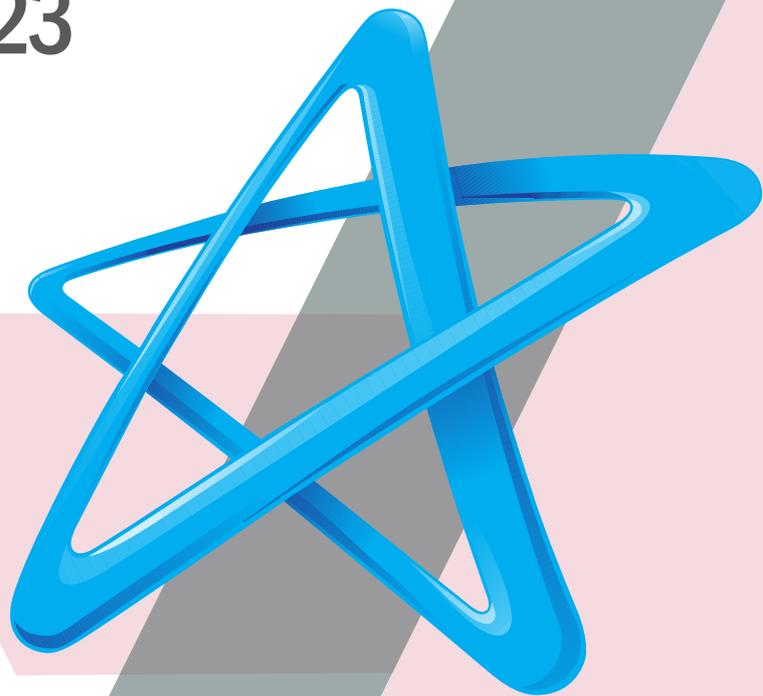


VOLUME 9 - NÚMERO 2
JULHO/DEZEMBRO 2023

REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS



Vol. 9/ N. 2

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 9, Número 2

Julho/Dezembro 2023

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

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

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

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí -Univali)

Prof. Dra. Aline Fernandes Mendes (Universidade Paulista –UNIP)

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)

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

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

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

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

Prof. Dr. Cláudio Iannotti 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)

Prof. 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. Iêda Rubens Costa (Universidade Paulista – UNIP)

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 (Universidade Federal de Pernambuco)

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

Profa. Dra. Laudelina Inácio da Silva (Universidade Paulista – UNIP)

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

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

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

Prof. Dr. Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)

Profa. Dra. Mariana Barboza Baeta Neves Matsuchita (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

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

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

Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)

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

Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa)

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

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

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

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

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

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

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 Cecilia de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)

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

Coeditor Acadêmico: Dr. 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 do UDF)

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

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)

Mestra: Mariana Ferrucci Bega (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Tatiana Felipe Almeida (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Carolina Madeira Medeiro (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Renata Osório Caciquinho Bittencourt (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestre: Renato Teixeira Rangel (Mestre Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestranda: Mirela Carvalho Aragão (Bolsista CAPES UDF)

Mestranda: Karini Luana Santos Pavelquesi (Bolsista CAPES UDF)

Mestranda: Solainy Beltrão dos Santos (Bolsista CAPES UDF)

Revisão:

Mestra pesquisadora: Renata Osório Caciquinho Bittencourt – Bolsista CAPES UDF

Mestranda pesquisadora: Mirela Carvalho Aragão – Bolsista CAPES UDF

Mestranda pesquisadora: Karini Luana Santos Pavelquesi – Bolsista CAPES UDF

Mestranda pesquisadora: Solainy Beltrão dos Santos – Bolsista CAPES UDF

Contatos:

www.udf.edu.br

mclemos@udf.edu.br

resvistamestrado@udf.edu.br

Publicado em: 22/12/2023

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 9, N. 2 (Julho/Dezembro 2023). Brasília, DF, 2023 [*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..... | 122 |
| 1) LA APROXIMACIÓN DE CONDICIONES LABORALES ENTRE LA CASA MATRIZ Y SUS FILIALES EXTRANJERAS: CONDICIONES DE EJERCICIO ... | 166 |
| Antonio Ojeda Avilés | |
| 2) LA “POLITICA DEL DIRITTO” Y LOS LABORALISTAS ITALIANOS. IN MEMORIAM DE UMBERTO ROMAGNOLI | 366 |
| Lucas Nogler | |
| 3) IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA..... | 56 |
| Flávio Vincenzo Ponte | |
| 4) A TRIBUTAÇÃO DE PRÊMIOS PAGOS A EMPREGADOS: UM PARALELO ENTRE BRASIL E EUA – UM MODELO ITALIANO DE PREVIDÊNCIA CONTRATUAL COMO 3ª VIA. | 79 |
| Marcelo Fernando Borsio, João Renda Leal Fernandes e Fábio Zambitte Ibrahim | |
| 5) FINANCIAMENTO SINDICAL PREVISTO EM CLÁUSULAS ASSISTENCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO SEGUNDO A OIT: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO Nº 2739 E DA RECLAMAÇÃO DE 06 DE JUNHO DE 2014 | 91 |
| Sandro Lunard Nicoladelli, Jefferson Luiz Maciel Rodrigues e Elis Regina Arévalos Soares | |
| 6) A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DO EMPREGADOR NA LIMITAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO DO TRABALHADOR HIPERMODERNO | 106 |
| Adriana Goulart de Sena Orsini, Carla Vidal Gontijo Almeida e José Perceu Valente de Freitas | |
| 7) ENTRE A PASTA E A PORTA: OS NOVOS DILEMAS DOS JUÍZES E ADVOGADOS DO TRABALHO | 126 |
| Márcio Túlio Viana e Maria Cecília Máximo Teodoro | |
| 8) O USO DA GEOLOCALIZAÇÃO COMO PROVA DIGITAL NO PROCESSO DO TRABALHO E OS RISCOS À PRIVACIDADE DE DADOS DO TRABALHADOR | 1422 |
| Cláudio Iannotti da Rocha e João Victor Loss de Souza | |

| | |
|---|------|
| 9) A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA ADVOCACIA E MAGISTRATURA. UMA QUESTÃO PARA ALÉM DOS NÚMEROS..... | 1688 |
|---|------|

Carmela Dell Isola

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 segunda edição do corrente ano (Vol.9, N. 2), que abrange o semestre de julho a dezembro de 2023.

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. 9, N. 2, o impressionante número de 180 artigos, todos de professores doutores de renomadas universidades brasileiras e estrangeiras, sendo que entre as publicações destacam-se 60 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, Priscila Lauande Rodrigues, esta última, Doutoranda da Sapienza Università di Roma, as Mestras Bolsistas CAPES pelo UDF, Mariana Ferrucci Bega, Tatiana Felipe Almeida, Carolina Madeira Medeiro e Renata Osório Caciquinho Bittencourt, e as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Mirela Carvalho Aragão, Karini Luana Santos Pavelquesi e Solainy Beltrão dos Santos.

Ao lado da Equipe Editorial atuam como revisoras a Mestre Bolsista CAPES pelo UDF Renata Osório Caciquinho Bittencourt, e as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Mirela Carvalho Aragão, Karini Luana Santos Pavelquesi e Solainy Beltrão dos Santos, 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 7 (sete) indexadores de padrão internacional, quais sejam: *Scientific Indexing Services (SIS)*, *Enlawe 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 cinco 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 três de autoria de Professores Doutores estrangeiros, de importantes Universidades da Espanha e da Itália. Seis artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros, alguns em parceria com Mestrandos dos

respectivos Programas de Pós-Graduação, sendo a maioria vinculada às 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) *La Aproximación de Condiciones Laborales entre la Casa Matriz y sus Filiales Extranjeras: condiciones de ejercicio*, do Professor Doutor Antonio Ojeda Avilés da Universidad de Sevilla, Espanha; 2) *La “Politica Del Diritto” y Los Laboralistas Italianos - In Memoriam de Umberto Romagnoli*, do Professor Doutor Lucas Nogler, da Università degli studi di Trento, Itália, (Tradução do Professor Doutor Antonio Ojeda Avilés); e 3) *Il Lavoro nella Costituzione Repubblicana*, do Professor Doutor Flávio Vincenzo Ponte, da Università della Calabria Diritto del Lavoro, Itália.

Entre os Professores brasileiros, o presente volume apresenta: 1) *A Tributação de Prêmios pagos a empregados: um paralelo entre Brasil e EUA – um modelo italiano de previdência contratual como 3ª via*, dos Professores Doutor Marcelo Fernando Borsio, do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Doutor João Renda Leal Fernandes, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Doutor Fábio Zambitte Ibrahim, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ; 2) *Financiamento sindical previsto em cláusulas assistenciais no contexto brasileiro segundo a OIT: reflexões a partir do caso nº 2739 e da Reclamação de 06 de junho de 2014*, dos Professores Doutor Sandro Lunard Nicoladelli, da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Especialista Jefferson Luiz Maciel Rodrigues, e Mestranda Elis Regina Arévalos Soares, da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; 3) *A responsabilidade socioambiental do empregador na limitação do tempo de trabalho do trabalhador hipermoderno*, dos Professores Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini, da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Doutora Carla Vidal Gontijo Almeida, da Universidade Federal do Amazonas – UFAM, e Mestrando José Perceu Valente de Freitas, da Universidade Federal do Amazonas – UFAM; 4) *Entre a pasta e a porta: os novos dilemas dos juízes e advogados do trabalho*, dos Professores Doutor Márcio Túlio Viana, do Centro Universitário do Distrito Federal

– UDF e Doutora Maria Cecília Máximo Teodoro, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; 5) O uso da geolocalização como prova digital no processo do trabalho e os riscos à privacidade de dados do trabalhador, do Professor Doutor Cláudio Iannotti da Rocha, da Universidade Federal do Espírito Santo, e Mestrando João Vítor Loss de Souza, da Universidade Federal do Espírito Santo; 6) A participação feminina na advocacia e magistratura: uma questão para além dos números, da Professora Doutora Carmela Dell Isola, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 9, N. 2, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o segundo semestre de 2023 (julho-dezembro) conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuírem para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades. Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma excelente leitura.

Brasília, 22 de dezembro de 2023.

Equipe Editorial

**LA APROXIMACIÓN DE CONDICIONES LABORALES ENTRE LA CASA
MATRIZ Y SUS FILIALES EXTRANJERAS: CONDICIONES DE EJERCICIO**

***THE APPROXIMATION OF WORKING CONDITIONS BETWEEN THE
HEADQUARTERS AND ITS FOREIGN SUBSIDIARIES: EXERCISE
CONDITIONS***

Recibido em: 21/11/2023

Aprovado em: 19/12/2023

Antonio Ojeda Avilés *

Resumen: El presente estudio tiene su punto de partida en la teorización de los Acuerdos Marco¹, aunque explora con su auxilio un tema novedoso, cual es el de la posible aproximación, a través de ellos, de las condiciones de trabajo existentes en la empresa matriz o principal de un grupo de empresas, y las de sus filiales y demás subordinadas en el resto del mundo. En especial he tenido en cuenta las relaciones de multinacionales españolas con filiales de América Latina, siguiendo el rastro de las noticias aparecidas sobre el comportamiento de algunas de ellas en el continente americano, tanto del norte como del sur, pues es bien conocida la reticencia del poderoso vecino del norte a la hora de ratificar instrumentos internacionales mundiales, lo que permite a las multinacionales avisadas incumplir los derechos de los trabajadores en la meca de la economía mundial, como ha estudiado el profesor Lance Compa². Desde este punto de vista, habremos de tener en cuenta algunos datos, como el de que los grupos empresariales internacionales con matriz española son unos 125, con aproximadamente diez mil filiales en el extranjero³, muchas de las cuales se sitúan en Iberoamérica. Una de ellas es Telefónica del Perú, de cuyas vicisitudes nos haremos eco en estas páginas.

*Prof. Dr. Dr.h.c. catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales (IERI), coordinador de la International Association of Social Protection (IASP/AIPS) y presidente de honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

1 Por todos, Villavicencio Ríos, A., **Los Acuerdos Marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia y contenido**, Granada: Editorial Comares, 1997. ISBN 10: 8481515892 ISBN 13: 9788481515893. En acceso abierto en Idus, Universidad de Sevilla.

2 Compa, L., “Corporate hypocrisy . **violations of Trade Union Rights by european multinational companies in the United States**”, *Revista Derecho social y empresa*, ISSN-e 2341-135X, **Nº. 4, 2016**(Ejemplar dedicado a: Los retos del sindicalismo Internacional en el siglo XXI), págs. 15-32.

3 Según datos de la Agencia Tributaria Española para 2020, en plena pandemia, serían -o se habrían declarado como tales a efectos tributarios- “126 multinacionales de matriz española (un 1,6% más que en 2019), con información de un total de 14.854 filiales (4.906 con domicilio fiscal en España, 9.948 en el extranjero), una cifra de negocios mundial de 759.300 M € (un 18,7% menos que el año anterior), unos beneficios totales de 50.471 M € (un 43,7% menos que en 2019), y un IS pagado a nivel mundial de 12.502

Palabras Claves: Acuerdos Marco; multinacionales españolas; Lance Compa; Instrumentos Internacionales; filiales; Telefonica del Peru.

Sumario: 1. Dos bloques diferenciados en un grupo multinacional: empresa matriz y filiales extranjeras. 2. El vínculo laboral entre filiales extranjeras y su empresa matriz; 3. Los modestos derechos ordinarios del contrato de Trabajo; 4. Tipología de instrumentos reguladores transnacionales; 5. Eficacia jurídica de los instrumentos privados transnacionales; 6. Referencias.

Abstract: The present study has its starting point in the theorization of the Framework Agreements, although it explores with their help a novel topic, which is the possible approximation, through them, of the existing working conditions in the parent company or principal of a group of companies, and those of its subsidiaries and other subordinates in the rest of the world. In particular, I have taken into account the relations of Spanish multinationals with subsidiaries in Latin America, following the trail of news that has appeared about the behavior of some of them on the American continent, both from the north and the south, since the reluctance of the powerful neighbor to the north when it comes to ratifying global international instruments, which allows wise multinationals to violate the rights of workers in the mecca of the global economy, as Professor Lance Compa has studied. From this point of view, we will have to take into account some data, such as that there are about 125 international business groups with Spanish headquarters, with approximately ten thousand subsidiaries abroad, many of which are located in Latin America. One of them is Telefónica del Perú, whose vicissitudes we will echo in these pages.

Keywords: Framework Agreements; Spanish multinationals; Lance Compa; International Instruments; subsidiaries; Telefónica del Perú.

Summary: 1. Two differentiated blocks in a multinational group: parent company and foreign subsidiaries. 2. The employment relationship between foreign subsidiaries and their parent company; 3. The modest ordinary rights of the Employment contract; 4. Typology of transnational regulatory instruments; 5. Legal effectiveness of transnational private instruments; 6. References.

M € (16,5% menos que en 2019)". En un listado restrictivo ofrecido por Wikipedia en "Empresas multinacionales con sede en España" serían 18 (Abengoa, Banco Sabadell, Banco Santander, BBVA, Elecnor, Endesa, Grupo El Corte Inglés, Grupo Restalia, Grupo Telefónica, Grupo Zeta, Iberdrola, Inditex, Indra Sistemas, Mapfre, Naturgy, OHLA, PRISA, Repsol). No obstante, en la misma Wikipedia, "Empresas multinacionales con sede en España", se listan en cambio noventa: AC Hotels, Acciona, Acerinox, Almirall, Altadis, Applus+ Laboratories, Atida Mifarma, Atrevia, Axel Hotels, Azkoyen, Banco Santander, Grupo Barceló, BBVA, Campofrío Food Group, Cegasa, Cepsa, Cerealto, Cervecería 100 Montaditos, Cesce, Crédito y Caución, DIGI mobil, Don Simón, Doña Jimena (dulces), ECC Ediciones, Elecnor Deimos, ElPozo, Endesa, Factor Energía, Faes Farma, Ferrovial, Fluidra, Cómics Forum, Gallina Blanca, Gia, Globalia Corporación Empresarial, Grifols, Grupo ACS, Grupo Arteche, Grupo FCC, Grupo GSS, Grupo Planeta, Grupo Restalia, Grupo San José, Hipra, Hoteles Globales, Iberdrola, Iberostar, Ikor, Grupo Indukern, Industrias Lácteas Asturianas, Intermundial, J. García Carrión, Kelme, Laboratorios Cinfa, Laboratorios Rovi, Libelium, LLYC, Logista, Mango (empresa), Manusa, Mayoral, Meliá Hotels International, Naturgy, Naturhouse, Navidul, NH Hotel Group, NTT Data España, Nueva Pescanova, Palladium Hotel Group, Panda Security, Pans & Company, PharmaMar, Repsol, Roca, Sacyr, Siemens Gamesa, Sierra Cazorla, Smöoy, Técnicas Reunidas, Telefónica, Telepizza, Tendam, The Good Burger, Top 30 Rocódromos S.L., Tryp Hoteles, Tubacex, Tubos Reunidos, Urbaser, Viajes Marsans, y Viscopfan.

1. Dos bloques diferenciados en un grupo multinacional: empresa matriz y filiales extranjeras

No es preciso retroceder al estudio de la abismal diferencia de condiciones de trabajo entre una empresa matriz y las filiales de los países donde se implanta, porque de todos es conocido que en esa diferencia se basa a rápida y enorme “externalización” de las empresas del mundo desarrollado, comenzando por Estados Unidos y siguiendo por una parte de Europa Occidental, aunque la expansión de las empresas asiáticas puede asentarse en otros parámetros. Partiremos consiguientemente del estudio de un caso concreto para resumir el punto de partida: el caso de Telefónica del Perú en relación con la matriz Telefónica de España.

En mayo del año 2000 el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRAPEL) interponen acción de amparo ante la Corte Superior de Justicia de Lima, y más tarde un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional peruano⁴, contra el proyecto de Telefónica del Perú de despidos masivos que tendrían por objeto prescindir de “la totalidad de trabajadores sindicalizados” de la empresa⁵, tal y como se deducía de una lista de setenta y siete trabajadores contenida en un resumen ejecutivo de la Gerencia de Recursos Humanos de dicha empresa bajo el título “Plan de Despido Masivo”. Aun cuando dicho Plan podía basarse en la Ley de Productividad y Competitividad (D.Leg. 728, D.S. 003-97-TR), que establece la prohibición de despidos arbitrarios y la indemnización como “única reparación” a sus incumplimientos, el TC corrige la decisión de la Corte Superior de Lima y entiende que dicha ley es inconstitucional porque la Constitución establece los derechos de libertad sindical y de trabajo (arts. 28 y 22), así como el derecho a ser despedido solo por justa causa (art. 22) y prevé “adecuada protección” legal frente al despido arbitrario (art. 27). A continuación, el TC del Perú analiza el respaldo jurídico de la indemnización y trae a colación el protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, junto con el Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo, “aún no ratificado y en calidad de Recomendación”, en ambos de los cuales se permite la posibilidad de indemnizar frente a tales despidos⁶, y entiende que pese a todo la Ley mencionada es incompatible con la Constitución porque vacía de contenido a los

⁴ S.TC. Perú de 11 de julio de 2002, **Pleno**, exp. 1124-2001-AA/TC.

⁵ Así lo expresa la sentencia del TC peruano, en **Antecedentes**, párrafo 2.

⁶ Fundamento 12, párrafos 10 y 11.

derechos constitucionales referidos, por lo que la respuesta del Ordenamiento no puede ser otra que retrotraer el estado de cosas al momento anterior a la ilicitud, dado que lo establecido en las normas internacionales citadas puede siempre ser mejorado por el “mandato de optimización” que defiende la doctrina⁷. Por lo cual ordena la reincorporación de los despedidos a sus puestos en la empresa y la abstención por ésta de volver a utilizar la Ley referida.

La intervención del TC de Perú en base únicamente a una propuesta o proyecto de futuro despido masivo antisindical, contemplada en un resumen ejecutivo⁸, podría parecer excesiva si no fuera porque la situación había dejado de ser un mero proyecto en el momento de llegar al Constitucional y había comenzado a plasmarse en multitud de despidos antisindicales por parte de Telefónica⁹.

Ya antes, y sobre todo después, la multinacional realizaría actuaciones de dudosa legalidad para ahorrar costes mediante ingeniería financiera de diverso tipo. Así, parece que en una maniobra para limitar los efectos de la sentencia comentada, un nuevo conflicto entre el sindicato SINETEL y las contratistas de Telefónica había alcanzado un arbitraje, y una sentencia del Corte Suprema había obligado a las empresas a su cumplimiento, tras lo cual había diluido su capital y su actividad en una diversidad de empresas subsidiarias, y el Grupo Telefónica había de tal forma transferido su personal a Telefónica Latinoamericana Holding, Telefónica del Perú (TdP), y Latin America Celular Holding¹⁰, y más tarde había desvinculado a cientos de trabajadores de varias subcontratistas mediante su traslado a otras regiones del país “para eludir mandatos judiciales y obligaciones sindicales”¹¹.

⁷ S.TC. citada, Fundamento 12, párrafo 10.

⁸ La empresa había argüido además que se trataba de una prueba ilícitamente obtenida, dado que tenía carácter confidencial: S.TC. citada, Antecedentes, párrafo 5.

⁹ S.TC. citada, Fundamento 2. Se trataría de 480 empleados despedidos en ese tiempo: vid. “El Tribunal Constitucional de Perú ordena a Telefónica la readmisión de los cuatrocientos ochenta empleados despedidos”, *Libremercado* 11 de setiembre de 2002. Para más detalles, cfr. CASTILLO GUZMÁN et al., “Elementos para el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre despido arbitrario”, *Derecho y Sociedad* 19 (2002), pp. 230 ss.; LATIN COUNSEL, “Efectos del caso Telefónica”, Lima 11 de mayo de 2016.

¹⁰ SCOLLO U., “Telefónica traspa acciones de Filial Perú a holding América Latina”, *Reuters*, 18 de diciembre de 2012.

¹¹ Al menos tal es la interpretación que hace ITUC-CSI, “Perú: Telefónica Perú traslada subcontratistas para evitar obligaciones laborales y sindicales”, en *Survey of Violations of Trade Union Rights*, s/f. Indica la información que en 2016 Telefónica cerró sus empresas terciarizadas (subcontratistas) Lari, Cobra, Esentiz y Dominion, para eludir mandatos judiciales y obligaciones sindicales. El cambio de región se habría debido a la intención de desvincular, evadir obligaciones laborales y desestabilizar las bases sindicales de dichas empresas. Telefónica había indicado que se trataba de una decisión de las subcontratistas en las que ella no había tenido intervención. Una información similar, en TeleAfónica, “Telefónica despide en Perú para atacar a los derechos de los trabajadores”, de 2 de enero de 2017, con información de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT). Poco después, Telefónica Perú emitió deuda, como reflejó la prensa

Un último movimiento parece haber estado relacionado con la decisión de la multinacional de reducir su presencia internacional centrándola en las actividades en España, Alemania, Reino Unido y Brasil. Perú, en donde es la primera empresa telefónica del país y mantiene una abultada cartera de clientes, cumplió esta decisión restrictiva con el despido de ochocientos cuarenta y cuatro trabajadores, que el Ministerio de Trabajo rechazó por defectos de forma, y en 2021 procedió a extinguir los contratos de quinientos ochenta tras haber ofertado un plan de jubilación voluntaria al cual se adhirieron doscientos cincuenta empleados¹². La empresa, no obstante, ha indicado que no renuncia al primer despido colectivo, una vez solventados los defectos de forma. Por su parte los sindicatos señalan que el cese no obedece a los motivos aducidos por aquélla¹³.

¿Qué ha sucedido mientras tanto con la matriz en España? Básicamente, ha negociado con los sindicatos y ha ajustado los despidos a motivos de índole económica. En base a ello, las condiciones para la salida de los trabajadores han tenido un nivel aceptable, pues desde el primer momento se ha ofertado la jubilación anticipada de los mayores de 52 años. Y no han sido reducciones de plantilla mínimas, sino todo lo contrario, pues el enorme avance de la digitalización ha perjudicado a la telefonía tradicional desde hace algunas décadas, y las grandes empresas europeas han competido fuertemente entre sí y con las de otros continentes¹⁴. Además, las crisis económicas mundiales de 2008 y de 2012 han repercutido también¹⁵, y durante ellas Telefónica abrió un proceso para despedir a varios miles de trabajadores y negoció con los sindicatos las peticiones de éstos para ampliar el período de suscripción de la oferta de prejubilación de tres a cinco años¹⁶. Aún antes, en 2003, cuando contaba con 42.000 empleados, había

especializada: ALONSO S.M., “Telefónica reabre el mercado latinoamericano y emite deuda en Perú por 458 millones”, **Cinco Días** 5 de abril de 2019.

¹² Swisinfo, “Telefónica alista cese de 580 empleados en Perú, tras retiro de otros 250”, Lima, 21 de mayo de 2021. El plan de retiro comprende cinco años de sueldo para trabajadores con 32 años de antigüedad en la empresa, seguro médico privado y seis meses de transición laboral. En Perú, la indemnización máxima legal es de doce meses.

¹³ Agencia EFE y **Revista Expansión**, 22 de mayo de 2021.

¹⁴ Indica MILLÁN ALONSO S., “Los telecoms elevan los despidos por la caída del negocio y la automatización”, **El País/Cinco Días** 27 de mayo de 2023, que desde enero de este año las multinacionales BT, Vodafone, Telia o Telecom Italia han anunciado cerca de 70.000 despidos en su conjunto, y Telefónica, Deutsche Telekom y Orange han reducido su fuerza laboral.

¹⁵ Para la mayoría de expertos fue una única crisis, a partir de la bancaria por las hipotecas basura en 2008, seguida de varios años de desaceleración económica: PARODI TRECE C., “La gran desaceleración económica mundial 2011-2015”, documento de discusión CIUP DD1804, **Congreso Anual de la Asociación Peruana de Economía**, Piura 3 de agosto de 2018. En España, no obstante, significó una enorme crisis global, con un cambio de gobierno de otro signo y la puesta en marcha en 2011 de una economía de fuertes restricciones.

¹⁶ No sin contrapartidas, pues amplió el recorte desde los 5.600 afectados a los 8.500, el 25% de su plantilla en España. Sobre los diversos casos de aquel período, **El Economista**, “Telefónica completó su ERE con

iniciado un despido masivo previsto en aquel caso para 15.000 personas, y dirigido principalmente para mayores de 52 años. Todavía antes, en 1999-2000, había presentado otra reducción masiva de empleos para “ajustar” 10.841 puestos de trabajo.

En conclusión, Telefónica ha sido en España un frecuente usuario de los despidos en masa, y si el nivel de repulsa social ha sido relativo en su conjunto, ello puede deberse a la negociación desde un principio con los sindicatos, la disposición de la empresa a adaptarse a soluciones asequibles, y el cumplimiento en todo caso de la legalidad vigente¹⁷. A ello se une el hecho de que la legislación española reconoce la posibilidad de prorrogar la prestación de desempleo para mayores de 52 años, que pueden fácilmente completarse por la empresa en su cuantía¹⁸.

No es de extrañar que el legislador insertara en la regulación general de los despidos colectivos por razones económicas un *pequeño* requisito para los realizados por grandes empresas *con beneficios*, y que se apodó por los comentaristas con el nombre de “cláusula Telefónica”, a cuya virtud toda gran empresa con beneficios que presentara un expediente de despido colectivo (“regulación de empleo”) debía efectuar una aportación específica al Tesoro Público para los casos de empleados afectados con edad igual o superior a los 50 años¹⁹.

Creo suficiente la información suministrada hasta aquí sobre el caso Telefónica de Perú. No pretendo ahondar en aspectos conocidos, sino adentrarme en uno que hasta el momento tiene escasa visibilidad y no por ello deja de ser importante: se trataría de ver hasta qué punto una multinacional puede *aproximar* el nivel de las condiciones de trabajo

14.000 bajas y 2.300 nuevas incorporaciones”, Madrid, 16 de enero de 2008; **El Mundo**, “Telefónica eleva de 5.600 a 8.500 sus despidos en España”, 25 de mayo de 2011.

¹⁷ Las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, por ejemplo, no mencionan causas sociales en ellas, y a lo más que se acercan es la aplicada por Discriminar a sus competidores durante la huelga de instaladores. Las restantes son del estilo de Irregularidades en la gestión de las averías, o Emitir publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados en horario protegido. La lista, en HERNÁNDEZ HENARES R. y RODRÍGUEZ MAGRO J.J., “La responsabilidad corporativa de Telefónica”, en **Casos de marketing público y no lucrativo 7** (2020), p. 394.

¹⁸ Artículo 274, número 4, Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 8/2015). Se trata de un híbrido de subsidio y prestación, pues deben haber cotizado al menos seis años a la cobertura de desempleo, y consiste en el 80 por 100 del IPREM, que percibirá hasta que cumpla la edad de jubilación ordinaria: GORELLI HERNÁNDEZ J. et al., **Lecciones de Seguridad Social**, 1ª ed., Madrid: Tecnos 2022, pp. 338-339.

¹⁹ Disposición Adicional 16 de la Ley 27/2011, modificando el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Telefónica había anunciado su intención de despedir a 6.500 empleados ese mismo año. La norma comenzó en su redacción inicial estableciendo un umbral de 500 trabajadores al menos, de la empresa o su grupo de empresas, pero tuvo cuatro modificaciones entre 2011 y 2014, y al cabo ese umbral se redujo a los 100 empleados. Vid. ARIAS M. y VILARRUBIAS T., “¿Qué es la «cláusula Telefónica»?”, blog **Crowe**, 20 de noviembre de 2020. La cuantía del recargo, regulada por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, que lo modificó, tiene en cuenta tres factores: el número de trabajadores de la empresa; el número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido; y el porcentaje de los beneficios de la empresa sobre sus ingresos, según una tabla con distintas variables.

aplicadas en la sede central a los trabajadores de las empresas filiales de otros países. Si paramos mientes en que el enorme salto en la descentralización y transnacionalización de las empresas multinacionales se produce para ahorrar costes de producción, y por ende gracias a un enorme abismo entre las condiciones propias y las de las empresas -filiales o no- que forman parte de su cadena de producción global, veremos que no es un asunto fácil de tratar, pues estaremos remando en sentido contrario al seguido habitualmente. Pero se pierde de vista que hay también ventajas en el otro sentido, y que hoy día la telemática ha acercado al mundo de una forma que los aspectos inmateriales cobran inusitada importancia.

2. El vínculo laboral entre filiales extranjeras y su empresa matriz.

Situadas por debajo de la alta protección dispensada por las Declaraciones Internacionales (ONU, OIT, UNESCO, etc.) a los derechos fundamentales laborales, la atención que reciben las condiciones ordinarias de trabajo y la estructura del contrato de trabajo pasan desapercibidas a los supervisores internacionales. Y sin embargo hay en ellas un gran campo de debate en el cual se dilucida una parte importante del bienestar de los trabajadores. En estas líneas trataré de clarificar este espacio desde la perspectiva que sugiere la experiencia práctica a través de las protestas que se vienen produciendo por el diferente trato de las multinacionales respecto a los trabajadores de sus filiales en el extranjero: despidos arbitrarios, no escrituración de ningún aspecto contractual, opacidad del empresario real, vacaciones ficticias, insalubridad e inseguridad, etc. Se trata de una visión desde los países de acogida sobre las diferencias contractuales de los propios trabajadores respecto de los de la empresa matriz, para ver tanto las posibilidades de aproximación como sus ventajas y contraindicaciones. Dicho en otros términos, el estudio explora una aproximación de las condiciones laborales ordinarias de la empresa madre con las de sus empresas vinculadas extranjeras. Para lo cual, en primer lugar, se analizan los posibles instrumentos de la exportación a ese nivel; en segundo lugar, se procede a discutir las posibles materias que superan la territorialidad y pueden ser exportadas; y en tercer lugar, se profundiza en la juridicidad de tal intento.

Sin duda que el salto exponencial del número e implantación de las empresas multinacionales en la actualidad ha ido acompañado de una proliferación de normas internacionales y, sobre todo, de un robustecimiento de su valor ante los tribunales de todo el mundo. Así por ejemplo, las Declaraciones Universales de Derechos Humanos y

Laborales han dejado de contemplarse como normas “blandas”, de valor meramente declarativo, y han pasado a utilizarse con todo vigor como baremos interpretativos de la legislación nacional, al punto de que el denominado “test de convencionalidad” puede constituir el argumento básico en el que un tribunal -al menos en Europa y América Latina- se base para rechazar una actuación o una norma por no ajustarse a las aludidas declaraciones internacionales de derechos.

Pero no es suficiente el nuevo valor de las normas internacionales, en buena parte porque se refieren a los derechos fundamentales -como la libertad sindical, la no discriminación o el trabajo infantil-, y dejan a un lado la situación del conjunto de derechos enucleados en lo que denominamos el sinalagma contractual entre empresarios y trabajadores, ni la estructura de la relación laboral. Ciertamente que alguno de tales derechos ordinarios o comunes, señaladamente el salario, se ven condicionados por las fluctuaciones económicas de cada país y divisa, pero no todo el conjunto está relacionado con el territorio, e incluso dentro de los particulares o locales hay aspectos estructurales que escapan a tal relativismo.

Desafortunadamente las resistencias al desarrollo de acuerdos internacionales no solo provienen de las empresas multinacionales. Desde el principio han surgidos dos importantes impedimentos desde los sindicatos y los trabajadores de países emergentes. Uno procede del interior de las mismas Federaciones y Confederaciones sindicales y de los comités de empresa europeos, cuyas cúspides vienen habitualmente formadas por una mayoría de representantes de los sindicatos de países desarrollados, quienes podrían estar defendiendo sus propios intereses. El otro se configura por la sospecha de esos países emergentes de que una defensa de condiciones de trabajo superiores pretende sencillamente neutralizar la ventaja competitiva de éstos. Ante semejantes sospechas, los sindicatos nacionales tratan de defender a sus trabajadores, y el principio de solidaridad, e incluso las posibles ventajas, quedan marginados o impedidos. Nos hallamos, como indica Rojas Rivero, ante la confusa idea de que los fuertes no necesitan de la solidaridad de los débiles, y se citan las palabras de un sindicalista chino para quien los principales enemigos de sus trabajadores son los trabajadores europeos. Por ello resulta perfectamente factible que la Confederación Sindical Internacional defienda el establecimiento de normas laborales dentro de la Organización Mundial del Comercio, hasta ahora rechazada por ésta, y la creación de un tribunal laboral dentro de la OIT, al margen de las funciones compositivas del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión

de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sin éxito ante el desbarajuste actual de la OIT por el tema del derecho de huelga.

Seguramente las sospechas indicadas tienen una parte de verdad. Lo que no parecen advertir tales acusaciones es que el esfuerzo por mejores condiciones de trabajo puede perseguir una doble finalidad: acabar con la competencia desleal asentada en malas condiciones de trabajo, y también mejorar la situación de las masas de trabajadores de los países emergentes. Un difícil equilibrio, desde luego, que impide en mi opinión establecer salarios idénticos entre la casa madre y las filiales, pero permite sin embargo establecer condiciones humanas en jornada, seguridad y salud y otras condiciones, e incluso en los aspectos estructurales del salario, sin impedir un cierto nivel de competitividad de los países en vías de desarrollo.

3. Los modestos derechos ordinarios del contrato de trabajo

En este análisis la idea que nos guía consiste en levantar el tapiz de los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente en las grandes Declaraciones de los Organismos Internacionales, y fijar nuestra lupa en los modestos derechos ordinarios del contrato de trabajo en su contexto transnacional, un territorio donde también hallaremos algunos otros derechos laborales que precisamente por su importancia aún no han podido regularse al más alto nivel, o aun habiéndolo sido, no han venido activados. Por ejemplo, el Convenio OIT sobre terminación de la relación laboral n. 158 de 1982, solo ha obtenido 36 ratificaciones, mientras que el n. 190, de 2019, sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo solo cuenta con 32. Y son 187 los Estados miembros de esa Organización.

Incluso algunos de los Convenios Fundamentales de la OIT pasan por igual circunstancia, como el de seguridad y salud de los trabajadores n. 155 de 1981, con 78 ratificaciones, o el del marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo n. 187 de 2006, con 61 ratificaciones.

Podrá objetarse que las normas de la Unión Europea son de otro cariz, como podemos ver en los Reglamentos sobre grandes accidentes (Seveso I a III) o los Reglamentos de Transporte por carretera, además de las numerosas Directivas (Marco y específicas) sobre seguridad y salud en el trabajo, de carácter obligatorio en su implementación, pero la UE tiene cada vez más un carácter confederal antes que una organización de Estados independientes. En todo caso la Unión practica una forma de

descentralización normativa de interés para nosotros, como es la remisión a la negociación entre los actores sociales de ámbito europeo de las materias laborales a las que nos referimos en este análisis: así nacen los Acuerdos Marco Europeos con respaldo de Directivas, negociados por las organizaciones sindicales y patronales europeas y dotados de la fuerza compulsiva de una Directiva, que han tenido una gran importancia porque han abierto camino en aspectos de difícil regulación en general. En España ha tenido enorme repercusión el Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada, cuya cláusula 5 ha venido utilizada en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referidas a España, así como en numerosas sentencias del Tribunal Supremo español, sobre la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido. En la franja aquí tratada de las condiciones laborales ordinarias, hay otras Directivas y Reglamentos europeos con impacto, como por ejemplo la reciente Directiva sobre salarios mínimos adecuados 2022/2041, si no fuera porque se dirigen a consumo interno de los Estados miembros y no mencionan su armonización con las filiales externas.

Nuestro objetivo principal recupera los numerosos momentos en que la opinión pública mundial se ha hecho eco de enormes abusos en materia de salarios o de condiciones de trabajo en general, o de jornada, etc., abusos generalizados al menos desde los ya lejanos tiempos en que la multinacional Nike fabricaba en Indonesia sus famosas zapatillas deportivas Jordan con salarios ínfimos y jornadas extenuantes para los adolescentes, en una franja descuidada ante las violaciones de los grandes derechos fundamentales. Sobre esos temas “ordinarios”, tan delicados y hasta difíciles como los “fundamentales”, apenas hay referencias en las Declaraciones internacionales de derechos, y hasta la OIT prefiere abordarlos sectorialmente para atender a los casos más gravosos. ¿Dónde se regulan, y en qué medida, los derechos “comunes” en el panorama internacional?

4. Tipología de instrumentos reguladores transnacionales

Veamos ante todo el elenco de posibles instrumentos, para detenernos después en su eficacia para nuestros propósitos. Me referiré a los instrumentos en donde las condiciones laborales “ordinarias” vienen precisadas, más allá de aquellos otros en donde se habla en términos elípticos -por ejemplo, de “salarios mínimos adecuados”- y con toda clase de condicionantes -así, las de “indemnización adecuada o cualquier otra que se

considere apropiada”, o “medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales”-. Ello implica centrarnos en instrumentos muy cercanos a las empresas, incluso generados en el interior de ellas, y negociados por sujetos colectivos con proximidad al día a día de la o las empresas afectadas. Por razones de espacio, dejaré a un lado los instrumentos internos a un país y solo me detendré en los de carácter transnacional.

a) En primer término, los Acuerdos Marco transnacionales entre organizaciones privadas, para organizar sus relaciones o dar paso a una institución reguladora sobre materias laborales. El sector marítimo dispone de varios de ellos y goza de una amplia tradición al respecto, de la que se hace eco el Convenio OIT sobre Trabajo Marítimo 2006. Así, la Federación Internacional de Marineros ITF patrocina y respalda la conclusión de convenios colectivos para barcos y navieras bajo bandera de conveniencia, y numerosas navieras firman acuerdos con sus trabajadores para sus viajes de todo tipo. En España podemos citar el convenio de Transmediterránea/Transmed para su personal de flota, de marzo de 2020 (BOE de 12 de abril de 2021), firmado por sindicatos españoles, con una duración de cinco años. En su largo articulado, donde destacan las normas sobre seguridad social complementaria, no hay alusión alguna a las posibles diferencias entre el personal de diversas nacionalidades, pero ni siquiera referencia a la existencia de dicho personal.

En otros casos se trata de Acuerdos Marco entre grandes multinacionales y otros actores para regular algún tema específico laboral, como el acuerdo existente desde 2013 entre más de ciento veinte empresas multinacionales de la moda textil con los sindicatos internacionales IndustriALL y UNI Global Union, varios sindicatos nacionales de Bangladesh y otros actores, sobre creación y mantenimiento de un cuerpo de inspectores de trabajo independientes en el país tras el desastre del edificio Rana Plaza, donde murieron unos 1.200 trabajadoras de la confección de moda internacional.

Otras veces hablamos de instrumentos internacionales unilaterales, ofrecidos *uti universi* como posible norma para potenciales contratantes.

En general cabe concluir sobre ellos que no parecen interesados en la uniformización de normas laborales entre los trabajadores con una diferencia nacional de partida, como es el caso de las empresas matrices y las filiales de otra nacionalidad, por mucho que el punto de partida tácito consista en reconocer esa uniformidad para todo trabajador del ámbito considerado.

b) En el mismo sendero, pero distintas, cabe mencionar las Declaraciones de Responsabilidad Social Corporativa de las empresas multinacionales, que han

evolucionado hacia Acuerdos Marco al admitir las multinacionales la negociación de ellas con los sindicatos o con los comités de empresa europeos. Dicha evolución tendría cuatro fases, según entiende Sanguinetti Raymond: una primera, de “sorprendente” asunción espontánea de competencias regulatorias por las empresas multinacionales; una segunda, de encauzamiento “suave” del proceso desde fuentes internacionales merced a mecanismos como el de la diligencia debida; una tercera de “captura” del poder privado por la acción de los Estados. Y de las sinergias de poderes públicos y privados, conceptos procedentes de diversas ramas jurídicas, e instrumentos de diverso tipo, surgiría en una cuarta fase el moderno Derecho Transnacional del Trabajo cuya expresión fundamental son los Acuerdos transnacionales.

A mi modo de ver, el papel de lo público ha jugado un papel secundario en la evolución de la materia, siendo mayor el de las ONG laborales, las cuales han ayudado fuertemente a componer el marco de las relaciones colectivas internacionales. Son aún muy raros los ejemplos de fuerte intervención estatal como la francesa, y quizá tendría mayor utilidad analizar justamente el sentido contrario, de la influencia de los acuerdos internacionales sobre la legislación nacional, para adquirir una visión más cabal del protagonismo en ese nebuloso espacio internacional. En todo caso, aquellas Declaraciones de Responsabilidad Social Corporativa unilaterales constituyeron un primer paso en esta rápida e intensa evolución que nos ha llevado hasta hoy, donde lo colectivo ostenta el predominio.

c) Los Acuerdos sobre cadenas de suministro globales de empresas multinacionales. El rasgo diferencial se encuentra en la jerarquización interna de las empresas que conforman la cadena, en tanto que en los casos anteriores veíamos a empresas en pie de igualdad. En la cadena existe una empresa madre a la cabeza, desde la que surgen filiales, subcontratistas y suministradoras en el mismo Estado y en otros. Por lo común tales Acuerdos se negocian con la empresa madre, pero con efecto sobre la entera cadena, al menos de las filiales. Establecen en general normas fundamentales de trabajo ajustadas a las Declaraciones internacionales de Derechos Sociales de la OIT y la ONU, y en la mayoría de los más de doscientos acuerdos marco transnacionales actuales se negocian entre una gran multinacional y una federación sindical internacional. En algunos casos comienzan a establecer disposiciones sobre el empleo, los salarios, la jornada laboral, la salud o la formación, con fórmulas todavía ambiguas y alejadas de la uniformidad, aunque ya en el umbral de un tratamiento negociado de las condiciones de trabajo. De cualquier modo, el efecto de negociar para la entera cadena de suministro

mundial implica un valor añadido al de sus puros preceptos, pues significa la involucración de la misma empresa madre en la contemplación de los deberes y derechos incluso en sectores sorprendentemente rudimentarios, como los de plantaciones bananeras o cortado de flores.

La mayoría de esos acuerdos colectivos sobre cadenas de suministro de una multinacional viene firmada por empresas alemanas o francesas y, en general, europeas. En España las cadenas de suministro -o de valor- internacionales no son demasiadas, aunque tienen su impacto relevante en países de América Latina, pues se trata de las cadenas de multinacionales muy conocidas como Telefónica, Endesa, Inditex, Ferrovial, Codere o Meliá.

Merece la pena destacar un reciente y especialísimo Acuerdo sobre cadenas de suministro Indo-Pacífico, en el sentido de tratarse del primer acuerdo de países de una región del mundo sobre estas cadenas. Si bien, cabe advertir, no se trata de un acuerdo privado sino entre Estados miembro del Indo-Pacific Economic Framework, y va dirigido a establecer una red de coordinación estatal para facilitar respuestas colectivas más rápidas a situaciones de escasez e interrupciones de la cadena de suministro. “El Acuerdo sobre Cadenas de Suministro del IPEF representa un importante paso adelante en la promoción de elevados estándares de derechos laborales en el Indo-Pacífico, con el establecimiento de un Consejo Asesor sobre Derechos Laborales del IPEF para apoyar una mayor transparencia de las prácticas laborales en las cadenas de suministro de la región”.

El paradigma de ellos viene reconocido en el de la multinacional Ikea, denominado Código Iway, y en su texto vemos cómo en general no establece condiciones uniformes para el conjunto, sino que se adapta a la diversidad de países dentro del marco de los parámetros establecidos por las normas internacionales. Sin embargo, la distinción que se hace entre distintos niveles de exigencia, que vienen determinados por el escalón superior de la cadena, permite llegar a niveles significativos allí donde el eslabón superior lo estima posible. Así por ejemplo, en el principio IV, de respeto a los derechos fundamentales, aparece como principio básico el que “las horas extra son voluntarias y los trabajadores que se rehúsen a trabajar horas extra no serán penalizados. Bajo ciertas circunstancias bien definidas por la legislación aplicable, las horas extra podrán ser obligatorias por un periodo corto, siempre que así lo acepten los representantes de los trabajadores y sea aplicable”. En cuanto a prácticas de contratación y empleo, se indica en el nivel básico, entre otros aspectos, que “los trabajadores firmarán un contrato de

empleo escrito, o equivalente, antes de iniciar el trabajo o antes de la capacitación o introducción, lo que suceda primero. Los trabajadores recibirán una copia del contrato, y antes de firmar, deberán comprender los términos. Cualquier cambio significativo en los términos de empleo deberá contar con el acuerdo por escrito del trabajador...No se utilizan contratos de cero horas. En materia de tiempo de trabajo, el Iway exige como mínimo que se cuente con un sistema fiable de registro de horas trabajadas, incluyendo horas extra para todos los trabajadores (G 5.1.), y como básico el que las horas laborales no excederán de 60 por semana, incluyendo horas extra. Los trabajadores tienen un descanso de al menos 30 minutos cada 4.5 horas trabajadas, a menos que se acuerde lo contrario por escrito con los representantes de los trabajadores. Y los trabajadores tienen cuando menos 24 horas consecutivas de descanso después de 6 días de trabajo. Como “avanzado” se establece que los trabajadores tengan la oportunidad de tomar descanso del trabajo por circunstancias personales excepcionales, además de lo indicado por las leyes aplicables, y que las horas de trabajo regulares no excedan de 48 horas por semana, así como que las horas de trabajo extra no excedan de 12 horas por semana.

En materia de salario -una cuestión difícilmente homegeneizable en apariencia-, el Iway descubre cómo algunos temas de dicho capítulo sí pueden igualarse, aun cuando el documento no pretenda hacerlo *sic et simpliciter*. Así, proclama en el capítulo de salarios como obligatorio que los trabajadores reciban cuanto menos el salario mínimo legal, en tanto que como básico el que se compense a los trabajadores por costos adicionales que sean resultado de trabajar lejos de la ubicación de base. Los salarios se pagan según los términos contractuales, a tiempo y por lo menos cada mes. Los trabajadores recibirán su recibo de nómina con el pago completo, información de prestaciones y deducciones que reflejen el pago recibido. La información de estos recibos de nómina es comprensible para los trabajadores. Cuando se requieran uniformes, éstos serán suministrados en cantidad suficiente y sin cargo. No se harán deducciones de limpieza y/o mantenimiento de uniformes. Extrañamente, sobre las horas extraordinarias solo se indica como nivel avanzado que se compensan a una tasa Premium o con su equivalente en tiempo libre.

Posiblemente el capítulo sobre seguridad y salud constituya el más elemental del elenco. Así, indica como *debido* que “no se exponga” a los trabajadores a riesgos graves contra la salud y la seguridad ocupacionales. Cualquier muerte es reportada de inmediato a IKEA. Se proporciona un seguro por accidentes a todos los trabajadores. El seguro cubre tratamiento médico por lesiones y enfermedades relacionadas con el trabajo y ofrece

indemnización por lesiones y enfermedades relacionadas con el trabajo que den como resultado una discapacidad permanente o la muerte. Como deberes básicos de la empresa se exige entre otros aspectos que el equipo sea seguro y se utilice en condiciones de seguridad. Las señalizaciones de advertencia y la información de seguridad deben ser visibles. Los trabajadores utilizarán equipo de protección personal y ropa de protección limpios, sin costo alguno, que esté en buenas condiciones y sea adecuado para prevenir los riesgos identificados.

Hay apartados especiales, empero, para la gestión de emergencias, el manejo de agentes químicos y la seguridad de edificios y seguridad eléctrica. Así, deben realizarse simulacros para probar las rutinas de emergencia e identificar necesidades de mejoras. Se mantendrán registros de los simulacros de emergencia. Se nombrará a un equipo de respuesta que tomará decisiones en caso de una emergencia. En materia de seguridad de edificios y de agentes químicos, el deber standard podría ser el obvio de “se instalan y mantienen de manera adecuada el cableado eléctrico, la iluminación y el gas”. En cuanto a las condiciones de salud en la factoría, hay principios sorprendentemente elementales, como el de que “los baños no tienen cargos, son higiénicos, accesibles durante las horas laborales, equipados con los suministros básicos y proporcionales al número de trabajadores” (G 7.3). Sin quitar relevancia y esencialidad a tales mandatos, pocos aspectos nos llevan a pensar en una equiparación de los trabajadores “globales” a los “locales” suecos u holandeses. Si algo puede alegarse en favor de unos matices tan alejados de la equiparación es el hecho de que la vía Ikea no solo afecta a los empleados del grupo, sino también a los subcontratistas locales de todo el mundo, como hemos visto.

Hay también, al menos en España, una declaración Ikea de responsabilidad social corporativa de la empresa, “interna”. o para los empleados del país, centrada en la conciliación de la vida familiar y laboral, la salud y seguridad y la formación.

En los últimos tiempos se ha desarrollado una fórmula que parece significar el tercer estadio de estas Declaraciones, las cadenas de valor CRM, que sin embargo se dirigen a los consumidores y clientes.

d) Los Acuerdos de empresas multinacionales con órganos representativos de sus trabajadores. Con lo anterior no podemos agotar el elenco o configuración de los acuerdos y decisiones privados, de ámbito internacional, referidos al trabajo por cuenta ajena, ni siquiera cuando hemos dejado al margen las normas públicas internacionales. Terminaremos nuestra prospección con una mirada a una vertiente bastante peculiar, donde asimismo podemos hallar una equiparación entre los trabajadores globales de las

multinacionales. Me refiero a los acuerdos en el interior de los órganos directivos de dichas megaempresas cuando representan a ambas partes de las relaciones laborales, o al mismo máximo nivel entre órganos supremos de la propia empresa. En Alemania y los países nórdicos existe esa participación al máximo nivel desde hace tiempo, y en toda la Unión Europea ha surgido, a su imagen y semejanza, a raíz de la Directiva sobre comités de empresa europeos 94/45/CE, modificada por la 2009/38/CE, que sin embargo no les confieren facultades regulatorias; las cuales proceden más bien de la heterogénea aplicación nacional de esas Directivas, o simplemente de manera espontánea como derivación de las reuniones sobre información y consulta en el seno de los comités.

Algunos de tales acuerdos se dirigen a regular o al menos a configurar un determinado aspecto de las condiciones y situaciones de trabajo ordinarias, como por ejemplo el acuerdo entre el primer banco italiano, Unicredit Group, y su comité de empresa europeo sobre la cuestión del trabajo a distancia (teletrabajo), una fórmula laboral que se utiliza cada vez más como sustituto del trabajo exterior y compite con él. En otros casos, la regulación de los derechos ordinarios se encuadra en un Acuerdo Marco Global cuyo título lo esconde, como sucede con este mismo Banco en su declaración sobre derechos humanos y fundamentales del trabajo, con temas como la promoción de la diversidad, la lucha contra las agresiones sexuales, pero también la conciliación trabajo-familia, cuestiones de salud y seguridad en el trabajo, etc. Y en atención a las tradiciones de esa multinacional, el referido acuerdo se dirige a toda la pirámide de veintisiete países dentro y fuera de la Unión Europea, comprendiendo a sus filiales de, por ejemplo, Alemania, Turquía, Chequia, Rusia o Eslovaquia. Repárese en que la legislación europea antevista no contempla las facultades negociadoras para estos comités de empresa europeos, por lo cual los acuerdos a los que puede llegar quedan fuera del ámbito de cobertura de los tribunales. Es ésta una de las cuestiones con que se enfrenta tan peculiar figura jurídica, que se debate en el momento presente entre su reforzamiento por las Directivas de la Unión Europea y cierta laxitud en su devenir, de la que se salvan algunos casos.

El tema de la jurisdicción de los acuerdos negociales supranacionales, que hace tiempo ha preocupado a la doctrina, pasa a ocupar una posición relevante en la problemática de la materia, y lo examinamos a continuación.

5. Eficacia jurídica de los instrumentos privados transnacionales

La preocupación generalizada en el mundo jurídico respecto a tales instrumentos que escapan a la jurisdicción del país radica en su ejecutividad transnacional, pues hablamos de un espacio donde no existe aún una estructura de organismos judiciales para la composición de litigios, y de ordinario se trata de hacerlos cumplir en países en vías de desarrollo o con una estructura judicial débil. Planteada como una pregunta recurrente, numerosos autores se interrogan sobre la ejecutividad de tales acuerdos, aun reconociendo el valor incontestable de su existencia.

