futuro do trabalho, ante as atuais mudanças experimentadas, que até então, eram inimagináveis. Já sinalizava Schwab⁶ escala e a amplitude de que a revolução tecnológica iria desdobrar-se em mudanças econômicas, sociais e culturais tão fenomenais que seria quase impossível prever.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –⁷ durante o período de 20/09 a 26/09/2020 a taxa de desocupação era de 14,4%. Ainda, 2,7 milhões de pessoas estavam afastadas devido ao distanciamento social. E, 7,9 milhões de pessoas estavam em trabalho remoto. E nesse mesmo período, 15,3 milhões pessoas não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de trabalho na localidade e 16,3 milhões de pessoas ocupadas tiveram rendimentos efetivamente recebidos do trabalho menor que o praticado normalmente.

Observa-se que durante a pandemia, a modalidade de trabalho remoto cresceu de forma exponencial, em razão da expansão do trabalho por meio da utilização de tecnologia de informação e comunicação. Para Ricardo Antunes⁸, com a expansão das tecnologias de informação e comunicação que passamos a presenciar a ampliação da precarização do trabalho também se acentuou.

É certo que incrementação da tecnologia no meio de produção traz benefícios para o capital, permitindo que as empresas economizem com gastos dos ambientes físicos, e podendo contratar trabalhadores de qualquer lugar do mundo, assim, reduzir gastos com a remuneração, ou seja, redução de custos com a folha de pagamento dentre outros. É o que pensa Schwab⁹ para quem “estou bem ciente do potencial impacto deflacionário da tecnologia (mesmo quando definido como “deflação boa”)” e de como alguns dos seus efeitos distributivos podem favorecer o capital sobre o trabalho e também espremer os salários (e, portanto, o consumo).

A pandemia acelerou “tendências” inevitáveis da sociedade tecnológica¹⁰, tornando o teletrabalho uma realidade sem volta, mudando a natureza do trabalho – aquele conceito de trabalho realizado de forma preponderante nas dependências físicas do empregador é substituído pelo trabalho realizado na casa do empregado, de espaços compartilhados e de qualquer lugar, sem fronteiras –. O mundo do trabalho mudou!

Antes de começar a quarentena total¹¹, o número de trabalhadores no trabalho remoto era

⁶ SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016. . 24.

⁷ IBGE. Edição Especial da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad COVID-19). Disponível e, <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em 07 jan. 2022. (s.n)

⁸ ANTUNES, Ricardo; POCHMANN, Márcio. A Desconstrução do Trabalho e a Explosão do Desemprego Estrutural e da Pobreza no Brasil. Em *Produção de Pobreza e Desigualdade na América Latina*, por Aldaberto D. CIMADAMORE e Antônio David CATTANI, 195-209. Rio Grande do Sul: Tomo Editorial Ltda, 2007.p. 16

⁹ SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016. p. 25.

¹⁰ A sociedade 4.0. Uma sociedade altamente conectada. Trabalhadores tecnológicos, que não foram substituídos pela tecnologia, mas que se utilizam da tecnologia para transformar o trabalho, fazendo surgir novas profissões e tornando outras quase que extintas. (nota da autora).

¹¹ MEDEIROS. Benizete Ramos. MENDONÇA, Pedro Carvalho de. A pandemia de 2020 e o mundo do trabalho no

de 5%¹², sendo a grande maioria destes trabalhadores autônomos, sem vínculo formal e de baixa renda. Com a instauração da calamidade pública, já em seu início foi sentida a mudança. A Agência Brasil¹³, para o mês de maio, trouxe dados de que o Brasil chegou aos 13% de pessoas exercendo o teletrabalho, o equivalente a 8,7 milhões de trabalhadores, desses muitos executivos, professores, profissionais liberais e principalmente os servidores públicos.

Conforme a Pnad Covid¹⁴, divulgada no dia 31 do referido mês, o número de empregados remotamente tinha chegado aos 8,9 milhões de trabalhadores na primeira semana de julho, até a segunda semana que veio a cair para 8,2 milhões. Na última pesquisa divulgada no mês de agosto¹⁵, o número continuava a cair, chegando a 7,8 milhões de pessoas, o que mostra a volta gradual dos trabalhadores ao seu local de trabalho, alterando-se em meses posteriores ante a chegada da segunda onda.

Porém tal mudança no padrão de trabalho é algo que vem sendo discutido há algum tempo. Para algumas empresas a implementação do trabalho remoto já era previsível, conforme expõe a Organização Mundial do Trabalho (OIT) e a pesquisa da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades.¹⁶

Segundo a mesma pesquisa da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades, divulgada um ano após a reforma trabalhista, em 01 de dezembro de 2018,¹⁷ 45% das empresas participantes da pesquisa já haviam adotado o *Home Office* e outras 15% estariam avaliando a sua implementação. Dentre as que já praticavam tal modelo de trabalho, 25% foram implementadas há menos de um ano, ou seja, após a reforma trabalhista.

A tecnologia traz dois efeitos sobre os empregos, o primeiro, a precarização, o efeito destrutivo, tendo como exemplo a uberização e extinguindo algumas profissões; o segundo, o efeito de capilarização, fazendo surgir novas profissões, novas formas de trabalho e economia de tempo.

(...) precisamos entender os dois efeitos concorrentes que a tecnologia exerce sobre os empregos. Primeiro, há um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automação substituem o trabalho por capital, forçando os trabalhadores a ficarem desempregados ou realocar suas habilidades em outros lugares. Em segundo lugar, o efeito destrutivo vem

Brasil - recortes históricos, sociológicos e jurídicos. In MUITO ALÉM DO ALGORÍTIMO - O Direito do Trabalho no Sec. XXI, (org.) Alvaro Klein; Luciana Dombkovitsch; Luciane Toss; Ramiro Crochemore Castro . vol. I, BH: ed. RTM. 2021.p. 61-84),

¹²<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/trabalho-remoto-na-pandemia-acentua-desigualdades-dizem-pesquisadores.shtml> Acesso em 14/10/2020

¹³<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/em-maio-133-das-pessoas-ocupadas-exerceram-teletrabalho> Acesso em 14/10/2020

¹⁴https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200731_cc48_pnad_covid.pdf Acessa em 14/10/2020

¹⁵ <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php> Acessado em 14/10/2020

¹⁶ SOBRATT – SOCIEDADE BRASILEIRA DE TELETRABALHO. Estudo *Home Office* 2018. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2018/12/pesquisa-sap-2018-completa.pdf> Acessado em 14/10/2020.

¹⁷<http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2018/12/pesquisa-sap-2018-completa.pdf> Acesso em 14/10/2020

acompanhado por um efeito capitalizado, em que a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva a criação de novas profissões, empresas e até mesmo indústrias.¹⁸

E, com a pandemia atual, percebeu-se que a tecnologia foi essencial para que alguns setores como a educação, judiciário, comércio (*e-commerce*), transportes, atividades administrativas e burocráticas não parassem.

O modelo de trabalho tradicional foi modificado pelo trabalho digital. No relatório da OIT (Organização Internacional do Trabalho) - *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work* (Eurofound; International Labour Office, 2017 –, foi apontado que a difusão do uso da tecnologia digital no trabalho em domicílio iria transformar velozmente o tradicional modelo de relações trabalhistas). E mudou! O teletrabalho ganhou destaque, surgindo muitos desafios, contudo.

Mas, é no teletrabalho então regulamentado em 2017, que se debruçam as análises para compor este texto.

3 OS PRINCIPAIS ASPECTOS A SEREM ENFRENTADOS ACERCA DO TELETRABALHO

Além das desigualdades regionais e culturais que devem ser consideradas para adequação do teletrabalho, há a ampliação dos gastos com o trabalho, como energia elétrica e manutenção de equipamentos, como previsto na lei 13.467/2017, e criticada amplamente por essa autora em diversos textos e falas, mormente pela característica do contrato de emprego ser de adesão, o que se desenvolverá mais à frente.

Outro ponto nevrálgico é que próprio art. 62, inciso III, da CLT, alterado, dispõe que o teletrabalhador não está abrangido pelo controle da jornada de trabalho.

Nessa perspectiva, se de um lado o teletrabalhador obteve maior flexibilidade quanto à organização de sua jornada e o ganho com as horas que despendia com o deslocamento, de outro lado, há a dificuldade de organização de rotina e jornada; questões com a ergonomia; saúde mental e os próprios espaços de trabalho na maioria das vezes inadequados e impróprios.

Os efeitos que essa nova realidade de trabalho terá sobre a vida dos trabalhadores ainda não podem ser totalmente mensurados, mas é possível sustentar que o teletrabalho é uma realidade inevitável e sem volta, e, por isso mesmo, desafia muitos ajustes.

Aqui nesse ponto compartilha-se, das mesmas preocupações que o professor Leal Amado¹⁹, em recente texto que apontou a necessidade de regulamentação mais adequada acerca do

¹⁸ SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016. p.30

¹⁹ AMADO, João Leal. Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandêmicos e a sua nova lei. Observatório Almedina. Coimbra. 29.dez.021. Disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>. Acesso em 09.02.2022.

teletrabalho em Portugal, mesmo a L. 83/3031 de 06/12/21, pois reconhece que esse modelo de trabalho se instalou de forma definitiva na sociedade.

