

**VOLUME 10 - NÚMERO 2**  
**JULHO/DEZEMBRO 2024**

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

Vol. 10/ 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 10, Número 2**

**Julho/Dezembro 2024**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE)

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Sayonara Grillo 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<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. 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 (UFPE)

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. Lívia 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)

Profa. Dra. Marina Cristina Schmaltz Rocha (Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro)

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)

Prof. Dr. Rafael Lara Martins (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 Bórsio (Professor Titular UDF)

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

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

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

Mestra: Cristine Helena Cunha (Mestra pelo UDF)

Mestra: Eunice Maria Franco Zanatta (Mestra pelo UDF)

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 pelo UDF)

Mestra: Mirela Carvalho Aragão (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestranda: Karini Luana Santos Pavelquesi (Mestranda pelo UDF)

Mestranda: Solainy Beltrão dos Santos (Mestranda pelo UDF)

Mestranda: Patrícia Osório Caciquinho (Mestranda Bolsista CAPES UDF)

Mestranda: Tallita Souza de Oliveira Pignati (Mestranda Bolsista CAPES UDF)

### **Revisão:**

Mestra pesquisadora: Renata Osório Caciquinho Bittencourt – UDF

Mestra pesquisadora: Mirela Carvalho Aragão – UDF

Mestranda: Patrícia Osório Caciquinho - Bolsista CAPES UDF

Mestranda: Tallita Souza de Oliveira Pignati - Bolsista CAPES UDF

Contatos:

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

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

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

Publicado em: 31/12/2024

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 10, N. 2 (Julho/Dezembro 2024). Brasília, DF, 2024 [*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 .....	12
1) EL DERECHO HUMANO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A LA VOTACIÓN ANTICIPADA .....	15
<i>Alejandro Edgar González Flores</i>	
2) TRABAJADORES GOLONDRINAS: UNA PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SOCIAL DE LA MANO DE OBRA MIGRANTE EN ARGENTINA .....	29
<i>Gustavo Daniel Lobo</i>	
3) COMENTARIOS AL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO .....	42
<i>Leonardo Corredor Avendaño</i>	
4) SOCIAL NORMS IMPACTING MATERNAL HEALTHCARE: INDIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE THROUGH THE LENS OF SOCIAL RELATIONS. ....	69
<i>Akil ali Saiyed, Faiz Ayat Ansari e Kshamta Dubey</i>	
5) O DIREITO À DESCONEXÃO E O TRABALHO À DISTÂNCIA NA ITÁLIA... 84	
<i>Maria Cristina Cataudella e Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho</i>	
6) TRABALHO AUTÔNOMO DIGITAL E TERRITORIALIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL .....	99
<i>Giuseppe Ludovico</i>	
7) CAPITALISMO RACIAL E GESTÃO DE DIVERSIDADE: CRÍTICAS E APONTAMENTOS INTERSECCIONAIS NA SEARA EMPRESARIAL .....	116
<i>Cildo Giolo Júnior, Ana Lucia Cândida Alves e Cauã Patrik Reis Oliveira</i>	

8) A RELAÇÃO DA JUSTIÇA 4.0 COM O DESENVOLVIMENTO REGIONAL .. 136

*Alcido Elenor Wander e Lister de Freitas Albernaz*

9) COOPERAZIONE DIALOGICA PUBBLICO-PRIVATA PER IL LAVORO  
DIGNITOSO NELLO SPORT COME OBIETTIVO DI SVILUPPO SOSTENIBILE  
NELL'AGENDA ONU 2030.....160

*Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira*

## 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.10, N. 2), que abrange o semestre de julho a dezembro de 2024.

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. 10, N. 2, o impressionante número de 198 artigos, todos de professores doutores de renomadas universidades brasileiras e estrangeiras, sendo que entre as publicações destacam-se 66 artigos de autores estrangeiros, cumprindo papel relevante para a democratização e aperfeiçoamento do conhecimento.

A Equipe Editorial é integrada pela Professora Doutora Maria Cecília 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 Bórsio, 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, Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Mirela Carvalho Aragão, as Mestrandas pelo UDF Karini Luana Santos Pavelquesi e Solainy Beltrão dos Santos e, as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Patrícia Osório Caciquinho e Tallita Souza de Oliveira Pignati.

Além de integrarem a Equipe Editorial, atuam como revisoras a Mestra pelo UDF Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Mirela Carvalho Aragão, e as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Patrícia Osório Caciquinho e Tallita Souza de Oliveira Pignati, 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 e estrangeiras, 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, de importantes Instituições de Ensino Superior, alguns em parceria com Mestrados dos respectivos Programas de Pós-Graduação, sendo a maioria vinculada à Instituições de Ensino Superior situadas fora do âmbito do Distrito Federal.

A presente edição conta com seis artigos estrangeiros: 1) *El Derecho Humano de las Personas Trabajadoras a la Votación Anticipada*, do Professor Doutor Alejandro Edgar

González Flores, do México; 2) Trabajadores Golondrinas: Una Problemática Jurídica y Social de la Mano de Obra Migrante en Argentina, do Professor Doutor Gustavo Daniel Lobo, da Argentina; 3) Comentarios al proyecto de Nuevo Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social colombiano, do Professor Doutor Leonardo Corredor Avendaño, da Espanha; 4) Social Norms Impacting Maternal Healthcare: Indian Constitutional Perspective Through the Lens of Social Relations, do Professor Doutor Akil ali Saiyed, em parceria com o Professor Faiz Ayat Ansari e o Acadêmico Kshamta Dubey, da Índia; 5) O Direito à Desconexão e o Trabalho à Distância na Itália, da Professora Doutora Maria Cristina Cataudella e do Professor Doutor Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho, da Itália e 6) Trabalho Autônomo Digital e Territorialidade da Previdência Social, do Professor Doutor Giuseppe Ludovico, da Itália.

Entre os Professores brasileiros, o presente volume apresenta: 1) Capitalismo Racial e Gestão de Diversidade: Críticas e Apontamentos Interseccionais na Seara Empresarial, do Professor Doutor Cildo Giolo Júnior, em parceria com a Mestranda Ana Lucia Cândida Alves e o acadêmico Cauã Patrik Reis Oliveira; 2) A Relação da Justiça 4.0 com o Desenvolvimento Regional, do Professor Doutor Alcido Elenor Wander em coautoria com o Professor Mestre Lister de Freitas Albernaz e 3) Cooperazione Dialogica Pubblico-Privata per il Lavoro Dignitoso nello Sport come Obiettivo di Sviluppo Sostenibile nell'Agenda ONU 2030, do Professor Doutor Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 10, N. 2, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o segundo semestre de 2024 (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 contribuir para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades. Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma excelente leitura.

Brasília, 31 de dezembro de 2024.

Equipe Editorial

## EL DERECHO HUMANO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A LA VOTACIÓN ANTICIPADA (ENFOQUE INTERNACIONAL)

### *THE HUMAN RIGHT OF WORKING PEOPLE TO EARLY VOTE (INTERNATIONAL APPROACH)*

Recibido em: 23/10/2024

Aprovado em: 04/11/2024

Alejandro Edgar González Flores\*

**RESUMEN:** El derecho al voto anticipado de las personas que se encuentran laborando el día de la jornada electoral es esencial para asegurar la participación democrática. En diversos países, las leyes laborales tienen la obligación de garantizar para que este sector social pueda ejercer este derecho sin que sus obligaciones laborales se interpongan.

Por lo anterior, es responsabilidad del sector público y de las empresas garantizar el derecho humano al voto de las personas que se encuentren laborando en el día de las elecciones, con estas normativas, se fomenta un ambiente que apoye la participación cívica. La protección del derecho al voto no solo es un deber legal, sino también un imperativo moral que fortalece la democracia y la sociedad en su conjunto.

En atención a lo anterior, en el presente trabajo se analiza la votación anticipada, como una forma de votación que actualmente se encuentra perfectamente consolidado en algunas partes del mundo, sin embargo, en algunos países es un mecanismo reciente, este tipo de votación implica ofrecer facilidades al electorado que no pueden presentarse en una mesa de votación el día de la jornada electoral para que emitan su voto uno o varios días antes.

**PALABRAS CLAVE:** democracia, derecho al voto, votación anticipada.

**ABSTRACT:** The right to early voting for people who are working on election day is essential to ensure democratic participation. In various countries, labor laws have the obligation to guarantee that this social sector can exercise this right without their labor obligations getting in the way.

Therefore, it is the responsibility of the public sector and companies to guarantee the human right to vote of people who are working on election day. With these regulations, an environment that supports civic participation is fostered. Protecting the right to vote is not only a legal duty, but also a moral imperative that strengthens democracy and society as a whole.

In light of the above, this work analyzes early voting as a form of voting that is currently perfectly consolidated in some parts of the world; however, in some countries it is a recent mechanism; this type of voting involves offering facilities for voters who cannot appear at a voting station on election day so that they can cast their vote one or several days before.

**KEYWORDS:** democracy, voting rights, early voting.

---

\* Doctor en Derecho Público, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Mtro. en Derecho Procesal por el Centro Mexicano de Estudios de Posgrados. - Ha participado como ponente sobre temas de derecho constitucional, juicio de amparo y derechos humanos en diversos Congresos Nacionales, Foros y Mesas redondas. - Actualmente se encuentra adscrito al Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado, es Secretario de la Comisión de Investigaciones Jurídicas de la Federación de Licenciados en Derechos del Estado de Veracruz A.C. desde el año 2008 a la fecha, es Secretario de Eventos Académicos y Difusión del Instituto Veracruzano de Derecho Constitucional A.C.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El derecho al voto es crucial en toda sociedad democrática, y es una responsabilidad esencial de los gobiernos asegurar que todas las personas tengan la oportunidad y el acceso ejercer este derecho de manera justa y equitativa. En esta situación, el sufragio anticipado surge como un instrumento fundamental para facilitar la intervención en los comicios de ciertos grupos de personas que, debido a diferentes razones, se enfrentan a obstáculos para ejercer este derecho durante la jornada electoral. Dentro de estos grupos se incluyen los individuos empleados y los sectores vulnerables, quienes frecuentemente enfrentan restricciones laborales, sociales o de desplazamiento que dificultan su habilidad para participar en votaciones.

Además, se analiza el rol de los tratados internacionales de derechos humanos en la promoción de políticas inclusivas que impulsen la participación electoral. El propósito es brindar una comprensión completa de las prácticas a nivel mundial relacionadas con el voto anticipado y cómo este afecta la protección de los derechos políticos de individuos en circunstancias vulnerables.

En la actualidad, la votación anticipada se ha implementado en diversos países democráticos con base a las necesidades y requerimientos que demandan las actividades electorales y la participación ciudadana. Este ejercicio democrático, se ha venido consolidado como un instrumento de participación ciudadana que pretende otorgar mayor inclusión a los electores en la construcción de la democracia.

En el presente trabajo, se analizan las opciones del derecho humano de la votación anticipada de las personas que laboran el día de la jornada electoral o aquellas que se encuentran impedidas por cuestiones de salud para ejercer su voto, examinando de qué manera distintas naciones han establecido medidas para garantizar que todos los individuos, sin importar su condición socioeconómica, de salud o laboral, tengan la posibilidad de participar completamente en los procedimientos democráticos.

## **2. DERECHO DE LAS Y LOS TRABAJADORES PARA ACUDIR A VOTAR EN EL DÍA DE LAS ELECCIONES**

Es importante señalar que el derecho humano al voto es fundamental en cualquier democracia, y su ejercicio no debe ser obstaculizado por las obligaciones laborales, desempeñadas tanto en organismos público como privado; motivo por el cual, resulta esencial que estos sectores puedan acudir días antes a votar el día de las elecciones,

ya que este derecho es un pilar de la participación ciudadana y de la legitimidad del sistema electoral.

En algunos países, se encuentra previsto en su legislación laboral derecho de los trabajadores a recibir permisos retribuidos para poder ejercer su derecho al voto; asimismo, en Brasil, por ejemplo, la Ley N° 9.504/1997 regula las elecciones, dispone que las empresas deben conceder a sus empleados el tiempo necesario para votar sin que esto implique un descuento en sus salarios (BRASIL, 1997).

Por otra parte, la Ley Española de Protección del Derecho a Voto también contempla la obligación de los empleadores de facilitar a sus empleados el tiempo necesario para participar en las elecciones (SÁNCHEZ, 2021).

En tal consideración, en este trabajo se analizarán algunos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que reconocen del derecho al sufragio y con ello, la obligación de los sectores públicos y privados, en establecer políticas públicas en materia electoral, para que este sector social pueda votar anticipadamente el día de la jornada electoral.

### **3. DERECHO HUMANO AL VOTO: TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Los derechos políticos son derechos fundamentales en un sentido doble: primero, como derechos subjetivos de carácter básico que constituyen el fundamento de otros derechos e instituciones, y, segundo, como derechos subjetivos consagrados en las normas fundamentales del ordenamiento jurídico (FIX-FIERRO 2006, p. 26).

De esa manera, el derecho al voto es concebido como una herramienta esencial de participación de la ciudadanía en las sociedades democráticas, pues es una forma de expresión de la voluntad en la toma de decisiones generales.

La votación se caracteriza porque una parte o todos los integrantes de un grupo participan en la toma de decisiones expresando libremente su voluntad y preferencia. Por esta razón, los procesos de votación deben verse como una oportunidad para tomar parte de la vida de la comunidad a la que cada uno pertenece y para ejercer el derecho de hacer valer su voz en ella. (GUTIÉRREZ ESPÍNDOLA, 2016).

#### **3.1. Tratados e instrumentos Internacionales**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en reconocimiento de los derechos político-electorales como derechos humanos, establece en su artículo 21,

párrafos 1, 2 y 3, que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos, mediante elecciones auténticas, periódicas, por sufragio universal, y por voto libre y secreto.

El artículo 29, numerales 1 y 2 de la Declaración señala que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad y que por tanto *"en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"*.

La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, en el artículo 2, dispone que *"los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades"*.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, artículo 2, párrafos primero y segundo y 25, incisos a y b) se establece que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción y sin restricciones indebidas, del derecho a votar y a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Lo anterior, mediante elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se establece que toda la ciudadanía debe gozar del derecho y la oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (CADH, artículo 23, párrafo 1, incisos a y b). En ese sentido, se garantiza el derecho a votar en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, artículo 20) se establece que toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de

tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

En ese mismo orden de ideas, en la Carta Democrática Interamericana (CDI, artículo 3, 2001) se decreta que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, de acuerdo al artículo III, numeral 1, inciso a), señala que los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales, entre otras, a las actividades políticas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece, en los artículos 1 y 9, que los Estados Parte deberán promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad a fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, por lo que adoptarán medidas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana.

La citada Convención, en su artículo 29 establece que *“los Estados Parte garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás, y se comprometerán a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política, incluido el derecho a votar, en igualdad de condiciones con los demás”*.

#### **4. ABSTENCIONISMO ELECTORAL**

En el presente apartado, y para análisis de la votación anticipada, resulta importante conocer a manera de síntesis algunos de los factores que influyen la ausencia en algunos casos de los electores a la mesa de casilla en el día de la jornada electoral; uno de los principales obstáculos que se presentan es el abstencionismo electoral, que se

enmarca en el fenómeno más amplio de la apatía participativa, es un indicador de la participación: muestra el porcentaje de los no votantes sobre el total de los que tienen derecho de voto.

El Diccionario Electoral, punto de referencia de la doctrina en la materia, busca conceptualizar el abstencionismo como *“la no participación en el acto de votar de quienes tienen derecho a ello...es un indicador de la participación: muestra el porcentaje de los no votantes sobre el total de los que tienen derecho de voto”*. (ALCUBILLA, 2000)

Al día de hoy, se ha analizado que una de las principales causas del abstencionismo electoral, se debe a la falta de interés que la ciudadanía muestra por la política, y esto se debe a causa de la poca credibilidad que se tiene en las instituciones; por lo que se cree que estas, no han logrado garantizar completamente la voluntad de la ciudadanía, por lo que acudir a votar solo representa una pérdida de tiempo, pues al final del día el resultado será *“el que imponga el sistema”*. (Chaparro Medina, 2018)

El abstencionismo puede manifestarse de distintas maneras, si bien, esto se puede clasificar en la teoría, en la práctica es un tanto difícil conocer realmente cuales son las causas por las cuales se ejerce de una u otra forma (Chaparro Medina, 2018):

- a) *Abstencionismo activo: es aquel que representa el rechazo total a la política, bien sea al gobierno en turno, o a los partidos que buscan los adeptos ciudadanos, este tipo de abstención lleva consigo el desencanto con el propio sistema, por lo que el votar representa una adhesión a ese sistema.*
- b) *Abstencionismo pasivo: se ha dicho que esta modalidad representa todo lo contrario al activo, pues vendría siendo la versión positiva del abstencionismo, en donde el no acudir a las urnas representa una completa adhesión y conformidad al sistema, incluso a la administración en turno.*

Medina Chaparro (2018) refiere que *“existe una clasificación de la abstención denominada técnica o estructural que se puede originar en el día de la jornada electoral y se da por motivos ajenos al elector”*, entre este tipo de justificaciones encontramos:

- 1) *La abstención realizada como consecuencia de una enfermedad, por ausencia del elector en no encontrarse en el domicilio convencional, la ausencia en la lista nominal de electores, la pérdida de la credencial para votar, la realizada por cuestiones climatológicas, la lejanía de las casillas electorales, la inseguridad que representa el que los ciudadanos asistan a votar, entre otras.*

Es importante mencionar que el abstencionismo, si bien es una forma de no participar, también es una vía de inconformidad ciudadana y por ello, resulta sumamente importante revisar como se ha visto reflejado el citado abstencionismo en algunos procesos electorales en diversos países.

#### 4.1. Voto obligatorio

El voto ha sido reconocido como un derecho y como una obligación. Quienes defienden que el voto es un derecho y que no debe ser una obligación jurídica argumentan que los derechos no pueden ser retirados por los gobernantes o soberanos mientras que las obligaciones sí.

La votación obligatoria señalada por Álvaro Soto (2021), establece que es un mecanismo electoral que impone a los ciudadanos el deber legal de participar en las elecciones; asimismo, sostiene que este sistema tiene como objetivo promover una mayor participación en los comicios y garantizar que los resultados reflejen la voluntad de la mayoría de la población. Las personas que no votan sin una justificación válida pueden enfrentar sanciones como multas u otras penalizaciones administrativas.

Por otro lado, Lucas Sierra (2007) argumenta que reconocer al voto como una obligación aumenta el poder de los gobernantes o soberanos sobre los ciudadanos, de tal manera que quienes ostenten el poder pueden endurecer o relajar las sanciones para quienes no voten de acuerdo con su conveniencia.

Ahora bien, el voto obligatorio se fundamenta en que el acto de votar constituye la base de los sistemas democráticos: mediante el voto, los ciudadanos legitiman la existencia de gobiernos democráticos.

Al cumplir con el deber de votar se contribuye a formar la voluntad política de la sociedad (FERNÁNDEZ Y THOMPSON 2007). En las democracias latinoamericanas, el voto obligatorio se introdujo como una forma de garantizar la participación electoral con la intención de favorecer la representación de grupos y partidos políticos emergentes.

En el año 2019, en 26 países se contaba con voto obligatorio, aunque solamente trece aplicaban sanciones para quienes no participaran en las elecciones, además describe cómo funciona el voto obligatorio con sanciones en la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Uruguay tienen voto obligatorio y aplican algún tipo de sanción a quienes no asisten a las urnas. Por su parte, Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Honduras, México, Panamá y Paraguay establecen el voto como una obligación sin que se apliquen sanciones a quienes no votan. (RAMOS CHÁVEZ, 2020).

Asimismo, Ramos Chávez (2020), señala que en algunos países se debe justificar la inasistencia a votar o se debe pagar una multa, tal es el caso de Australia, Luxemburgo y Turquía. Y que, en países como Argentina, Bélgica y Perú, se contempla la sanción de no poder realizar trámites en organismos estatales para aquellos que tengan multas sin pagar por no haber votado.

## 5. INNOVACIÓN AL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Es preciso mencionar que tal y como lo refiere el jurista Gándara Carballido:

*“Desde la segunda mitad del siglo XX se ha fortalecido el consenso en torno a la particular importancia del reconocimiento de los derechos humanos. Su significación viene siendo expresada desde diversos ámbitos, tanto del activismo social y político como del mundo académico. Su formulación, reconocimiento y protección constituyen hoy en día un elemento fundamental de legitimación para los sistemas políticos democráticos, tanto en el ámbito interno de cada país, como ante la comunidad internacional” (GANDARA CARBALLIDO, 2014, p.76).*

Por lo que, en referencia al principio de progresividad en el contexto internacional de los derechos humanos, implica que el disfrute de los derechos siempre vaya mejorando de forma gradual ampliando su alcance en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad de acuerdo con las circunstancias reales y jurídicas; en consonancia con los derechos políticos electorales del ciudadano/a se han ido afianzando paulatinamente, implementando buenas prácticas para que el electorado pueda ejercer su derecho al sufragio de manera real, efectiva, participativa, activa, libre e incluyente.

Por lo anterior, dicho objetivo se puede lograr, a través de una diseño normativo e institucional que garantice el fortalecimiento de los sistemas electorales en países democráticos, con elecciones integrales que generen confianza para que la ciudadanía participe activa y proactivamente, no solamente en la jornada electoral, sino también en las actividades democráticas que organicen las instituciones electorales para el fortalecimiento de la cultura democrática.