En algunos casos, el problema consiste no tanto en poder demandar su cumplimiento en el país donde se ocasionan los hechos por una filial de la casa matriz, cuanto en poder alcanzar a la casa matriz en su país de origen. Las numerosas multinacionales norteamericanas tienen la amenaza muy presente, pues existen varias vías para llegar a ellas en dicho país, hasta el punto de que en su momento se negaron a participar en el acuerdo de Bangladesh de 2013 ya mencionado porque tenían antecedentes de demandas en estados Unidos por otros casos parecidos como el desastre de Bophal (India), y los mecanismos de defensa no siempre habían logrado paralizarlos. Así, frente a las demandas presentadas ante el tribunal de la sede de la empresa madre en base a la sección 301 de la Ley de Relaciones Laborales y la Ley de daños a extranjeros de 1789, las multinacionales oponen el principio de territorialidad o el principio de responsabilidad de los propios actos, que no alcanza a la actuación de filiales y menos aún de proveedoras o subcontratistas.

No podemos olvidar, en primer término, que al igual que los acuerdos comerciales entre multinacionales, y por influencia principalmente de la costumbre en Estados Unidos, los conflictos nacidos de multitud de acuerdos de ese tenor se vinculan ya de entrada en el propio texto a la resolución por un árbitro o a una avenencia gestionada por un mediador, extraídos de los prestigiosos institutos o cámaras donde existen listas de árbitros y mediadores internacionales. Así, el acuerdo Bangladesh 2013 entre multinacionales de la moda sobre creación de un cuerpo de inspectores de trabajo se sujetó a un arbitraje de los posibles conflictos, con dos episodios entre empresas signatarias que se resolvieron sin llegar al laudo. La fórmula del arbitraje internacional, concebida como una fórmula rápida y relativamente barata del solventar los conflictos entre empresas multinacionales, y de éstas con sus trabajadores, ha devenido sin embargo un artilugio cada vez más caro y burocratizado con algunos episodios de renunciadas a él a medio camino, con pago de las consiguientes indemnizaciones. Y desde el punto de vista sindical, con intentos de formulación de algún modelo de arbitraje laboral internacional

que hasta el momento no parece haberse podido introducir en el trasiego conflictivo de ese nivel.

Por otro lado, en muchos otros casos el texto en cuestión se remite a la competencia de los tribunales de un país, que de ordinario vendrá indicado por la parte prevalente y en el caso que nos ocupa remitirá a la jurisdicción y legislación de la multinacional pactante o de algún otro país con alguna ventaja para ella. Con grandes semejanzas con cuanto sucede en el Derecho del Consumo, la remisión a la ley de un país beneficia a la parte más poderosa, y obtener bajo semejante perspectiva un resultado puede servir de poco.

La solución clásica en los conflictos en torno a los acuerdos laborales internacionales no es ninguna de las citadas, sin embargo. Ya Ewing nos advierte cómo, a diferencia de las regulaciones norteamericanas al respecto, en el Reino Unido nunca se ha pretendido dotar de fuerza jurídica a los acuerdos colectivos, ni siquiera de los “internos”, pues ya el sistema de relaciones industriales provee con medidas de acción colectiva suficientes para hacer cumplir lo pactado. En este sentido, son muchos los casos en los que la existencia de organizaciones internacionales de trabajadores y también la solidaridad internacional entre sindicatos nacionales y con las ONG sociales han llevado a una determinada empresa multinacional a cumplir un acuerdo o desistir de una determinada conducta. El caso del carguero Neptune Jade es paradigmático, pues en 1997, desde el puerto británico antisindical donde había sido cargado, Liverpool, recorrió varios puertos californianos de destino donde se encontró con el boicot de organizaciones solidarias de estibadores, así como en Japón, con igual actitud, y hubo de descargar en una isla.

La “sorprendente” asunción espontánea de competencias regulatorias por las empresas multinacionales al iniciar sus declaraciones de responsabilidad social corporativa en los años setenta del pasado siglo, como veíamos más arriba, tiene aquí su verdadera causa: el nuevo sindicalismo internacional, las ONGs de derechos laborales y las redes telemáticas han demostrado su capacidad de movilizar a la opinión pública en contra de las prácticas abusivas y han podido incidir en los ingresos y las ventas mercantiles a través del efecto reputacional. Y las multinacionales pasan a dirigirse a los trabajadores, clientes y accionistas con esas declaraciones tranquilizadoras.

El acuerdo entre la multinacional norteamericana Chiquita y el IUFIn2001, de 2010, que había descarrilado por la multinacional cuando se negó siquiera a aplicar la ley nacional del país, Guatemala, sirve para conocer las diferencias entre la alternativa

británica y la norteamericana, con el uso de medios fácticos o procesales y la solución final en aquel conflicto de acudir a los tribunales norteamericanos. Paulatinamente, las multinacionales toman conciencia del perjuicio sobre la marca de semejantes actitudes en una opinión globalizada, y adoptan medidas y posiciones de mayor apertura hacia la normalización, que no hacia la uniformización: ésta parece esperar a un segundo momento, como vemos en actitudes como las de la multinacional Volkswagen en su presencia mexicana.

Hay finalmente una fórmula de cumplimiento más discreta y sencilla, también más eficaz, dentro de cualquier cadena global de suministros, y connatural a ella: el control y autoridad de la empresa madre sobre sus filiales, subcontratistas, franquicias y suministradoras. A diferencia de los acuerdos entre empresas autónomas y otros supuestos horizontales, el de un grupo de empresas jerarquizadas ofrece una estructura donde la cadena de mando transmite órdenes de cumplimiento por la superior a las inferiores, incluidas las instrucciones sobre subsanación de cualquier inobservancia. La obediencia a las órdenes impartidas sobre tal materia por la empresa superior de la cadena será obligada para las filiales, y, solo si consta en el contrato de suministro o de contrata, para las franquicias, subcontratistas y suministradoras. Por desgracia solo son una minoría de los acuerdos de comités de empresa europeos los que obligan a toda la cadena, siendo excepciones positivas en este punto los compromisos de, por ejemplo, PSA-Peugeot o el grupo Inditex. Pero en todo caso la responsabilidad de la empresa madre ante los tribunales locales por los incumplimientos de los eslabones de la cadena ha superado hoy día los límites marcados por el principio de responsabilidad personal y comienza a hacerlo en cuanto a los del principio de territorialidad, por lo cual existe un incentivo para que esa cúspide cuide de los cumplimientos de la estructura piramidal por todos los medios a su alcance.

Referencias

Perú de 11 de julio de 2002, **Pleno**, exp. 1124-2001-AA/TC.

Sentencia del TC peruano, en **Antecedentes**, párrafo 2 y 5.

Fundamento 12, párrafos 10 y 11.

CASTILLO GUZMÁN et al., “Elementos para el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre despido arbitrario”, **Derecho y Sociedad** 19 (2002), pp. 230 ss.; LATIN COUNSEL, “Efectos del caso Telefónica”, Lima 11 de mayo de 2016.

SCOLLO U., “Telefónica traspasa acciones de Filial Perú a holding América Latina”, **Reuters**, 18 de diciembre de 2012.

ALONSO S.M., “Telefónica reabre el mercado latinoamericano y emite deuda en Perú por 458 millones”, **Cinco Días** 5 de abril de 2019.

Agencia EFE y **Revista Expansión**, 22 de mayo de 2021.

MILLÁN ALONSO S., “Los telecos elevan los despidos por la caída del negocio y la automatización”, **El País/Cinco Días** 27 de mayo de 2023

CIUP DD1804, **Congreso Anual de la Asociación Peruana de Economía**, Piura 3 de agosto de 2018.

PARODI TRECE C., “La gran desaceleración económica mundial 2011-2015”, documento de discusión CIUP DD1804, **Congreso Anual de la Asociación Peruana de Economía**, Piura 3 de agosto de 2018.

El Economista, “Telefónica completó su ERE con 14.000 bajas y 2.300 nuevas incorporaciones”, Madrid, 16 de enero de 2008.

El Mundo, “Telefónica eleva de 5.600 a 8.500 sus despidos en España”, 25 de mayo de 2011.

HERNÁNDEZ HENARES R. y RODRÍGUEZ MAGRO J.J., “La responsabilidad corporativa de Telefónica”, en **Casos de marketing público y no lucrativo** 7 (2020), p. 394.

GORELLI HERNÁNDEZ J. et al., **Lecciones de Seguridad Social**, 1ª ed., Madrid: Tecnos 2022.

Vid. ARIAS M. y VILARRUBIAS T., “¿Qué es la «cláusula Telefónica»?”, blog **Crowe**, 20 de noviembre de 2020.

**LA “POLITICA DEL DIRITTO” Y LOS LABORALISTAS ITALIANOS. IN
MEMORIAM DE UMBERTO ROMAGNOLI**

***THE “POLITICS OF RIGHT” AND THE ITALIAN LABORISTS. IN MEMORIAM
OF UMBERTO ROMAGNOLI***

Recebido em: 30/10/2023

Aprovado em: 08/12/2023

Lucas Nogler*

Tradução: Antonio Ojeda Avilés *

Resumen: El artículo presenta una discusión sobre la prestación de servicios y los contratos de trabajo a partir de la evolución del pensamiento de Umberto Romagnoli y el diálogo con los grandes juristas italianos del siglo XX. Para ello, se parte del análisis de la prestación de trabajo y de los contratos de empresa centrándose en la influencia del derecho canónico y la doctrina de Max Weber. Aborda el credo sinzheimeriano de Romagnoli y las influencias de Giovannie Tarello y los grandes nombres del derecho laboral italiano.

Palabras Claves: Umberto Romagnoli; contratos de trabajo; del derecho laboral italiano.

Sumario: 1. La prestación de trabajo en el contrato de empresa: del lado de la doctrina del derecho canónico y no de Max Weber. 2.El credo sinzheimeriano de R. 3. Tras las huellas de Giovanni Tarello. 4. Los medallones del Trabajo y del Derecho; 5. Referencias.

Abstract: The article presents a discussion on the provision of services and employment contracts based on the evolution of Umberto Romagnoli's thought and the dialogue with the great Italian jurists of the 20th century. To do this, we start from the analysis of the provision of work and company contracts, focusing on the influence of canon law and the doctrine of Max Weber. It addresses Romagnoli's Sinzheimerian creed **and the influences of Giovannie Tarello and the great names of Italian labor law.**

Keywords: Umberto Romagnoli; employment contracts; of Italian labor law.

Summary: 1.The provision of work in the business contract: on the side of the doctrine of canon law and not of Max Weber. 2.- The Sinzheimerian creed of R. 3. In the footsteps of Giovanni Tarello. - 4.- The Medallions of Work and Law. 5. References.

**Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università degli studi di Trento dal 2001.

**Prof. Dr. Dr.h.c. catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales (IERI), coordinador de la International Association of Social Protection (IASP/AIPS) y presidente de honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

1. La prestación de trabajo en el contrato de empresa: del lado de la doctrina del derecho canónico y no de Max Weber.

Carnacini no me lo dijo, pero no excluyo que lo pensara: "Romagnoli, basta de sociología". Esta es -en parte- la respuesta que Umberto Romagnoli (en adelante: R.) dio a la pregunta que le formuló Giovanni Cazzetta sobre si compartía o no la calificación de histórico-dogmática de su monografía de 1967 *La prestazione di lavoro nel contratto di società*

¹. Puesto que "la esencia de toda realidad fenoménica es la ausencia"², es verosímil que lo que indujo a R. a cambiar de método fuera el hecho de que Tito Carnacini no había elogiado suficientemente su primera monografía sobre *Il contratto collettivo aziendale* (El contrato colectivo de empresa)³, que le permitió obtener la cátedra libre de Derecho del Trabajo en 1964 y luego, de 1964 a 1965, el encargo de Instituciones de Derecho Privado en la Facultad de Economía de la Universidad de Urbino. En esa primera obra monográfica, R. había hecho suya plenamente la idea junguiana de la autonomía colectiva originaria, que veinte años más tarde fue puesta en jaque por el descubrimiento del principio enunciado en el primer párrafo del artículo 39 de la Constitución italiana⁴. Por otra parte, en 1962, la comisión de plazas extraordinarias formada por Balzarini, Carnacini, Riva Sanseverino, Prosperetti y Santoro Passarelli había excluido al propio Giugni, que en aquel momento era un auténtico free-lance (copyright: R.), del trío (Suppiej, Mancini y Simi) que ganó, invitándole a dar "a sus investigaciones un carácter más rigurosamente teórico". Ese mismo carácter dogmático que luego cultivó en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*⁵. *Mansioni e qualifica* de 1963 fue un libro escrito a regañadientes, hasta el punto de que acabó siendo atribuido por su propio

¹ R., Utopías razonables. Cultura jurídica del lavoro e cittadinanza (Entrevista de G. Cazzetta), en *Quad. fiorentini*, XLVI (2017), p. 773. Sobre la Facultad de Derecho de Bolonia, un "frágil juguete (...)" que solo la presencia de Federico Mancini consiguió hacer funcionar (R., *Ricordo di Federico Mancini*, en la *Trimestrale*, 2000, p. 6), conviene remitirse en este punto, también para la bibliografía cuya referencia solo haría más pesado este trabajo, a TULLINI, MARTELLONI, **Il diritto del lavoro e la scuola giuridica bolognese**, en "Scuola giuridica bolognese. La Facoltà e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dall'Unità d'Italia al 1988, editado por Cavina, Legnani Annichini, Bolonia: Il Mulino, 2023.

² PIOVANI, **Objetivación ética y absolutismo**, editado por Tessitore, Nápoles: Morano, 1981.

³ Milán, Giuffrè, 1964; que no se trataba de un análisis histórico-jurídico lo demuestra el hecho de que los estudios de Giuseppe Messina sólo se citan una vez.

⁴ Porque, como observó en su recensión al libro de GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, 1960, CARNELUTTI en *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 447, "la autonomía no puede definirse sin contraponerla a la soberanía".

⁵ R., **Giuristi del lavoro nel Novecento italiano**. Profili, Roma: Ediesse, 2018 (en adelante: R. 2018), p. 168

autor "a la cultura jurídica generalizadora, al método de pasar de lo particular a lo general y luego de nuevo a lo particular, que dominaba toda la cultura jurídica de la época"⁶.

Es un hecho que R. se apasionó febrilmente ("mi entusiasmo crecía a medida que mi investigación se extendía a la Glossa y al Derecho Intermedio"⁷) por el uso de "instrumentos de análisis histórico-jurídico (...)"⁸ de los que es raro encontrar rastro en la literatura jurídica". En particular, partiendo del (entonces) art. 2263-2265 del Código Civil, y retrocediendo hasta el art. 1717, párr., del Código Civil italiano de 1865 y el art. 1853, párr., del Código Civil francés, R. llegó hasta la Glosa. Aquí pareció toparse con una novedad crucial con respecto al Derecho romano propiamente dicho: la regla de exclusión de la *communicatio* de capital (y poco importa por el momento que las mejores investigaciones romanistas hayan cuestionado de hecho la corrección de este juicio de R.⁹). En la Edad Intermedia se sostenía que el capital se confería "meramente" para su disfrute, de modo que el socio trabajador no era copropietario de la aportación y, sobre todo, el socio capitalista conservaba el derecho a retirarla en caso de disolución de la sociedad, sin que fuera posible "tener en cuenta el valor del coste del trabajo correspondiente al quantum necesario para asegurar la subsistencia del trabajador"¹⁰. La exclusión de la *communicatio* debería haber conllevado al menos la ventaja de que las pérdidas de capital (*res perit domino*) se imputaran al socio capitalista. Sin embargo, al tratarse de una norma dispositiva, los socios capitalistas tuvieron la idea de arraigar la *consuetudo*, de hecho *mercatorum*, de la inserción de la cláusula *ut capitale salvum* en el contrato de sociedad, que con el tiempo se convirtió en "un uso mercantil vinculante de iure, si las partes no han dispuesto otra forma"¹¹. De este modo, la figura investigada seguía presentándose formalmente como perteneciente a la tradición románica de la sociedad *pecunia-opera*¹², pero había sufrido para entonces, concluía R., una transformación funcional que conllevaba la sospecha de ser, en realidad, una operación

⁶ Entrevista a ICHINO, en **Riv. it. dir. lav.**, 1992, I, p. 411 y ss.

⁷ R., *Ragionevole utopie*, cit., p. 774.

⁸ R. *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milán: Giuffrè, 1967 (en adelante: R. 1967), p. 275

⁹ SANTUCCI, **Il socio d'opera in diritto romano**, Padua: Cedam, 1997, p. 23-25.

¹⁰ R. 1967, p. 27.

¹¹ R. 1967, p. 30.

¹² R. muestra en varios puntos que tenía un enfoque pandettista del derecho romano propiamente dicho. Un enfoque que profesaba un formalismo centrado en la continuidad del término denotativo, una actitud que se inspiraba en un evidente ontologismo verbal y que aislaba la sociedad *pecunia-opera* del esquema general románico de la *societas* en el que, además del trabajo, el *ars* o la *peritia*, el socio podía conferir también la *gratia* entendida como "la capacidad para el trato privado en los círculos comerciales" o la industria entendida como empresa de riesgo (cf. SANTUCCI, **Il socio d'opera in diritto romano**, Padua: Cedam, 1997, p. 192).

usuraria de elusión de las prohibiciones canónicas del préstamo a interés¹³. Estamos en los albores de la era capitalista y la sociedad *pecunia-opera* se prestaba a la necesidad de disponer de capital para invertir.

Hasta aquí, R. sigue sustancialmente el planteamiento que se remonta a Wilhelm Endemann, según el cual el dogma religioso de la prohibición de la usura llegó a inervar todo el pensamiento jurídico, también porque con el tiempo el derecho privado y el derecho canónico se fundieron, según él, el uno con el otro. Según él, Bartolo y Baldo ya habían derivado las reglas de juicio como axiomas de los dogmas canónicos fundamentales, de modo que eran "las definiciones, y no la esencia de la realidad (*Wesen der Sache*)" lo que impulsaba su razonamiento¹⁴. Fue por ello que, siempre según Endemann, se abrió espacio para una posible amplia discrepancia entre el plano del deber-ser y el del ser mercantil. Desajuste que, según R., explicaba la desviación hacia el préstamo que sufrió la sociedad *pecunia-opera* con la inserción, más tarde considerada tácita, de la cláusula *ad caput salvum*.

Ahora bien, ya en una época muy anterior a la excavación de R., y precisamente en 1889 en su tesis doctoral¹⁵, Max Weber, de hecho, había puesto en duda la corrección del razonamiento de Endemann. Había llegado a la conclusión diferente de que "en el comercio de la época (...) los meros préstamos con interés desempeñaban un papel relativamente insignificante"; en la economía mercantil, el capital disponible se dirigía "hacia el comercio marítimo. Y para ello el simple recurso al crédito era la vía menos adecuada"¹⁶. La hipótesis de "un contrato asociativo injusto entre un capitalista rico y un trabajador pobre" no era el caso típico¹⁷. Es interesante señalar, por cierto, que el enfoque jurídico de Endemann -incrustado en un 'deber-ser' ético-económico divorciado de la realidad empírica (del uso concreto de los esquemas jurídicos por las partes) y deducido de dogmas religiosos (*contemplari et contemplata aliis tradere*)- también fue criticado, después de Weber, por Philipp Lotmar in limine a su monumental estudio sobre *Los*

¹³ R. 1967, p. 37.

¹⁴ ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des Siebenzehnten Jahrhunderts*, II, Berlín: Guttentag, 1874, p. 405 donde habla de Verschmelzung entre las dos áreas del derecho, y I, Berlín: Guttentag, 1874, p. 29 donde habla del método escolástico de Bartolo y Baldo. Otro punto de referencia importante para R. fue el estudio de ASTUTI, Origni e svolgimento storico della commenda fino al XIII secolo, Turín: Lattes, 1933.

¹⁵ Del que Realino MARRA ha editado ahora una bella traducción italiana: *Sulla storia delle società commerciali nel medioevo* (in base a fonti dell'Europa meridionale), Roma: Bardi, 2016.

¹⁶ WEBER, *Sobre la historia de las sociedades comerciales en la Edad Media*, p. 241.

¹⁷ LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del medioevo*, Turín: Einaudi, 1975, p. 99.

*contratos de prestación en el Derecho privado del Imperio alemán*¹⁸. Contratos que eran aquellos "que socavaban la tradicional subordinación del derecho de obligaciones a la disciplina de los derechos reales paradigmáticamente ejemplificada por la imagen de los 'frutos civiles'"¹⁹. Para no cerrarse de entrada a la realidad socioeconómica, el estudio doctoral de Weber se había centrado positivamente en una abundante documentación notarial, conservada en Florencia, Pisa, Génova y Venecia. Del mismo modo, Lotmar escribió sus dos tomos sobre el *Arbeitsvertrag* tras haber recopilado innumerables textos de convenios laborales, tanto individuales como colectivos.

Volviendo a la cuestión planteada por Cazzetta sobre el carácter "histórico-dogmático" de la investigación de R., al releer la monografía tuve la clara sensación de que en la monografía de 1967 R. experimentaba el pasado como una presencia a la vista de dos desarrollos precisos del Derecho positivo. Cuando R. respondió al historiador del derecho que era necesario "actualizar el pasado", quiso decir que era necesario subrayar lo que le faltaba al pasado para ser coherente con el sistema de valores del presente. En el presente caso se trataba, en primer lugar, de la legalidad de la cláusula -sobre la responsabilidad patrimonial- que limitaba la participación del socio trabajador en las pérdidas dentro del valor de la aportación. Para ello, R. debe calificar la falta de beneficios como una pérdida en sentido propio del socio trabajador porque, de lo contrario, la propia cláusula supondría la exclusión total de éste de la participación en el riesgo empresarial y, por tanto, incurriría en la prohibición de pacto leonino²⁰. En segundo lugar, R. concluye que la regla de apreciación, construida por el tribunal sobre una base equitativa "limitada a la determinación de la participación del socio trabajador en los beneficios"²¹, debía interpretarse de forma coherente con el nuevo principio de protección del trabajo; pero obviamente no puede llegar a construir una limitación imperativa en este sentido²².

Recapitulando: las normas que el Código Civil de 1942 dedica a la sociedad pecunia-opera deben estar inmersas "en el movimiento de la historia" (historización del

¹⁸ *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I-II, Leipzig, 1902 y 1908. La Introducción a esta obra puede leerse ahora en traducción italiana en FARGNOLI, NOGLER (eds.), LOTMAR, *La giustizia e altri scritti*, Milano: Giuffrè, 2020, p. 257 ss. (en p. 274 la aguda crítica a la tendencia de Endemann a superponer la esfera jurídica a la político-económica, entendida además como vinculada a dogmas religiosos).

¹⁹ INZITARI, *La moneta*, en *Trattato dir. comm. e dir. pub. econ.*, dir. F. Galgano, Padua: Cedam, 1983, VI, p. 192.

²⁰ R. 1967, p. 277.

²¹ R. 1967, p. 277.

²² Que el socio trabajador en caso de incapacidad sobrevenida pueda ser excluido de la sociedad, sin recurrir al art. 2110 del Código Civil, se justifica por la afectación de la actividad a un fin común (R. 1967, p. 209).

presente) porque sólo así pueden desprenderse "del cielo dogmático"²³. El resultado de esta inmersión es que ignoran el principio del trabajo. El intérprete puede remediar en parte esta discrasia introduciendo la cláusula de limitación de responsabilidad e inclinando la equidad en la dirección de la protección laboral. Sin embargo, no está facultado para completar el sistema transformando estas dos normas en prescripciones obligatorias.

Por último, me gustaría añadir que la elección por parte de R. de la sociedad *pecunia-opera* como campo de investigación²⁴, creo que se inspiró también en su deseo de entrar en diálogo con el ambiente creado en Bolonia por Walter Bigiavi, cuya máxima, repetida innumerables veces pero citada por primera vez en el texto analizado hasta ahora, hizo suya²⁵: "los mejores ensayos sobre metodología son los escritos metodológicamente correctos"²⁶. Bigiavi había tomado nota de la inteligencia del Nuestro²⁷, quien, a su vez, lo consideraba 'un prestigioso descubridor' de 'talentos jurídicos', 'que en torno a su cátedra universitaria había dado vida a una de las escuelas más relevantes de Derecho Mercantil'²⁸. Bigiavi -escribía Mancini a Giugni en los años en que los miembros de las comisiones de cátedra eran votados por juristas de todas las materias-, "significa el voto de todas las Facultades de Economía y Comercio de Italia"²⁹. Ahora bien, una lectura atenta del libro de R. muestra cómo es sublimemente parejo el consenso y la apropiación de las opciones interpretativas de la escuela jurídica boloñesa. No es casualidad que en la *Rivista di diritto civile* boloñesa, Francesco Galgano, tres años mayor que R., comenzara su reseña del libro escribiendo que "el libro impresiona, desde las primeras páginas, por la gran profundidad y riqueza de pensamiento que lo anima"³⁰.

Más allá de la aclaración de las dos reglas interpretativas ilustradas más arriba, R. se afanaba en lanzar la advertencia de que ahora era necesario desconfiar prejuiciosamente del recurso a la institución de la empresa *pecunia-opera*, puesto que la dinámica económica se había modificado estructuralmente en el sentido de que el trabajo ya no se encontraba en una relación de "condicionamiento recíproco, sino más bien en

²³ Así de nuevo R. 1967, p. 43.

²⁴ "Carnacini no me lo había dicho, pero no excluyo que lo pensara: Romagnoli, basta de sociología. El hecho es que me propuso escribir la segunda monografía sobre un tema que tenía características diametralmente opuestas al abordado en la primera. Éste estaba inmerso en la realidad efectuada, aquélla no tenía ninguna correspondencia apreciable con ella".

²⁵ R. 1967, p. 275.

²⁶ BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padua: Cedam, 1957, p. 239 en nota.

²⁷ Así CARPI, *Il premio Redenti 2007*, en la *Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1011.

²⁸ R. 2018, p. 11.

²⁹ La carta está fechada el 16 de julio de 1959 y se conserva en la Fundación Nenni.

³⁰ En *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 477.

una situación de paralelismo o de competencia con fines de lucro"³¹. En el lado positivo -este es el corazón jurídico-laboral de la importante monografía de 1967- "cuando la enajenación del producto del trabajo se combina con la enajenación de los medios de producción, se realizan los presupuestos de aplicabilidad de la disciplina predispuesta para el contrato de trabajo subordinado"³², que asume así las connotaciones -como diría la doctrina jurídico-laboral unas décadas más tarde- del "tipo impuesto".

2. El credo sinzheimeriano de R.

Es, si acaso, en este punto neurálgico en el que, creo, podemos apreciar la finura histórico-reconstructiva de R., que tuvo más cuidado que sus compañeros de viaje en ocuparse también del, yo diría, estudio filológico retrospectivo del tema. Mientras que Federico Mancini había llegado a ignorar los *Grundzüge des Arbeitsrecht* de Hugo Sinzheimer en su monografía de 1957³³, R., citándolo para transplantarnos la teoría de la doble ajenidad, atribuyó a Sinzheimer el papel de un autor que había marcado un antes y un después en la historia de la asignatura aunque su influencia decayera constantemente en el transcurso de la República de Weimar. Al mismo tiempo, hay que señalar que R. no citó de primera mano a Sinzheimer³⁴, sino que utilizó citas de Paolo Greco. Pero a R. hay que atribuirle el indudable mérito de haber (re)descubierto que en la historia del derecho laboral alemán había existido una rica corriente de pensamiento que se había opuesto al frente conservador de los diversos Kaskel, Nipperdey, Hueck, así como al ultranacionalsocialista Siebert³⁵. También me parece meritorio que R. reconociera que Greco, aunque todavía en el periodo corporativista, había escrito una obra *-Il contratto di lavoro*³⁶- que merecía "estar en las estanterías de una biblioteca moderna"³⁷.

³¹ FERRARA J., CORSI, *Gli imprenditori e la società*, Milán: Giuffrè, 1987, p. 218.

³² R., 1967, p. 202.

³³ *Grundzüge des Arbeitsrechts. Eine Einführung*, Jena: Gustav Fischer, 1927.

³⁴ La observación puede extenderse de forma más general a los (pocos) autores (Heinz Potthof, Paul Oertmann y -a pesar de que no tenía seguidores en los círculos jurídicos- Karl Korsch) que R. 1967, p. 190 menciona como "literatura jurídica de Weimar", sin captar las profundas diferencias entre estos autores, así como la mayor complejidad de la doctrina de la época.

³⁵ Inconscientes de que se trataba de un verdadero campeón del periodo nacionalsocialista parecen ser DE LA VILLA GIL y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Historia de una traducción*: del Grundriß des Arbeitsrechts (1962) al Compendio de Derecho del Trabajo (1963), en Trabajo y Derecho, 2023, p. 4-5.

³⁶ Turín: Utet, 1939.

³⁷ R. en VARDARO (ed.), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, F. Angeli, 1988, p. 165; en Id., *Lavoro impresa corporazione*, en Lav. dir., 2013, p. 422 dijo que era la "monografía más importante del periodo de veinte años".

A caballo de Sinzheimer, R. se adhirió, aunque sólo indirectamente, a un enfoque "de ascendencia marxiana"³⁸. El suyo era un modo de proceder muy extendido en las ciencias sociales de mediados de los años sesenta. En aquella época, el punto de partida era la crítica del modo de proceder tradicional que hacía abstracción de la realidad, pero este énfasis no tenía un carácter weberiano para abrir los juicios de valor a nuevas y continuas confirmaciones empíricas, sino más bien para afirmar una "instancia (...) de un método o abstracción de nuevo tipo" que consistía en la crítica marxista de la organización capitalista de la economía³⁹. El derecho se introducía así no en la historia, sino en la propia dialéctica marxista de la historia.

Ha sido en la *Trimestrale* donde Balandi ha enmarcado recientemente a R. como comparatista. La observación merece ser glosada con la aclaración de que fue el propio R. quien describió su obra de 1967 como "una investigación comparativa en el tiempo"⁴⁰. La época dominada por el Derecho Romano, la que vio el auge del Derecho Canónico, y la época actual en la que hay que tener en cuenta el valor-trabajo. Tengamos en cuenta también en este punto que una voz muy competente en la materia habla del "enfoque comparativo tan notable" de Greco⁴¹, que había inspirado el giro sinzheimeriano de R. Greco pertenecía al prometedor grupo de jóvenes autores que en el umbral de la Segunda Guerra Mundial volvieron, tras la cerrazón que supuso la improvisada autarquía nacionalista, la mirada al contexto transalpino. Dominando tanto la doctrina francesa como la alemana, lo hizo con plena conciencia de la "rigidez involuntariamente preconcebida de la dogmática conceptual"⁴² y para ello se fijó en Sinzheimer. R. relanzó este enfoque casi treinta años más tarde, pero la operación distaba mucho de ser sencilla porque entretanto los jóvenes universitarios nazis habían quemado todos los ejemplares de los libros del propio Sinzheimer y éste había desaparecido de las bibliotecas y, por tanto, de los textos doctrinales.

No es éste el lugar para detenerse en un punto que, como es de suponer, es muy complejo. Lo que interesa aquí es sobre todo constatar que el llamado enfoque sociológico de Sinzheimer se abría a la realidad sólo para cerrarla definitivamente en categorías marxianas. En definitiva, no se abría weberianamente a la pluralidad de valores que,

³⁸ PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*. Milán: Giuffrè, 1985, p. 72-73.

³⁹ COLLETTI, *Ideologia e società*, Bari, Laterza, 1975, p. 9-10.

⁴⁰ R. 1967, p. 275; de Balandi cito en el texto: "Umberto Romagnoli e il diritto del lavoro", en la *Trimestrale*, 2023, p. 149.

⁴¹ Así el estudiante SACCO, en *Maestri della Facoltà di giurisprudenza torinese*. Paolo Greco, Milán, Giuffrè, 1991, p. 36.

⁴² SACCO, en *Maestri della Facoltà di giurisprudenza torinese*. Paolo Greco, citado, p. 36.

incluso en el ámbito económico, pueden inspirar la acción interindividual y, en particular, la acción jurídica justificada por el principio de autonomía privada⁴³. Esta última orientación dio origen a la disciplina que Giugni creía que debía interactuar con el Derecho del trabajo, a saber, las relaciones industriales⁴⁴, que R., sin embargo, ya había decidido abandonar cuando comenzó sus investigaciones sobre el tema de las sociedades pecunia-opera.

Sea como fuere, la primera generación de abogados laboristas de Bolonia pudo contar con el apoyo constante, no sólo en la competencia, de Mengoni, que a través de Antonio Cicu estaba vinculado al ambiente académico boloñés y a quien R. admiraba con gran simpatía⁴⁵. Recuerdo personalmente, porque estuve cerca de él, la emoción de Umberto en su funeral.

Incluso en relación con el estudio de R., Mengoni no tardó en valorar la botella medio llena y, por tanto, en observar que la teoría de la doble alienación había contribuido meritoriamente a integrar la noción de subordinación⁴⁶. Sin embargo, el jurista trentino estaba en las antípodas del enfoque marxiano. Para él, el derecho puede desempeñar un papel autónomo con respecto a la estructura económica, que en este caso consiste en la afirmación positiva (del valor) de la igualdad contractual. Así pues, reformuló la noción de doble alienación refiriéndola a la organización y al resultado⁴⁷. Afirmar que "el poder de planificar las energías del trabajo no tiene un origen convencional, sino que pertenece al empresario" como preexistente a la estipulación del contrato de trabajo⁴⁸, habría significado, para él, atribuir al trabajador un estatuto jurídico de inferioridad, es decir, encuadrarlo como un sujeto que, a diferencia de los pertenecientes a la clase burguesa, estaba sustancialmente impedido de ejercer la autonomía privada. En contraposición a

⁴³ GIUGNI, **Diritto e sociologia**, en Notiziario di sociologia, 1958, p. 19, se refirió a la maestría de Weber en la investigación de la realidad jurídica efectuada.

⁴⁴ Me remito sobre este punto a lo escrito en La enseñanza de la dimensión social del derecho del trabajo: perspectivas históricas, en O. ROSSELLI (ed.), **La dimensione sociale del fenomeno giuridico**. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione, Nápoles: ESI 2007, p. 131 y ss. Me limitaré aquí únicamente a observar que disiento de comparar la batalla de método de Giugni, que no era marxista, con el Methodenstreit llevado a cabo por Sinzheimer en los años veinte, como R. 2018, p. 255.

⁴⁵ CARPI, Umberto Romagnoli e la "Trimestrale", en la **Trimestrale**, 1923, p. 144.

⁴⁶ Así lo afirma el jurista trentino en Intervento, **I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori**, Milán, Giuffrè, 1972, p. 239. Pero véase también PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit. p. 282, donde habla de "una de nuestras mejores aportaciones teóricas sobre la subordinación".

⁴⁷ MENGONI, **Lezioni sul contratto di lavoro**, Milán, 1971, p. 9-10; noción que se transpuso posteriormente en Corte cost. 12 de febrero de 1996, nº 30, en Giur. it., 1996, I, c. 389 (y ahora en Trib. Torino 15 de noviembre de 1922) que, no obstante, debe leerse en el contexto del problema abordado, es decir, la realización del trabajo por el socio-trabajador.

⁴⁸ R. 1967, p. 194 nt. 108.

este último planteamiento de R. (y Sinzheimer) Mengoni asignó a la autonomía privada la calificación de valor de tal forma que implicaba la necesidad de igualdad contractual entre las partes. De este modo se evitaba que el trabajador quedara expuesto a facultades preexistentes no arraigadas en la regulación contractual⁴⁹. Por cierto, hay que señalar que el propio Franz Neumann⁵⁰ sostenía que la teoría de su maestro Sinzheimer había subestimado la importancia del *Arbeitsvertragsrecht* porque el hecho de vincular el surgimiento de la relación laboral mediante un contrato de intercambio permite determinar y racionalizar con certeza la prestación recíproca entre las partes. No obstante, creo que R. se dejó influir por la interpretación errónea que Spagnuolo Vigorita hizo de la escisión sinzheimeriana entre contrato y subordinación, atribuida indebidamente a Barassi⁵¹.

Es cierto que en La prestazione di lavoro nel contratto di società R. teorizó que el derecho contractual se había desarrollado en la medida de la circulación de la propiedad, y de ahí el autor nunca se desvió. La idea de que algo del derecho laboral del siglo XX había penetrado en el derecho primario era para R., así como para muchos otros de su generación, casi inconcebible. Su derecho civil era el mismo que el de su contemporáneo Franco Carinci⁵² y, más en general -he aquí su contenido *trade d'union*-, el de todos los exponentes, de primera y segunda generación, de lo que fue la Escuela de Bolonia. Entonces diferían más bien sobre el *quantum* de la divergencia entre el segundo y el primer derecho, y R. se posicionó sólidamente en el lado máximo de la unidad de medida: el trabajo "no entró en la historia jurídica para ser envuelto en el celofán de las categorías técnico-conceptuales del derecho de los contratos entre particulares"⁵³. La adopción de esta concepción estática del derecho privado llevó a R. a encontrar la única salida, una vez perdida la esperanza en el colectivo organizado⁵⁴, en el derecho público

⁴⁹ El primer boloñés que admitió la persuasión de esta forma diferente de pensar fue GHEZZI, Osservazioni sul metodo d'indagine giuridica nel diritto sindacale, en **q. rivista**, 1970, p. 188 nt. 49.

⁵⁰ NEUMANN, Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, en **Recht der Arbeit**, 1951, p. 1 ss.

⁵¹ SPAGNUOLO VIGORITA, Subordinazione e diritto del lavoro. **Problemi storico-critici**, Napoli, 1967, p. 30, 138; en el sentido de estar de acuerdo con la hipótesis véase R., "Il contratto di lavoro" di Ludovico Barassi cent'anni dopo, in la Trimestrale, 2001, p. 247. Sobre el hecho de que se trataba de una tergiversación me remito a lo que escribí en NOGLER, Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, en **Arg. dir. lav.**, 2002, p. 110-111.

⁵² CARINCI, Diritto privato e diritto del lavoro, Turin, Utet, 2007; para la crítica de este enfoque estático remito a NOGLER, **(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del nuovo diritto civile, Europa e dir. priv.**, 2013, p. 959 ss.

⁵³ R., Il diritto del lavoro davanti alla crisi, en **Lav. dir.**, 2012, p. 413.

⁵⁴ En 2016, R. consideraba que "la relación virtuosa de interacción entre economía y democracia" se había "practicado durante algunas décadas en la segunda mitad del siglo XX" (Autonomía y subordinación DEL Derecho del Trabajo. Con motivo del 30 aniversario de Trabajo y Derecho. Introducción, en **Lavoro e**

del estatuto personal. La cultura del derecho privado y la del derecho público, en el pensamiento de R., no estaban, como para Mengoni, en una relación de diálogo⁵⁵. R. llegó incluso a criticar el hecho de que el *Contratto di lavoro* de Paolo Greco se publicara en un *Trattato di diritto civile*⁵⁶. En cuanto a Luigi Ferrajoli⁵⁷, su optimismo también por el trabajo privado coincidía con la regulación del empleo público⁵⁸ y la libertad de iniciativa económica es en sí misma "uno de los obstáculos de un orden económico y social que, al limitar la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impide el pleno desarrollo de la persona humana".

Por tanto, si el significante "-ciudadanía laboriosa⁵⁹"- exalta la capacidad de invención lingüística del estudioso, no debe extrañar que el significado desborde el perímetro de la igual dignidad de acción y trace formas de pensamiento propias del socialismo: "de cada cual según sus capacidades, a cada cual según su trabajo". Es cierto que para R., el "sentido de la vida" sólo lo daban "los acontecimientos" que "preceden" o "acompañan" a la realización del trabajo y nunca la realización del trabajo en sí⁶⁰. La incuestionabilidad de esta apreciación histórico-jurídica suya -esencialmente un dogma- ha dotado siempre a los ensayos de U.R. de un alto índice de asertividad y, sin embargo, siendo por ello mismo un blanco fácil, le ha elevado a interlocutor privilegiado de una parte de la primera generación del Derecho del Trabajo posterior al Estatuto de los Trabajadores. Demasiado fácil o, más exactamente, simplificador. A ello se añadía el hecho de que R. sabía provocar la fuerte propensión a la singularidad de esta primera generación de juristas del trabajo posterior al Estatuto; les aturdió con su refinada expresividad lingüística. Mariucci hablaba de un verdadero "método literario"⁶¹. Es cierto

diritto, 2016, p. 567) pero la última vez que me reuní con él en Bari con motivo de la presentación de los *Studi in onore di Mario Garofalo*, el lapso de tiempo ya se había reducido a la mitad.

⁵⁵ R., *Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro*, en *Lav. dir.*, 2016, p. 14.

⁵⁶ R., *El derecho del trabajo durante el fascismo. Uno sguardo di insieme*, en *Lav. dir.*, 2003, p. 93.

⁵⁷ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, 242, quien espera "que la unificación del estatuto jurídico de todos los trabajadores" conlleve la "publicidad explícita" de las relaciones laborales "independientemente de la naturaleza del empresario"; la cita posterior en el texto se encuentra en la p. 297.

⁵⁸ En R., *Il diritto del lavoro nel periodo tra le due guerre*, en *Lav. dir.*, 1987, p. 350-351 es válido como observación histórica, pero luego en la teoría de la ciudadanía laboriosa se convierte en la invocación de un deber ser (véase al respecto CAZZETTA, *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, en *Lavoro e diritto*, 2007, p. 167-168).

⁵⁹ A partir de *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 545 ss. R. comenzó a incrustar gradualmente su teoría de la ciudadanía laboriosa, a la que se refirió en diversos trabajos de los que véase al menos *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'uguaglianza*, en la *Riv. Trimestrale*, 1997, p. 533 y ss. y para perfiles colectivos R., *Rappresentare la cittadinanza operosa*, en *Lav. dir.*, 1999, p. 547 y ss.

⁶⁰ R., *Lavoro impresa corporazione*, en *Lavoro e diritto*, 2013, p. 420.

⁶¹ MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, cit., p. 345.

que era un maestro en vestir sus opciones con contornos sólo aparentemente borrosos pero en sustancia tales que tocaban el nivel emocional de su interlocutor. R. aborrecía definir al jurista como un técnico y no lo ocultaba⁶²; al contrario, provocaba a su interlocutor para que le desafiara no en el terreno pragmático de las normas de compromiso, sino en el terreno unilateral de los principios.

3. Tras las huellas de Giovanni Tarello

A finales de la década de 1960-1970, R. escribió lo que probablemente describiría como sus ensayos históricos "metodológicamente bien hechos"⁶³, que, como es lógico, volvería a publicar más tarde en *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto* de 1974. A esta obra adjuntó una breve Introducción, fechada en "diciembre de 1973". R. ya había aterrizado en la única Facultad de Ciencias Políticas que había surgido en Italia después de los veinte años. Su Introducción tiene el tono del manifiesto con el que R. hace explícita su elección de campo, que ya no abandonaría hasta su último ensayo: el paso del enfoque jugniano que se fijaba en las estructuras reales al enfoque "metagiurídico" de Giovanni Tarello.

Es cierto que gracias a Tarello, R., mientras escribía su obra de 1967, ya había alcanzado la historia porque, junto con Francesco Santoro-Passarelli, Giugni, Mancini, Ghezzi y Pera, se le contaba entre "los más importantes escritores de derecho sindical"⁶⁴ del período que va desde la primera posguerra hasta el otoño caliente. Si Orestano tiene razón en que para hacer bien la historia es necesario "tomar conciencia de hasta qué punto la pertenencia a la 'historia' reacciona inevitablemente sobre nuestra conciencia de ella, condicionándola"⁶⁵, bien podría decirse que a R. se le inculcó la idea de poder hacer historia persiguiendo su propia singularidad y, por tanto, sin esconderse detrás de una escritura seca y desapegada. Es un hecho que al releer el "quizás el libro más conocido

⁶² R., *Era uno di noi*, en *Lav. dir.*, 1989, p. 1 en el que emerge con claridad el juicio negativo sobre quienes sólo son técnicos del Derecho; en R., *La costituzione delegittimata*, en la *Riv. Trimestrale*, 2003, p. 837 nt. 14, su picante broma sobre el hecho de que el jurista no sea fontanero.

⁶³ Per uno studio sul contratto collettivo: il contributo del Consiglio superiore del lavoro, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 446 y ss; La IX sessione del Consiglio superiore del lavoro: per una storia del diritto sindacale in Italia, *Studi storici*, 1971, 2, p. 356 y ss; *Sindacati e diritto. Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, *ivi*, 1973, 1, p. 3 y ss.; estos ensayos se reeditaron posteriormente en *Id., Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974, pp. 123-186.

⁶⁴ TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milán: Comunità, 1967 1, p. 139 nt. 12.

⁶⁵ ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna: Il Mulino, 1987, p. 11.

entre los juristas italianos"⁶⁶ de Tarello me ha llamado la atención el papel tan especial que en él desempeña el ya mencionado estudio de R. sobre el convenio colectivo de empresa. Puede que me equivoque, pero tiendo a resumirlo en los siguientes términos. Consciente de la lección de Orestano, que "en nombre de la 'inseparabilidad' de los procesos concretos de investigación" negaba, como Bigiavi, la "teorizabilidad en abstracto" de la "llamada metodología"⁶⁷, Tarello consideraba que Giugni había reconstruido su teoría del orden intersindical, a la que sin embargo reconocía una "considerable fortuna", de una manera "un tanto artificial"; mi impresión siempre ha sido que no se lo tomaba demasiado en serio, al menos desde un punto de vista teórico. Lo que le importaba a Tarello era lo que la tesis de Giugni "servía para hacer": señalar a una doctrina predominantemente atestiguada por posiciones rígidamente normativistas (que es la doctrina italiana) una vía a través de la cual tener en cuenta una realidad sindical que en modo alguno surgía de los esquemas del derecho codificado, sin renunciar por ello a las premisas normativistas y positivistas⁶⁸. Por otra parte, se elogia el estudio de R., que, al haber optado por medirse con un problema concreto, hizo más explícitas las premisas y los objetivos hacia los que se encaminaba.

Esta sensación se refuerza al leer las páginas que Tarello dedica al conocido estudio sobre la formación extralegislativa del Derecho del Trabajo⁶⁹, en las que considera "interesantísima" la introducción de R., que demuestra "la competencia técnica, la dúctil finura histórico-interpretativa y el estilo sanguíneo y aluvional que le son peculiares"⁷⁰. Una vez más, se reconoce a R. su capacidad para ofrecer una especie de interpretación auténtica de la hipótesis del sistema interuniones que el jurista boloñés bien orienta en la dirección de una fuente de "conceptualizaciones a utilizar en la interpretación de aquella formulación legislativa general estatal que hace ilícito el despido *ad nutum*"⁷¹. En el fondo, Tarello aprecia el antinormativismo implícito en la investigación que acompaña a su planteamiento, que reduce el perfil formal de la ley a la verificación de la validez del enunciado normativo y a la función de abrir paso a una pluralidad de fuentes de sentido del propio enunciado, pero entre estas últimas (plurales) posibilidades invita en este caso

⁶⁶ Así su alumno BARBERIS, Tarello Giovanni (Génova, 4 de octubre de 1934 - 20 de abril de 1987), en **Dizionario biografico dei giuristi italiani** (XII-XX secolo), Bologna: Il Mulino, II, 2013, p. 1938.

⁶⁷ CAMPOLUNGI, R. Orestano (Palermo, 26 giugno de 1909 - Roma, 11 novembre de 1988), en **Dizionario biografico dei giuristi italiani** (XII-XX secolo), cit., p. 1464.

⁶⁸ TARELLO, **Teorie e ideologie nel diritto sindacale**, citado, p. 90.

⁶⁹ **La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana** (1950-1964), Bologna: Il Mulino, 1968.

⁷⁰ La reseña apareció en la **Riv.Trim.**, 1968, p. 1095 y ss. y luego en TARELLO, **Cultura giuridica e politica del diritto**, Bologna: Il Mulino, 1988, de donde cito y pp. 441 y 449.

⁷¹ TARELLO, **Cultura giuridica e politica del diritto**, cit. p. 451.

a introducir la misma discontinuidad que ya había invocado Mancini⁷²: la tutela real en lugar de la tutela obligatoria⁷³. Se trata de un deseo que recoge in nuce el aflato del garantismo individual que la escuela boloñesa de derecho del trabajo elevó a marca propia con su conocido comentario sobre el Estatuto de los Trabajadores⁷⁴. En la segunda edición, R. se encargó de comentar precisamente el artículo 18, complaciendo a los muchos de la generación siguiente que eran ingeniosos en "adivinar expedientes capaces de poner contra las cuerdas al empresario, siguiendo hasta el final el camino (obligatorio) de las medidas coercitivas indirectas"⁷⁵.

Del planteamiento de Tarello, R. comparte no sólo la reticencia hacia la "mera intervención metodológica"⁷⁶, sino también la premisa de que "lo que los juristas hacen pasar por "teoría" es, más bien, "ideología"; lo que hacen pasar por "ciencia" jurídica es política del derecho"⁷⁷. R. reformuló esto en los términos de que la doctrina del Derecho del Trabajo elabora "modelos prescriptivos sin" darse cuenta de que se esconde "tras una mera presunta científicidad: la ciencia jurídica" que cree (dice creer) "pura en realidad es política del Derecho"⁷⁸. Como si dijéramos, lo que el pensamiento jurídico laboral necesita es una metateoría⁷⁹. Y no es casualidad que en toda la producción académica posterior de R. vuelvan una y otra vez los lemas de Tarello de los "operadores del Derecho" y de la "cultura jurídica"⁸⁰, esta última en el sentido típico de la redescubierta Escuela de Frankfurt, para la que la cultura no es, marxianamente, una mera

⁷² MANCINI, Il progetto di legge sulla "giusta causa" e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato, en *Riv. giur. lav.*, 1966, I, p. 111 ss.

⁷³ TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 452.

⁷⁴ GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-41, Bologna-Roma: Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1972. CATAUDELLA, Le origini della scuola bolognese di diritto del lavoro, en *Arg. dir. lav.*, 2010, 6, p. 1076 habla de un giro hacia la parcialidad del intérprete.

⁷⁵ R. en GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18, Bologna-Roma: *Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano*, 19812, p. 112 y ss.

⁷⁶ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna: Il Mulino, 1976, p. 5-6 donde califica "la intervención directamente metodológica (...) a un nivel diferente del discurso historiográfico".

⁷⁷ Así GUASTINI, REBUFFA, Introduzione, en TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1988, p. 10 resumen admirablemente el planteamiento de Tarello.

⁷⁸ R. 2018, p. 11.

⁷⁹ TARELLO, *Diritto, enunciati, ussi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica di teoria e meta-theoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974.

⁸⁰ En el léxico de R. "cultura" es un lema clave y para captar un matiz de su significado en el derecho laboral de la época, otra respuesta contenida en PODRINI, *Le 150 ore viste da Bologna. Conversazione con Vittorio Capecchi*, en *Venetica* 31/2015, p. 215: "las 150 horas (apreciadas por Rossanda, Foa y Sabattini) fueron vividas por el PCI (y concretamente por su dirección nacional) como una experiencia estrictamente sindical, desprovista de características socioculturales que, en cambio, deberían haber interpelado también al partido". Un poco más adelante, en la p. 216, volvemos a leer: "En definitiva, tomar conciencia de la pluralidad de las identidades colectivas y de las tensiones entre éstas y las identidades individuales lo considero un gran logro de esas 150 horas".

superestructura, sino que en sentido inverso puede ser la palanca para cambiar la sociedad. No es cierto, por tanto, que la opción por la investigación histórico-jurídica no fuera acorde con el espíritu revolucionario de la época en la que R. se profesaba. Sólo aparentemente su opción se prestaba a ser leída como una renuncia "a proponer un pensamiento fuerte"⁸¹. Aunque pretendía seducir al lector a través de la estética de su escritura, R. no era ciertamente un "contemplativo" puro⁸².

Así pues, R. entró en la década de 1970 con la nueva conciencia de que sólo "a través de la reconstrucción de la historia del pensamiento jurídico italiano sobre cuestiones laborales y sindicales" podía aspirar a aportar una contribución esencial al "crecimiento de un clima cultural adecuado a los tiempos"⁸³. Un ejemplo de cómo R. se propuso esta misión está representado por el cuaderno de oro sobre *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)* escrito a cuatro manos con Tiziano Treu⁸⁴. Por otra parte, se trata de un momento histórico en el que el sindicalismo alcanza la cima de su consenso y entra, por así decirlo, en la universidad como materia y, por tanto, finalmente como objeto de estudio. En Bolonia lo hizo también gracias a la iniciativa *Le 150 ore e l'Università di Bologna (Las 150 horas y la Universidad de Bolonia)* que Vittorio Capecchi, responsable del Gabinete de Estudios de la FLM desde 1973, recordaba hace unos años en una hermosa entrevista con Valeria Podrini⁸⁵.

El *incipit* del testamento científico de R.⁸⁶ cita la misma frase de Tarello ("poco se puede entender del funcionamiento de la organización jurídico-política de una época y de un país si no se conocen sus operadores: entre éstos, principalmente los juristas". Por esta razón, "una historia del derecho debe practicar el género literario de la biografía intelectual"⁸⁷), que abría una carta, fechada el 31 de octubre de 1995, del director de *Lavoro e diritto* invitando a varios autores a colaborar en una nueva columna concebida "como servicio de apoyo a la investigación de los más jóvenes y, sobre todo, como contribución historiográfica". Esta es una de las muchas maneras en que R. intentó trasplantar su alma de historiador del meta-derecho a *Lavoro e diritto*.

⁸¹ MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, en **Scritti in onore di Mancini**, I, Milán: Giuffrè, 1998, p. 345.