Suas preocupações cingem-se, em resumo a (i) a exata classificação do teletrabalho no quadro, mais amplo, do trabalho à distância; (ii) clarificar as fontes possíveis do teletrabalho, ou por mútuo acordo das partes, ou nos casos em que a lei reconheça ao trabalhador um direito a teletrabalhar; (iii) esclarecer os limites dos poderes patronais de controle e vigilância em confronto com a tutela da privacidade do teletrabalhador; (iv) estabelecer o modo e regime das visitas ao local de trabalho, quando este coincide com o domicílio do teletrabalhador; (v) enfrentar a questão em relação ao tempo de trabalho e o tempo livre na vida pessoal; (vi) definir o princípio da igualdade entre o trabalhador presencial e o teletrabalhador; (vii) esclarecer acerca da responsabilidade e despesas com os instrumentos e equipamentos de trabalho e por fim, (viii) como atenuar o isolamento do teletrabalhador, pelos efeitos que a solidão e o isolamento podem causar na saúde mental desse trabalhador.

Estes são, no sentir do professor, os enfrentamentos que a legislação e/ou os pactos negociais deverão enfrentar, a partir da experiência desse período de cerca de dois anos de pandemia e, considerando, com o que partilhamos que esse formato de teletrabalho, está cada vez mais se enraizando no mundo do trabalho. Como muito bem percebeu o professor Leal Amado “E estamos convictos de que a experiência destes meses (já quase dois anos) de pandemia vai deixar marcas, nada voltará a ser como era, o teletrabalho chegou com força e vai ficar e perdurar.”

Mas, o ponto de destaque desse texto está na questão relacionada ao custo pelo trabalho e equipamento.

4 O CUSTO DO TELETRABALHO, QUEM DEVE SUPORTAR?

No período crítico da pandemia, flexibilizou-se o aditivo contratual do presencial para o remoto e os empregados – também os funcionários públicos - tiveram que assumir despesas extras com energia elétrica, internet, computador, mesas, cadeiras, equipamentos além de ter suas residências expostas por seu empregador pelas reuniões por videoconferência. Professores passaram a ministrar aulas através de diversas tecnologias de informação e comunicação, conforme a instituição, expondo suas casas e sua imagem. Mas, era necessário que assim fosse.

Passando a fase mais crítica da pandemia e a permanência de diversos setores em *home office*, a necessidade de uma urgente regulamentação, é inevitável por tratar-se de um modelo e formato de trabalho que veio para ficar. É a modernidade líquida de Bauman.²⁰

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. (Tradução de Marcus Penchel). Globalização As consequências humanas, RJ: Zahar, ed.2001.

Com a regulamentação do teletrabalho pela lei 13.467/2017, um ponto em especial precisa seja revisto com mais urgência, qual seja a responsabilidade econômica pela aquisição e manutenção dos equipamentos de trabalho, como os gastos *versus* riscos da atividade econômica *versus* análise do aspecto da característica do contrato de emprego.

Diante da inserção da regulamentação, não se pode deixar de contrapor com o artigo 2º da CLT que estabelece que o risco do negócio é do empregador.

Nesse sentido, vale a compreensão do que seja risco da atividade econômica, que não é suportada pelo trabalhador eventual, avulso, estagiários ou outros sem vínculo de emprego, salvo a situação do autônomo.

Embora o conceito de empregador trazido pelo art. 2º da CLT²¹ seja falho no aspecto de definir empregador como empresa e que segundo Delgado²² “empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado titular da empresa ou estabelecimento”, tal segundo ele, ensina, apenas a influencia institucionalista, o fato é que tem como uma das características a assunção dos riscos da atividade econômica, também denominada de alteridade, ou seja, exclusiva responsabilidade de uma das partes que no caso, por força de lei é o empregador em razão do contrato²³

Portanto, todo e qualquer risco a atividade econômica deve ser suportado pelo empregador, ressaltando as hipóteses dos descontos salariais pelos danos causados desde que previstos em contratos ou em decorrência do dolo do empregado.

Ainda assim, não pode fazer parte das cláusulas contratuais os danos previsíveis em um negócio, como o recebimento de cheques com insuficiência de fundos; cartões de crédito clonados; mercadorias defeituosas de fábrica; devolução pelo cliente, dentre outros.

Com a chegada da Lei 13.467/2017, regulando o instituto do teletrabalho nos arts. 75-A e seguintes, conceituando o que seja o teletrabalho no art. 75-B, definiu também, que mediante pactuação entre as partes a responsabilidade pela aquisição e manutenção pelo equipamento é de responsabilidade do empregado, e que merece seja inserido no texto para melhor percepção do leitor.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado

²¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

²² DELGADO. Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 18ª. Ed. SP: LTr. p.493.

²³DELGADO, ob. cit p.495

Várias questões merecem ser desdobradas daí, a começar pelo que são os equipamentos e a estruturas necessárias para a prestação do serviço pelo empregado.

4.1 Equipamentos

Não se quer aqui fazer um rol de todas as profissões, mas de forma breve, importa entender o que são considerados equipamentos ou ferramentas de trabalho, e como sendo todos aqueles necessários para o bom desempenho da atividade específica conforme o tipo de negócio ou empresa a que esteja vinculado mediante a subordinação. No entanto, nas modernas tecnologias que envolvem eletrônica e computação, os equipamentos quase comuns a todas as atividades, perpassam pelo telefone, smartphone, os computadores, os softwares e os satélites.

Assim, fracionar o tipo de equipamento conforme a natureza da atividade, sendo para a hipótese quase sempre necessária a rede de internet e aparelhos de celular/smartphone ou outro transmissor de mensagens próprios para comunicação. Assim, exemplificando, se professor, um computador ou notebook; microfones e câmera; se advogado, um computador com duas telas, microfones e câmera; arquitetos, decoradores, desenhistas ou engenheiro, além do notebook, programas especiais como o AutoCad também prancheta, lápis, canetas especiais; disc jockey, conhecido como DJ, que para mixagem necessita de mesas e equipamentos próprios, como dois toca-discos, Headphones (fones), cabos de áudios, e um mixer, internet, etc..

4.2 Estrutura para o trabalho

Por estrutura de trabalho deve-se entender todo o ambiente propício ao efetivo desempenho das atividades, como mobiliários e iluminação adequados; climatização; redes de telefone e internet de boa qualidade; ambiente com espaço conforme atividade; condições de ausência de barulho ou de isolamento acústico.

Portanto, o ambiente de trabalho (art. 255 CF/88), inclusive o mobiliário adequado a garantir a saúde física do trabalhador deve ser levado em conta.

E, por óbvio que tudo isso tem um custo, não somente para a aquisição, como manutenção, revisões e consertos, além dos gastos diários, notadamente com energia elétrica que é no Brasil de elevado valor.

Normalmente as empresas, mantém contrato mensal com outras empresas de prestação de serviços para manutenção de aparelhos eletrônicos, uma vez que os consertos individuais e esporádicos majoram o valor dos serviços. Com isso, a pergunta que fica no particular é: Deve esse empregado contratar essa mão de mão de obra mensal?

Bom, algum leitor pode – e deve – fazer a interpretação mais ajustada aos avanços no formato de trabalho que vem ocorrendo com a flexibilização das normas trabalhistas e o mundo

mais tecnológico e conceber a hipótese de que (i) não há obrigatoriedade na cláusula contratual de que as despesas, tanto na aquisição e manutenção são necessariamente do empregado, podendo pactuar de forma diversa com ônus do empregador e (ii) e que tal condição de trabalho em casa é muito menos desgastante para o empregado, que pode inclusive conviver mais com a família, ter uma alimentação mais saudável e barata além de diversificar seu horário de trabalho.

Reconhecidamente esse segundo argumento é inexorável e ajustado às propostas de um mundo sem poluição, com mais qualidade de vida, barateamento dos meios de produção. No entanto, quanto ao primeiro, considerando as reais formas de contratação no Brasil, um exame mais acurado se faz necessário. Por isso, há de concordar com Ana Tercia Sanches, para quem:

As ambiguidades relacionadas ao *home office* são marcadas pelas vantagens da flexibilidade e manejo das horas despendidas ao trabalho, com a dificuldade de conciliar trabalho remunerado com vida pessoal. Também a percepção dos efeitos relacionados à saúde e bem-estar dos trabalhadores é dúbia. Ressaltou-se como negativo nesse tema os problemas ergonômicos e os riscos psicossociais relacionados à intensidade do trabalho, considerando o volume e ritmo de trabalho, gerando maior estresse e dificuldades no sono. Positivamente, registrou-se que a flexibilidade espacial e temporal, ao permitir a eliminação do tempo de deslocamento e do desgaste a ele relacionado, pode proporcionar mais saúde e qualidade de vida²⁴

De fato, esses aspectos caberão à sociologia e a psicologia do trabalho enfrentar.

5 CARACTERÍSTICAS DE ADESÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Buscando notas clássicas, quanto ao conceito de contrato de emprego, Alice M. de Barros²⁵, traz um bom exame do que seja contrato de trabalho, prevalecendo no Brasil pela posição de poder de uma de parte e respectivo dever submissão da outra, sendo, portanto o vínculo que impõe a subordinação jurídica de onde decorrem o poder patronal disciplinar, comandar e organizar, e alguns autores acrescentam a alteridade entre as características, e que “significa trabalho executado em favor de outrem que auferir os frutos do trabalho de alguém e, portanto, dever assumir os riscos do empreendimento”²⁶

A alteridade integra a classificação de contrato de trabalho na escola de diversos autores. Em obra clássica, em homenagem a Celio Goyatá, Godinho Delgado²⁷ ressalta essa característica da alteridade, segundo a qual a prestação do trabalho se realiza em função e sob responsabilidade do contratante, por conta alheia. “Risco do resultado sob ônus de quem contratou o empregado e não sob responsabilidade do prestador”, estabelecendo tratar-se de nota integrante de qualquer contrato de empregado.