En consecuencia, es importante destacar que con la implementación de la votación anticipada se pueden traer varias innovaciones al sistema democrático de un país. A continuación, se describen algunas de estas innovaciones:

1. Aumento de la participación electoral: La votación anticipada puede facilitar que más ciudadanos ejerzan su derecho al voto, especialmente aquellos que no pueden acudir el día de las elecciones debido a compromisos laborales, viajes u otras restricciones. Según estudios realizados en democracias avanzadas, esta medida ha incrementado la participación electoral, ya que reduce las barreras de tiempo y accesibilidad (AMORIM, 2020, p. 50).
2. Descongestión de los centros de votación: Al permitir que los ciudadanos voten antes de la jornada electoral, se disminuye la carga sobre los centros de votación el día de las elecciones. Esto no solo mejora la logística electoral, sino que también reduce el tiempo de espera y mejora la experiencia de los electores (SILVA, 2018, p. [sem número de página]).
3. Mayor inclusión y accesibilidad: La votación anticipada puede beneficiar a ciudadanos que normalmente tienen dificultades para votar, como personas con discapacidad, adultos mayores y quienes viven en zonas rurales. En diversos estudios, se ha demostrado que esta práctica promueve la inclusión y amplía el acceso a la participación política (SANTOS, 2019, p. 78).

4. Reducción de la presión en el día electoral: La posibilidad de votar antes del día oficial reduce la presión sobre los recursos electorales, lo que facilita un proceso más organizado y menos susceptible a errores o fraudes. Esto también permite un escrutinio más detallado y riguroso de los votos emitidos (GONÇALVES, 2021, p. 20).

5. Incremento en la confianza en el proceso electoral: Al ofrecer múltiples días para votar, los ciudadanos tienen más flexibilidad y, por lo tanto, pueden confiar más en que su voto será contado sin incidentes. Esto puede aumentar la legitimidad del proceso electoral, ya que se reduce la sensación de urgencia que a veces puede generar errores o desconfianza en el sistema (AMORIM, 2020, p. 55).

Al aumentar la participación electoral, descongestionar los centros de votación, promover la inclusión y accesibilidad, reducir la presión en el día electoral y elevar la confianza en el proceso, esta medida no solo mejora la eficiencia y equidad del proceso electoral, sino que también fortalece la legitimidad del sistema democrático como un todo.

## **6. PAÍSES QUE RECONOCEN CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE LA VOTACIÓN ANTICIPADA**

Actualmente, los países que se han abocado a modernizar sus sistemas electorales han buscado otras alternativas para emitir el sufragio. Es el caso, por ejemplo, del voto anticipado, que implica ofrecerles facilidades y flexibilidad a los electores que, por distintas razones, no pueden presentarse en una mesa de votación el día de la jornada electoral, permitiéndoles emitir su voto con uno o más días de anticipación.

Sin duda alguna, actualmente la votación anticipada ocupa un lugar de estudio trascendental para los actuales retos democráticos en el mundo, tal es el caso de: Islandia, Noruega, Suecia, Finlandia, Estonia, Letonia, Lituania, Bielorrusia, Portugal, Suiza, Austria, Eslovenia, Irlanda, Reino Unido, España, Alemania, Polonia, Francia, Bélgica, Países Bajos, Australia, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Ecuador, Nueva Zelanda y Corea del Sur; estados que han implementado constitucional, legal e institucionalmente la votación anticipada, con la finalidad de fortalecer su sistema democrático.

En consideración a lo anterior, se mostrarán algunos tipos y modalidades de la votación anticipada, en diversos países: (Chile, 2021)

a) Local de votación: Las autoridades electorales, proporcionaran al electorado espacios físicos, donde se encontrarán instaladas mesas directivas de casilla, para que las/os ciudadanos, puedan ejercer el sufragio, días o semanas previas, a la

jornada electoral; dicha votación obtenida se contabilizará el día de la elección, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

<b>País</b>	<b>Plazo votación anticipada</b>	<b>Lugar de votación</b>
Australia	2 semanas previas al día de las elecciones y cierran 1 día antes de la elección.	Centro de votación temprana o en cualquier oficina de la Comisión Electoral
EEUU	Varía según el estado. Comienza entre 45 días antes de las elecciones, o tan tarde como el viernes anterior a las elecciones. En promedio son 22 días para la votación anticipada.	Los lugares de votación varían según el estado, y pueden incluir otras oficinas estatales y del condado (además de la oficina electoral), tiendas de abarrotes, centros comerciales, escuelas, bibliotecas y otros lugares.
Canadá	Desde que se convoca a la elección (mínimo 36 días antes de la elección-la ley no establece un máximo-)	Oficinas electorales
Finlandia	11 días antes de la fecha de las elecciones y termina 5 días antes de la realización de los comicios.	Se realiza en oficinas municipales y de correo.
Portugal	Varía según elección entre 7 y 9 días antes.	Mesa de votación anticipada en cada sede distrital y en cada una de las islas de las Comunidades Autónomas.
Corea del Sur	5 días antes de la elección	En las 3500 casillas electorales establecidas en todo el país.

Fuente: (Chile, 2021)

Es importante mencionar que actualmente este tipo de votación lo podemos encontrar en 74 países del mundo.

b) Vía postal: Consiste en que el elector debe solicitar a una entidad oficial, encargada del proceso electoral, la posibilidad de participar a través de este medio. Dicha entidad evalúa si se cumple con los requisitos, enviando en los casos en que así sea las papeletas respectivas para que el elector las reenvíe de acuerdo a los plazos que cada ordenamiento establece, en esta categoría se encuentran a 59 países, por mencionar a: Canadá, Australia, Estados Unidos, España y Alemania, el voto por correspondencia

puede ser utilizado si el elector se encuentra dentro del territorio nacional o en el extranjero.

c) Centros móviles: Consiste en el traslado de equipos móviles para que visiten a los electores en sus casas u hospitales para poder votar, o asistan a lugares en los que por sus características potenciales los electores no se pueden desplazar, los países que actualmente 64 países cuentan con esta modalidad donde destacan: Australia, Canadá, Finlandia, Portugal, Ecuador y México.

d) Voto por poder: En este mecanismo de votación una electora o elector, al estar imposibilitado para emitir su voto, solicita a un tercero que lo emita en su nombre. Normalmente esta modalidad de votación es permitida para: personas que, por obligaciones profesionales, de formación, por residir en un municipio distinto de aquel en el que están inscritos, por discapacidad, motivos de salud o por la asistencia prestada a una persona enferma, les es imposible acudir el día de la votación, así como para personas que se encuentren detenidos de manera preventiva y detenidos cumpliendo condena que no implique incapacidad electoral. Al día de hoy son 37 países que han implementado esta modalidad, incluyendo a Francia, Antigua y Barbuda, Argelia, Bélgica, Belice, etc. (INE, 2022)

## 7. CONCLUSIONES

Con el fin de fortalecer la democracia, es necesario el reconocimiento constitucional y legal de la votación anticipada en los países democráticos, lo que permitirá realizar ajustes normativos constitucionales, legales e institucionales que establezcan las condiciones de modo, tiempo y lugar.

Con el reconocimiento constitucional y legal de la votación anticipada en diversos países, se contribuirá, al fortalecimiento de la democracia; por lo que se tendrán que realizar reformas constitucionales, legales, reglamentarias e institucionales que establezcan circunstancias de modo, tiempo y lugar, para ampliar las posibilidades de ejercer el sufragio activo a las personas que se encuentren trabajando en día de la jornada electoral y adultas mayores; personas que se encuentren en cuarentena por motivos de salud o que estén en grupo de riesgo; aquellas que se encuentren en prisión preventiva oficiosa; el personal adscrito a las fuerzas armadas, guardia nacional, policías estatales y municipales, etc.; así como los individuos que se encuentren laborando el día de la jornada electoral y que por su actividad no puedan sufragar (trabajadores de plataformas, investigadores de campo, buques marítimos comerciales, etc.).

Estas modificaciones ampliarán las posibilidades de ejercer el voto a diversos grupos de la población, como las personas adultas mayores, aquellas con diversidad funcional, personas en cuarentena por motivos de salud o que pertenezcan a grupos de riesgo, individuos en prisión preventiva oficiosa, personal de las fuerzas armadas, la guardia nacional, policías estatales y municipales, entre otros, además de quienes, por motivos laborales, no puedan votar el día de la jornada electoral.

Para alcanzar este objetivo, será fundamental fortalecer la independencia y autonomía de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral. La tarea de estas instituciones no se limita únicamente a la organización de los comicios, sino también a fomentar y difundir la cultura democrática. En este sentido, garantizar la participación política a través de organismos electorales íntegros, que generen confianza en la sociedad, es clave para construir una ciudadanía democrática e inclusiva.

## REFERENCIAS

ALCUBILLA, E. Abstencionismo electoral. San José, Costa Rica: Diccionario electoral, volumen I, 2017.

ALCUBILLA, E. Diccionario Electoral. 2. ed. San José Costa Rica: IIDH, 2000.

AMORIM, Mário Sergio. Inovações democráticas e o impacto da votação antecipada no Brasil. São Paulo: Editora Democracia, 2020.

BRASIL. Lei N° 9.504/1997. Dispõe sobre as eleições. Brasília: Diário Oficial da União, 1997.

Central Electoral INE. Declara INE validez y definitividad del padrón electoral y la lista nominal de electores para el proceso de revocación de mandato. Disponible en: <https://centralelectoral.ine.mx/2022/03/23/declara-ine-validez-y-definitividad-del-padrón-electoral-y-la-lista-nominal-de-electores-para-el-proceso-de-revocacion-de-mandato/>. Acceso em: 23 marzo 2022.

CHAPARRO MEDINA, I. Abstencionismo electoral y voto nulo. CEDIP, 2018.  
Chile. Honorable Cámara. INFORME DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO INTERIOR, NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y REGIONALIZACIÓN, RECAÍDO EN LOS SIGUIENTES PROYECTOS DE LEY: 1) MODIFICA LA LEY N°18.700, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE VOTACIONES POPULARES Y ESCRUTINIOS, PARA HABILITAR EL VOTO MEDI. Chile, 2021.

Electoral, I. N. Estudio muestral sobre la participación ciudadana en las elecciones federales de 2018. Ciudad de México: Instituto Nacional Electoral, 19 julio 2019.

Fix-Fierro, H. Los derechos políticos de los mexicanos. México: UNAM, 2006.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel Eugenio. Repensando los derechos humanos desde las luchas. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 1, n. 2, 2014, p. 75-105. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45339>. Acesso em: 13 septiembre 2024.

GONÇALVÉS, Ana Paula. *Tecnologias eleitorais e o futuro da democracia*. Brasília: Instituto Eleitoral, 2021.

GUTIÉRREZ ESPÍNDOLA, J. L. *El voto: herramienta de la vida democrática*. México: INE, 2016.

INE. *Análisis sobre las formas de votación anticipada*. México: Instituto Nacional Electoral, 2022.

ISAÍAS, D. I. La Silla Rota. Disponível em: <https://www.te.gob.mx/blog/delamata/front/articles/article/225>. Acesso em: 25 marzo 2021.

ONU. *La democracia, el derecho a participar y el proceso electoral*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/topic/democracy-right-participate-and-electoral-process>. Acesso em: 13 septiembre 2024.

PERU. Congreso de la República. Ley n° 31814, de 12 de julio de 2023. *Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en el proceso de transformación digital nacional*. Lima, 2023.

PRESNO LINERA, M. El derecho del voto como derecho. *Revista Mexicana de Derecho Electoral* 2 (julio-diciembre).

RAMOS CHÁVEZ, C. E. (2020). Voto obligatorio con sanción: una propuesta para México. En U. Carlos, *Elecciones, justicia y democracia en México. Fortalezas y debilidades del sistema electoral, 1990-2020*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

SÁNCHEZ, Javier. Permisos para votar: derechos y obligaciones. *Derecho Laboral y Social*, v. 27, n. 3, p. 112-118, 2021.

SANTOS, María Clara. Acessibilidade e inclusão nas eleições: o papel da votação antecipada. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 35, n. 101, p. 45-60, 2019.

SILVA, João Carlos. *Participação eleitoral e novas práticas democráticas*. Rio de Janeiro: Editora Cidadania, 2018.

SOTO, Álvaro. La obligación de votar: Una revisión del concepto y sus implicaciones democráticas. *Revista de Ciencias Políticas*, vol. 45, n.º 2, 2021, p. 123-145.

Unión, Cámara de. Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Distrito Federal, México: Diario Oficial de la Federação, 22 agosto 1996.

Unión, Cámara de. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Distrito Federal, México: Diario Oficial de la Federação, 30 junio 2005.

Unión, Cámara de. Decreto que reforma los artículos 34 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Distrito Federal, México: Diario Oficial de la Federação, 17 octubre 1953.

WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedad Civil, Democracia y Procesos Participativos en la Constitución de los Derechos Humanos. In: BELLOSO MARTIN, Nuria; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. (coords.). El retorno a la sociedad civil. Democracia, Ciudadanía y Pluralismo en el Siglo XXI. Oñati: Dykinson, 2011, p. 191-204. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1tzVmgQdc1hcfWdBWvq8tOALUXVvnZruQ/view>. Acceso en: 13 septiembre 2024.

## **TRABAJADORES GOLONDRINAS: UNA PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SOCIAL DE LA MANO DE OBRA MIGRANTE EN ARGENTINA**

### ***MIGRANT SEASONAL WORKERS: A LEGAL AND SOCIAL PROBLEM OF MIGRANT LABOR IN ARGENTINA***

Recibido em: 03/12/2024

Aprovado em: 15/12/2024

Gustavo Daniel Lobo\*

**RESUMEN:** Los trabajadores golondrinas, especialmente los trabajadores migrantes rurales pertenecen a un grupo vulnerable, reconocido por ONU como tal. Sin embargo, la explotación laboral, la trata de persona y la violación de sus Derechos Humanos y fundamentales es una problemática de vieja data. Esta situación, es transversal a las disciplinas jurídicas, sociales y políticas, lo cual implica proceder desde una interdisciplinariedad para su análisis. Además, la situación de pandemia generada por el Covid-19 puso en evidencia la ausencia de políticas estatales efectivas para proteger estas comunidades vulnerables, donde las medidas restrictivas tomadas por el ejecutivo nacional perjudicaron a los trabajadores agrícolas migrantes, en muchos casos dañando su derecho a la libertad, a la no explotación laboral, a la privacidad de los datos personales, a la salud, y sobre todo a dignidad; pues, aun que el Estado se encuentre facultado y respaldado por pactos internacionales para restringir derechos en casos de excepcionalidad, este poder no ilimitado.

**PALABRAS CLAVE:** Trabajadores golondrinas. Derechos Humanos. Trabajadores migrantes. Grupos vulnerables. Estado de excepción.

**ABSTRACT:** Swallow workers, especially rural migrant workers, belong to a vulnerable group, recognized by the UN as such. However, labor exploitation, human trafficking and the violation of human and fundamental rights is a long-standing problem. This situation is transversal to the legal, social and political disciplines, which implies proceeding from an interdisciplinary approach for its analysis. Furthermore, the pandemic situation generated by Covid-19 highlighted the absence of effective state policies to protect these vulnerable communities, where the restrictive measures taken by the national executive harmed migrant agricultural workers, in many cases damaging their right to freedom, non-exploitation of labor, privacy of personal data, health, and above all, dignity; Therefore, even though the State is empowered and supported by international agreements to restrict rights in exceptional cases, this power is not unlimited.

**KEYWORDS:** Swallow workers. Human Rights. Migrant workers. Vulnerable groups. Emergency.

## **1. PLANTEO DEL PROBLEMA Y CONCEPTOS A TENER EN CUENTA**

---

\*Abogado, Escribano, Procurador, Docente, conferencista, Relator de Sala Penal-Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero – Argentina, Director del Instituto de Investigación y Difusión del Derecho Animal perteneciente a La Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de Derechos Humanos y Humanitarios, Doctor en Ciencias Sociales y Políticas, Maestro em Ciencias Sociales

Los trabajadores que migran de su lugar de origen a otro para realizar labores rurales son comúnmente denominados trabajadores golondrinas, se hace referencia así, a quienes a quienes cumplen una estadía dura una determinada temporada del año para realizar tareas. Dentro del término trabajadores golondrinas, se enmarcan todos aquellos que grupos y colectivos humanos que migran en busca de trabajo (albañilería, siembra, temporada turística, entre otras), sin embargo, esta investigación se centrará únicamente en los trabajadores migrantes rurales que se trasladan de una provincia/región a otra (particularmente de Argentina), para realizar tareas en el campo, muchas de ellas destinada a la siembra/cosecha.

Durante la pandemia ocasionada por el Covid-19, el gobierno nacional tomó decisiones para evitar la propagación del virus, una de ella fue el ASPO (aislamiento, social, preventivo y obligatorio). Este período se vio marcado por medidas restrictivas que poco a poco se fueron levantando y flexibilizando, sin embargo, los trabajadores rurales debieron afrontar una cruda realidad, limitados en sus derechos esenciales como ser el derecho al trabajo digno (no explotación y reducción a estado de servidumbre o esclavitud), libertad (circulación, traslado) y el derecho a la salud.

Como lo expresa Tasso y Zurita (2013), estos grupos por lo general conforman una comunidad caracterizada por la vulnerabilidad, precisamente esa situación de desamparo es la que hace emigrar a otras regiones en búsqueda de mejores oportunidades laborales, cabe mencionar que durante la pandemia su situación se agravó, ya que por decreto presidencial se dispuso restricciones de tránsito. Mediante A.S.P.O. se solicitó a los ciudadanos, bajo pena de incurrir en figuras de tipo penal, a permanecer en sus hogares bajo el eslogan quedate en casa; no obstante, los trabajadores migrantes fueron no estaban en sus casas, no se les permitió volver a ellas, no pudieron afrontar esta situación excepcional y sanitaria con las medidas correspondientes, en muchos casos obligados a continuar en sus lugares de trabajo y prestar servicio para afrontar sus gastos, y los más decididos se aventuraron a regresar a sus hogares por sus propios medios, lo que les valió de detención, imputación, y en algunas situaciones la publicación en los medios de prensa de la fotografía de sus rostros con sus nombres, provocando en un reproche social que va más allá de los límites que la ley sanciona y castiga, poniendo en crisis la dignidad de la persona y la violación a la privacidad de sus datos.

Compréndase que la situación excepcional de pandemia ameritaba la toma de decisiones por el bien común, que en muchos de los casos puede derivar en restricciones de derechos, empero esta facultad restrictiva del Estado no es ilimitada, como lo señala

Llugdar (2024) en su ecuación de la teoría de los límites de los límites, donde los principios de proporcionalidad y razonabilidad deben sustentar las decisiones tomadas.

El llamado estado de excepción, si bien trata de un concepto con alcance y sentido que dependerá del territorio donde se lo utilice, tendrá características comunes, tratándose de un período de crisis, de emergencia, donde el Estado dispondrá de medidas excepcionales tendientes a la protección del bien común por amenaza interna o externa, la procuración de la continuidad de los servicios públicos; por esto Llugdar (2024) expresa: Así vemos mencionarse términos como «estado de alarma»; «estado de emergencia»; «estado de conmoción» y/o «estado de sitio», donde el denominador es su termino de aplicación temporario (p. 264). Ante dicho panorama, las normas jurídicas internacionales habilitan a los Estados a limitar o restringir determinados derechos y libertades, cuando de ello dependa el bien general, pero a su vez ese poder no es ilimitado, debiendo cumplirse requisitos para su viabilidad.

Ahora bien, el Estado argentino realizó una lista de trabajadores esenciales, estos estaban exceptuados de cumplir las medidas restrictivas, pero en dicha lista no encontramos a los trabajadores migrantes rurales, colectivo humano vulnerable por diversas condiciones (económica, educación, marginalidad), quienes sorprendidos en sus tareas temporarias debieron quedarse varados sin poder emprender el retorno a casa, y tomar las medidas sanitarias necesarias para salvaguardar su salud. En la página oficial de United Nations Human Rights, el relator especial sobre el derecho a la salud, en referencia a los grupos en situación de vulnerabilidad, agrupa en ellos a los niños y adolescentes, mujeres y niñas, personas con discapacidad, personas LGBTI, personas mayores y los grupos migrantes, que respecto a estos últimos remarca:

El derecho a la salud de los trabajadores migrantes, incluidos los trabajadores migrantes poco calificados, así como los migrantes irregulares, los refugiados y los solicitantes de asilo, describe la responsabilidad de los Estados y de los actores no estatales de respetar, proteger y cumplir su derecho a la salud. (ONU)

Entonces, las medidas restrictivas estatales vulneraron derechos, entre ellos DDHH y fundamentales de los trabajadores migrantes rurales, pues ni la facultad del Estado para restringir es ilimitada, ni tampoco lo son los Derechos Humanos, ya que un derecho termina donde empieza otro, es decir, no se puede extender y sobre poner un derecho por encima del de un tercero.