⁸² TARELLO, **Teorie ed ideologie nel diritto sindacale**, Milán: Comunità, 1972, Apéndice.

⁸³ Bolonia: *Il Mulino*, 1974, pp. 8 y 10.

⁸⁴ Bolonia: *Il Mulino*, 1977.

⁸⁵ *Venetica* 31/2015, p. 207 y ss. Pero véase también ya antes "**Inchiesta**", IV (1974), núm. 16, p. 12-71.

⁸⁶ R. 2018, p. 9.

⁸⁷ TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, en Id., *Diritto, enunciati, usi*, p. 496. Véase también ROMAGNOLI, *Ricordo di Giovanni Tarello*, en **Lav. dir.**, 1987, p. 601 y ss. y p. 605.

4. Los medallones del Trabajo y del Derecho

Los once primeros medallones, que debían escribirse de manera "desprovista de tonos apologético-conmemorativos", debían tratar de: Barassi, Carnelutti, Messina, Redenti, Chiarelli, Sinzheimer, Lotmar, Kahn-Freund, Prosperetti, Riva Sanseverino y Mazzoni. Sólo seis de ellos fueron escritos: por el propio R. (Carnelutti⁸⁸ y Redenti), por Ghera (Prosperetti⁸⁹), por Gaeta (Barassi) y por mí mismo (Sinzheimer y Lotmar⁹⁰; el de Messina no me fue encargado y lo escribí con ocasión de una obra similar publicada por Treccani⁹¹). Se evitaron los "tonos apologético-conmemorativos", pero Gaeta no pudo resistir la intrigante tentación de imitar por una vez la "elegante mezquindad" que, según el propio R., formaba parte inseparable del estilo de la escuela laboral boloñesa⁹². Así, bordó el hecho de que incluso existiera una "incertidumbre sobre el nombre de Barassi"⁹³, que no siempre firmaba como Lodovico, sino que a veces prefería presentarse como Ludovico⁹⁴. Gaeta, un *homo ludens* y cualquier cosa menos un luciferino, no sabía que esto se debía a que cuando no estudiaba, Barassi pasaba el tiempo tocando el piano, inspirado por Ludwig van Beethoven, y era en honor al gran músico que le gustaba firmar de vez en cuando como Ludovico. Es cierto que el más abrasivo con Barassi era el propio R., porque decía que Barassi se apoyaba "en las certezas reposadas de un reaccionario de miras estrechas, clerical-conservador y misógino"⁹⁵. Con todo, se puede estar de acuerdo en lo de 'clerical-conservador' pero no en lo de 'mezquino mezquino', aunque sólo sea porque al describir el ser del obrero, que Lotmar concebía como la relevancia de su existencia concreta, se refería a algo que estaba más allá del pensamiento citando a ese mismo Endemann⁹⁶ en quien, como hemos visto más arriba, R. también se había inspirado, quizá simplemente porque su metafísica parecía más fácilmente intercambiable

⁸⁸ Francesco Carnelutti (1879-1965), en *Lav. dir.*, 1997, p. 121 ss.; véase también ID., Francesco Carnelutti, giurista del lavoro, en *Lav. dir.*, 2009, p. 373 ss.

⁸⁹ Ubaldo Prosperetti (1914-1975), en *Lav. dir.*, 1997, p. 301 ss.; en realidad el año de su muerte fue 1976.

⁹⁰ Philipp Lotmar (1850-1922), en *Lav. dir.*, 1997, p. 205 y ss. y Hugo Sinzheimer (1875-1945), *ibid.* p. 689 y ss.

⁹¹ Giuseppe Messina (1877-1946), en *Lav. dir.*, 2012, pp. 107-1119; Giuseppe Messina en Il contributo italiano alla storia del pensiero, en Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti, App. ottava, Il diritto (cur. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi), Roma: Treccani, 2013, p. 434 ss.

⁹² R. 2018, p. 172 nt. 8.

⁹³ FERRANTE, Lodovico Barassi e l'Università Cattolica, en *Lav. dir.*, 2001, p. 667 nt. 1.

⁹⁴ GAETA, Ludovico Barassi (1873-1961), en *Lav. dir.*, 1997, p. 521 ss.

⁹⁵ R., *Il lavoro in Italia*. Un giurista racconta, cit., p. 63.

⁹⁶ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milán: Società editrice libraria, 1901, p. 146; en la segunda edición el autor se orientó entonces en la dirección de Lotmar.

con la marxista secular. Sea como fuere, *magna pars* en apoyo del juicio de R. dependía de la comparación con Giuseppe Messina⁹⁷, que tuvo el mérito de "sacar de su infancia" al pensamiento jurídico-sindicalista italiano⁹⁸. A diferencia de Barassi, este último no tenía "el temperamento del colonizador: parte de datos empíricos, sin manipularlos; dirige la antorcha hacia abajo y, por lo tanto, se abstiene de sustituir los hechos por su doctrina". De ahí "la admiración que hoy se le tiene en general"⁹⁹.

Hoy nos parece plausible que Messina transigiera con el régimen más de lo que lo hizo Barassi, en quien el padre Gemelli delegó las relaciones institucionales con el partido fascista en una fase objetivamente compleja para su universidad declarada libre por el Estado italiano por depender del Vaticano¹⁰⁰. No es casualidad que en la XXVIII legislatura del Reino, el civilista de Agrigento fuera elegido diputado, ejerciendo como tal del 20 de abril de 1929 al 19 de enero de 1934, como atestigua el *Índice general de la actividad parlamentaria de los diputados*¹⁰¹. Lejos de ser "destituida de fundamento"¹⁰² es la circunstancia, relatada por Adolfo Ravà, según la cual Messina participó en la redacción de la ley n° 563 de 3 de abril de 1926. Es cierto que gozaba de la estima de Alfredo Rocco¹⁰³ y que la solución adoptada por la ley en el párrafo 5 del art. 10, ley n° 563 de 1926, sigue perfectamente la doctrina del jurista siciliano. Messina fue también uno de los asesores, junto con Barassi, con los que se puso en contacto el Ministerio de Corporaciones durante la redacción del "documento fundamental de la revolución fascista, ya que establece los deberes y derechos de todas las fuerzas de producción", es decir, la Carta del Trabajo, aprobada por el Gran Consejo y publicada en el Boletín Oficial del 30 de abril de 1927 n° 100¹⁰⁴. En su dictamen, que nunca se publicó, escribió que "regular con una medida general (como podría ser la Carta del Trabajo) las relaciones

⁹⁷ Véase atrás n. 66 y luego Id., I concordati di tariffa secondo Giuseppe Messina, en *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 107 ss; Id., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna: Il Mulino, 1995, p. 78; Id., *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, 2008, pp. 19-29; Id., **Giuristi del lavoro nel Novecento italiano**, cit., p. 79 y ss.

⁹⁸ ROMAGNOLI *Sindacati e diritto. Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, en **Studi storici**, 1, 1973, p. 53.

⁹⁹ Todas las frases citadas se encuentran en R., **Il lavoro in Italia. Un giurista racconta**, Bologna: Il Mulino, 1995, p. 78.

¹⁰⁰ (Nota del traductor) El padre Gemelli (1878-1959) fue un médico y religioso que fundó y guió como rector a la Universidad Católica del Sacro Cuore (Milán); lo fue todo durante el fascismo en Italia.

¹⁰¹ Roma, p. 240-241; debo la información a Roberto D'Orazio.

¹⁰² Así visiblemente irritado ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, cit., p. 23.

¹⁰³ ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi conquant'anni*, en **Riv. dir. comm.**, 1911, p. 1.

¹⁰⁴ DE FELICE, *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Turin: Einaudi, 1968, p. 291.

laborales de las personas que tienen que trabajar al servicio de otras, no parece adecuado", porque: a) ello significaría privarse "de la experiencia que pueden proporcionar los convenios colectivos"; b) sólo algunos puntos (período de prueba, despido, vacaciones y similares) se prestan a ser regulados unitariamente; c) "secaría" las normas generales dictadas por las corporaciones. Por último, Messina participó como asesor técnico de la delegación italiana en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1933 y, sobre todo, en los trabajos de preparación del libro de obligaciones del Código Civil de 1942.

A la luz de estos datos sobre el lado oscuro de la biografía intelectual de Messina, el propio R. admitió a regañadientes que, durante el Ventennio, Messina se deslizó "hacia posiciones descoloridas"¹⁰⁵ y finalmente confió la esencia de su pensamiento a una ausencia tanto más significativa si se tiene en cuenta su tendencia a las desviaciones, los sesgos y las especificaciones: en su último libro, la biografía de Messina se reduce al mero hecho de que, como Giugni, fue un autodidacta¹⁰⁶. En el momento en que la invención histórico-jurídica de Messina como autor progresista opuesto al conservador Barassi se le va de las manos, R. lo compensa con otra invención estilística con la que, para ser justos, pasa el testigo a uno de los muchos estudiosos y eruditos más jóvenes que él supo reunir con su refinado arte de contar historias en defensa de los intereses colectivos.

Referencias

TULLINI, MARTELLONI, Il diritto del lavoro e la scuola giuridica bolognese, en "Scuola giuridica bolognese. La Facoltà e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dall'Unità d'Italia al 1988, editado por Cavina, Legnani Annichini, Bologna: Il Mulino, 2023.

PIOVANI, Objetivación ética y absolutismo, editado por Tessitore, Nápoles: Morano, 1981.

CARNELUTTI en Riv. dir. proc., 1961, p. 447, "la autonomía no puede definirse sin contraponerla a la soberanía".

R., Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili, Roma: Ediesse, 2018 (en adelante: R. 2018)

Entrevista a ICHINO, en Riv. it. dir. lav., 1992, I, p. 411 y ss.

R., Ragionevole utopie, cit., p. 774.

¹⁰⁵ R., Prefazione, en PASSANITI, Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale, Milán: Giuffré, 2006; p. XI.

¹⁰⁶ R. 2018, p. 330.

- R. La prestazione di lavoro nel contratto di società, Milán: Giuffré, 1967 (en adelante: R. 1967).
- SANTUCCI, Il socio d'opera in diritto romano, Padua: Cedam, 1997.
- ENDEMANN, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des Siebenzehnten Jahrhunderts, II, Berlín: Guttentag, 1874.
- MARRA, Sulla storia delle società commerciali nel medioevo (in base a fonti dell'Europa meridionale), Roma: Bardi, 2016.
- WEBER, Sobre la historia de las sociedades comerciales en la Edad Media.
- LOPEZ, La rivoluzione commerciale del medioevo, Turín: Einaudi, 1975.
- LOTMAR, La giustizia e altri scritti, Milano: Giuffré, 2020.
- INZITARI, La moneta, en Trattato dir. comm. e dir. pub. econ., dir. F. Galgano, Padua: Cedam, 1983.
- BIGIAMI, L'imprenditore occulto, Padua: Cedam, 1957.
- Así CARPI, Il premio Redenti 2007, en la Riv. Trimestrale de diritto e procedura civile, 2007.
- FERRARA J., CORSI, Gli imprenditori e la società, Milán: Giuffré, 1987.
- DE LA VILLA GIL y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Historia de una traducción: del Grundriß des Arbeitsrechts (1962) al Compendio de Derecho del Trabajo (1963), en Trabajo y Derecho, 2023
- Grundzüge des Arbeitsrechts. Eine Einführung, Jena: Gustav Fischer, 1927.
- R. en VARDARO (ed.), Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi, Milano, F. Angeli, 1988.
- R., Lavoro impresa corporazione, en Lav. dir., 2013.
- PEDRAZZOLI, Democrazia industriale e subordinazione. Milán: Giuffré, 1985.
- COLLETTI, Ideologia e società, Bari, Laterza, 1975.
- R. 1967, p. 275; de Balandi cito en el texto: "Umberto Romagnoli e il diritto del lavoro", en la Trimestrale, 2023.
- SACCO, en Maestri della Facoltà di giurisprudenza torinese. Paolo Greco, Milán, Giuffré, 1991.
- GIUGNI, Diritto e sociologia, en Notiziario di sociologia, 1958.
- O. ROSSELLI (ed.), La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione, Nápoles: ESI 2007.
- CARPI, Umberto Romagnoli e la "Trimestrale", en la Trimestrale, 1923.
- MENGONI, I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori, Milán, Giuffré, 1972.
- PEDRAZZOLI, Democrazia industriale e subordinazione.

MENGONI, Lezioni sul contratto di lavoro, Milán, 1971.

NEUMANN, Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, en Recht der Arbeit, 1951.

SPAGNUOLO VIGORITA, Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici, Napoli, 1967.

CARINCI, Diritto privato e diritto del lavoro, Turín, Utet, 2007.

NOGLER, (Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del nuovo diritto civile, Europa e dir. priv., 2013.

FERRAJOLI, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Bari, Laterza, 2007.

CAZZETTA, Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto, en Lavoro e diritto, 2007.

Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto, Bologna, 1974.

TARELLO, Teorie e ideologie nel diritto sindacale, Milán: Comunità, 1967 1.

ORESTANO, Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna: Il Mulino, 1987.

BARBERIS, Tarello Giovanni (Génova, 4 de octubre de 1934 - 20 de abril de 1987), en Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo), Bologna: Il Mulino, II, 2013, p. 1938.

CAMPOLUNGH, R. Orestano (Palermo, 26 giugno de 1909 - Roma, 11 novembre de 1988), en Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo).

La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana (1950-1964), Bologna: Il Mulino, 1968.

Riv. Trim., 1968, p. 1095 y ss. y luego en TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Bologna: Il Mulino, 1988.

MANCINI, Il progetto di legge sulla "giusta causa" e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato, en Riv. giur. lav., 1966, I.

GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-41, Bologna-Roma: Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1972.
CATAUDELLA, Le origini della scuola bolognese di diritto del lavoro, en Arg. dir. lav., 2010, 6.

R. en GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18, Bologna-Roma: Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 19812.

TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, Bologna: Il Mulino, 1976.

TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Bologna: Il Mulino, 1988.

TARELLO, Diritto, enunciati, ussi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica di teoria e meta-theoria del diritto, Bologna: Il Mulino, 1974.

MARIUCCI, Il diritto del lavoro e il suo ambiente, en Scritti in onore di Mancini, I, Milán: Giuffré, 1998.

- TARELLO, Teorie ed ideologie nel diritto sindacale, Milán: Comunità, 1972, Apéndice. Venetica 31/2015, p. 207 y ss. Pero véase también ya antes "Inchiesta", IV (1974), núm. 16, p. 12-71.
- ROMAGNOLI, Ricordo di Giovanni Tarello, en Lav. dir., 1987.
- Francesco Carnelutti (1879-1965), en Lav. dir., 1997.
- Francesco Carnelutti, giurista del lavoro, en Lav. dir., 2009.
- Ubaldo Prosperetti (1914-1975), en Lav. dir., 1997.
- Philipp Lotmar (1850-1922), en Lav. dir., 1997.
- Giuseppe Messina (1877-1946), en Lav. dir., 2012.
- FERRANTE, Lodovico Barassi e l'Università Cattolica, en Lav. dir., 2001.
- GAETA, Ludovico Barassi (1873-1961), en Lav. dir., 1997.
- BARASSI, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Milán: Società editrice libraria, 1901.
- ROMAGNOLI Sindacati e diritto. Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia, en Studi storici, 1, 1973.
- ROCCO, La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi conquant'anni, en Riv. dir. comm., 1911.
- DE FELICE, Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929, Turín: Einaudi, 1968.
- ASSANITI, Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale, Milán: Giuffré, 2006

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

WORK IN THE REPUBLICAN CONSTITUTION

Recebido em: 21/11/2023

Aprovado em: 19/12/2023

Flávio Vincenzo Ponte *

Sintese: Questo articolo discute l'importanza del lavoro umano e la rimozione dell'orientamento dal lavoro nella Costituzione italiana e discute la necessaria regolamentazione delle diverse forze del mercato del lavoro per quanto riguarda l'affermazione dell'orientamento e la preservazione dei principi costituzionali. Infine, discuti l'attuale dualità del dover lavorare: realizzazione e libertà.

Parole Chiave: lavoro-diritto; lavoro-libero; Costituzione; mercato del lavoro; la regolazione

Sommario: 1. Riflessioni preliminari. 2. Il diritto al lavoro. 3. Il mercato del lavoro e l'affermazione del diritto: la regolazione di forze diverse nell'ottica dell'affermazione dei principi costituzionali. 4. Il dovere di lavorare, tra adempimento e libertà. 5. Riferimenti.

Summary: This article discusses the importance of human labor and the removal of orientation from work in the Italian Constitution and discusses the necessary regulation of different labor market forces regarding the affirmation of orientation and the preservation of constitutional principles. Finally, discuss the current duality of having to work: fulfillment and freedom.

Key Words: work-right; work-free; Constitution; job market; the regulation

Summary: 1. Preliminary reflections. 2. The right to work. 3. The labor market and the affirmation of law: the regulation of different forces with a view to the affirmation of constitutional principles. 4. The duty to work, between fulfillment and freedom. 5. References.

* Professori Associati Università della Calabria Diritto del Lavoro e-mail: flaviovicenzo.ponte@unical.it.

1. Riflessioni preliminari.

L'art. 4 della Costituzione appare sempre più al centro di quel dibattito – mai sopito in verità – che anima il confronto intorno al *diritto* e al *dovere* di lavorare. Altrove si è già ricordato¹ il fondamentale ruolo svolto dall'Assemblea Costituente che – ma la cosa è nota – ha ospitato – sintetizzandole – quelle opinioni che hanno poi nutrito il confronto fino a condurre all'affrancamento del lavoro dalla *fatica*, intrisa di retaggi per lo più coltivati dalla cultura cattolica, a beneficio dell'emersione di una vera e propria *questione sociale*: il lavoro-*diritto* è stato coniugato con il lavoro-*libertà* ed entrambi sono stati connessi al principio solidaristico coltivato con l'art. 2 della Costituzione².

Costantino Mortati osservava, nel 1954, che “*Nel lavoro si realizza, pertanto, la sintesi fra il principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)*”³.

Sintesi che oggi deve essere riletta mantenendo sullo sfondo le coordinate del sistema economico: trattare del diritto/dovere al lavoro significa, in sostanza, coniugare le iniziative politiche in materia di occupazione con quelle scelte fondamentali che ogni sistema assume nel campo dell'economia e dello sviluppo⁴.

Ciò non esclude, nondimeno, che alla norma appartenga un significato simbolico: il diritto al lavoro esalta la libertà degli individui nella scelta dell'attività da svolgere nel corso della propria esistenza. L'esercizio di tale libertà soddisfa, peraltro, il *dovere* pure evocato dalla norma e, quindi, il bisogno della Società di potere fare affidamento sul contributo dei singoli.

La libertà è poi strettamente ancorata al diritto avente natura *sociale*.

¹ Sia consentito il rinvio a F.V. PONTE, **La tutela dell'ambiente e il diritto al lavoro: conflitti, interferenze e contiguità**, in P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (a cura di), *Il sistema ambiente tra diritto, etica ed economia*, Padova, 2013, 405 ss.

² Si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: G.F. MANCINI, Art. 4, in G. BRANCA (a cura di), **Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali** (art. 1-12), Bologna, 1975, 199 e ss.; G. PERA, *Diritto al lavoro e realtà dell'impresa*, in LPO, 1977, 2217 e ss.; ID., **Diritto del lavoro e indirizzo etico-politico**, in RIDL, 1990, I, 5 e ss.; G. AZNAR, **Lavorare meno per lavorare tutti**, Torino, 1994; M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, RGL, 1999, n. 3, suppl.; L. MENGONI, **Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa**, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004; R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), **Diritto del lavoro e Corte costituzionale**, Napoli, 2006; A. CARIOLA, Art. 4, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, **Commentario alla Costituzione**, Torino, 2006, I, 114 e ss.; O. MAZZOTTA, *Lavoro e diritto: i valori e le regole*, in P. TULLINI (a cura di), **Il lavoro: valore, significato, identità, regole**, Bologna, 2009, 65 e ss.

³ C. MORTATI, **Il lavoro nella Costituzione**, in *DL*, 1954, I, 149 e ss., richiamato da P. LAMBERTUCCI, **Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela**, in *RIDL*, 2010, I, 92.

⁴ A. CARIOLA, *Art. 4, cit.*, 128.

Non a caso l'art. 4 segue l'art. 3 che sancisce i principi di eguaglianza formale e sostanziale: è lo Stato a doversi fare carico della tutela della libertà dei singoli e del loro diritto al lavoro, intervenendo fattivamente al fine di rendere effettivo il diritto stesso⁵. In questo senso, dunque, la Carta fondamentale si rivolge direttamente allo Stato, compulsando anche l'adozione di politiche utili alla creazione dei presupposti nei quali possa trovare sfogo l'esercizio del diritto.

Appare allora limitata (e limitante) l'impostazione coltivata da chi – all'indomani della promulgazione della Costituzione – suggeriva un'efficacia esclusivamente programmatica dell'art. 4, considerata la centralità della norma nel disegno costituzionale e la sussistenza di un vero e proprio obbligo a carico dello Stato, parte attiva del processo di realizzazione del diritto al lavoro⁶.

Di contro, però, si deve condividere l'opinione di chi ha rifiutato l'applicazione delle categorie ermeneutiche riservate alla legislazione ordinaria e, quindi, ha respinto l'idea che si potesse accostare il diritto al lavoro a un qualsiasi diritto soggettivo⁷: è evidente che la Costituzione esalta principi e diritti facendo leva su meccanismi di bilanciamento e contemperamento di interessi non replicabili sul piano, per così dire, più “basso”, dove opera la legislazione ordinaria.

La sintesi può rinvenirsi, allora, nella felice espressione coniata negli anni '50 da Crisafulli, che parlava di “...una situazione soggettiva di obbligo per lo Stato, e quindi per gli organi di esso”⁸.

Quanto poi alle diverse accezioni del termine utilizzato nell'art. 4, le speculazioni dottrinali sono note: non si tratta di un concetto univoco e non sembra potersi attribuire all'art. 4 la “volontà” di privilegiare il lavoro subordinato a discapito di quello autonomo⁹; si tratta, piuttosto, di qualsiasi attività socialmente utile, non riconducibile strettamente a uno specifico censo ovvero a privilegi frutto di retaggi del passato¹⁰.

Si tratta di una vera e propria *funzionalizzazione* del lavoro che, si diceva, è strumento utile non solo all'individuo ma anche alla Società e, quindi, trascende la mera

⁵ G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), **Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali (art. 1-12)**, Bologna, 1975, 236 e ss.

⁶ Cfr. M. MAZZIOTTI, **Il diritto al lavoro**, 1956, 57 e ss.

⁷ C. LAVAGNA, **Basi per uno studio sulle figure soggettive contenute nella Costituzione italiana**, 1953, poi in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 739 e ss., richiamato da A. CARIOLA, *Art. 4, cit.*, 121.

⁸ V. CRISAFULLI, **Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione**, in *RGL*, 1951, I, 167, citato ancora da A. CARIOLA, *o.u.c.*

⁹ Sebbene il secondo comma dell'art. 3 sia stato spesso interpretato per “recuperare” un esplicito *favor* nei confronti del lavoro subordinato.

¹⁰ Sul punto cfr. M. MAZZIOTTI, **Lavoro (dir. cost.)**, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, 338 e ss.

sussistenza per accreditarsi quale strumento di affermazione della personalità degli individui, nell'ottica più generale del progresso sociale.

2. Il diritto al lavoro.

Se il diritto al lavoro ha indubbiamente una dimensione *sociale*, non possono peraltro negarsi la sua natura pubblicistica e i riflessi che prendono corpo dall'obbligo posto in capo allo Stato.

In altri termini, la *socialità* del diritto di cui all'art. 4, comma 1, Cost. assume particolare connotazione alla stregua della sua effettività, o meglio, alla stregua del condizionamento derivante dall'attività (o dall'inattività) dello Stato e, quindi, dalla esistenza (ovvero dall'inesistenza) di un'azione regolatrice delle forze che sono in grado di influenzare l'effettività del diritto in questione.

Si tratta di effettività che risente profondamente del crisma *personalistico* che ammantava il diritto: non vi è chi non colga la centralità della *persona* nel sistema fondato sul lavoro, strumentale all'affermazione dell'individuo e alla partecipazione alla vita sociale (cfr. artt. 1 e 2 Cost.).

Si deve, quindi, condividere la lettura che la Consulta ha offerto alla norma collegando l'art. 4 all'art. 1 Cost., mercé l'esaltazione della dimensione *sociale* del diritto al lavoro¹¹.

Il contenuto negativo della norma è pure immediatamente percepibile: lo Stato deve astenersi dall'intervenire nei confronti di chi sceglie di svolgere un'attività lavorativa (in questo senso va anche letto l'inciso *secondo le proprie possibilità e la propria scelta* che ricorda sia l'aspetto *personalistico* sia il dovere di non-interferenza da parte dello Stato).

L'astensione dello Stato si coniuga, poi, con la già citata insussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro, inteso quale diritto immediatamente *giustiziabile*. L'art. 4, infatti, deve pure essere letto in combinato disposto con l'art. 41 Cost.: qualsiasi forzatura a beneficio del diritto alla *collocazione* contrasterebbe, evidentemente, con l'autonomia di rango costituzionale che governa l'iniziativa economica¹².

Il dovere imposto alla Repubblica di cui si legge nel comma 1 dell'art. 4, dunque, assume un duplice significato: è utile a chiarire la portata della norma e a superare ogni

¹¹ C. cost., 12 gennaio 1971, n. 5, in *Giur. cost.*, 1971, 39.

¹² G.F. MANCINI, *o.u.c.*, 233.

interpretazione meramente *programmatica* a beneficio della citata dimensione *sociale*; è utile a chiarire l'insussistenza di un diritto all'assunzione generalizzato e, per altro verso, l'insussistenza di una sanzione (giuridicamente intesa) in capo allo Stato a fronte del mancato raggiungimento della c.d. *piena occupazione*.

Per altro verso, si deve pure ribadire che l'impegno statale nel processo che conduce all'effettività del diritto in questione assume un ruolo fondamentale e costituisce una vera e propria pietra angolare intorno alla quale si regge il sistema: lo Stato deve predisporre iniziative utili all'incremento delle possibilità d'impiego; deve compulsare l'aumento della domanda di forza lavoro; deve veicolare l'offerta di forza lavoro intervenendo nel mercato onde correggere distorsioni e ridurre al minimo gli effetti del *mismatch* tra domanda ed offerta; deve curare la formazione degli individui ed indirizzarla in modo che possa provocare occupazione.

Si tratta di attività che lo Stato ha tradizionalmente inquadrato nell'ambito delle funzioni non delegabili o cedibili, imponendo per lungo tempo il monopolio pubblico al collocamento, salvo poi rendersi conto¹³ che il mezzo non consentiva il raggiungimento del fine e che proprio la marcata *socialità* del diritto al lavoro imponeva un ripensamento delle misure volte a bilanciare – mercé l'intervento statale – il rapporto tra le forze operanti sul mercato e le norme a tutela di diritti inderogabili.

In questo senso vanno lette le critiche formulate da chi ha ritenuto inappropriata la gestione pubblicistica delle forze governanti il mercato del lavoro¹⁴: in altri termini, la presenza dello Stato nel mercato produrrebbe un effetto contrario a quello auspicato, ossia, impedirebbe agli individui di rendere effettivo il diritto al lavoro. Nello stesso senso, per contro, bisogna considerare che il ruolo attivo dello Stato è pure necessario nella misura in cui l'intervento sia utile ad ammortizzare – sul piano patologico – gli effetti della espulsione degli individui dal mercato o, ancora, nella misura in cui sia utile a sostenere la domanda di forza lavoro nei confronti di soggetti che sono sprovvisti di particolare *appeal*.

Il bilanciamento tra diversi interessi e la necessità di mantenere fermo il fine al quale la norma è pure chiaramente asservita rendono attuale la lezione di Mengoni sul tema: “*il diritto al lavoro non è soltanto un principio fondamentale che impone ai pubblici poteri una politica economica di promozione della massima occupazione, ma obbliga lo Stato a istituire servizi pubblici di formazione e di orientamento professionale, nonché di*

¹³ Cfr. Corte giust. 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre.

¹⁴ Si fa riferimento alla nota interpretazione di C. MORTATI.

*avviamento al lavoro, cioè di mediazione della domanda e dell'offerta di lavoro. Questi servizi, erogatori di prestazioni pubbliche di carattere non (direttamente) economico, concorrono pure ad integrare i presupposti fattuali di possibilità di esercizio del diritto di scelta della professione, sancito dall'art. 4, primo comma, che di per sé presenta una struttura uguale a quella dei diritti di libertà*¹⁵.

3. Il mercato del lavoro e l'affermazione del diritto: la regolazione di forze diverse nell'ottica dell'affermazione dei principi costituzionali.

Se dunque il diritto al lavoro si colloca, di fatto, *a metà del guado*, costretto tra funzione sociale e governo delle dinamiche che caratterizzano l'economia e la produzione, non si può prescindere da una sia pure fugace riflessione intorno al concetto di mercato, luogo (ovvero, non-luogo) che ospita le forze che lo Stato dovrebbe regolare (ovvero, lasciare al loro destino).

Sul punto sia concesso il recupero di riflessioni già spese altrove¹⁶:

Il c.d. neoliberalismo interpreta il concetto di mercato quale forma politica: si tratta di un modello (ovvero, di una morfologia di governo) al quale corrisponde l'economia, così come al modello di sovranità corrisponde il diritto pubblico e a quello della disciplina corrispondono le scienze sociali¹⁷. Il neoliberalismo incoraggia un approccio alle relazioni correnti tra soggetti (persone/stati) assolutamente razionale: si tratta di una razionalità economica generalizzata che fa del mercato un sistema di veridizione¹⁸.

Il mercato, quindi, non è uno spazio vero e proprio essendo, piuttosto, un meccanismo di adeguamento, ossia, un meccanismo che governa l'intermediazione tra gli uomini attraverso il desiderio di oggetti.

Mentre nel tradizionale modello della sovranità le relazioni tra sovrano e sudditi erano regolate dal diritto pubblico (promanazione della volontà del sovrano), il neoliberalismo costruisce un modello di governabilità nel quale i diritti fondano la loro

¹⁵ L. MENGONI, **I diritti sociali**, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, 1-15, relazione al Convegno celebrativo del cinquantenario della Costituzione repubblicana organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei e dalla Corte costituzionale in collaborazione con l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma 18-20 dicembre 1997, poi in M. NAPOLI (a cura di), *L. Mengoni. Il contratto di lavoro*, Milano, 2004, 129 e ss. e, in particolare, 135.

¹⁶ F.V. PONTE, **Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita**, Napoli, 2013.

¹⁷ Il riferimento è al *discorso di verità* di M. FOUCAULT, trad. it. Rizzoli, Milano, 1986, V, 13.

¹⁸ A. GARAPON, **Lo Stato minimo**, Milano, 2012, 13.

indipendenza rispetto al potere facendo riferimento all'economia, ossia, al concetto estremamente razionale di utilità¹⁹.

In quest'ottica l'individuo in quanto tale non è più l'unità di base; egli agisce quale imprenditore, ovvero, quale soggetto capace di fare valere i propri interessi economici: “...*Il neoliberalismo propone un'autentica razionalità politica, ossia un modo di articolare la convivenza umana con la libertà, ma escludendo qualsiasi finalità per detta convivenza. Esso propone di sostituire alla deliberazione collettiva e alla discussione su ciò che è legittimo o illegittimo un'organizzazione della società concreta e più modesta, ma efficace ed efficiente, basata sulla libertà individuale. Si tratta, in questo senso, di una filosofia politica di uscita dalla politica*”²⁰.

Il mercato (quale meccanismo di adeguamento), quindi, appare profondamente segnato dall'assenza di una visione d'insieme: “...*i mezzi sono separati dal fine, l'efficacia è svincolata dal finalismo, la modernità è desolidarizzata rispetto alla democrazia, il diritto è considerato a prescindere dalla giustizia, l'individuo è svincolato da un territorio e, infine, la circolazione delle merci è regolamentata indipendentemente dallo status delle persone*”²¹.

In tale ottica il mercato non rappresenta un ordine, per così dire, finalizzato ad alcunché: esso è un ordine che è fine a se stesso.

Il mercato deve soltanto essere: i soggetti/imprenditori si muovono nel mercato che garantisce loro, appunto, libertà e sicurezza.

La regola animante il mercato, dunque, è la concorrenza tra i soggetti/imprenditori che lo popolano.

Il diritto, pertanto, ha il solo scopo di regolare il gioco²²: il soggetto/imprenditore ha bisogno solo di regole (fornite dallo stato) che gli consentano di agire quale essere razionale e, pertanto, di massimizzare le sue funzioni di utilità.

Ne deriva, evidentemente, un profondo individualismo: ognuno persegue obiettivi propri, seguendo regole imposte al gioco. Si tratta di regole che non perseguono

¹⁹Sul tema la letteratura è ampia. Si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*. Corso al Collège de France (1978-1979), tr. it. Feltrinelli, Milano, 2005; R. PLANT, *The Neo-Liberal State*, Oxford, 2009; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1986; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie: La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010; F.A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, tr. it. Rusconi, Milano, 1995. In argomento v. inoltre P.B. HELZEL, *Il recupero del binomio sovranità-autorità alla luce della tradizione giuridica*”, P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi di poteri*, Padova, 2012, 15 ss.

²⁰A. GARAPON, *o.u.c.*, 15.

²¹Id., *ibidem*.

²²Cfr. P. DARDOT, CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2008, 181, citati da A. GARAPON, *o.u.c.*, 18.

finalità politiche e che non influenzano l'ordine spontaneo del mercato²³; le regole non hanno un autore equiparabile al Sovrano e, anzi, sono anonime: l'ordine del mercato risulta da una moltitudine di singole azioni, coordinate dalle regole imposte al gioco.

Sicché, in questo contesto l'unica cosa che i partecipanti al mercato chiedono allo Stato è la sicurezza del rispetto delle regole che lo governano: com'è stato efficacemente sostenuto, “...la certezza del diritto assicurata dall'ordinamento giuridico deve compensare l'incertezza inerente alla situazione in cui si trova il singolo in un ordinamento spontaneo qual è il mercato”²⁴.

Ne consegue che gli stessi soggetti/imprenditori non devono essere educati mediante la sanzione dei comportamenti, essendo sufficiente il condizionamento dell'ambiente, ossia, degli elementi che caratterizzano il mercato.

In sintesi, quindi, il mercato vivrebbe spontaneamente e il diritto fornirebbe solo le regole che governano il gioco al quale partecipano i soggetti/imprenditori.

Ciò che assicura l'equilibrio è l'interesse comune, che non è però un interesse superindividuale/collettivo, ma è la somma degli interessi dei singoli, perseguito adottando comportamenti assolutamente razionali e scevri da qualsivoglia elemento emotivo e/o passionale. In questo contesto le differenze tra gli individui sono esaltate e non obliate: l'assetto concorrenziale del mercato non tollera alcun appiattimento e postula, anzi, la diseguaglianza tra gli individui mossi, come si è detto, dal solo interesse individuale.

Il mercato, pertanto, è sia realtà economica sia forma di organizzazione umana: esso non ha bisogno della politica e della giustizia ma solo di regole che i soggetti/imprenditori seguono per il proprio interesse²⁵.

Stante tale premessa, evidentemente condizionata dalla invadente ideologicizzazione del tema, v'è da osservare lo scenario prediligendo un punto di vista più concreto, che poi è quello di chi studia l'essere piuttosto che il dover essere.

Sul piano economico il mercato del lavoro ospita – si tratta ovviamente di visione semplicistica, ma efficace – le relazioni correnti tra domanda e l'offerta di forza lavoro: l'oggetto della contrattazione è, quindi, ciò che è offerto dai prestatori di lavoro e domandato dai datori di lavoro²⁶.

²³F.A. VON HAYEK, **Legge, legislazione e libertà**, tr. it. Il Saggiatore, Milano, 2010, 144 ss.

²⁴P. DARDOT, CH. LAVAL, **La nouvelle raison du monde**, *cit.*, 262.

²⁵A. GARAPON, *o.u.c.*, 25 e 29.

²⁶Sul tema cfr. BRUCCHI, LUCHINO (pseudonimo di GIORGIO BRUNELLO, DANIELE CHECCHI, CLAUDIO LUCIFORA e ANDREA ICHINO), **Manuale di economia del lavoro**, Bologna, 2001, in particolare 105 ss.; G.

Gli economisti spiegano le relazioni tra domanda e offerta – ovviamente in un sistema ideale, ossia, popolato solo da alcune variabili il cui atteggiarsi è controllato da chi elabora l'analisi²⁷ – affidandosi al concetto di equilibrio nel mercato del lavoro: dati per scontati i concetti di forza lavoro (somma delle persone occupate e disoccupate), di tasso di occupazione (occupati con età ≥ 15 anni) e di tasso di disoccupazione (disoccupati/in cerca di lavoro ≤ 15 anni), l'equilibrio nel mercato si verifica allorché si determini l'incontro tra domanda e offerta al livello – appunto – del salario di equilibrio.

Pertanto, un salario al di sopra del livello di equilibrio indica un *surplus* di lavoratori in concorso per pochi posti disponibili (in questo caso la concorrenza spinge il salario verso il basso); un salario al di sotto del livello di equilibrio indica una sovrabbondanza di domanda di forza lavoro (quindi, la concorrenza tra datori di lavoro spinge il salario verso l'alto).

Ciò brevemente (e, per ovvie ragioni, superficialmente) riferito, bisogna porre in relazione il formalismo prettamente economico con talune situazioni che gli stessi economisti hanno verificato in alcuni studi recenti.

Il mercato del lavoro italiano nell'ultimo decennio è stato caratterizzato da ciò che taluni hanno definito un miracolo economico: nel periodo 1996/2007 è stato registrato un incremento significativo dell'occupazione, nel periodo precedente alle riforme del mercato del lavoro del 1997 (la c.d. legge Treu n. 196/1997) e comunque prima dell'inizio della crisi economico-finanziaria con la quale ancora oggi facciamo i conti (il cui inizio si fa risalire al 2008)²⁸; si tratta – precisamente – di una variazione del 11,12 % con riferimento alla occupazione totale (unità standard lavoro-posti) e di una variazione – 41,67 % con riferimento al tasso di disoccupazione. Si badi bene: gli esperti ci riferiscono di un aumento dell'occupazione reso possibile da un rallentamento della crescita della produttività, accompagnata peraltro dalla stagnazione nella crescita dei salari reali²⁹. Si tratta di situazione abbastanza anomala: all'incremento della occupazione dovrebbe seguire comunque una pressione salariale (cfr. quanto accennato poc'anzi, con riferimento al mercato del lavoro concorrenziale).

J BORJAS, *Economia del lavoro*, edizione italiana a cura di A. DEL BOCA, D. DEL BOCA, L. CAPPELLARI e A. VENTURINI, Milano, 2010, 105 ss.

²⁷Si fa solitamente riferimento al c.d. mercato del lavoro concorrenziale.

²⁸Si fa riferimento allo studio condotto da D. CHECCHI, **Riforma del mercato del lavoro e disuguaglianza in Italia**, *cit.*, 1 ss.

²⁹ID., *ibidem*.

Una prima ipotesi avanzata per spiegare tale effetto è stata confezionata dagli esperti facendo riferimento alla relazione corrente tra le riforme per così dire flessibilizzanti³⁰ e la crescita occupazionale³¹. Si tratta, però, di spiegazione insufficiente: il solo intervento normativo non è idoneo a determinare la creazione di nuovi posti di lavoro, tant'è che i dati raccolti dimostrano che il coinvolgimento di lavoratori in forme contrattuali più flessibili (ossia, in forme individuate ad hoc dal Legislatore) è stato al di sotto del 10%, mentre l'occupazione dipendente è cresciuta di circa il 20%.

Per cogliere appieno il fenomeno, allora, è stata prestata attenzione alla dinamica salari/produttività: *“La crescita occupazionale appare piuttosto come il risultato di un rallentamento della crescita della produttività che si osserva a partire dall'anno 2000, combinato con il rallentamento salariale che segue l'accordo del luglio 1993. Come conseguenza il costo del lavoro si è ridotto in termini reali, e a partire dal 1998, anche in termini nominali, grazie alla parziale fiscalizzazione degli oneri sociali [...]. Una produttività che langue, associata a un salario reale che diminuisce, produce una riduzione tendenziale del costo del lavoro per unità di prodotto e spiega perché diventa conveniente per le imprese assumere lavoratori”*³².

A ben vedere, quel 10% riferito alla nascita di rapporti flessibili ha visto coinvolti per lo più soggetti già ai margini del mercato: donne e giovani hanno avuto la chance di essere occupati tramite un c.d. *bad job*.

Sicché la flessibilità non ha inciso in modo determinante sul livello di occupazione, aumentando solo il dualismo già presente nel mercato, ai suoi margini. Nel mercato del lavoro nostrano l'effetto delle riforme flessibilizzanti sembra individuabile nell'accrescimento dell'elasticità dell'offerta aggregata di lavoro, stanti le nuove opportunità lavorative: considerata, tuttavia, la natura dei posti creati e vista la scarsa produttività cui si faceva riferimento, una conclusione probabilmente condivisibile è quella che giudica tali riforme come una delle cause dell'arresto dei consumi. La c.d. creazione di posti di lavoro senza crescita (*growthless job creation*)³³ è accostabile al blocco della trasformazione dell'accresciuto reddito in maggior consumo.

³⁰Il riferimento è, soprattutto, alla l. n. 196/1997 e al d.lgs. n. 276/2003, oltre che alle norme governanti i contratti a tempo determinato e *part time* (d.lgs. n. 368/2001 e d.lgs. n. 61/2000).

³¹D. CHECCHI, *o.u.c.*, 3 ss.

³²Id., *o.u.c.*, 8 ss.

³³T. BOERI, P. GARIBALDI, **Two tier reforms of employment protection: A honeymoon effect?**, *Economic Journal*, 117, 357, 3.

Tirando le fila del ragionamento, si può quindi affermare che la norma ha un impatto diretto sulle dinamiche che interessano il mercato ma che non sembra esserci una relazione positiva tra flessibilità e occupazione considerate le dinamiche salari/produzione e, quindi, non appare sostenibile una funzione per così dire “taumaturgica” della flessibilità, almeno come intesa nelle riforme del periodo 1996-2007, stando a quanto ci dicono gli economisti.

Si tratta ora di coniugare l'impostazione neolibera e, quindi, la sostenuta capacità del mercato di vivere spontaneamente (il diritto fornirebbe solo le regole che governano il gioco al quale partecipano i soggetti/imprenditori) con i dati testé forniti.

Le linee di pensiero sono – per quel che qui rileva – sostanzialmente due: c'è chi sostiene, aderendo all'impostazione prediletta dai sostenitori dell'analisi economica del diritto (*law and economics*), che alla norma giuridica possa riconoscersi la natura di strumento utile al risparmio dei costi di transazione e, quindi, intravede nello studio economico degli effetti della norma il naturale piano di sviluppo delle moderne speculazioni teoriche³⁴; c'è chi ritiene, aderendo alla impostazione più tradizionalista, che il lavoro non sia una merce e che, pertanto, l'applicazione dei concetti strettamente economici alla speculazione giuridica sia intollerabile³⁵.

Quanto alla prima posizione:

Recentemente i sostenitori dell'approccio, per così dire, efficientista, hanno ripreso l'indagine OCSE concernente la relazione tra fluidità in ingresso e in uscita³⁶ per argomentare intorno alla necessità di sostenere progetti di riforma in grado di impattare in modo decisivo sulle dinamiche caratterizzanti il mercato del lavoro nostrano³⁷.

³⁴Tra i lavoristi il più noto e autorevole sostenitore di tale metodo di analisi è Pietro Ichino: tra i suoi diversi scritti in materia si segnalano P. ICHINO, **Il lavoro e il mercato**, Milano, 1996; ID., *A che cosa serve il sindacato?*, Milano, 2006; ID., *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Bologna, 2009, 75 ss.; ID., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011. Più in generale, sull'analisi economica del diritto cfr. G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale, 1970.

³⁵Cfr. U. ROMAGNOLI, **Le ragioni del referendum sul lavoro contro il “mercato delle regole”**, Il Manifesto, 14 settembre 2012; G. LOY, Verso la riforma del mercato del lavoro, in M. TIRABOSCHI, P. RAUSEI, *Lavoro: una riforma a metà del guado*, ADAPT e-book, 2012, 1, 33 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 521 ss.; G. FERRARO, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore: riflessione sulle tesi di Pietro Ichino*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, cit., 109 ss.; M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit et mus parietur”*, dattiloscritto, aprile 2012; R. DEL PUNTA, *Il lavoro difficile. Prime riflessioni sulla riforma Fornero*, Bologna, 2012.

³⁶ Cfr. P. ICHINO, **La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori**, relazione presentata al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” di Pescara, 11 maggio 2012, dattiloscritto: ivi ampi riferimenti allo studio OCSE del 2008.

³⁷ID., *ibidem*, 2 ss.

Il punto di partenza è la vischiosità del mercato del lavoro italiano: i flussi caratterizzanti i passaggi dallo stato di occupazione a quello di disoccupazione (e viceversa) sono ridotti; il mercato, quindi, è scarsamente inclusivo. L'Italia è tradizionalmente descritta come paese con bassissima percentuale di scambio; gli Stati Uniti, di contro, sono tradizionalmente indicati quale esempio di altissima percentuale di scambio.

Osservando le criticità che affliggono il mercato nostrano, gli studiosi che privilegiano un approccio *law and economics* rilevano – molto opportunamente – la indifferenza mostrata in molti casi dal Legislatore, colpevole di non valutare adeguatamente i dati reali: il mercato è segnato da un profondo dualismo (come denunciato in più occasioni da istituzioni europee: cfr. supra) che – ricalcando il meccanismo che vede in perenne conflitto *insiders* e *outsiders* – protegge all'inverosimile taluni (in particolare, i lavoratori subordinati assunti a tempo pieno e indeterminato da aziende con più di 15 dipendenti e i lavoratori dipendenti delle PP.AA.), penalizzando fortemente altri (in minima parte, i lavoratori dipendenti di piccole aziende; massimamente i lavoratori cc.dd. precari, i “finti” parasubordinati, ecc.).

In buona sostanza, nessuno (o pochi) si preoccupa(no) dell'altra metà del cielo (che, a ben vedere, è ben più della metà, considerando che i lavoratori iperprotetti non sono la maggior parte della forza lavoro³⁸).

La denunciata indifferenza dovrebbe condurre – ed è questo il fulcro del discorso – ad un approccio radicalmente diverso, ossia, al confezionamento di un pacchetto normativo in grado di alleviare (recte: eliminare) il peso che comprime la facoltà imprenditoriale di aggiustamento degli organici.

La decisività dell'argomento sarebbe dimostrata dall'indiscutibile fondatezza dell'argomento, per così dire, specularmente (l'unico, ad oggi, verificabile empiricamente): stante la compressione della facoltà imprenditoriale di aggiustamento degli organici, infatti, sarebbe innegabile il massiccio ricorso a forme contrattuali diverse dal contratto a tempo indeterminato (ossia, a rapporti flessibili o cc.dd. *bad jobs*)³⁹.

Sicché, in tale ottica, la flessibilità in uscita rappresenta l'elemento fondamentale con il quale confrontarsi: il merito del Governo è, quindi, quello di avere centrato il punto nodale e di essersi occupato del c.d. imbuto, ossia del problema che strozza il mercato del lavoro, causando vischiosità e limitandone l'inclusività.

³⁸ P. ICHINO, *o.u.c.*, 4.

³⁹ ID., *o.u.c.*, 6.

I sostenitori di tale approccio ci tengono a sgombrare il campo d'indagine da ogni equivoco: non si tratta di mercificare il lavoro o di *bypassare* i principi costituzionali in materia ma, al contrario, di prendere atto del fatto che ogni valutazione sui diritti dei lavoratori (e dei datori di lavoro) e, quindi, ogni confronto tra norme fondamentali a presidio di tali diritti e leggi ordinarie non può prescindere dalla valutazione dell'aspetto pratico: la conformità delle norme ordinarie con quelle di rango superiore non può essere apprezzata (o meno) solo facendo riferimento al dato meramente testuale.

Così, il miglioramento delle *performances* del mercato, l'ablazione del dualismo e la crescita dell'occupazione sono obiettivi il cui raggiungimento vale il mezzo prescelto, anche ove esso induca – sia pure soltanto a livello epidermico – il sospetto di un arretramento rispetto agli standards fino ad oggi individuati.

Il termine di relazione è il modello Tedesco: i sostenitori dell'approccio efficientista nutrono ampia fiducia nel meccanismo che viene utilizzato da anni oltralpe, ossia, nella possibilità che sia il Giudice a decidere quando reintegrare e/o risarcire (ferma la disciplina rappresentante lo “zoccolo duro” della tutela, ossia, impregiudicato il diritto del/la lavoratore/trice discriminato/ta di essere reintegrato/a nel posto di lavoro).

La logica è quella di conservare il massimo livello di tutela (la reintegrazione) nei casi in cui sia in gioco la dignità, la onorabilità o la libertà morale del lavoratore; la sanzione di tipo indennitario, invece, è reputata più che sufficiente nei casi di licenziamento (illegittimo) per motivi economici ovvero nei casi in cui sussiste pur sempre una “colpa” del lavoratore (licenziamento disciplinare), sebbene inidonea a giustificare un licenziamento⁴⁰.

Facendo affidamento sui concetti che animano la teoria generale, si tratta della nota contrapposizione tra *property rule* e *liability rule*: la prima, governante l'effetto reintegratorio, da garantirsi allorché venga in gioco un diritto assoluto; la seconda, applicabile ai casi in cui è sufficiente la responsabilizzazione del debitore commisurata all'entità dell'interesse economico e professionale del lavoratore⁴¹.

Il forte argomento utilizzato a sostegno di tale nuovo approccio e applicato alla materia quale vero e proprio grimaldello utile a scardinare i baluardi delle resistenze fondate sui principi di rango costituzionale (diritto al lavoro, parità di trattamento, ecc.) prende corpo nella seguente osservazione: il passaggio dalla *property rule* alla *liability*

⁴⁰P. ICHINO, o.u.c., 10.

⁴¹ID., ibidem; cfr., ivi citati, G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, **Property rules, liability rules and inalienability**. A view of the Cathedral, Harvard Law Review, 1972, 1089 ss.

rule non produce alcun indiscriminato effetto *dumping*⁴² perché esiste già attualmente una distinzione tra lavoratori in tutto e per tutto “uguali”: è il caso della tutela obbligatoria prevista dalla l. n. 604/1966 che, com'è noto, non distingue la tutela in base alla patologia affliggente il licenziamento bensì in base ai requisiti dimensionali dell'impresa⁴³.

Sicché, in sintesi, un approccio efficiente ai problemi del mercato del lavoro induce a ri-considerare l'intangibilità delle fondamenta che reggono il castello delle tutele.

Per altro verso, è a dir poco evidente che tale approccio fa saldamente affidamento (e, a ben vedere, l'assunto non è mai messo in discussione da chi sostiene l'approccio *law and economics* in argomento) sul rapporto corrente tra il diritto (e, in specie, tra le norme lavoristiche dedicate ai licenziamenti individuali e collettivi) e la denunciata vischiosità del mercato: l'impatto della norma sul tasso di occupazione/disoccupazione è dato per scontato⁴⁴ e, quindi, è scontato l'effetto che produrrebbero norme confezionate nel senso sopra riferito, ossia, norme ablativo del peso che comprime la capacità del datore di lavoro di intervenire sugli organici.

Se non ci si inganna, in tale ottica il massiccio ricorso ai rapporti flessibili sarebbe da imputare proprio alla difficoltà di licenziare (ovvero, all'elevata probabilità della reintegrazione in azienda): ergo, la flessibilità in entrata sarebbe un falso problema, considerata la decisività della disciplina dedicata alla flessibilità in uscita.

Ove si modificasse la seconda, non sarebbe necessario rimettere mano alla prima o, forse, potrebbe essere utile modificare la prima ma in senso “restrittivo”, limitando la stipulazione di contratti flessibili e indirizzando la domanda di forza lavoro verso la stabilità (solo fisiologica e quasi mai patologica) dei rapporti.

Il c.d. “pensiero unico” denunciato da taluni⁴⁵ consisterebbe, pertanto, nel confidare pervicacemente in una ragione economica superiore e nel ritenere che l'efficietismo necessario all'implementazione delle *performances* del mercato del lavoro affondi le radici nel bisogno di libertà che sarebbe avvertito dai datori di lavoro: si assume di più perché si può licenziare di più (e più facilmente); la norma è al centro del discorso nella “cattiva sorte” (è la rigidità normativa che ingessa le dinamiche animanti il mercato

⁴²Che sarebbe ancorato al diverso trattamento riservato a chi subisca un licenziamento illegittimo, ma per motivi diversi da quelli che consentono l'applicazione della property rule.

⁴³P. ICHINO, o.u.c., 11.

⁴⁴Ossia, è dato per scontato che quando l'Europa, le Organizzazioni internazionali e gli autorevoli osservatori denunciano il dualismo italiano e invitano all'implementazione del percorso di flexicurity, si faccia indiscutibilmente riferimento alla disciplina che limita i licenziamenti e che dispone, quale sanzione principale, la reintegrazione.

⁴⁵Cfr. V. SPEZIALE, **La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia**, cit., 525.

del lavoro) e in quella “buona” (è la flessibilità normativa che libera i soggetti che operano nel mercato).

Quanto alla seconda posizione:

L'altro approccio al tema è sostanzialmente ancorato a due elementi: una rilettura dei dati (e della letteratura economica) utilizzati dai sostenitori dell'approccio *law and economics*; un ridimensionamento del dato positivo, ossia, della norma e dei principi fondamentali che sorreggono l'ordinamento e assicurano la tenuta del sistema giuridico.