²⁴ SANCHES, Ana Tercia. Se o teletrabalho veio para ficar, novo cenário exigirá uma regulação negociada. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2020/07/teletrabalho-e-home-office-em-perspectiva/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=teletrabalho-e-home-office-em-perspectiva. Acesso em 05 jan. 2022

²⁵ BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 7a ed. SP: Ltr. 2011. pg. 181

²⁶ BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 7a ed. SP: Ltr. 2011. pg. 186

²⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. Relação de Trabalho e contrato de trabalho. In. Curso de Direito do Trabalho, estudos em homenagem a Celio Goyatá. (coord) Alice Monteiro de Barros. 1º. Vol. SP: LTR, 1993, p.243

Seguindo esse raciocínio, indica como sendo a décima primeira característica do contrato, a de adesão,

Ultrapassada a manifestação de vontade de aderir ao vínculo empregatício, restringe-se, substantivamente a margem de atuação da vontade do trabalhador no pacto laboral”. Ingressando no pacto, adere a um espectro de cláusulas já estabelecidas, organicamente acostada, consubstanciadora do típico contrato de adesão.²⁸

Amauri Mascaro Nascimento²⁹ vai traçar a subordinação e adesão como decadências da autonomia da vontade, estabelecendo a ideia de dirigismo contratual como a política jurídica destinada a restringir a autonomia negocial na determinação dos efeitos do contrato. Na medida em que cresce, fala-se, inversamente, em “decadência do voluntarismo jurídico” e em “crise do contrato”. Segue:

Entre as figuras que aparecem no mundo dos contratos, exemplifica Orlando Gomes com os contratos coativos, que se configurariam quando não há o pressuposto do livre consentimento, sendo uma simples ficção; os contratos necessários, limitados e sem maior relevo, como o contrato de depósito numa ocasião de calamidade; os contratos autorizados, cuja realização fica na dependência de autoridade; os contratos regulamentados, cujo conteúdo é tão minucioso e detalhado com antecipação que as partes não precisam discuti-lo. O contrato de adesão também se apresenta como uma das principais formas das novas relações negociais. Essas explicações são feitas para mostrar que o que ocorre no âmbito trabalhista, embora com mais nitidez que em outros setores da ordem jurídica, não é algo isolado a ponto de justificar a recusa da natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador³⁰

Nesse encadeamento de ideias é possível verificar que com as estatísticas apontando para doze milhões de desempregados no país (início do ano de 2022), a adesão às cláusulas dos contratos de emprego soa como quase uma regra, não somente por essa razão, uma vez que a oferta da mão de obra sempre foi superior aos postos de trabalhos, mas, também pelas próprias características e requisitos da submissão jurídica ao poder de mando.

A legislação obreira sempre primou pela proteção em todo o arcabouço do Dec. Lei 5452/43 (CLT), como também das legislações esparsas e CF/88. A flexibilização vem gradativamente alterando essa feição principiológica, cujo passo mais largo foi dado com a Lei 13.467/2017, trazendo diversos institutos e dispositivos que são objetos, de ações diretas de inconstitucionalidade no STF por violação ao *caput* do art. 7º; art. 6º; 170, 255 da CRFB/88, uma vez que o trabalho e um direito basilar do ser humano, é um princípio fundamental.

Entretanto, há que sopesar que a assunção do risco da atividade econômica não sofreu alteração que, alinhando-se com a condição de hipossuficiência do empregado, deve servir de norte ao intérprete.

²⁸DELGADO, ob cit. p 243-244

²⁹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 26ª, ed. 2011, ed.SP Saraiva, p 619-

³⁰ NASCIMENTO. idem. P. 620

Sanar esse desafio não se faz somente através do campo individual das pactuações, mas também do coletivo por intermédio dos interlocutores sindicais, mormente a partir da nável prevalência do negociado sobre a lei, também inserida na CLT com a referida Lei de 2017.

Portanto, a experiência do teletrabalho vivenciada na pandemia trouxe um sentimento ambíguo, se de um lado o trabalhador tem a flexibilidade da jornada e a sensação de ganho de tempo livre, por outro, a ausência de amparo da jornada e os custos pelo trabalho, são vieses precarizantes e precisam ser enfrentados.

Naqueles primeiros momentos do ano de 2020, não foi opção dos trabalhadores o teletrabalho tampouco das empresas, não havendo um pacto bilateral formal prevendo alguns contextos, com manifestação voluntária de vontade, e sim, para alguns, a única forma de continuar trabalhando e a empresa se manter prestando serviços. No entanto, a experiência de, isso, envia sinais dos necessários ajustes legislativos equacionando-se com os princípios constitucionais, como caminhos iniciais a serem percorridos para que haja harmonia com a principiologia também do Direito do Trabalho posto e manutenção das obrigações patronais, reduzindo a precarização e o maior empobrecimento da classe trabalhadora, já que essa forma de trabalho gera grandes lucros ao capital, como já demonstraram diversas pesquisas, inclusive no próprio setor público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho remoto é uma realidade que veio para ficar, se fortalecendo nesse período de pandemia, mas também expôs a necessidade de adequações em diversos aspectos. Quanto ao teletrabalho, que é uma das espécies, com a regulamentação trazida pela lei 13.467/2017, alguns pontos desafiam uma revisão sobretudo a responsabilidade econômica pela aquisição e manutenção dos equipamentos de trabalho. Nessa perspectiva, a análise conjunta da cláusula específica dessa responsabilidade com o imperativo celetista dos riscos da atividade econômica em consonância com a características de adesão dos contratos de trabalho.

Mas, não somente esse aspecto requer debates e alterações, também as condições ambientais, a imagem do trabalhador, a ausência de proteção à jornada de trabalho, a própria proteção à saúde, o direito à desconexão e outros.

Nem mesmo a Terceira Revolução Industrial a o surgimento da sociedade 4.0 fez com que o teletrabalho tomasse proporções tão grandes como ocorreu com pandemia provocada pelo COVID-19, a partir do ano de 2020. Estimava-se que esse modelo, seria uma realidade em médio prazo, no entanto, houve uma necessária reinvenção do mercado e do trabalho humano, tornando-se essencial para a manutenção de postos de trabalho, funcionamento das empresas, atendimento social e garantia da economia. As pesquisas do IBGE resultaram em acentuado índice de trabalhadores em *home office* em relação a períodos anteriores.

Mas, essa experiência não foi vivenciada da mesma forma por todos os trabalhadores, em razão das desigualdades sociais, culturais, tecnológicas e até mesmo ausência de treinamentos para uso adequado das diversas plataformas e equipamentos, gerando desarmonias e desconsertos na classe trabalhadora.

A pergunta que continuará desafiando os estudiosos e as instituições públicas e privada a partir da experiência vivida nessa quadra da história é, como se darão essas transformações decorrentes do teletrabalho e das inovações tecnológicas? Como conciliar a proteção com o surgimento de novas formas de trabalho e profissões? Qual o impacto social da extinção de alguns postos de trabalhos? Como se comportará o Direito do Trabalho posto no Brasil? As legislações já estão aptas a darem essas respostas? Parece que não, ainda. Eis o mote a inspirar novas pesquisas a partir das lentes de outros autores, das diversas ciências sociais, e mesmo da pesquisa empírica.

Os questionamentos se estendem para os embates do teletrabalho *versus* o trabalho digno e o passo é caminhar para encontrar um equilíbrio e proteger o teletrabalhador da supressão de direitos e do retrocesso social, conciliando-se o art. 2º da CLT, segundo o qual os riscos da atividade econômica permanecem com quem contrata, dirige e assalaria a prestação de serviços, pilares ameaçados pelos artigo 75-D da CLT.

Natural o argumento de que (i) não há obrigatoriedade na cláusula contratual de que as despesas, tanto na aquisição e manutenção sejam necessariamente do empregado, podendo se pactuar de forma diversa, como ônus para empregador e (ii) e que tal condição de trabalho em casa é muito menos desgastante para o empregado, que pode inclusive conviver mais com a família, ter uma alimentação mais barata, saudável e diversificar seu horário de trabalho.

Reconhece esse segundo argumento como inevitável e adequado às propostas de um mundo sem poluição, com mais qualidade de vida, barateamento dos meios de produção, o que se estende ao mundo do trabalho. No entanto, quanto ao primeiro, considerando-se as reais formas de contratação com a característica de adesão às cláusulas contratuais, não prospera e merece acurada revisão.

Por fim, o equilíbrio entre o capital e o trabalho frente às novas formas de trabalho e tecnologias, é o caminho a ser seguido, com enfrentamento pelo mercado, pelo poder legislativo e as associações sindicais.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandêmicos e a sua nova lei. Observatório Almedina. Coimbra. 29.dez.021. Disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>. Acesso em 09.02.2022.

ANTUNES, Ricardo; POCHMANN, Márcio. A Desconstrução do Trabalho e a Explosão do Desemprego Estrutural e da Pobreza no Brasil. Em *Produção de Pobreza e Desigualdade na América Latina*, por Aldaberto D. CIMADAMORE e Antônio David CATTANI, 195-209. Rio Grande do Sul: Tomo Editorial Ltda, 2007.

BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho; 7a ed. SP: Ltr. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. (Tradução de Marcus Penchel). Globalização As consequências humanas, RJ: Zahar, ed.2001..

DELGADO. Mauricio Godinho. Relação de Trabalho e contrato de trabalho. In. Curso de Direito do Trabalho, estudos em homenagem a Celio Goyatá. (coord) Alice Monteiro de Barros. 1º. Vol. SP: LTR, 1993.