Conforme a ut supra mencionado, encontramos a un grupo humano, un colectivo vulnerable, conformado por trabajadores rurales migrantes, que quedaron varados, en

situación de abandono y hacinamiento en la época de pandemia, específicamente en el año 2020 cuando el Estado argentino tomó medidas restrictivas para evitar la propagación del Covid-19, vale preguntarse si según la teoría de “los límites de los límites”, la potestad del Estado para restringir derechos en estados de excepción, en particular cuando afecta DDHH y fundamentales como ser el derecho a la libertad y la salud ¿conforma una vulneración a la dignidad humana? ¿la causa de excepcionalidad por pandemia es justificación suficiente para ejercer la facultad para limitar de derechos humanos y fundamentales de grupos vulnerables?

## **2. BREVE RECORRIDO HISTORICO-JURIDICO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES**

La revolución francesa y la revolución industrial marcaron el comienzo de una nueva era en la historia de la humanidad, la primera consagrando principios de libertad, igualdad y fraternidad, mientras la segunda trajo importantes cambios en la economía y la sociedad.

En la historia Nacional, La Asamblea del año XIII de las Provincias Unidas de la Plata dictaminó la libertad de vientres en el año 1813, más adelante, en 1853 la Constitución de la Nación Argentina dio por abolida la esclavitud<sup>1</sup>, a su vez, el art. 14 y el 14 bis de la CN consagran el derecho a trabajar, otorgando a los trabajadores todo el respaldo legal para asegurarles a ellos las condiciones dignas y equitativas en relación a su labor.

Durante los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 la Constitución Argentina introdujo reformas, para finalmente otorgar jerarquía constitucional a los pactos internacionales contenidos en el art. 75 inc. 22, proclamando la defensa de toda persona en estado de vulnerabilidad e indefensión, eliminando cualquier trato denigrante en defensa de la dignidad y todo derecho intrínseco al hombre.

Para el año 1919 se funda la OIT (Organización Internacional del Trabajo) quien tiene como objetivo promover los derechos del trabajador y fomentar su protección social.

---

<sup>1</sup> Constitución Nacional (CN). Artículo 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

Argentina dio un gran avance al publicar en 1974 la Ley de Contrato de Trabajo<sup>2</sup>, si bien hasta la actualidad sufrió modificaciones, lo cierto es que consagró los derechos y obligaciones correspondiente a los trabajadores y empleadores. Para el año 2011 se sanciona la Ley 26.727 del Trabajo Agrario, esta norma comprende a todos los trabajadores temporarios que desarrollan dicha tarea en carácter estacional. Argentina, al ser un país primordialmente agroganadero se caracteriza por emplear mano obra local en las épocas de cosecha y/o cultivo, razón por la cual posee una norma específica.

Sin embargo, a pesar de la normativa destinada al trabajo agrario, muchos empleadores captan y explotan laboralmente a los migrantes mediante trabajos forzosos, incluso sometiéndolos a estados de servidumbre y esclavitud, configurando una violación a sus derechos fundamentales y su dignidad como seres humanos. Ante esta situación, el código penal castiga la esclavitud en su artículo 140, quien además se ve complementado en al año 2012 por Ley 26.842 que contiene la Prevención Y Sanción De La Trata De Personas Y Asistencia A Sus Víctimas, tratándose entonces de un flagelo laboral, penal y social.

### **3. TRABAJADORES GOLONDRINAS: ENTRE LA EXPLOTACIÓN LABORAL Y LA TRATA DE PERSONAS**

Aquellos países caracterizados por la explotación agroindustrial, dependen no solo del uso grandes maquinarias, sino también de mano de obra destinada a la cosecha, circunstancia que pone en protagonismo a los trabajadores temporarios o estacionales que acuden al llamado laboral de la agricultura, denominados comúnmente trabajadores golondrinas.

Es menester destacar, que para la ley Argentina el término agrario o actividad agraria no se reduce solo a la cosecha, sino que involucra tareas forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes.

A menudo los trabajadores migrantes se desplazan de una provincia (región, país) a otra en busca de trabajo estacional , enfrentando en la mayoría de los casos dificultades para acceder a sus derechos laborales y sociales básicos contemplados en los pactos internacionales de DDHH, la Constitución Nacional y Ley de Contrato de Trabajo.

Debido a la situación de vulnerabilidad, muchos de los migrantes son explotados laboralmente, pero esta explotación es el resultado de procesos previos que pueden llegar

---

<sup>2</sup> Ley N° 20.744

a involucrar la trata de personas, es decir la captación de sujetos con el fin de realizar trabajos forzosos.

La región noroeste de Argentina, integrada por las provincias de Tucumán, Salta, Santiago del Estero, Jujuy, Catamarca y La Rioja, suele ser la más afectada por este flagelo socio-político, donde muchos trabajadores migrantes son sometidos a la trata de personas, término que al escucharlo, frecuentemente se asocia con la explotación sexual, por ello vale aclarar que su finalidad varía, englobando la explotación laboral, venta de órganos e incluso matrimonio forzados, sin poder el Estado, en muchos casos, ejercer eficazmente su poder de policía, preventivo y coercitivo en favor del cuidado y protección de estos ciudadanos.

La trata de personas involucra el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, por su lado la finalidad (en relación a la temática laboral) se configura cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, obligándose a realizar trabajos o servicios forzosos, aquí es donde se perfecciona el delito: trata de persona para someter a esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, no obstante a la tipificación penal la víctima puede exigir los derechos violentados en el marco de la ley del trabajo y del derecho civil, es decir, se trata de una problemática compleja, involucrando cuestiones laborales, civiles y penales, observables desde un lente socio-jurídico.

#### **4. GOLONDRINAS ENCERRADAS: TRABAJADORES MIGRANTES, GRUPOS VULNERABLES Y DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO DE PANDEMIA**

La promesa de un salario seguro y de una oportunidad de trabajo hace migrar a comprovincianos a otras regiones, fenómeno social que tiene origen interdisciplinar con los niveles de analfabetismo, la escases de oportunidades laborales, los problemas económicos, la ausencia de una férrea educación orientada a la capacitación, pues como dice Paulo Freire (2012) “no existirían oprimidos si no existiera una relación de violencia que los conforme como violentados, en una situación objetiva de opresión”.(p.51).

Los trabajadores migrantes, en su gran mayoría, sufren atentados en su calidad de agentes vulnerables, lejos de la mirada protectora y vigilante del Estado, pues no solo se necesita de la existencia de leyes, principio y normas coercibles que establezcan los derechos de los trabajadores, sino que es necesario la ejecución de los mismos por parte del Estado en prevención de potenciales desventajas que puedan llegar a sufrir los grupos

vulnerables de trabajadores migrantes, es así como Cazenave-Levín (2021) en referencia a Smith exponen que: “La economía política tiene la misión de guiar a los gobernantes y legisladores en la consecución de un sistema de jurisprudencia que resguarde a la sociedad de los posibles males que podían devenir del desarrollo capitalista” (p. 58).

Jurídicamente Argentina cuenta con leyes que protegen el trabajo en general, la trata de persona con fines de explotación laboral y los Derechos Humanos, sin embargo, los índices de trabajadores explotados no bajan, como tampoco aparenta ser una actividad pronta a desaparecer.

El período de pandemia no hizo más que agudizar las condiciones de precarización de los jornaleros migrantes, puesto que las políticas estatales nacionales mostraron que no pudieron garantizar la salud, bienestar y dignidad de los trabajadores hacinados en provincias lejanas a la de origen, puesto que el Estado argentino tiene la obligación de proteger los derechos de todos los trabajadores.

En Argentina la defensa de los derechos de los trabajadores y los Derechos Humanos se encuentran consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, donde el art. 14 y el 14 bis de la CN proclaman el derecho a trabajar, otorgando a los trabajadores todo el respaldo legal para asegurarles a ellos las condiciones dignas y equitativas en el ejercicio de sus labores, pues todos los hombres poseen derechos naturales que le son inherentes por su propia naturaleza humana (Bidart Campos, 2006).

Desde hace tiempo, la labor rural viene siendo amenazada por los grandes cambios del mercado moderno-capitalista, llevando en muchos casos a que los jornaleros campiranos emigraran a otras provincias, poniendo a disposición su fuerza de trabajo con la esperanza de recibir a cambio ella un salario que les permita adquirir bienes, servicios y hacer frente a las necesidades propias y de su familia.

Los trabajadores rurales que migran a otras regiones para la época de la cosecha, ponen a merced de los dueños de las tierras su fuerza de trabajo. A pesar de que en la mayoría de los casos se ofrecen voluntariamente, en la mayoría de los casos son sometidos a circunstancias de hacinamiento, en condiciones deplorables para la salud, obligados a realizar trabajos forzosos, impidiéndosele irse antes de terminar la temporada, reteniéndoles la documentación, marginándolos de todo contacto exterior, constituyéndose figuras antijurídicas desde los lentes del Derecho de Trabajo, del Derecho Penal y los Derechos Humanos.

Durante la pandemia ocasionada por el Covid-19, el gobierno nacional tomó decisiones para evitar la propagación del virus, una de ellas fue el ASPO (aislamiento,

social, preventivo y obligatorio). Este período se vio marcado por medidas restrictivas que poco a poco fueron levantando, sin embargo, los trabajadores rurales debieron afrontar una cruda realidad, limitados en sus derechos esenciales: el derecho a la libertad y el derecho a la salud.

Como lo expresa Tasso y Zurita (2013) “Los trabajadores estacionales de Santiago del Estero provienen de comunidades rurales en situación de alta vulnerabilidad” (p. 6), precisamente esa situación de desamparo es la que hace emigrar a otras regiones en búsqueda de mejores oportunidades laborales, cabe mencionar que durante la pandemia su situación se agravó, ya que por decreto presidencial se dispuso restricciones de tránsito. Mediante A.S.P.O. se solicitó a los ciudadanos, bajo pena de incurrir en figuras de tipo penal, a permanecer en sus hogares bajo el eslogan *quedate en casa*; sin embargo, los trabajadores migrantes fueron sorprendidos alejados de su provincia y de su familia sin poder retomar el viaje de regreso.

Compréndase que la situación excepcional de pandemia ameritaba la toma de resoluciones por el bien común, empero esta facultad restrictiva del Estado no es ilimitada, como lo señala Llugdar (2024) en su ecuación de la teoría de los límites de los límites:

“... se permite que dichos Estados puedan restringir o limitar derechos en pos de la consecución de sus fines legítimos; pero, dicha potestad, facultad o actividad no es limitada y está sujeta a ciertas reglas formales y de fondo que están sustentadas en el principio de proporcionalidad y razonabilidad”. (Llugdar, 2024, pág. 33).

Antes de continuar, cabe aclarar que no se encuentra en discusión el riesgo de contagio de la sociedad en general a causa del Covid-19, lo que se analiza es como aquellas medidas restrictivas perjudicar gravemente el colectivo vulnerable de los trabajadores golondrinas, pudiendo el Estado haberlos incorporado dentro del llamado *trabajadores esenciales*, caracterizados por quedar exentos de las restricciones sanitarias y legales, pues lo único que buscaban estos trabajadores golondrinas era su regreso a casa.

Estos trabajadores migrantes son identificados como víctimas de un proceso productivo motivado en la desigualdad y la opresión, atentando primariamente el Derecho del Trabajo, pues en su mayoría se tratan de trabajadores explotados laboralmente, obligados a realizar trabajos forzosos, sin estar correctamente registrados, recibiendo una paga inferior a la pretendida o a la establecida por los convenios colectivos de trabajo. Ahora bien, la situación de pandemia, las medidas Estatales como las decisiones de los empleadores atentaron directamente contra derechos esenciales e inherentes a todo ser

humano, como ser el Derecho a la Dignidad, el Derecho a la Libertad y el Derecho a la Salud.

Las constantes situaciones de hacinamientos atentan directamente en la dignidad de los trabajadores, quienes tienen derecho a ser respetados y valorados como sujetos individuales y como sujetos sociales por el solo hecho de ser persona. La dignidad, expresa Waldron (2009) “la dignidad es usada para indicar el rango más alto, jurídico, político y social...” (pág. 233).  
 "En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad" (Kant, 2007)

Por otro lado, los trabajadores quedaron varados en un territorio ajeno, sin posibilidad de disponer libremente de la circulación, pues todo hombre tiene el derecho a moverse libremente, esta libertad debe ser interpretada como una conquista y no como una donación, así afirma Freire (2012) “Nadie tiene libertad para ser libre, sino que al no ser libre lucha por conseguir su libertad” (p. 41).

Es menester destacar que también se vio avasallado el derecho a la salud, pues todo Estado tiene el deber y la obligación de brindar a sus ciudadanos un bienestar físico y mental, establecido en el art. 25 parr. 1° de la Declaración Universal de los Derechos humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”, de ahí la importancia de la salud individual, familiar y social. Durante la situación de pandemia los trabajadores estacionales no tenían la posibilidad de acceder a los elementos básicos de prevención e higiene (**barbijos, alcohol, jabón, sanitizante**).

## 5. CONCLUSIONES

La situación de los trabajadores golondrinas rurales siempre fue una situación de constante atención, a pesar que en el año 2011 se sancionó la ley de trabajo agrario<sup>3</sup>, pero lo más crítico los llevan aquellos trabajadores no registrados.

Los datos que a continuación presentamos pertenecen a un informe realizado por el Departamento de Estudios Estadísticos de la Gerencia Técnica de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (2020), que registró aproximadamente 9.624.102 trabajadores cubiertos por el sistema de riesgos del trabajo, de los cuales 455.927 son migrantes internacionales; es decir, 4.7 % de la población cubierta. También es preciso mencionar que la composición por sexo en este índice no varía demasiado, ya que 45 % corresponde a las mujeres y 55 %, a los varones. Sin embargo, como hemos señalado, estos son datos

---

<sup>3</sup> Ley 26.727

que involucran a los/as trabajadores/as registrados/as. Una realidad muy distinta es la que atraviesan aquellos/as no registrados/as, de quienes no se conocen datos estadísticos acerca de su informalidad como trabajadores del sector agrícola. (Pizarro, 2001, pág. 77)

Gracias al acceso a internet, y a la eliminación en cierta manera al monopolio de la información, la virtualidad ayuda a conocer la realidad desde sus más diversos ángulos. Actualmente se puede ingresar y encontrar material periodístico de la situación en pandemia de ellos trabajadores golondrinas rurales, de sus pesares, de sus derechos vulnerados. Además, que muchos defensores de los DDHH, ONG, y particulares realizaron trabajos de investigación como también estadísticos, y en otros casos dar cuenta de la palabra en primera persona de los protagonistas: los trabajadores migrantes

Varios titulares periodísticos expresan: *Violaron la cuarentena con trabajadores golondrinas a bordo. En total se detuvieron tres combis. Iban 20 personas a la zona de chacras*<sup>4</sup> (incluida fotografía); *A un mes de la cuarentena, y todavía hay trabajadores golondrinas varados en Mendoza*<sup>5</sup> (incluidos menores de edad); *Alerta en Mendoza ante la falta de trabajadores golondrinas*<sup>6</sup> (empresarios agrícolas expresaban la preocupación ante la falta de trabajadores migrantes rurales y pedían al Estado que les permitan trasladarse, la preocupación no era la situación laboral inhumana, ni sus derechos, la preocupación era la cosecha y las pérdidas económicas).

Entonces, la facultad de restringir derechos por parte del Estado se encuentra respaldada por convenios internacionales de jerarquía constitucional, como ser el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ONU), sobre las situaciones excepcionales; también la Convención Americana sobre DDHH (Pacto San José de Costa Rica) Artículo 29 y 30 (siempre que se respete la Ley, interés general, y propósito de creación de la medida), sin embargo, estas medidas generales pierden su razonabilidad cuando transgreden y dañan derechos humanos y fundamentales como la libertad, la salud, la explotación laboral y sobre todo la dignidad, comprendase que los DDHH son una herramienta, un medio en consecuencia para hacer valer la dignidad, la dignidad humana es el fin, los DDHH el medio para llegar a ella.

Sumado a lo anterior, el Estado debió prever que las medidas generales afectarían a ciertos sectores de la comunidad. La propia ONU considera personas en

---

<sup>4</sup> NoticiasNet. 21/05/2020

<sup>5</sup> AnRed. 22/04/2020

<sup>6</sup> Diario uno 22/09/2020

situación de vulnerabilidad a los niños y adolescentes, mujeres y niñas, personas con discapacidad, personas LGBTI, personas mayores y los grupos migrantes.

Se trata de más de más de 700 mil niños y niñas en todo el país. Una población invisibilizada en general y que en tiempos de pandemia quedó por fuera del radar de las políticas públicas y las noticias. Por eso, mamás y papás de chicos con autismo piden poder salir a la calle, tomando todos los recaudos que la situación sanitaria amerita. (Caram, 2020)

Evidentemente las medidas restrictivas no solo pusieron en crisis la dignidad de las personas, sino que los grupos vulnerables se vieron doblemente afectados por su condición propia. En el caso de personas con discapacidad, niños con autismo, el Estado flexibilizó las medidas, pero a pedido de los interesados, no por iniciativa propia del Ejecutivo, sin embargo, quien permanecieron olvidados una vez más fueron los trabajadores golondrinas rurales.

Recuérdese, que como ciudadanos, y como operadores jurídicos (como es el caso particular de este autor), no podemos permanecer indiferentes ante estas situaciones, las personas en situación de vulnerabilidad, los invisibilizados, aquellos que alzan su voz y no son escuchados, por quienes siguen confiando en la democracia y la protección del Estado y aún tienen esperanza en la solidaridad humana, por todos ellos, debemos hacer honor a la verdad, procurar que la justicia del hombre, inevitablemente imperfecta por ser una creación humana, siendo el ser humano imperfecto por naturaleza, estamos obligados a trabajar por el bienestar del presente y el de las generaciones venideras, donde respetar la Ley es importante, pero aún más importante es el derecho y la dignidad.

## REFERENCIAS

ANRed (2020). A un mes de cuarentena, todavía hay trabajadores golondrina varados en Mendoza. Recuperado de <https://www.anred.org/2020/04/22/a-un-mes-de-cuarentena-todavia-hay-trabajadores-golondrina-varados-en-mendoza/>

BIDART CAMPOS, German (1998). Manual de la Constitución Reformada. T° I, Ed Ediar. Buenos Aires. Marx, K. (2010). Manuscritos económicos-filosóficos de 1984. Buenos Aires: Colihue Clasica.

CARAM, Sofia (2020). *Cuarentena: piden flexibilizar las condiciones para niños con autismo*. Página 12. <https://www.pagina12.com.ar/256603-cuarentena-piden-flexibilizar-las-condiciones-para-nines-con>

CAZENAVE, Ariadna; LEVIN, Pablo Enrique (2021). Adam Smith: el capitalismo y su frustrado proyecto de civilización. Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Centro de Estudios en Economía y Cultura; Cultura Económica; 39; 101; 6-2021; 50-66

DIARIO UNO (2020). Mendoza en alerta ante la falta de trabajadores golondrinas. Recuperado de <https://www.diariouno.com.ar/economia/mendoza-alerta-la-falta-trabajadores-golondrinas-n578125>

FREIRE, Paulo (2012). Pedagogía del oprimido. 3° ed., 5°ed.- Buenos Aires: siglo Veintiuno Editores.

KANT, Immanuel (1° ed. 1921, actualizada 2007). Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, traducción de Manuel García Morente, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Capítulo II. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa

LLUGDAR, Eduardo J. R. (2024). Miradas constitucionales divergentes. Un abordaje sobre temas constitucionales normativos y jurisdiccionales. Santiago de Chile. Editorial Olejnik

NoticiasNet (2020). *Violaron la cuarentena con trabajadores golondrinas a bordo*. <https://www.noticiasnet.com.ar/noticias/2020/05/21/63646-violaron-la-cuarentena-con-trabajadores-golondrinas-a-bordo>

POLANYI, Karl (2011). La gran transformación México, Fondo de la Cultura Económica.

WALDRON, Jeremy (2009). Dignity and rank", en Dignity, rank and rights, Tanner lectures on human values. Berkeley. University of California.

WOOD, Ellen Meiksins (2016). Los orígenes agrarios del capitalismo. Monthly Review. Selecciones en castellano, 3ª época, nº 2, julio de. 2016. Edición online.

ZURITA, Carlos y TASSO, Alberto (2013). Aves de paso. Los trabajadores estacionales de Santiago del Estero. Trabajo y sociedad versión On-line ISSN 1514-6871 Trab. soc. no.21 Santiago del Estero dic. 2013.

### **Normativa mencionada**

Código Civil y Comercial Argentino (CCyC) (B.O. 1/08/2015).

Código Penal Argentino - LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

Constitución Nacional (C.N). 1 de mayo de 1853. (Argentina)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)

Ley 26.727 - Trabajo Agrario (B.O. 28/12/2011)

Ley 26.842 - Prevención Y Sanción De La Trata De Personas Y Asistencia A Sus Victimias (B.O. 27/12/2012)

Ley N° 20.744 - Régimen De Contrato De Trabajo (B.O. 27/09/1974)

Ley N° 24.013 (Sancionada: noviembre 13 de 1991. Promulgada parcialmente: diciembre 5 de 1991)

Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos (1966)

## COMENTARIOS AL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

### *COMMENTS ON THE DRAFT OF THE NEW COLOMBIAN LABOR AND SOCIAL SECURITY PROCEDURAL LAW*

Recebido em: 03/12/2024  
Aprovado em: 23/12/2024

Leonardo Corredor Avendaño\*

**RESUMEN:** La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha presentado ante el Congreso de la República el proyecto de ley para que expida un nuevo Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, cuya filosofía se dirige a una transformación de un modelo de remisión a las normas del proceso común hacia un paradigma de regulación única, integral y completa de las figuras procesales, para que su aplicación garantice la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores y de los legitimarios de las prestaciones emanadas de la Seguridad Social. A no dudarlo, los conflictos jurídicos laborales han de resolverse aplicando principios y normas particulares, de acuerdo con una *mentalidad laboralista*, alimentada de los principios sustanciales que tienden a la protección perenne de la parte más débil, como derecho laboral fundamental.