E' opinione comune che le rigidità delle regole in materia di licenziamento siano in qualche modo collegabili al tasso di disoccupazione: i dati forniti supra dimostrano una particolare attenzione da parte delle istituzioni europee al fenomeno della rigidità⁴⁶; la opportunità di iniziare seriamente a percorrere la strada della *flexicurity*⁴⁷ non è messa in discussione da chiunque si avvicini all'argomento consapevolmente⁴⁸.

Nondimeno, chi contesta l'approccio sopra evocato rilegge i dati prediligendo un'altra visuale.

Secondo alcuni studiosi e alcune affidabili organizzazioni internazionali, le norme in materia non avrebbero effetti decisivi sul livello generale di disoccupazione e possono incidere solo su aspetti congiunturali⁴⁹.

Peraltro, proprio l'*outlook* OCSE del 2004 (che limita il collegamento tra norma e occupazione al dinamismo del mercato del lavoro), afferma che “...*complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamento sui livelli complessivi di occupazione e disoccupazione*”⁵⁰.

Sicché, a ben vedere, se è sostenibile – dati alla mano – una correlazione tra rigidità della disciplina lavoristica e livello di occupazione, è quanto meno sostenibile il contrario facendo affidamento sugli stessi dati, ossia che non vi sono prove di tale

⁴⁶Si ricordi che l'OCSE aveva inserito l'Italia nel novero dei paesi ad alta rigidità in materia di licenziamento: si tratta, com'è noto, di valutazione errata perché fondata su una errata interpretazione della natura del T.F.R. (visto all'estero come firing cost). A seguito della corretta collocazione dell'istituto (retribuzione differita), l'Italia è stata ri-collocata a fianco dei paesi con rigidità normale: cfr. OCSE (OECD), *Employment Outlook*, Paris, 2004.

⁴⁷Si badi bene, nell'accezione europea: non si tratta della panacea di ogni male ma dell'adozione di una politica costosa che coinvolge non solo il diritto ma anche le scelte strategiche degli stati membri e, quindi, le scelte economiche e la programmazione degli impegni di spesa in materia sociale.

⁴⁸V. SPEZIALE, *o.u.c.*, 524 ss.

⁴⁹ID., *ibidem*; cfr. inoltre R. LAYARD, S. NICKELL, R. JACKMAN, **Unemployment: Macroeconomic performance anche the labour market**, Oxford, 2005; OCSE (OECD) 2004, *Employment Outlook*, cit.; E. REYNERI, *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, 2011, I, 131 ss.

⁵⁰OCSE (OECD) 2004, *Employment Outlook*, cit., 80.

relazione e che, quindi, riducendo la protezione contro il licenziamento illegittimo non si determina una crescita della occupazione⁵¹.

Anzi, l'evidenza empirica dell'inconsistenza del corollario sviluppato dall'approccio *law and economics* risiede proprio nell'analisi del dualismo che caratterizza il mercato del lavoro in Italia e, in particolare, nella lettura dei dati che riguardano i rapporti ai quali si applica la c.d. tutela reale (aziende con più di 15 dipendenti) e quelli ai quali si applica la c.d. tutela obbligatoria (aziende con meno di 15 dipendenti): stando ai dati disponibili per il 2009⁵², nel primo caso gli addetti sono 7.790.429, nel secondo caso gli addetti sono 4.108.086⁵³; nel caso della tutela obbligatoria non si è registrato un fenomeno di creazione/distruzione di rapporti di lavoro significativamente diverso da quello caratterizzante la tutela reale. In altri termini, ove la facilità di licenziamento (*recte*: la minore invasività delle conseguenze previste dalla norma in caso di licenziamento illegittimo) fosse determinante per la creazione di nuovi posti di lavoro, si sarebbe dovuto registrare un elevato tasso di *turn over* o, comunque, una maggiore creazione di posti di lavoro nell'ambito della tutela obbligatoria.

Il che, tuttavia, non si è verificato.

Pertanto, liberato il dibattito dai vincoli ideologici⁵⁴ che affliggerebbero l'impostazione efficientista, le scarse *performances* del nostrano mercato del lavoro possono essere addebitate a diversi fattori (tra i quali certamente v'è la rigidità della disciplina lavoristica che, però, svolge un ruolo da “comparsa”): elevati livelli di tassazione, regolamentazione fiscale o di accesso al credito, inefficienza della burocrazia governativa, inadeguatezza della formazione della forza lavoro, instabilità politica, corruzione, inflazione, tasso di criminalità, ecc.)⁵⁵.

Ancora, la conferma della necessità di abbandonare il “pensiero unico” prenderebbe corpo dall'analisi dell'andamento economico di paesi molto competitivi e,

⁵¹Cfr. V. SPEZIALE, *o.u.c.*, 524; G. ESPING ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*. Oxford 1999; R. ARTONI, M. D'ANTONI, M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, Employment protection systems and welfare state models. A comparative study, Bocconi legal studies research paper 06-11, Milano, 2006, 3 ss.

⁵²Dati ISTAT reperibili in <http://www.pietroichino.it/?p=17248>; cfr. anche V. SPEZIALE, *o.u.c.*, 525 ss.

⁵³V'è quindi un netto sbilanciamento quantitativo a favore delle imprese che “subiscono” la reintegrazione.

⁵⁴Si tenga presente che la Germania, assunta a parametro-guida, è definita dal *The Global Competitiveness Report 2011-2012* come paese fortemente rigido (è collocato al 125° posto nella graduatoria sulla flessibilità del lavoro: cfr. pagina 24 del *Report* reperibile in <http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2011-2012>), a causa della scarsa flessibilità salariale e degli alti costi connessi ai licenziamenti.

⁵⁵Cfr. ancora V. SPEZIALE, *o.u.c.*, 534 e, soprattutto, la relazione presentata dall'A. al Convegno Nazionale del Centro Studi “Domenico Napoletano” tenutosi a Pescara, 11 e 12 maggio 2012, sul tema “Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro”, dattiloscritto.

però, fortemente rigidi quanto a disciplina lavoristica. Accanto alla Germania vi sono la Svezia, la Finlandia e la Francia: paesi molto performanti e al contempo particolarmente rigidi.

Dal che si evincerebbe una conferma della relazione rigidità/sclerosi del mercato del lavoro e la prova dell'esistenza di altri elementi certamente importanti.

Quanto ai principi fondamentali, i sostenitori dell'inaffidabilità dell'approccio *law and economics* rimproverano a quegli interlocutori la scarsa considerazione del dato normativo e dei principi alla cui stregua lo stesso deve essere interpretato.

Un aspetto ignorato, ad esempio, riguarderebbe le tecniche di tutela: la normativa limitante i licenziamenti è invero una disciplina che fa seguire al comportamento illegittimo del datore di lavoro una particolare (e caratteristica) forma di risarcimento: quello in forma specifica. La reintegrazione, quindi, non è un'anomalia: è solo, banalmente, la concretizzazione di un meccanismo previsto dal codice civile (art. 2058) e, quindi, un rimedio squisitamente restitutorio⁵⁶.

Ora, pure riconoscendo l'assoluta libertà del legislatore di affidare a questo o ad altri meccanismi di tutela il compito di salvaguardare gli interessi del creditore in un rapporto di durata e a prestazioni corrispettive qual è quello di lavoro e, quindi, ferma la considerazione secondo la quale non esiste una tecnica di tutela immutabile e "granitica", non si può omettere di considerare – e i sostenitori dell'approccio efficientista sarebbero colpevoli di siffatta omissione – che a fronte di una pluralità di strumenti, nei rapporti obbligatori bisogna prediligere i rimedi in grado di ristabilire l'equilibrio contrattuale che le parti hanno voluto negoziando tra loro. Proprio in questo senso si è espressa la Corte di Cassazione che, a sezioni unite, ha affermato che una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico garantisce "*...l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario*"⁵⁷.

Si tratta di equilibrio che offre al creditore una tutela coerente con gli interessi in gioco: volenti o nolenti bisogna ammettere che nel rapporto di lavoro entrano in gioco interessi metapatrimoniali, certamente riconducibili a quella scala di valori che è contenuta nella Costituzione repubblicana (diritto al lavoro, parità di trattamento, diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente, ecc.).

⁵⁶ID., *o.u.c.*, 532 ss. ma, più dettagliatamente, cfr. la relazione presentata al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano" tenutosi a Pescara, *cit.*, 24 ss.

⁵⁷Cass. S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, FI, 2006, I, 704, con note di DALFINO e PROTO PISANI; anche in RIDL, 2006, II, 440, con nota di VALLEBONA; ADL, 2006, 594, con nota di MENEGATTI. In argomento v. F. SANTONI, Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro, DML, 2008, 1-2, 45 ss.

La sostituzione della tecnica risarcitoria che garantisce l'effetto restitutorio con quella che assicura solo un ristoro per equivalente (economico) costringerebbe, a conti fatti, all'attribuzione di un valore economico a un rapporto nel quale l'aspetto merceologico soffocherebbe il coinvolgimento delle persone nello stesso. Coinvolgimento che, evidentemente, non è suscettibile di mera valutazione economica⁵⁸.

Altro aspetto importante è rinvenibile nella funzione che la reintegra svolge nel rapporto di lavoro: l'art. 18, l. n. 300/1970 (vecchia versione) è (era) “norma di chiusura” del diritto del lavoro⁵⁹: il licenziamento a costi contenuti e, comunque, la particolare facilità nell'irrogarlo incidono non poco sulla esigibilità di taluni diritti essenziali (retribuzione, tutela della professionalità, tutela della sicurezza). Del resto, nei rapporti assistiti dalla tutela obbligatoria la giurisprudenza ha individuato meccanismi di salvaguardia dei diritti dei lavoratori che – com'è noto – sono sostanzialmente tutelabili a rapporto cessato e non subiscono gli effetti ablativi della prescrizione in costanza del rapporto⁶⁰.

Si tratta di ragionamento che consente di ritornare, peraltro, al “cuore” della teoria neo-liberista e di cogliere la profonda inefficienza, per usare termini cari a chi coltiva l'idea *mercato-centrica*, che produce un approccio nel quale il valore della persona non è oggetto di interesse da parte della norma: non si può ridurre il tutto alla mera regolazione del gioco al quale partecipano gli individui⁶¹ giacché gli stessi sono portatori di interessi che il mercato – inteso quale meccanismo di adeguamento – non considera ed ignora.

Di tali interessi fa carico il diritto in un sistema – qual è il nostrano – che pone al proprio centro la persona: la vera intuizione del Legislatore del 1948 è stata quella di esaltare, nella prima parte della Costituzione, il concetto di solidarietà e, quindi, quell'elemento che funge da collante fra gli individui, presupponendone la centralità

⁵⁸Sia consentito il rinvio a F.V. PONTE, La prova del danno esistenziale nel rapporto di lavoro: creazione dell'ipotesi di danno e negazione della sua risarcibilità, DML, 2008, 1-2, 131 ss.; sul tema, in generale, v. R. DEL PUNTA, Diritti della persona e contratto di lavoro, in Il danno alla persona del lavoratore, Atti del Convegno AIDLASS tenutosi a Napoli nel 2006, Milano, 2007, 19 ss.; R. CASILLO, La dignità nel rapporto di lavoro, W.P.C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2008, 71; A. TURSI, Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro, RIDL, 2003, I, p. 294; L. MONTUSCHI, Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro, RIDL, 1994, I, p. 319.

⁵⁹L'espressione è di V. SPEZIALE, o.u.c., 535. Cfr. B. CARUSO, Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo, in W.P.C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2012, 140, 3 ss., che, efficacemente, parla dell'importanza della collocazione sistematica dell'art. 18 e della sua funzione di “cerniera” all'interno dello Statuto dei lavoratori.

⁶⁰C. cost. 10 Giugno 1966, n. 63, MGL, 1966, 133; tra le tante sentenze della S.C. in argomento cfr. Cass. 17 ottobre 2006, n. 22229, FI, Rep. 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 37.

⁶¹Definiti, come si è visto, *imprenditori*.

all'interno del sistema⁶². Si tratta di concetto che il neo-liberalismo non può contemplare perché presuppone il sostegno di taluni ad altri: è concetto che supera l'individualismo e, quindi, mortifica l'idea secondo la quale il benessere della collettività è frutto della somma del benessere che i singoli si procurano in un mercato competitivo⁶³.

Il concetto di solidarietà rappresenta la risposta laica all'esigenza dei più deboli e garantisce la tutela degli stessi attraverso il ricorso a strumenti che non sono suscettibili di valutazione economica.

4. Il dovere di lavorare, tra adempimento e libertà.

Il secondo comma dell'art. 4 Cost. impone ad ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

La *ratio* animante la norma affonda le radici, anche in questo caso, nella sua dimensione sociale: *“sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione, che coincidano cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati, [...] la cui tutela imponga nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima, proprio alla stregua del secondo comma dell'art. 41 Cost.”*⁶⁴

Sicché, il dovere di lavorare è direttamente riconducibile – per un verso – al fondamento sociale del diritto stesso e – per altro verso – alla solidarietà pure costituzionalmente intesa. Il limite è rappresentato dalle *possibilità* e dalle *scelte*: elementi, questi, che sono da ricondurre, come pure detto, alla stessa *ratio* animante l'art. 41 Cost.

Lo Stato è ancora una volta chiamato ad intervenire, nondimeno, per assecondare le *scelte* e sostenere le *possibilità*: si tratta, a ben vedere, di intervento contiguo a quello che lo Stato compie alla stregua di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 4.

⁶²L. MENGONI, **Fondata sul lavoro**: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, Milano, 1998. In argomento v. G. CALABRÒ, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di C. Mortati*, Lungro, 1997.

⁶³Sul tema cfr. G. CALABRÒ, P.B. HELZEL, **Il sistema dei diritti e dei doveri**, Torino, 2007.

⁶⁴R. NIRO, *Comm. art. 41 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTI, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost., cit.*, 854.

Dal canto suo, l'individuo non può rimanere inerte e deve essere ben individuato il suo ruolo all'interno del dibattito che, come pure sostenuto, ha visto il dovere di lavorare in posizione “...marginale ed esangue”⁶⁵.

Il dovere di svolgere una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società deve essere adempiuto giacché sarebbe un lusso tollerare una *gratuità indifferenziata*⁶⁶: il godimento dei diritti sociali di cittadinanza sarebbe subordinato – così procedendo – all'effettività dell'art. 4, comma secondo, che – al pari del primo – andrebbe interpretato in moto tutt'altro che meramente programmatico.

In tale senso depongono, peraltro, quelle norme che sanzionano la passività del lavoratore (in specie, del lavoratore espulso dal contesto produttivo: cfr. nuovo art. 18, legge n. 300/1970 e, in particolare, la disciplina sul c.d. *aliunde percipiendum*).

Si tratta, dunque, di un dovere che è figlio di quel diritto al lavoro concepito allorché è stato forgiato il “pacchetto” di diritti sociali: per dirla con le parole di Romagnoli, “...l'alternativa di una vita inattiva e assistita è estranea al patto sociale stipulato tanti anni fa. Costituzionalmente corretto, pertanto, è proprio il criterio selettivo più severo: quello per cui la titolarità dei diritti sociali di cittadinanza spetta ai soli cittadini bisognosi dei quali sia accertata la condivisione del dovere – indissociabile dallo status di cittadino, per volontà espressa dei costituenti – di più sicura matrice solidaristica qual è il dovere di “svolgere una attività o una funzione” utile alla società. Come dire: hai diritto a qualcosa, se dai qualcosa; parola di costituente. E del suo interprete disposto ad attualizzarla”⁶⁷.

Tale impostazione pone al centro del discorso, evidentemente, il tema della coercibilità del dovere: si tratta di elemento che è totalmente inesistente nella disciplina costituzionale e che non è – a ben vedere – neanche ipotizzabile.

In disparte i meccanismi di coazione, che più o meno direttamente inducono gli individui a rendersi attivi nel mercato del lavoro, l'espressione contenuta nell'art. 4 Cost. esclude l'applicabilità di qualsiasi sanzione: diversamente argomentando, si dovrebbe preliminarmente decidere cosa si intenda per attività o funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società, ossia, si dovrebbe delimitare il perimetro entro il quale sviluppare l'efficacia del disposto normativo.

⁶⁵ U. ROMAGNOLI, **Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza**, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 3, 533 e ss.

⁶⁶ ID., *ibidem*.

⁶⁷ ID., *ibidem*.

Si tratta di attività che – com'è stato notato – la stessa Costituente ha ritenuto impossibile⁶⁸.

Il dovere di che trattasi, allora, spiega effetti su un piano definibile *morale*, ma rimane pur sempre legato allo spirito solidaristico che anima la Costituzione e, in questo senso, deve essere coniugato con la libertà di scelta pure attribuita agli individui. La dimensione sociale del diritto al lavoro può essere ancor più apprezzata mantenendo sullo sfondo il principio di solidarietà e – come pure si è detto – la libertà di iniziativa economica, tenendo ben ferma la solidità del tessuto connettivo nel quale affonda le radici il lavoro come *mezzo* e come *fine*: strumento di realizzazione delle persone ed elemento omogeneizzante intorno al quale si sviluppa una società libera e massimamente inclusiva.

Riferimenti

F.V. PONTE, La tutela dell'ambiente e il diritto al lavoro: conflitti, interferenze e contiguità, in P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (a cura di), *Il sistema ambiente tra diritto, etica ed economia*, Padova, 2013

G.F. MANCINI, Art. 4, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali (art. 1-12)*, Bologna, 1975.

G. PERA, *Diritto al lavoro e realtà dell'impresa*, in LPO, 1977.

G. PERA, *Diritto del lavoro e indirizzo etico-politico*, in RIDL, 1990.

G. AZNAR, *Lavorare meno per lavorare tutti*, Torino, 1994.

M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, RGL, 1999.

L. MENGONI, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004.

R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.

A. CARIOLA, Art. 4, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

O. MAZZOTTA, *Lavoro e diritto: i valori e le regole*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Bologna, 2009.

C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I.

P. LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela*, in *RIDL*, 2010, I.

⁶⁸ Cfr. M. MAZZIOTTI, voce *Lavoro (dir. cost.)*, cit., 341 e, in particolare, nota 16: “Come è noto, la Costituente non approvò la disposizione, contenuta nel progetto dei Settantacinque, per effetto della quale, l'esercizio dei diritti politici sarebbe stato condizionato all'adempimento di questo dovere, e che istituiva così una sanzione che, per essere applicata, avrebbe richiesto la precisazione, per mezzo del legislatore, dell'obbligo imposto dalla Costituzione...”.

- G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali (art. 1-12)*, Bologna, 1975.
- M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, 1956.
- C. LAVAGNA, *Basi per uno studio sulle figure soggettive contenute nella Costituzione italiana*, 1953, poi in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984.
- V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 1951, I.
- M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973.
- C. cost., 12 gennaio 1971, n. 5, in *Giur. cost.*, 1971.
- Corte giust. 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre.
- L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998.
- M. NAPOLI (a cura di), *L. Mengoni. Il contratto di lavoro*, Milano, 2004.
- F.V. PONTE, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, Napoli, 2013.
- Il riferimento è al *discorso di verità* di M. FOUCAULT, trad. it. Rizzoli, Milano, 1986, V.
- A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, Milano, 2012.
- M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, tr. it. Feltrinelli, Milano, 2005.
- R. PLANT, *The Neo-Liberal State*, Oxford, 2009.
- R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1986.
- A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie: La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010.
- F.A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, tr. it. Rusconi, Milano, 1995.
- P.B. HELZEL, *Il recupero del binomio sovranità-autorità alla luce della tradizione giuridica*”.
- P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (a cura di), *Autorità e crisi di poteri*, Padova, 2012.
- P. DARDOT, CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2008.
- F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, tr. it. Il Saggiatore, Milano, 2010.
- BRUCCHI, LUCHINO (pseudonimo di GIORGIO BRUNELLO, DANIELE CHECCHI, CLAUDIO LUCIFORA e ANDREA ICHINO), *Manuale di economia del lavoro*, Bologna, 2001.
- G. JBORJAS, *Economia del lavoro*, edizione italiana a cura di A. DEL BOCA, D. DEL BOCA, L. CAPPELLARI e A. VENTURINI, Milano, 2010.
- T. BOERI, P. GARIBALDI, *Two tier reforms of employment protection: A honeymoon effect?*, *Economic Journal*, 117, 357, 3.
- P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.
- G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale, 1970.

U. ROMAGNOLI, Le ragioni del referendum sul lavoro contro il “mercato delle regole”, Il Manifesto, 14 settembre 2012; G. LOY, Verso la riforma del mercato del lavoro, in M. TIRABOSCHI, P. RAUSEI, Lavoro: una riforma a metà del guado, ADAPT e-book, 2012, 1.

M. PAPALEONI, Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit et mus parietur”, dattiloscritto, aprile 2012.

R. DEL PUNTA, Il lavoro difficile. Prime riflessioni sulla riforma Fornero, Bologna, 2012.

P. ICHINO, La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, relazione presentata al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” di Pescara, 11 maggio 2012, dattiloscritto: ivi ampi riferimenti allo studio OCSE del 2008.

G. CALABRESI, A. DOUGLAS MELAMED, Property rules, liability rules and inalienability. A view of the Cathedral, Harvard Law Review, 1972.

R. LAYARD, S. NICKELL, R. JACKMAN, Unemployment: Macroeconomic performance anche the labour market, Oxford, 2005; OCSE (OECD) 2004.

E. REYNERI, *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, 2011.

G. ESPING ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*. Oxford 1999.

R. ARTONI, M. D'ANTONI, M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, Employment protection systems and welfare state models. A comparative study, Bocconi legal studies research paper 06-11, Milano, 2006.

L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, Milano, 1998.

G. CALABRÒ, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di C. Mortati*, Lungro, 1997.

G. CALABRÒ, P.B. HELZEL, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, 2007.

U. ROMAGNOLI, Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 3.

**A TRIBUTAÇÃO DE PRÊMIOS PAGOS A EMPREGADOS: UM PARALELO
ENTRE BRASIL E EUA – UM MODELO ITALIANO DE PREVIDÊNCIA
CONTRATUAL COMO 3ª VIA**

***TAXATION OF PREMIUMS PAID TO EMPLOYEES: A PARALLEL BETWEEN
BRAZIL AND THE USA - – AN ITALIAN MODEL OF CONTRACTUAL PENSION
AS A 3RD WAY.***

Recebido em: 26/06/2023

Aprovado em: 27/06/2023

Marcelo Fernando Borsio *
João Renda Leal Fernandes *
Fábio Zambitte Ibrahim *

Resumo: Alguns países têm implementado normas que conferem alcance elevado nas contraprestações adicionais do labor. As recompensas materiais monetárias em contraprestação ao trabalho prestados e as imateriais de estima e incentivo, são relevantes inovações. A Reforma trabalhista brasileira, de 2017, fez alteração na tributação previdenciária para algumas rubricas percebidas pelo trabalhador, entre elas os prêmios. Há polêmica arrecadatória nesta alteração que promoveu renúncia fiscal: válida ou não válida tecnicamente. O Brasil repensa algumas espécies de recompensa ao trabalhador

*Professor Titular do UDF no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, nos créditos de Direito da Seguridade Social e Previdenciário. Pós-Doutor em Direito da Seguridade Social e Professor Visitante, sob a orientação do Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza, pela Universidade Complutense de Madrid (2014). Pós-Doutor em Direito Previdenciário e Professor Visitante, sob a orientação do Prof. Dr. Giuseppe Ludovico, pela Universidade de Milão (2017). Pós-Doutor em Direito Previdenciário pelo PPGD-UERJ, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim. Doutor (2013) e Mestre (2007) em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. e Livre-Docente Wagner Balera. Especialista em Limites Constitucionais da Investigação pela Univ. Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegado de Polícia Federal aposentado e ex-integrante da Força-Tarefa Previdenciária e DELEPREV, em combate às fraudes previdenciárias de 2011 a 2017. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3126-395X>.

*Juiz do Trabalho no TRT-1 Região (Rio de Janeiro). Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário na UERJ. Investigador Associado no Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEEFF) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador Visitante na Harvard Law School (2019-2020). Ex-bolsista da Japan Student Services Organization na Tokyo University of Foreign Studies (2004-2005).

*Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica SP (2007). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social. Advogado, Professor Titular de Direito Previdenciário do Grupo Ibmecc (Adtalem Educacional do Brasil), Professor Associado de Direito Tributário e Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, membro do Conselho Curador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Árbitro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Foi auditor fiscal da Secretaria de Receita Federal do Brasil e presidente da 10ª Junta de Recursos do Ministério da Previdência Social.

(modelo dos Estados Unidos e ou sua matiz da Itália) buscando ampliar a satisfação do ser laboral, sem prejudicar direitos sociais, mormente o que poderia afetar no valor de suas parcelas previdenciárias. Bens ou serviços podem ser novo formato de contraprestação previdenciária não tributável, muito além da lista normativa do Plano de Custeio. Outra norma definidora das possibilidades é imprescindível.

Palavras-chave: Recompensas monetárias – benefícios adicionais – modelos comparados.

Sumário: Introdução. 1. A tributação de prêmios pagos a empregados no Brasil. 2. A tributação dos prêmios, de acordo com o IRC norte-americano. 3. Exceções não tributáveis: *fringe benefits*. 4. Exceções não tributáveis: prêmios por feitos e realizações (*employee achievement awards*) consistentes em objetos de valor real (*item of tangible personal property*). 5. O modelo italiano de previdência contratual associativa e os *fringe benefits*. 6. Conclusão. Referencias.

Abstract: Some countries have implemented norms that give a high level of additional compensation for work. Material monetary rewards in return for work done and immaterial rewards of esteem and encouragement are important innovations. The Brazilian Labor Reform of 2017 made changes to social security taxation for some items received by workers, including bonuses. There is a tax controversy over this change, which promoted tax waivers: technically valid or not. Brazil is rethinking some types of reward for workers (the US model or its Italian counterpart) in an attempt to increase worker satisfaction without jeopardizing social rights, especially those that could affect the value of their social security payments. Goods or services can be a new form of non-taxable social security consideration, far beyond the normative list in the Funding Plan. Another rule defining the possibilities is essential.

Keywords: Monetary rewards – fringe benefits - comparative models.

Summary: Introduction. 1. Taxation of premiums paid to employees in Brazil. 2. Taxation of prizes, according to the US IRC. 3. Non-taxable exceptions: fringe benefits. 4. Non-taxable exceptions: awards for deeds and accomplishments (employee achievement awards) consisting of objects of real value (item of tangible personal property). 5. The Italian model of associative contractual pension and fringe benefits. Conclusion. Bibliography.

1. Introdução

Recompensas, abonos e alguma espécie de parcela adicional sempre fizeram parte da relação de trabalho no mundo. Segundo Robbins¹, mesmo que uma quantidade significativa das organizações foque nas recompensas materiais, tais como remuneração e promoção, é essencial salientar o poder das recompensas menores e mais baratas, como

¹ ROBBINS, Stephen P; JUDGE, Timothy A.; SOBRAL, Filipe. **Comportamento organizacional:** teoria e prática no contexto brasileiro. 14. ed. São Paulo: Pearson, 2005.

o elogio, pois conseguem despertar no colaborador algo mais evidente e melhor, para que trabalhe satisfeito, para assim atingir os objetivos estratégicos das organizações.

Segundo Chiavenato², elas possuem caráter extrínseco ou intrínseco, e cada organização opta em escolhê-las da forma que melhor alcance seus objetivos organizacionais. As extrínsecas são atreladas aos incentivos monetários, já as recompensas intrínsecas são os componentes de maneira imaterial e chamadas de “recompensas não financeiras oferecidas pela organização, como oportunidades de crescimento, investimentos em treinamento, orgulho, autoestima, reconhecimento, segurança no emprego”.

Para além das recompensas materiais monetárias em contraprestação ao trabalho prestados e as imateriais de estima e incentivo, alguns países têm implementado normas que conferem alcance elevado nas contraprestações adicionais, sem imposição tributária, sob limites, como é o caso dos *fringe benefits*, nos EUA. Parece que o modelo americano teria se baseado no código civil italiano.

A Reforma trabalhista de 2017, no Brasil, fez sensível alteração na questão da tributação previdenciária para algumas rubricas percebidas pelo trabalhador, entre elas os prêmios.

Pode ser um caminho inicial para o Brasil repensar algumas espécies de recompensa ao trabalhador, quer no modelo dos Estados Unidos ou no da Itália (previdência contratual associativa), mas que seja ponto de partida para ampliar a satisfação do ser laboral, sem prejudicar seus direitos sociais, mormente o que poderia afetar no valor de suas parcelas previdenciárias. Há como fazer o contraponto sustentável de uma norma como essa.

Partindo deste ponto, o artigo está sedimentado na metodologia crítica, com pesquisa comparada e método dedutivo-constutivo. Houve pesquisa de normas infralegais norte-americanas e legais italianas, além das constitucionais.

2. A tributação de prêmios pagos a empregados no Brasil

O oferecimento de recompensas ou retribuições a empregados que apresentaram desempenho satisfatório por intermédio da entrega de prêmios (pagos em dinheiro, bens de valor real, utilidades, benefícios ou serviços) consiste em prática difundida ao redor de

² CHIAVENATO, Idalberto. **Gestões de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2014.

todo o mundo capitalista ocidental, o que incluiu os dois países mais populosos das Américas: Estados Unidos e Brasil.

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) passou a estabelecer que “prêmios (...) não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário” (art. 457, §2º, da CLT), ao passo em que definiu expressamente prêmios como “liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades” (art. 457, § 4º, CLT).

No aspecto previdenciário, ao incluir uma alínea ‘z’ ao art. 28, §9º, da Lei nº 8.212/91, a Reforma Trabalhista veio também expressamente afirmar que esses prêmios não integram o salário-de-contribuição, ou seja, não sofrem incidência de contribuições previdenciárias.

Recentemente, em virtude dessas alterações legislativas, a Receita Federal publicou uma solução de consulta relacionada ao pagamento de prêmios a trabalhadores empregados (Solução de Consulta COSIT nº 151, de 14 de maio de 2019), com o seguinte teor:

**Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA.
PRÊMIO POR DESEMPENHO SUPERIOR. REFORMA
TRABALHISTA.**

A partir de 11 de novembro de 2017, não integra a base de cálculo, para fins de incidência das contribuições previdenciárias, o prêmio decorrente de liberalidade concedida pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

No período compreendido entre 14 de novembro de 2017 e 22 de abril de 2018, o prêmio por desempenho superior, para ser excluído da base de cálculo das contribuições previdenciárias, não pode exceder ao limite máximo de dois pagamentos ao ano.³

Os prêmios excluídos da incidência das contribuições previdenciárias: (1) são aqueles pagos, exclusivamente, a segurados empregados, de forma individual ou coletiva, não alcançando os valores pagos aos segurados contribuintes individuais; (2) não se restringem a valores em dinheiro, podendo ser pagos em forma de bens ou de serviços; (3) não poderão decorrer de obrigação legal ou de ajuste expresse, hipótese em que restaria descaracterizada a liberalidade do empregador; e (4) devem decorrer de desempenho superior ao ordinariamente esperado, de forma que o empregador deverá comprovar, objetivamente, qual o desempenho esperado e também o quanto esse desempenho foi superado.

³ A ressalva referente ao período de 14/11/2017 a 22/04/2018 deve-se à vigência da MP nº 808/2017, que acabou rejeitada de forma tácita e perdeu eficácia em virtude do decurso de prazo sem que houvesse apreciação pelo Congresso Nacional.

Dispositivos Legais: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 62, § 11; Lei nº 13.467, de 2017, arts. 1º e 4º; Medida Provisória nº 808, de 2017, art. 1º; Lei nº 8.212, de 1991, arts. 22 e 28; Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, art. 457, §§ 2º e 4º; e Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, arts. 52 e 58.

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira passou a atribuir, em regra, natureza indenizatória ao prêmio pago a segurados empregados em razão de seu bom desempenho no trabalho, independentemente de tal pagamento ocorrer em dinheiro, serviços ou bens.

Caso os prêmios estejam sendo pagos de forma não eventual, como verdadeira contraprestação pelo trabalho prestado, haverá, contudo, a possibilidade de questionamento quanto à natureza de tais parcelas, uma vez que estas não podem se prestar à perpetração de fraudes (art. 9º da CLT) ou ao pagamento disfarçado de salários⁴.

O modelo norte-americano, que não representa o ideal, é estruturado nestes termos.

3. A tributação dos prêmios, de acordo com o IRC norte-americano

Nos EUA, país curiosamente tido por muitos como um suposto “paraíso” da liberdade econômica, verifica-se que a legislação federal tributária utiliza um conceito mais abrangente de “prêmios” (comumente referidos como *prizes* ou *awards*) e confere tratamento fiscal bem mais rigoroso e menos benevolente em tal matéria.

O mais importante diploma legislativo federal em matéria tributária é o *Internal Revenue Code (IRC)*, uma compilação de leis que regulamentam tributos federais em espécie, como o imposto de renda federal, a contribuição previdenciária federal designada pela sigla FICA (*Federal Insurance Contribution Act tax*)⁵ e a contribuição federal devida exclusivamente pelo empregador para financiamento do benefício de seguro-desemprego, correspondente à sigla FUTA (*Federal Unemployment Tax*). A fiscalização quanto à arrecadação dos tributos federais fica a cargo do IRS (*Internal Revenue Service*), que funciona como a Receita Federal norte-americana.

⁴ Sobre o tema, é de se recordar o teor da OJ Transitória nº 5, da SDI-I do TST, segundo a qual *o valor das bonificações de assiduidade e produtividade, pago semanalmente e em caráter permanente pela empresa Servita, visando incentivar o melhor rendimento dos empregados, possui natureza salarial, repercutindo no cálculo do repouso semanal remunerado.*

⁵ A FICA consiste na contribuição previdenciária prevista no *Social Security Act*, atualmente com cota-parte de 6,2% devida pelo empregado e 6,2% pelo empregador.

Diferentemente do Brasil, nos EUA os prêmios pagos em dinheiro aos empregados têm natureza salarial, pois considerados uma contraprestação pelo trabalho prestado. São, assim, tributáveis e integram a base de cálculo tanto do imposto de renda federal, quanto da contribuição previdenciária federal (FICA) e da contribuição federal ao seguro-desemprego (FUTA).

De acordo com a Seção 61 do IRC, em regra todas as formas de rendimentos estarão sujeitas à tributação federal, exceto se houver uma previsão específica de exclusão naquele mesmo código tributário. Embora a norma constante da Seção 102, item (a), preveja que a renda bruta (*gross income*) não inclui o valor da propriedade adquirida por intermédio de presente ou doação (*gift*), o item (c) (1) da mesma seção contém ressalva no sentido de que o já mencionado item (a) não exclui da receita bruta qualquer quantia transferida pelo empregador para ou em benefício de um empregado.

Ou seja, em outras palavras, benefício concedido pelo empregador ao empregado é considerado, em regra, uma contraprestação pelo trabalho produzido (portanto, salário), exceto se a própria lei tributária trouxer alguma disposição em sentido diverso.

A Publicação nº 525 de 2018, do IRS, que versa sobre receitas tributáveis e não tributáveis, deixa claro que prêmios ou bônus pagos em dinheiro pelo empregador em decorrência de boas sugestões ou do bom trabalho apresentado pelo empregado possuem, em regra, natureza salarial. Consoante tal publicação, os prêmios (*awards*) recebidos como forma de reconhecimento por trabalho excepcional integram a renda bruta tributável e devem ser declarados no formulário W-2 sob tal qualidade. Isso inclui também, por exemplo, prêmios como uma viagem de férias oferecida a título de recompensa pelo atingimento de metas de vendas. Ainda segundo o documento, se o prêmio consistir em bens ou serviços, deverá ser declarado seu respectivo FMV (*Fair Market Value*), consistente na estipulação de um valor justo de mercado.

Doutro ponto, há as parcelas não tributáveis nesta relação laboral, chamadas de *fringe benefits*.

4. Exceções não tributáveis: *fringe benefits*

É certo, contudo, que o IRC prevê efetivamente a não tributação de alguns benefícios consistentes em bens ou serviços oferecidos – a título de prêmio ou a qualquer outro título – pelo empregador a seus empregados. A Seção 132, por exemplo, exclui da receita bruta alguns benefícios adicionais (*fringe benefits*), que não sofrem, via de regra,

a incidência de imposto de renda federal, FICA ou FUTA. Vejamos exemplificativamente os seguintes:

- *No-additional-cost-services* (serviços que não acarretam custos adicionais ao empregador), inerentes à atividade do empregador e que podem ser oferecidos a seus empregados (por exemplo, o oferecimento de assentos vagos em uma aeronave comercial aos empregados da própria companhia aérea);

- *Qualified employee discounts* (descontos oferecidos aos empregados para a aquisição de produtos comercializados pelo próprio empregador);

- *Working condition fringe benefits* (bens ou serviços necessários para a prestação do próprio trabalho, tais como computadores, uniformes, assinaturas de revistas, carros, cursos e treinamentos);

- *De minimis fringe benefits* (bens ou serviços de baixo valor agregado, como a digitação de documentos de cunho particular por uma secretária da empresa; uso eventual da máquina de *xerox* para fins pessoais; flores, frutas e livros; eventuais coquetéis, refeições em grupo ou confraternizações custeadas pelo empregador; eventuais valores para jantar simples ou táxi num dia específico em que foi necessário realizar horas extras; presentes de baixo valor oferecidos em aniversários ou datas comemorativas; eventuais entradas para teatro ou competições esportivas; café, *donuts* e bebidas leves no local de trabalho; chamadas telefônicas esporádicas mediante uso do aparelho da empresa para fins pessoais);

- *Qualified transportation fringe* (oferecimento de transporte pelo empregador, através de vans, veículos da própria empresa ou de quem lhe preste serviços; passes para uso do sistema público de transportes; estacionamento oferecido pelo empregador; etc);

- *Qualified moving expense reimbursement*, relativo ao reembolso de custos de mudanças;

- *Qualified retirement planning services*, como serviços de informação e aconselhamento a respeito dos programas de aposentadoria da empresa.

Há, no entanto, uma série de requisitos para que esses *fringe benefits* possam ser excluídos da renda bruta, a justificar a não incidência do imposto de renda federal, FICA ou FUTA⁶. O foco principal igualmente é evitar que tais benefícios possam importar pagamento disfarçado de salário (*disguised pay*).

⁶ Uma análise pormenorizada desses requisitos pode ser encontrada em BIKOFF, Lauren *et. al.* **U.S. Master Employee Benefits Guide**, 2019. Riverwoods, IL: Wolters Kluwer, p. 805-837.

Atualmente, as regras sobre tributação de *fringe benefits* encontram-se melhor detalhadas na Publicação IRS nº 525 de 2018 e na Publicação IRS nº 15-B de 2019 (Employer's Tax Guide to Fringe Benefits)⁷

Contudo, podem os *fringe benefits* ser vinculados à não incidência tributária diante de prêmios por feitos e realizações.

5. Exceções não tributáveis: prêmios por feitos e realizações (*employee achievement awards*) consistentes em objetos de valor real (*item of tangible personal property*)

Merece destaque também a exceção não tributável prevista na Seção 74, item (c), relativa ao prêmio por feitos ou realizações (*employee achievement award*) consistente no oferecimento de um objeto de valor real, tal como um relógio ou um troféu. De acordo com as definições constantes da Seção 274 (j) (3) (A), esse objeto deve consistir numa propriedade pessoal tangível (*item of tangible personal property*), oferecido em virtude do tempo de serviço, realizações relacionadas à segurança, premiação como parte de uma apresentação destacada do empregado ou um objeto concedido sob condições e circunstâncias que não configurem pagamento disfarçado de salário. A norma esclarece também que essa exceção à regra geral de tributação, somente aplicável a objetos de valor real (*tangible personal property*), não deve incluir dinheiro, equivalentes a dinheiro, cartões de presente, cupons de presente, certificados de presente, férias, refeições, ingressos para teatro ou eventos esportivos, ações, títulos, valores mobiliários em geral e outros itens semelhantes.

Há, ainda, uma regra que restringe o valor não tributável desses objetos ao custo pago pelo empregador. Essa parcela não tributável está limitada ao valor máximo de US\$1.600 por ano para os prêmios quitados dentro de planos qualificados de recompensas (*qualified plan awards*) ou US\$400, quando não há um plano oficial e qualificado de recompensas, consoante Seção 274 (j) (3) (B) do IRC⁸. Os valores que excederem tais limites são considerados receita bruta tributável.

Por fim, a lei federal norte-americana também afirma que essa exceção legal não exclui de tributação os prêmios por tempo de serviço recebidos por períodos inferiores a 5 anos, ou caso o empregado já tenha recebido algum prêmio por tempo de serviço

⁷ In: <https://www.irs.gov/publications/p15b>

⁸ Sobre o tema, v. CANAN, Michael J; MITCHELL, William D. **Employee Fringe and Welfare Benefit Plans**. Eagan, MN: Thomson Reuters/West, 2012.

durante o mesmo ano ou nos 4 anos anteriores. A exceção não tributável também não se aplica aos prêmios por desempenho em segurança caso o trabalhador seja um gerente ou administrador, ou se mais de 10% dos empregados elegíveis já tiverem recebido prêmios de desempenho em segurança durante o ano, consoante o Seção 274 (j) (4) (B) e (C) do IRC.

As regras sobre tributação de *employee achievement awards*, também, encontram-se também detalhadas na Publicação IRS nº 525 de 2018 e na Publicação IRS nº 15-B de 2019 (Employer's Tax Guide to Fringe Benefits).

Mas e como seria este modelo mais próximo do ideal advindo da previdência contratual associativa italiana? Novo formato de *fringe benefits*?

6. O modelo italiano de previdência contratual associativa e os *fringe benefits*

Na Itália, como em muitos outros países da OCDE, há uma recém-criação (2005-2007) de previdência, de modelo associativo. Muito mais ampla que a restrita previdência contributiva em contraprestação a prestações pagas (benefícios ou serviços estritamente previdenciários).

O que houve foi uma ampliação da cesta de prestações possíveis. Determinadas empresas da mesma atividade empresarial criam associação, recolhem contribuições privadas de seus associados (trabalhadores do conjunto de todas as empresas participantes) e concedem a eles serviços e produtos que normalmente adquiririam no mercado regular a preços maiores.

A ideia é a aquisição, pela associação, dada a quantidade, em preços menores, e o fornecimento a preços menores aos associados. São inúmeros exemplos previstos em lei: óculos de grau, de sol, viagens, pacotes turísticos, remédios e demais tratamentos estéticos etc. A lista é grande e nada do previsto caracteriza salário indireto pela jurisprudência italiana.

Trata-se de um formato inovador, de previsão legal, semelhante às associações de classe no Brasil, mas criadas por empresários italianos, para conferir muito mais que previdência privada em forma de benefício previdenciário de renda mensal: produtos e serviços na chamada previdência contratual associativa italiana.

É formato de *fringe benefits*, com alguma semelhança ao dos EUA (talvez os americanos tenham copiado o modelo europeu), também com previsão de limitações e critérios nessa concessão.

Segundo Miquela Squeglia⁹, a expressão "previdência contratual" apresenta uma singularidade: seu uso generalizado contrasta com pouquíssimo estudo teórico-doutrinário; como se fosse uma frase de valor exclusivamente prático, incapaz de expressar um significado validado cientificamente e uma taxonomia precisa.

Para o autor¹⁰, surge a deficiência, se atentarmos para a sua estrutura aparentemente oximorônica (previdência-bem público vs contrato-bem privado), que já contém as sementes da questão então assentada no Tribunal Constitucional italiano, aquelas da classificação da previdência complementar no âmbito da garantia funcional da previdência social (art. 38, § 2º, Constituição italiana), ou da liberdade de assistência social (art. 38, § 5º, do mesma Carta Italiana).

O objetivo de Squeglia foi lançar as bases e oferecer ideias úteis para preencher a referida escassez, numa fase histórica em que a noção e a função da previdência social mostram a sua corda e noção finita, a fronteira confunde-se não só com a privada, mas também com a assistência social, com o mesmo salário, e mesmo com o conteúdo não econômico da regulação das relações de trabalho (a questão da conciliação da jornada de trabalho, geralmente incluída na noção ampla e igualmente indefinida de previdência empresarial).

A instrumentação interdisciplinar multifacetada de prestações acessórias (e, por conseguinte, da remuneração em espécie a que se refere o artigo 2099.º do código civil italiano¹¹. Tendo, como objetivo, promover a vida privada do indivíduo e não apenas a

⁹ SQUEGLIA, Miquela. "THE ROLE OF COLLECTIVE BARGAINING IN EUROPE IN THE PROMOTION OF FLEXIBILITY, WORKPLACE PRODUCTIVITY AND THE WELFARE OF WORKERS IN THE WORKPLACE". In: <https://core.ac.uk/download/187996731.pdf>. et. La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti. Giappichelli, Itália, 2014.

¹⁰ Idem. Ibidem.

¹¹ Os benefícios adicionais representam uma forma de "remuneração na natureza": na Itália, o art. 2.099, parágrafo 3º, do código civil estabelece que "o prestador de serviços também pode ser pago total ou parcialmente [com participação nos lucros ou produtos, com comissão ou] com benefícios em espécie". De acordo com a Agenzia delle Entrate (Receita italiana) (resolução. 29 de maio de 2009, N. 137/E), eles são definidos como "compensação em espécie", consistindo em bens ou serviços, inclusive produtos do mesmo empregador, ou em descontos especiais na aquisição desses bens e serviços". Benefícios marginais começaram a falar na Itália nas filiais dos grupos multinacionais mais famosos (IBM, Hp, Unilever, Procter & Gamble, etc.), estabeleceu-se na segunda metade dos anos 50 na Itália, para atender às necessidades de gestores do exterior. Foi apenas mais tarde que a política de remuneração das grandes empresas nacionais (por exemplo, Mondadori, Fiat, Rinascente, Benetton, etc.) obedecido ao introduzido por empresas multinacionais. Uma política da empresa diferente da adotada por outras empresas que atuaram na área social, reforçando suas estruturas assistenciais voltadas para a assistência médica, sustento de famílias e viúvas (a propósito, ver V. FERRANTE, Il welfare aziendale: una formula che non lascia sconfitti, in Personale e lavoro, ISPER, 11, 2017, 4). É neste contexto que se destaca o conhecido modelo de "bem-estar empresarial", teorizado por Adriano Olivetti, que tinha a ambição para ajudar seus trabalhadores em todos os aspectos da vida, trabalho e família. Para uma análise do modelo olivettiano, si v.<http://www.storiaolivetti.it/percorso.asp?idPercorso=638>.

vida profissional do prestador de obras, embora não encontre uma previsão legislativa específica, está contida na expressão compreensiva de “welfare aziendale – bem-estar empresarial enquanto coletivo”, cuja definição, na falta de previsão legislativa, é confiada à apreciação e as construções da doutrina. Este é um significado inevitável que está inevitavelmente abarcando a previdência social, geralmente entendida, na qual, de forma desorganizada e sistemática, todos as iniciativas em alguma medida atribuíveis a um propósito de bem-estar coletivo, que excede os níveis mínimo proteção social imposta por lei.

7. Conclusões

Numa perspectiva comparada, verifica-se claramente que a legislação federal norte-americana (IRC) e o IRS tratam com maior rigor a tributação dos prêmios pagos a empregados, especialmente aqueles quitados em dinheiro, os quais, em regra, integram a base de cálculo tanto do imposto de renda federal, quanto da contribuição previdenciária federal (FICA) e da contribuição federal ao seguro-desemprego (FUTA).

Por este motivo, há ampla discussão quanto às exceções não tributáveis de prêmios que consistam no oferecimento de determinados bens ou serviços, assim como em relação aos requisitos a justificar o seu enquadramento em cada uma das exceções legais existentes, como no caso dos *fringe benefits* e dos *employee achievement awards*.

Como se pode observar, embora alguns bens e serviços possam se enquadrar como exceções legais não tributáveis, quando o assunto é um prêmio concedido por bom desempenho no trabalho, a política fiscal norte-americana parece partir de sua famosa e consagrada premissa de que *there is no such thing as a free lunch*.

Para além dos Estados Unidos, exemplos anteriores como a previdência contratual italiana de modelo associativo demonstram que o caminho da proteção social dos trabalhadores e associados por propósito específico remontam aos primórdios greco-romanos, em que o objetivo principal era atendimento às necessidades básicas (auxílio-funeral para a alma não vagar pela eternidade). Os *fringe benefits* são a mais moderna forma de livrar os trabalhadores de encargos tributários e terem algo além das parcelas mensais previdenciárias. O mundo mudou e o Brasil precisa acompanhar, nem que seja o modelo mais próximo do ideal, que é o italiano da previdência associativa.

Referências

BIKOFF, Lauren et. al. U.S. **Master Employee Benefits Guide**, 2019. Riverwoods, IL: Wolters Kluwer.

CANAN, Michael J; MITCHELL, William D. **Employee Fringe and Welfare Benefit Plans**. Eagan, MN: Thomson Reuters/West, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestões de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2014.

IRS-USA <https://www.irs.gov/publications/p15b>

ROBBINS, Stephen P; JUDGE, Timoth A.; SOBRAL, Filipe. **Comportamento organizacional: teoria e prática no contexto brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Pearson, 2005.

SQUEGLIA, Miquele. “**The Role Of Collective Bargaining In Europe In The Promotion Of Flexibility, Workplace Productivity And The Welfare Of Workers In The Workplace**”. In: <https://core.ac.uk/download/187996731.pdf>.

La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti. Giappichelli, Itália, 2014.

**FINANCIAMENTO SINDICAL PREVISTO EM CLÁUSULAS ASSISTENCIAIS
NO CONTEXTO BRASILEIRO SEGUNDO A OIT: REFLEXÕES A PARTIR DO
CASO Nº 2739 E DA RECLAMAÇÃO DE 06 DE JUNHO DE 2014**

***UNION FUNDING FORESEEN IN ASSISTANCE CLAUSES IN THE
BRAZILIAN CONTEXT ACCORDING TO THE ILO: REFLECTIONS FROM
CASE NO. 2739 AND THE COMPLAINT OF JUNE 06, 2014***

Recebido em: 02/06/2023

Aprovado em: 10/08/2023

Sandro Lunard Nicoladelli¹
Jefferson Luiz Maciel Rodrigues²
Elis Regina Arévalos Soares³

Resumo: O presente artigo discute questões relativas à adoção de financiamento sindical previsto em cláusulas assistenciais em acordos coletivos no Brasil. Para isso, promove-se a descrição e análise do Caso nº 2739 examinado pelo Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, bem como a descrição e análise da Reclamação de 06 de junho de 2014, que, embora decidida, não recebeu atribuição numérica enquanto caso, submetida ao Conselho de Administração desta mesma entidade internacional. Ambas as queixas registram limitações ao exercício da liberdade sindical no Brasil, sobretudo no que se refere à capacidade financeira dos sindicatos. Discute-se, ainda, a relação entre o sistema sindical brasileiro e a Convenção nº 87 da OIT.

Palavras-Chave: Liberdade Sindical; Cláusula Assistencial; Organização Internacional do Trabalho.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Professor de Direito do Trabalho/UFPR. Especialista em Liberdade Sindical pelo Escritório Regional da OIT -Lima/Peru (2008) e em Normas Internacionais do Trabalho pela Escola de Formação da OIT –Turim/Itália (2009). Integrou o corpo técnico da delegação brasileira na Conferência Internacional do Trabalho da OIT nos anos de 2014, 2015 e 2019. Presidiu a Comissão de Direito Sindical da OAB/PR (2019/2021).

² Procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro. Vice-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social (CONALIS), Pós-graduado (Especialização Lato-Sensu) em Direito e Processo do Trabalho.

³ Mestranda vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso nº 2739 do comitê de liberdade sindical da OIT; 3. A reclamação de 06 de junho de 2014 à OIT; 4. A transição institucional na atuação do mpt com a orientação nº20 da CONALIS. 5. Conclusão; Referências

Abstract: this article discusses issues related to the adoption of union funding foreseen in assistance clauses in collective agreements in Brazil. To do so, it promotes the description and analysis of Case No. 2739 examined by the Committee on Freedom of Association of the International Labour Organization as well as the description and analysis of the Complaint of June 6, 2014, which, although decided, did not receive numerical attribution as a case, submitted to the Administrative Council of this same international entity. Both complaints register limitations on the exercise of freedom of association in Brazil, especially with regard to the financial capacity of unions. The relationship between the Brazilian union system and Convention No. 87 of the ILO is also discussed.

Keywords: Freedom of Association; Union Security; International Labor Organization.

Summary: 1. Introduction; 2. Case No. 2739 of the ILO trade union committee; 3. The complaint of June 6, 2014 to the ILO; 4. The institutional transition in the MPT's performance with guidance nº20 of CONALIS. 5. Conclusion. References.

1.Introdução

Ao longo dos últimos anos, a conjuntura jurídico-política brasileira tem propiciado um ambiente de incertezas jurídicas quanto ao financiamento do movimento sindical. Notadamente, instrumentos jurídicos, como acordos e convenções coletivas, são submetidos a impugnações sob argumentos relativos à constitucionalidade das cláusulas que fixam contribuições assistenciais ou negociais para financiamento das atividades sindicais, por parte de trabalhadores integrantes da categoria, porém não sindicalizados.

A Reforma Trabalhista de 2017, Lei 13.467/2017, tornou facultativa a contribuição sindical antes obrigatória (art. 578 da CLT), fazendo com que a sua cobrança viesse a depender de prévia e expressa autorização, pelo trabalhador.

Essa modificação legislativa reacendeu a discussão a respeito da validade da contribuição assistencial ou negocial (prevista em norma coletiva), especialmente em razão do art. 7º da Lei nº11.648/2008 que, muito antes, já acenava para um cenário de prestígio à instituição do financiamento sindical erga omnes, por meio da negociação coletiva e cristalizado em cláusula prevista em norma coletiva, quando do fim da contribuição sindical compulsória, o que, de fato, ocorreu no Brasil com o advento da Lei n. 13.467/2017.