_____ Curso de Direito do Trabalho, 18ª. Ed. SP: LTr. 201.

MEDEIROS. Benizete Ramos. MENDONÇA, Pedro Carvalho de. A pandemia de 2020 e o mundo do trabalho no Brasil - recortes históricos, sociológicos e jurídicos. In MUITO ALÉM DO ALGORÍTIMO - O Direito do Trabalho no Sec. XXI, (org.) Alvaro Klein; Luciana Dombkovitsch; Luciane Toss; Ramiro Crochemore Castro . vol. I, BH: ed. RTM. 2021.;

MILANOVIC, Branko. Capitalismo sem rivais: O futuro do Sistema que domina o mundo, tradução de Ajzemberg, Bernado, Todavia, 2020.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro . Curso de Direito do Trabalho, 26ª, ed. 2011, ed.SP Saraiva

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

SOBRATT – SOCIEDADE BRASILEIRA DE TELETRABALHO. Estudo *Home Office* 2018. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2018/12/pesquisa-sap-2018-completa.pdf> Acessado em 14/10/2020.

Sites pesquisados:

IBGE: Edição Especial da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad COVID-19). Disponível e, <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em 07 jan. 2022

IPEA: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200731_cc48_pnad_covid.pdf Acesso em 14/10/2020

TÉCNICAS DE CAPTURA DE GEOLOCALIZAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE PROVA JUDICIAL

GEOLOCALIZATION CAPTURE TECHNIQUES FOR PRODUCTION OF COURT EVIDENCE

João Pedro Albino¹

Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima²

RESUMO: O uso da internet por 81% da população brasileira deixa rastros digitais no espaço cibernético. Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das provas nos meios digitais. A imensa quantidade de dados que trafegam pela internet impõe ao profissional do direito o estudo multidisciplinar sobre mídia e tecnologia e ciência de dados. Este artigo tem por finalidade discorrer brevemente sobre algumas técnicas de captura de geolocalização em fontes abertas e fechadas para serem utilizadas como meio de prova em processos judiciais. Foi realizada pesquisa em artigos científicos e materiais de cursos e palestras, com análise da legislação brasileira e algumas decisões judiciais sobre a requisição de dados estáticos de logs, IPs e geolocalização aos provedores de aplicação e de conexão, com a descrição de algumas ferramentas de captura de geolocalização. O artigo demonstra que o estudo da Tecnologia da Informação e da Comunicação e da ciência de dados é essencial para garantir a eficácia dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia da Informação e da Comunicação. Ciência de Dados. Provas digitais. Geolocalização. Mídia e Tecnologia.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 MUNDO ON-LIFE; 3 FONTES DE DADOS E DE INFORMAÇÕES ABERTAS E FECHADAS; 4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA; 5 TÉCNICAS DE PROVA DE GEOLOCALIZAÇÃO; 5.1 Google take out; 5.2 Sistema IOS da Apple®; 5.3 Estação rádio base – ERB; 5.4 Fotos Digitais; 5.5 WhatsApp® ; 5.6 Outros Aplicativos; 6 CONCLUSÃO

ABSTRACT: The use of the internet by 81% of the Brazilian population leaves digital traces in cyberspace. This digital transformation, with the increasingly frequent use of the internet, will imply an increasing need to obtain evidence in digital media. The immense amount of data that travels over the internet imposes on the legal professional the multidisciplinary study of media and technology and data science. This article aims to briefly discuss some techniques for capturing geolocation in open and closed sources to be used as evidence in court lawsuits. Research was carried out on scientific articles and materials from courses and lectures, with an analysis of Brazilian legislation and some judicial decisions on the request of static data from logs, IPs and geolocation from application and connection providers, with the description of some capture tools. of geolocation. The article demonstrates that the study of Information and Communication Technology and data science is essential to ensure the effectiveness of human rights.

KEYWORDS: Information and Communication Technology. Data Science. Digital evidence. Geolocation. Media and Technology.

SUMMARY: 1 INTRODUCTION; 2 ON-LIFE WORLD; 3 OPEN AND CLOSED DATA AND INFORMATION SOURCES; 4 BRAZILIAN LEGISLATION; 5 GEOLOCATION TEST TECHNIQUES; 5.1 Google take out; 5.2 Apple® IOS System; 5.3 Radio base station – ERB; 5.4 Digital Photos; 5.5 WhatsApp® ; 5.6 Other Applications; 6 CONCLUSION

Artigo enviado em 22/04/2022

Artigo aprovado em 28/06/2022

¹ Mestre em Computação pela UFSCar, Doutor em Administração pela FEA-USP, Professor Associado Sênior do Departamento de Computação na Faculdade de Ciências e no Mestrado Profissional e Doutorado do Programa de Mídia e Tecnologia da Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Desing da Unesp de Bauru.

²Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Bauru - SP. Doutoranda no Programa de Mídia e Tecnologia da Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Desing da UNESP – Câmpus de Bauru; Mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Bauru – ITE; Certificada em Compliance em Proteção de Dados pela LEC em parceria com a FGV-Projetos em outubro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica provoca transformações nas formas das relações humanas, que são registradas, cada vez mais, no espaço cibernético. Com a globalização e o aumento do uso da rede mundial de computadores pela população, dados trafegam mundialmente pela internet, podendo revelar informações importantes. Os dados armazenados no espaço cibernético podem comprovar fatos ocorridos no mundo digital ou físico e as relações jurídicas dele decorrentes.

Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das provas nos meios digitais. Para isso, torna-se necessário conhecer as ferramentas tecnológicas disponíveis para a extração dos dados necessários que trafegam na rede mundial de computadores ou na internet das coisas e respectiva organização para transformá-los em informação para comprovação dos fatos relevantes para o mundo jurídico, demonstrando sua evidência. A imensa quantidade de dados que trafegam pela internet impõe ao profissional do direito o estudo multidisciplinar sobre mídia e tecnologia e ciência de dados.

Este artigo tem por finalidade discorrer brevemente sobre algumas técnicas de captura de geolocalização em fontes abertas e fechadas para serem utilizadas como meio de prova em processos judiciais, inclusive na Justiça do Trabalho.

2 MUNDO ON-LIFE

Além de realizarmos contratos digitais em sites e aplicativos de compras, alimentação, transporte, aluguel etc., compartilhamos muitos dados na internet, quer através de e-mails, quer por aplicativos de mensagens e de redes sociais. Deixamos rastros digitais por onde passamos e nem percebemos.

A pesquisa “TIC Domicílios 2020”, realizada pelo Cetic.br (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação) revelou que 152 milhões de pessoas usam a internet no Brasil, que equivalem a 81% da população no país, entre 2020 e 2021³. Os brasileiros passaram mais de 7 horas diárias conectados na internet no primeiro trimestre de 2021, sendo 2h30 delas nas mídias sociais, conforme relatório do Digital Global Overview Report.⁴

O uso da internet no Brasil se intensificou nos últimos anos, nas consultas em sites, mídias sociais, armazenamento em nuvem, serviços de mensagens, acesso a músicas, filmes e e-books e com o auxílio da internet das coisas, com vários utilitários conectados à internet, a exemplo das assistentes virtuais, TVs, relógios, carros etc.

³ TILT. Brasil chega a 152 mi de usuários de internet; idosos estão mais conectados. Tilt UOL. 18 ago. 2021.

⁴ Digital Global Overview Report, disponível em <https://www.linka.com.br/analytics/relatorio-global-do-digital-2021>, consultado em 03/12/2021

A interação constante entre o mundo físico (off-line) e o virtual (on-line) ganhou até uma denominação: “on-life”:

Em particular, a fim de compreender linguisticamente a interdependência das interações on-line e off-line, um novo termo poderia ser usado para descrever uma carreira: on-life. O termo deixa claro que nossas vidas muitas vezes não estão nem on-line, nem off-line, mas que um novo tipo de mundo – o mundo on-life – está começando a se formar.⁵

Considerando-se os avanços tecnológicos, o Judiciário está utilizando cada vez mais as provas digitais, assunto que demanda maior especialização no tema, tanto no aspecto processual quanto no aspecto técnico científico de como produzir tais provas, a exemplo de investigação em fontes abertas da internet, como a extração de metadados constantes de fotos postadas nas redes sociais e de provas que demandam ordem judicial, a exemplo da requisição às operadoras de celular da geolocalização do usuário, tratando-se de um meio riquíssimo de prova de fatos ocorridos tanto no meio digital como no presencial.

Patricia Peck Pinheiro faz o seguinte destaque:

Do ponto de vista da evolução do Direito Digital no Judiciário brasileiro, temos visto que a questão da prova eletrônica passou a permear a grande maioria dos casos, sendo crucial para demonstrar e fundamentar direitos e obrigações entre as partes envolvidas. Os temas mais recorrentes envolvem de posturas e comportamentos em mídias sociais ao vazamento de informações confidenciais de empresas.⁶

Segundo Rennan Thamay e Mauricio Tamer:

A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo.⁷

Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet e de dispositivos móveis, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das provas nos meios digitais, a exemplo de e-mails, mensagens em aplicativos de mensageria, postagem de imagem, vídeos e textos em mídias sociais, como Facebook, Instagram, Youtube, Twitter, e geolocalização dos dispositivos móveis, dentre outras provas.

3 FONTES DE DADOS E DE INFORMAÇÕES ABERTAS E FECHADAS

⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o direito. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2022, p. 28.

⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 69.

⁷ THAMAY, Rennan e TAMER, Mauricio. *Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 33.

STAIR, Ralph. M et al explicam que “os dados consistem em fatos brutos, como números de funcionários e números de vendas. Para que os dados sejam transformados em informações úteis, eles devem primeiro ser organizados de maneira significativa”⁸.

O número de horas trabalhadas pelos empregados e suas faltas também são dados brutos. Uma vez organizados, deles extraímos informação que pode ser útil para tomada de decisões.⁹ Assim, ao se verificar que determinados trabalhadores extrapolam a jornada de 44 horas semanais, extrai-se a informação de que estão realizando horas-extras. Diante dessa informação, a direção da empresa deve decidir se adotará um regime de compensação de horas ou de pagamento de horas extras, nos termos da legislação pátria.