**PALABRAS CLAVES:** Igualdad por compensación – ley procesal – autonomía – integralidad – completitud

**ABSTRACT:** Colombian Labor Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice has submitted to the Congress of the Republic a bill to enact a new Labor and Social Security Procedural Law, whose philosophy is aimed at a transformation from a model of remission to the rules of the common process, towards a paradigm of unique, integral and complete regulation of the procedural figures, so that its application guarantees the effective judicial protection of the rights of the workers and of the legitimate beneficiaries of the benefits emanating from the Social Security. Undoubtedly, labor legal conflicts must be resolved by applying particular principles and rules, in accordance with a labor mentality, nourished by the substantial principles that tend to the perennial protection of the weaker part, as a fundamental labor right.

**KEYWORDS:** Equality by compensation - procedural law - autonomy - comprehensiveness - completeness

### 1. COMENTARIOS INICIALES

La constante preocupación en el siglo XXI sobre la definición, el alcance y la protección de los derechos en materia laboral comporta inexorablemente el fortalecimiento de las instituciones del trabajo hoy y en ella no podemos dejar de lado el

---

\* Abogado Universidad Nacional de Colombia. Experto Universitario Derecho del Trabajo Universidad de Sevilla (España). Profesor Instituto de Posgrados Universidad Libre (Colombia). Magistrado Auxiliar Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia de Colombia. Miembro de la Sociedad Colombiana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ámbito procesal, pues hoy termina siendo un músculo ejecutor y realizador del derecho del trabajo.

Con ocasión del centenario de la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión Mundial sobre Futuro del Trabajo incluyó en el informe «Trabajar para un futuro más prometedor» el objetivo de «Aumentar la inversión en las instituciones del trabajo», pues éstas deben velar porque el Trabajo vaya acompañado de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades.

En Colombia, por cerca de treinta años se produjeron varios esfuerzos para reformar el Código Procesal del Trabajo expedido en 1948, solo con dos proyectos culminados: la Ley 712 de 2001 y la Ley 1149 de 2007. Sin embargo, aún no se ha podido lograr una completa independencia de las normas del proceso común para la regulación del trámite de los procesos laborales. Esta circunstancia ha conllevado a que se deje de lado los principios y reglas propias de la disciplina jurídica laboral, para darle privilegios a las normas procesales civiles; desconociendo los cambios constitucionales, científicos, técnicos, tecnológicos, estructurales y análogos de finales del siglo XX.

No puede olvidarse que los propósitos de las instituciones *iustlaborales* son, sin duda, compensar la asimetría inherente a la relación capital - trabajo, y garantizar relaciones laborales justas y equitativas materializadas en la legislación, reglamentos y contratos de trabajo, las convenciones colectivas de trabajo, así como los sistemas de administración del trabajo y de inspección laboral, las cuales en Colombia son insuficientes en su marco de competencia. En consecuencia, los jueces del trabajo terminan convirtiéndose en los garantes más importantes de los derechos de los trabajadores, sin perjuicio de los mecanismos *jurisgénicos* propios de la negociación colectiva.

Incluso, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evidenciado la necesidad de una jurisdicción especializada, encargada de resolver los conflictos relacionados con los derechos laborales de trabajadoras y trabajadores, erigida en un sistema nacional con características tales como: la irrenunciabilidad de derechos para acudir a las autoridades judiciales competentes a fin de someter los conflictos jurídicos de cualquier índole, salvo los casos en que existan mecanismos prevalentes de resolución de conflictos; que la especialidad cuente con competencia exclusiva en materia laboral y de seguridad social, conforme al número de demandas en materia laboral; la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de conflictos; la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales;

la distribución de las cargas probatorias, el análisis probatorio y la motivación de las providencias judiciales conforme a principios que compensen las desigualdades propias del mundo del trabajo; la gratuidad y la garantía del derecho de defensa especializada; tal y como lo expresó en su Opinión Consultiva 27/21.

Estos caracteres inspiran al proyecto del Código sobre la base del principio supraconstitucional de la tutela judicial efectiva, permea su regulación y se incluye en la mentalidad de los jueces del trabajo, pues entre los civilistas se edificó un criterio según el cual el derecho procesal del trabajo solo tiene autonomía académica, y piensan que, en rigor técnico, solo existen dos manifestadores autónomos del derecho procesal que son el civil y el penal, y que las demás disciplinas son ramas o adherentes de la primera .

En esto no podemos estar de acuerdo, toda vez que las realidades humanas, económicas y sociales imponen nuevas formas jurídicas, lo cual hace ver que lo que en un principio eran pequeñas ramas de una planta – que es el derecho del trabajo y su derecho procesal – con el paso del tiempo se convierten en fuertes y frondosos árboles que requieren un propio espacio de regulación.

Autores como Couture y Trueba Urbina han considerado que el derecho procesal del trabajo toma distancia y cobra autonomía respecto de los principios clásicos del derecho procesal común y, en manera alguna, puede dejarse una remisión amplia y considerable al arbitrio de los jueces del trabajo, con corte civilista. Y decimos que toma vuelo porque se han rebasado varios de los escenarios típicos de la justicia civil ordinaria, por ejemplo, *la idea de prueba* (Trueba Urbina: 1975), por virtud de fenómenos como la inversión de la carga de la prueba en materia de accidentes de trabajo o en los casos de indemnización por despido, la cosa juzgada mediante la sentencia acumulada, así como la relativa al principio de igualdad de las partes.

Esa idea holística del derecho procesal civil, que se proclama como el proceso general o ideal, regulador de la actividad judicial en todas las áreas del derecho, se justificó hasta el momento en que la justicia toma una faceta claramente relacionada con la naturaleza de los asuntos sustantivos que conoce. Así la función de cognición, instrucción, dirección probatoria y discernimiento en la sentencia toma el sendero inherente «*a la efectiva realización del derecho declarado*» (Berizonce:2010: 252).

Ahora, la protección judicial se inclina a la existencia de tutelas procesales diferenciadas, en razón de la celeridad en la respuesta judicial para ciertas materias, la democratización de la respuesta como en los procedimientos de tutela y de amparo constitucional, a la constitucionalización de las garantías y al respeto a los derechos

fundamentales que se apartan de un esquema dispositivo para explorar opciones tuitivas o de equilibrio en la presentación de la demanda, la exigencia de la contestación, los traslados, las pruebas, la decisión supletoria y los recursos propios. Así, son nutridos los temas sobre los cuales se estructuran disciplinas procesales autónomas, que tienden al fortalecimiento de los derechos más sensibles, y una minimización de los procedimientos rígidos y rogados.

Por ello, aflora la necesidad de un estatuto procesal autónomo de derecho laboral y seguridad social, pues al igual que el proceso penal, se separa en mucho del proceso común, y es relevante considerar que los principios y reglas de cada proceso son tan diferentes, que inspirarían códigos o estatutos disímiles, y con reglas antagónicas, como puede verse:

<b>Proceso Civil</b>	<b>Proceso Contencioso Administrativo</b>	<b>Proceso Penal</b>	<b>Proceso Laboral y de seguridad social</b>
Parte de la igualdad real de las partes. Derecho de patrimonios.	Presunción de legalidad de los actos administrativos. Buen servicio público frente a los y hechos y operaciones administrativas.	Presunción de inocencia. Garantías judiciales extremas Restricción o limitación de libertad.	Desigualdad de las partes. Igualdad por compensación.

Precisamente, mientras el derecho sustancial se particulariza y crea un polisistema, cada vez más especializado, el derecho procesal pretende estacionarse y afinar instituciones sobre una base netamente individualista propia del derecho común, lo que hace engorroso el litigio laboral, precisamente por la incompatibilidad entre la sustancia – carácter tuitivo del derecho social – y los ritos del proceso común (autonomía de la voluntad privada y la sujeción forzosa al trámite legal), sobre todo en asuntos de mucho detalle, tales como la culpa en los accidentes de trabajo, los despidos objetivos y subjetivos donde se halla desmontado el principio de libertad contractual dentro del derecho individual del trabajo.

En suma, el desajuste entre el derecho sustancial y el derecho procesal es tan evidente, que da la sensación de que no se ven las conquistas del primero ante el necesario paso por el segundo: se requiere logra una nueva etapa. Tal cual lo recuerda Giglio, “*el Derecho Procesal del Trabajo tiene fines propios, como el de restablecer la igualdad de*

*las partes, otorgando a la más débil, el trabajador, una superioridad jurídica para compensar su inferioridad económica” (Giglio:1986: 85).*

Eduardo J. Couture, reconocido procesalista uruguayo, estudió estas distancias dentro de los diferentes procesos judiciales. Al detenerse en los fundamentos, método y técnica de un derecho procesal del trabajo, especialmente sobre el pensamiento social de las leyes procesales, se plantea:

*«Los conflictos del trabajo, a los cuales hemos dedicado en esta misma obra otro estudio, constituyen una fuente inagotable de preocupaciones en el campo del derecho procesal.*

*Ya hemos visto que, virtualmente, ni uno solo de los principios básicos del derecho procesal tradicional, ha podido sobrevivir cuando los conflictos del trabajo asumen aspecto colectivo» (Couture:1998: III:262).*

El profesor Marcel Silva Romero puso en evidencia la necesidad y la legitimación de los *procesos autónomos* y que, en Derecho del Trabajo, al primar la desigualdad de las partes en el ámbito sustantivo como en el adjetivo, es urgente un procedimiento que tenga en cuenta esta realidad con independencia o autonomía (Silva Romero: 2020:161-162), que se inspiren en principios que justifican la especialización laboral, como el de indisponibilidad, o el criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución (Pasco:1997).

Por ello, es necesario que en Colombia se renueve y se inspire el derecho procesal del trabajo bajo las nuevas fuentes que de manera principal ha nutrido la Carta Política de 1991; pues esta disciplina bebe en la fuente proteccionista y tutelar del derecho social, enfocada a una de las partes, la clase trabajadora, cuando su lucha aflora en los conflictos laborales.

Luego, entonces, la autonomía de la jurisdicción del trabajo se justifica, no solamente para la aplicación de los preceptos procesales, sino para la interpretación tuitiva del derecho sustantivo en su favor. No de otra forma se manifiesta la función proteccionista y tutelar, derivando un nuevo derecho procesal, que contemple la protección perenne al más débil, y emerja la igualdad por compensación para la realización plena de la tutela en favor de los trabajadores.

## **2. LA INICIATIVA LEGISLATIVA**

Con base en la experiencia de cerca de setenta años en la alternancia entre la aplicación de un Código Procesal común, por la fórmula de inserción y remisión del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Corte Suprema de Justicia, por su Sala de Casación Laboral, presentó el proyecto de Ley 051/2023 Senado para su

consideración ante el Congreso de la República (órgano legislativo), por virtud de la iniciativa legislativa que le asiste a las luces del art. 156 de la Constitución Política, para la expedición de un **nuevo código**, que responda a las versátiles realidades sociales y tecnológicas propias de este primer cuarto de siglo, con el fin de garantizar la protección de los derechos que surgen en el marco de las relaciones laborales y de seguridad social contemporáneas.

El código vigente está contenido en el Decreto 2158 de 8 de julio de 1948, expedido con ocasión de las competencias abrogadas al Presidente de la República por la declaratoria del Estado de sitio de la época (hoy estado de excepción), es decir, es un código vetusto, preconstitucional, y atrasado por el paso de los años, así los cambios introducidos a dicha codificación, a través de la Leyes 712 de 2001, 1149 de 2007 y 1395 de 2010 hayan tenido el propósito de adaptar la normativa a las realidades del momento.

La propuesta recoge los principales pronunciamientos sobre la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la práctica de las actuaciones virtuales al interior de la administración de justicia, a la par de la implementación de las herramientas digitales y aplicaciones tecnológicas que redujeron el trámite de los procesos laborales en estos últimos cuatro años.

Otro de los propósitos del proyecto es eliminar la «multiplicidad de interpretaciones» de las normas adjetivas que no se encuentran en la codificación, en razón de los vacíos, ambigüedades y lagunas que surgen luego del proceso hermenéutico de cada juez del trabajo del país, situación que complica la actividad del abogado litigante al no tener certeza de las reglas aplicables que varían conforme al juzgado que conozca del proceso promovido.

Desde luego, el proyecto trae varias líneas de modificación: lo primero, la innovación de algunas figuras procesales y la incorporación de instituciones tales como el procedimiento monitorio, los fueros de estabilidad laboral, en especial el de maternidad para el o la cónyuge, pareja, compañero o compañera permanente cuando no tengan un empleo formal, así como el fuero del prepensionado; lo segundo: el fortalecimiento de la protección de la parte más débil para así evitar que el litigante más poderoso pueda tener ventajas en el escenario contencioso propio del proceso, con medidas tales como la depuración del estándar probatorio de la libre formación del convencimiento (que trataremos más adelante), las consecuencias hacia el demandado por no contestar la demanda o pronunciarse inadecuadamente respecto de los hechos de la demanda, la no comparecencia a las audiencias, la renuencia a colaborar en los actos de prueba y, en

especial, la reivindicación del valor y la eficacia de las sentencias del juez del trabajo, a través del robustecimiento del proceso ejecutivo; y lo tercero, la inserción de varias normas propias del Código General del Proceso y su ubicación en el proyecto «*con clave laboralista*», esto es, depurar la redacción de las reglas generales de procedimiento y de prueba para que sean leídas, interpretadas y aplicadas conforme a los particularismos del derecho del trabajo y de la seguridad social. Así, el objeto del proyecto es consolidar una propuesta integral, sistematizada y coherente, en aras de tutelar los derechos subjetivos en el campo del derecho del trabajo y de la seguridad social.

La preparación del proyecto tuvo una primera fase de convocatoria pública y la instalación de unas mesas de trabajo con actores sociales, académicos, jueces y magistrados de todos los distritos judiciales del país, con el interés de escuchar y acoger sus criterios, apreciaciones, observaciones, propuestas y comentarios en relación con la estructura general del procedimiento contencioso, inherente a la solución de las controversias del derecho del trabajo y de seguridad social, a fin de modificar, adicionar, suprimir o eliminar lo vigente. La segunda fase comprendió un trabajo exhaustivo de compilación y sistematización al interior de la Sala de Casación Laboral para integrar armónicamente los avances introducidos por la jurisprudencia del trabajo, y que la norma se adecúe a la práctica judicial, y sean referentes adecuados en la aplicación futura a los retos que enfrenta el derecho laboral contemporáneo, para garantizar una tutela judicial efectiva y material.

Luego de la presentación del proyecto ante el Congreso de la República, que lo fue el 1° de agosto de 2023, la Sala promovió una nueva convocatoria para que los mismos actores tuvieran la oportunidad de estructurar los comentarios y aportes normativos previos a la apertura de la discusión constitucional del proyecto de ley, en coordinación con la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República. Lo anterior, para que la nueva codificación muestre la unidad y coherencia normativa en su estructura, lo que ha implica un reto práctico en la aplicación sistemática que debe tener dicha norma.

Al momento de escribir este documento, el proyecto ha tenido tres de los cuatro debates parlamentarios exigidos por la Constitución Política para la aprobación de las leyes, el primero, ante la Comisión Primera Constitucional del Senado, el día 16 de abril de 2024, el segundo, ante la Plenaria del Senado, el 27 de mayo de 2024, y el tercero ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el 1° de octubre de 2024. El resultado: un texto compuesto de 331 artículos, organizados de la siguiente manera:

1. Disposiciones Generales
2. Sujetos Procesales
  - a. Órganos Judiciales y Auxiliares de Justicia
    - i. Jurisdicción y Competencia
      1. Competencia
      2. Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
      3. Conciliación
    - ii. Comisión
    - iii. Deberes y Poderes del Juez
    - iv. Auxiliares de la Justicia
  - b. Partes, Representantes y Apoderados
    - i. Partes, Terceros y Apoderados
      1. Representación judicial
      2. Litisconsortes y otras partes
      3. Terceros
      4. Apoderados
      5. Deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados
3. Actos Procesales
  - a. Objeto del Proceso
    - i. Demanda y Contestación
      1. Demanda
      2. Contestación
      3. Excepciones
    - b. Reglas Generales de Procedimiento
      - i. Actuación
        1. Disposiciones varias
        2. Copias, certificaciones y desgloses
        3. Incidentes
        4. Nulidades
        5. Conflictos de competencia, impedimentos y recusaciones, acumulación de procesos, amparo de pobreza, interrupción y suspensión del proceso
        6. Impedimentos y recusaciones
        7. Acumulación de procesos y demandas
        8. Amparo de pobreza
        9. Interrupción y suspensión del proceso
        10. Audiencias
    - c. Régimen Probatorio
      - i. Actuación
        1. Disposiciones Generales
        2. Pruebas extraprocesales
        3. Declaración de parte y confesión
        4. Declaración de terceros
        5. Dictamen pericial
        6. Inspección judicial
        7. Indicios
        8. Documentos
        9. Prueba por informe
    - d. Providencias del Juez, su Notificación y sus Efectos

- i. Providencias del Juez
      - 1. Autos y sentencias
      - 2. Condena en concreto
      - 3. Aclaración, corrección y adición de las sentencias
    - ii. Notificaciones
    - iii. Efecto y Ejecución de las Providencias
      - 1. Ejecutoria y cosa juzgada
      - 2. Ejecución de las providencias judiciales
  - e. Terminación Anormal del Proceso
    - i. Terminación Anormal del Proceso
      - 1. Transacción
      - 2. Desistimiento
    - f. Medios de Impugnación
      - 1. Medios de impugnación
      - 2. Reposición
      - 3. Recurso de apelación
      - 4. Grado jurisdiccional de consulta
      - 5. Recurso de queja
      - 6. Revisión
      - 7. Casación
      - 8. Anulación
- 4. Los Procesos
  - a. Proceso Ordinario
    - i. Instancias
      - 1. Primera instancia
      - 2. Segunda instancia
    - b. Procesos Especiales
      - 1. Proceso ejecutivo del trabajo y de la seguridad social
      - 2. Proceso monitorio del trabajo y la seguridad social
    - c. Procesos de Fuero
      - 1. Fuero sindical
      - 2. Otros fueros
    - d. Proceso de calificación de ilegalidad de suspensión- huelga o paro colectivo de trabajo
    - e. Arbitramento
      - 1. Arbitramento en derecho en materia laboral y de la seguridad social
    - f. Otros Procesos sindicales
      - 1. Cancelación de personerías, disolución y liquidación de sindicatos
      - 2. Protección de derechos sindicales
- 5. Aspectos varios
  - 1. Medidas Cautelares
  - 2. Prescripción
  - 3. Términos
  - 4. Condena, liquidación y cobro de las costas
  - 5. Analogía
  - 6. Vigencia, transición y derogatorias

Con la anterior organización, se cumple la función integradora de todo código: autónomo, especial y completo, que persigue tres objetivos esenciales: *i)* la reivindicación de un grupo humano en situación real de desventaja o de debilidad económica, *ii)* un método propio en el abordaje del derecho adjetivo, y *iii)* la integración de la libertad procesal con la incorporación de otras normativas que respondan a los principios de una ley de lo social.

Con ello, el Código Procesal de 1948 se rezagó frente a la realidad actual, pero se construyen varias facetas que deben caracterizar al rol del Juez como agente activo de la concreción del Estado Social de Derecho: un juez más ágil e inquieto en la instrucción procesal y la práctica de pruebas (que se confiere al *a quo*), más preciso en el objeto de la decisión (inherente al *ad quem*), y más sensible como juez de casación (Betancur:2024).

### 3. PRINCIPALES MODIFICACIONES DEL PROYECTO

El Proyecto de Nuevo Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social incluye varios parámetros de novedad y de actualización, a saber:

1. Se clasifican y enuncian algunos principios, los cuales gobernarán el trámite de los conflictos jurídicos de conocimiento de la especialidad, como orientación mínima de la actividad jurisdiccional, tales como el de libertad, juez director del proceso, lealtad procesal, inmediatez, deber *extra* y *ultra petita*, tutela judicial efectiva y gratuidad.
2. Prevé la implementación, aplicación y empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), incorporando las reglas iniciales previstas en el Decreto 806 de 2020 (emitido con ocasión de las medidas de urgencia en el trámite judicial por la Covid19) y adoptados como legislación permanente por la Ley 2213 de 2022; siendo necesaria su regulación autónoma e íntegra, para respaldar la validez de las actuaciones, comunicaciones y memoriales de las partes, sin cercenar el acceso de los usuarios de la administración de justicia, cuando ellos no posean herramientas informáticas.
3. La especialidad laboral y de seguridad social conocerá de todas las controversias derivadas de las relaciones de trabajo – con excepción de los vínculos legales y reglamentarios (derecho funcional) – así como los asuntos de la Seguridad Social, sin importar la calificación de los sujetos «públicos o privados», con la exclusión únicamente de las materias de responsabilidad

médica y las relacionadas con contratos de naturaleza esencialmente civil o comercial.