Contudo, desde a fixação do Precedente Normativo nº 119 do Tribunal Superior do Trabalho, discutido em 1998 e posteriormente mantido em 2014, as cláusulas assistenciais têm sido tópico de discordância e disputa jurídica e política. Este PN trata de suposta inobservância de preceitos constitucionais no recolhimento de contribuições advindas de cláusulas assistenciais. Veja-se:

Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014

"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

Nesse mesmo sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 17 (SDC) considera inconstitucionais cláusulas coletivas que fixem contribuições de qualquer tipo a trabalhadores não sindicalizados.

17. CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. (mantida) - DEJT divulgado em 25.08.2014

As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados⁴.

Esses instrumentos jurídicos foram induzidos e, ao mesmo tempo, serviram de fundamento para fomentar a atuação administrativa e judicial do Ministério Público do Trabalho (MPT), voltada a refrear determinadas condutas dos sindicatos. Tanto Termos de Ajuste de Conduta quanto demandas judiciais na forma de Ações Civas Públicas, Ações Anulatórias e Ações Declaratórias de nulidade de cláusulas de instrumentos normativos foram manejadas pelo MPT no intento de invalidar cláusulas em instrumentos coletivos bem como de exigir a devolução de valores⁵.

Essas contribuições, entretanto, somente se estabelecem após serem aprovadas em assembleia geral da categoria profissional. Em outras palavras, as contribuições

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDC**. [2022] Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA17. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁵ NICOLADELLI, Sandro Lunard; GACEK, Stanley Arthur. Liberdade Sindical no Brasil e a OIT: A questão da Cláusula Assistencial do PN119 ao Caso 2739 – Uma dupla perspectiva. **Ações Anulatórias**. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2014.

assistenciais são inseridas em instrumentos coletivos somente quando há a concordância da assembleia geral que é composta, inclusive, por esses trabalhadores não sindicalizados que se beneficiam dos instrumentos coletivos.

Diante desse contexto, o movimento sindical brasileiro tem buscado, há anos, a modificação do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante, e para complicar ainda mais o cenário jurídico, o Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano da aprovação da Lei nº13.467, ou seja, em 2017, fixou a Tese de Repercussão Geral nº935, com a seguinte redação:

Tema: 935 - Inconstitucionalidade da contribuição assistencial imposta aos empregados não filiados ao sindicato, por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença.

Tese: É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados.

Nesse sentido, o presente artigo abordará de maneira sintética dois casos denunciados pelo movimento sindical brasileiro que levaram à Organização Internacional do Trabalho as inconformidades dos atores estatais na questão do financiamento sindical no Brasil. Na próxima seção, trata-se do Caso nº 2739, posteriormente, a Reclamação de 06 de junho de 2014 que, embora decidida, não recebeu atribuição numérica enquanto caso. Em seguida, será analisada a transição institucional do Ministério Público do Trabalho, com a aprovação, no final de 2022, da Orientação nº20, por sua Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social (CONALIS).

2. O caso nº 2739 do comitê de liberdade sindical da OIT

Diante da articulação dos instrumentos jurídicos do Precedente Normativo nº 119 e da Orientação Jurisprudencial nº 17 no enfraquecimento do papel dos sindicatos na mediação das relações coletivas de trabalho, diversas centrais sindicais se mobilizaram, à época, para apresentar queixa ao Comitê de Liberdade Sindical da OIT. São elas: Força Sindical (FS), Nova Central Sindical dos Trabalhadores do Brasil (NCST), União Geral dos Trabalhadores (UGT), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Central dos

Trabalhadores e Trabalhadores do Brasil (CTV), Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB) e Federação Mundial de Sindicatos (FSM)⁶.

A queixa foi levada ao Comitê de Liberdade Sindical em 02 de novembro de 2009, em Genebra, na Suíça, onde fica a sede da Organização Internacional do Trabalho. As alegações indicavam o rompimento com os princípios da liberdade sindical, em razão do comportamento do Ministério Público do Trabalho, que habitualmente promovia processos contra os sindicatos diante de acordos e negociações coletivas em que constavam cláusulas de contribuições assistenciais, vinculando trabalhadores não sindicalizados ao pagamento.

A queixa expunha que, sustentando-se no Precedente Normativo nº 119, tanto a via administrativa quanto a via judicial eram mobilizadas por atos contrários à liberdade sindical vindos de componentes do Ministério Público do Trabalho. Judicialmente, o MPT propunha ações cujo resultado culminava em decisões da Justiça do Trabalho, determinando a anulação ou desconstituição da efetividade e vigência dessas cláusulas assistenciais. Em alguns casos, determinava-se, até mesmo, a devolução dos valores supostamente cobrados ilegalmente, devendo os sindicatos agirem de forma retroativa.

Vale destacar que a Constituição da OIT, em seus artigos 24 e 25, viabiliza um sistema de controle da aplicação das normas internacionais, que poderá ser invocado por meio de queixas ou reclamações. As temáticas de Liberdade Sindical e adequada aplicação das Convenções 87 (liberdade sindical) e 98 (organização sindical e negociação coletiva) da OIT passam pelo Comitê de Liberdade Sindical, setor especializado que se subordina ao Conselho de Administração.

Artigo 24

Reclamações relativas à aplicação de uma convenção

Qualquer reclamação apresentada ao Escritório Internacional do Trabalho por uma organização de empregadores ou de trabalhadores alegando que qualquer membro não conseguiu assegurar dentro de sua jurisdição a observância satisfatória de qualquer Convenção da qual esse membro seja parte pode ser comunicada pelo Conselho de Administração ao Governo contra o qual a reclamação é feita, e tal Governo pode ser convidado a formular suas declarações sobre a matéria.

Artigo 25

Possibilidade de tornar pública a reclamação

Se nenhuma declaração for recebida dentro de um prazo razoável do Governo contra o qual a reclamação foi apresentada, ou se a declaração recebida não for

⁶ OIT. **Informe definitivo** - Informe núm. 364, junho 2012. 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3063459. Acesso em: 15 nov 2022.

considerada satisfatória pelo Conselho de Administração, este poderá tornar pública a reclamação e, quando apropriado, a resposta recebida⁷.

O Comitê de Liberdade Sindical se estrutura a partir de um modelo tripartite, ou seja, possui três representantes de cada grupo: trabalhadores, empregadores e governos. Ao todo, são nove membros componentes e um presidente considerado personalidade independente. Os estados-membros da Organização Internacional do Trabalho devem responder às queixas trazidas ao Comitê, ainda que não tenham ratificado as Convenções 87 e 98. Nesse caso concreto, o Brasil ratificou a Convenção 98 em 1952 e, por outro lado, até hoje não ratificou a Convenção 87, em razão de sua incompatibilidade com o art. 8º. da Constituição Federal.

No caso 2739, os denunciantes alegam, dentre outras questões voltadas ao Estado brasileiro, que o Ministério Público do Trabalho (MPT) praticou atos de ingerência contra as entidades sindicais, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

As partes denunciantes destacam, ainda, que as multas aplicadas são demasiadamente onerosas e que, em consequência do pagamento destas, diversos sindicatos seriam obrigados a encerrar as atividades. Além disso, denunciam a atuação explícita do Ministério Público do Trabalho promovendo a violação de acordos coletivos sobre contribuições sindicais.

Instado a manifestar-se o Estado brasileiro, por meio do Poder Executivo, limitou-se a responder no sentido de que se conquistaram melhorias para a classe trabalhadora, atingindo recordes de emprego e crescimento. Indicou que esses avanços são providos da luta dos trabalhadores, que, representados por seus sindicatos, empenharam-se em evitar as demissões em épocas de crise e conseguir melhores condições de trabalho.

Ainda, no que diz respeito à contribuição assistencial, o governo afirmou que não possui caráter tributário. Apesar disso, indicou estar ciente da existência de um conflito relacionado a essa contribuição. Nesse sentido, demonstrou a intenção de dialogar com as centrais sindicais e organizações representativas dos empregadores em busca de uma regulamentação mais adequada sobre essa temática.

O Governo informou que o Fórum Nacional do Trabalhador (FNT) propôs a criação de uma contribuição negociada, que deveria ser paga por todos os trabalhadores de uma categoria em caso de acordo coletivo concluído. Eliminar-se-ia, assim, a

7 OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo**. [2022]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em 16 nov. 2022.

contribuição prevista na Constituição. No entanto, a referida proposta não obteve sucesso por falta de consenso. Por fim, o governo propôs criar um Conselho de Relações de Trabalho com estrutura tripartite.

Em 16 de fevereiro de 2012, o Governo enviou uma comunicação do Ministério Público do Trabalho. Em resposta, obteve as seguintes informações:

1) criação da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS) do MPT com a missão de realizar várias reuniões com as organizações sindicais;

2) afirmação dos poderes contidos no art. 83, IV, da Lei complementar nº 75/1993, conferindo competência ao MPT propor ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole liberdades ou direitos individuais ou coletivos;

3) tanto a jurisprudência do STF quanto a do TST não admitem a cobrança do tipo de contribuição em debate;

4) o art. 8º, da Constituição brasileira, prevê a liberdade de associação positiva e negativa. Ainda, que a contribuição confederativa referida no art. 8º, da C.F., segundo jurisprudência do STF, só é exigível dos afiliados do sindicato. O TST entende que os art. 5º, XX, e art. 8º, IV, da C.F. garantem o direito da livre associação e sindicalização. Assim, para o TST, não está em conformidade qualquer cláusula de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa que obrigue o trabalhador não sindicalizado a pagar contribuição para as organizações sindicais como taxa para custódia do sistema confederativo e outros da mesma espécie;

5) a CONALIS aprovou orientação nº 3 que prevê a possibilidade de cobrança da contribuição assistencial pela negociação aos trabalhadores, afiliados ou não, desde que aprovada em assembleia geral;

6) informa que cresceu entre os procuradores uma resistência à posição adotada e vieram críticas sobre a orientação aprovada; ainda, o movimento sindical passou a usar a referida orientação em desfavor das ações dos procuradores. Assim, houve uma revisão e deliberação pelo cancelamento da orientação nº3 em 16 de agosto de 2011;

Em sua manifestação, o Comitê de Liberdade Sindical solicitou ao governo que o mantivesse informado sobre as reuniões entre a CONALIS do MPT e os representantes das centrais sindicais, e sobre a criação do Conselho de Relações de Trabalho.

Em suas conclusões, o Comitê apontou que os problemas relacionados às cláusulas de segurança sindical (financiamento sindical) deveriam ser solucionados em âmbito nacional, considerando a prática e o sistema de relações de trabalho de cada país.

No que se refere às deduções salariais previstas em acordo coletivo aplicável aos trabalhadores não afiliados, mas que também conseguem benefícios, o Comitê indicou que, se a legislação aceita cláusula de segurança sindical, como a de dedução de contribuição sindical para não afiliados que sejam beneficiados pelo acordo coletivo, tais cláusulas podem efetivar-se por meio da previsão em acordos coletivos.

Nesse sentido:

700. Quando uma legislação aceita cláusulas de segurança sindical, como a dedução de contribuições sindicais de não afiliados que se beneficiam da contratação coletiva, tais cláusulas só deveriam se tornar efetivas por meio das convenções coletivas.

(Ver Recompilação de 2006, parágrafo 480; 290º relatório, caso nº 1612, parágrafo 27; 358º relatório, caso nº 2739, parágrafo 317; 364º relatório, caso nº 2739, parágrafo 332; e 371º relatório, caso nº 2963, parágrafo 235.)

701. A questão do desconto de contribuições sindicais pelos empregadores e seu repasse para os sindicatos deve ser resolvida pela negociação coletiva entre empregadores e sindicatos em geral, sem obstáculos de natureza legislativa. (Ver Recompilação de 2006, parágrafo 481; 363º relatório, caso nº 1865, parágrafo 122; e 371º relatório, caso nº 2713, parágrafo 878.)

[...]

1295. De acordo com os princípios da liberdade sindical, as convenções coletivas devem poder prever um sistema de dedução das contribuições sindicais, sem ingerência das autoridades. (Ver Recompilação de 2006, parágrafo 916.)⁸

O Comitê, levando em consideração algumas constatações, solicitou ao Governo que o mantivesse informado sobre o resultado de reuniões e sobre sua iniciativa de criação do conselho de Relações do Trabalho. Ademais, o Comitê sublinhou que o Governo poderia se utilizar da assistência técnica da OIT na busca por soluções e convidou o Governo a refletir sobre a possibilidade de ratificação da Convenção 87.

Por fim, em síntese, o Comitê lamentou que o Governo não tivesse enviado as informações solicitadas e reiterou as recomendações feitas. Nesse mesmo sentido, reafirmou que os problemas relacionados às cláusulas de assistência sindical deveriam ser resolvidos em território nacional.

3. A reclamação de 06 de junho de 2014 à OIT

⁸ NICOLADELI, Sandro Lunard. **Dicionário de direito sindical**: verbetes do Comitê e Liberdade Sindical da OIT. Belo Horizonte: RTM: Instituto Edésio Passos, 2022.

Em junho de 2014, diversas organizações do movimento sindical entraram com nova reclamação perante o Conselho Administrativo da Organização Internacional do Trabalho. As organizações Central Dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), a Central Geral Dos Trabalhadores do Brasil (CGTB), a Central Única Dos Trabalhadores (CUT), a Força Sindical (FS), a Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST), a União Geral dos Trabalhadores (UGT) e a Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB) enviaram comunicações ao Escritório Internacional do Trabalho em razão do artigo 24 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), alegando o não cumprimento pelo Brasil da Convenção sobre negociação coletiva, 1981 (No. 154), e da Convenção sobre Inspeção do Trabalho, 1947 (No. 81)⁹.

Em junho de 2014, as organizações reclamantes solicitaram a mediação para tentar resolver as questões levantadas na reclamação antes de prosseguir. Contudo, os esforços de mediação empreendidos não resolveram as dificuldades levantadas e, portanto, solicitou-se que a reclamação fosse encaminhada ao Conselho de Administração.

Os argumentos apresentados na queixa sustentavam que o Estado brasileiro, notadamente por meio de componentes do Ministério Público do Trabalho (MPT), cometeu atos de interferência contrários à promoção da negociação coletiva livre e voluntária, afetando sensivelmente a autonomia das organizações sindicais.

A partir da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 17 e o Precedente Normativo nº 119), os tribunais e o Ministério Público do Trabalho proíbem a cobrança de contribuições pagas por trabalhadores não filiados em favor dos sindicatos, mesmo quando essas contribuições estão previstas em acordos de negociação coletiva.

Novamente, as organizações sindicais explicitaram a dupla via de atuação do Ministério Público do Trabalho no rompimento com os princípios da liberdade sindical, ao indicar que tanto meios administrativos quanto judiciais foram mobilizados para combater a arrecadação pela modalidade de cláusula assistencial.

Os representantes do movimento sindical incluíram na reclamação sete exemplos de casos em que essas intervenções do Ministério Público do Trabalho, somadas à linha interpretativa dos tribunais, resultaram na proibição da aplicação das cláusulas

⁹ OIT. **Fourth supplementary report:** Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154). Geneva, 2022. Disponível em: https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_847540/lang--en/index.htm. Acesso em 15 nov. 2022.

assistenciais para trabalhadores não filiados beneficiados pelos acordos coletivos, apresentando, não obstante, diversos exemplos.

As manifestações do governo buscavam justificar os pontos atacados pela reclamação, indicando que tanto a legislação brasileira quanto os métodos de sua aplicação prática estariam em total conformidade com as normas fixadas pela Organização Internacional do Trabalho.

Em suas conclusões, o Comitê destacou o advento da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.476/2017, como um elemento de grande transformação na temática das contribuições sindicais. Relembrou, também, que a temática dessa reclamação já havia sido examinada pelo Comitê de Liberdade Sindical no Caso nº 2739. Sublinhou que tanto a reforma quanto a exigência de aprovação voluntária para as contribuições estariam em conformidade com a Convenção. Ainda assim, encorajou o Governo a consultar organizações de empregadores e de trabalhadores bem como as demais autoridades envolvidas, objetivando atingir soluções compartilhadas, à luz do Artigo 7 da Convenção No. 154.

4. A transição institucional na atuação do MPT com a orientação nº20 da CONALIS

A atuação do Ministério Público do Trabalho em face das contribuições assistenciais, aquelas previstas em instrumentos coletivos, sempre foi controvertida no âmbito do órgão ministerial.

Isso porque, a despeito da jurisprudência hoje formada, a norma coletiva não é, em última análise, uma manifestação associativa e sim uma produção, pluralista, expressa pela vontade democrática dos trabalhadores, em assembleia, e reconhecida constitucionalmente (art. 7º, XXVI, CF/88). No Brasil, a representação sindical pelo sindicato não advém de uma expressão da vontade individual (associação), mas pelo mero fato de se pertencer a uma determinada categoria (enquadramento sindical), nos termos do art. 511 da CLT. É da essência das normas coletivas influir sobre o patrimônio jurídico dos trabalhadores integrantes da categoria, ainda que não associados, a exemplo de quando se institui um banco de horas. Ademais, não se revela lógico ou razoável obrigar o trabalhador que se associa a um sindicato a custear toda a atividade sindical erga omnes e que beneficia uma coletividade (categoria) por determinação da lei e da própria Constituição Federal, estimulando, por gravidade, que a inércia do trabalhador (que não participa da assembleia e não contribui) seja premiada com o bônus, sendo, a ele, excluído

todo o ônus financeiro de igualmente concorrer para a manutenção (contratação de advogados, negociadores, estrutura etc) da atividade sindical empreendida.

Assim, em um primeiro momento, a CONALIS, por seu Colegiado, buscou ponderar, no mérito, a temática, admitindo a contribuição assistencial, uma vez prevista a possibilidade de oposição individual, pelo trabalhador insatisfeito, o que redundou na aprovação, em maio de 2010, da sua Orientação nº3.

Ocorre que a Orientação nº3 da CONALIS teve existência efêmera, sendo cancelada em agosto de 2011. A controvérsia, no âmbito do MPT, girava no entendimento, em boa parte do Colegiado do MPT, de que a solidariedade do não associado estaria contemplada pela contribuição sindical obrigatória que se operava sobre o seu patrimônio jurídico do trabalhador, por força da lei, pelo que não deveria novamente ser afetado por outra contribuição erga omnes.

Com o advento da Lei nº13.467/2017, que transformou a contribuição sindical obrigatória em facultativa, retomou-se o debate, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, quanto à contribuição assistencial.

Em outubro de 2018, editou-se a Nota Técnica nº2 da CONALIS que, muito embora tratasse de duas contribuições com naturezas distintas (contribuição sindical e contribuição assistencial), ponderou, mais uma vez, no mérito, admitindo a contribuição assistencial fixada em norma coletiva, desde que ofertada a possibilidade de oposição individual, pelo trabalhador.

Não obstante, a própria atuação do MPT, no mérito da temática, passou a ser debatida.

Isso porque, a bem da verdade, não é toda suposta lesão que enseja a atuação qualificada do Ministério Público do Trabalho (art. 127 da CF/88).

Além disso, não se pode presumir, com base em poucas denúncias de cobrança de contribuição assistencial erga omnes, tal como é o cotidiano do organismo ministerial, que a maioria dos trabalhadores integrantes da categoria se sentiam insatisfeitos, prejudicados, por contribuir para a atividade sindical que, ao fim, lhe beneficiava, com a aprovação da própria norma coletiva.

Emergia, portanto, um conflito aparente entre a tutela, de um lado, do interesse individual, de alguns, de não contribuição e, lado outro, de preservação do interesse de uma coletividade (categoria) em ver fortalecida, financeiramente, a atividade sindical.

Nesse contexto, coincidentemente em 05 de outubro de 2022, data em que a Constituição Federal de 1988 completou 34 anos, o Colegiado da CONALIS, aprovou,

na sua XXXV Reunião Nacional, em Brasília/DF, a sua Orientação nº20, com a seguinte redação:

FINANCIAMENTO SINDICAL. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/NEGOCIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INTERESSE PATRIMONIAL. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nas notícias de fato que versem sobre alcance subjetivo de cláusula de contribuição assistencial/negocial prevista em norma coletiva, prevalece o interesse da coletividade sobre eventuais interesses individuais ou plúrimos de não contribuição, revelando-se, no caso, interesse patrimonial disponível do (s) interessado (s), bem como, a princípio, irrelevância social de atuação do Parquet, devendo-se privilegiar a manifestação da coletividade de trabalhadores e trabalhadoras, exercida por meio da autonomia privada coletiva na assembleia que deliberou sobre o entabulamento da norma coletiva.

A conclusão pela não atuação do Ministério Público do Trabalho, no tema, é o resultado de uma ponderação de interesses. Prestigia-se, com efeito, a atuação coletiva, com o fortalecimento da atividade sindical, bem como o interesse daqueles que, integrantes da categoria e beneficiados pela norma coletiva, desejam, legitimamente, não questionar a contribuição erga omnes e, de outro, mantém-se aberta do Poder Judiciário, pela via individual, dos trabalhadores beneficiados pela atuação sindical, mas insatisfeitos, pois, nada desejam contribuir para tal.

A aprovação da Orientação nº20, pelo Colegiado da CONALIS/MPT, ocorre, como visto, 13 anos após apresentação do CASO 2739 à OIT, alinhando, com efeito, a atuação do Ministério Público do Trabalho, na temática, à jurisprudência do Comitê de Liberdade Sindical – CLS, sendo que a OIT entende que a cobrança de contribuição prevista em norma coletiva, de integrantes da categoria e beneficiados pela negociação coletiva, não viola a liberdade sindical.

A Orientação nº20 da CONALIS, que promoveu um giro na atuação do Ministério Público do Trabalho, sem sombra de dúvida, representou uma importante vitória do movimento sindical brasileiro, no esforço de garantir a liberdade sindical pelo fortalecimento dos meios materiais de subsistência das entidades sindicais. Mas muito, ainda, há de ser feito para, enfim, reverter, quanto ao tema, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a liberdade sindical é algo tão caro que é preciso ter dinheiro para que ela se transforme, de fato, em realidade.

5. Conclusão

As transformações resultantes da Reforma Trabalhista de 2017, Lei 13.467/2017, impactaram de forma direta a arrecadação sindical. Neste breve artigo, tratamos das sobreposições entre a facultatividade da contribuição sindical e a validade do financiamento sindical previsto em cláusulas assistenciais em acordos coletivos no Brasil. Para isso, retomamos a centralidade de dois instrumentos jurídicos nessa temática: Precedente Normativo nº 119 do Tribunal Superior do Trabalho e a Orientação Jurisprudencial nº 17 (SDC).

O Ministério Público do Trabalho passou por uma transformação em seu posicionamento quanto a esta temática. Em um primeiro momento, como podemos perceber na análise do Caso nº 2739 do Comitê de Liberdade Sindical, a instituição movia esforços contra sindicatos em contextos onde cláusulas de contribuições assistenciais, em negociações coletivas, vinculavam trabalhadores não sindicalizados. A Reclamação à OIT, de 06 de junho de 2014, de modo similar, destacava o fato de que o MPT reproduzia atos de interferência à autonomia de organizações sindicais na temática das contribuições.

Com o advento da Orientação nº 20, de 05 de outubro de 2022, emitida pelo Conselho da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS), o sentido de atuação do Ministério Público do Trabalho se modifica. Esta orientação solidifica o privilégio do interesse da coletividade bem como evidencia a irrelevância social da atuação do MPT frente à autonomia privada coletiva expressa em assembleia. Ou seja, após mais de uma década de debates e disputas, fixa-se o posicionamento do ente ministerial em considerável alinhamento com o que se denunciava no Caso n.º 2739.

Pode-se afirmar que a postura do estado brasileiro fiscalizador se modificou ao longo do tempo. Partiu-se de uma postura repressiva em sentido a uma perspectiva promocional em termos de liberdade sindical que encontra respaldo, inclusive, nos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical. Vale evidenciar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal ainda revela certa conduta restritiva que pode ser notada em alguns posicionamentos fixados. Por exemplo, em sua Súmula Vinculante 40¹⁰, em seu Tema

¹⁰ Súmula Vinculante 40. “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.” Tese de Repercussão Geral. É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados. [Tese definida no ARE 1.018.459 RG, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 23-2-2017, DJE 46 de 10-3-2017, Tema 935.]

935¹¹ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794¹² que devem ser enfrentados por reformas legislativas asscuratórias da liberdade sindical de caráter promocional no quesito financiamento sindical pelos representados nos instrumentos coletivos.

Referências

ALMEIDA, Renato Ruas de. **Visão histórica da liberdade sindical**. Revista LTr, São Paulo, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943 [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988 [2022]. Disponível Em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Índice de Súmulas do TST**. [2022] Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDC**. [2022] Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA17. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedentes Normativos**. [2022] Disponível em:

¹¹ Tema 935 - Inconstitucionalidade da contribuição assistencial imposta aos empregados não filiados ao sindicato, por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença. Relator(a): MIN. GILMAR MENDES. Leading Case: ARE 1018459 Descrição: Agravo contra decisão pela qual inadmitido recurso extraordinário em que se discute, com base nos arts. 5º, incs. II, XXXVI e LV, 7º, inc. XXVI, e 93, inc. IX, da Constituição da República a inconstitucionalidade da instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados. Tese: É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados.

¹² “DIREITO CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. REFORMA TRABALHISTA. FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONSTITUCIONALIDADE. INEXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA (ART. 150, II, DA CRFB). COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO (ARTIGOS 8º, IV, E 149 DA CRFB). NÃO VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS (ART. 8º, I, DA CRFB). INOCORRÊNCIA DE RETROCESSO SOCIAL OU ATENTADO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES (ARTIGOS 1º, III E IV, 5º, XXXV, LV E LXXIV, 6º E 7º DA CRFB). CORREÇÃO DA PROLIFERAÇÃO EXCESSIVA DE SINDICATOS NO BRASIL. REFORMA QUE VISA AO FORTALECIMENTO DA ATUAÇÃO SINDICAL. PROTEÇÃO ÀS LIBERDADES DE ASSOCIAÇÃO, SINDICALIZAÇÃO E DE EXPRESSÃO (ARTIGOS 5º, INCISOS IV E XVII, E 8º, CAPUT, DA CRFB). GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IV, DA CRFB). AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS IMPROCEDENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE”.

https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119. Acesso em: 15 nov. 2022.

GACEK, Stanley. A declaração sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho da OIT de 1998 dezesseis anos depois: seu significado para a liberdade sindical e a negociação coletiva no Brasil e no mundo: comentários adicionais a debate permanente. In: GOMES, A. V. M.; FREITAS JUNIOR, A. R. (Org.). **A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**: análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014.

NICOLADELLI, Sandro Lunard; GACEK, Stanley Arthur. Liberdade Sindical no Brasil e a OIT: A questão da Cláusula Assistencial do PN119 ao Caso 2739 – Uma dupla perspectiva. **Ações Anulatórias**. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2014.

NICOLADELI, Sandro Lunard. **Dicionário de direito sindical**: verbetes do Comitê e Liberdade Sindical da OIT. Belo Horizonte: RTM: Instituto Edésio Passos, 2022.

OIT. **Informe definitivo** - Informe núm. 364, Junio 2012. 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3063459. Acesso em: 15 nov 2022.

OIT. **Fourth supplementary report**: Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154). Geneva, 2022. Disponível em: https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_847540/lang--en/index.htm. Acesso em 15 nov. 2022.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo**. [2022]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang-pt/index.htm. Acesso em 16 nov. 2022.

**A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DO EMPREGADOR NA
LIMITAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO DO TRABALHADOR
HIPERMODERNO**

***EMPLOYER'S SOCIO-ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY IN LIMITING
THE WORKING TIME OF THE HYPERMODERN WORKER***

Recebido em: 21/11/2023

Aprovado em: 06/12/2023

Adriana Goulart de Sena Orsini *

Carla Vidal Gontijo Almeida *

José Perceu Valente de Freitas *

Resumo: O artigo científico propõe a reflexividade dos efeitos da ampliação do limite espaço-temporal do trabalho na vida do trabalhador no contexto da pandemia do SarsCov2. Nesse sentido, a ausência de grades de proteção do tempo de trabalho propicia a exposição do trabalhador em longas jornadas de trabalho. O hiperfuncionamento do trabalhador, compreendido como o exercício de atividade laborativa que extrapola o seu limite legal e compromete o tempo de descanso e a desconexão ao trabalho, o torna vulnerável ao adoecimento ocupacional e restringe o seu tempo de gozo dos direitos fundamentais do descanso, lazer e convívio familiar. Nesse diapasão, faz-se a abordagem da responsabilidade socioambiental do empregador na prevenção dos riscos ocupacionais e no restabelecimento das grades de proteção contra o tempo de trabalho dos empregados excluídos do controle de jornada.

Palavras-chave: direito do trabalho; hiperfuncionamento do trabalhador; responsabilidade socioambiental do empregador.

Sumário: 1. Introdução; 2. As novas tecnologias e ampliação da dimensão espaço-temporal do trabalho; 3. A responsabilidade socioambiental do empregador na limitação do tempo de trabalho do trabalhador hipermoderno. 4. Conclusão. Referências.

*Professora no Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, Coordenadora do Programa RECAJ-UFMG - Ensino, Pesquisa e Extensão - Acesso à Justiça e Solução de Conflitos, e Desembargadora Federal do Trabalho - TRT da 3ª Região.

*Doutora em Psicologia. Advogada e Professora do Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM

*Mestrando em direito pela UFAM. Especialista em Direito Público (2020). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas (2018) e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio (2016). Conselheiro Estadual de Transito do Amazonas - CETRAN/AM (Biênio 2020-2022). Advogado

Abstract: the scientific article proposes the reflexivity of the effects of the expansion of the space-time limit of work on the worker's life in the context of the sarscov2 pandemic. In this regard, the absence of protection grids for working time allows workers to be exposed to long working hours. The hyperfunction of the worker, understood as the exercise of work activity that goes beyond its legal limit and compromises rest time and disconnection from work, makes it vulnerable to occupational illness and restricts its time to enjoy the fundamental rights of rest, leisure and family life. In this vein, there is an approach to the socio-environmental responsibility of the employer in the prevention of occupational risks and in the re-establishment of protection grids against the working time of employees excluded from the control of working hours.

Keywords: labor law; worker hyperfunction; employer's social and environmental responsibility.

Summary: 1. Introduction; 2. New technologies and expansion of the space-time dimension of work; 3. The employer's socio-environmental responsibility in limiting the hypermodern worker's working time. 4. Conclusion. References.

1. Introdução

O contexto de isolamento social provocado pela pandemia do SarsCov2 impulsionou, em todo o mundo, a adoção de alternativas do modo de execução do trabalho, reuniões, estudos, etc.

O avanço e a difusão de uso dos mais diversos meios tecnológicos de comunicação possibilitaram a conciliação entre o espaço familiar e o espaço de trabalho por meio do trabalho em *home office* ou através do teletrabalho.

O rompimento da barreira espaço-temporal se consolidou no mundo. A grave crise econômica causada em razão da pandemia fortaleceu os ideais da sociedade líquido-moderna, exigindo dos empregados e empregadores uma maior flexibilidade e adaptabilidade para sobreviver no meio de caos econômico, social e de saúde pública causado pelo isolamento social, no contexto da pandemia do SarsCov2.

As mudanças na dinâmica social provocada no mundo trabalho pela pandemia do SarsCov2 forçou a eliminação dos limites espaço-temporais o trabalho em diversos setores e ramos da economia. A queda dos “muros das fábricas” propiciou a invasão do trabalho para o ambiente doméstico, antes exclusivamente destinado ao descanso e convívio familiar.

Na esteira desse raciocínio, o presente artigo busca a reflexividade dos efeitos da ampliação espaço-temporal do trabalho na saúde física e mental do trabalhador

excluído do controle de jornada e de como a ausência das “grades de proteção”¹ do tempo de trabalho torna vulnerável o gozo do direito social ao descanso, lazer e na promoção da convivência familiar. Por meio da pesquisa bibliográfica, o artigo se propõe a fazer um estudo da atual dinâmica do hiperfuncionamento do trabalhador², em especial do trabalhador ocupante de cargo de gestão, excluído do controle de jornada pelo empregador. Assim, faz-se uma abordagem dos efeitos que as novas tecnologias de comunicação provocaram no mundo do trabalho e rompimento dos limites espaço-temporal.

O artigo traz ainda a reflexividade do fortalecimento da cultura da urgência nas organizações a partir da utilização dos meios tecnológicos de comunicação pelo empregador e a invasão do trabalho no tempo que seria constitucionalmente destinado ao descanso, ao lazer e ao convívio familiar do trabalhador.

Faz-se a abordagem da desconexão temporal da exclusão do controle de jornada prevista no art. 62 da CLT, bem como sua incompatibilidade com o arcabouço constitucional de proteção social conferido ao trabalhador do direito ao descanso, como instrumento de viabilização dos direitos fundamentais ao lazer, ao convívio familiar e à sua incolumidade física e psicológica.

Por fim, aborda-se a responsabilidade socioambiental do empregador em buscar o equilíbrio entre a valorização social do trabalho humano com o seu direito à livre iniciativa, bem como o seu dever de prevenir os riscos ambientais do trabalho decorrentes do hiperfuncionamento do trabalhador, através da adoção de mecanismos que restabeleça as grades de proteção do tempo de trabalho, inclusive para os trabalhadores excluídos do controle de jornada.

2. As novas tecnologias e ampliação da dimensão espaço-temporal do trabalho

O *boom* tecnológico proporcionado pela revolução informática e a globalização neoliberal se conjugaram para “comprimir o espaço-tempo”, tornando possível os

¹ Entendemos como “grades de proteção” os instrumentos de gestão utilizados para a limitação do tempo de trabalho do empregado, assegurando-lhe condições de saúde e segurança do trabalho.

² A partir das noções empregadas por Albert (2006), compreendemos que o “hiperfuncionamento do trabalhador” é caracterizado pela exposição a uma alta carga de pressão psicológica em um contexto social marcado pelo reino da urgência generalizada, levando-o a uma espécie de ditadura do tempo real, em que todas as demandas laborais dependem de uma resposta imediata e os prazos de atuação são cada vez mais curtos, elevando a disponibilidade de sua carga de trabalho física e psicológica em favor do trabalho além do limite legal da jornada de trabalho. (Aubert, 2006, p. 607-608).

intercâmbios e o acesso à informação em “tempo real”, criando uma sensação de simultaneidade e de imediatez que desvaloriza as formas de espera (Lipovestky, 2004).

Os equipamentos eletrônicos que antes ficavam presos em fios e tomadas, agora deixam os espaços “confinados” para circular em todos os tipos de ambiente.

Cada vez menores e portáteis, os equipamentos eletrônicos, especialmente os de comunicação, estão cada vez mais acessíveis e integrados ao corpo dos indivíduos. Notebooks, *smartphones*, *tablets*, *smartwatches*, permitem o contato instantâneo em qualquer lugar do planeta, tonando possível a existência de um “mundo sem fronteiras”.

A consulta de arquivos e documentos que antes ficavam confinados em gavetas, armários e em programas de computadores, agora podem ser arquivados na “nuvem” e acessados em qualquer hora e lugar. As barreiras físicas para o exercício do trabalho expandiram-se para além dos ‘muros das fábricas’, especialmente para os trabalhadores que detêm certo grau de confiança e flexibilidade.

Os dispositivos digitais, em sua portabilidade, diluem as fronteiras tradicionais entre trabalho e lazer, resultando em uma exploração mais eficiente e onnipresente do trabalhador. Tem-se o rompimento espaço-temporal do trabalho.

Nesse sentido, destacam-se as reflexões do filósofo sul-coreano da Universidade de Berlim, Byung-Chul Han (2018, p. 64-65):

Hoje somos, de fato, livre das máquinas da época industrial, que nos escravizavam e nos exploravam, mas os aparatos digitais produzem uma nova coação, uma nova exploração. Eles nos exploram ainda mais eficientemente na medida em que eles, por causa de sua mobilidade, transformam todo lugar em um local de trabalho e todo o tempo em tempo de trabalho. A liberdade da mobilidade se inverte na coação fatal de ter de trabalhar em todo lugar. Na era das máquinas, o trabalho, simplesmente por causa da imobilidade das máquinas, era delimitável em relação ao não trabalho. O local de trabalho, ao qual era preciso se dirigir por conta própria, se deixava separar claramente dos espaços de não trabalho. Hoje essa delimitação é completamente suprimida em algumas profissões. O aparato digital torna o próprio trabalho móvel. Todos carregam o trabalho consigo como um depósito de trabalho. Assim não podemos mais escapar do trabalho.

Almeida (2018) aponta que as facilidades fornecidas pela tecnologia para o desempenho do trabalho em qualquer tempo e qualquer hora se compatibilizam, especialmente, nas funções em que o trabalhador não tem horários fixos e engessados a cumprir.

Os avanços tecnológicos no campo da comunicação e da tecnologia da informação trouxeram inegáveis benefícios para os mais diversos setores da sociedade em geral. No entanto, para os trabalhadores que detêm certo grau de autonomia e

flexibilidade no exercício de suas atividades, as novas tecnologias abriram as portas para um perigoso avanço do trabalho na esfera privada do indivíduo.

O risco de avanço do trabalho no “tempo de descanso” do indivíduo é mais latente para os empregados que exercem cargos de gestão, visto que são excluídos das “grades de proteção” do controle de jornada de trabalho (art. 62 da CLT), especialmente quando situados no contexto da hipermodernidade³.

Enquanto nas sociedades de disciplina, próprio do capitalismo pesado, o controle e a disciplina do trabalhador se davam no ambiente confinado da “fábrica” (Deleuze, 2013), na era do capitalismo leve, a vigilância do trabalhador deixa de ser presencial e passa a ser comunicacional (Gaulejac, 2007)⁴.

A responsabilidade pela gestão do tempo de trabalho passa a ser do trabalhador, o que se consolida em razão do aumento da “flexibilidade” nos horários de trabalho proporcionado pelas novas tecnologias.

Na sociedade hipermoderna, o *manager* encontra-se obrigatoriamente “plugado”. As novas tecnologias possibilitam o preenchimento de cada período de tempo ocioso para torna-lo produtivo. As perdas de tempo ligadas ao trajeto são preenchidas por telefonemas conectados ao sistema *bluetooth* do automóvel para resolver problemas pendentes. O escritório é transportado consigo através do notebook, tablet ou smartphone. O tempo da programação linear do emprego do tempo é substituído pela urgência e pela gestão do tempo, de modo que o tempo pessoal é possuído pelo tempo de seu trabalho (Gaulejac, 2007).

A sociedade neoliberal e informatizada intensificou a vontade do indivíduo liberta-se das limitações do espaço-tempo em função de “uma modernização exacerbada

³ Sobre a noção de hipermodernidade, Albert (2006, p. 606) explica que: “Enquanto a noção de pós-modernidade se baseava na observação de uma ruptura ocorrida com as grandes ideias que sustentaram a modernidade, em particular as de razão e progresso, que deveriam representar uma emancipação para a humanidade, a de hipermodernidade enfatiza não a ruptura com os fundamentos da modernidade, mas a exacerbação e radicalização da modernidade. Hipermodernidade, incluindo o prefixo *hiper* designa demasiado, excesso, para além de uma norma ou de um enquadramento, implica mesmo uma conotação de ultrapassagem constante, de máximo, de situação limite” (tradução nossa).

⁴ Sobre o deslocamento da vigilância física para a vigilância comunicacional do trabalhador, interessante apresentar as reflexões de Gaulejac (2007, p. 110-111): “As técnicas de gerenciamento perdem seu caráter disciplinar. A vigilância não é mais física, mas comunicacional. Se, sob certos aspectos a vigilância continua, graças aos crachás magnéticos, aos laptops, aos computadores, aos bips, ela não é mais direta. Ela incide de preferência sobre os resultados do trabalho do que sobre suas modalidades. Se a liberdade aumenta em relação às tarefas a cumprir, ela encontra a contrapartida em uma exigência drástica sobre os resultados. Trata-se não tanto de regulamentar o emprego do tempo e de quadricular o espaço, e sim de obter uma disponibilidade permanente para que o máximo de tempo seja consagrado a realização dos objetivos fixados e, além disso, a um engajamento total para o sucesso da empresa”.

que contrai o tempo numa lógica urgentista”, ante as orientações de flexibilidade, rentabilidade, *just in time*, “concorrência temporal” etc., das organizações (Lipovestky, 2004, p. 63).

Apesar do aumento da flexibilidade na prestação de serviço pelo trabalhador no tempo e no espaço, não se pode afirmar que houve uma diminuição do tempo de trabalho para o empregador, tampouco um aumento do tempo dedicado à família, ao lazer e ao convívio social em favor do trabalhador ocupante do cargo de gestão

Quanto a conectividade, Almeida (2018) destaca que a existência de uma espécie de obrigação ininterrupta que não se limita a horários comerciais, mas se estende para uma jornada contínua, chamada 24x7x12, indicando sua disponibilidade a qualquer hora, todos os dias da semana, durante todo o ano. Esta noção foi especialmente observada em profissionais de empresas renomadas, como a Coca Cola Femsa Brasil em São Paulo e a L'oreal no Rio de Janeiro, onde a cultura corporativa parece internalizar a expectativa de que os trabalhadores estejam sempre acessíveis e prontos para atender às demandas do trabalho.

Em interessante estudo que analisa as relações familiares de executivos bancários, Oltramari e Grisci (2014) constataram, a partir da análise das entrevistas⁵, que quase todos os executivos utilizam o espaço de casa para o trabalho (Grisci, 2008), o que reforça o sentimento de “dever de disponibilidade integral” dos ocupantes de cargos de gestão.

Nos finais de semana e à noite, a realização do trabalho é possibilitada pela tecnologia, que indetermina a jornada de trabalho, conforme relata a esposa de um executivo: “Quando ele chega em casa, é ele e o *notebook*. Então, como é que vai parar para conversar? Então, tem que deixar” (C). O acesso às novas tecnologias permite instalar um escritório domiciliar, colonizando, assim, o espaço e o tempo pessoal, que antes eram utilizados para atividades de lazer com os filhos.

A busca pela atualização constante por meio de leituras e informações da internet se funde com o trabalho imaterial, que se efetiva pelos atendimentos ao telefone e a construção das estratégias de trabalho no banco. Essa busca é sentida com intensidade pelos membros das relações familiares, tal como expressa H, filha de um executivo bancário:

Meu pai não desliga do serviço, na verdade ele não traz para fazer em casa, quando ele chega o telefone não para de tocar, ele fica pensando nas coisas que tem que fazer, nas coisas do banco, nas metas que tem que atingir. Também fica preocupado em ler todos os jornais sobre o mercado financeiro e acessar à internet.

⁵ Consoante menciona o artigo, a entrevista contemplava os seguintes aspectos: cotidiano familiar; percepção do familiar sobre a construção da carreira do executivo; participação da família no percurso profissional do executivo.

A condução da carreira associada à noção de trabalho imaterial e o enfrentamento de dilemas por parte dos executivos bancários resultam em estilos de vida que alcançam também aqueles de suas relações familiares. (Oltamari; Grisci, 2014, p. 38-39)

O uso do espaço e o tempo destinado ao convívio também tendem a serem explorados pelo trabalhador para a realização do chamado trabalho imaterial⁶, assim considerado pela produção de “coisas imateriais como informação, antecipação das necessidades dos clientes, cuidado, conforto, tranquilidade, segurança e sentimento de bem-estar” (Grisci, 2008, p. 5).

O rompimento espaço-temporal do trabalho e a sua invasão para o ambiente doméstico não decorre somente da necessidade em cumprir metas, excesso de atividades e tarefas impostas pela empresa hipermoderna, mas também pelo deslocamento do objeto de controle do corpo para a *psique* do trabalhador por meios de dispositivos que consiste em mobilizar o indivíduo sobre os objetos e projetos convergentes para o sucesso da empresa (Gaulejac, 2007).

Como adverte Gaulejac (2007, p. 115), a empresa propõe um ideal comum que deve tornar-se o ideal dos empregados. Para tanto, o processo de captação da *psique* do trabalhador inicia com procedimentos de seleção sofisticados, selecionando os indivíduos de acordo com as características pessoais e psicológicas de um “trabalhador ideal”, de acordo com as expectativas da organização.

A empresa propõe um ideal comum que deve tornar-se o ideal dos empregados. Essa captação do Ideal do Ego de cada indivíduo não se realiza mecanicamente. Convém de início que os valores individuais não estejam demasiadamente em ruptura com os da organização. Sobre isso, os procedimentos de seleção são muitos sofisticados. Eles operam um ajustamento entre a “personalidade” dos candidatos e as expectativas da organização. Testes, entrevistas, experimentações, análises grafológicas e psicológicas permitem descrever, avaliar, classificar e comparar aqueles que têm as melhores características para se adaptar ao modelo de comportamento esperado. Os alunos das escolas de engenheiros e das escolas de comércio são *a priori* os mais aptos para interiorizar modos de fazer e de pensar conformes às expectativas da empresa. Os cursos de formação internos, os dispositivos de avaliação e os procedimentos de promoção levam em conta os resultados obtidos, mas igualmente e talvez principalmente “motivações”, ou seja, a aptidão e a vontade de se mobilizar para preencher os objetivos e aderir aos projetos da empresa (Gaulejac, 2007, p. 115-116).

⁶ Como parte da noção de trabalho imaterial associam-se os treinamentos, qualificações profissionais, dever de manter-se sempre atualizado, pensar em estratégias para solucionar problemas (Oltamari; Grisci, 2014), etc.

A partir do ideal da gestão gerencialista, com foco na eficiência e eficácia, o trabalhador gestor de si deve contemplar um estilo normatizado decorrente de quantificações e prescrições compreendidas por meio de códigos de conduta que o identificam como merecedor da função (Tonon; Grisci, 2015).

Interessante destacar que o “domínio de um campo de conhecimento” vem perdendo relevante espaço para a “relação vocacional” do trabalhador com a profissão. A competência técnica não é mais o fator decisivo nos processos de seleção para os cargos de alta gestão. O fator decisivo para a seleção é o conjunto de características pessoais, conforme revela o artigo de López-Ruiz (2009, p. 19):

Em outra entrevista com o gerente de recursos humanos de uma outra empresa este afirmava que “não é a competência técnica a que manda... é um conjunto de características pessoais, capacidade intelectual, energia empreendedora... orientação para o mercado, trabalhar em equipe, integridade ética...” Esse conjunto de características procuradas hoje pelas empresas nos seus profissionais – salienta– “vêm de casa..., são coisas que você vem formando na sua escola de vida... e você acrescenta a isso as competências técnicas da profissão na que você trabalha...” No caso, “prevalecem muito mais [nos resultados do seu trabalho] as competências individuais, aquilo que você está trazendo como bagagem de sua pessoa, na profissão que você executa...” Isto é também corroborado por Mariá Giuliesi, diretora da Lens & Minarelli, empresa de consultoria em *outplacement* e aconselhamento de carreira. Ela cita em ordem de importância, as características que definem o perfil do bom candidato procurado pelas empresas segundo a opinião de dez *headhunters* famosos. Estas são: 1) persistência, 2) autoconfiança, 3) flexibilidade para se relacionar, 4) ambição de crescer, 5) estabilidade emocional, 6) boa formação técnica, 7) ética com colegas e concorrentes, 8) experiência, 9) lealdade à empresa, 10) fidelidade aos superiores. A consultora chama a atenção para o fato de que as cinco características primeiro ranqueadas têm a ver com a personalidade, e será apenas no sexto lugar que aparece a boa formação técnica.

Os critérios de seleção dos trabalhadores indicados acima que evidenciam a busca pela captura da *psique* do trabalhador, vai de encontro às conclusões apresentadas por Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês, em estudo sobre a psicopatologia do trabalho:

Na maioria das tarefas, mesmo as mais desqualificadas, a exploração passa também pela profundidade do aparelho mental. Essa observação tem, provavelmente, uma grande importância, pois ele é de natureza a fazer reconsiderar as teorias econômicas da força de trabalho. Com efeito, parece que a exploração do corpo passa sempre e necessariamente por uma neutralização prévia da vida mental, através da organização do trabalho. A submissão dos corpos só seria possível por meio de uma ação específica sobre os processos psíquicos, etapa fundamental, cujas peças podem ser desmontadas. Tornar dócil um corpo não é coisa simples, pois ele, normalmente, está submetido a seu chefe natural, chamado “personalidade”. A desapropriação do corpo só é possível graças a uma operação específica sobre a estrutura da personalidade, cujos efeitos, duráveis ou reversíveis segundo o

caso, fazem parte integrante da carga de trabalho. Assim, a “carga psíquica” de trabalho não seria apenas um efeito acessório do trabalho, mas resultaria, exatamente, de uma etapa primordial, da qual dependeria a submissão do corpo, etapa cujo sucesso seria assegurado pela própria organização do trabalho. (Dejours, 1992, p. 136)

À luz dos conceitos apresentados neste artigo, pode-se constatar a partir das entrevistas para seleção de executivos, que os rigorosos processos de seleção de grandes empresas para os cargos de alta gestão buscam trabalhadores com as características do “homem hipermoderno”, o indivíduo marcado pelo excesso e pela urgência.

Os executivos selecionados são aptos a exercer o desempenho de seu mister dentro de um universo gerencialista que promete um ideal sem limites: zero atraso, zero de falha, zero de papel, qualidade total etc., em que não é mais normal ser limitado (Gaulejac, 2007).

Assim, na era da hipermodernidade, o trabalhador, mesmo os que ostentam a condição de hipersuficiência, tende a aceitar e agir “voluntariamente” para que o tempo do trabalho (material ou imaterial) prevaleça sobre o tempo legal destinado ao descanso e lazer, mesmo que inexista qualquer ordem direta do empregador.

3. A responsabilidade socioambiental do empregador na limitação do tempo de trabalho do trabalhador hipermoderno.

As novas tecnologias e as facilidades de comunicação instantânea, em “tempo real”, possibilitaram uma maior eficiência e agilidade nos processos e tomadas de decisões. No entanto, ao mesmo tempo que possibilitou aumentar a eficiência, agilidade e velocidade na execução do trabalho, elas também proporcionaram o paradoxo da sensação de redução do tempo disponível para concluir todas as tarefas e conciliar o tempo de trabalho com a vida pessoal.

Segundo Lipovestky (2004, p. 78), “quanto mais depressa se vai, menos tempo se tem. A modernidade se constituiu em tono da crítica à exploração do trabalho; já a época hipermoderna é contemporânea da sensação de que o tempo se rarefaz”.

O atual cenário da hiperconectividade causada pelo uso excessivo dos *smartphones* e aplicativos de mensagens, voz e vídeo, fez emergir também a chamada “telepressão”, caracterizada por Melo e Leite (2021) como um fenômeno no ambiente corporativo, resultante do uso excessivo das tecnologias de comunicação e de uma cultura organizacional que pressiona os indivíduos a estarem constantemente disponíveis. Este

conceito engloba não só a exigência de respostas imediatas às mensagens, mas também se estende à prática de trabalhar fora do horário comercial estabelecido.

A proteção constitucional em relação ao “tempo do trabalho” confere como direito aos trabalhadores a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (art. 7º, XIII), entre outros direitos como o “repouso semanal remunerado” (art. 7º, XV) e o direito ao “gozo de férias anuais” (art. 7º, XVII).

A primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho (Convenção nº 1), de 1919, estabeleceu a limitação de jornada trabalho em 8 horas por dia e 48 horas por semana (artigo 2º da Convenção). Posteriormente, a convenção nº 47 (Convenção sobre as quarenta horas semanais) estabeleceu um novo padrão de jornada de trabalho de 40 horas semanais. (Lee, 2009).

Mesmo diante das diretivas internacionais da OIT e a proteção constitucional do art. 7º, XIII, da CF, a legislação celetista brasileira (art. 62 da CLT) apresenta um rol de empregados excluídos da proteção ao “tempo do trabalho”. São eles: a) os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; b) os empregados que exercem cargos de gestão; e, c) os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.

Delgado (2023) discute a noção de jornada de trabalho esclarecendo que ela representa o período em que o trabalhador está sob a direção do empregador, seja ativamente trabalhando ou simplesmente aguardando ordens. Para que se possa medir essa jornada, é indispensável que haja algum grau de monitoramento por parte do empregador sobre o tempo que o empregado dedica ao trabalho ou fica à disposição para trabalhar.

Na análise dos efeitos do artigo 62 da CLT na ordem jurídica, Delgado (2023) explica que, sem a existência de um controle mínimo sobre as atividades do empregado, não se pode determinar com precisão a extensão da jornada de trabalho. Isso significa que, na ausência de supervisão, não é possível calcular corretamente as horas extras, já que não se consegue estabelecer com certeza quanto tempo o empregado realmente trabalhou.

Para os trabalhadores ocupantes em cargos de gestão, a não sujeição ao controle de jornada decorre da presunção que eles têm uma parte do poder do empregador, devido às suas funções de liderança e supervisão, e, portanto, uma maior flexibilidade e autonomia em relação ao seu tempo de trabalho (Delgado, 2023).

Percebe-se que a exclusão de determinados trabalhadores, incluídos os denominados “altos empregados”, está relacionada à existência ou não de controle de jornada pelo empregador, o que representa um ideal da sociedade sólida em que o empregador exercia o controle direto e pessoal das atividades do empregado.

Como visto neste trabalho, os novos modelos de gerenciamento da sociedade líquido-moderna propõem o inverso da norma celetista em todos os níveis de trabalho, tendo em vista que os atuais modelos conferem uma certa autonomia e flexibilidade: o indivíduo não é regido pelas ordens de obediência a um chefe, mas pelo compromisso que assume com as normas gerenciais vigentes (Tonon; Grisci, 2015).

No que se refere ao tempo de trabalho, o trabalhador torna-se o gestor de seu próprio tempo, devendo demonstrar os resultados pelos cumprimentos das metas, tarefas e atividades designadas. As grades de proteção para o exercício do labor e controle do tempo dentro do ambiente de trabalho foram eliminadas, havendo no horizonte o campo aberto da internet e da “rede de dados” para o exercício do labor sem a ‘fiscalização do tempo de trabalho’ pelo empregador.