Na internet encontramos tanto dados já organizados (informação), como dados aleatórios, os quais, com a devida organização transformam-se em informação.

As fontes de dados e de informação podem ser classificadas em fontes abertas, de livre acesso aos usuários da internet e fontes fechadas, cujo acesso depende de autorização prévia, a exemplo de login e senha ou ordem judicial.

Guilherme Caselli assim conceitua as fontes abertas:

Compreendemos, então, que fonte aberta é todo o meio de busca de informações que estejam livremente dispostas, ou seja, que não estejam em bases protegidas, que demandem senhas para seu acesso, intervenção judicial ou manobra técnica. Por exemplo, seria a informação disposta em um site, acessível a qualquer internauta que busque por aquele conteúdo.

(...)

Entendemos que fonte aberta é todo dado, informação ou conhecimento livremente disponibilizado por seu titular ou de quem lhe faça as vezes, atribuindo-lhes, assim o caráter de publicidade voluntariamente, e que são capazes de produzir conhecimento ou prova em procedimento administrativo ou judicial.¹⁰

Segundo Michael Bazzel, fontes abertas (Open Source Intelligence – OSINT em inglês) são conceituadas da seguinte forma:

Open Source Intelligence, muitas vezes referido como OSINT, pode significar muitas coisas para muitas pessoas. Oficialmente, é definida como qualquer inteligência produzida a partir de informações publicamente disponíveis que são coletadas, exploradas e divulgadas em tempo hábil para um público apropriado com a finalidade de atender a um requisito específico de inteligência. Para a CIA, pode significar informações obtidas pela imprensa estrangeira. Para um advogado, pode significar dados obtidos de documentos oficiais do governo que estão disponíveis ao público. Para a maioria das pessoas, é um conteúdo disponível publicamente obtido da internet (tradução livre)¹¹

⁸ STAIR, Ralph. M et al. Princípios de sistemas de informação. Tradução Edson Furmankiewicz; revisão técnica Flávio Soares Correa da Silva. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021, p. 173.

⁹ ARAÚJO NETO, Antônio Palmeira de. Princípios de Sistemas de Informação. São Paulo: Editora Sol, 2022, p. 21.

¹⁰ CASELLI, Guilherme. Manual de Investigação Digital. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 34 e 39.

¹¹ BAZZEL, Michael. Open Source Intelligence Techniques. Resources for searching and analyzing online information. 8th edition. By Michael Bazzel: Nevada, Outubro, 2021, p. 5. Open Source Intelligence, often referred

Fontes fechadas, a contrário senso, são aquelas cujo acesso depende previamente de autorização, a exemplo de login e senha ou ordem judicial. Como exemplo de fontes fechadas que requerem login e senha para acesso temos os dados de contas bancárias, e-mail, cadastros particulares, prontuários médicos, perfis das mídias sociais que não estejam no modo público, ou seja, requerem autorização prévia de acesso de seu titular. Alguns exemplos de fontes fechadas que dependem de determinação judicial para serem acessadas são as declarações de imposto de renda e outras informações cadastrais de pessoas físicas e jurídicas requisitadas pelo Poder Judiciário à Receita Federal, com o afastamento do sigilo fiscal, bem como a requisição de informações e dados cadastrais pelo Poder Judiciário aos provedores de aplicação e de conexão, nos termos do artigo 22 do Marco Civil da Internet, tema que será abordado em tópico próprio.

Guilherme Caselli diferencia as bases de dados classificadas como de fontes fechadas das fontes abertas “por, em tese, armazenarem dados e informações classificadas como sensíveis ou pessoais.”¹²

Cabe, em princípio, aos advogados, a busca de dados em fontes abertas, “livremente disponibilizados por seu titular, ou de quem lhe faça as vezes, atribuindo-lhes, assim o caráter de publicidade voluntariamente e que são capazes de produzir conhecimento ou prova em procedimento administrativo ou judicial.”¹³ Os advogados também podem requerer ao juízo a requisição de informações perante fontes fechadas, caso seja imprescindível para apreciação da lide, nos termos da lei.

Em caso de controvérsia havida entre as provas produzidas, o magistrado também poderá determinar a realização de outras diligências, nos termos do artigo 765 da CLT, dentre elas, a requisição de dados de geolocalização e outras provas digitais aos provedores de conexão e de aplicação.

Lembrando as lições do Promotor de Justiça Fabrício Patury, que ministrou vários cursos pela Escola Nacional da Magistratura do Trabalho e Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho a Juízes do Trabalho de todo o Brasil sobre Provas Digitais, a pesquisa de dados em fontes abertas pode nos trazer informações para análise do perfil da pessoa investigada (preferências, amigos, lugares, comentários etc), a verificação de vínculos com outras pessoas e até dados de geolocalização, diante da publicização de dados feita pelo próprio titular na internet.

to as OSINT, can mean many things to many people. Officially, it is defined as any intelligence produced from publicly available information that is collected, exploited, or disseminated in a timely manner to an appropriate audience for the purpose of addressing a specific intelligence requirement. For the CIA, it may mean information obtained from foreign News broadcasts. For an attorney, it may mean data obtained from official government documents which are available to the public. For most people, it is publicly available content obtained from the internet.

¹² CASELLI, Guilherme. Manual de Investigação Digital. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p.30

¹³ Ibidem, p. 40.

Neste artigo vamos analisar algumas técnicas de captura de geolocalização de pessoas para produção de prova judicial, tanto em fontes abertas quanto fechadas.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), criou regras para proteger o tratamento dos dados pessoais de pessoas físicas e para evitar seu vazamento, o que não impede o tratamento dos dados pessoais, desde que observadas suas bases e princípios nela especificados.

A investigação judicial de dados pessoais deve observar os princípios da finalidade e necessidade. A pesquisa de dados em fontes abertas e fechadas está amparada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, no artigo 369 do Código de Processo Civil, na Lei 12.965/2014 e no art. 22 do Marco Civil da Internet, além do art. 7, VI e 11, “d” da Lei Geral de Proteção de Dados, para instruir processo judicial:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

A Constituição Federal assegura como direito fundamental, em seu artigo 5º, o acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, em seus incisos XXXV, LIV e LV, respectivamente.

O art. 369 do Código de Processo Civil, que admite “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

A Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet –, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Importante distinguir a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou seja, de dados em tempo real (somente autorizada judicialmente para apuração de crimes apenados com reclusão, nos termos do art. 10 da Lei 9.296/96), da quebra de sigilo de dados estáticos, ou seja, já armazenados, o que equivale à determinação de exibição de documentos, sob pena de busca e apreensão, além de outras sanções, nos termos dos artigos 402 e 403 do Código de Processo Civil.¹⁴

Este foi o entendimento da 3ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao negar três recursos em Mandados de Segurança (RMS 60.698, RMS 61.302 e RMS 62.143) interpostos pela “Google contra decisões do Judiciário fluminense que determinaram entrega ao Ministério Público estadual de informações específicas que possam ajudar nas investigações do assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes.”, conforme Danilo Vital:

O ministro Schiatti ainda fez uma diferenciação entre as ordens judiciais, que tratam de quebra de sigilo de dados informáticos estáticos relativos a arquivos digitais de registro, daquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo da comunicação de dados travada com seu destinatário. Apenas na segunda incide a Lei 9.296/1997, a Lei das Interceptações Telefônicas.¹⁵

Segundo Patricia Peck Pinheiro, estamos na era da testemunha máquina. Da mesma forma que as testemunhas que, devidamente intimadas, não comparecem para depor, estão sujeitas à condução coercitiva (Art. 403, § 5º, do CPC)¹⁶ e as pessoas que não entregam documentos estão

¹⁴ Art. 402. Se o terceiro negar a obrigação de exhibir ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, o de testemunhas, e em seguida proferirá decisão.

Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarcia pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

¹⁵ VITAL, Danilo. Juiz pode pedir ao Google dados estáticos por localização e palavra-chave, diz STJ. CONJUR - Consultor Jurídico.

¹⁶ Art. 455, § 5º, do CPC. A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento.

sujeitas à expedição contra si de mandado de busca e apreensão, as pessoas físicas e jurídicas têm o dever de apresentar os dados requisitados pelo Poder Judiciário. Ressalta-se, ainda, o dever das partes de cooperação processual, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil.¹⁷

O não cumprimento da legislação brasileira, inclusive a trabalhista, configura ato ilícito, a exemplo da falta de registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e o não recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciários e até mesmo o não pagamento de horas extras.

Havendo fundados indícios de ato ilícito, a parte interessada poderá “com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet”, nos termos do artigo 22 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14).

O requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: “I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros.” (parágrafo único do art. 22 do Marco Civil da Internet).

A requisição judicial de dados de geolocalização para fins de prova de cumprimento de horas extras na Justiça do Trabalho favorece a segurança da prestação jurisdicional, não havendo que se falar em violação ao direito à privacidade do trabalhador e à Lei Geral de Proteção de Dados. Este foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região ao negar Mandado de Segurança impetrado pela trabalhadora que se opunha à realização dessa prova, conforme noticiado pelo site Migalhas:

A maioria do colegiado, contudo, seguiu o voto do desembargador-relator Gracio Petrone, que já havia negado a liminar requerida pela autora, mantendo a decisão de 1º grau. O magistrado ponderou que a legislação não estabelece hierarquia entre os tipos de prova e afirmou que o pedido de prova digital reforça a busca efetiva da verdade real, favorecendo a rápida duração do processo.

‘Se o novo meio probatório, digital, fornece dados mais consistentes e confiáveis do que a prova testemunhal, não há porque sua produção ser relegada a um segundo momento processual, devendo, de outro modo, preceder à prova oral’, argumentou o relator, afirmando que vê o pedido como ‘exercício de direito’ das partes.