4. La fijación de los factores de competencia es más clara y precisa, y despoja la prevalencia del factor subjetivo, es decir, no tiene en cuenta la calidad de las partes, aunque mantiene el denominado «fuero electivo» del trabajador por ser la parte débil de la relación de trabajo, con lo cual se garantiza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, y se espera disminuyan en gran medida los conflictos de competencia que hasta el momento son recurrentes, en perjuicio de los administrados por la mora en su solución.

5. Se clasifican como asuntos en derecho colectivo del trabajo la calificación de la huelga o cese colectivo de actividades, con el objeto de garantizar un conocimiento integral de ese tipo de conflictos, y sus consecuencias.

6. Todos los procesos laborales serán de dos instancias – eliminando los procesos de una sola – lo que robustece la garantía de revisión de las decisiones del juez de conocimiento y remedia cualquier margen de error con apego al debido proceso y el derecho de defensa. A la par, se incrementa la cuantía con la que se determina la competencia en cabeza de los nuevos jueces laborales municipales hasta 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes y será de competencia del juez laboral del circuito las controversias cuya cuantía supere dicho valor.

7. Se tramitará bajo el proceso especial preferente los asuntos relacionados con los fueros de «estabilidad laboral reforzada», que persiguen el reintegro del o de la trabajadora por maternidad, en situación de discapacidad, prepensionado, por acoso laboral y la protección por despido en conflicto colectivo (fuero circunstancial). Adicionalmente, se establece un término de prescripción de seis meses, lo cual permite una mayor agilidad en su trámite, de cara a la protección inmediata de derechos fundamentales.

8. Conforme al exhorto de la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, sent CSJ SL4066-2021), se explora la regulación de la conciliación judicial procesal y extraprocesal, que comprende desde la promoción de la solicitud, el trámite y los efectos de la aprobación judicial del acuerdo, previendo expresamente que no es requisito de procedibilidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 2220 de 2022.

9. En la fase de instrucción procesal se hace claridad respecto de las exigencias formales de los escritos de demanda y de contestación, se exonera al demandante del envío previo del escrito al demandado al ser presentada ante los juzgados, y se establecen consecuencias más drásticas por la no contestación de la demanda como es la de tener como probados los hechos de la demanda, siempre que no requieran de prueba solemne, con lo que se evita la utilización de estrategias dilatorias y diestras, sobre todo nocivas para la consecución de la prueba a favor del trabajador, materializando así estas reglas de igualdad por compensación.

10. Se ajusta la tipología de notificación, y en especial la personal, en forma electrónica y física, sin ser una mera enunciación de la forma en la que se materializa ese acto procesal.

11. El marco de facultades del juez, como director del proceso, se torna más amplio para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y celeridad en su trámite, atendiendo en todo caso, los enfoques diferenciales, elemento inherente al administrador de justicia propio de la Constitución Política.

12. La actuación continúa surtiéndose en audiencias, que se deben realizar en la sede del despacho, en aplicación de la regla técnica de la oralidad; incluso de forma concentrada lo cual impone necesariamente la asistencia presencial del juez, quien proferirá sentencia aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado y, excepcionalmente, el juez lo hará por escrito solo cuando no disponga de medios electrónicos para su registro o cuando la complejidad del caso lo amerite.

13. Se incorpora la «*sentencia anticipada*» para que sea dictada por el juez, en aplicación del principio de economía procesal, en virtud de circunstancias expresas, en asuntos de puro derecho que no requieran la práctica de pruebas diferentes a las allegadas y sobre estas no se haya alegado tacha o desconocimiento, en los casos de allanamiento a las pretensiones de la demanda, o cuando se encuentre probada la cosa juzgada, conciliación, transacción, falta de legitimación en la causa, la caducidad en los asuntos que proceda según la ley, y la prescripción extintiva.

14. Dentro del trámite de la segunda instancia, se precisa que las alegaciones deben ir en consonancia con los puntos objeto de apelación y se dispone que

existirá un término para alegar y para proferir la sentencia. De igual forma, se regula la posibilidad de apelar las sentencias dentro de los procesos monitorios laborales.

15. Se establece la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos, para efectos de garantizar el cumplimiento posterior de las decisiones judiciales.

16. Indica que las sentencias de las Salas Laborales de los Tribunales Superiores y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia serán escritas.

17. Se acoge un régimen autónomo de nulidades, en sus causales, trámite y ruta procesal, para lo cual se tomó como insumo el Código General del Proceso (en adelante CGP) con los particularismos del proceso del trabajo.

18. El proyecto contempla una clasificación de los medios de impugnación y los distingue entre recursos ordinarios (reposición, apelación y queja), grado jurisdiccional de consulta y recursos extraordinarios (revisión, casación y anulación), y contempla una regulación detallada de su alcance, oportunidad y trámite; unifica el término para su interposición y su posterior sustentación.

19. Se impone el deber de todos los jueces para fallar *ultra y extra petita*, con miras a consolidar una efectiva protección a los derechos mínimos e irrenunciables, con lo que se armoniza la regla normativa con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

20. Dispone las formas anormales de terminación del proceso, como la transacción y el desistimiento, que no se encontraban previstas para el proceso laboral y que los jueces laborales debían acudir a la remisión para su trámite.

21. Contempla una nueva estructura del recurso de casación, con un concepto y finalidad claras – defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales insertos en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida – se contempla la posibilidad de que la Sala de Casación Laboral case oficiosamente las sentencias para salvaguardar derechos fundamentales; se amplían sus causales, disponiéndose que su trámite se realice en el efecto devolutivo, es decir, son exigibles las

obligaciones contenidas en la sentencia de los tribunales, sin perjuicio de que se pueda prestar caución para suspender el cumplimiento de la decisión.

22. Elimina la prueba calificada en sede de casación, entendida como la consagración de medios de prueba para que ellos fueran los únicos habilitados para interponer el medio de impugnación extraordinaria, y que la norma procesal (Ley 16 de 1969 art. 7º) los restringía a la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión o de una inspección judicial. Con ello se facilita que todas las causas laborales y de Seguridad Social sean ventiladas con todos los medios de prueba en las instancias en el recurso extraordinario.

23. Como aspecto novedoso, la Corte puede seleccionar las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, sea de manera oficiosa o por su remisión; así como también la Corporación puede proferir sentencias unificadoras, mediante la acumulación de diferentes asuntos, para que estos sean decididos en una misma sentencia.

24. Con el propósito de brindar una protección constitucional a los derechos sindicales, trabajadores y organizaciones de trabajadores podrán acudir ante el juez del trabajo a fin de suplicar un amparo judicial frente a actos de discriminación sindical.

25. Contempla un régimen de transición, en cuanto se dispone que los procesos iniciados antes de la vigencia de este Código se continuarán tramitando con las normas procesales anteriores; y se indica que empezará a regir un año después de su promulgación.

Estas propuestas contribuyen a la confección de un diseño de nuestra especialidad en el ámbito adjetivo, y realiza un esfuerzo para dar una dirección uniforme a la regulación del trámite de los procesos laborales, y no puede seguirse con reformas que hacen remisiones al CGP que convierten a la ley adjetiva laboral en un compendio vacío con normas prestadas.

#### **4. FIGURAS ESPECIFICAS DE RELEVANCIA**

##### **4.1. Régimen probatorio**

Las contradicciones ínsitas entre los seres humanos no solamente se dan en el mundo social en el diario vivir, sino en el campo del trabajo y en las relaciones jurídicas de la Seguridad Social, de manera que las tendencias particulares humanas deben ser

visibles en el mundo del proceso, para ser reconocidas y así lograr el equilibrio entre este tipo de sujetos. Así, es necesaria la regulación expresa y detallada de los medios de prueba, especificando los diversos aspectos y requisitos que se deben tener en cuenta para su incorporación, análisis y valoración. En virtud de ello, se especifican los principios y medidas que guiaran la actividad probatoria y las instituciones y figuras que la componen.

Para lograr este fin, la intención legislativa es mantener el avance que estableció el artículo 167 CGP frente a la carga de la prueba, como avance significativo, al dejar de ser un asunto de partes (*sachen der parties*) propio de un proceso típicamente liberal, hacia una institución de interés social, que involucra, lógicamente su aplicación al proceso laboral y su inserción especial en el proyecto.

Esta reflexión, consistente en la apropiación de una figura que los mismos laboristas construyeron, que hoy es propia del proceso civil, pero que fue heredada de otras disciplinas jurídicas para convertirse en una regla probatoria de trascendencia social (Parra: 2014:193).

Entre otros aspectos considera la carga dinámica de la prueba, materializada en el artículo 167 CGP y para los efectos laborales comporta una inserción favorable en pro de generar una igualdad por compensación en materia probatoria.

Un criterio individualista de la carga de la prueba – propio del proceso común – luce ilógico e inicuo en tanto pretende exigir que la actividad demostrativa del hecho provenga de la parte que esté en mayores dificultades para alcanzar el objetivo probatorio perseguido hoy y se premia la indiferencia de la parte bajo cuyo dominio se ha producido el hecho y provoca su displicencia. Esta actitud contraviene al principio de solidaridad social, común a los regímenes constitucionales contemporáneos que procura la realización de los derechos laborales.

Por eso, la normativa que propone la Corte reivindica una adecuada distribución de las cargas probatorias, bajo tres directrices fundamentales, a saber: *i)* la disponibilidad, entendida como la situación de cercanía, acceso o contacto de la parte litigante con el medio o la fuente de prueba, que le permite su traslado al proceso sin obstáculos de mayor género, *ii)* la indisponibilidad negligente, que descansa en la falta de previsión en la preconstitución o conservación de una prueba sobre un hecho que pudiera resultar favorable a la contra parte, que puede devenir en una plena disponibilidad, y *iii)* la facilidad, que se reputa con un carácter más genérico, pues comprende al de disponibilidad, y que descansa en aquellos casos en los que la prueba resulta más

económica, rápida, fiable o más segura de poderse practicar, o en caso de ciertos hechos negativos (Palomo:2013:447-466).

No hay asomo de duda en que la carga de la prueba recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas o reales para producir y conservar la prueba respectiva y, al ser diáfano que las partes son desiguales en lo sustancial, así los es en lo procesal; por lo tanto, que quien dispone de la prueba debe aportarla, toda vez que surge una excepción frente al principio de que «*quien afirma prueba*», por virtud de que el empleador es quien tiene los registros sobre todo el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

La distribución de la carga de la prueba propuesta cumple una función tuitiva del trabajador en el proceso laboral y contribuye a la realización del fin de toda la legislación social, sin perjuicio de garantizar los derechos de los sujetos de la producción, en el proceso se inclina hacia el trabajador y a su protección, con especial atención de la conducta de las partes en el trámite judicial. Una solución contraria de la carga de la prueba en materia laboral, tal y como se enfoca en el derecho procesal común (Trueba Urbina:1975:377), ubica al trabajador en una completa indefensión incompatible con el derecho social.

Ninguna de las partes puede ser indiferente ante el debate probatorio con la idea de que la carga descansa en su adversario. La fórmula de disponibilidad se erige en un exhorto a las partes para que contribuyan en todo lo que puedan al esclarecimiento de los hechos, en el entendido de que la indiferencia puede acarrearle al renuente las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba.

El tratadista uruguayo Helios Sarthou destaca, por lo menos tres escenarios del desequilibrio del trabajador respecto del empleador en los juicios del trabajo: económico, subjetivo y probatorio (Sarthou:2002).

El desequilibrio económico demuestra que el trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido monetario, en función de las necesidades que tienda a suplir, mientras que el empleador acude al llamado judicial sin vicisitudes esenciales de subsistencia, sino de disminución de su margen de utilidad.

El desequilibrio subjetivo es la asimetría real que la voluntad de las partes tiene en el conflicto de trabajo y de seguridad social, al ser evidente que mientras el empleador tiene libertad subjetiva plena para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto, la voluntad del trabajador en cambio está limitada por las condiciones de la relación del trabajo cuando ella está vigente, y después, por la urgencia de las reclamaciones.

El desequilibrio probatorio existe de modo general en la empresa que, siendo la sede del poder subordinante, el trabajador debe extraer la prueba de ese ambiente, sujeto al dominio del patrono. En este concepto se incluye la asimetría de información que ubica al trabajador en desventaja frente al empleador para obtener la información. En cambio, la condición de trabajo coloca en posición prevalente al patrono para producir su propia prueba, lo cual riñe con el deber de las partes en la incorporación del medio de prueba respectivo para que el juez tome una decisión en derecho, de la forma más fidedigna posible.

A pesar de que se quiera dar una respuesta concreta en la aplicación de la fórmula sobre distribución de la carga de la prueba, cualquiera que esta sea, solo es susceptible de ser aplicada a la hora de emitir el fallo, lo cual sugiere que ese sea el momento en el que ha de ser observada por el juez, aunque debe estar prevista de forma abstracta desde antes de iniciarse el pleito sobre cómo se van a solucionar los vacíos probatorios que suscitan a la hora de fallar, como por ejemplo tener por cierto el hecho imposible o difícil de probar por una parte y poner sobre los hombros de la otra la carga de desvirtuarlo. No es fácil, pues en función del debido proceso, un asomo de prejuzgamiento no deja de ser un escenario pantanoso de cara a la objetiva impartición de justicia.

Y aunque parezca insoslayable que la distribución dinámica de la carga de la prueba en concreto antes de la sentencia conllevaría un prejuzgamiento y un debate superfluo antes de la sentencia, ciertamente precisar cuáles son los hechos concretos que debe demostrar el empleador equivale a predecir el sentido del fallo, lo cual no parece deseable.

Lo cierto es que el juez del trabajo está obligado a aplicar con criterio lógico y objetivo la apreciación probatoria, mediante la crítica recta y adecuada de los elementos que le deben servir de fundamento para formar ese convencimiento, y que se sintetizan así: *i)* los principios científicos que informan la crítica de la prueba; *ii)* las circunstancias relevantes de pleito; y *iii)* la conducta procesal observada por las partes y, en función de las razones expuestas a lo largo de esta aclaración, emerge un deber de toda persona – natural o jurídica, de derecho público o privado – de colaborar con el funcionamiento de la administración de justicia, pues *«... no es un mandato ético, que pueda acatar o desdeñar a su arbitrio el ciudadano. Este es un mandato jurídico y dentro de esa colaboración con la administración de justicia estaría el deber de suministrar todas las pruebas que se hallen en su poder, así estas sean desfavorables al propio demandante o demandado»*.

Villamil Portilla (2002:106) ha considerado que el soporte constitucional de este principio es el artículo 84 de la CP, donde se establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, pues la meta de una justicia eficaz es ostensiblemente superior al interés de una de las partes dentro del proceso.

La inserción de esta regla responde a un clamor que procure la *«igualdad por compensación»*, o la reparación de una injusticia sustancial creando prerrogativas para evitar que el litigante más poderoso pueda desviar entorpecer los fines de la justicia (Couture:1998: I:271). No en otro sentido, quedó inconclusa la promesa del fallo de casación, que puso énfasis en la utilización de un conjunto de poderes de ordenación e instrucción que los facultan para *«exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso»* (art. 43, núm. 4 CGP), *sancionar a las partes que incumplan sus órdenes y compulsar las copias a las autoridades disciplinarias y penales cuando corresponda»*.

En el acto de redistribución probatoria es donde el juez advierte a las partes que deben asumir consecuencias que les puede generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder, y los jueces pueden echar mano de mecanismos como el *discovery* o el *disclosure* (Taruffo:2010:263), por los que no solo las partes deben arrimar las pruebas que conforman su tesis de caso procesal, sino que, ante todo, debe permitir que la parte que no dispone de la prueba obtenga toda la información relevante que estime pertinente a la contraria, quien tiene la obligación de ponérsela a disposición (Ferrer Beltrán:2019:83). La necesaria regulación de estos mecanismos procesales debe asegurar que el empleador ofrezca toda la información.

En suma, estos y otros mecanismos deben ser explorados tanto en la legislación procesal como en la doctrina y pueden ser de gran utilidad para facilitar que se incorporan a los procesos judiciales la mayor información relevante posible y de la mejor calidad, así como para evitar la ocultación desleal de pruebas en su beneficio por quien dispone de las mismas; pues son objetivos nucleares para el proceso judicial, que deben ser puestos en la mira de la doctrina de la carga dinámica de la prueba, pero para los que la propia doctrina no es un medio adecuado (Gianini:2019:106).

En consecuencia, para los conflictos laborales en general, es imprescindible que el juez del trabajo esté provisto de amplias facultades de instrucción, de tal suerte que

obtenga el material probatorio necesaria para esclarecer los hechos objeto de controversia, y que pueda de antemano establecer las consecuencias que les puede generar a las partes por la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.

De otra parte, frente a la valoración probatoria, define como estándar probatorio de la practica procesal del trabajo y de la Seguridad Social el de la libre formación del convencimiento, que irradia cada una de las normas que regulan las instituciones probatorias, con énfasis en el enfoque diferencial.

No puede olvidarse que el objetivo primordial de todo estándar de prueba es el descubrimiento de la realidad de los hechos acaecidos, hasta dónde sea posible. De ahí que el término «*verdad*» revista una categoría utópica, que tenga un nivel inalcanzable para la percepción del juez, y lo dirija a un concepto distinto, pero cercano, como lo es el de la «*verosimilitud*» (Nieva Fenoll: 2010:145-148).

Ahora, el estándar de la libre apreciación probatoria, prevista en el artículo 61 del actual Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, compromete la obligación del estudio de todos los medios de prueba establecida en el artículo 60 ibidem, desde una perspectiva laboralista que garantiza una correcta justicia en las disciplinas del derecho social, como lo son el trabajo y la seguridad social.

A la par, el sistema de la sana crítica se basa en la remisión a los criterios de la lógica y de la experiencia a través de un acto valorativo del juez, y configura una categoría intermedia entre la prueba legal (tarifada) y la libre convicción en su extremo, «*sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última*» (Couture:1998: II:319). Entre tanto, la libre convicción es la remisión al convencimiento que el juez se forma de los hechos, por convicción adquirida a partir de la prueba recaudada.

En este estadio de la discusión, se hace claro que la sana crítica no es sinónimo de libre formación del convencimiento y, aunque estos dos conceptos se nutran de la misma fuente – la libertad para apreciar la prueba de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del juez, sean aplicables al caso – lo cierto es que sus caminos se bifurcan en su metodología de aplicación.

En efecto, la apreciación conjunta de la prueba y la sana crítica – características del estándar de prueba del derecho procesal común – consisten en la actividad intelectual que debe realizar el funcionario jurisdiccional, analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, para llegar a un convencimiento homogéneo sobre el cual

edificará el sentido de su decisión, sea declarando o no las pretensiones, al tener como ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones, o al extremo resistente su oposición.

La libre formación del convencimiento permite que el juzgador no esté sujeto a una tarifa legal de prueba y que pueda formar su convicción sobre el objeto del litigio incluso a partir de un solo medio de prueba, sin que por ello se desconozca el deber de analizar las demás pruebas decretadas y practicada. Contrario del criterio de algunos doctrinantes sobre la materia, que la libre convicción o formación del convencimiento no impone fundamentar racionalmente las conclusiones probatorias (Devis Echandía:2002:I:93), el operador judicial debe ser explícito en la motivación del fallo, al estar revestida la valoración por los principios de publicidad y contradicción como parte del debido proceso, de manera que, también deberán reflejar plena objetividad en su apreciación, entendida ésta como el desprendimiento en el proceso de valoración de los intereses de los sujetos del proceso o el sentir personal del juzgador.

De consiguiente, es claro que el papel de juez como componedor se justifica porque la sociedad percibe la necesidad de que un tercero determine cuál es la realidad de los hechos que suscitan la controversia y llegue a una conclusión jurídica unívoca y objetiva. Si el juez no tuviera esa ruta de convicción estaría condenado a ser apenas un espectador forzado dentro de una pantomima sin sentido, como lo resultaría siendo un proceso sin un estándar adecuado para la valoración probatoria, dada la naturaleza de los asuntos del trabajo y de la seguridad social y de su sensibilidad social.

Ante este panorama, debo insistir en que el estándar probatorio de la libre formación del convencimiento es el más afín a la satisfacción de los objetivos y fines del derecho sustantivo en las disciplinas del trabajo y la seguridad social, pues no por otra vía sería posible que los jueces laborales desarrollen los principios de la igualdad por compensación o el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, mediante una inclinación explícita hacia ciertos medios en prueba que dirijan la convicción del juez hacia un rumbo determinado. Y eso sería incompatible con el sistema de la crítica, ya que este último exige una apreciación conjunta de todas las pruebas, a diferencia del anterior, que posibilita hacer una muestra selectiva de cualquiera para tomar una decisión judicial, y evitar que el litigante más fuerte distorsione los fines de la justicia social.

Pues bien, la propuesta continúa con el estándar del artículo 61 del vigente código, que establece la libre formación del convencimiento o de libre apreciación

judicial de la prueba, en contraste al sistema de la tarifa legal de pruebas, pues, *«siendo la verdad que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciar la prueba, por uno subjetivo: el convencimiento del juez»* (Salazar:1984:406).

Esto significa que el juez debe realizar una valoración del material probatorio que aparezca en el expediente, en una apreciación de extenso ámbito que le permite formar su convencimiento con autonomía y sin la sujeción estricta de las reglas que son de rigor en la aplicación de la ley adjetiva común, a la luz de una *«mentalidad laboralista»*, garante de los derechos fundamentales y del equilibrio entre las partes.