Byung-Chul Han (2015) considera que a sociedade do século XXI não é mais sociedade disciplinar de Foucault, feita nos hospitais, asilos, quartéis e fábricas. A sociedade atual é a “sociedade de desempenho”, em que os indivíduos são empresários de si mesmos, marcado pelo excesso de positividade que produz indivíduos depressivos e fracassados.

O rompimento do limites espaços-temporais do trabalho possibilita que a liberdade e coação coincidam, fazendo com que o sujeito de desempenho se entregue à liberdade coercitiva para maximizar o seu desempenho fora dos “muros da fábrica”. O sujeito de desempenho torna-se explorador de si mesmo. Nesse sentido, importante destacar as lições de Han (2015):

O sujeito de desempenho está livre da instância externa de domínio que o obriga a trabalhar ou que poderia explorá-lo. É senhor e soberano de si mesmo. Assim, não está submisso a ninguém ou está submisso apenas a si mesmo. É nisso que ele se distingue do sujeito de obediência. A queda da instância dominadora não leva à liberdade. Ao contrário, faz com que liberdade e coação coincidam. Assim, o sujeito de desempenho se entrega à *liberdade coercitiva* ou à *livre coerção* de maximizar o desempenho. O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal.

A cultura do alto desempenho buscado pelas corporações, a “brecha” legal decorrente da atual interpretação do artigo 62 da CLT e as novas técnicas de gestão, aliadas as novas tecnologias de comunicação, possibilitam a exploração da força de trabalho de forma contínua.

As metas de desempenho, o desafio em superar continuamente os limites e de entregar resultados em um cenário de elevada concorrência empresarial, faz do trabalhador ocupante de cargo de gestão um sujeito que se auto-explora, não só em busca de comissões, bônus e outros incrementos salariais, mas também pela busca de reconhecimento de seu empregador para ascender profissionalmente.

Diante da atual cultura do exagero e da urgência, própria da sociedade hipermoderna e hiperconectada, qual seria o papel do direito do trabalho na proteção social do tempo de trabalho dos trabalhadores, incluídos os que exercem os cargos denominados de “alta gestão” ou de confiança? Haveria um dever de proteção e de limitação do tempo de trabalho mesmo para os trabalhadores que voluntariamente se auto-explora em busca de aumento salarial ou para alcançar determinados objetos profissionais? Poderia o trabalhador renunciar o seu direito ao descanso e ao lazer?

Para Melo e Leite (2021), a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, estabeleceu um novo paradigma e não albergou exceções para casos especiais em relação à jornada de trabalho. No entanto, as práticas, especialmente no âmbito judiciário, ainda mostram resistência quanto ao paradigma constitucional estabelecido, dificultando a plena realização das novas propostas sociais e trabalhistas. A persistência dessas práticas é evidenciada pelo fato de que as exclusões estabelecidas no artigo 62 da CLT foram amplamente aceitas pela doutrina e jurisprudência como compatíveis com a nova ordem constitucional, permitindo assim a exclusão de "casos especiais" das garantias de duração da jornada de trabalho.

Além disso, Melo e Leite (2021) criticam o artigo 62 da CLT e seus incisos por serem anacrônicos, pois, com o advento das modernas tecnologias de comunicação, tornou-se possível monitorar a jornada de trabalho em quase todas as atividades. Ignorar esses avanços tecnológicos é uma forma de negar a realidade existente.

Os estudos realizados por Scarfone, Carvalho Neto e Tanure (2008, p. 54) sobre o tempo de trabalho e não trabalho dos altos executivos, revelam que, segundo à percepção em relação à jornada diária de trabalho, “mais da metade dos executivos (53%)

disse trabalhar de 10 a 11 horas e quase um terço (29%) disse trabalhar 12 horas ou mais. Só 18% disseram que trabalham de oito a nove horas por dia”.

O estudo aponta que do grupo de 53% dos executivos que disseram trabalhar de 10 a 11 horas, poder-se-ia acrescentar pelo menos duas horas a mais de trabalho que não seriam percebidas ou consideradas como tempo de trabalho pelos ocupantes de cargos de alta gestão.

Ainda que 82% tenham dito que trabalham mais de 10 horas diárias na pesquisa quantitativa (jornada que já é pesada), ainda podem ser acrescidas pelo menos duas horas a mais, pois a visão dos executivos é mascarada devido ao fato de eles não considerarem como jornada o tempo gasto em e-mails, celulares e laptops fora da empresa, muitas vezes em casa; viagens; eventos de negócios (relacionados ao ritual do cargo, como representação institucional e jantares de negócio). Isso ficou evidenciado a partir do cruzamento dos dados. (Scarfone; Carvalho Neto; Tanure, 2008, p. 54).

Há, portanto, uma dedicação média ao tempo de trabalho de 12 (doze) horas diárias em mais da metade dos entrevistados ou de 60 (sessenta) horas semanais (considerando apenas o trabalho realizado de segunda a sexta-feira), o que supera o limite constitucional de tempo e trabalho conferido pela constituição federal brasileira.

A longa jornada de trabalho (≥ 55 horas/semana), a que estão expostos os ‘altos empregados’, representa um grave risco de adoecimento desse grupo de trabalhadores, visto que existe “fator de risco ocupacional prevalente, atribuível a um grande número de mortes e incapacidades por doença isquêmica do coração e acidente vascular cerebral em razão da exposição a longas jornadas de trabalho (Pega; Náfrádi, 2021)⁷.

No contexto da pandemia do SarsCov2, o processo de utilização do ambiente familiar para o trabalho foi intensificado, de modo que o trabalhador se rendeu ao trabalho “*anywhere, anytime*” (em qualquer lugar, a qualquer momento).⁸

Estudo elaborado pela Fundação Instituto de Administração (FIA) apontou que a adoção do teletrabalho ou *home office* foi a estratégia adotada por 46% das empresas durante a pandemia. A pesquisa apontou que 36% das empresas manifestaram que não

⁷ O estudo apresentou ainda as seguintes estimativas: a) 8,9% da população global ficou exposta a jornada ≥ 55 horas/semana; b) atribuição de 745.194 mortes e 23,3 milhões em razão do risco ocupacional objeto do estudo (doenças do coração e AVCs) decorrente da exposição a longas jornadas de trabalho. O estudo aponta ainda que, em experiências anteriores, a exposição do trabalhador à longas jornadas de trabalho aumenta após recessões econômicas.

⁸ O termo “anywhere, anytime” foi empregado em relatório conjunto da OIT e Eurofound, que tem como objeto o estudo sobre o impacto do teletrabalho com o uso de smartphones, tablets, laptops e computadores de mesa – para fins de trabalho fora das instalações do empregador. No estudo, concluiu-se que a sua maior desvantagem é a tendência de aumentar as horas de trabalho e criar uma sobreposição entre o trabalho remunerado e a vida pessoal (interferência trabalho-casa), através da intensificação do trabalho. (Messenger *et al*, 2017).

pretendiam manter o trabalho a distância após o fim da pandemia, enquanto 34% informaram pretendia manter o trabalho a distância para até 25%. O restante informou que pretendia manter pelo menos 50% do quadro de funcionários no trabalho à distância. (MELLO, 2020).

Em uma outra pesquisa realizada pela FEA/USP e pela Fundação Instituto de Administração em julho de 2021, apontou a existência de uma situação paradoxal: a maioria dos trabalhadores entrevistados afirmaram que o trabalho em *home office* permitia gerenciar melhor o tempo e 73% declararam que estavam satisfeitos com o trabalho executado em casa. Por outro lado, 45% dos trabalhadores relataram que tem jornada de trabalho superior a 44 horas semanais. Desse grupo, 16% trabalhavam entre 45 a 48 horas semanais; 23% entre 49 a 70 horas semanais; e, 6% acima de 70 horas semanais (Fischer et al, 2021).

A pandemia de SarsCov2, que impôs o isolamento social, acelerou a aceitação do trabalho remoto entre empregadores e empregados, levando a mudanças legislativas no Brasil. A Medida Provisória nº 1.108/22, convertida na Lei nº 14.442/2022, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), passando incluir os empregados em regime de teletrabalho, cujo serviço é medido por produção ou tarefa, não estão sujeitos ao controle de jornada (art. 62, III e §3º do art. 75-B, da CLT). Além disso, estabelece que idas eventuais do empregado ao local de trabalho não afetam a caracterização de seu regime de trabalho como remoto (§1º do art. 75-B, CLT).

Note-se que tanto no contexto do teletrabalho, quanto nas características dos cargos de gestão, anteriormente citado, há forte presença da gestão do trabalho *anywhere, anytime*, acentuando ainda mais a “cultura da urgência” nos setores empresariais, o que potencializa o risco de incidências de patologias psicológicas⁹, como a depressão e ansiedade, em razão da mobilização psíquica para o alcance de objetivos e a sujeição do trabalhador às pressões decorrentes do trabalho, podendo ocorrer tanto no ambiente de trabalho, quanto no ambiente doméstico.

Como explica Albert (2004, p. 609):

⁹ A cultura da urgência e do hiperfuncionamento gerou um alerta nos efeitos psicológicos do trabalhador, de modo que a Organização Mundial de Saúde (2019) reconheceu a “Síndrome de Burnot” como doença ocupacional, incluindo-a na Classificação Internacional de Doenças (CID-11). Segundo a atual Classificação Internacional de Doenças (CID-11), *Burn-out* e definido “como uma síndrome resultante do estresse crônico no local de trabalho que não foi gerenciado com sucesso. É caracterizada por três dimensões: sentimentos de esgotamento ou exaustão de energia; aumento da distância mental do trabalho, ou sentimentos de negativismo ou cinismo relacionado ao trabalho; e, eficácia profissional reduzida” (tradução nossa). Disponível em: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>. Acesso em 26 jun. 2022.

Ao estabelecer uma intensa mobilização psíquica dos indivíduos e exigir deles uma flexibilidade constante e uma velocidade de reação cada vez maior, a sociedade os confronta com situações em que, tendo que agir a todo custo e correr cada vez mais rápido, são por vezes incapazes, entre outras coisas, porque eles "não aguentam mais". Daí o aumento, observado por muitos psiquiatras, das depressões de exaustão em que, um deles explica, "*a desaceleração é significativa, as pessoas não conseguem mais produzir e se sentem extremamente exaustas e cansadas, com explosões de lágrimas, raiva e ansiedade forte, uma queixa muito forte de nervos à flor da pele, e irritabilidade, uma agressividade extremamente forte*". É, portanto, a intensidade dos sintomas de esgotamento, sua exacerbação, que constitui a primeira característica desse tipo de estado, a segunda consistindo na ausência dos outros sinais de depressão, em particular a tristeza. E é, portanto, o contexto e o ambiente em que as pessoas trabalham que parecem ser a principal causa da extensão desse tipo de depressão. (Tradução nossa).

A ausência de grades de proteção contra o tempo de trabalho e o hiperfuncionamento laboral andam na contramão dos fundamentos, objetivos, direitos e garantas fundamentais estampados pela Magna Carta.

Um dos fundamentos mais básicos da república brasileira é o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF). Corolário ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰, a Constituição brasileira conjugou no mesmo dispositivo os fundamentos dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa é base da ordem econômica brasileira, cuja finalidade é a de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF).

A aparente dicotomia do texto constitucional em buscar conjugar valores opostos, objeto de intensas lutas sociais ao longo da história, visa alinhar os interesses do empresário que explora a atividade econômica com os interesses do trabalhador, que vende a sua força de trabalho (Martins, 2023).

Feliciano (2022) ressalta que o crescimento econômico não deve comprometer as bases naturais que garantem a subsistência da humanidade, nem deve depreciar a dignidade do trabalhador ou infringir seus direitos fundamentais, algo que foi notoriamente ignorado durante as revoluções industriais. Dessa forma, a proteção ao meio ambiente e a salvaguarda das condições sociais dos trabalhadores refletem uma escolha

¹⁰ Daniel Sarmiento (2016, p. 132), considera que "o princípio da dignidade da pessoa humana veda a instrumentalização dos indivíduos em prol de metas coletivas ou dos interesses da maioria". O princípio "assenta no reconhecimento do valor intrínseco da pessoa, que é incompatível com compreensões desigualitárias das relações sociais e também com o organicismo e o utilitarismo".

constitucional de priorizar o ser humano mesmo diante de eventuais conflitos com outros valores constitucionais, como a livre-iniciativa.

Tem-se que o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre do “dever estatal de garantir a todos um mínimo existencial dos direitos sociais, sem os quais se viola a integralidade da natureza humana” (MARTINS, 2021, p. 1688), razão pela qual a valorização do trabalho humano é essencial na sua preservação no campo laboral.

Delgado e Dias (2020) enfatizam que a salvaguarda da dignidade do trabalhador se materializa por meio da garantia de direitos fundamentais que estão codificados em diversos níveis jurídicos, abarcando o âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional. Este conjunto de direitos estabelece um patamar mínimo de civilidade e endossa o conceito de "trabalho digno".

A ausência de limitação do tempo do trabalho e a sua invasão no tempo destinado ao lazer e a família torna vulnerável o direito fundamental ao lazer (art. 6º, *caput*, CF) e ao descanso através da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII, CF)¹¹. Destaca-se que o art. 226 da CF aponta que a família e a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

As normas jurídicas relativas à duração do trabalho não representam somente a viabilização do acesso ao direito ao lazer e ao descanso, mas também, conforme aponta Bomfim (2023), são regras de medicina e segurança no trabalho imperativas, que estabelecem direitos inalienáveis, de ordem pública e que impossibilitam a negociação ou renúncia pelo trabalhador.¹²

Nesse mesmo sentido, Delgado (2023) destaca que as normas jurídicas que tratam da duração do trabalho evoluíram para além de sua função estritamente econômica e, em determinadas circunstâncias, passam a ter um papel essencial como normativas de saúde e segurança no âmbito laboral, adquirindo, deste modo, a natureza de normas de saúde pública.¹³

¹¹ Como destaca Martins (2022, p. 524), “há na Constituição Federal algumas liberdades públicas que visam proteger o direito ao lazer, sobretudo dos trabalhadores. No artigo 7º, que trata do direito individual dos trabalhadores, a Constituição Federal assegura a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (XIII)”.

¹² Em que pese a reforma trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, ter apontado que as “regras sobre a duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” para os fins de configuração de objeto ilícito de pactuação e modificações através de negociação coletiva (parágrafo único do art. 611-B da CLT), assegurou-se que as negociações coletivas que dispuserem sobre a jornada de trabalho devem observar os limites constitucionais (art. 611-A, CLT).

¹³ Em que pese a reforma trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, ter apontado que as “regras sobre a duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” para os fins de configuração de objeto ilícito de pactuação e modificações através de

Sebastião Geraldo de Oliveira (2007), entende que o direito à saúde estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal, quando aplicado no contexto do Direito do Trabalho, emerge a compreensão de que a saúde do trabalhador se configura como uma prerrogativa a ser garantida pelo empregador, por força do disposto no artigo 7º, inciso XXII, do texto constitucional.

Diante disso, emerge a responsabilidade do empregador na promoção de estratégias eficazes para a mitigação de uma gama de fatores potencialmente prejudiciais — sejam eles físicos, químicos, biológicos, fisiológicos, estressantes, psíquicos entre outros — que possam influenciar negativamente na saúde do empregado.

Importante destacar que a limitação do tempo de duração do trabalho se baseia em aspectos biológicos, sociais e econômicos, conforme sustenta Bomfim (2023, p. 623):

- a) biológicos: o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.
- b) sociais: o trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador;
- c) econômicos: um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão."

Como norma de saúde e segurança do trabalho, a proteção do trabalhador pela limitação do tempo de trabalho é um dever do empregador. No que se refere à demanda de trabalho, deve o empregador respeitar “*do not disturb!*” para deixar o trabalhador em paz para descansar ou se dedicar a outras dimensões de sua vida. Nessa perspectiva, João Leal Amado (2017, p. 123) considera que:

Não é sobre o trabalhador que recai o ônus de colocar o dístico do *not disturb!* na porta do seu quarto, assim exercendo um qualquer “direito à desconexão profissional” (ao jeito *buzz off!* dirigido ao empregador). Pelo contrário, a obrigação de não perturbar, de não incomodar, recai sobre a empresa. O trabalhador goza, assim, de um “direito à não conexão” (dir-se-ia: de um *right to be let alone*) por parte da empresa, de um *do not disturb!* resultante do contrato de trabalho e da norma laboral aplicável.

Nesse sentido é que identificamos que o respeito ao “*do not disturb!*” é agir em conformidade com o art. 200, VIII c/c art. 225, *caput*, ambos da CF/88, pois proporciona um meio ambiente de trabalho hígido e equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida do trabalhador.

negociação coletiva (parágrafo único do art. 611-B da CLT), assegurou-se que as negociações coletivas que dispuserem sobre a jornada de trabalho devem observar os limites constitucionais (art. 611-A, CLT).

O direito ao descanso se constitui como um direito fundamental do trabalhador, pois o tempo livre “permite ao homem o desenvolvimento integral de sua personalidade enquanto se dedica à outras atividades diferentes do trabalho profissional”, possibilitando o convívio familiar, social, entretenimento, convivência religiosa, prática desportiva e outras atividades que possa contribuir para a melhoria de sua condição social (NASCIMENTO, 2011, p. 767).

Inobstante estar fora dos parâmetros internacionais estabelecidos pela OIT (jornada de trabalho semanal de 40 horas)¹⁴, a legislação trabalhista brasileira conferiu aos trabalhadores submetidos ao controle de jornada a realização máxima de duas horas extras diárias (art. 59, CLT) além da jornada máxima de trabalho diária, constitucionalmente assegurado¹⁵.

A norma celetista excluiu os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada, contudo a existência e o uso de novas tecnologias entregam possibilidades de mensuração e controle de jornada de trabalho destes trabalhadores, possibilitando uma limitação salutar do tempo de trabalho.

Os atuais meios de comunicação instantâneos, meios telemáticos que permitem a verificação de atividades por aplicativos, programas computadores, sistemas de GPS, etc., todos integrados e conectados aos mais diversos aparelhos (*smartphones*, notebooks, etc.), possibilitam o monitoramento da atividade do trabalhador e restabelecer as grades de proteção para dividir e separar o tempo de trabalho do tempo de lazer e convivência com a família.

A interpretação dos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano, da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica impõe o dever do empregador velar pelo mínimo existencial do trabalho, o que engloba o dever de respeito ao limite constitucional da jornada de trabalho e o direito ao lazer para conferir a existência digna e à sadia qualidade de vida do empregado.

Em consonância com a disposição constitucional, o §1º do art. 19 da Lei nº 8.213/91 impõe à empresa a responsabilidade pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. Nesse sentido a eventual

¹⁴ Convenção da OIT nº 47, que estabelece no item ‘a’ do art. 1 “o princípio de uma semana de quarenta horas aplicado de tal forma que o nível de vida não seja reduzido em consequência”. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312192:NO. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁵ Registra-se que o art. 611-A da CLT aponta o dever de observância dos limites constitucionais quando dos ajustes coletivos dispuserem sobre a jornada de trabalho.

omissão do empregador em adotar medidas para assegurar a limitação constitucional dos empregados ocupantes de cargos de gestão poderia se enquadrar, inclusive, em ato ilícito, uma vez que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil).

Não se apartam desse contexto os ‘altos empregados’ que possuem rendimentos que o caracterizem como trabalhadores hipersuficientes¹⁶, uma vez que se mantém dependente do emprego dada a necessidade de manutenção de seu bem-estar e de sua família. Mesmo que no futuro busque “desacelerar” seu ritmo de trabalho em favor da família ou de projetos pessoais, sua margem de manobra fica comprometida, pois teme o desemprego. (Almeida; Almeida, 2019, p. 219).

A relevância com o cuidado da limitação da jornada de trabalho se acentua em tempos de hipermodernidade e hiperconectividade, onde não mais existem fronteiras para o exercício do trabalho diante do esvaziamento do modelo binário, compreendido este na evidente digressão do tempo de trabalho e do tempo vida.

Inobstante a ausência de previsão que importe em obrigatoriedade no controle de jornada (art. 62, II, da CLT), a empresa a fim de assegurar um meio ambiente de trabalho em conformidade constitucional, deve adotar técnicas medradas em garantir a esses empregados a plena proteção constitucional para a fruição do direito social ao descanso, lazer e à convivência familiar, garantindo assim a ampla dimensão da valorização do trabalho humano.

4. Conclusão

O fim da modernidade sólida e o surgimento de uma nova sociedade marcada pela flexibilidade, fluidez e adaptabilidade, além das mudanças provocadas pelas novas tecnologias e instabilidades econômicas no mercado, transformaram o mundo do trabalho e as relações entre empregado e empregador. O trabalhador passou a ser o responsável pela gestão do seu tempo de trabalho em nome da eficiência.

¹⁶ Alcuha empregada ao trabalhador considerado qualificado, em razão de ser portador de diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O empregado qualificado, por força do art. 444, parágrafo único, da CLT, pode ter seu contrato de trabalho submetido à estipulação de cláusulas contratuais menos favoráveis, relativos aos assuntos trabalhistas constantes no rol do art. 611-A da CLT, cujo acordo tem a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos. (Delgado, 2017).

A busca constante pelo ideal da perfeição, da superação de desafios, de ser “1% melhor a cada dia” gerou uma espécie de trabalhador performático, que se auto-explora, se autofiscaliza e se auto-escraviza¹⁷ em busca de ser um trabalhador atrativo e competitivo no mundo concorrencial do trabalho, especialmente o da “alta gestão”.

A revolução tecnológica dos anos 90, a popularização da internet e dos equipamentos portáteis de transmissão de imagem, som e voz, romperam a limitação espaço-temporal do trabalhador que antes prevalecia na modernidade sólida.

A depender do cargo ocupado e do seu grau de flexibilidade, como os de “alta gestão”, o “escritório” passou a ser transportado para qualquer lugar. Basta um notebook e uma rede de internet *wi-fi* para transformar qualquer local em ambiente de trabalho.

Tal realidade passou a fazer parte do cotidiano de uma elevada gama de trabalhadores a partir do isolamento social provocado pela pandemia do SarsCov2, onde os forçou a adaptar-se e utilizar do *home office* ou do teletrabalho para o desempenho de suas atividades.

A possibilidade de uso do espaço familiar para o trabalho, de estar sempre conectado em qualquer hora e lugar, consolidou a invasão do tempo do trabalho para os mais diversos setores da vida social do trabalhador, entre eles para o espaço destinado ao convívio familiar.

As grades de proteção do tempo de trabalho estão cada vez mais frágeis, uma vez que os atuais modelos de gestão conferem ao trabalhador uma flexibilidade no desempenho de sua função e a entrega do trabalho através de metas e resultados. A expansão do número de trabalhadores excluídos do controle de jornada é uma realidade que prevalece a cada dia.

Os estudos apresentados neste artigo revelaram que a cultura da urgência, da perfeição e da superação de resultados e metas, fez diminuir o tempo destinado ao lazer e ao descanso em prol do trabalho, confirmando o esvaziamento do modelo binário.

Antes mesmo da experiência da pandemia já havia uma realidade de hiperfuncionamento dos “altos empregados” com jornadas médias de 12 horas diárias de trabalho, exercidas para o alcance dos objetivos empresariais e da superação de metas e desafios internalizadas na *psique* do trabalhador. No contexto da pandemia do SarsCov2, estudos revelaram que parcela significativa de trabalhadores que laboravam em casa

17 Considerando que a exposição à jornadas extenuantes caracteriza-se como condição análoga à de escravo, conforme aponta o Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo (Brasil, 2011, p. 12).

(cerca de 45%) exerciam jornadas superiores a 44 horas semanais, e, que alguns, apresentavam jornadas superiores a 70 horas semanais.

Nesse cenário, tem-se como importante a reflexividade acerca da incompatibilidade de manutenção da exclusão do controle de jornada, previsto no art. 62 da CLT, com o arcabouço jurídico-constitucional pensado na valorização social do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, especialmente em razão da ampla difusão dos mais variados instrumentos tecnológicos que permite aferir e quantificar o tempo de trabalho do empregado, inclusive no que se refere para o serviço de produção e tarefas.

A não adoção de mecanismo de prevenção do hiperfuncionamento do trabalhador, mesmo que em autodeterminação em razão de suas características pessoais (do chamado trabalhador hipermoderno), constitui em omissão ilícita, à luz de sua responsabilidade socioambiental traçada pelo arcabouço constitucional e infraconstitucional.

Há um necessário dever de alerta da sociedade em geral quanto aos efeitos da atual cultura organizacional e do permissivo legal de dispensa do controle de jornada, visto que é um incentivador para o hiperfuncionamento do trabalhador, ensejador de riscos ocupacionais como o AVC, doenças do coração e de diversas doenças psicológicas.

Além dos efeitos e prejuízos patológicos causados ao trabalhador, tem-se os prejuízos sociais, decorrentes da redução do tempo mínimo assegurado constitucionalmente destinado ao descanso, lazer, convívio familiar e social, assim considerados como mínimos existenciais necessários para assegurar a dignidade da pessoa do trabalhador.

A pandemia do SarsCov2 adiantou e revelou uma nova realidade laboral, indicando que o controle de jornada se mostra essencial para proteger a incolumidade física, psicológica e social do trabalhador, face o rompimento espaço-temporal do trabalho e vida.

Referências

ALMEIDA, Carla Vidal Gontijo. Sofrimento no trabalho e o hiperfuncionamento do indivíduo: um alerta ao necessário cuidado com a saúde mental do trabalhador. In. GONÇALVES, Liciane Faria Traverso (Org.), **Não aguento mais! Análises jurídicas e transdisciplinares do autoextermínio**. Volume 1. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2018. p. 147-170.

ALMEIDA, Carla Vidal Gontijo; ALMEIDA, Fabrício Santos. Os pleitos judiciais do “viver” na contemporaneidade e o dano existencial nas relações de emprego: a projeção

do processo como produção de violência. In. GONÇALVES, Liciane Faria Traverso (Org.). **Faces da violência: do indivíduo ao Estado**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 210-221.

AMADO, João Leal. Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional. In Roxo, Manoel M. **Trabalho sem fronteiras? O papel da regulação**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 113-127.

AUBERT, Nicole. L'individu hypermoderne et ses pathologies. **L'information psychiatrique**, 2006/7 (Volume 82), p. 605-610. DOI: 10.3917/inpsy.8207.0605. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-l-information-psychiatrique-2006-7-page-605.htm>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOMFIM, Volia. **Direito do trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Brasília, DF: Presidência da República [1991]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-Mpv-1108-22.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022**. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/manuais-e-publicacoes/manual_de_combate_ao_trabalho_em_condicoes_analogas_de_escravo.pdf/view. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022**. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

CONGRESSO NACIONAL. **Entenda a tramitação da medida provisória**. 2022. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 20 jul. 2023.

DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. In: Conversações. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 223-230.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5ª ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

DELGADO, Gabriela Neves; DIAS, Valéria de Oliveira. Direito fundamental ao trabalho digno e meio ambiente de trabalho saudável: uma análise sob a perspectiva do assédio organizacional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; *et al.* **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. Volume 5. São Paulo: LTr, 2020, p. 143-158.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 20 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme. **Responsabilidade Civil no Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022.

FISCHER, André Luiz; AMORIM, Wilson Aparecido Costa do; KASSEM, Michele Ruzon; HARTMANN, Sylvia. **Satisfação e desempenho no home office: avanços e desafios após um ano da migração**. Resumo executivo, julho/2021. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/fea/noticias/brasileiros-querem-continuar-no-home-office-diz-pesquisa>. Acesso em 18 de nov. 2023.

GAULEJAC, Vicent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007.
GRISCI, Carmem Lígia Iochins. Trabalho imaterial, controle rizomático e subjetividade no novo paradigma tecnológico. **RAE - eletrônica**. São Paulo. Vol. 7, n. 1 (jan./jun. 2008), Art. 4, [23 f.]. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/20540>. Acesso em 23 jun. 2023.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

ILO. **C001 - Hours of Work (Industry) Convention, 1919 (No. 1)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001. Acesso em 07 jul. 2023.

JACOB, Annie. Emergência do valor social do trabalho no pensamento econômico do século XVIII. Tradução: Leila de Melo Franco Sarriddine Araújo. In: JACOB, Annie. **L’Inscription sociale du marché**. Paris: L’Harmattan, 1995. p.51-75.

LEE, Sangheon. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada** / Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger; Secretaria Internacional de Trabalho. – Brasília: OIT, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229714.pdf. Acesso em 03 de jul. 2023.

LINZMEYER, Simone Maria Virmond Vieira. **Carreiras contemporâneas: responsabilidade pessoal e desafios da trajetória profissional**. 151f. Tese (Doutorado – Programa de pós-graduação em psicologia). Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles, 1944. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LÓPEZ-RUIZ, Osvaldo Javier (2009a). Da “profissão” à “carreira”: o caso dos executivos das transnacionais. **Teoria e Pesquisa: Revista de Ciência Política**, v. 18, n. 02, 2009. DOI: <https://doi.org/10.4322/tp.v18i2.181>. Disponível em: <https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/181>. Acesso em 23 jun. 2023.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. 2 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista: (Lei n. 13.467/2017)**. São Paulo: LTr, 2021.

MELLO, Daniel. **Home office foi adotado por 46% das empresas durante a pandemia**. 2020. Agência Brasil, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>. Acesso em: 05 jul. 2023.

MESSENGER, Jon; LLAVE, Oscar Vargas; GSCHWIND, Lutz; BOEHMER, Simon;

VERMEYLEN, Greet; WILKENS, Mathijn. Eurofound and the International Labour Office. **Working anytime, anywhere: The effects on the world of work**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017. ISBN: 978-92-897-1568-3. Disponível em: <http://eurofound.link/ef1658>. Acesso em 20 nov. 2023

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. Livro eletrônico.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 107-130, jan./jun. 2007. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Sebastiao_Oliveira.pdf. Acesso em: 08 nov. 2023.

OLTRAMARI, Andrea Poletto; GRISCI, Carmem Lígia Iochins. Carreira e família na sociedade líquido-moderna. **Revista de administração Mackenzie**. 15 (1). Fev. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712014000100002>. Acesso em 23 jun. 2023.

PAIVA, Suzana de Albuquerque. **Quando o mal-estar adoce o coração: o infarto à luz da psicossociologia**. (Dissertação de Mestrado em Psicologia) Programa de pós-graduação stricto

sensu em psicologia. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 134f. Belo Horizonte, 2008.

PEGA, Frank; NÁFRÁDI, Bálint; et al. Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000–2016: A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury. **Environment International**, volume 154, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.envint.2021.106595>. Acesso em 03 jul. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SENADO FEDERAL. **Prorrogados por 60 dias prazos de cinco MPs que tramitam no Congresso**. 2022. Agência Senado, 20 mai. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/20/prorrogados-por-60-dias-prazos-de-cinco-mps-que-tramitam-no-congresso>. Acesso em: 07 jul. 2023.

SCANFONE, Leila; CARVALHO NETO, Antônio; TANURE, Betânia. Tempos de Trabalho e de Não-trabalho: o difícil equilíbrio do alto executivo entre a carreira, as relações afetivas e o lazer. **Revista de Administração FACES Journal**, v. 7, p. 45-61, 2008.

WHO. **Burn-out an “occupational phenomenon”**: International Classification of Diseases. 28 mai. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>. Acesso em: 26 jun. 2023.

TONON, Leonardo; GRISCI, Carmem Lúcia Iochins. Gestão gerencialista e estilos de vida de executivos. **Revista de Administração Mackenzie**, 16 (1), p. 15-39. Jan-Fev 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-69712015/administracao.v16n1p15-39>. Acesso em: 19 jun. 2023.

**ENTRE A PASTA E A PORTA:
Os novos dilemas dos juízes e advogados do trabalho**

***BETWEEN THE BRIEFCASE AND THE DOOR:
The new dilemmas faced by Labour Law judges and lawyers***

Recebido em: 31/08/2023

Aprovado pelo Conselho Editorial em: 14/12/2023.

Márcio Túlio Viana *
Maria Cecília Máximo Teodoro *

Resumo: Há um modelo de juiz que se baseia, principalmente, em sua autoridade. Este modelo está em crise de legitimidade, assim como estão as instituições hierárquicas, em geral. Diante disso, alguns juízes tentam reforçar ainda mais esta sua antiga característica, enquanto outros buscam o consenso e o diálogo. Embora não tenha sido realizada pesquisa de campo, é possível inferir que, em geral, esses dois modelos correspondem a duas posturas diferentes. Os juízes do primeiro modelo tendem a aplicar automaticamente a reforma trabalhista. Os do segundo modelo tendem a enfatizar os princípios do Direito do Trabalho, preocupando-se com as desigualdades sociais.

Palavras chave : reforma trabalhista – juiz do trabalho – neoliberalismo – Justiça do Trabalho - flexibilização

Sumário: 1.Introdução; 2. O juiz comum de ontem; 2.1. O juiz do trabalho de ontem; 2.2. O juiz e o advogado de hoje; 2.2.1. Aspectos principais do juiz; 2.2.2. Aspectos principais do advogado; 2.2.3. O advogado e a Hermenêutica. 3. Conclusões. Referências.

Abstract: There is a Judge model which is primarily based on their authority. This model is losing legitimacy and validity, as are hierarchical institutions as a whole. With that in

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). Pós-Doutor junto à Universidade de Roma I La Sapienza e à Universidade de Roma II Tor Vergata. Foi Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, atuando nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: flexibilização, globalização, crise e perspectivas do Direito do Trabalho, discriminações. Aposentou-se como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

*Pós-Doutora em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela UnB. Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Doutorado, Mestrado e da Graduação da Puc/MG; Líder do Grupo de Pesquisa RED - Retrabalhando o Direito. Pesquisadora. Autora de livros e artigos jurídicos. Speaker TEDx. Sócia e Advogada no escritório MÁX.OLI Máximo Teodoro & Oliveira Sociedade de Advogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3239-8394>

mind, some judges have taken to reinforcing this model, while others have leaned towards a more open form of dialogue. Although no field research has been conducted, it is possible to infer that these two models - generally speaking - correspond to two different points of view. The judges who stick to the first model have a tendency to automatically apply the Labour Reform. The ones who lean towards the second, look to emphasise the principles of Labour Law and are concern with social inequality.

Keywords: labour reform, labour law judge, neo-liberalism, labour law, flexibility

Summary: 1.Introduction; 2. The common judge of yesterday; 2.1. The judge of yesterday's work; 2.2. Today's judge and lawyer; 2.2.1. Main aspects of the judge; 2.2.2. Main aspects of the lawyer; 2.2.3. The lawyer and Hermeneutics. 3. Conclusions.. References.

1.Introdução

O Sol é novo todos os dias (Heráclito)

Estudos nas mais diversas áreas do conhecimento – da Filosofia à Física Quântica - já nos fizeram notar, desde há muito tempo, que vivemos em constante interação com o mundo. Não apenas pessoas, mas todos os outros seres viventes, assim como as criações humanas e os fenômenos da natureza nos afetam a cada instante, por dentro e por fora, de forma perceptível ou não.

De um lado, isso significa que nos transformamos também a cada instante, como já ensinava Heráclito¹. As rugas do nosso rosto – reveladas sem cerimônias pelo espelho - são apenas os sinais visíveis e tardios de que já não somos como éramos na última década, ou no ano anterior, ou no dia que se passou, ou mesmo há um minuto.

De outra parte, isso significa que também estamos, constantemente, transformando as pessoas à nossa volta. Na verdade, mesmo aquelas que estão distantes de nós, e sequer nos conhecem, podem sofrer – paradoxalmente - a nossa presença, numa espécie de *presença-ausente*.

Somando essas duas observações, podemos concluir, de forma mais sintética, o que muitos autores já pensaram, muito antes de nós: em nossas vidas, cada pessoa

¹Dizia ele: “Para os que entram nos mesmos rios, correm outras e novas águas... Entramos e não entramos nos mesmos rios; somos e não somos... Não se pode entrar duas vezes no mesmo rio. Dispersa-se e reúne-se; avança e se retira” (*apud* BORHEIM, Gerd A. **Os Filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo, Cultrix: 1993).

“contém as outras e pelas outras é contida (...)”² De certo modo, o *eu* é também o *outro*. E por isso há sempre “confirmação do outro por mim e de mim pelo outro.”³

A partir de uma cena real, de algumas décadas atrás⁴, este breve texto tenta mostrar um pouco das transformações que afetam o juiz e de como elas também transitam pelas pessoas à sua volta – sobretudo os advogados. Sem a menor pretensão de nos comparar, sequer levemente, a Piero Calamandrei – autor da famosa obra “Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados”⁵ - tentaremos seguir um pouco o seu exemplo, mesclando elementos de nossa experiência vivida com modestas teorizações e algumas hipóteses.

2.O juiz comum de ontem

Há cerca de meio século, numa cidade do interior, havia um juiz – como tantos outros juízes – que, no imaginário coletivo, reunia as virtudes esperadas para uma espécie de deus, ainda que vez por outra se traísse, reaproximando-se, mesmo sem notar, de sua condição de simples mortal.

Esse juiz – também como tantos outros juízes – tinha uma pasta. E todos os dias ia ao fórum, e de lá voltava, levando dentro dela os seus papéis, a sua caneta, talvez a maçã que havia se esquecido de comer e, naturalmente, os autos de algum processo.

Mas o que marcava realmente a sua presença – mais do que a pasta ou o que ela continha – era o fato de que suas mãos iam vazias. Pois quem carregava a pasta era o oficial de justiça, pisando sobre cada passo de seu *chefe*, como se não conhecesse o caminho, ou evitasse cair num abismo.

O oficial seguia o juiz, e a distância entre aqueles corpos era visto pela cidade como prova de respeito, embora ele próprio, oficial, não se sentisse desrespeitado. Aliás, no caso em questão, o juiz era pessoa de bom caráter; não tinha intenção de humilhá-lo.

Na verdade, tanto a pasta como o juiz e o oficial de justiça eram verdadeiras metáforas. De certo modo, era a própria Justiça que as pessoas viam caminhar, afirmando a sua presença, revelando a sua força e ao mesmo tempo oferecendo os seus serviços.

Apresentada assim - nos corpos do juiz e do oficial; na pasta de um, carregada pelo outro; e até na distância entre ambos - a Justiça (com J maiúsculo) prometia paz,

² TILBY, *apud* ZOHAR, Danah. **A sociedade quântica**. São Paulo: Best Seller, 2008. p. 105.

³ MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 2013. p. 14.

⁴ Vivida por um dos autores deste texto, que também se vale de sua experiência de cerca de 30 anos na área forense – inicialmente como advogado, depois como Promotor de Justiça, em seguida como magistrado.

⁵ Referida adiante e destacada na bibliografia.

segurança e justiça (com *j* minúsculo). E assim transmitia sensações de proteção, de cuidados e também de potência.

Naturalmente, símbolos como aqueles - alguns deles; imateriais; outros até de carne e osso - não se exibiam apenas na rua, nem principalmente ali. Eram mais concentrados na sala de audiências, onde tudo, ou quase tudo - desde a cor das paredes até a ordem das cadeiras – tinha funções de comunicação.

É como se emitissem palavras. Mas não palavras soltas, isoladas, cada qual com o seu sentido. Palavras formando frases, e frases compondo um texto. E um texto não apenas legível como elaborado por todos os personagens.

Na história do Processo, essa escritura se fez aos poucos, ao longo dos séculos, e continua a ser feita, em cada tribunal, em cada audiência. E tem servido tanto para revelar o poder do juiz, como para justificá-lo e legitimá-lo. Sugere que a Justiça é, realmente, o único meio de se fazer justiça, e exatamente por isso deve ser celebrada, como já foi até divinizada, num passado que ainda deixa vestígios.

Também por isso, na sala de audiências, aquele juiz – mais uma vez como tantos outros – postava-se no centro, no alto, quase sempre sério e de toga. Visto assim, como um maestro ou um rei, parecia neutro, imparcial, livre das tentações mundanas, acima do bem e do mal, *maior* do que as pessoas comuns⁶.

Na verdade, as próprias pessoas ali presentes aumentavam a sua força, servindo também de símbolos. Assim como as mesas e cadeiras, atestavam os objetivos do Processo, a importância da Justiça, os valores da democracia, da imparcialidade... Mesmo os momentos de silêncio, nos interstícios das falas, eram povoados de vozes.

Também o prédio do fórum – sério, discreto, fechado em si mesmo - fazia parte do cenário. Embora não fosse assim naquela cidade, os palácios mais ricos da Justiça se ornavam com estátuas de leões, águias ou dragões, como que protegendo a ordem interna e barrando a entrada do caos exterior⁷.

Pesquisa na imprensa, realizada por Verônica César Ferreira⁸, sugere que os magistrados brasileiros tendem a ser considerados “pessoas rígidas, inescrutáveis, poderosas”, e por isso desprovidas até de sentimento. Embora esse quadro, segundo a

⁶ VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo**: fatores informais que penetram nos julgamentos. São Paulo: LTr, 2019

⁷ É o que se vê, por exemplo, em países como Itália e França. O significado dessa simbologia é descrito com inteligência por GARAPON, Antoine. *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 2001, p. 251.

⁸ Referida por PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. Campinas: Millennium, 2003, pp. 43-44

pesquisadora, pareça estar mudando, os magistrados tem sido vistos, comumente, com certa desconfiança: “nós temos ao mesmo tempo medo dos juízes e necessidade de justiça” – afirma Varaut.⁹

No caso daquele juiz específico, a simbologia da Justiça, como dizíamos, atuava fortemente sobre as pessoas da cidade¹⁰, e essas pessoas, em troca, reforçavam-na, como em ricochete. De certo modo, eram todos cúmplices, ou - se preferirmos assim - atores anônimos de uma mesma peça.

Por isso, ainda no caso daquele juiz, era como se toda a cidade carregasse a sua pasta. E se nem todos o amavam – a unanimidade é difícil no amor – é bem possível que quase todos o admirassem e temessem. Tanto no fórum, quanto na rua, era quase inatacável.

2.1.O juiz do trabalho de ontem

No caso dos magistrados da Justiça do Trabalho – que, à época, atuavam apenas em cidades médias ou grandes - a realidade era um pouco diferente.

Para começar, não eram vistos como *juízes verdadeiros* por boa parte da população, inclusive – ainda que discretamente – por seus colegas da Justiça Comum. Afinal, antes de serem juízes, eles eram *da Junta*.

É que, naquele tempo, havia ainda as Juntas de Conciliação e Julgamento, funcionando com representantes de empregados e patrões (os “vogais”, depois rebatizados de “classistas”). E, no imaginário coletivo, ser *Juiz da Junta* era ser bem diferente - e bem menor - do que ser Juiz de Direito.

Além disso, o *Juiz da Junta* lidava não propriamente com o trabalho humano, mas com o trabalho humano *por conta alheia, subordinado*. Ou seja, uma mercadoria contraditória por natureza – já que apreciada e ao mesmo tempo depreciada pela classe que a explora.

De fato, enquanto o Juiz de Direito lidava com o Direito tido pelas pessoas como o mais importante – envolvendo temas como herança, propriedade, liberdade e igualdade formais - o *Juiz da Junta* decidia horas extras e aviso prévio, temas menosprezados, às vezes, no próprio seio da magistratura trabalhista.

⁹ VARAUT, Jean-Marc. **Faut-il avoir peur des juges?** Paris: Plon, 2000, p. 64

¹⁰ Percepção de um dos autores do texto, que ali viveu por alguns anos.

Mesmo os advogados do principal “cliente” da Justiça do Trabalho – o trabalhador – tinham menos peso que os outros. E entre estes se achavam até os seus adversários na *Junta*, os quais – a par de defender pessoas da mesma classe que o juiz – em geral transitavam também na “outra” e “verdadeira” Justiça. Embora houvesse notáveis exceções, era possível distinguir uns dos outros, fosse nas roupas, no traquejo ou em geral nos modos de ser.

Essa discrepância também se via, por exemplo, nas festas cívicas da cidade, que relegavam o *Juiz da Junta* a segundo plano, e até nas Escolas de Direito, onde a disciplina “Direito do Trabalho” era bem menos valorizada que o Direito Tributário, o Comercial, e, naturalmente, o Direito Civil.

Na Justiça do Trabalho, nem mesmo o fórum – tão celebrado ou temido, especialmente no interior – tinha direito a este nome. O juiz era encontrado “na Junta”. Mais precisamente, na “Junta de Conciliação e Julgamento”. Um local também visto como menor, onde supostamente funcionava um “balcão de negócios” – como se costumava dizer nos corredores do fórum, até o dia em que o próprio fórum passou a conviver com a prática da conciliação.¹¹

Por isso, quando pressionaram o legislador pelo fim dos classistas, os juízes do trabalho não estavam apenas interessados em defender a Justiça contra as nomeações políticas ou em favor dos cofres públicos; também agiam em defesa de sua própria imagem, de seu cargo, de seu poder. Ainda que no plano do inconsciente.

É bom lembrar que nem todos aqueles classistas eram sindicalistas *pelegos*, e não foram poucos os que exerceram sua função com dignidade; neste sentido, houve até exemplos marcantes, como no caso de Campos Batalha, renomado processualista.

É bom lembrar, ainda, que nem todos os juízes do trabalho sentiam aquelas diferenças de *status* ou se incomodavam com elas. Talvez se possa dizer que muitos até invertiam a equação, sentindo-se valorizados por contribuir, de algum modo, para reduzir um pouco as desigualdades – graças à lei que aplicavam e à doutrina que lhes dava suporte.

Seja como for, provou-se que a Justiça do Trabalho podia funcionar sem a representação classista. E, no entanto, apesar de todas essas relativizações, a extinção desses juízes leigos pode ter sido, talvez, o marco inicial de uma nova tendência, que vai transformando o perfil de um bom número de magistrados.

¹¹ A partir de alterações nas normas processuais e nos próprios comportamentos espontâneos dos atores.

Em outras palavras, é possível, e até provável, que essa primeira mudança tenha facilitado ou acelerado uma crescente identificação entre o Juiz do Trabalho e o Juiz de Direito. Afinal, o único fator importante que os distinguia, e (em parte) ainda os distingue passou a ser a lei que uns e outros aplicam.

Acontece que mesmo essa diferença, por mais abstrata que pareça, talvez incomode ainda alguns dos magistrados trabalhistas – mesmo que não o percebam. E não há como disfarçar-la, já que se encontra no próprio título - “do trabalho” - que acompanha a denominação do cargo.

Para esses juízes, o melhor mesmo seria ganhar o título e - quem sabe? - a competência do “juiz federal”, o que equivaleria, nessa espécie de corrida, a passar *até à frente* dos colegas da Justiça Comum estadual. E isso os faz - mesmo inconscientemente - aceitar os valores, a postura e o próprio Direito que os Juízes de Direito empregam.

Naturalmente, não estamos falando de todos, e sequer da maioria; apenas assinalamos o que parece ser uma nova tendência. Seja como for, há outros fatores que pressionam nessa direção. É o que tentaremos mostrar a seguir.

2.2. O juiz e o advogado de hoje

2. 2.1. Aspectos principais do juiz

Vivemos um tempo em que o valor *igualdade* ganha força, a ponto de enfraquecer até mesmo as instituições, marcadas como são pelas hierarquias¹². Este fenômeno faz com que não apenas a instituição Justiça vá sofrendo uma certa crise de legitimidade, como também afeta os atores do Processo, especialmente na prática da audiência.

Além disso, o valor *liberdade* se espalha e se radicaliza. E então a própria lei trabalhista – imperativa, invasiva, onipresente – perde força em confronto com a lei civil, de natureza (quase sempre) dispositiva. Paradoxalmente, enquanto o contrato do Direito Comum se relativiza com as ideias de função social da empresa e da propriedade, o contrato de trabalho passa a ser visto como expressão livre da vontade das partes, ignorando-se o fato da desigualdade entre elas.

Esse contexto tem afetado especialmente aquele Juiz do Trabalho - representante de uma minoria, repita-se – que vinha deslizando em direção ao Juiz de Direito. Sentindo-

12 FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**: diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000, *passim*.

se enfraquecido em sua autoridade, ele então tenta exacerbá-la, num movimento inconsciente de compensação¹³.

Um fator adicional que facilita essa postura é o clima de autoritarismo que até há pouco invadia o País – e ainda hoje deixa vestígios. Num momento em que o próprio Presidente celebrava as armas e aconselhava alunos a filmar professores – para não citarmos outros exemplos – tornou-se mais fácil endurecer a voz, os gestos e os modos, especialmente diante dos mais frágeis.

E com essa nova cultura – que, como dizíamos, ainda deixa rastros - os mais frágeis foram se tornando mais frágeis ainda do que eram. Mesmo há algumas décadas, como sabemos, o número (enorme) de ações judiciais certamente era ainda bem menor do que a quantidade de violações à lei. Basta lembrar que desde há tempos o trabalhador, na prática, só ingressa em juízo quando já perdeu o emprego ou quer trocá-lo por indenizações. E mesmo assim enfrentando o risco de não conseguir outra fonte de renda – tanto pela falta da famosa “carta de referência”, como pela própria referência negativa que o antigo patrão lhe dá. Além disso, apesar da postura de muitos bons juízes, o ambiente da audiência, em si, sempre pesou em favor do reclamado, que – ao contrário do reclamante – pode muito mais facilmente entender o ritual, decodificar os símbolos, escapar das armadilhas das palavras, saber o que falar e o que calar.¹⁴

A reforma trabalhista, praticamente operando pelo mecanismo da fraude¹⁵, não apenas retirou ou reduziu direitos, como tornou o acesso à Justiça ainda mais temerário. A CLT passou a incorporar instrumentos do CPC, criados para concretizar o Direito Civil, e, por isso mesmo, reflexo da ideia de igualdade das partes no plano material. Apenas há pouco tempo o Supremo Tribunal Federal corrigiu uma pequena parte dessas distorções.¹⁶ E some-se a isso, como dizíamos, a tentação, mesmo inconsciente, de encarnar o Juiz de Direito, ou – ainda melhor – o Juiz Federal.

Não que esses dois gêneros de juízes sejam menos sensíveis ou competentes. Evidente que não. Mas sua formação e sua experiência se constroem em outros ambientes.

13 VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo**: fatores informais que penetram nos julgamentos. São Paulo: LTr, 2019, pp. 307 e segs.

14 VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000, p. 256-259.

15 VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação**: aspectos subjetivos da reforma trabalhista. Belo Horizonte: RTM, 2018, *passim*.

16 No julgamento da ADI no. 5766, em 20/10/21, declarando inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e § 4o, e 791-A, § 4o, da CLT. Até então, mesmo os beneficiários da Justiça Gratuita podiam ser onerados.

Todos eles também lidam, é claro, com partes desiguais; mas não como regra geral. Além disso, apesar de sua evolução, o Direito Civil, como sabemos, segue outra lógica, parte de outra premissa, tem propósitos diferentes. Como, em linhas gerais, tende a ignorar o poder do mais forte, não cria desigualdades jurídicas em favor do mais fraco. Por isso mesmo, não foi feito para distribuir riquezas, humanizando um pouco o sistema. Não é essa a sua teleologia.

Como se não bastasse, há um estereótipo que acompanha o Juiz de Direito, e que nem sempre, aliás, corresponde à realidade. Esse estereótipo é o de alguém mais acríptico e duro em face da letra da lei, menos apegado aos princípios jurídicos, e dotado de uma carga maior de autoridade.

Ora, tudo isso passa a compor o modelo que alguns magistrados trabalhistas começam a adotar – ainda que sem perceber muito bem o que fazem. E a consequência, como dizíamos, é o afastamento progressivo dos princípios do Direito e do Processo do Trabalho, ou seja, *das próprias normas que deveriam seguir*.

Às vezes, no afã de parecer “divino, sem máculas”, o juiz chega a se sentir “a própria Justiça encarnada”¹⁷. É o que se pode chamar de “inflação da *persona*”, quando o magistrado não consegue se despir das roupas talares, sequer no âmbito social ou doméstico¹⁸.

Ora, como certa vez escreveu Francis Bacon, é preciso que os juízes sejam leões, mas “leões sob o trono”¹⁹

2.2.2. Aspectos principais do advogado

Nos dicionários, advogado é “O que advoga em juízo; patrono; defensor; protetor; formado em leis; bacharel em direito”. Já “advogar” é um verbo transitivo, que significa “defender, patrocinar; interceder, avocar”²⁰.

Ao advogado é confiada uma missão, que vem albergada na Constituição Federal²¹, de tomar para si os problemas de seu cliente e defende-lo em juízo e fora dele, estudando o caso, buscando provas, cumprindo prazos, interpretando leis, intermediando

17 PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003, p. 45.

18 Idem.

19 *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13.

20 BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2007, p. 26.

21 Art.133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

acordos e, também como parte de sua função, servindo como aquele que tira o fardo do problema do seu cliente e o coloca sobre si. Advogados acabam sendo, em algum momento, um ombro amigo, de quem escuta e acalma, combate ou educa.

Aos olhos do povo, das pessoas leigas, o advogado pode parecer uma pessoa *complicada*, que usa palavras difíceis, que se utiliza de um tom solene e sempre tem uma resposta evasiva para qualquer pergunta; talvez a palavra que melhor expresse a resposta padrão do advogado seja também um “talvez”.

E *talvez* isto ocorra porque o papel do advogado, diferentemente do que acontece com as regras, não é trabalhar com o *tudo ou nada*; sua função o torna mais convergente com os princípios e sua aplicação prática, marcada pela ponderação e consequentes variações. Embora, no caso sob seu patrocínio, o advogado escolha um dos lados, em outro caso semelhante pode surgir do lado oposto. E esta ambiguidade lhe é inerente, fazendo com que as artes do “talvez” estejam, realmente, sempre presentes.