‘A pesquisa apenas aponta a localização do dispositivo telefônico, não incluindo conversas ou imagens de qualquer uma das partes ou de terceiros’, destacou.

Ainda segundo Petrone, a medida não representa ofensa à garantia Constitucional de inviolabilidade das comunicações ou à Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (lei 13.709/18), favorecendo a segurança da prestação jurisdicional.¹⁸

¹⁷ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁸ MIGALHAS. TRT-12 autoriza uso de geolocalização do celular como meio de prova. Migalhas. 27 mar. 2022.

5 TÉCNICAS DE PROVA DE GEOLOCALIZAÇÃO

Muitas pessoas não têm seus direitos reconhecidos num processo judicial por não produzirem a prova dos fatos geradores de seus direitos. Isso acontece ora por falta de testemunhas, ora por falta de um documento essencial para referida prova. A prova da geolocalização de pessoas pode ser muito útil nos processos judiciais, facilitando a dificuldade de obtenção de provas testemunhais, ou até mesmo servindo para dirimir eventuais controvérsias havidas na prova oral.

A vantagem da prova digital é que ela é auditável, devendo ser assegurada sua autenticidade e integridade, observando-se a cadeia de custódia:

A cadeia de custódia nos processos judiciais é utilizada para manter a história cronológica das evidências digitais, sendo de fundamental importância no trabalho do perito judicial para a apuração dos fatos. A evidência digital pode ser um arquivo com ou sem uma extensão, alguns arquivos, uma partição em um disco rígido, o disco rígido inteiro, um dispositivo de memória flash USB, discos CD / DVD / Blue Ray, links de internet, conexões peer to peer, e qualquer outra mídia removível. Os computadores costumam ser usados para fornecer evidências digitais em um caso porque contêm muitas informações. Também podem conter informações sobre dispositivos como cartões de memória USB, telefones celulares, câmeras digitais e discos rígidos portáteis.¹⁹

Mais da metade da população brasileira possui celular, representando 109 milhões de usuários, segundo pesquisa feita pela consultoria Newzoo Global Mobile Market Report, o que facilita a prova da geolocalização.²⁰

Vários provedores de aplicação, como Ifood®, Amazon®, Uber®, Waze® e aplicativos de bancos registram a localização de seus usuários. As operadoras de celulares também dispõem dos dados de geolocalização de seus usuários, captadas por suas antenas, sendo que essas provas digitais podem dirimir muitas controvérsias com exatidão, o que a prova oral nem sempre oferece.

Imagine um pedido de reconhecimento de vínculo empregatício de março a agosto de 2021, em cuja ação trabalhista o trabalhador alega que trabalhava todos os dias, de segunda a sexta-feira em determinado estabelecimento, das 8h às 14h. A empresa nega esse fato, alegando que a prestação de serviços ocorria eventualmente, de uma a duas vezes por semana. Considerando-se a controvérsia dos depoimentos contraditórios, cabe ao juiz, nos termos do artigo 765 da CLT, determinar as diligências necessárias aos esclarecimentos dos fatos controvertidos.

Para dirimir provas frágeis ou contraditórias, o juiz poderá determinar que o próprio trabalhador que utilize celular com sistema operacional Android® apresente seu histórico de

¹⁹ Proceedings of the Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law - ICoFCS 2018 São Paulo, Brazil, 2018, 105 pp. - ISBN 978-85-65069-15. PETRONI e GONÇALVES, 2018. Smart Contracts baseados em blockchain na cadeia de custódia digital: uma proposta de arquitetura.

²⁰ SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. Revista exame. 15 ago. 2021

localização gravado na conta da plataforma Google® ou expedir ofício à Operadora de Celular, requisitando o mapa Estação Rádio Base (ERB) no período em que o vínculo empregatício é postulado e exclusivamente quanto à jornada informada na petição inicial, para que não se alegue invasão de privacidade quanto aos horários fora do mencionado horário de trabalho.

O serviço de geolocalização permite a localização de um aparelho celular. Isso é feito através do GPS (Global Positioning System), com a identificação da latitude e longitude do local em que o dispositivo se encontra, com base nas conexões de rede ou conexão via satélite. A definição da geolocalização também é feita pela captação de sinais de rádio frequência pela triangularização das antenas de celulares. “Já o sistema por wi-fi consegue definir a localização de um aparelho por meio do seu acesso às redes sem fio”²¹.

Allan Rangel Cordeiro explica que “a principal tecnologia utilizada atualmente no sistema celular brasileiro é o GSM (*Global System for Mobile Communication*).”²²

Passaremos a analisar algumas das ferramentas de captação de geolocalização.

5.1 Google take out

Toda conta no aplicativo Google® possui um painel visual (*dashboard*) que apresenta, de maneira centralizada, um conjunto de informações do usuário, a exemplo de todas as atividades na *web*, histórico de localização e histórico de Youtube®. Segundo Silva (2021, p. 15), um *dashboard* é uma disposição visual com as informações mais importantes e necessárias para se atingir um ou mais objetivos, consolidando e organizando dados num único local para que possa ser monitorado de forma eficiente e concentrada. Desta forma, a ferramenta Google Dashboard® é um aplicativo que permite registrar a geolocalização do usuário. Assim, se o autor de uma ação quer demonstrar que uma pessoa estava em determinado local num determinado dia, ele pode extrair o histórico de localização do Google Takeout e inseri-los no Google Earth – ferramentas disponíveis aos usuários dos produtos da plataforma Google® - para visualizá-los no mapa.

Aqueles que possuem celular com sistema operacional Android® (que exige uma conta Gmail - serviço gratuito de troca de mensagens para web criado pela Google® - para cadastro) podem extrair seu histórico de localização. Para isso, o próprio usuário deve se conectar (realizar o *login*) à sua conta Google®. Ao realizar o login em sua conta, no ícone *gerenciar sua conta*, o aplicativo mostrará um painel (*dashboard*) reunindo os dados mais relevantes do usuário, do qual constam as “Informações Pessoais” (nome, data de nascimento, e-mail, telefone, etc.). Em “Dados

²¹ PULSUS. Como localizar um celular corporativo – vantagens da geolocalização para dispositivos móveis da empresa. PULSUS MDM. s/d.

²² CORDEIRO, Allan Rangel. Localização Geográfica Através de Aparelho Celular. Universidade Federal do Paraná. s/d, p.1.

e Privacidade” há o controle de privacidade. Se as configurações do histórico estiverem ativas, será possível visualizar todas as atividades feitas na web, em aplicativos e a linha do tempo com o histórico de localização. Na linha do tempo é possível visualizar a geolocalização do usuário ao longo dos anos em que esteve ativado. Basta escolher os dias e horários que pretende pesquisar para verificar a geolocalização, ou seja, onde o usuário estava, com precisão.

Caso o usuário tenha desabilitado tal visualização, não será possível ele mesmo obter esses dados, caso que dependerá de ordem judicial, considerando-se que o aplicativo Google® possui esses arquivos, pelo dever de guarda estabelecido no Marco Civil da Internet.

Olga Vishnevsky Fortes compartilha o tutorial para que o próprio usuário extraia as informações de geolocalização de sua conta Google®, bem especificado em despacho judicial pelo Juiz do Trabalho Marcelo Caon Pereira, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

Em razão da divergência entre a prova documental e a prova testemunhal e do fato de o reclamante ter afirmado que sempre carregava consigo o seu telefone celular, determino que ele faça a juntada aos autos, até ..., do seu histórico de localização gravado na conta Google, de acordo com o passo-a passo abaixo: 1) Acessar <https://myaccount.google.com/intro/dashboard>; 2) Fazer login na conta Google, inserindo e-mail e senha; 3) Clicar em ‘Fazer download dos seus dados’; 4) Selecionar os dados a serem incluídos, clicando primeiro em ‘Desmarcar tudo’; 5) Rolar a página até ‘Histórico de localização’ e marcar essa opção; 6) Clicar em ‘Vários formatos’; 7) Clicar sobre a opção ‘JSON’ e selecionar a opção ‘KML’; 8) Clicar em ‘Ok’; 9) Rolar a página até o final e clicar em ‘Próxima etapa’; 10) No campo ‘Escolha do tipo de arquivo, a frequência e o destino’ eleger os seguintes parâmetros: 10.2) Na ‘Frequência’, eleger ‘Exportar uma vez’; 10.3) No ‘Tipo e tamanho de arquivo’, eleger ‘.zip’ e ‘2GB’; 11) Clicar em ‘Criar exportação’; 12) Aguardar alguns minutos e abrir a caixa postal do e-mail vinculado à conta Google; 13) Abrir o e-mail “Seus dados do Google estão prontos para download”; 14) Clicar em ‘Fazer o download dos seus arquivos’; 15) Localizar o arquivo ‘takeout*.zip’ no computador pessoal; 16) Enviar o arquivo para o e-mail da Vara no prazo deferido.²³

O download do material do Google Take Out pode ser feito em vários formatos, sendo o formato KML armazena a modelagem geográfica, ou seja, permite a visualização dos dados em mapa.

5.2 Sistema IOS da Apple®

A geolocalização capturada pelo sistema operacional IOS, da Apple® também pode ser acessada pelo usuário se a respectiva opção estiver habilitada. Para verificar se essa habilitação está ativada, deve-se clicar em “Configurações”, “Privacidade” e “Serviços de Localização”, onde

²³ FORTES, Olga Vishnevky. **Novos Meios de Busca da Verdade: A Geolocalização**. Provas digitais no processo do trabalho: realidade e futuro/ coordenação Ana Paula Silva Campos Miskulin, Danielle Bertachini, Platon Teixeira de Azevedo Neto. Campinas, SP: Lacier Editora, 2022, p. 241.

deverá constar “sim”; em seguida avançar para baixo da tela e *clicar* em “Serviços do Sistema; depois avançar até a opção “Locais importantes”, e autorizar o acesso.