A partir de ese equilibrio – donde se asocia la igualdad por compensación de que tanto hemos hablado – el juez laboral tiene como imperativo analizar dónde se halla la asimetría en el acceso a la información que obra en sitio distinto a los archivos del empleador. Es lo que la doctrina del derecho probatorio denomina *«criterios de disponibilidad y facilidad»* en la consecución de los medios de prueba.

No es extraño que un hecho alegado por una de las partes – por regla general el trabajador que suplica condena – haya ocurrido bajo el control del empleador, hipótesis en la cual parece obvio que su reconstrucción sea imposible o difícil en demasía, al tiempo que el derecho del trabajador se diluya por la carencia de acreditación, por una circunstancia que en realidad escapa de su dominio.

#### **4.2 Proceso ejecutivo**

Ahora, de cara a la novedosa estructura del proceso ejecutivo, puede decirse que es uno de los mayores cambios al interior de los procedimientos del trabajo y de la seguridad social, toda vez que se transforma de un proceso exclusivamente dispositivo – como en las ejecuciones civiles, donde se privilegia al deudor – a un proceso que se convierte en una actuación dotada de varias herramientas tendientes a la protección del crédito – que es la acreencia a favor del trabajador – reconocida en uno o varios documentos que provienen del deudor o de su causante, también de una providencia judicial o, incluso del acuerdo entre dos o más partes, en cuyo contenido emergen una o varias obligaciones claras, expresas y exigibles, consistentes en pagar una suma de dinero, o dar o hacer o no hacer algo, cuyo origen radica en una relación de trabajo o de la seguridad social, que refuerza la noción de unidad jurídica que valida la existencia del título ejecutivo, así sea complejo (Rodríguez:1990).

El modelo propuesto contempla que la competencia para el conocimiento del proceso ejecutivo corresponda al juez que conoció del asunto, sea en instancia, o que haya proferido las providencias que aprueben transacciones judiciales o acuerdos de conciliación procesal, y se elimina la exigencia previa de constituir en mora al deudor.

En los demás casos, es decir en aquellos en que el título ejecutivo proviene de otra fuente diferente a una providencia judicial, el juez asumirá su competencia con base en las reglas señaladas para la demanda ordinaria, con control de admisión en auto que decida el mandamiento de pago. Para constituir en mora al deudor, se requiere la notificación del respectivo acto o documento de liquidación de aportes adeudados.

Retomando la discusión sobre la naturaleza del título ejecutivo, se tiene como contenido esencial la incorporación de una obligación clara, expresa y exigible, consistentes en pagar una suma de dinero, o dar o hacer o no hacer, cuya petición se concreta en:

- |                        |   |
|------------------------|---|
| OBLIGACIÓN DE DAR:     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pago de lo debido</li> <li>• Perjuicios moratorios.</li> </ul>   |
| OBLIGACIÓN DE HACER    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ejecución del acto</li> <li>• Perjuicios por la demora en la ejecución del hecho.</li> <li>• Perjuicios compensatorios, cuando la obligación no se cumple en la forma ordenada (solicitud subsidiaria).</li> </ul> |
| OBLIGACIÓN DE NO HACER | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Retrotraer lo hecho dentro de un plazo prudencial.</li> <li>• Perjuicios por la conducta adoptada</li> <li>• Pago por equivalencias, previa estimación razonada.</li> </ul>  |

A fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia, el proyecto incorpora una normativa relacionada con las medidas cautelares, embargo y secuestro de bienes del ejecutado o cualquier otra medida que resulte viable para llevar a debido efecto la ejecución. Con esta finalidad trae consigo unas reglas novedosas, entre ellas: i) para lograr la efectividad de la obligación que se ejecuta, el juez podrá solicitar la información relevante a entidades financieras o depositarias o de otras personas privadas que por el objeto de su normal actividad o por sus relaciones jurídicas con el ejecutado puedan tener constancia de los bienes o derechos patrimoniales de éste o que pudieran resultar deudoras del mismo dentro de los límites del derecho a la intimidad personal, ii) el juez podrá ordenar, electrónicamente, la retención de sumas de dinero de las cuentas bancarias del

deudor (con previa reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura – corporación encargada de la administración presupuestal y logística de la Rama Judicial colombiana), iii) los terceros quedan indemnes si prestan caución de indemnizar a las partes los perjuicios que de su acción se les sigan.

Respecto de la contradicción del ejecutado, es preciso resaltar que este podrá proponer excepciones que se resolverán en audiencia, y se admite réplica del ejecutante. La decisión del juez sobre ellas se emite en auto y hace tránsito a cosa juzgada. Ahora, en función de las características del procedimiento laboral, el cumplimiento de la sentencia no está sujeto a ningún período de conocimiento, lo que implica que el derecho a reclamar no prescribe y por ello, la única excepción admisible es la de pago efectuado con posterioridad a ella y, eventualmente procede la compensación (Pirolo, Murray & Pinotti:2017). Frente a los demás títulos ejecutivos podrá proponerse pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la constitución y exigibilidad del respectivo título.

En el trámite posterior – o continuidad del proceso ejecutivo-, se destaca que el juez debe decidir sobre la liquidación de la condena presentada por el ejecutante, previo traslado al ejecutado, decisión que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva. El juez puede conminar al ejecutado para que enliste los bienes con que dispone para afrontar el pago de las sumas adeudadas; así como tendrá las facultades oficiosas para averiguar la existencia de los bienes del ejecutado. Para la ejecución del hecho por un tercero, o la destrucción de lo hecho con intervención de aquel, una vez ejecutoriado el auto que ordene llevar adelante la ejecución, se dará cumplimiento a lo dispuesto en los artículos sobre obligaciones de hacer o no hacer.

Finalmente, como aspecto novedoso, se establece una medida de protección de créditos laborales en procesos de insolvencia empresarial, y es que al ser reconocido judicialmente al interior del proceso concursal, el promotor o liquidador procurará la obtención de los recursos necesarios para la cancelación de éstos, pudiendo solicitar autorización al juez del concurso para la venta anticipada de activos, si fuere necesario, siempre que la disposición de dichos recursos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor. Dicho juez dispondrá, en caso de ser necesario, un prorrateo de estos, dentro de la primera clase de créditos.

Con esta nueva codificación, se garantiza la autonomía e independencia de otras codificaciones, se incorporan parámetros y reglas para evitar la remisión, en concreto, al

CGP. El articulado no se limita a copiar las normas, sino que se armonizan con los fines y necesidades de la especialidad y «*la naturaleza tuitiva del derecho laboral*».

El proyecto persigue una filosofía avanzada en la autonomía del proceso de trabajo, la cual se menguó por el paso de los años, sobre todo por sumar a las instituciones procesales laborales las propias del proceso común. Por ello se interviene el artículo 145 de nuestro actual código y su remisión analógica al Código General del Proceso, explicitando que en caso de no existir norma debe acudir a las del régimen procesal común, pero con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso del trabajo y la seguridad social. De consiguiente, se le dice adiós a la remisión, que fue el clamor de más de 30 años de los laboristas colombianos.

### 4.3 Humanización del proceso

Pasco Cosmópolis (1997:97) señala como atributo de la inmediatez:

*«La doctrina brasileña y española señalan como uno de los caracteres del proceso laboral el de la **identidad física del juez**, lo que tiene un doble significado: por un lado se trata de que las partes conozcan y traten personalmente al juzgador; que éste no sea un nombre abstracto, un membrete, un personaje inaccesible encerrado en su despacho, sino un ser humano al que las partes se aproximen con naturalidad y confianza; pero, de otro, se trata de la presencia subjetiva, al momento de juzgar; del juez que conoce de los hechos y de las pruebas. Citando a Giuseppe Chiovenda, Indalecio Gómez Neto (p. 72) interroga ‘¿Cómo se puede decir que sea libre de hecho en la evaluación de las pruebas, el juez que debe juzgar la credibilidad de un testigo sin haberlo visto ni oído, leyendo solamente el acta de su deposición? ¿El juez se debe formar una idea de la situación de los lugares a que se refiere la controversia sin haberlos visitado, solamente leyendo las descripciones hechas por un tercero? Ese juez deberá aplicar, necesariamente, criterios apriorísticos, formales, convencionales; le hará falta el instrumento más útil para descubrir la verdad, o sea, la observación. Por tanto, ese principio significa que el juez que actuó en el proceso, especialmente en la actuación de la prueba, debe proseguir en él hasta el fin».*

Para redondear este planteamiento de humanización podemos recordar el señalamiento de Couture (1998: II:193): «*La sentencia no es sólo una operación lógica, una cadena de silogismos, como se ha sostenido; la sentencia es una cosa humana hecha de todas las sustancias de la inteligencia*».

Además, puede hablarse de una mentalidad laboralista, donde el juez exhibe su humanidad, sobre todo para que en la verificación de los hechos se tutelen los derechos de toda persona humana y sus libertades, a través de la inmediatez del juez con las partes para conocer y apreciar el marco problemático del conflicto, compensando la debilidad y la inferioridad del trabajador mediante el uso de las facultades de impulso oficioso en el trámite y en la prueba, con el uso de un lenguaje sencillo, cortés y respetuoso, y su adaptación a la realidad de hoy.

## 5. CONSIDERACIÓN FINAL

En Colombia se adoptó una nueva Constitución Política a partir de 1991 donde se consagraron, en materia de derecho laboral sustantivo y procesal, nuevos principios protectores que causaron que los tamices de constitucionalidad variaran, sobre todo para normas que en su momento fueron declaradas inexecutable con base en una Constitución Nacional decimonónica (que databa de 1886), pero que hoy cobran pleno vigor y eficacia de cara a la protección a los derechos laborales de la nueva generación.

Los cambios en la ciencia del derecho implican un vuelco, donde las miradas giran hacia la importancia de los derechos sociales – entre ellos los emanados del derecho del trabajo y de la seguridad social – no bastan las normas sustantivas sino también las procesales, por cuanto se superó aquel paradigma que propende porque el derecho procesal – sobre todo el civil – es un conjunto de normas neutras, aisladas y omnicomprensivas, cuando en verdad la norma procesal es el brazo del derecho del trabajo, y actúa como un instrumento más y de singular importancia para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho una tarea al detalle, pues línea a línea ha confeccionado una métrica de la actuación del juez, con una mentalidad laboralista, proyectando la experiencia de más de setenta años de práctica sustantiva y adjetiva dentro del proceso, para que el hombre del trabajo sea igualado por el mecanismo que prevea la ley y no resulte acabado su derecho cuando acuda ante los jueces.

El proyecto de Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social busca constituirse en un elenco normativo que incluye los mecanismos compensatorios de la desigualdad. Sin duda, hasta el momento en que culmine su debate legislativo, alberga algunos afinamientos y mejoras, siendo claro que el articulado está inspirado en este principio de igualdad compensatoria, que no está expresamente normado, pero que es visible a través de la inclusión de normas específicas, cuya elaboración es el fruto de aquella inspiración intuitiva que caracteriza al juez, como principal actor social en la protección de los derechos sociales.

## REFERENCIAS

BETANCUR GIRALDO, Tatiana. Ponencia presentada en el XLV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bucaramanga. 2024. Cf [https://www.linkedin.com/posts/tatianabetancurg\\_hoy-en-el-congreso-de-derecho-procesal-defend%C3%AD-activity-7247056328890683392-bt19?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_ios](https://www.linkedin.com/posts/tatianabetancurg_hoy-en-el-congreso-de-derecho-procesal-defend%C3%AD-activity-7247056328890683392-bt19?utm_source=share&utm_medium=member_ios)

BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. Lima. Revista de la PUCP n° 40. 2010.

COUTURE. Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. De Palma. 1998. Tomo I, II y III.

DEVIS ECHANDÍA. Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá. 5ta. Edición. Temis. 2002 Tomo I y II.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En: AAVV. Contra la carga de la prueba. Madrid. Marcial Pons. 2019.

GIANINI, Leandro J. Revistando la doctrina de la carga dinámica de la prueba aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En: En: AAVV. Contra la carga de la prueba. Madrid. Marcial Pons. 2019.

GIGLIO, Wagner G. Direito Processual do Trabalho, 6a. ed., LTr, São Paulo, 1986, p.85.

NIEVA FENOLL, Jordi. La Valoración de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2010.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es Indispensable Darse Toda Esta Vuelta? Ius et Praxis, 19(2), (2013) 447-466. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>.

PARRA QUIJANO, Jairo. Código General del Proceso Comentado. Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014.

PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos de derecho procesal del trabajo. Lima, AeL. 2ª edición. 1997.

PIROLO, Miguel Ángel, MURRAY, Cecilia M., OTERO, Ana M., PINOTTI, Mónica M.I. Derecho procesal del Trabajo. 4º edición. Buenos Aires. Astrea. 2017.

RODRÍGUEZ MORENO, R. El proceso ejecutivo laboral: Jurisprudencia – Doctrina y Comentarios. Reimpresión. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1990.

SALAZAR, Miguel Gerardo. Curso de Derecho Procesal del Trabajo. Tercera Edición. Bogotá. Jurídicas Wilches. 1984.

SARTHOU, Helios. Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo. Revista Derecho Laboral n° 113. Montevideo FCU. enero – marzo 2000.

SILVA ROMERO, Marcel. Teoría General del Proceso. Una concepción social y democrática del derecho. Primera Edición. Bogotá. Legis. 2020.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos. Madrid. Marcial Pons. 2010.

TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho Procesal del Trabajo. México. Porrúa. 1975.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría Constitucional del Proceso. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1999.

**SOCIAL NORMS IMPACTING MATERNAL HEALTHCARE: INDIAN  
CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE THROUGH THE LENS OF SOCIAL  
RELATIONS**

***NORMAS SOCIAIS QUE IMPACTAM A ASSISTÊNCIA À SAÚDE  
MATERNA: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL INDIANA ATRAVÉS DAS  
LENTE DAS RELAÇÕES SOCIAIS***

Recebido em: 04/12/2024

Aprovado em: 15/12/2024

Akil ali Saiyed \*  
Faiz Ayat Ansari \*\*  
Kshamta Dubey \*\*\*

**Abstract:** Motherhood is precious manifestation, embracing a lot of grace and glorification in all the Indian religion, whether Hindu, Muslim, Christian, Sikhs, Parsis and others. In India, mother is considered as ‘Matr shakti’, the ideology of motherhood premediates the process of nation building.<sup>7</sup> But this very nature of mother demands a lot of sacrifices, right from the start and ‘mothers to be’ has to face profuse discrimination, misbehaviour, abuse depending on different societal factor which we are living with and which seems common to all of us. These social factors have adverse amount of impact on maternal healthcare, some of these factors are: socioeconomic status, education, mental healthcare, caste and ethnicity, gender, religion, culture, access to nutrition, employment and domestic work. This paper seeks to focus mainly on education, economic status and few overlapping aspects, how these factors impact on maternal healthcare in India. This paper is made with the help of secondary source of data including mainly articles, and journals, this paper focuses on antenatal care, prenatal care and skilled birth attendants as the maternal healthcare per se. The paper tries to throw more light on the constitutional perspective of the subject matter taking into account social relations.

**Keywords:** Constitutional perspective of social relations. Maternal Healthcare. Education. Economic status.

**Resumo:** A maternidade é uma manifestação preciosa, abrangendo muita graça e glorificação em todas as religiões indianas, sejam hindus, muçulmanas, cristãs, sikhs, parsis e outras. Na Índia, a mãe é considerada

---

\*Professor Dr. of Law & Provost, JIU Group of Institutions, Akkalkuwa, Maharashtra, India. prof.saiyed@gmail.com

\*\* Assistant Professor (Senior Scale),KIIT School of Law, KIIT Deemed to be University (Institution of Eminence), Bhubaneswar, India | PhD Research Scholar, National Law School of India University (NLSIU), Bengaluru, India | Guest Faculty, National Law University Odisha | Researcher & Collaborator, The Mediterranean International Centre for Human Rights Research, Reggio Calabria, Italy | Regional Coordinator (Asia), International Association of Social Protection | Certified Mediator, Peace - Negotiation and Mediation for Diplomacy International Initiative | Former Teaching Assistant, National Law School of India University (NLSIU), Bengaluru, India. faizkk@yahoo.com.

\*\*\* 2nd year B.A.LL.B. (Hons) student, KIIT School of Law, KIIT Deemed to be University (Institution of Eminence), Bhubaneswar, India. nandni.dubey2251955@gmail.com

<sup>7</sup> Dey, A.;Das, D. Motherhood in India: Myths, theories and literature. Research Journal of English Language and Literature, v.8, n.3, p.65-67, July 2020.

como "Matr shakti", a ideologia da maternidade premia o processo de construção da nação. Mas essa mesma natureza da mãe exige muitos sacrifícios, desde o início, e as "futuras mães" têm que enfrentar discriminação profusa, mau comportamento, abuso, dependendo de diferentes fatores sociais com os quais vivemos e que parecem comuns a todos nós. Esses fatores sociais têm uma quantidade adversa de impacto na assistência médica materna, alguns desses fatores são: status socioeconômico, educação, assistência médica mental, casta e etnia, gênero, religião, cultura, acesso à nutrição, emprego e trabalho doméstico. Este artigo busca focar principalmente na educação, status econômico e alguns aspectos sobrepostos, como esses fatores impactam na assistência médica materna na Índia. Este artigo é feito com a ajuda de fonte secundária de dados, incluindo principalmente artigos e periódicos, este artigo foca em cuidados pré-natais, cuidados pré-natais e parteiras qualificadas como assistência médica materna em si. O artigo tenta lançar mais luz sobre a perspectiva constitucional do assunto, levando em conta as relações sociais.

**Palavras-chave:** Perspectiva constitucional das relações sociais. Assistência à saúde maternal. Educação. Situação econômica.

## 1. INTRODUCTION

Motherhood is a boon and miraculous experience for all women regardless of geographical area they belong, race etc. India is so much attached to the sentiment of mother's love and so are mothers, but carrying this boon for the 9 months is arduous and requires care and attention from the mother itself, husband, family and even healthcare institutions. Efforts from all makes the phase for mother easier. Maternal care helps determine the loop holes in the gestation period and helps filling them.

1. Ante natal care, it is the care given to the woman during her pregnancy, ante natal care helps establish the nexus between the woman and her health status, which further helps determine if any complications are involved.<sup>8</sup> The goal of the ante natal care is to reduce the mortality and morbidity of women and children and to improve the physical, mental wellbeing of women, children and their family.<sup>9</sup> Ante natal care includes recording of personal and social history, medical history, physical examination, etc. At least 4 ante natal checkups are required to achieve the minimum benefits of ante natal benefit, as per recommendation by World Health Organization (1994)<sup>10</sup>
2. Role of Skilled Birth Attendant: it is defined as "an accredited health Professional- such as midwife, doctor or nurse, who are trained to achieve excellency in the skills required to manage normal pregnancy, childbirth and

---

<sup>8</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Antenatal Care Services. 2017. Available from: <https://platform.who.int/docs/default-source/mca-documents/policy-documents/guideline/SDN-CC-10-01-GUIDELINE-eng-Antenatal-Health-Care-Services.pdf> . Access on 30 Nov. 2024.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Navaneetham, K.; Dharmalingam, A. Utilization of maternal health care services in Southern India. *Social science & medicine*, v.55, n.10, p.1849-1869, 2002.

immediate post-natal care.<sup>11</sup> They should be skilled enough to identify, manage and referral of any complications.<sup>12</sup> According to government of India, a “skilled birth attendant” are those who can handle neonatal emergencies. Government of India has taken initiative where by, the nurses and midwives have permission to use Uterotonic drugs to present Post Partum Hemorrhage (excessive bleeding after child birth), permission to use drugs in emergency situation to stabilize the patient prior to referring (the patient), permission to perform basic procedure in emergency situation at community level.<sup>13</sup>

3. PNC and Institutional Delivery: A large number of deaths occur during first 24 hours after the delivery. Post natal care is important for both mother and child, to figure out and treat any complication which might have arisen. The ministry of health and family welfare recommended that women delivering a baby in health institution is supposed to get PNC within 24 hours of after the delivery and woman who has delivered outside the health institution is supposed to be referred to health institution for PNC within 12 hours of giving birth<sup>14</sup>.

The above discussed maternal health care facilities are affected by various societal factor, like education, cultural aspect, socio economical variable, religion, geographical residential place, household context, biological factor (age), birth count etc. All these societal factors are somewhere or the other related to each other as “cause” and “effect”. The factor upon which the utilization of maternal health depends also changes from place to place (state to state).

### **Objective:**

1. To see how education puts impact on maternal health care. Whether husband’s or family’s education has impact on woman’s healthcare choices?
2. To see how, socio-economic status affects maternal health care choice.

### **Findings:**

---

<sup>11</sup> EXEMPLARS IN GLOBAL HEALTH. Guidelines for Operationalizing SBA Training in RCH II. 2008. Available from: <https://www.exemplars.health/-/media/files/n-mmnr/india/27-guidelines-for-operationalizing-sba-training-in-rch-ii.pdf> . Access on 30 Nov. 2024.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> MINISTRY OF HEALTH AND FAMILY WELFARE GOVERNMENT OF INDIA. National Family Health Survey (NFHS-5) 2019-21. 2021. Available from: [https://mohfw.gov.in/sites/default/files/NFHS-5\\_Phase-II\\_0.pdf](https://mohfw.gov.in/sites/default/files/NFHS-5_Phase-II_0.pdf) . Access on 30 Nov. 2024.