Naturalmente, assim como o juiz, o advogado é um intelectual. E o intelectual, segundo Bauman²², é contemporâneo do Estado absolutista, que lhe atribui o papel de *philosophe* iluminista, “cuja tarefa era de formar homens, tendo em vista a constituição de uma sociedade entre iguais”. Cumpria também “uma função de árbitro entre opiniões divergentes, imprescindível para a manutenção e o refinamento da ordem social, legitimada pelo conhecimento superior acerca das coisas do mundo”. Quando a civilização alcança a “modernidade líquida” – ou a pós-modernidade - Bauman diz que “se acresce à função do intelectual o papel de intérprete, um facilitador da comunicação entre participantes, uma espécie de negociador”.

Neste sentido, pode-se notar que o advogado trabalhista sempre teve um papel de vanguarda. A Justiça do Trabalho, em sua gênese, tem a característica ímpar e peculiar de uma instância mediadora - embora na atualidade tenha perdido muito de sua essência. De todo modo, o advogado trabalhista é um negociador nato, acostumado a interpretar em um ramo jurídico permeado pela oralidade, pela simplicidade e pela instrumentalidade das formas.

Como ensina Calamandrei¹, juiz e advogado não costumam ter a mesma relação com a verdade. Os advogados a procuram “de perfil, esforçando o olhar, e apenas o juiz, que está no meio do quadro, a vê pacatamente de frente”. E essa é uma das razões pelas

22 BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 15 e 40.

quais “os advogados e os juízes desempenham no mecanismo da Justiça o papel das cores complementares na pintura.”

Não obstante, a advocacia trabalhista apresenta ambiguidades, paradoxos e conflitos. Há quem advogue diariamente na Justiça do Trabalho e não se considere advogado trabalhista, posto que normalmente escolhe um lado em caráter permanente, nomeando-se “advogado de empresa”. E essa qualidade lhe conferia, na prática, até certa superioridade em relação aos seus pares, os advogados de reclamantes.

Incitados pela esperança de que a reforma trabalhista facilitaria a defesa de seus clientes – muitas vezes, litigantes habituais - muitos desses “advogados de empresa” a festejaram, sem perceber que estavam brindando, antecipadamente, à sua própria crise. De fato, a redução do número de demandas, provocada – artificialmente – pela mesma reforma legislativa acabou se refletindo no mercado de trabalho dos que defendiam os interesses patronais.

Algo de fundamental daí se extrai. O Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, embora possam parecer benéficos apenas para o trabalhador, são o ramo jurídico e o órgão especializado do Poder Judiciário que cuidam das relações entre quem trabalha e quem emprega, e por isso, naturalmente, todos aqueles que ali advogam, carregam em si, de forma inerente, uma advocacia trabalhista.

Tudo isso traz à tona outra característica do Direito do Trabalho e de sua Justiça, e que é o seu pressuposto fático: o conflito entre o capital e o trabalho. Pressuposto que a reforma trabalhista pareceu (ou quis) esquecer. O enfraquecimento e a desregulamentação das leis trabalhistas e do acesso ao Judiciário não têm o condão de fazer desaparecer o conflito entre a pessoa que emprega seu trabalho, por encontrar-se na esfera da necessidade, e aquele que toma o trabalho alheio, contraprestando-o em montante aquém do seu valor, a fim de que obtenha lucro.

Por outro lado, assim como a fábrica, que oprimia, gerou uma contradição inesperada - ao juntar os trabalhadores num mesmo local, acabou fazendo com que eles se vissem melhor, como num espelho, partilhando emoções e aprendendo a conspirar, solidarizando-se²³ -, não será exagero inferir que vêm se fortalecendo os laços entre os advogados. Seja porque é mais difícil se especializar, hoje, apenas na defesa patronal, seja porque os efeitos da reforma atingem a gregos e troianos, todos começam a se sentir, de fato, advogados *trabalhistas*, sem a mesma distinção de antes.

23 VIANA, Márcio Túlio. **As faces ocultas da terceirização**: um mix de velhos textos e novas ideias. LTr. Suplemento Trabalhista, v. 50, p. 461-464, 2014.

Assim, embora venha causando efeitos sociais nefastos, inclusive na própria advocacia trabalhista, a reforma parece ter produzido um efeito benéfico, colateral. Nesse sentido, como leciona Axel Honneth, ao tratar do “reconhecimento”, “os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais”²⁴.

2.2.3. O advogado e a Hermenêutica

Para Peter Häberle²⁵, as normas não são o simples texto elegido pelo Poder Legislativo, mas sim o resultado sempre temporário de sua interpretação. É o produto da interpretação que ordena a vida social e efetiva os direitos previstos abstratamente na Constituição. Desse modo, não há norma jurídica, senão norma interpretada. Advogados, juízes e membros do Ministério Público convergem para o cumprimento da mesma função, como intelectuais “intérpretes estritos”²⁶ que são.

Mas Häberle revoluciona a tradicional Hermenêutica ao propor a ideia de uma *sociedade aberta* dos intérpretes da Constituição. Ele traz para o palco principal a questão dos partícipes da construção final da norma. Como os seus destinatários não são somente o Poder Legislativo, não cabe só a este a tarefa de interpreta-la, estando legalmente legitimados o juiz, as partes e seus respectivos advogados, o Ministério Público, os movimentos sociais e os chamados *intérpretes latos*, que são os atores sociais, os “intérpretes leigos”²⁷, envolvidos no problema em questão.

Assim, o grande desafio profissional que pauta a relação entre advogados e juízes está justamente na harmonização de suas atuações neste processo hermenêutico, uma vez que os magistrados não decidem de forma isolada, permitindo-se ser influenciados diretamente pelos demais intérpretes. Parte destes atua no campo estrito – como os advogados. Outros são intérpretes no sentido lato – os próprios jurisdicionais, destinatários da norma e do provimento final. E é esse universo multiforme que cria as

24 HONNETH, Axel. **A Luta Por Reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 155.

25 Apud TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 92 e 93.

26 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

27 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

condições necessárias à formação da decisão mais razoável e justa, na medida em que o reconhecimento recíproco e respeito entre os atores do processo se faz presente. Na verdade o grande diferencial para a efetivação do reconhecimento se dá através da solidariedade e da experiência recíprocas.

3. Conclusões

Historicamente, o Juiz do Trabalho tem vivido entre dois polos. Certos segmentos da sociedade – trabalhadores, estudantes, boa parte dos intelectuais – o consideram com simpatia, enquanto outros o veem com desconfiança.

No entanto, como se procurou mostrar neste ensaio, sempre prevaleceu a ideia, ou sensação, de se tratar de um juiz *menor*, em comparação ao seu colega da Justiça Comum. O mesmo acontecia com o advogado trabalhista, a lei trabalhista, o fórum trabalhista (antes, simples “Junta”), a disciplina “Direito do Trabalho” e tudo o mais que fazia alusão – direta ou indireta – ao trabalho humano subordinado, por conta alheia.

Essa imagem incomodava alguns magistrados. Talvez por isso, de algum tempo para cá, tem havido um *deslizamento* de alguns deles, pelo menos na forma de pensar e de agir, em direção ao Juiz de Direito, ou ao que se imagina ser um Juiz de Direito. E não são poucos os que sonham – mesmo sendo *federais* também - em receber o título e as honras daquele que ocupa formalmente o cargo de “Juiz Federal”.

Como também se procurou mostrar, essas tendências se somam, hoje, a um crescente desgaste dos símbolos e manifestações de poder – fruto de uma ênfase, também maior, nos valores da igualdade e da liberdade.

No âmbito trabalhista, alguns juízes, reagindo a este clima, tentam reprimar o modelo antigo, o que também os leva a acentuar sua autoridade, correndo o risco do autoritarismo. Outros, em sentido oposto, buscam democratizar as relações, às vezes até criando uma nova simbologia.

É verdade que há variações entre esses dois *tipos*. E nem todos, certamente, conseguem ser coerentes, no dia a dia, ao seguir um ou outro modelo. Mas a grosso modo a realidade é esta, pelo menos segundo a percepção de muitos dos que militam o foro trabalhista.

Enquanto alguns juízes, como dizíamos, tentam seguir o *exemplo da pasta*, outros procuram caminhos diferentes.

Muitos acentuam a disposição para o diálogo, procuram tratar as partes com mais educação, tentam corrigir circunstâncias de desigualdade (a ignorância de um, os medos do outro etc), esforçam-se em se mostrar menos *deuses* – não só ou não tanto para buscar a conciliação, mas para criar um clima de harmonia, inclusive quando a conciliação não for possível.

Dentre esses, alguns, mais criativos ou informais, tentam até inverter, no que é possível, alguns símbolos de poder, descendo do estrado - real ou simbolicamente. Para isso, oferecem café, música clássica ou até mesmo incenso, introduzindo frações de *alívio* em meio ao suspense da audiência.

Seja de um modo ou de outro, o que esses juízes tentam, com as novas práticas, é seduzir, mais do que governar. E nesse ponto entram em compasso com outro elemento importante do nosso tempo, que reclama a participação, o consenso, o diálogo.; e que também está presente no dia a dia do comércio, no *marketing* político, em campanhas publicitárias e nas relações interpessoais em geral – como no convívio entre pais e filhos ou entre professores e alunos. No fundo, o que fazem é *abrir as portas* da Justiça para uma dose maior, ou mais real, de democracia.

Ainda que sem base científica, é possível inferir que o *modelo da pasta* – o juiz rígido, poderoso, às vezes autoritário – corresponde, provavelmente, ao juiz que lê as letras da lei, esquecendo-se dos princípios do Direito; ao passo que o *modelo da porta* – o juiz criativo, sensível, que busca o diálogo – é também o que vê a lei criticamente, com os olhos naqueles princípios.

O primeiro tipo se escora na vontade do legislador, defende-se como pode com a sua toga e com outros símbolos de poder, lavando as mãos diante da realidade cada vez mais desigual de nosso país. O segundo desafia as palavras da lei, quando elas se chocam com princípios maiores da ordem jurídica; e, no limite de suas possibilidades, tenta interpretá-las de outro modo, questionar sua constitucionalidade, ou ainda apontar o seu descompasso com os tratados de direitos humanos ou as convenções da OIT. O primeiro, enfim, acha-se ainda menor, em face do seu *herói*, o Juiz de Direito, ou Federal; e, ao buscar este modelo, pode acabar encontrando o estereótipo do autoritarismo. O segundo continua valorizando a sua própria diferença.

A pesquisa também procurou demonstrar alguns aspectos da advocacia, hoje igualmente em transformação. Em síntese, revelou que a reforma trabalhista, que tanto fez por destruir, acabou – sem saber ou sem querer – tecendo novos fios de união entre os que militavam apenas para as empresas e os que defendiam os empregados. Hoje,

tendencialmente, todos se sentem advogados *trabalhistas*. Em outras palavras, vai-se esvaindo, pouco a pouco, a distinção entre advogado de reclamante e de reclamado. E talvez essa tendência também sirva para que todos percebam melhor o seu papel de intérpretes – e bons intérpretes – do Direito do Trabalho.

Esse ensaio pretendeu chamar a atenção dos juízes e advogados – sobretudo os mais jovens – para algumas das transformações pouco visíveis que hoje afetam a Justiça do Trabalho e, por extensão, *eles mesmos*. As ideias e experiências aqui descritas, mesmo de forma concisa, também propõem novas reflexões sobre o papel e a atuação concreta daqueles profissionais e não deixam de representar, paralelamente, um convite à autocrítica.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BORHEIM, Gerd A. **Os Filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo, Cultrix: 1993
BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: FTD, 2007

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: Pillares, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/33309811/Eles_os_ju%C3%ADzes_vistos_por_n%C3%B3s_os_advogados. Acesso em: 10/12/23.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**: diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000.

GARAPON, Antoine. **Bien juger: essai sur le rituel judiciaire**. Paris: Odile Jacob, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HONNETH, Axel. **A Luta Por Reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 155.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

VARAUT, Jean-Marc. **Faut-il avoir peur des juges?** Paris: Plon, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. **As faces ocultas da terceirização**: um mix de velhos textos e novas ideias. LTr. Suplemento Trabalhista, v. 50.

VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação**: aspectos subjetivos da reforma trabalhista. Belo Horizonte: RTM, 2018.

VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo**: fatores informais que penetram nos julgamentos. São Paulo: LTr, 2019.

ZOHAR, Danah. **A sociedade quântica**. São Paulo: Best Seller, 2008. p. 105.

**O USO DA GEOLOCALIZAÇÃO COMO PROVA DIGITAL NO PROCESSO
DO TRABALHO E OS RISCOS À PRIVACIDADE DE DADOS DO
TRABALHADOR**

***THE USE OF GEOLOCATION AS DIGITAL PROOF IN THE WORK PROCESS AND
RISKS TO WORKER DATA PRIVACY***

Recebido em: 21/11/2023

Aprovado em: 29/11/2023

Cláudio Iannotti da Rocha¹

João Victor Loss de Souza²

Resumo: O presente artigo busca analisar o uso da geolocalização do trabalhador como prova digital na Justiça do Trabalho, bem como quais são os riscos que essa utilização pode trazer ao obreiro, tanto na invasão da privacidade do empregado quanto no tratamento de seus dados sensíveis. Dessa forma, a pesquisa tem como propósito analisar a natureza jurídica da prova digital, bem como sua aplicação na Justiça do Trabalho e, por fim, confirmar a hipótese de que a geolocalização deve ser utilizada somente em última hipótese no processo trabalhista, pois seu uso indiscriminado pode causar danos consideráveis em diferentes esferas da vida do trabalhador. A problemática apresentada neste artigo é: quando a geolocalização pode ser utilizada como prova em uma ação

¹ Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas” (UFES-CNPq). Coordenador do Projeto de Pesquisa “Trabalho, Sustentabilidade, Tecnologias e Justiça Climática: Interlocações entre Direito e Processo do Trabalho e Direito Ambiental” (UFES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade” (UFBA-CNPq); Membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho (IIBDT). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB-CNPq); Pesquisador do Grupo de Pesquisa “A Transformação do Direito do Trabalho na Sociedade Pós-Moderna e seus Reflexos no Mundo do Trabalho” (USP-CNPq). Membro da Rede de Grupos de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Palestrante. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Bolsista pela FAPES. Professor Voluntário em Instituições de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: lossjoaovictor@gmail.com.

trabalhista? Para atingir esse objetivo, utiliza-se a metodologia dedutiva, com um caráter qualitativo, partindo da análise de pesquisas nos campos doutrinário, legal e jurisprudencial.

Palavras-chave: provas digitais; geolocalização; processo do trabalho; privacidade; LGPD.

Sumário: 1. Introdução; 2. Prova digital: conceito e requisitos; 2.1. Autenticidade; 2.2. Integridade; 2.3. Preservação da cadeia de custódia; Arcabouço legal da produção de provas no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Controle de geolocalização: risco à vida privada do trabalhador; 5. Conclusão; 6. Referências.

Abstract: This article seeks to analyze the of using the worker's geolocation as digital evidence in Labor Courts, as well as what risks this use can bring to the worker, both in the invasion of the employee's privacy and in the processing of their sensitive data. Thus, the research aims to analyze the legal nature of digital evidence, as well as its application in labor justice and, finally, to put forward the hypothesis that geolocation should only be used as a last resort in the labor process, as its use indiscriminate treatment can cause considerable damage in different spheres of the worker's life. The problem presented in this article is: when can geolocation be used as evidence in a labor action? To achieve this objective, a deductive methodology is used, with a qualitative character, based on the analysis of research in the doctrinal, legal and jurisprudential fields

Keywords: digital evidence; geolocation; labor process; privacy; gdpr

Summary: 1. Introduction; 2. Digital proof: concept and requirements; 2.1. Authenticity; 2.2. Integrity; 2.3. Preservation of the chain of custody; Legal framework for the production of evidence in the Brazilian legal system; 4. Geolocation control: risk to the worker's private life; 5. Conclusion; 6. References.

1. Introdução

A produção probatória no processo busca, primordialmente, alcançar a verdade dos fatos, permitindo assim que as partes consigam provar suas respectivas alegações fáticas, para que seja possível a concretização do direito material discutidos nos autos. Diante das novas tecnologias advindas da 4ª Revolução Industrial, mormente os *smartphones*, *smart tv* e computadores, que permitem a utilização das plataformas, aplicativos e redes sociais, operacionalizadas pela inteligência artificial, hodiernamente os dados alcançaram uma importância que significam informações valiosas, com potencial fundamental nas relações intersubjetivas e nas relações jurídicas.

Não são raros os casos em que os meios ditos convencionais se mostram insuficientes na busca por essa verdade, de modo que as tecnologias da informação e comunicação (TICs) podem contribuir significativamente nesse processo, por meio da produção de provas digitais.

Pode-se afirmar que na sociedade da informação que ora é vivenciada no Século XXI, os dados das pessoas e das empresas encontram-se mais no espectro digital, do que no físico. O mundo digital insere-se no mundo real em que as pessoas naturais e jurídicas estabelecem relações jurídicas a todo momento.

A despeito de ainda ser um tema novo no direito processual brasileiro, as provas digitais constituem um interessante meio na busca pela verdade real no processo, de modo que quando tecnologia e fatos se entrelaçam, dados passam a constituir provas, que culminam em sentenças e, posteriormente, em pacificação social. Um acontecimento digital possui o condão de ensejar efeitos no mundo físico e no processo judicial. Mesmo porque não se pode olvidar que até o processo é digital - processo judicial eletrônico (PJe).

Uma dessas possibilidades, que vem sendo tema de intenso debate na Justiça do Trabalho, é a utilização da geolocalização, que com base no *Global Positioning System* (GPS) identifica a localização de qualquer pessoa ou objeto, detectada automaticamente por um sistema de coordenadas, fornecendo um relatório com os endereços que a pessoa ou o objeto esteve presente durante todo o período objeto do relatório.

No processo do trabalho, por exemplo, a geolocalização é uma possibilidade de demonstrar se a localização do empregado é compatível com o horário consignado no cartão de ponto ou para comprovar de intrajornada ou interjornada, bem como a realização de trabalho dentro ou fora da empresa e outras hipóteses, para confirmar ou infirmar as alegações de uma das partes.

Apesar de constituir um meio útil de produção probatória, a geolocalização também representa uma medida que pode violar a privacidade e os dados telemáticos do trabalhador, principalmente quando utilizada durante largo período de tempo em que, além de cumprir seu papel de demonstrar a presença no trabalho durante o período de labor, acaba revelando também os lugares e o horários em que a parte esteve em sua vida pessoal e particular, o que representa um desvirtuamento da intenção da prova no processo, podendo colocar em risco a sua privacidade, intimidade, honra e até mesmo sua própria segurança.

A presente pesquisa buscou analisar essa relação e responder a seguinte pergunta: quando a geolocalização pode ser utilizada como prova em uma ação trabalhista?

Em um primeiro momento, estuda-se o conceito de prova digital, bem como sua natureza jurídica, analisando requisitos de admissibilidade primordiais das provas digitais, como a autenticidade, a integridade e a confiabilidade.

Logo após, o artigo trata das garantias constitucionais da produção de provas no processo e quais dispositivos legais amparam o instituto das provas digitais no processo do trabalho, principalmente a prova da geolocalização do trabalhador.

Por fim, analisa-se os casos em que a geolocalização tem sido utilizada nos processos trabalhistas, bem como a discrepância de entendimentos a respeito do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a fim de confirmar a hipótese de que a geolocalização deve ser utilizada somente em último caso no processo trabalhista, pois seu uso indiscriminado pode causar danos consideráveis em diferentes esferas da vida do trabalhador.

Para atingir os objetivos propostos, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, com base em uma metodologia qualitativa, associando pesquisas de cunho legal, jurisprudencial e doutrinário, em que o marco teórico utilizado foi a obra “Provas Digitais no Processo do Trabalho: Realidade e Futuro”, dos organizadores Ana Paula Silva Campos Miskulin, Danielle Bertachini e Platon Teixeira de Azevedo Neto.

2. Prova digital: conceito e requisitos

A prova judicial é todo o meio legítimo de que dispõem as partes na busca por convencer o julgador de que os fatos que alegam são verdade, o que influencia na cognição do juiz acerca do direito das partes. Essa é, sucintamente, a finalidade da prova, disposta no artigo 369 do Código de Processo Civil. Na Consolidação das Leis do Trabalho as provas encontram-se previstas nos arts. 818 ao 830, devendo ser requeridas, analisadas e produzidas em audiência, conforme arts. 845 e 852-D e 852-H.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que existem três tipos de provas: documental, testemunhal e pericial. Ao magistrado cabe a condução da instrução processual, em nome do princípio do dispositivo, que através do impulso oficial, determina a realização das provas que considera necessárias para o julgamento do mérito,

bem como indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Todo instrumento entendido pelo direito como idôneo pode ser utilizado para buscar demonstrar um fato ou um acontecimento com o intuito de formar a convicção do juiz do processo. Infere-se, assim, que as partes possuem o direito legítimo de convencer o julgador de suas afirmações por todos os modos eticamente aceitáveis, garantia constitucional inserida no bojo do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, o grande avanço das tecnologias da informação e comunicação faz com que a sociedade caminhe a passos largos para uma transição cada vez mais rápido do mundo físico para o mundo virtual, de modo que essa realidade é estendida ao mundo do direito e, também às provas judiciais.

Diferentemente das chamadas provas “convencionais”, não há muitos estudos a respeito das provas digitais. No entanto, pode-se conceituar o instituto como:

O instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento de sua demonstração. 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 (e) de seu conteúdo.³

Atualmente, está em trâmite o Projeto de Lei nº 4.939/2020, que trata das diretrizes do direito da tecnologia da informação e das normas de obtenção e admissibilidade das provas digitais na investigação e no processo. O artigo 4º do referido projeto destaca que pode ser considerada prova digital toda informação armazenada ou transmitida em meio eletrônico que tenha valor probatório.

São, portanto, fatos ocorridos em meio digital, como cópias de *softwares*, mensagens em aplicativos como *Telegram* e *WhatsApp*, *e-mails* e postagens e conversas em redes sociais como *Instagram*, *Twitter*, *Facebook* e *Youtube*. Todos os fatos ocorridos nas plataformas citadas podem ensejar a utilização de uma prova digital em um processo.

Existem diversas ferramentas aptas a serem utilizadas na colheita de provas digitais, dentre as quais destacam-se as postagens em redes sociais, biometria, raspagem

³ THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 33.

de dados (*data script*), conversas em aplicativos de mensagens e e-mails, varredura em grandes bancos de dados e geolocalização da parte.

A averiguação das provas obtidas em meios digitais é mais fácil do que as extraídas por meios “convencionais”, haja vista a possibilidade de rastrear praticamente todos os atos das partes na rede, podendo ser colhidas por elas mesmas de maneira instantânea através de um simples *print* ou gravação. Quando alguém realiza uma compra online, é possível saber qual o horário, qual o IP do servidor e qual o endereço em que essa compra foi realizada, dados relevantes para o julgador enquanto destinatário das provas em um processo.⁴

No que diz respeito à análise das provas digitais, existem duas vertentes possíveis de investigação, a primeira relacionada a fatos ou atos praticados nos próprios meios digitais e a segunda que trata de fatos ou atos praticados nos meios “convencionais”, mas que necessitam do uso de tecnologias para serem demonstrados.⁵

Vídeos e mensagens nas redes sociais com conteúdo difamatório, postados tanto contra um empregado quanto contra uma empresa, que sejam capazes de manchar sua imagem, são exemplos claros de fatos ocorridos em meio digital e servem como objeto de provas digitais em processos que buscam indenização por danos morais e até mesmo uma possível reversão da dispensa arbitrária. Do mesmo modo, a prática de assédio por parte do empregador pode ser comprovada pela análise de mensagens enviadas por aplicativos.

O meio digital também é uma maneira de comprovar fatos que não tenham ocorrido no ambiente digital quando, por exemplo, uma pessoa ou um terceiro publica momentos de sua vida em fotos ou vídeos nas redes sociais. O fato não ocorreu em meio digital, mas a prova em si é produzida a partir de meios ou suportes digitais⁶. As imagens armazenadas e divulgadas em redes sociais servem de valioso auxílio na busca pela verdade no processo judicial.

O constante aumento da utilização de provas digitais no direito processual é decorrente do grande avanço tecnológico e das mudanças que as relações jurídicas têm

⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 75.

⁵ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A Prova Digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho: realidade e futuro**. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 71.

⁶ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Muito Além da Imagem da Fotografia Digital: a utilização dos metadados como prova judicial. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho: realidade e futuro**. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 262.

sofrido por meio da tecnologia, no entanto, deve-se ter precaução na análise e valoração desse tipo de prova. Nesse sentido, Didier e Oliveira destacam a importância de existir:

Uma preocupação constante quanto ao grau de segurança e de certeza que se pode ter em relação à autenticidade dos documentos eletrônicos, que permite identificar a sua autoria, e à sua integridade, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que pode garantir a eficácia probatória desses documentos⁷.

A utilização de provas digitais exige o cumprimento de três requisitos de validade, quais sejam: (I) autenticidade; (II) integridade e (III) preservação da cadeia de custódia, sobre os quais serão trazidos mais detalhes nas linhas que seguem.

2.1. Autenticidade

O requisito da autenticidade pode ser entendido como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação ao autor ou autores do fato digital.”⁸

Ou seja, é o que assegura que o aparente autor do fato é, em verdade, o autor real da coisa.

Quando uma postagem difamatória é feita em um perfil falso nas redes sociais, pode-se pedir uma ordem judicial aos provedores de aplicação e conexão para encontrar o IP (Protocolo de Internet) do autor da publicação, para que seja possível apurar a verdadeira autoria do fato.

Os provedores de conexão são as empresas com as quais contratamos o acesso à internet, como Claro, Oi, Tim, Vivo, dentre tantas outras. Já os provedores de aplicação, são as plataformas em que utilizamos a internet, que podem ser e-mails (terra, hotmail, gmail, uol), redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram) e aplicativos de mensagens (Telegram e WhatsApp).

Todos os computadores têm um número de IP próprio. Sempre que uma pessoa acessa a internet, sua conexão gera um número particular de IP, que é essencial para o

⁷ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia block-chain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica. In: NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual**. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 513.

⁸ THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 40.

funcionamento da internet. Por meio desse endereço, é possível obter informações como a localização do usuário, algo importante no que diz respeito às provas digitais.

Por intermédio da ordem judicial solicitada aos provedores de aplicação, identifica-se de qual aparelho eletrônico foi realizada a publicação difamatória e é possível obter, por mandado judicial ao provedor da conexão, os dados cadastrais do responsável pelo aparelho, a fim de comprovar a autoria do fato e a autenticidade da prova digital obtida.

2.2. Integridade

No que diz respeito ao requisito da integridade, entende-se que essa é a característica da prova digital que permite a certeza e respeito de sua idoneidade, sendo a qualidade da prova que permite a certeza de sua completude e da sua não adulteração. Ou seja, uma prova digital pode ser considerada íntegra quando não tiver sofrido qualquer sorte de modificação ou alteração, sendo, portanto, apta a reproduzir o fato em sua completude e integridade⁹.

Nesse caso, uma prova digital que tenha sido objeto de qualquer sorte de adulteração não preenche o requisito da integridade e, portanto, não possui utilidade alguma para o processo judicial.

A esse respeito, cumpre destacar o dilema dos *prints* de tela e arquivos de imagem, que podem ser adulterados com enorme facilidade, assim como uma foto de uma conversa no WhatsApp, em que a parte pode apagar uma mensagem ou até mesmo fazer uma montagem, adulterando o documento. Para essas situações, existem técnicas de exportação do conteúdo da mensagem que são aptas a certificar a integridade da prova, evitando contaminações.¹⁰

⁹ THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 45.

¹⁰ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Muito Além da Imagem da Fotografia Digital: a utilização dos metadados como prova judicial. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 264.

Para evitar fraudes em ocasiões assim, o juízo pode determinar que a coleta da prova seja acompanhada da lavratura presencial de ata notarial, para que se ateste com fé pública que a integridade do documento foi respeitada.¹¹

2.3. Preservação da Cadeia de Custódia

Por fim, também se apresenta como requisito de admissibilidade da prova digital a preservação da cadeia de custódia, conceituada no artigo 158-A, do Código de Processo Penal como o conjunto dos procedimentos utilizados para documentar a ordem cronológica das provas coletadas. Acerca desse instituto, a doutrina ressalta que:

É preciso preservar a autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. A ideia é construir verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova. A ideia é que se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo. Nesse ponto, é importante sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas.¹²

Basicamente, se a autenticidade e a integridade das provas digitais coletadas não forem mantidas intactas ao longo do andamento do processo, tais documentos deixarão de ter validade, uma vez que irá pairar dúvida razoável sobre o tema.

Uma vez impugnada, a prova digital deve passar por uma auditoria, onde será observada sua cadeia de custódia por meio de técnicas de computação que consistem na utilização de “métodos científicos na preservação, coleta, validação, análise, interpretação, documentação e apresentação de evidências digitais.”¹³

A preservação da cadeia de custódia é mais simples em situações específicas, como quando há a requisição de prova da geolocalização do usuário de um celular em um período determinado de tempo que se busca analisar, por exemplo.

¹¹SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A Prova Digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 85.

¹² THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

¹³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 280.

Há, porém, maior dificuldade na preservação da cadeia de custódia quando se fala em fontes de provas abertas e quando a parte apresenta dados oriundos de seus aparelhos digitais, como fotos ou conversas de aplicativos de mensagens.

Se um *print* de tela for impugnado, por exemplo, não é possível que seja auditado, haja vista a impossibilidade de se auferir sua temporariedade, imutabilidade, autenticidade e integridade, sendo necessária a utilização de ferramentas de análise dos metadados das fotos digitais. Já nos casos de impugnação de mensagens por aplicativos, confronta-se as mensagens com a exportação de conversa do outro interlocutor ou, caso necessário, faz-se uma perícia forense daquela prova.¹⁴

Nessa esteira, destaca-se julgado recente da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que entendeu que “são inadmissíveis as provas digitais sem registro documental acerca dos procedimentos adotados pela polícia para a preservação da integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos.”¹⁵

A decisão proferida em processo que tramita em segredo de justiça, de relatoria do Ministro Messod Azulay Neto, representa uma importante manifestação da Corte Superior no sentido de que são necessários parâmetros mínimos de confiabilidade para as provas digitais.

3. Arcabouço legal da produção de provas digitais no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal estabelece que a todo cidadão deverá ser garantido o princípio do devido processo legal e contraditório e a ampla defesa. Isso significa que as partes que integram um processo têm ampla possibilidade de se manifestarem no intuito de demonstrarem seus direitos na busca de influenciar o julgamento do magistrado.

O direito à produção probatória decorre justamente dos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, consubstanciados no artigo 5º, LIV e LV, da Magna Carta. A produção de provas no processo deve observar não apenas as

¹⁴ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Muito Além da Imagem da Fotografia Digital: a utilização dos metadados como prova judicial. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho: realidade e futuro**. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 266.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo em segredo de justiça. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. **Informativo N° 763**. Brasília, 14 fev. 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 24 out. 2023.

regras da lei processual, mas também os preceitos fundamentais da privacidade, da honra e da intimidade das partes.

A prova não possui a somente a finalidade de convencer, mas também de restringir e nortear a formação do convencimento, pois, por força das disposições legais, o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional impõe ao juiz que decida de maneira fundamentada, sendo que sua fundamentação ocorre de acordo com as provas produzidas nos autos¹⁶, traduzindo uma exigência constitucional, prevista no artigo 93, IX, da Constituição.

Apesar de suas peculiaridades e características próprias, as provas digitais estão submetidas aos mesmos parâmetros que regem o sistema de provas “convencionais”, afinal são medidas atípicas dentro dos modais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, fato é que as novas ferramentas tecnológicas provocaram uma considerável alteração no DNA do processo judicial, principalmente no que diz respeito à ampliação da possibilidade de produção de provas digitais, periciais e documentais, dando um maior protagonismo à atuação do magistrado¹⁷, nos ditames do que prevê o artigo 369 do Código de Processo Civil (CPC).

A atuação do juiz se reveste, portanto, do princípio do dispositivo, devendo se adequar à nova dinâmica da produção de provas digitais, uma vez que passa a ter responsabilidades como fixar os critérios de interpretação dos fatos expostos e aferir a autenticidade da prova e analisar a proteção da privacidade das partes.¹⁸

Isso faz com que ocorra uma propulsão das disposições do artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que estabelece ampla liberdade na direção do processo aos magistrados da Justiça do Trabalho.

A condução do processo pelo magistrado ganha ainda mais relevância quando se analisa o tratamento dos dados coletados pela prova digital, uma vez que é imperiosa a

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. Teoria Geral da Prova no Processo do Trabalho à Luz do Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 82, n. 2, p. 259-296, abr./jun. 2016.

¹⁷ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Ônus da Prova Digital no Processo do Trabalho. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho: realidade e futuro**. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 110.

¹⁸ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Ônus da Prova Digital no Processo do Trabalho. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho: realidade e futuro**. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 111.

necessidade de se garantir a honra, a intimidade, a imagem e a privacidade das partes, direitos fundamentais previstos no artigo 5º, X e LX da Constituição da República.

No processo do trabalho, as provas digitais têm sido frequentemente utilizadas em casos que versam sobre a extensão da jornada de trabalho, em que o juiz expede ofício à operadora de telefonia para obter os dados de geolocalização do trabalhador, sabendo assim os horários e locais percorridos pela parte em determinado lapso temporal.¹⁹

Todavia, a produção desse tipo de prova esbarra em direitos fundamentais das partes, que por diversas vezes geram divergências e questionamentos acerca da segurança, necessidade e adequação da prova. Nesse sentido, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), estabelece que:²⁰

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

[...]

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Na mesma esteira estão os critérios expostos pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção da Dados - LGPD), que disciplinam como deve ser o procedimento de tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, destacando-se os artigos 2º e 6º da referida lei, que almejam proteger os direitos fundamentais de liberdade e da privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, com base no respeito à privacidade, intimidade, honra, imagem, boa-fé, dentre outros princípios.

Importante observar, também, os parâmetros estipulados pela Lei Geral de Proteção da Dados (LGPD) no que tange às regras de bloqueio e eliminação, ao

19 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A Prova Digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 76

²⁰ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 24 out. 2023.

consentimento, uso de compartilhamento e relatórios de impacto, para que se evite causar danos aos direitos fundamentais às partes e a terceiros.²¹ Nesse cenário, importante destacar o artigo 5º, II, da referida lei, que dispõe acerca dos dados das partes considerados sensíveis:²²

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Inobstante o mencionado inciso acima mencionado nada informe, os autores deste artigo consideram que se trata de um rol exemplificativo, e por isso os dados do trabalhador referentes a tudo que lhe diz respeito ao contrato de trabalho e a relação de trabalho, bem como a sua esfera pessoal (sobre geolocalização, compras pessoais e local de domicílio), são dados sensíveis, com base no art. 11, § 1º, da Lei 13.709/18.

Vê-se, assim, que o advento das provas digitais proporciona vastas possibilidades, tanto para as partes quanto para os magistrados. Todavia, sua utilização requer maiores cuidados dos sujeitos do processo em relação às informações que são divulgadas, de modo a evitar que o direito à produção probatória gere uma lesão ao direito à privacidade, imagem e honra das partes.

Quanto aos dados sensíveis, o art. 11, *caput*, da Lei nº 13.709/2018, é firme e claro determinando que somente podem ser tratados nas hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde

²¹ MACHADO, Herminegilda Leite. Prova Digital e Privacidade. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 169.

²² BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 24 out. 2023.

ou autoridade sanitária e; g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º da Lei nº 13.709/18 e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Portanto, com base no *caput* e no § 1º, do art. 11, da Lei nº 13.709/18, os dados vinculados ao contrato de trabalho, a relação de trabalho e pessoais (sobre geolocalização, compras pessoais e local de domicílio) são considerados dados sensíveis e somente podem ser tratados nas hipóteses permitidas nos incisos I e II, do art. 11, da Lei nº 13.709/11.

4. Controle da geolocalização: risco à vida privada do trabalhador

O controle das relações de trabalho não é novidade no mundo, sendo usual desde que surgiu a relação de emprego, podendo ser observado por diferentes feições de acordo com o momento da história que se analisa.

A fiscalização da jornada de trabalho, que já foi realizada em papel por alguém de um cargo de confiança do empregador, atualmente pode ser manual, mecânico ou eletrônico, como previsto no art. 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Inclusive, hodiernamente tem-se através da coleta de biometria do empregado (que também é um dado sensível, como visto acima). A vertiginosa evolução das tecnologias de informação e comunicação (TICs) trouxe possibilidades antes inimagináveis para a realidade do ser humano.

O avanço da tecnologia e o surgimento de novas modalidades de trabalho fazem com que as ideias de subordinação clássica, objetiva e estrutural dialoguem com a recente subordinação algorítmica.²³

Os sistemas de geolocalização utilizados em veículos, chips e celulares tornam possível o conhecimento e o controle da localização exata do trabalhador, o que pode se mostrar válido em algumas modalidades de serviço prestadas fora do ambiente de

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 20ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 351.

trabalho convencional, como motoristas, vendedores, vigilantes, empregados externos, entregadores de mercadorias.²⁴

Atualmente, o Brasil possui mais de 118 milhões de usuários de celulares ativos, sendo o quinto país com maior quantidade de usuários de smartphones do mundo, atrás apenas de Indonésia, Estados Unidos, Índia e China²⁵, o que facilita muito a produção de provas por meio da geolocalização.

Inúmeros provedores de serviços como *Amazon*, *Uber*, *iFood* e aplicativos de agências bancárias registram a localização de seus usuários, dados que as operadoras de celulares também dispõem em seus acervos. Tais registros podem ser utilizados como provas digitais em processos judiciais e ajudar a resolver controvérsias com exatidão, o que a prova oral, por exemplo, nem sempre oferece.²⁶

Na Justiça do Trabalho, isso é comumente visto em ações de reconhecimento vínculo empregatício em que há confronto de informações entre as alegações do trabalhador e da empresa. Nesses casos, de acordo com o artigo 765 da CLT, cabe ao magistrado determinar as diligências necessárias ao esclarecimento da lide, sendo a prova de geolocalização do trabalhador uma delas.

O serviço de geolocalização permite obter a localização de um aparelho celular (reestreado assim uma pessoa ou um objeto que o acompanhe) por meio do *Global Positioning System* (GPS), utilizando as posições de latitude e longitude do aparelho com base nas conexões de rede ou conexão via satélite, podendo, ainda, ser realizada pela captação de sinais de rádio frequência a partir da triangularização das antenas de celulares. O sistema *Wi-Fi*, por sua vez, pode definir a localização de um dispositivo com base em seu acesso às redes sem fio.²⁷

Os meios de obtenção da geolocalização do usuário de um aparelho celular podem ser os mais diversos, cabendo citar os mais utilizados como *Google Take Out*,

²⁴ SILVA, Fabrício Lima. Do Panoptismo ao Pós-Panoptismo: controle da geolocalização dos trabalhadores pelo empregador. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 254.

²⁵ LOPES, André. **Brasil é um dos cinco países com maior número de smartphones, mostra ranking**. 2023. Revista Exame. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-smartphone-mostra-ranking/>. Acesso em: 25 out. 2023.

²⁶ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de; ALBINO, João Pedro. Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 216-233, jul. 2022. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>. Acesso em: 24 out. 2023.

²⁷ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de; ALBINO, João Pedro. Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 216-233, jul. 2022. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>. Acesso em: 24 out. 2023.

sistema *IOS* da *Apple*, estação rádio base (ERB), metadados de fotos digitais, registros do *WhatsApp*, do Instagram ou do *Facebook*, dentre tantos outros. Essa prática, no entanto, deve ocorrer de maneira cautelosa e em conformidade com o que dispõem as leis a respeito do tema.

Como antes analisado, os autores do presente artigo entendem que a partir de uma análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nota-se que o controle da geolocalização do trabalhador se configura como uma operação de tratamento de dados pessoais sensíveis (art. 5º, II, que tem em seu bojo um rol exemplificativo) e, para que seja possível realizar esse tratamento de dados, deve observar o art. 11, da mesma lei. Tal raciocínio traz um caráter simbiótico com a Constituição Federal, que por sua vez, trata da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, pilares das garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Para que esse tratamento ocorra de maneira adequada, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) elenca fundamentos para o tratamento de dados pessoais no Brasil (art. 2º) e, indo além, estabelece os princípios norteadores que devem ser devidamente observados (art. 6º). Nota-se, assim, que a produção de provas digitais por registros de geolocalização não é ordinária e esbarra em limites de direitos fundamentais e na proteção de dados pessoais sensíveis.

Todavia, ao analisar o cenário das provas digitais no processo do trabalho e, mais especificamente, da obtenção de dados de geolocalização do trabalhador, tem-se sua análise deve ser norteada pelos princípios *pro homine* e da proteção, que também são norteadores no processo do trabalho.

Como relata Olga Vishnevsky Fortes, o próprio usuário pode extrair suas informações de geolocalização, produzindo diretamente a sua prova digital, ao realizar uma consulta em sua conta do Google. A autora utiliza como exemplo um despacho realizado 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.²⁸

A produção da prova digital pelo próprio trabalhador é uma prova lícita, podendo ser utilizada para comprovar suas alegações, conforme prevê o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

As provas digitais não é um quarto tipo de prova, sendo um modal das três espécies de prova já existentes (documental, testemunhal e pericial), possuindo valor probante e ensejando todos os efeitos jurídicos no processo. Trata-se de uma medida atípica, advinda do art. 369 do Código de Processo Civil (CPC), mas dentro das modalidades já estabelecidas em lei e acima mencionadas.

Por isso, caso a parte contrária não impugne tempestivamente a prova digital, requerendo uma perícia ou análise judicial quanto a sua autenticidade, integridade ou cadeia de custódia, o fato alegado pelo autor estará devidamente comprovado com base na prova documental, testemunhal ou pericial na modalidade digital.

Insta destacar que o cumprimento das normas brasileiras são obrigatórias a todas as pessoas, e caso contrário, incorrerão em ato ilícito, o que vale também para a legislação trabalhista, como a falta de registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), bem como o não pagamento de salário e de todos os direitos trabalhistas, bem como o não recolhimento de tributos previdenciários.

Conforme elucida o artigo 22 do Marco Civil, quando houver indícios verossímeis da prática de atos ilícitos, a parte interessada pode, "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"²⁹.

Importante destacar que são situações antagônicas que não podem ser confundidas quando a própria parte apresenta sua prova digital (como acima

²⁸ FORTES, Olga Vishnevsky. Novos Meios de Busca da Verdade: a geolocalização. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 241

²⁹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 24 out. 2023.

demonstrado) e a determinação do juiz que determina a sua produção. Aquela advém da manifestação volitiva da parte, que de ofício traz aos autos sua prova digital; ao passo que esta é uma determinação judicial, uma imposição perante a empresa (uma terceira nos autos) para apresentar a prova digital, quando, inclusive, deverá ser ofertada vista as partes, podendo até mesmo ser impugnada ou confrontada.

Especificamente quanto a geolocalização, tem-se que quando for produzida por determinação do juiz, deverá ser observada a prudência, a proporcionalidade e a razoabilidade, delimitada a sua finalidade expressamente, buscando-se assegurar, acima de tudo, o direito à privacidade da parte, necessidade que se mostra ainda mais importante quando se analisa situações em que impera um grande desbalanceamento de poder, como ocorre com as relações de trabalho.³⁰

A produção da geolocalização por determinação judicial deve significar a última *ratio*, significando dizer que somente na impossibilidade da parte não conseguir produzir com provar sua alegações é que o juiz deve deferir ou determinar de ofício a sua produção. Havendo prova nos autos suficientes para efetivar o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa, a produção da prova digital deverá ser indeferida.

Em síntese, a determinação judicial da geolocalização é uma prova extraordinária, devendo ser produzida somente quando imprescindível e de maneira excepcional. Caso nos autos tenham sido produzidas as provas ordinárias com o condão de formar o convencimento do magistrado, e, também efetivadas a garantias processuais constitucionais, não há que se falar em geolocalização.

Sendo realizada a geolocalização por determinação judicial deverá ser decretado no mesmo ato o segredo de justiça, nos termos do art. 189 do Código de Processo Civil (CPC), almejando que sejam preservadas a intimidade, a imagem e os direitos fundamentais das partes litigantes.

Na Europa, o *General Data Protection Board* (GDPR), de 27 de abril de 2016, tratou de versar expressamente a respeito do tratamento de dados no ambiente de trabalho, estabelecendo a obrigatoriedade de que sejam garantidas a dignidade, os legítimos interesses e os direitos fundamentais dos titulares dos dados, dedicando atenção especial

³⁰ LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de; ALBINO, João Pedro. Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 216-233, jul. 2022. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>. Acesso em: 24 out. 2023.

à transparência do tratamento de dados e assuntos como a transferência de dados pessoais em um grupo empresarial (art. 88, 2).³¹

Isso se dá devido ao enorme potencial invasivo e possibilidade de vigilância proporcionados pelas novas tecnologias, risco que aumenta quando se considera a assimetria da relação de trabalho, o que faz com que seja mínima a possibilidade de consentimento para base legal do tratamento desses dados, de modo que deve caber ao empregador a observância de um meio pertinente e legal para tal ação.

Portugal também dedica especial atenção ao tema, regulamentando a questão nos artigos 20 e 21 do Código do Trabalho e destacando a impossibilidade de o empregador utilizar meios de vigilância à distância no local de labor por equipamentos tecnológicos com o intuito de controlar o desempenho do empregado.³²

Seguindo orientação determinada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o dispositivo legal permite a utilização de meios de vigilância somente nos casos em que a finalidade seja a proteção e seguranças de bens e pessoas ou quando for exercida uma atividade particular que demande essa fiscalização, sendo obrigatória a informação a respeito da existência e finalidade de todo tipo de monitoramento realizado.

Tais entendimentos podem ser trazidos à realidade brasileira por meio de uma interpretação teleológica da Lei nº 13.709/18 (LGPD), principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022, que alterou o texto da Carta Maior para incluir a proteção de dados pessoais no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, LXXIX.

Todos os princípios contidos na Lei nº 13.709/18 (LGPD), devem ser observados nos casos de tratamento de dados de geolocalização de trabalhadores. Devem existir transparência e proporcionalidade na utilização dessa ferramenta, bem como compatibilidade entre o tratamento dos dados e a finalidade definida inicialmente.³³

³¹ UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation - GDPR**. Bruxelas, Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 25 out. 2023.

³² PORTUGAL. Lei nº 07/2009, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho**. Lisboa, Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 25 out. 2023.

³³ SILVA, Fabrício Lima. Do Panoptismo ao Pós-Panoptismo: controle da geolocalização dos trabalhadores pelo empregador. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 256.

Devem ser efetivados, ainda, os princípios da adequação, pertinência e limitação dos dados colhidos, de modo que eventual monitoramento nunca seja utilizado para o controle de desempenho do trabalhador em sua atividade laboral.³⁴

A determinação judicial da geolocalização do trabalhador pode se concretizar como uma medida desproporcional para a resolução de muitas questões na Justiça do Trabalho, com o risco de causar-lhe inúmeros prejuízos, atingindo a sua privacidade, intimidade, honra, imagem e outros direitos fundamentais do trabalhador.

Isso ocorre porque os dados de geolocalização obtidos a partir de aparelhos eletrônicos da parte são, inequivocamente, dados pessoais sensíveis. Por essa análise, é possível ter conhecimento não apenas do dia e horário que a parte frequentou determinado local, mas também realizar inferências acerca dos hábitos mais íntimos do trabalhador, bem como saber sobre dados sensíveis, conforme disposto no artigo 11, § 1º, da Lei nº 13.709/18 (LGPD), razão pela qual deve-se estabelecer limites para a produção desse tipo de prova.

A esse respeito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.939/2020, que versa sobre o direito da tecnologia da informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo. O Projeto conta com 38 artigos, sendo que nenhum trata das provas obtidas por meio da geolocalização, o que deixa uma lacuna na legislação a respeito do tema.

Da mesma forma, a produção de provas digitais por meio da geolocalização do trabalhador ainda é matéria incipiente na justiça do trabalho, de modo que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ainda não possui entendimento pacificado sobre a questão, o que faz com que se tenha julgados diversos na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho ao redor do Brasil, que têm sido provocados a emitirem decisões acerca da validade e aplicabilidade desse tipo de prova.

Em recente decisão, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região proferiu acórdão autorizando a produção de prova de geolocalização para analisar questão referente à jornada de trabalho de uma bancária que alegava que sua jornada de trabalho era mais extensa do que a registrada nos documentos da instituição.

Em seu voto, a relatora Desembargadora Claudia Maria Samy Pereira da Silva, destacou que a utilização dos meios digitais é irrefreável e, mesmo que possa trazer

³⁴ SILVA, Fabrício Lima. Do Panoptismo ao Pós-Panoptismo: controle da geolocalização dos trabalhadores pelo empregador. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 256.

algumas consequências indesejáveis, facilitará a dilação probatória e reduzirá a insegurança jurídica, problema comumente visto em outros meios de prova, como a testemunhal³⁵.

Por seu turno, a 1ª Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em caso bastante semelhante, indeferiu o requerimento da empresa e decidiu que apesar da geolocalização da empregada ser um meio de prova admitido, essa produção probatória gera ofensas à privacidade e ao sigilo telemático da reclamante. Em seu voto, o relator, Desembargador Marco Antonio Paulinelli de Carvalho, alegou que:

Evidencia-se que a exibição da geolocalização da impetrante, durante largo período de tempo, vinte e quatro horas por dia, revelando os lugares e os horários em que a impetrante esteve, trata-se de medida que viola a privacidade e o sigilo dos dados telemáticos da autora, além de ser desarrazoada, visto que a duração da jornada externa da obreira poderia ser constatada pelos meios ordinários de prova³⁶.

Há situações, no entanto, em que a prova digital por geolocalização se apresenta como a única solução possível para o devido deslinde da causa, como é o caso de recente processo no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em que devido à dificuldade de produção probatória em uma ação de reconhecimento de vínculo empregatício de um trabalhador que faleceu durante o curso do processo, utilizou-se a geolocalização para como meio de prova.

Em seu voto, a relatora, Desembargadora Rosemeire Uehara Tanaka, destacou que diante da peculiaridade do caso concreto e da dificuldade de produção de prova, negar o uso de elementos digitais comprobatórios, como a geolocalização, representaria cerceamento de defesa³⁷.

Apesar de se apresentar como uma interessante via à obtenção de provas no processo trabalhista, a geolocalização do trabalhador deve ser utilizada apenas quando

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Desembargadora Claudia Maria Sämy Pereira da Silva. **Processo N° 0100476-34.2021.5.01.0074**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uso-prova-geolocalizacao-justica.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Desembargador Marco Antonio Paulinelli de Carvalho. **Mandado de Segurança Cível N° 0011155-59.2021.5.03.0000**. Belo Horizonte. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011155-59.2021.5.03.0000/2#df27237>. Acesso em: 25 out. 2023.

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: Desembargadora Rosemeire Uehara Tanaka. **Recurso Ordinário Trabalhista n° 0010553-36.2021.5.15.0129**. Campinas, 14 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010553-36.2021.5.15.0129/2#246539b>. Acesso em: 25 out. 2023.

esgotadas as demais possibilidades de prova. É o que entende o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

Ainda que autorize o ordenamento jurídico a realização de prova digital de geolocalização, por atingir a esfera da vida privada das pessoas, cabe ao Juízo sopesar a sua real necessidade frente aos demais meios de prova disponibilizados às partes pela legislação processual. Cassada, em sede liminar, a decisão proferida nos autos originais que autorizou precocemente a prova digital de geolocalização e não apresentando o agravante argumentos capazes de reformar a decisão monocrática, deve ser negado provimento ao agravo interno interposto³⁸.

Isso demonstra que apesar de a possibilidade de produção de provas digitais por meio da geolocalização do trabalhador ser uma interessante e eficaz maneira de se buscar a verdade nos processos trabalhistas, sua utilização pode configurar uma violação ao direito fundamental à privacidade do obreiro, que deve ser preservada, prevalecendo este perante aquele direito.

Por essa razão fica evidente a importância do debate acerca da matéria, haja vista que o tema é fruto de divergências nos Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ainda não constitui um precedente vinculante quanto ao tema.

5. Conclusão

A partir da 4ª Revolução Tecnológica, ensejou-se uma verdadeira evolução das novas tecnologias, que norteiam a sociedade de informação ora vivenciada no Século XXI. Neste contexto surgiram as plataformas, os aplicativos e as redes sociais, movidas pela inteligência artificial, operacionalizada pelo tratamento de dados. É justamente através deste arquétipo tecnológico que as pessoas naturais e jurídicas atualmente se comunicam e se relacionam juridicamente.

Essa alteração do modo de vida do ser humano em virtude da rápida evolução das ferramentas tecnológicas fez com que a privacidade dos usuários passasse a ser tema recorrente ao redor do mundo, o que fez com que o conceito de privacidade e a intimidade servissem de contrapeso e limites para o tratamento de dados.

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Relator: Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino. **Mandado de Segurança Cível N. 000065834.2021.5.12.0000**. Florianópolis, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000658-34.2021.5.12.0000/2#d52ce7f>. Acesso em: 25 out. 2023.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), autos nº 6.389, em maio de 2020, entendeu que a proteção de dados e a autodeterminação informativa configuram-se como direitos fundamentais autônomos. Do mesmo modo, a Emenda Constitucional nº 115, de fevereiro de 2022, inseriu o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, atribuindo caráter constitucional à proteção de dados pessoais, inclusive por meios digitais.

A virtualização da vida e das informações extraídas das plataformas, dos aplicativos e das redes sociais, bem como os dados de navegação dos usuários e até mesmo a geolocalização de seus aparelhos celulares, passaram a poder constituir provas nos processos judiciais, sendo que neste bojo encontra-se a geolocalização.

O direito à produção de prova, inclusive em meios digitais, se insere nos princípios constitucionais devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

No que diz respeito a determinação judicial da geolocalização do trabalhador, os artigos 10, § 2º e 22 do Marco Civil da Internet, bem como o artigo 11, II, “d” da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), amparam o tratamento de dados das partes quando se mostrar indispensável ao bom andamento do processo, mesmo sem que haja consentimento.