Para exportar os dados da conta Apple® para um endereço de e-mail, é preciso acessar por computador o site <https://privacy.apple.com/> e iniciar uma sessão, com *Apple id* e senha. Após o início da sessão, é necessário clicar em “Privacidade”; depois em “Gerencie seus dados e reiniciar a sessão. Após estes procedimentos, deve-se escolher as opções “Downloads”; “Mapas”; “tamanho 1GB” e “Continuar”. Ao final do processo, o sistema exibirá a mensagem:

Agradecemos pelo pedido. Estamos preparando seus dados.
Quando seus dados estiverem prontos, avisaremos você em @.....com.br.

Lembre-se de que esse processo poderá levar até sete dias. Para garantir a segurança de seus dados, usamos esse tempo para confirmar que a solicitação foi feita por você.
Você pode visualizar e conferir o status da sua solicitação neste site a qualquer momento acessando privacy.apple.com/account *Abre em uma nova janela*.

5.3 Estação rádio base – ERB

A geolocalização também pode ser capturada pelas antenas das Operadoras de Celular. Os aparelhos celulares comunicam-se com as antenas ERB – Estação Rádio Base (Figura 1) através de interface de radiofrequência, sendo possível visualizar o nível de sinal de nosso aparelho celular de acordo com a proximidade de uma ERB.

Figura 1. Estação Rádio Base



Imagem de Falco por Pixabay

Allan Rangel Cordeiro explica a definição do Azimute, referente à área para a qual as antenas estão direcionadas:

A BTS é a torre propriamente dita (ERB – estação rádio base), é nela em que estão as antenas, normalmente direcionais, voltadas para um azimute (ângulo em que a antena

estará posicionada na torre em relação ao norte geográfico) de acordo com a região que se deseja irradiar preferencialmente o sinal.²⁴

Pelo site <http://www.telecocare.com.br/telebrasil/erbs/>, ao selecionar a unidade da Federação e o município é possível verificar quantas antenas de celulares (de cada operadora) existem em um município. As antenas ERB podem alcançar até um raio de 1 a 2 km, sendo possível precisar uma região em que o usuário está dentro do ângulo de alcance de uma antena ERB (ângulo chamado de Azimute). A triangularização das ERBs possibilita maior precisão da área em que o usuário se encontra, mas não permite a exata localização do usuário:

Cada distância obtida possui uma margem de erro inerente, mas através de um procedimento de triangulação destas medidas é possível obter a área mais provável da localização geográfica do aparelho celular. De acordo com a prática de campo verifica-se uma média de precisão deste método em torno de 243-248m para locais urbanos e de 755-785m em áreas rurais.²⁵

Primeiro, é preciso descobrir qual a operadora do celular que se quer obter a geolocalização, o que é possível obter através do site <https://www.qualoperadora.net/> e depois requisita-se à referida operadora os mapas ERB (Estação Rádio Base), que indicam o raio aproximado que aquele celular estava nos dias e horários pesquisados.

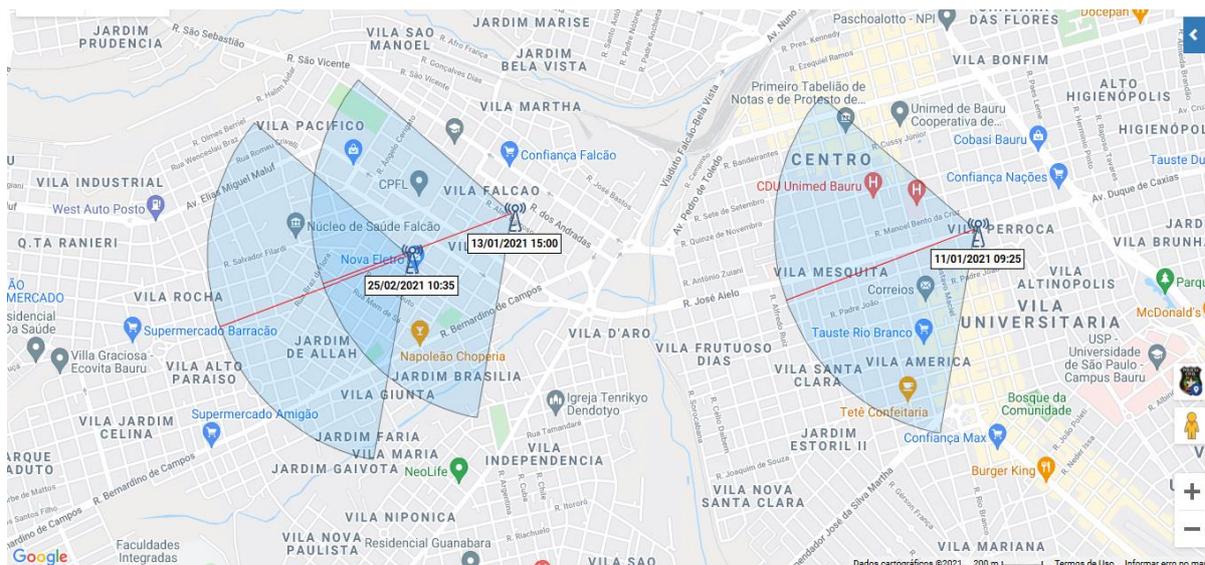
Com o recebimento da planilha da operadora e após a inserção dos respectivos dados em ferramenta de leitura apropriada, podemos visualizar as áreas de geolocalização do celular nas datas pesquisadas.

Ilustra-se a seguir, o resultado de uma pesquisa com dados fictícios de suposto trabalhador, que requereu, em síntese, o reconhecimento do vínculo empregatício no período de 04/01/2021 a 27/04/2021, como atendente, com a condenação da reclamada ao pagamento das verbas rescisórias, alegando que trabalhava internamente, de segunda a sexta-feira, das 8h às 17 horas. A prova oral restou contraditória, tendo sido determinado pelo Juízo a expedição de ofício à operadora, requisitando-se os dados de geolocalização. Observa-se à direita do mapa, o ponto da antena referente ao estabelecimento empresarial demandado na reclamação trabalhista, situado na cidade de Bauru - SP e à esquerda a antena da área da residência do trabalhador, constando algumas datas e horários pesquisados.

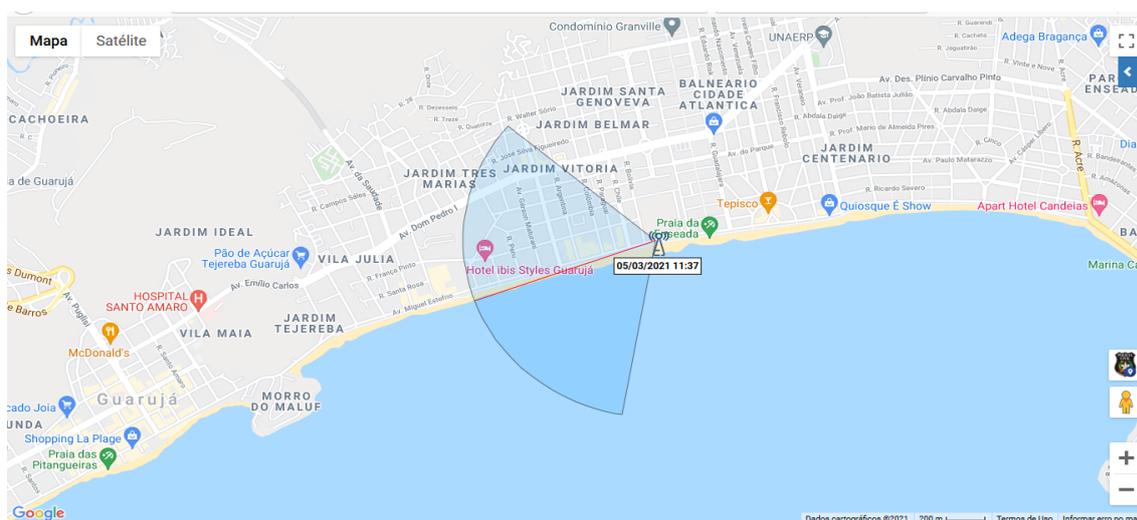
Bauru- SP

²⁴ CORDEIRO, Allan Rangel. Localização Geográfica Através de Aparelho Celular. Universidade Federal do Paraná, s/d, p.4.

²⁵ Ibidem, p. 7.



Dia 5/3/21 às 11h37: Guarujá



No exemplo apresentado, as provas digitais produzidas, conforme geolocalização do celular do reclamante em diversos dias que ele alegava estar trabalhando, comprovaram que o autor estava fora do estabelecimento da reclamada durante a maior parte da jornada e período mencionados na inicial, resultando na improcedência da ação, com a condenação do reclamante como litigante de má-fé.

O caso em exame demonstra a importância das provas digitais para dirimir controvérsias havidas nos autos.

Os processos nº 0010436-29.2021.5.15.0005, 0010436-29.2021.5.15.0005, 0010864-45.2020.5.15.0005 e 0010864-45.2020.5.15.0005 foram todos julgados com base em prova de geolocalização.