1. Educational attainment is divided into four category, illiterate, primary education, secondary education, higher education. Studies prove that woman who is highly educated were mostly advanced in terms of taking different maternal health care services.<sup>15</sup> As compared to illiterate women, highly educated women are more likely to take ANC visit within first trimester, seek consultation from skilled health personnel for ANC, highly educated woman is more likely to take two or more Tetanus toxoid (TT) injections, prefers institutional delivery and is likely to take PNC within 48 days of delivery.<sup>16</sup> Educated women tends to be more aware about the modern healthcare services and benefit, they are also more likely to enjoy autonomy in and outside the household.<sup>17</sup> Educated women tends to communicate their needs and health problems to doctor more freely and without hesitation.<sup>18</sup> Educated women are more likely to recognize their illness and would be able to opt for appropriate decision regarding the use of modern health care services, or equipment for themselves and their child.<sup>19</sup> Studies also shows that as the level of education in community increases, women are more likely to utilize modern health care services,<sup>20</sup> the level of education and wealth increases, the utilization of ANC, Skilled Birth Attendants (SBA) and PNC increases.<sup>21</sup> Studies on south of India demonstrates that women with high school education were 11 times more likely to use ANC compared to illiterate women in Karnataka.<sup>22</sup> In the patriarchy era where by egalitarian society is still to be attained, men somewhere enjoy great deal of faculty, discrimination of women in developing countries give unequal power to men, this gender bias limits women from utilizing maternal health care functions<sup>23</sup>, especially women in the rural area. In this circumstance partners education has a vital role: Partner's education make woman more likely to utilize maternal health care facilities, if a partner is educated chances are that they have

---

<sup>15</sup> Barman, B.; Saha, J.; Chouhan, P. Impact of education on the utilization of maternal health care services: An investigation from National Family Health Survey (2015–16) in India. *Children and Youth Services Review*, v.108, January 2020.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Supra note 5

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Supra note 5

<sup>20</sup> Yadav, A. K. et al.; Sahni, B.; Kumar, D.; Bala, K.; Kalotra, A. Effect of women's and partners' education on maternal health-care services utilization in five empowered action group States of India: an analysis of 13,443 women of reproductive age. *International Journal of Applied and Basic Medical Research*, v.11, n.4, p.231-237. 2021.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Supra note 5

<sup>23</sup> Supra note 9

better social and economic status which indirectly impacts the choice of utilizing maternal healthcare.<sup>24</sup> A study on five Empowered Action Group (EAG) states i.e. Bihar, Madhya Pradesh, Rajasthan, Uttar Pradesh, and Odisha divides level of husbands education into different categories namely, no education, primary education, secondary education, and higher education.<sup>25</sup> On the basis of their education, it was concluded that, husband's higher education has most associated with taking ANC and other maternal health services. Among the five EAG states the integration of women's and husband's higher level of education had notable impact ANC utilization except in Odisha.<sup>26</sup> Woman whose husband had acquired high school education are 4 times more likely to receive ANC as compared to woman whose husband has acquired no education.<sup>27</sup> Education has the impact on the place of the delivery, women who has attained zero education is more likely to deliver baby at home as compared to her educated counterparts, especially in Karnataka and Kerala. But education is not the predictor for the same reason in Tamil Nadu and Andhra Pradesh.<sup>28</sup> As per NFHS 5 97% woman who has attained higher level of education delivered in health institution as compared to 75% of births from mother who has no schooling at all.<sup>29</sup> The most reason for not giving birth in the medical institution is that 28% of the women think it is unnecessary, 19% claimed that their husband or family didn't allowed them, 17% said health care institution was too far or there was not transportation, and 15% agreed that it is expensive for them to give birth at medical institution.<sup>30</sup> With respect to skilled delivery/ SBA, 96% women with high school education were helped in delivery by skilled attendants in comparison with 78% of women with no education.<sup>31</sup>

2. Economic factor has an impact on maternal healthcare utilization as well, utilization of ANC, SBA and PNC has spiked for general population over the course of year however, for women belonging to backward social-economic population the progress has been slow, women who are affluent in terms of wealth are more likely to receive ANC than who is not so wealthy.<sup>32</sup> In India, STs and

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Supra note 15

<sup>27</sup> Supra note 5

<sup>28</sup> Supra note 5

<sup>29</sup> Supra note 9

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid. pp303

<sup>32</sup> Ibid. pp 297

SCs are two socially and economically weak sections, large percentage of SC and ST are landless agricultural labor and live in rural area, they lack basic amenities of life, the SC women are subjected to caste based discrimination while accessing maternal health care.<sup>33</sup> Study on caste and social inequalities contended that, SC population has the lowest rate of ANC and ST population have the lowest rate of safe delivery and PNC, mainly teenage pregnancies are found among SC and ST population. It was also contended that SC, ST population are disadvantaged in almost all variable (education, wealth, jobs, access to media) and therefore are less likely to utilize health care benefit<sup>34</sup>, which also includes maternal healthcare. Utilization of PNC was higher among all women except SCs and STs.<sup>35</sup> Another study on rural/ urban and regional difference in health reveals that, barely 32% women living in urban-slum area have delivered their baby on medical institution in comparison with 93% resident of non-slum urban area and 79% resident of rural area.<sup>36</sup> One of the finding from the same study shows that, ANC and institutional deliveries are understood as preventative measure rather remedial and due to financial constrain they are not prioritized much (qualitative study of Maharashtra's urban and rural area), especially in rural areas, where women delivering at homes remain common practice, only 29% of deliveries are taking place at medical institutions.<sup>37</sup> Coinciding religion as a factor with socio-economic factor, Muslim women are less likely to take maternal health care benefit as compared to their Hindu counterparts, mostly Muslim women are less likely to take less than 4 ANC visits, the culture of "purdah" has a role to play, which is widely practiced<sup>38</sup>, the culture restrict them to talk freely about their problems if the doctor is male.

---

<sup>33</sup> RESEARCH GATE. Caste, social inequalities and maternal healthcare services in India: evidence from the national family and health survey. 2022. Available from: [https://www.researchgate.net/publication/364318131\\_Caste\\_Social\\_Inequalities\\_and\\_Maternal\\_Healthcare\\_Services\\_in\\_India\\_Evidence\\_from\\_the\\_National\\_Family\\_and\\_Health\\_Survey](https://www.researchgate.net/publication/364318131_Caste_Social_Inequalities_and_Maternal_Healthcare_Services_in_India_Evidence_from_the_National_Family_and_Health_Survey) . Access on 30 Nov. 2024.

<sup>34</sup> Ibid. pp7

<sup>35</sup> Ibid. pp12

<sup>36</sup> Sanneving, L. et al.; Trygg, N.; Saxena, D.; Mavalankar, D.; Thomsen, S. (2013). Inequity in India: the case of maternal and reproductive health. *Global health action*, v.6, n.1.

<sup>37</sup> Ibid. pg 6

<sup>38</sup> Hamal, M. et al.; Dieleman, M.; De Brouwere, V, de Cock Buning, T. Social determinants of maternal health: a scoping review of factors influencing maternal mortality and maternal health service use in India. *Public Health Reviews*, v.41, p.1-24.

## 2. ANALYSIS

Maternal health is important for both mother and child. Availing maternal healthcare facilities helps making maternal journey smooth, not only that it makes the complications if any involved explicit and that can be addressed easily. But availing maternal healthcare facilities are not common to all woman, various societal factors have a role to play, as a result of which level of maternal healthcare received by mothers are not same. These factors are education, culture, socio economic factor, caste, etc. These factors are somehow related or are depended on one another. In this paper focus is more on education and socio-economic factors. Educations plays a vital role in determining the level of maternal healthcare facilities availed, from the findings it can be concluded that, women with higher level of education are more likely to use maternal healthcare facilities as compared to women with low level of education.

Education level of husband has the greater impact on women taking maternal healthcare, from the studies it can be induced that man who has attained higher level of education, their wife is more likely to take modern or basic maternal health care benefits to its full extent. Higher education maybe means the man is earning well and he can provide better standard of life to his family, which increases the prospect of wife taking maternal health care benefit, educated man are somehow more open to new ideas and thoughts and he might encourage his wife to access complete maternal health care benefit as per the required standard by government of India meanwhile man who is less educated and less open in nature are most likely to discourage his wife or woman in his family to take maternal healthcare. Highly educated woman is more vocal about their needs and want, they are more exposed to mass media, more likely to be aware about healthcare norms, mostly educated woman in current era prefer being employed which brings financial stability and hence she is again more likely to avail maternal healthcare (ANC, PNC, SBA).

In terms economic factor, women from financially weaker section are less likely to take maternal healthcare benefits because they think these are expensive and more like preventative approach rather than remedial. They don't understand the basic standard required especially women from rural areas and even if they do, they are not financially grounded. Among communities, few are more likely to take maternal healthcare benefit, Muslims in rural South India are financially not affluent and are more likely to drop maternal healthcare benefit. Studies had also concluded that the women from weak

economic status, marginalized group (SC, ST), uneducated Muslim, who lives in slum or rural areas, who are hardly exposed to mass media are more likely to be disadvantageous in term of taking maternal healthcare.<sup>39</sup>

### 3. THE INDIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

The provisions of the Indian Constitution lays down a Socialist State, which envisions to remove various forms of social and economic inequality. This objective includes the elimination of income disparity, ensuring that wealth and resources are more equitably distributed among the population. It also aims to dismantle status-based inequalities, striving to provide equal respect and recognition to all individuals regardless of their social background. Additionally, the Constitution aims to bridge the gap in living standards, ensuring that every citizen has access to a sustainable quality of life. By resolving to provide equality of status and opportunity, the Indian Constitution commits to creating a fair and just society where every citizen has the chance to achieve their full potential, free from discrimination and unfair advantage.

Article 21 of the Indian Constitution guarantees the fundamental right to life and personal liberty to every individual. This right encompasses a broad spectrum of entitlements essential for a dignified existence in a civilized society. It includes not only the right to sustenance, such as access to adequate food, clothing, and shelter, but also extends to access to essential services like medical care and education. By encompassing these basic necessities, Article 21 underlines the state's obligation to ensure that every individual can live with dignity and security.<sup>40</sup> This provision, therefore, advocates for comprehensive social security measures for all Indians, emphasizing that the right to life includes not just survival but also a quality of life that meets fundamental human needs. It reflects a commitment to providing a safety net that supports individuals in maintaining their well-being and participating fully in society.

Article 21(A) of the constitution highlights the states efforts in providing the free and compulsory education to children in the age from 6 years to 14 years. This provision

---

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. III, art.21 (Protection of life and personal liberty.—No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.)

was inserted in constitution via eighty sixth amendment to meet the needs of children who are deprived of quality education and to address the issue of child labour.<sup>41</sup>

The Directive Principles of State Policy, enshrined in the Indian Constitution, outline several key provisions aimed at ensuring social security and promoting the welfare of the people. These principles, though not justiciable, provide a framework for the state to guide its policies and legislation towards the betterment of its citizens.

Article 38 mandates that the state must secure a social order that fosters the welfare of the people. Specifically, Article 38(1) emphasizes the need for a social order where social, economic, and political justice permeate all institutions of national life. This provision underscores the state's obligation to create a just and equitable society by ensuring that all institutions work towards these ideals.<sup>42</sup> Article 38(2) focuses on reducing disparities by minimizing income irregularities and working to eliminate inequalities in status, facilities, and opportunities. This provision highlights the importance of addressing both individual and group-level inequalities, including those based on regional and vocational differences.<sup>43</sup> Article 39 further supports social security by advocating for equal rights to livelihood and the equitable distribution of wealth and resources. It aims to prevent the concentration of wealth and means of production in the hands of a few, thereby promoting the common good and ensuring that economic benefits are more widely shared.<sup>44</sup>

Article 41 guarantees the right to work, education, and public assistance in cases of unemployment, old age, sickness, and disablement. This article is crucial for providing a safety net for individuals facing economic hardships or personal crises, ensuring that they have access to essential support and resources.<sup>45</sup> Article 42 addresses the need for

---

<sup>41</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. III, art. 21(A) [Right to education-The state shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such a manner as the state may by law, determine.]

<sup>42</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 38 (1) [The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life.]

<sup>43</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 38 (2) [The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations.]

<sup>44</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 39 [(a) that the citizens, men and women equally, have the right to an adequate means of livelihood;  
(d) that there is equal pay for equal work for both men and women;]

<sup>45</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 41 [The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want.]

just and humane working conditions and maternity relief<sup>46</sup>, while Article 43 advocates for a living wage for workers. These provisions are vital for ensuring fair labour practices and supporting workers' rights, contributing to a more secure and equitable work environment.<sup>47</sup>

Additionally, the Indian Constitution addresses various aspects of social security and labour welfare through the entries in the concurrent list Entry 22 of the Constitution emphasizes the importance of trade unions and the resolution of industrial and labour disputes. It aims to ensure better wages, benefits, and working conditions for workers, recognizing their right to fair treatment and improved working environments.<sup>48</sup>

Entry 23 broadens the scope to include social security and social insurance, focusing on employment and unemployment. This provision is crucial for providing a safety net for individuals during periods of job loss and ensuring access to social insurance programs that protect against economic uncertainties.<sup>49</sup> Entry 24 further elaborates on labour welfare by covering a range of measures to enhance worker security. It addresses essential aspects such as working conditions, provident funds, employers' liability, workmen's compensation, old-age pensions, and maternity benefits. These measures are designed to provide comprehensive support to workers, ensuring financial security in cases of workplace injuries, retirement, and other life events.<sup>50</sup>

Together, these entries and Directive Principles form a comprehensive framework aimed at enhancing social security and promoting a more equitable society. They reflect the commitment of the Indian Constitution to address various socio-economic challenges and support the welfare of all citizens.

So, in a nutshell, the following is the summative analysis of the constitutional framework in India with respect to the social security laws:

India's Constitution provides the foundational principles for a welfare state, with social security as a cornerstone. While not explicitly outlining a comprehensive social

---

<sup>46</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 42. [—The State shall make provision for securing just and humane conditions of work and for maternity relief]

<sup>47</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 43. [—The State shall endeavour to secure, by suitable legislation or economic organisation or in any other way, to all.... ensuring a decent standard of life and full enjoyment of leisure and social and cultural opportunities and, in particular..]

<sup>48</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 22 - [Trade unions; industrial and labour disputes.]

<sup>49</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 23 -[Social security and social insurance; employment and unemployment.]

<sup>50</sup> THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 24 -[Welfare of labour including conditions of work, provident funds, employers' liability, workmen's compensation, invalidity and old age pensions and maternity benefits.]

security system, it enshrines directives and obligations on the state to ensure the well-being of its citizens.

### 3.1 Directive principles of state policy

The Directive Principles, housed in Part IV of the Constitution, serve as guiding ideals for the state. Several provisions directly relate to social security:

- **Article 39:** This article mandates the state to direct its policy towards securing a social order where there is adequate means of livelihood for all, equal pay for equal work, and distribution of wealth and resources to prevent concentration of wealth and means of production.
- **Article 41:** The state is directed to provide work, education, and public assistance in cases of unemployment, old age, sickness, and disablement.
- **Article 42:** This provision calls for just and humane conditions of work and maternity relief.
- **Article 43:** The state is obligated to secure a living wage and decent standard of life for all workers.

These directives, though not enforceable by courts, have influenced legislation and government policies aimed at social security.

### 3.2 Fundamental Rights

While not directly addressing social security, some Fundamental Rights indirectly contribute to its foundation:

- **Article 14:** Guaranteeing equality before the law and equal protection of laws is essential for equitable distribution of social security benefits.
- **Article 21:** The right to life and liberty, interpreted broadly, includes the right to a dignified life, which can be linked to social security provisions.
- **Article 21(A):** Access to education is essential feature which everyone in contemporary era is entitled to, the provision seeks to provide compulsory and free education from state to age group of 6 to 14.

### 3.3 Obligations Of The State

Beyond the Directive Principles, the Constitution imposes certain obligations on the state:

- **Article 38:** The state is bound to secure a social order for the promotion of the welfare of the people.
- **Article 39(a):** The state must strive to secure that the citizens, men and women equally, have the right to an adequate means of livelihood.

Hence, one finds ample evidence of measures with respect to social security envisaged in the Indian constitution. The peculiar importance of these in the light of social security and welfare in the realm of maternity benefit cannot be understated.

#### 4. CONCLUSION

Maternal healthcare is an important criterion, to determine the health of the mother and unborn baby. Despite having so much of maternal and neonatal death, many from different segments of India neglect the maternal healthcare services. There are many societal factors which has the impact on this carelessness, and many of these societal factors are interrelated but among them which impacts the utilization of maternal healthcare the most are education and economic status. No doubt there are various state based or central schemes which provide assistance to gestational mothers through government hospitals and Anganwadi, at low cost but women from weaker background claims to face humiliation from working staffs (limitation of paper).

The Constitution of India gracefully bears provisions which seeks to fill the gap of differences and disparities by securing the rights, providing employment, aid and assistance. The constitution through article 41 and article 42 roots for education, assistance in case of unemployment, as a result of which women will be empowered to take reasonable decisions regarding her maternal health. Article 41 and 42 somehow addresses both the factor taken into consideration by this paper i.e. education and economic status which is important factor to determine if a woman is likely to adopt for her ANC, PNC and SBA.

Article 14, 21 and 38 ensures equality before law regardless of gender, social background or any other differences. A better living condition for all and promotion for welfare. Taking these articles as a base government of India had tried providing benefits to SC ST communities, people for poor rural background, which includes providing assistance to gestational women with no inequality. Article 21(A) by being considerate

provides free education to age group of 6 to 14, the future with basic educational understanding surely will be aware about their healthcare choices and about their rights.

Entry 22, 23 and 24 aims at accentuating wages, improving working conditions and proving benefits including maternal benefits.

Further, government should seek to monitor the same with strictness and should try to create awareness among woman from interior of the nation and encourage them to take timely maternal health care services. The awareness can be created through state/central funded schemes like NSS<sup>51</sup>, carrying out educational seminars at schools etc.

## REFERENCE

Dey, A.; Das, D. Motherhood in India: Myths, theories and literature. *Research Journal of English Language and Literature*, v.8, n.3, p.65-67, July 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Antenatal Care Services. 2017. Available from: <https://platform.who.int/docs/default-source/mca-documents/policy-documents/guideline/SDN-CC-10-01-GUIDELINE-eng-Antenatal-Health-Care-Services.pdf> . Access on 30 Nov. 2024.

Navaneetham, K.; Dharmalingam, A. Utilization of maternal health care services in Southern India. *Social science & medicine*, v.55, n.10, p.1849-1869, 2002.

MINISTRY OF *HEALTH AND FAMILY WELFARE* GOVERNMENT OF *INDIA*. National Family Health Survey (NFHS-5) 2019-21. 2021. Available from: [https://mohfw.gov.in/sites/default/files/NFHS-5\\_Phase-II\\_0.pdf](https://mohfw.gov.in/sites/default/files/NFHS-5_Phase-II_0.pdf) . Access on 30 Nov. 2024.

International Institute for Population Sciences (IIPS) and ICF: 2021. National Family Health Survey (NFHS-5), 2019-21: India: Volume II. Mumbai: IIPS.

Barman, B.; Saha, J.; Chouhan, P. Impact of education on the utilization of maternal health care services: An investigation from National Family Health Survey (2015–16) in India. *Children and Youth Services Review*, v.108, January 2020.

Yadav, A. K. et al.; Sahni, B.; Kumar, D.; Bala, K.; Kalotra, A. Effect of women's and partners' education on maternal health-care services utilization in five empowered action group States of India: an analysis of 13,443 women of reproductive age. *International Journal of Applied and Basic Medical Research*, v.11, n.4, p.231-237. 2021.

RESEARCH GATE. Caste, social inequalities and maternal healthcare services in India: evidence from the national family and health survey. 2022. Available from: [https://www.researchgate.net/publication/364318131\\_Caste\\_Social\\_Inequalities\\_and\\_M](https://www.researchgate.net/publication/364318131_Caste_Social_Inequalities_and_M)

---

<sup>51</sup> National Service Scheme is a central scheme of government of India, ministry of youth affairs and sports.

Maternal Healthcare Services in India Evidence from the National Family and Health Survey . Access on 30 Nov. 2024.

Sanneving, L. et al.; Trygg, N.; Saxena, D.; Mavalankar, D.; Thomsen, S. (2013). Inequity in India: the case of maternal and reproductive health. *Global health action*, v.6, n.1.

Hamal, M. et al.; Dieleman, M.; De Brouwere, V; de Cock Buning, T. Social determinants of maternal health: a scoping review of factors influencing maternal mortality and maternal health service use in India. *Public Health Reviews*, v.41, p.1-24.

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. III, art.21 (Protection of life and personal liberty.—No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.)

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. III, art. 21(A) [Right to education-The state shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such a manner as the state may by law, determine.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 38 (1) [The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 38 (2) [The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art. 39 [(a) that the citizens, men and women equally, have the right to an adequate means of livelihood; (d) that there is equal pay for equal work for both men and women;]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 41 [The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 42. [—The State shall make provision for securing just and humane conditions of work and for maternity relief]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, pt. IV, art 43. [—The State shall endeavour to secure, by suitable legislation or economic organisation or in any other way, to all... ensuring a decent standard of life and full enjoyment of leisure and social and cultural opportunities and, in particular..]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 22 - [Trade unions; industrial and labour disputes.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 23 -[Social security and social insurance; employment and unemployment.]