A determinação da prova de geolocalização do trabalhador deve-se sempre utilizar o meio menos invasivo possível à esfera privada deste, com os dados obtidos sendo utilizados nos limites determinados que deram azo à sua colheita, para que seja alcançada sua finalidade. É imprescindível, ainda, que se busque estabelecer limites éticos para a utilização das ferramentas de geolocalização no contexto das relações laborais, não podendo ser tornar uma prova ordinária, pois ela é de natureza extraordinária.

A geolocalização é uma prova digital, advinda de uma medida atípica, com previsão no art. 369 do Código de Processo Civil (CPC), e por isso, quando realizada deve ser decretado o segredo de justiça, nos termos do art. 189, do mesmo estuário processualístico.

Havendo conflito entre o direito de prova através da geolocalização e o direito da intimidade, da privacidade e da honra do trabalhador, devem prevalecer estes perante aquele.

A geolocalização é uma prova que somente pode ser determinada judicialmente de maneira extraordinária, quando não for possível a utilização de outro meio de prova e quando não violar direitos e garantias fundamentais do trabalhador; devendo ser

produzida com prudência, proporcionalidade e razoabilidade, constando expressamente a sua finalidade.

Conclui-se que a determinação judicial da geolocalização deve ser realizada somente em situações excepcionais em que se revele a essencialidade da medida, não sendo utilizada em qualquer caso, haja vista os riscos de subverter princípios legais e constitucionais a respeito da intimidade, da honra e da imagem do reclamante, bem como da privacidade de dados dos trabalhadores.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.939, de 15 de outubro de 2020**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264367>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo em segredo de justiça. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. **Informativo Nº 763**. Brasília, 14 fev. 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Desembargadora Claudia Maria Sämy Pereira da Silva. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0100476-34.2021.5.01.0074**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uso-prova-geolocalizacao-justica.pdf>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Desembargador Marco Antonio Paulinelli de Carvalho. **Mandado de Segurança Cível Nº 0011155-59.2021.5.03.0000**. Belo Horizonte. Disponível em: <https://pje->

consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011155-59.2021.5.03.0000/2#df27237.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Relator: Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino. **Mandado de Segurança Cível nº 000065834.2021.5.12.0000**. Florianópolis, 27 jul. 2021. Disponível em: <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000658-34.2021.5.12.0000/2#d52ce7f>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: Desembargadora Rosemeire Uehara Tanaka. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0010553-36.2021.5.15.0129**. Campinas, 14 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010553-36.2021.5.15.0129/2#246539b>.

BERBERI, Marco Antonio Lima; HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. Aspectos controvertidos no uso da prova digital no ordenamento jurídico brasileiro. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 137-165, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/IJDL.berberi.v.2.n.2.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 20ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: JusPodivm, 2023.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia block-chain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica. In: NUNES, Dierle *et al.* **Inteligência Artificial e Direito Processual**. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2021.

FORTES, Olga Vishnevsky. Novos Meios de Busca da Verdade: a geolocalização. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 235-246.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Ônus da Prova Digital no Processo do Trabalho. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 107-120.

LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de; ALBINO, João Pedro. Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 216-233, jul. 2022. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/409>.

LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Muito Além da Imagem da Fotografia Digital: a utilização dos metadados como prova judicial. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 259-276.

LOPES, André. **Brasil é um dos cinco países com maior número de smartphones, mostra ranking**. 2023. Revista Exame. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-smartphone-mostra-ranking/>.

MACHADO, Herminegilda Leite. Prova Digital e Privacidade. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 158-174.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 760 p.

PINTO, Felipe Martins; GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. O Direito à Privacidade e o Sigilo de Dados na Internet. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, p. 201-219, 10 fev. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/39041>. Acesso em: 20 out. 2023.

PORTUGAL. Lei nº 07/2009, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho**. Lisboa, Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>.

SCHIAVI, Mauro. Teoria Geral da Prova no Processo do Trabalho à Luz do Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 82, n. 2, p. 259-296, abr./jun. 2016.

SILVA, Fabrício Lima. Do Panoptismo ao Pós-Panoptismo: controle da geolocalização dos trabalhadores pelo empregador. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 247-258.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A Prova Digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. In: MISKULIN, Ana Paula Silva Campos *et al.* **Provas Digitais no Processo do Trabalho**: realidade e futuro. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 68-94.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation - GDPR**. Bruxelas, Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>.

A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA ADVOCACIA E MAGISTRATURA. UMA QUESTÃO PARA ALÉM DOS NÚMEROS

FEMALE PARTICIPATION IN ADVOCACY AND MAGISTRATURE. A QUESTION BEYOND THE NUMBERS

Recebido em: 21/11/2023

Aprovado em: 28/11/2023

Carmela Dell Isola *

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a participação feminina na advocacia e magistratura brasileira. O ingresso da mulher na carreira jurídica antecede um árduo trilhar ao seu acesso à educação superior. Ultrapassada esta questão histórica, em análise ao cenário estatístico divulgado pela OAB e CNJ, revela que advocacia e magistratura feminina encontram barreiras que desafiam a igualdade material no exercício da profissão. A legislação e normativas dos órgãos de classe não têm sido suficientes para alterar o cenário de desigualdades. A correção deste rumo depende de esforços conjunto e renovação de estratégias, como adoção de ações afirmativas, medidas de conscientização e de prevenção e combate à opressão de gênero no ambiente jurídico. No plano metodológico adota-se o procedimento indutivo, investigativo bibliográfico e estatístico em uma abordagem discursiva que permite compreender a expressão da dignidade feminina no exercício da advocacia e magistratura brasileira.

Palavras-chave: Carreira jurídica. Advocacia feminina. Magistratura feminina.

Sumário: 1. Introdução; 2. A questão da formação jurídica feminina e o ingresso da mulher na carreira jurídica. Contextualização de um árduo trilhar; 3. A participação feminina na advocacia e magistratura. Uma questão além dos números. 4. Advocacia e magistratura feminina. Instrumentos normativos, desafios e propostas; 5. Conclusão. Referências.

Abstract: The presente study aims to analyze the female participation in Brazilian law and judiciary. The entry of women into the legal career precedes an arduous journey towards their access to higher education. After overcoming this historical issue, an analysis of the statistical scenario released by the OAB and CNJ reveals that women's advocacy and

*Pós-Doutora em Direitos Humanos, Salamanca/Espanha (2018). Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo-USP (2001). Professora e Coordenadora do curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Docente da Escola de Magistratura Federal da 1 Região. Docente da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (UFMA). Professora Titular da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo (Aposentada). Vice-Presidente da OAB/SP, Subseção São Bernardo do Campo (2019-2021). Advogada. Autora de estudos jurídicos (Orcid iD? <https://orcid.org/0009-0005-8374-5044>)

judiciary encounter barriers that challenge material equality in the exercise of the profession. The legislation and regulations of the professional bodies have not been sufficient to change the existing female professional scenario. The correction of this course depends on joint efforts and renewal of strategies, such as the adoption of affirmative actions and prevention measures and combating gender oppression in the environment. At the methodological level, the inductive, bibliographic and statistical investigative procedure is adopted in a discursive approach that allows understanding the expression of female dignity in the practice of law and the Brazilian judiciary.

Keywords: Legal career. Female advocacy. Female judiciary.

Summary: 1. Introduction; 2. The issue of female legal training and women's entry into the legal career. Contextualization of an arduous journey; 3. Female participation in law and judiciary. A question beyond numbers. 4. Advocacy and female judiciary. Normative instruments, challenges and proposals; 5. Conclusion. References.

1. Introdução

O objetivo do presente estudo visa abordar a participação feminina na advocacia e magistratura brasileira. A ascensão da mulher na carreira do direito é inegável. Embora esta expressividade seja motivo de orgulho, ainda não se completou. Marcas sociais de gênero identificam desigualdades no exercício profissional, impondo barreiras que desafiam a inserção, permanência e ascensão feminina nestas carreiras.

Seguindo a lógica apresentada, o texto divide-se em três seções principais. Primeiro considera os principais acontecimentos a partir de quando as mulheres começaram a ter acesso aos cursos de formação jurídica no Brasil, espaço necessário à atuação profissional. Sequencialmente, a partir dos dados estatísticos divulgados pela Ordem dos Advogados do Brasil e Conselho Nacional de Justiça, serão analisadas as barreiras e assimetrias de gênero que resultam na distribuição desigual no exercício da advocacia e magistratura feminina. Para então, diante da análise do ordenamento jurídico protetivo, tanto nacional como internacional, bem como normativas dos órgãos de classe (OAB e CNJ), apresentar, ao final, propostas para perseguir a igualdade material entre gêneros na advocacia e magistratura brasileira.

2. A questão da formação jurídica feminina e o ingresso da mulher na carreira jurídica. Contextualização de um árduo trilhar

Para bem compreender como chegou a mulher brasileira à carreira jurídica, antes importa destacar os principais acontecimentos a partir de quando começaram a ter acesso aos cursos de formação jurídica no Brasil, espaço necessário à atuação profissional.

Inúmeras foram as batalhas pelo acesso da mulher à educação e seguramente o mais difícil o de abrir os portões das faculdades. Às mulheres não foi dado automaticamente os mesmos direitos dos homens. Historicamente anterior aos direitos políticos e a outros direitos civis, o direito feminino à educação não se configurou rapidamente em oportunidade.

Na maior parte da história, a mulher foi excluída do acesso à educação formal. No período colonial, a educação “letrada” era reservada aos homens, a quem cabia o espaço público¹ – tomada de decisões sociais, que, inclusive, afetam os destinos das mulheres. Excluídas do processo de formação escolar, as mulheres consideradas seres inferiores, limitadas ao espaço privado e assim dispensadas de aprender a ler e a escrever,² eram orientadas aos afazeres domésticos, cuidados do lar, para serem mães e esposas dedicadas aos seus maridos. A ideologia da supremacia masculina era prevalente.³

Por isso, as mulheres são vistas como ligadas ao mundo da casa, ao doméstico e ao cuidado dos filhos. A capacidade corporal feminina relacionada à reprodução da espécie humana delimita o espaço da mulher na vida em sociedade; seu papel social de “cuidadora” confere-lhe uma posição hierárquica inferior em relação aos homens publicamente ativos e provedores. À primeira vista e tomando representações comuns, seria possível dizer que os homens estariam na esfera da vida produtiva, enquanto as mulheres na esfera da vida reprodutiva.⁴

Durante o século XIX, as amarras da sociedade patriarcal, pautaram a história da educação no Brasil. Esta cultura que reduz a mulher à condição de inferioridade foi, em um primeiro momento, marco impeditivo à ascensão feminina à formação superior.

¹ SILVA, Erineusa Maria da. **As relações de gênero no magistério**: a imagem da feminização. Vitória: Edufes, 2002, p. 12.

² Cf., RIBEIRO, Arilda Ines Miranda Ribeiro. **Mulheres educadas na Colônia**. In: LOPES, Eliana Marta Teixeira, FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive. (Orgs.). 500 anos de educação no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 79.

³ Cf., RIBEIRO, Arilda Inês Miranda. **Mulheres educadas na colônia**. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (Orgs.). In, op. Cit., p. 89.

⁴ SAYÃO, Deborah Thomé. **Corpo, poder e dominação**: um diálogo com Michelle Perrot e Pierre Bourdieu. Perspectiva. Perspectiva. Florianópolis, v.21, n. 01, p. 121-149, jan./jun. 2003. Disponível: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/view/10210/9437>. Acesso: 15.11.2023.

Em especial a partir da segunda metade do século XX, as mulheres conseguiram reverter o hiato de gênero na educação em todos os níveis.

Os cursos de “Ciências Jurídicas e Sociais” foram instituídos em solo nacional em 1827. Em um modelo de relação de aprendizagem herdado da cultura portuguesa,⁵ o ensino jurídico objetiva criar uma elite social, intelectual e coesa, formando magistrados, advogados, profissionais com papel preponderante na política nacional, adequada ao Brasil independente (1822).

A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854), refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de colonizar o país. Nesse sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e de construção do Estado nacional.⁶

Este espaço universitário manteve-se reservado somente aos homens por várias décadas. As instituições de ensino tinham a “função de - acolher principalmente os filhos das elites com objetivo de influenciar o Estado – e não representantes de segmentos médios da sociedade, interessados em ascender coletivamente.”⁷ “O direito aparecia como um apanágio masculino”⁸.

Apenas em 1879, pelo Decreto nº 7.247, as mulheres foram autorizadas à educação superior no Brasil, dando margem à inserção feminina nos cursos jurídicos. “Em 1888 e 1889, na Faculdade de Direito de Recife, Maria Coelho da Silva Sobrinha, Delmira Secundina, Maria Frago e Maria Augusta C. Meira Vasconcelos já tinham colado grau, todavia nenhuma delas atuou profissionalmente.”⁹

Desconstruída a ideia da universidade como espaço masculino, a lógica patriarcal de séculos sofre pequenas fissuras com o ingresso de mulheres neste ambiente

⁵ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A sociologia do direito no Brasil**: introdução ao debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993, p.182.

⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 80.

⁷ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; RIBEIRO, H. Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil: perpetuação ou ruptura? In: MESSA, Ana Flávia; TEOFILO, Roque (Orgs.). **Estado e economia**: estudos em homenagem a Ademar Pereira. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300.

⁸ PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p.110.

⁹ Cf., GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; FERREIRA, Tania Maria Tavares Bessone da Cruz. Myrthes Gomes de Campos (1875-?): **pioneirismo na luta pelo exercício da advocacia e defesa da emancipação feminina**. Niterói, v. 9, n. 2, p. 135-151, 1. sem. 2009. Disponível: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30908/17997>. Acesso: 15.11.2023.

e revela uma nova realidade de sua inserção no contexto social brasileiro. A respeito do papel da educação para as mulheres, afirma Rachel Soihet

A educação é elemento fundamental na tomada de consciência das mulheres de sua condição subalterna, ao mesmo tempo que lhes proporciona o instrumental para ultrapassar essa condição. Dialeticamente, porém, constitui-se num dos principais veículos de difusão da violência simbólica, contribuindo incisivamente para a inscrição das representações da inferioridade feminina nos "pensamentos e nos corpos" de umas e de outros.¹⁰

A educação é um direito que tem por finalidade "o pleno desenvolvimento da personalidade humana" (Art. 26, Declaração Universal dos Direitos Humanos). Apesar de não ter sido tarefa fácil, as mulheres venceram a barreira ideológica do acesso à educação superior e "o direito ao saber, não somente à educação, mas à instrução, é certamente a mais antiga, a mais constante, a mais largamente compartilhada das reivindicações. Porque ele comanda tudo: a emancipação, a promoção, o trabalho, a criação, o prazer."¹¹ Observa Elaine Calmon "sobressai o eixo educação como um dos mais importantes no avanço das mulheres no caminho da igualdade de gênero, porque, além de provocar a inclusão no mercado de trabalho, a educação proporciona ampla formação cidadã, com atuação ativa na sociedade e emancipação."¹²

A partir da década de 1970, a presença feminina nos cursos jurídicos ganha densidade, intensificando-se nos anos 1990.¹³ Hoje, as mulheres têm amplo acesso ao ensino superior no Brasil e são a maioria nos cursos de Direito.¹⁴

Com a capacitação profissional universitária, paulatinamente as mulheres ingressam na carreira jurídica. Etimologicamente, a palavra "carreira" origina-se do

¹⁰ In, Violência simbólica. **Saberes masculinos e representações femininas**. Estudos Feministas, v. 5, n. 1, 1997, p. 14.

¹¹ PESSOA, Mayra. **A presença feminina nos cursos universitários e na pós-graduações**: desconstruindo a ideia da universidade como espaço feminino. 2016. Disponível: <https://www.passeidireto.com/arquivo/22034263/a-presenca-feminina-nos-cursos-universitarios-e-nas-pos-graduacoes-desconstruind>. Acesso: 15.11.2023.

¹² In, **A evolução da mulher brasileira na vida pública**. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de et al. (Orgs). **ABMCJ na luta pelos direitos das mulheres e meninas: avanços e desafios**. 2022. Disponível: <https://ovm.alesec.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/ABMCJ-NA-LUTA-PELOS-DIREITOS-DAS-MULHERES-E-MENINAS--AVANCOS-E-DESAFIOS-1.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

¹³ Cf., BRITO, Renato de Oliveira. **O ensino jurídico no Brasil**: Análise sobre a massificação e o acesso aos cursos de Direito. VIDYA, v. 28, n. 2, Santa Maria: 2009, p. 82.

¹⁴ Cf., GIORDAN, Isabela. **Mulheres são a maioria em cursos de Medicina, Direito e Odontologia no Brasil**. 2019. Disponível: <https://querobolsa.com.br/revista/mulheres-sao-a-maioria-em-cursos-de-medicina-direito-e-odontologia-no-brasil#:~:text=Profiss%C3%B5es-.Mulheres%20s%C3%A3o%20a%20maioria%20em%20cursos%20de,Direito%20e%20Odontologia%20no%20Brasil&text=Segundo%20dados%20do%20Censo%20do,cursos%20de%20gradua%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil>. Acesso: 15.11.2023.

latim *via carraria*, estrada para carros. Nos tempos atuais, significa um “ofício, uma profissão que apresenta etapas, uma progressão.”¹⁵ A carreira jurídica, por sua vez, é reservada aos portadores do título de bacharel em Direito, obtido em curso superior. A titulação acadêmica auferida ao término do curso de graduação, permite o ingresso a diversificada gama de possibilidades deste campo profissional. Cada uma delas remete a uma determinada instituição, que possui regras próprias de seleção.¹⁶

A sociedade brasileira pode se orgulhar de mulheres notáveis na carreira jurídica, como Thereza Grisólia Tang, primeira Juíza de Direito do Brasil, que ingressou na magistratura por concurso público em dezembro de 1954 e veio a ocupar a presidência do Tribunal do Estado de Santa Catarina e Cnéa Cimini Moreira, lembrada como a primeira ministra de um Tribunal Superior (Tribunal Superior do Trabalho – 1990) e, mais recentemente, Ellen Northfllet Gracie, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Weber, que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Tais trajetórias incentivam cada vez mais o gênero a seguir a carreira jurídica.

A ascensão feminina na carreira do direito é inegável. Embora esta expressividade seja motivo de orgulho, ainda não se completou. Há desafios a serem superados para o efetivo engajamento, igualdade substancial e reconhecimento da mulher profissional do Direito e, num âmbito mais amplo, como cidadã.

Nas carreiras jurídicas e no sistema de justiça, a desigualdade das mulheres espelha a realidade contemporânea, que varia em intensidade de país para país. Nas democracias, esta realidade é particularmente preocupante, porque afronta o pressuposto da igualdade entre os seres humanos e desafia sistemas de justiça instituídos para resolver conflitos sob a diretriz de que todos são iguais perante a lei.¹⁷

Defronte a um recorte da educação e das carreiras jurídicas depreende-se que historicamente há ainda amplo predomínio da participação masculina nas profissões do direito. As mulheres continuam a ser minoria e poucas ascendem a posições de poder nos

¹⁵ Cf., CHANLAT, Jean-François. **Quais Carreiras e para Qual Sociedade (I)?** RAE - Revista de Administração de Empresas São Paulo, v. 35, n. 6, p. 67-75 Nov./Dez. 1995. Disponível: <https://www.scielo.br/j/rae/a/9BSKB7zXvc4Gkkzjf6St6xc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso: 15.11.2023.

¹⁶ A advocacia é exercida mediante obtenção de credencial junto a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que se dá por aprovação de exame. Comporta diversas modalidades de atuação, voltada para o mercado ou em cargos públicos, através de concurso (advocacia pública). As carreiras públicas por meio de concursos públicos de provas e títulos, como é caso de juízes, promotores.

¹⁷ DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Prefácio*. In, HOLANDA, Ana Paula Araújo de et. al. (Orgs). **ABMCJ na luta pelos direitos das mulheres e meninas: avanços e desafios**. 2022. Disponível: <https://abmcj.org.br/wp-content/uploads/2022/12/ABMCJ-NA-LUTA-PELOS-DIREITOS-DAS-MULHERES-E-MENINAS-AVANCOS-E-DESAFIOS.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

órgãos que integram, diante da persistência histórica que permanece apoiada no ideário masculino.

3. A participação feminina na advocacia e magistratura. Uma questão além dos números.

A atuação da mulher no mundo jurídico não difere da luta feminina historicamente perpetrada por melhores condições de trabalho, dignidade e igualdade de oportunidades. Muito embora as experiências sejam únicas e heterogêneas, as marcas sociais de gênero identificam as desigualdades no exercício da advocacia e magistratura.

1. Na advocacia, de acordo com dados recentes divulgados pelo Conselho Federal da OAB, em um total de 1.368.793 inscritos, mais de 51% (703.747) são compostos por advogadas e quase 49% (665.046) de advogados. Em termos numéricos por estado, São Paulo tem o maior contingente da advocacia feminina, 187.827, seguido por Rio de Janeiro, com 82.549, e Rio Grande do Sul, com 50.230¹⁸. Com relação a representatividade da mulher advogada negra ou parda, não existem dados divulgados pelo órgão, pois não houve censo para análise racial até o momento.

Apesar do recorte quantitativo da advocacia feminina ser superior ao da masculina, o quadro “Quantitativo por Faixa Etária”, divulgado pelo próprio Conselho Federal da OAB, revela que a advocacia feminina é maioria até os 40 anos. A partir dos 41, o cenário se inverte, dando margem à prevalência masculina. Ou seja, entre os advogados e advogadas de 41 e 59 anos, 52% são homens; e a partir dos 60 anos, 66% dos inscritos nesta faixa etária são advogados.

Observa-se, ainda, que nunca houve nenhuma mulher como Presidente da OAB Nacional e muito poucas como Presidentes de Seccionais no âmbito Estadual e Subseções.

Na magistratura, a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (2023) revela que as mulheres são minoria, representam 38% do total dos magistrados ante o contexto nacional. A presença feminina é maior na Justiça do Trabalho, chegando a quase metade (49%). Na Justiça Estadual, o índice cai para 38% e na Federal, para 31%.¹⁹

18 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Disponível: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso: 15.11.2023.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Participação Feminina na Magistratura. Atualizações 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

Salienta-se também que a sub-representação de gênero é agravada pelo racismo, conforme se infere da Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário (CNJ, 2021), e ressaltado no relatório do CNJ (2023).

Em que pese o percentual de 12,8% de magistradas negras como juízas substitutas de segundo grau, esse valor representa somente seis pessoas. Ainda que sejam 12,1% de mulheres desembargadoras negras, percentual maior que o de desembargadores negros (7,8%), o número absoluto é menor que no grupo masculino: são 45 desembargadoras e 93 desembargadores.²⁰

Embora superados, em certa medida, os entraves de ingresso da mulher na advocacia e magistratura, o cenário estatístico revela as formas como estas carreiras jurídicas constroem o gênero que se consolida pela progressão e distribuição desigual na profissão. Uma questão que vai além dos números.

2. Apesar das diversas conquistas e avanços alcançados, ainda se evidenciam barreiras de gênero que refletem sobre os desafios para inserção, permanência e ascensão feminina na advocacia e na magistratura. Pierre Bourdieu observa que:

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça²¹

Ainda que preparadas e qualificadas, muitas profissionais encontram limites invisíveis marcados pelo falocentrismo que acarretam situações de desigualdade real reveladas por dinâmicas de segregação vertical e horizontal que arrastam as mulheres às margens da profissão.²² A segregação vertical que se caracteriza pela sub-representação feminina em cargos de maior responsabilidade, a mulher é posicionada na base da carreira, em atividades menos valorizadas e impedidas de ter acesso a colocações hierarquicamente privilegiadas.²³ Metáfora norte-americana (*glass ceiling*), “teto de

²⁰ TOFFOLI, Dias Toffoli. Apresentação. In: **A participação feminina nos concursos para magistratura**. Resultado de Pesquisa Nacional. Conselho Nacional de Justiça. 2020. Disponível: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso: 15.11.2023.

²¹ In, **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 18.

²² Cf., AFONSO, Ligia. **Feminização das profissões jurídicas: algumas notas sobre Portugal**. In: Castilho, E. W. V. et al. (Orgs.) **Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro**. Brasília, 2019, p. 317.

²³ Cf., BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins. **O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista**. 2008. Disponível: [file:///C:/Users/carne/Downloads/admin,+5287-20230-1-CE%20\(15\).pdf](file:///C:/Users/carne/Downloads/admin,+5287-20230-1-CE%20(15).pdf). Acesso: 15.11.2023.

vidro” simboliza uma barreira *invisível* que impede a mulher de alcançar posições de liderança.

O *glass ceiling* é um conceito que começou a ser utilizado nos anos 80 do século XX para denominar as barreiras invisíveis, e difíceis de identificar, que dificultam o acesso das mulheres às posições com maior poder e maiores vantagens salariais, em qualquer país ou âmbito laboral (Guil Bozal, 2008; Morley, 1994). Estes constrangimentos são independentes da sua formação e aumentam proporcionalmente na escala hierárquica das organizações. São fenômenos originados em contexto de sociedade patriarcal, onde a mulher está associada à maternidade e aos cuidados, mantendo-se alheia aos espaços de tomada de decisão. Como Guil Bozal (2008) alerta, a exclusão não é direta, mas reveste-se de estratégias sofisticadas e subtis de marginalização, menosprezo e distorção das suas palavras. Estas condutas, por estarem naturalizadas, não se fazem notar.²⁴

As marcas de tensionamento da segregação vertical recaem sobre as mulheres na profissão jurídica. O cenário de sub-representação feminina na alta cúpula, ou alto nível hierárquico, se repete no Brasil. A existência do “teto de vidro” é comum tanto em ambiente público quanto privado. No setor público, a exemplo da magistratura, Tharuel Lima Kahwage e Fabiana Cristina Severi observam que:

a carreira das mulheres tende a estagnar-se nos escalões inferiores da magistratura – elas permanecem, em geral, nas primeiras instâncias (segregação vertical). Mesmo com processos de seleção judicial totalmente diferentes, os baixos percentuais de mulheres que ascendem na carreira sugerem a existência de espaços de discricionariedade que possibilitam que os homens se perpetuem em cargos mais altos e impeçam as mulheres de alcançar tais posições.²⁵

A este teor, o estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2023) revela que há uma maior concentração de magistradas na primeira instância. A participação de mulheres como ministras e desembargadoras Tribunais de Justiça, em grande parte, é de percentuais inferiores a 25%; nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), os parâmetros são inferiores a 38%; e, nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), “em sua grande maioria (22), apresentam percentual igual ou superior a 25% (parâmetro nacional)”. Nos Tribunais Superiores, a participação feminina no “STJ e TST estão em patamares

24 Cf., CABRERA, Ana. **Desigualdades de gênero em ambiente universitário**. Disponível: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/135569/1/n41a06.pdf>. Acesso: 16.11.2023.

25 In, **Para além de números**: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51. Acesso: 15.11.2023.

próximos (23% e 22%, respectivamente), o STM registra o menor percentual entre os Tribunais Superiores, com 17%.²⁶

O fenômeno do “teto de vidro” também é uma realidade na advocacia. O WLM-BR (Women in Law Mentoring Brasil) realizou pesquisa denominada “Como está a diversidade de gênero nos escritórios de advocacia no Brasil?”, 2018, e constatou que apesar de as mulheres responderem por 57% dos profissionais na composição geral dos escritórios, somente 34,9% das mulheres são contempladas no quadro de sócios de capital.²⁷ E, conclui que as chances de uma advogada se tornar sócia serem menores em relação às oportunidades oferecidas a um homem.

Além da segregação vertical, a profissional também convive com a segregação ocupacional horizontal, que consiste na concentração de mulheres em áreas tidas como “femininas”, delimitado por estereótipos de gênero – “guetos femininos”²⁸. Denominado “parede de vidro” (*glass wall*), o fenômeno compreende:

... um tipo de desigualdade que se relaciona à área de especialização e atuação na profissão jurídica e deriva, sobretudo, de estereótipos de gênero que delimitam o que deve ou não ser exercido por homens e mulheres dentro da profissão jurídica - isto é, carreiras/cargos “femininos” e “masculinos”. Entretanto, essa delimitação não é apenas funcional, uma vez que acarreta desvantagens econômicas ao compelir mulheres a trabalharem em áreas de especialização menos rentáveis e de menor prestígio.²⁹

Estereótipos de gênero determinam papéis específicos para homens e mulheres no exercício da profissão jurídica – a exemplo das áreas do direito de família vs. direito empresarial, além de a mulher desenvolver habilidades direcionadas ao melhor desempenho no acolhimento de clientes. Esta discrepância ocorre tanto na advocacia como na magistratura. As “estruturas sociais conformadoras dos papéis masculino e

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Participação Feminina na Magistratura. Atualizações 2023**. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

²⁷ Disponível: <https://www.wlm.org.br/como-esta-a-diversidade-de-genero-nos-escritorios-de-advocacia-no-brasil/>. Acesso: 15.11.2023.

²⁸ Cf., BARBALHO Rennê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo**. São Carlos, 2008, p. 24.

²⁹ Cf., KAHWAGE, Tharuell Lima. **Mulheres na magistratura paraense: uma análise das percepções das desembargadoras do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) sobre trajetória profissional e atuação jurisdicional voltada à efetivação dos direitos humanos das mulheres**. Dissertação de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2017. Disponível: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-101616/publico/TharuellLKAhwageOriginal.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

feminino encontram na neutralidade discriminatória das normas que regem a carreira da Magistratura o espaço ideal para atravancar mudanças mais rápidas de cenário”.³⁰

Aspectos que marcam o gênero feminino também esbarram na ascensão e solidificação da carreira. A maternidade é a principal deles. A necessidade de se dedicar também à família faz com que muitas profissionais escolham ocupações menos favoráveis, a fim de equilibrar os ambientes profissional e familiar, ou, ainda, se afastarem da carreira. Esse pressuposto reduz o interesse em investir profissionalmente nelas, o que reforça o “teto de vidro”, mantendo as mulheres em posições subalternas

Outras matrizes de opressão perpassam as vivências das profissionais do direito. Fazem parte deste cenário, a discriminação de gênero, o assédio moral e sexual no local de trabalho. São questões graves³¹ que acarretam consequências danosas à carreira, assim como à saúde, física, psicológica e financeira da vítima. A “Internacional Bar Association” (IBA) realizou uma pesquisa global sobre assédio sexual e moral nas profissões jurídicas e revelou dados alarmantes.

Uma em cada três advogadas e 1 em cada 14 homens já foram assediados sexualmente, uma em cada duas mulheres entrevistadas e um em cada três homens entrevistados já sofreram assédio moral. A pesquisa aponta que em 57% dos casos de bullying os incidentes não foram denunciados, e esse percentual amplia-se para 75% nos casos de assédio sexual; 65% das profissionais vítimas de bullying ou assédio pensou em abandonar o emprego. No Brasil, 23% dos entrevistados dizem já ter sofrido algum tipo de assédio sexual e 51% revelou já ter sido vítima de bullying.³²

O relatório “Perfil das Magistradas Brasileiras e Perspectivas Rumo à Equidade de Gênero nos Tribunais”, conduzido pelo Centro de Pesquisas Judiciais da Associação dos Magistrados Brasileiros (CPJ/AMB), 2023, aponta que, “entre juízas, desembargadoras e ministras de Tribunais Superiores, 27% já foram vítimas de assédio

³⁰ PINHO, Leda de Oliveira; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; GOMES, Maria Tereza. Uille; SOUZA, Paula Ferro Costa de. **Perspectivas da participação feminina na magistratura brasileira: dos obstáculos estruturais às possibilidades de inovação institucional.** In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OMOTO, João Akira; SILVA, Marisa Viegas; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro.* Brasília: ESMPU, 2019. p. 263.

³¹ Além da responsabilidade civil (artigo 927, Código Civil), o Código Penal brasileiro tipifica o assédio sexual como crime, art. 216-A. A Lei nº 14.188/21, criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

³² Cf., DAMASCENO, Cristiane. **Advocacia sem Assédio.** OAB Nacional. CNMA. Disponível: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/Cartilha-Advocacia-Sem-Assedio.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

sexual e pelo menos 54,7% sofreram algum tipo de constrangimento ou discriminação no trabalho por serem mulheres.”³³

Cumprir mencionar que atuação feminina no mundo jurídico compõe um cenário de “violências intimidatórias” que abalam competências e espontaneidade das profissionais no exercício do seu labor, trazendo uma sensação de que o sistema de justiça não é um espaço seguro para mulheres. Trata-se do fenômeno denominado “lawfare” de gênero³⁴ no exercício profissional. A respeito, Soraia da Rosa Mendes (et al) revela que “80,6% das advogadas entrevistadas já se sentiu ameaçada no exercício da profissão, em razão do seu gênero e/ou de suas clientes.”³⁵

No contexto brasileiro, Leda de Oliveira Pinho (et al) observa que as “estruturas sociais conformadoras dos papéis masculino e feminino encontram na neutralidade discriminatória das normas que regem a carreira da Magistratura o espaço ideal para atravancar mudanças mais rápidas de cenário”.³⁶ Daí ser muito comum o que Bonelli (et. al)³⁷ denomina de apagamento de gênero, que leva muitas mulheres a aceitarem (e se submeterem às) condições impostas, negando inclusive o pertencimento ao gênero feminino e a existência de assimetrias de gênero nos espaços profissionais.

Constata-se um cenário de obstáculos enfrentados no acesso, permanência e progressão na carreira pelas advogadas e magistradas. Mesmo assim, lá estão elas resistindo, persistindo, enfrentando as barreiras de modo a superá-las e pavimentar um ambiente de trabalho de maior equidade, de modo a usufruírem das mesmas oportunidades de participação, reconhecimento e valorização profissional a que fazem jus.

³³ Associação dos Magistrados brasileiros. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Centro de Pesquisas Judiciais da AMB. **Perfil das Magistradas Brasileiras e Perspectivas Rumo à Equidade de Gênero nos Tribunais**. 2023. Disponível: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2023/03/CPJ_Relatorio-Magistradas-Brasileiras_V3.pdf. Acesso: 15.11.2023.

³⁴ Definição de lawfare: “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”. Cf, MENDES, Soraia da Rosa; COSTA, Elaine Cristina Pimentel; ROCHA, Isadora Dourado. **LAWFARE DE GÊNERO: a necessária e urgente construção de um protocolo para a atuação ética e profissional de integrantes da advocacia sob a perspectiva de gênero a partir da pesquisa nacional para identificação de casos de violência de gênero contra advogadas em razão do exercício da profissão o uso do direito como arma de guerra contra mulheres**. Disponível: <https://pt.scribd.com/document/636148866/LAWFARE-DE-GENERO-E-PRERROGATIVAS-ADVOGADAS-Profas-Dras-SoraiaMendes-ElainePimentel-14mar2023-VersaoFinal>. Acesso: 15.11.2023.

³⁵ In, op. Cit.

³⁶ In, op. Cit, p. 263.

³⁷ In, op. Cit.

4. Advocacia e magistratura feminina. Instrumentos normativos, desafios e propostas

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que influenciou todas as Constituições posteriores, inclusive a brasileira de 1988, declara a igualdade entre os seres humanos e a universalidade dos direitos. É o que garante a Constituição Federal de 1988. “Marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país”,³⁸ a Constituição brasileira, por diversos comandos, garante a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental (art. 5º, inciso I), assegura “a plena igualdade entre os gêneros no exercício dos direitos civis e políticos, sendo vedada qualquer discriminação contra a mulher”³⁹, à promoção do bem e à construção de uma sociedade justa, livre e solidária para todas as pessoas, independentemente de origem, sexo, raça, cor, idade, ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV).

O constituinte tratou de agasalhar o princípio da igualdade, e que, em uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro, transcende a clássica igualdade formal, exigindo a busca por igualdade material, a qual determina que se tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Trata-se de uma igualdade inclusiva, orientando-se para garantia da igual condição (opção) de participação do cidadão — de qualquer gênero — em todas as práticas estatais.⁴⁰

O Brasil reconhece os tratados e convenções de direitos humanos como norma constitucional (art. 5º, § 3º). Dentre os ratificados pelo Estado brasileiro, interessam ao presente estudo, especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) e suas Recomendações Gerais (33 e 35); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994); e a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (OIT, 1958). A primeira estabelece a obrigação dos Estados Partes de eliminarem todas as formas de discriminação contra mulheres tanto na esfera pública quanto na esfera privada. A segunda, a de eliminar a violência contra

³⁸ Cf., PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de gênero na Constituição Federal**: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: DANTAS, Bruno (et al.) (Orgs). **Os alicerces da redemocratização**. Brasília: Senado Federal/Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 1.

³⁹ Cf., PIOVESAN, Flávia. In, op. Cit., p. 17.

⁴⁰ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2003, p. 16.

mulheres em todas as esferas da vida e a terceira estabelece a obrigação de não-discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A Plataforma de Pequim refere-se às mulheres no poder e na tomada de decisões e recomenda assegurar o mesmo direito que os homens de serem juízes e juízas, advogados e advogadas ou oficiais de justiça, bem como policiais e funcionários de estabelecimentos de detenção e penitenciários, entre outras ocupações (par. 232, m). Na perspectiva da OIT, a Convenção nº 190, reconhece o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio, incluindo violência e assédio com base em gênero.

O combate à desigualdade de gênero encontra relevo na esfera normativa, tanto nacional como internacional, o que viabiliza adoção de medidas práticas que propiciem a correção de discrepâncias ainda existentes em torno do exercício ocupacional na advocacia e magistratura, de modo a proteger a dignidade da pessoa humana, propiciar a homens e mulheres iguais condições para usufruírem os bens da vida, em todos os níveis.⁴¹ Segundo Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, “trata-se da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a consequente preferência do homem ante a mulher.”⁴²

Como meio de enfrentar as barreiras e fomentar o exercício profissional das mulheres, iniciativas têm sido tomadas pelos órgãos de classe. Na advocacia, a OAB promulgou o Provimento nº 164, de 21 de setembro de 2015, responsável por criar o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada e instituir diretrizes a serem regulamentadas pelas Seccionais de cada Estado da Federação. O Conselho Federal do órgão, aprovou, por meio da Resolução nº 05/2020, reforma eleitoral que implementa cotas para mulheres advogadas (50%) e para advogados(as) negros(as) (30%) para cargos

⁴¹ A respeito, dispõe: a) Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, artigo 23o, dispõe: “1 - Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.”; b) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 6º, “§1. Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.” Declaração Universal de Direitos Humanos disponível <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais disponível <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>, ambos com acesso: 16.11. 2023.

⁴² In: **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Cadernos Pagu nº 26, janeiro-junho de 2006, p. 405-430.

de diretorias junto ao órgão. A reforma resultou na alteração do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994).

Em busca da valorização da advocacia feminina, a OAB Nacional, pela Comissão Nacional da Mulher Advogada, em 2022, lançou campanha intitulada “Advocacia sem Assédio”, que objetiva a conscientização, prevenção e enfrentamento ao assédio moral e sexual contra advogadas. A ação envolve o lançamento de um canal de denúncias, “lives”, rodas de conversa e eventos regionais.

A Lei nº 14.612, de 3 de julho de 2023, inseriu o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da OAB.

Na magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ato Conjunto n. 24/2014 entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, instituiu a “Política Nacional de Responsabilidade Socioambiental da Justiça do Trabalho - PNRSJT” que estabelece um ambiente socio ambientalmente responsável e objetiva eliminar todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação; a Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Res. Adm. n. 3/2017); a “Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário” (Resolução n. 255/2018); a Portaria CNJ n. 133/2018, que criou o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) para, entre outras ações, implementar a meta de empoderamento de meninas e mulheres e a sua participação em cargos públicos.

A legislação e normativas dos órgãos de classe propiciam para que sejam ultrapassadas várias barreiras, em particular na advocacia e magistratura. Embora sejam importantes, não são suficientes para alterar o cenário de desigualdade e discriminação existente no cotidiano profissional feminino que compartilha agruras relacionadas, essencialmente, ao seu gênero.

A superação da desigualdade de gênero na advocacia e magistratura é um desafio complexo, não possui uma solução única - tampouco de rápida - e depende de um conjunto de fatores e ações. A solução ao problema demanda a participação e a cooperação de todos.

As medidas tomadas pelos órgãos de classe têm contribuído à construção e promoção da igualdade no ambiente institucional. Os avanços foram significativos, mas ainda há muito a se fazer. Esses regramentos, levantamentos e estudos sobre a participação feminina na advocacia e magistratura ainda dependem de desdobramentos para sua efetividade.

Ações afirmativas - ou discriminações positivas – são indispensáveis para perseguir a igualdade material entre gêneros e combater as manifestações de discriminação, inclusive as de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.⁴³ Trata-se de objetivo estratégico para que haja uma participação feminina significativa e efetiva nas carreiras jurídicas. Conforme Leda de Oliveira Pinho, identificados os espaços de sobrerrepresentação masculina, devem-se diagnosticar “as causas objetivas e subjetivas da sub-representação” em cada um dos espaços de atuação; discutir “os possíveis mecanismos de correção”; preparar “um projeto consensual de igual representação, apto a criar oportunidades dirigidas à paridade de forças”; e revisar “os resultados obtidos para avaliar se, em ondas crescentes, a materialização da justa igualdade entre mulheres e homens está sendo alcançada”.⁴⁴

Dentre outras ações a serem desenvolvidas para alcançar este objetivo, destacam-se adoção de: (a) medidas para promover uma “massa crítica” de mulheres dirigentes nos setores público e privado que as estimulem a ocuparem estes espaços na advocacia e magistratura; (b) expedientes contínuos de conscientização à prevenção e combate à opressão de gênero no ambiente jurídico, à fim de promover – a partir da educação – a efetiva igualdade de gênero no sistema de justiça, em cumprimento aos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana e de cidadania.

Alinha-se, assim, um caminho para que a advogada e a magistrada se apoderem dos seus direitos de exercerem suas profissões com dignidade, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

4. Conclusão

A mulher, durante muito tempo, permaneceu à margem do espaço do saber no Brasil. O acesso à mulher à educação remete a transformações profundas. Apresenta um avanço feminino que percorre através do discurso da qualificação profissional almejar o reconhecimento de sua própria existência e estabilidade na vida, agrega valores para o bem comum em prol da dignidade e cidadania do ser humano, mostrando na prática o que

⁴³ Cf., GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. 2012. Disponível: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso: 15.11.2023.

⁴⁴ In, **Igualdade, Gênero e Poder: a participação feminina nos órgãos do Sistema de Justiça**. Emagis TRF4, Currículo Permanente – Administração da Justiça, Curitiba, 24 out. 2017. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=sIwAsq2r5Zg>. Acesso: 15.11.2023.

somente seria defendido na Constituição Federal de 1988 - que todos, homens e mulheres, devem ter direito de oportunidade, sem distinção de qualquer natureza.

Apesar das conquistas, as raízes sedimentadas do patriarcalismo, fundadas em preceitos universais, sociais - autoritários, discriminatórios e de dominação - da elite pensante (masculina e branca), ainda dificultam a mobilidade das mulheres na vida pública em consonância com seus anseios. Na área jurídica não é diferente. A análise trazida pelos extratos dos dados estatísticos divulgados pela OAB e CNJ a respeito da atuação feminina na esfera das instituições, evidencia um cenário de desigualdades de gênero que dificultam a inserção, permanência e ascensão das mulheres na advocacia e magistratura brasileira. Apesar do inegável avanço feminino nas carreiras do direito, que se consolidou a partir do ingresso tardio da mulher no ensino jurídico, muitas profissionais encontram limites invisíveis marcados pelo falocentrismo que acarreta segregação ocupacional horizontal (parede de cristal) e vertical (teto de vidro), discriminação de gênero, assédio moral e sexual e “violências intimidatórias” (lawfare de gênero) no exercício profissional.

O enfoque repressivo das normas, inclusive dos órgãos de classe, de combate a desigualdade de gênero, as inúmeras transformações e conquistas a garantir a presença e ascensão da mulher na advocacia e magistratura, não foram suficientes para suplantar estigmas, diferenças salariais, ascensão na carreira e participação política das perdas concretas ou ameaças aos direitos no exercício da profissão.

Cabe aos órgãos de classe (OAB e CNJ) continuar questionando e buscando saber, diretamente de todos os destinatários internos, como essas dinâmicas de gênero se manifestam e se transformam em sua vivência e atuação profissional, com implantação de ações afirmativas que contribuam, ativamente, à construção e promoção da igualdade material no ambiente institucional. Há, ainda, a necessidade – a partir da educação – promover expedientes contínuos: (a) que estimulem as mulheres a ocuparem todos os espaços da advocacia e magistratura, em especial posições superiores da carreira; e (b) de conscientização à prevenção e combate à opressão de gênero no ambiente jurídico.

A advocacia e magistratura feminina, ao longo dos anos, tem ganhado importante representatividade, mas, ainda guarda severas marcas de desigualdades no campo de gênero, que afronta o pressuposto da igualdade entre os seres humanos e desafia a diretriz de que todos são iguais perante a lei. Certo é que, em uma época em que se encontram explícitos e contínuos a afirmação dos direitos humanos e da dignidade das mulheres, a

correção deste rumo é um caminho sem volta, mas ainda depende de muito esforço e da renovação de estratégias.

Referências

AFONSO, Ligia. **Feminização das profissões jurídicas: algumas notas sobre Portugal**. In: CASTILHO, E. W. V. et al. (Orgs.). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília, 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso: 16.11.2023.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso: 16.11.2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. CENTRO DE PESQUISAS JUDICIAIS DA AMB. **Perfil das Magistradas Brasileiras e Perspectivas Rumo à Equidade de Gênero nos Tribunais**. 2023. Disponível: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2023/03/CPJ_Relatorio-Magistradas-Brasileiras_V3.pdf. Acesso: 15.11.2023.

BARBALHO Rennê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo**. São Carlos, 2008.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; RIBEIRO, H.. **Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil: perpetuação ou ruptura?**In: MESSA, Ana Flávia; TEOPHILO, Roque (Orgs.). *Estado e economia: estudos em homenagem a Ademar Pereira*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins. **O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista**. 2008. Disponível: [file:///C:/Users/carme/Downloads/admin,+5287-20230-1-CE%20\(15\).pdf](file:///C:/Users/carme/Downloads/admin,+5287-20230-1-CE%20(15).pdf). Acesso: 15.11.2023.

BOTELHO, Emília Ulhôa. **Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial numa escola do sistema de justiça**. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de et. al. (Orgs.). *Perspectivas de Gênero e o Sistema de Justiça Brasileiro*. 2019. Disponível: [file:///C:/Users/carme/Downloads/Livro+Completo+Web+-+Perspectivas+de+G%C3%AAnero%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carme/Downloads/Livro+Completo+Web+-+Perspectivas+de+G%C3%AAnero%20(1).pdf). Acesso: 15.11.2023.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRITO, Renato de Oliveira. **O ensino jurídico no brasil: Análise sobre a massificação e o acesso aos cursos de Direito.** VIDYA, v. 28, n. 2, Santa Maria, 2009.

CABRERA, Ana. *Desigualdades de gênero em ambiente universitário.* Disponível: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/135569/1/n41a06.pdf>. Acesso: 16.11. 2023.

CALMON, Elaine. A evolução da mulher brasileira na vida pública. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo de at. al. (Orgs). **ABMCJ na luta pelos direitos das mulheres e meninas: avanços e desafios.**2022. Disponível: https://ovm.alesc.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/ABMCJ-NA-LUTA-PELOS-DIREITOS-DAS-MULHERES-E-MENINAS_-AVANCOS-E-DESAFIOS-1.pdf. Acesso: 15.11.2023.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. **Representatividade de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro.** REV. IGAL, I (1), 121-136. 2022. Disponível: [file:///C:/Users/carne/Downloads/007-igal-revista-articulo-7-ela-wiecko%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/carne/Downloads/007-igal-revista-articulo-7-ela-wiecko%20(2).pdf). Acesso: 15.11.2023.

CHANLAT, Jean-François. **Quais Carreiras e para Qual Sociedade (I)?** RAE - Revista de Administração de Empresas São Paulo, v. 35, n. 6, p. 67-75 Nov./Dez. 1995. Disponível: <https://www.scielo.br/j/rae/a/9BSKB7zXvc4Gkkzjf6St6xc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso: 15.11.2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Participação Feminina na Magistratura. Atualizações 2023.** Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalogica.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

DAMASCENO. Cristiane. *Advocacia sem Assédio.* OAB Nacional. CNMA. Disponível: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/Cartilha-Advocacia-Sem-Assedio.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Prefácio. In, HOLANDA, Ana Paula Araújo de at. al. (Orgs). **ABMCJ na luta pelos direitos das mulheres e meninas: avanços e desafios.** 2022. Disponível: <https://abmcj.org.br/wp-content/uploads/2022/12/ABMCJ-NA-LUTA-PELOS-DIREITOS-DAS-MULHERES-E-MENINAS-AVANCOS-E-DESAFIOS.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

GIORDAN, Isabela. **Mulheres são a maioria em cursos de Medicina, Direito e Odontologia no Brasil.** 2019. Disponível: <https://querobolsa.com.br/revista/mulheres-sao-a-maioria-em-cursos-de-medicina-direito-e-odontologia-no-brasil#:~:text=Profiss%C3%B5es-,Mulheres%20s%C3%A3o%20a%20maioria%20em%20cursos%20de,Direito%20e%20Odontologia%20no%20Brasil&text=Segundo%20dados%20do%20Censo%20do,cursos%20de%20gradua%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil>. Acesso: 15.11.2023.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** 2012. Disponível: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso: 15.11.2023.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; FERREIRA, Tania Maria Tavares Bessone da Cruz. Myrthes Gomes de Campos (1875-?): **pioneirismo na luta pelo exercício da advocacia e defesa da emancipação feminina**. Niterói, v. 9, n. 2, p. 135-151, 1. sem. 2009. Disponível: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30908/17997>. Acesso: 15.11.2023.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A sociologia do direito no Brasil**: introdução ao debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. **Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura**. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51. Acesso: 15.11.2023.

KAHWAGE, Tharuell Lima. **Mulheres na magistratura paraense: uma análise das percepções das desembargadoras do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) sobre trajetória profissional e atuação jurisdicional voltada à efetivação dos direitos humanos das mulheres**. Dissertação de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2017. Disponível: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-101616/publico/TharuellLKahwageOriginal.pdf>. Acesso: 15.11.2023.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher**: da proteção à promoção. Cadernos Pagu nº 26, janeiro-junho de 2006.

LOPES, Eliana Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes; VEIGA, Cynthia Greive (Orgs.). **500 anos de educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

MENDES, Soraia da Rosa; COSTA, Elaine Cristina Pimentel; ROCHA, Isadora Dourado. **LAWFARE DE GÊNERO: a necessária e urgente construção de um protocolo para a atuação ética e profissional de integrantes da advocacia sob a perspectiva de gênero a partir da pesquisa nacional para identificação de casos de violência de gênero contra advogadas em razão do exercício da profissão o uso do direito como arma de guerra contra mulheres**. Disponível: <https://pt.scribd.com/document/636148866/LAWFARE-DE-GENERO-E-PRERROGATIVAS-ADVOGADAS-Profas-Dras-SoraiaMendes-ElainePimentel-14mar2023-VersaoFinal>. Acesso: 15.11.2023.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Disponível: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso: 15.11.2023.

PESSOA, Mayra. **A presença feminina nos cursos universitários e na pós-graduações: desconstruindo a ideia da universidade como espaço feminino**. 2016. Disponível: <https://www.passeidireto.com/arquivo/22034263/a-presenca-feminina-nos-cursos-universitarios-e-nas-pos-graduacoes-desconstruind>. Acesso: 15.11.2023.

PINHO, Leda de Oliveira; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; GOMES, Maria Tereza Uille; SOUSA, Paula Ferro Costa de. **Perspectivas da participação feminina na magistratura brasileira: dos obstáculos estruturais às possibilidades de inovação institucional.** In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de et. al. (Orgs). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro.* Brasília: ESMPU, 2019.

PINHO, Leda de Oliveira. **Igualdade, Gênero e Poder: a participação feminina nos órgãos do Sistema de Justiça.** Emagis TRF4, Currículo Permanente – Administração da Justiça, Curitiba, 24 out. 2017. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=sIwAsq2r5Zg>. Acesso: 15.11.2023.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil.** In: DANTAS, Bruno (et al.) (Orgs). *Os alicerces da redemocratização.* Brasília: Senado Federal/Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

RIBEIRO, Arilda Ines Miranda Ribeiro. **Mulheres educadas na Colônia.** In: LOPES, Eliana Marta Teixeira, FARIA FILHO, Luciano Mendes VEIGA, Cynthia Greive. (Orgs.). *500 anos de educação no Brasil.* Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

SAYÃO, Deborah Thomé. **Corpo, poder e dominação: um diálogo com Michelle Perrot e Pierre Bourdieu.** *Perspectiva.* Florianópolis, v.21, n. 01, p. 121-149, jan./jun. 2003. Disponível: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/view/10210/9437>. Acesso: 15.11.2023.

SILVA, Erineusa Maria da. **As relações de gênero no magistério: a imagem da feminização.** Vitória: Edufes, 2002.
SOIHET, Rachel. **Violência simbólica. Saberes masculinos e representações femininas.** *Estudos Feministas*, v. 5, n. 1, 1997.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Direito à diferença.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2003.

TOFFOLI, Dias Toffoli. Apresentação. In: **A participação feminina nos concursos para magistratura.** Resultado de Pesquisa Nacional. Conselho Nacional de Justiça. 2020. Disponível: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso: 15.11.2023.

WLM-BR (Women in Law Mentoring Brasil). **Como está a diversidade de gênero nos escritórios de advocacia no Brasil?**. 2018. Disponível: <https://www.wlm.org.br/como-esta-a-diversidade-de-genero-nos-escritorios-de-advocacia-no-brasil/>. Acesso: 15.11.2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.