5.4 Fotos Digitais

Outra forma de provar a geolocalização de uma pessoa é através dos metadados das fotos digitais. Metadados são dados que contêm outros dados²⁶. Existem várias ferramentas que extraem os metadados de uma foto digital, a exemplo da data e horário em que foi tirada, modelo do dispositivo que tirou a fotografia a até mesmo a geolocalização, quando o GPS do dispositivo estava ligado. Nesse sentido, as lições de Barreto, Wendt e Caselli:

O *exif metadata* é a informação adicional do arquivo da fotografia que pode ter dados sobre data e hora, tamanho, características da câmera ou do smartphone, dados de luminosidade e outras informações úteis. Em alguns casos, quando o GPS (Global Positioning System) do equipamento está ligado, é possível obter a real posição em que a fotografia foi tirada. Cada metadado traz consigo dados individualizadores da imagem produzida.²⁷

É preciso um leitor de metadados para visualizar os metadados de uma fotografia digital, os quais podem dirimir fatos controvertidos num processo judicial. Barreto, Wendt e Caselli elencam alguns sites ou complementos de navegadores que possibilitam acesso ou análise desses dados, a exemplo de: <http://fotoforensics.com/>, <http://www.exif-viewer.com/> e <http://www.pic2map.com/>.²⁸

5.5 WhatsApp®

Através dos registros de logs do WhatsApp também é possível precisar a geolocalização do usuário do dispositivo móvel no momento da mensagem, uma vez que conectado à conexão wi-fi ou particular (a exemplo de 3G), conforme política de dados do aplicativo e explanação de Guilherme Caselli.²⁹

Com relação aos dados fornecidos pelo WhatsApp® às autoridades, Guilherme Caselli descreve que:

Com base em uma classificação técnico-jurídica, pode-se dizer que a empresa WhatsApp fornece para autoridades de investigação elementos formais, compostos por dados qualificativos e logs de conexão. Quanto a elementos materiais, assim entendidos o conteúdo produzido pelos usuários, como mensagens e mídias, a empresa declara em seus termos de serviço que não possui acesso ao conteúdo das mensagens produzidas pelos usuários e, portanto, tampouco permite a terceiros tal acesso.³⁰

Para apurar a ocorrência de fatos ilícitos, o Poder Judiciário poderá oficiar ao Provedor de Aplicação, como no caso de WhatsApp®, requisitando os dados de qualificação e logs de conexão do usuário, com os IPs e a geolocalização.

²⁶ CAMPOS, L. F. de B. (2007). Metadados digitais: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais, p. 19.

²⁷ BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação Digital em Fontes Abertas* - 2ª Edição. [s. l.]: Editora Brasport – 2017, p. 147.

²⁸ Ibidem, p.85.

²⁹ CASELLI, Guilherme. I Congresso sobre LGPD, provas digitais e uso de ferramentas eletrônicas para solução de conflitos. 10 jun. 2022a. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=YfyrVpWXZk4>.

³⁰ CASELLI, Guilherme. Manual de Investigação Digital. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 424.

5.6 Outros Aplicativos

Não havendo possibilidade de realização da prova digital com pesquisas em fontes abertas, a prova poderá ser requisitada por ordem judicial. Caso não seja possível a obtenção de geolocalização através da requisição dos mapas ERBs às operadoras de celular, é possível oficiar a outros Provedores de Aplicação a exemplo de aplicativos de transporte (Uber®, 99®, etc), de entrega de refeições (Ifood®, Uber Eats, etc), de bancos (BB®, CEF®, Itaú®, etc), Waze®, Instagram®, Facebook®, YouTube®, dentre outros, para requisitar dados de logs, com o objetivo de identificar a localização do usuário em determinadas datas e horários.

6 CONCLUSÃO

Muitos pedidos formulados em ações judiciais são indeferidos por falta de provas. Nessa sociedade da informação, várias ações humanas são registradas na rede mundial de computadores, e armazenadas pelos provedores de aplicação ou de conexão, nos termos do Marco Civil da Internet (Lei 12;965/14), possibilitando a efetiva comprovação desses fatos e o reconhecimento dos direitos correspondentes.

A comprovação de fatos ocorridos e/ou registrados nos meios digitais necessita da aplicação da inteligência de dados, cujo conhecimento deve ser disseminado a todos os profissionais do direito para a efetivação dos direitos humanos.

A pesquisa da ciência de dados em fontes abertas pode ser feita por qualquer usuário da internet, a exemplo da solicitação de seus dados ao Google® ou à Apple®, sendo interessante também a análise de fontes restritas, ou seja, aquelas cujo acesso demandam uma ordem judicial, a exemplo da requisição de mapas de Estação Rádio Base às operadoras de telefonia móvel para obtenção de dados de geolocalização de uma das partes envolvida no processo.

Nesse mundo “on-life”, as provas digitais podem sanar uma série de controvérsias, comprovando muitos fatos que dispensam a oitiva de testemunhas, tratando-se de um avanço na busca da verdade real, contribuindo com a celeridade processual e na segurança da prestação jurisdicional.

A ciência de dados é essencial na proteção dos direitos humanos. Através dela é possível comprovar a ocorrência de fatos e relações jurídicas originárias ou não na rede mundial de computadores e os direitos deles decorrentes. O estudo da ciência de dados aplicada ao direito contribuirá com a construção de um novo modelo probatório no mundo jurídico, em cumprimento

aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ³¹ e da Agenda 2030 ³², que representa o grande comprometimento do Judiciário com a proteção dos Direitos Humanos, especialmente a prevenção e a solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Antônio Palmeira de. *Princípios de Sistemas de Informação*. São Paulo: Editora Sol, 2022. 200 p., il. Nota: este volume está publicado nos Cadernos de Estudos e Pesquisas da UNIP, Série Didática, ISSN 1517-9230.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação Digital em Fontes Abertas - 2º Edição*. [s. l.]: Editora Brasport - 2017, [s. d.]. ISBN 9788574528199. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat08913a&AN=peb.9788574528199&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BAZZEL, Michael. *Open Source Intelligence Techniques. Resources for searching and analyzing online information*. 8th edition. By Michael Bazzel: Nevada, Outubro, 2021.

BRASIL, [Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL, [LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL, [LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL, [LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm

CAMPOS, L. F. de B. (2007). Metadados digitais: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais. *Encontros Bibli: Revista eletrônica De Biblioteconomia e Ciência da informação*, 12(23), 16-46. <https://doi.org/10.5007/1518-2924.2007v12n23p16>.

CAPANEMA, Walter Aranha. *Curso de Provas Digitais*. Smart 3. Disponível em: <https://smart3.eadplataforma.com/curso/aula-ao-vivo/>; slide 37. Acesso em 05 out. 2020.

CASELLI, Guilherme. I Congresso sobre LGPD, provas digitais e uso de ferramentas eletrônicas para solução de conflitos. 10 jun. 2022a. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=YfyrVpWXZk4>. Acesso em: 11 jun. 2022.

CASELLI, Guilherme. *Manual de Investigação Digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CORDEIRO, Allan Rangel. *Localização Geográfica Através de Aparelho Celular*. Universidade Federal do Paraná. s/d. Disponível em <https://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/>. Acesso em 11 jun. 2021.

Digital Global Overview Report, disponível em <https://www.linka.com.br/analytics/relatorio-global-do-digital-2021>. Acesso em 03/12/2021

³¹ ONU. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, Nações Unidas no Brasil, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 jun. 2022

³² ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Nações Unidas no Brasil, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 17 jun. 2022.

FORTES, Olga Vishnevky. **Novos Meios de Busca da Verdade: A Geolocalização.** Provas digitais no processo do trabalho: realidade e futuro/ coordenação Ana Paula Silva Campos Miskulin, Danielle Bertachini, Platon Teixeira de Azevedo Neto. Campinas, SP: Lacier Editora, 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o direito. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2022.

MIGALHAS. TRT-12 autoriza uso de geolocalização do celular como meio de prova. Migalhas. 27 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/362117/trt-12-autoriza-uso-de-geolocalizacao-do-celular-como-meio-de-prova>. Acesso em: 12 jun. 2022.

ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Nações Unidas no Brasil, 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 17 jun. 2022.

ONU. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, Nações Unidas no Brasil, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 jun. 2022.

PATURY, Fabrício Rabelo. Slides do curso da Escola Nacional de Magistratura do Tribunal Superior do Trabalho sobre Produção e Análise de Provas Digitais, ministrado em maio de 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Proceedings of the Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law - ICoFCS 2018 São Paulo, Brazil, 2018, 105 pp. - ISBN 978-85-65069-15. PETRONI e GONÇALVES, 2018. Smart Contracts baseados em blockchain na cadeia de custódia digital: uma proposta de arquitetura. Disponível em: <http://icofcs.org/2018/ICoFCS-2018-003.pdf>. Acesso em: 31/05/2022.

PULSUS. Como localizar um celular corporativo – vantagens da geolocalização para dispositivos móveis da empresa. PULSUS MDM. s/d. Disponível em: <https://pulsus.mobi/blog/como-localizar-um-celular-corporativo-vantagens-da-geolocalizacao/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. Revista exame. 15 ago. 2021. Disponível em: <https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

STAIR, Ralph. M.; REYNOLDS, George W; BRYANT Joey; FRYDENBERG, Mark; GREENBERG, Hollis e SCHELL, George. Princípios de sistemas de informação. Tradução Edson Furmankiewicz; revisão técnica Flávio Soares Correa da Silva. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021. Disponível em <https://intgrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555584165/pageid/1>

THAMAY, Rennan e TAMER, Mauricio. *Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TILT. Brasil chega a 152 mi de usuários de internet; idosos estão mais conectados. Tilt UOL. 18 ago. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/08/18/tic-domicilios-2020-idosos-usaram-mais-internet-uso-de-smart-tv-cresceu.htm>. Acesso em: 10/06/2022.

VITAL, Danilo. Juiz pode pedir ao Google dados estáticos por localização e palavra-chave, diz STJ. CONJUR - Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/juiz-pedir-dados-estaticos-localizacao-periodo-tempo>. Acesso em: 12/06/22.