THE CONSTITUTION OF INDIA, 1950, List III, Entry 24 -[Welfare of labour including conditions of work, provident funds, employers' liability, workmen's compensation, invalidity and old age pensions and maternity benefits.]

National Service Scheme is a central scheme of government of India, ministry of youth affairs and sports.

# O DIREITO À DESCONEXÃO E O TRABALHO À DISTÂNCIA NA ITÁLIA

## *THE RIGHT TO DISCONNECT AND REMOTE WORK IN ITALY*

Recebido em: 11/12/2024  
Aprovado em: 20/12/2024

Maria Cristina Cataudella\*  
Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho\*

**RESUMO:** As reflexões jurídicas sobre o direito à desconexão têm interessado a empregados, empregadores e suas respectivas associações de classe. Um estado permanente de conexão entre empregados e empregadores é fator disruptivo da revolução digital e tem generalizado patologias psicossociais e físicas no segmento dos trabalhadores intelectuais. A imposição de limites à novidade tecnológica tem sido pauta frequente das lutas operárias. Por outro lado, as pesquisas proliferam no sentido de que uma equipe de trabalho saudável gera produtividade e evita o absenteísmo, o que interessa objetivamente aos empregadores. O presente estudo objetiva conhecer a disciplina do direito à desconexão no trabalho remoto na Itália, de modo que sirva ao estudo comparado. A conclusão é no sentido de que a normatização italiana acerca do direito à desconexão pode oferecer contribuições, mas ainda exige consolidação, especialmente em razão da aparente ausência de uma noção e de um valor peninsular a respeito da duração diária de trabalho, especialmente no trabalho remoto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Desconexão. Revolução Digital. Trabalho Remoto. Duração de Trabalho.

**ABSTRACT:** Legal reflections on the right to disconnect have been of interest to employees, employers and their respective professional associations. A permanent state of connection between employees and employers is a disruptive factor of the digital revolution and has widespread psychosocial and physical pathologies in the segment of intellectual workers. The imposition of limits on technological innovation has been a frequent topic of workers' struggles. On the other hand, research is proliferating in the sense that a healthy work team generates productivity and prevents absenteeism, which is of objective interest to employers. This study aims to understand the discipline of the right to disconnect in remote work in Italy, so that it can be used for comparative study. The conclusion is that Italian regulations regarding the right to disconnect can offer contributions, but still require consolidation, especially due to the apparent absence of a notion and a value in the peninsula regarding the daily working hours, especially in remote work.

**KEYWORDS:** Right to Disconnect. Digital Revolution. Remote Work. Working Hours. Italian Law.

### 1. IL LAVORO A DISTANZA IN ITALIA

In Italia esistono tre forme di lavoro a distanza: il lavoro a domicilio, il telelavoro e il lavoro agile.

---

\* Professora da Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*.

\*\* Professor da Faculdade Damas. Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

Il lavoro a domicilio<sup>52</sup>, sul quale mi soffermerò meno poiché si tratta di una modalità di lavoro ormai poco diffusa e superata dalle altre due forme di lavoro da remoto, si caratterizza per il fatto che la prestazione di lavoro viene eseguita nel domicilio del lavoratore o in un locale nella sua disponibilità<sup>53</sup>. Questa modalità di lavoro è regolata, solo laddove la prestazione si svolga in modo subordinato<sup>54</sup>, dalla l. 18 dicembre 1973 n. 877 “*Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio*”, che contiene la definizione di lavoratore a domicilio<sup>55</sup> e alcune norme di disciplina dello stesso.

Anche nel telelavoro la prestazione viene svolta al di fuori dei locali dell’impresa ma la postazione di lavoro può coincidere sia con il domicilio del lavoratore che con un locale nella disponibilità del datore di lavoro<sup>56</sup>. L’elemento che caratterizza il telelavoro è che la prestazione viene necessariamente svolta attraverso strumentazioni tecnologiche<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> In dottrina sul lavoro a domicilio cfr. *ex plurimis*: F. AMIRANTE, *Lavoro a domicilio*, in *Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazione delle imprese*, Bari, 1996, p. 208 ss.; G. BALANDI, *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, in *Rivista di giurisprudenza del lavoro*, 1975, I, p. 581 e ss.; Bologna, M. DE CRISTOFORO, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978; R. FLAMMIA, voce *Telelavoro*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1993, p. 4 e ss.; L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993; D. GOTTARDI, voce “*Lavoro a domicilio*”, in *Digesto commentato*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 182 e ss.; L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in *Commentario al codice civile Schlesinger*, Milano, 2000; F. SANTINI, *La subordinazione nel lavoro a domicilio: una questione ancora aperta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p. 41 e ss.

<sup>53</sup> Se la prestazione viene svolta in locali di pertinenza del datore di lavoro, il lavoratore non è considerato lavoratore a domicilio – anche se, per ipotesi, versa al datore di lavoro un corrispettivo per l’uso dei locali – ma è considerato un “normale” lavoratore subordinato a tempo indeterminato (art. 1, 3° comma, l. n. 877 del 1973).

<sup>54</sup> La legge n. 877 del 1973 disciplina il solo lavoro a domicilio subordinato e introduce una nozione di subordinazione attenuata e derogatoria rispetto a quella generale di cui all’art. 2094 del Codice Civile: «*La subordinazione, agli effetti della presente legge e in deroga a quanto stabilito dall’articolo 2094 del codice civile, ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell’imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell’intera lavorazione di prodotti oggetto dell’attività dell’imprenditore committente*» (art. 1, comma 2, l. n. 877 del 1973).

<sup>55</sup> L’art. 1 della l. n. 877 del 1973 definisce lavoratore a domicilio “*chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l’aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi*”.

<sup>56</sup> Sul telelavoro cfr.: M. BIAGI, T. TREU, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2002, p. 5 e ss.; F. DE FALCO, *Luogo di lavoro e adempimento della prestazione*, Napoli, 2012; R. FLAMMIA, *Telelavoro*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1996; L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, cit.; L. GAETA, P. PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; M. LAI, *La sicurezza del telelavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002; M. LEPORE, *La sicurezza e la tutela della salute dei telelavoratori. L’accordo europeo del 16 luglio 2002*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, p. 813 e ss.; L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000; F. TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006.

<sup>57</sup> “*Il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell’informazione nell’ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l’attività*

Il telelavoro è regolato nel pubblico impiego dall'art. 4 della l. 16 giugno 1998, n. 191 e dal regolamento di attuazione della stessa (D.P.R. n. 70 del 1999 “*Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell'articolo 4, comma 3, della L. 16 giugno 1998, n. 191*”); mentre nell'impiego privato è disciplinato dall'accordo interconfederale del 9 giugno 2004<sup>58</sup> e dai contratti collettivi.

Il lavoro agile<sup>59</sup> è l'ultima forma di lavoro da remoto introdotta in Italia ed è oggi certamente anche quella maggiormente diffusa. Alla sua diffusione ha contribuito significativamente l'emergenza pandemica, che ha visto, almeno nella sua prima fase, una percentuale elevatissima di lavoratori svolgere la loro prestazione in modalità agile<sup>60</sup>.

Il lavoro agile è disciplinato dalla l. n. 81 del 2017<sup>61</sup> “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*”, che lo definisce all'art. 18 come «una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra

---

*lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*” (così l'art. 1 dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004).

“*Ai fini del presente decreto s'intende (...) per "telelavoro" la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una delle amministrazioni pubbliche (...) in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce*” (art. 2 del D.P.R. n. 70 del 1999).

<sup>58</sup> L'accordo interconfederale recepisce, a sua volta, l'accordo europeo sul telelavoro stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP.

<sup>59</sup> Sul lavoro agile cfr., *ex plurimis*: E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3, p.773 e ss.; AA. VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di M. Verzaro, Napoli, 2018; AA. VV., *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile - occasionale*, a cura di D. Garofalo, Adapt University Press, 2018; AA.VV., *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, Piacenza, 2020.

<sup>60</sup> Secondo i dati raccolti dall'*Osservatorio sullo smart working* del Politecnico di Milano, a marzo 2020 circa il 40% dei lavoratori italiani svolgeva la sua prestazione in modalità agile (si tratta di una percentuale più alta rispetto alla media europea che era, per lo stesso periodo, del 37 %, pur partendo l'Italia, rispetto ad altri Paesi Europei in una posizione di svantaggio); il numero è poi sceso dai 6.6 milioni di lavoratori di marzo 2020 ai circa 5 milioni di lavoratori di settembre 2020, ovvero a circa un terzo dei lavoratori italiani (33,8%). Nel corso del 2021, con l'avanzare della campagna vaccinale e la conseguente ripresa delle attività in presenza, il numero dei lavoratori agili è diminuito ulteriormente, passando da 5,37 milioni nel primo trimestre dell'anno, a 4,71 milioni nel secondo trimestre, per arrivare a 4,07 milioni nel terzo trimestre. Questi dati sono consultabili in: <https://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/smart-working-italia-numeri-trend>.

Sul lavoro agile durante l'emergenza pandemica cfr. A.M. BATTISTI, M.C. CATAUDELLA, *Le funzioni del lavoro a distanza durante l'emergenza epidemiologica: strumento di tutela della salute dei lavoratori e di conciliazione vita/lavoro*, in AA. VV., *O trabalho na pandemia. Italia e Brasil em dialogo*, a cura di M. Barbato, M.C. Cataudella, M. Mocella, F. Testa, Editora RTM, 2023, p. 141 e ss.

<sup>61</sup> In vero, il lavoro agile era già diffuso in Italia, anche prima della legge del 2017, perché era previsto da diversi contratti collettivi. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *w.p. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 335 del 2017, p. 5, osserva come, già prima dell'entrata in vigore della legge vi fossero sei contratti collettivi nazionali e almeno ventiquattro contratti collettivi aziendali che introducevano il lavoro agile.

*le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».*

Da questa definizione emerge chiaramente che il lavoro agile, analogamente al telelavoro, non è un nuovo tipo o un nuovo sottotipo di lavoro ma, più semplicemente, “una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro”<sup>62</sup>. Il legislatore, inoltre, cercando di risolvere, *a priori*, qualsiasi dubbio di qualificazione del rapporto – che poteva emergere in ragione delle particolari modalità di svolgimento della prestazione<sup>63</sup> - chiarisce anche che si tratta di una modalità di esecuzione del solo “rapporto di lavoro subordinato”<sup>64</sup>.

I tratti caratterizzanti del lavoro agile sono l’assenza di precisi vincoli di orario e di luogo: la scelta dei tempi di lavoro e dei luoghi di svolgimento della prestazione sono infatti rimessi al lavoratore, che ha molta più autonomia rispetto ad un lavoratore che svolge la sua prestazione in presenza. Non caratterizza, invece, il lavoro agile un’“organizzazione per fasi, cicli e obiettivi”, che - se pure auspicata dal legislatore - non è necessaria per configurare la fattispecie, e neppure l’“utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa”, che è “possibile” non necessaria.

Il lavoro agile si differenzia dal lavoro a domicilio perché la prestazione non viene eseguita necessariamente nel domicilio del lavoratore ma il lavoratore può scegliere, di volta in volta, dove preferisce svolgerla.

Si differenzia, invece, dal telelavoro sia per l’assenza di una postazione fissa sia perché l’uso di strumenti tecnologici non è un requisito essenziale affinché si configuri la fattispecie.

Il legislatore detta una disciplina minimale del lavoro agile, rimettendo all’accordo individuale tra le parti<sup>65</sup> alcuni tra gli aspetti più delicati di disciplina del rapporto. Spetta, infatti, all’accordo – che deve essere stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova (art. 19, comma 1, d.lgs. 81 del 2017) – disciplinare “l’esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali

---

<sup>62</sup> Così S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro e oltre i confini della pubblica amministrazione*, in *Lavoro diritti e Europa*, n. 1, 2021, p. 5.

<sup>63</sup> In particolare dalla circostanza che la prestazione si svolge senza precisi vincoli di orario di lavoro e di luogo della prestazione e che le modalità di esecuzione della prestazione possono essere organizzate anche “con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi”.

<sup>64</sup> In vero, questa presa di posizione del legislatore non è di per sé sufficiente ad escludere la possibilità che esista anche un lavoro agile autonomo, non potendosi prescindere, nella qualificazione di un rapporto di lavoro, dalle effettive modalità di esecuzione della prestazione.

<sup>65</sup> L’accordo tra le parti è necessario per attivare la modalità agile di lavoro (così art. 18 del d.lgs. 81 del 2017).

aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore” (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2017), regolamentare l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro quando la prestazione del lavoratore è svolta fuori dai locali aziendali (art. 21, comma 1, d.lgs. 81 del 2017), individuare “*le condotte, connesse all’esecuzione della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali, che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari*” (art. 21, comma 1, d. lgs. n. 81 del 2017) nonché “*le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*”<sup>66</sup> (art. 19, comma 1, d. lgs. 81 del 2017).

Nel prosieguo della trattazione si farà riferimento principalmente al lavoro agile, sia perché è la modalità più diffusa in Italia di lavoro a distanza sia perché è anche disciplinato in modo più dettagliato rispetto alle altre due fattispecie.

## 2. L’ORARIO DEL LAVORATORE A DISTANZA

Si è detto che l’elemento che caratterizza maggiormente il lavoratore agile è che questo generalmente svolge la sua prestazione “*senza precisi vincoli di orario (...) entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*” (art. 18, comma 1°, d. lgs. n. 81 del 2017). Questo significa che – laddove l’orario di lavoro sia rimesso integralmente alla sua autodeterminazione<sup>67</sup> - può svolgere la sua prestazione quando desidera ma non può superare i limiti di durata massima della giornata e della settimana lavorativa fissati dalla legge e dalla contrattazione collettiva, ad imprescindibile salvaguardia della salute e della sicurezza dei lavoratori<sup>68</sup>.

Per quanto riguarda la durata massima della giornata lavorativa, la prima norma di riferimento è l’art. 36, 2° comma, Cost. che stabilisce che tale durata deve essere fissata dalla legge (“*La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge*”). Questo implica non solo che deve essere necessariamente stabilita una durata massima della giornata lavorativa ma anche che questa durata deve essere determinata dalla legge, e non, da un’altra fonte come, ad esempio, la contrattazione collettiva.

---

<sup>66</sup> Sui limiti alla durata della prestazione e sul diritto alla disconnessione si tornerà più analiticamente nel prosieguo della trattazione.

<sup>67</sup> Le effettive modalità di esecuzione della prestazione del lavoratore agile sono infatti rimesse all’accordo individuale delle parti (così artt. ...), che può anche limitare l’autodeterminazione dell’orario di lavoro.

<sup>68</sup> Sulla questione dell’orario di lavoro del lavoratore agile v. ampiamente S. BELLOMO, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro*, in *Federalismi.it.*, 2022, in particolare p. 181 e ss.

La disciplina dell'orario di lavoro è anche contenuta nel codice civile<sup>69</sup> e nel d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66, che dà attuazione alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE “*concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*”.

Il d. lgs. 66 del 2003, in analogia alle due direttive cui dà attuazione, non fissa, in vero, una durata massima dell'orario giornaliero di lavoro ma solo la durata media e massima della settimana lavorativa (rispettivamente all'art. 3 “*Orario di lavoro*” e all'art. 4 “*Durata massima dell'orario di lavoro*”). Poiché manca nell'ordinamento italiano una norma che fissi la durata massima della giornata lavorativa si è posta una questione di costituzionalità della disciplina dell'orario di lavoro<sup>70</sup>. Il problema viene tuttavia superata dalla previsione contenuta all'art. 7 del d.lgs. 66 del 2003 che fissa la durata del riposo giornaliero minimo del lavoratore in 11 ore consecutive ogni 24 ore. Se il lavoratore ha diritto ad almeno 11 ore di riposo giornaliero, la sua giornata lavorativa non potrà superare le 13 ore giornaliere. Va anche considerato che i contratti collettivi generalmente fissano una durata massima della giornata lavorativa inferiore alle 13 ore dell'art. 7.

Per quanto riguarda i limiti alla durata massima della settimana lavorativa, questi sono previsti, come già anticipato, dall'art. 4 del d.lgs. 66 del 2003. La norma rimette la durata massima della settimana lavorativa alla contrattazione collettiva (comma 1°) ma prevede altresì che la durata dell'orario di lavoro settimanale non possa in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario (comma 2°); e che questa durata media debba essere calcolata con riferimento ad un periodo non superiore a quattro mesi (comma 3°), salvo che i contratti collettivi elevino tale limite a sei mesi o anche fino a dodici mesi “*a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi*” (comma 4°).

Il lavoratore agile deve pertanto rispettare questi due limiti<sup>71</sup> e gli eventuali altri limiti fissati dalla contrattazione collettiva che riguardino sempre la durata massima della giornata e della settimana lavorativa.

---

<sup>69</sup> Agli artt. 2017 e ss. del codice civile, che non fissano tuttavia limiti alla durata della prestazione lavorativa.

<sup>70</sup> Sulla questione della costituzionalità cfr., *ex plurimis*: V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 40/2006; G. RICCI, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 79/2010.

<sup>71</sup> Tra i due limiti quello più significativo è certamente quello di durata massima della giornata lavorativa poiché il rispetto della durata massima settimanale presuppone un controllo preciso delle ore lavorate ogni giorno, controllo che risulta difficile quando il lavoro viene svolto a distanza, sia per l'assenza di vincoli orari precisi, sia per la limitata possibilità di monitoraggio dell'orario di lavoro da parte del datore di lavoro.

Non ritengo, invece, che il lavoratore sia soggetto alle altre norme di disciplina dell'orario di lavoro, a meno che nell'accordo individuale le parti si siano messe d'accordo in tal senso (ad es. prevedendo che il lavoratore sia tenuto al rispetto dello stesso orario di lavoro che aveva in presenza)<sup>72</sup>.

Un discorso parzialmente diverso deve essere fatto per il telelavoro. Se la nota caratteristica del lavoro agile è l'assenza di precisi vincoli di luogo e di tempo, l'elemento che caratterizza il telelavoro è l'uso di tecnologie informatiche per svolgere la prestazione lavorativa (così art. 1, comma 1, dell'Accordo interconfederale 9 giugno e art. 2 del D.P.R. 70 del 1999). Il telelavoratore può quindi anche avere un orario di lavoro simile a quello dei lavoratori in presenza, soprattutto quando la prestazione si svolge in un luogo di proprietà del datore di lavoro. Quando il telelavoratore non ha un orario di lavoro fisso e può organizzare autonomamente i tempi della sua prestazione, anche se non c'è una previsione espressa di legge o di contratto collettivo come per il lavoro agile, ritengo che debbano comunque applicarsi almeno i limiti di durata massima della giornata e della settimana lavorativa.

Per quanto riguarda il lavoro a domicilio, si presuppone che il prestatore di lavoro, svolgendo la prestazione nel suo domicilio, non sia vincolata ad alcun orario, tanto che viene remunerato con una retribuzione a cottimo pieno, ovvero calcolata integralmente in funzione del risultato produttivo<sup>73</sup>.

### **3. TEMPO DI DISCONNESSIONE E DIRITTO ALLA DISCONNESSIONE**

Dal periodo di riposo, che l'art. 7 del d.lgs. n. 66 del 2003 fissa in undici ore consecutive, va distinto il periodo di disconnessione, ovvero il periodo nel quale il lavoratore si astiene dallo svolgere mansioni, attività e comunicazioni elettroniche lavorative, come telefonate, email e altri messaggi.

Sebbene i confini tra periodo di riposo e periodo di disconnessione appaiano spesso labili, tanto da porre in dubbio che sussista effettivamente una differenza tra i due, questi, a mio avviso, non coincidono pienamente. Il periodo di disconnessione riguarda, infatti, solo le attività lavorative che prevedono l'utilizzazione di strumenti tecnologici da

---

<sup>72</sup> E' evidente che in questi casi viene meno uno degli elementi che caratterizza questa modalità di lavoro e che la rende "agile".

<sup>73</sup> Nella retribuzione a cottimo i lavoratori non vengono remunerati in funzione del tempo di lavoro ma in funzione del risultato (art. 2099 cod. civ.). In linea generale i lavoratori non possono essere retribuiti interamente a cottimo perché questo potrebbe ledere il principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione fissato dall'art. 36, 1° comma, Cost. Fanno eccezione proprio i lavoratori a domicilio proprio perché non

parte del lavoratore; inoltre, il periodo di disconnessione potrebbe anche non coincidere con il periodo di riposo perché potrebbe estendersi durante l'orario di lavoro oppure essere limitato durante il periodo di riposo, laddove il lavoratore si sia obbligato ad essere reperibile.

In conclusione: il tempo di disconnessione può ma non deve coincidere necessariamente con il tempo di riposo.

L'esistenza di un periodo di disconnessione implica il diritto del lavoratore a non essere sempre raggiungibile dal datore di lavoro o dai colleghi, senza per questo essere considerato inadempiente o anche solo essere criticato: c.d. diritto alla disconnessione<sup>74</sup>.

La previsione di un diritto alla disconnessione garantisce i lavoratori dai rischi della iper-connessione, quali l'aumento dello stress lavoro correlato e delle patologie ad esso associate, in particolare, la sindrome da burn-out<sup>75</sup> e il techno-stress<sup>76</sup>.

La iper connessione non rappresenta, tuttavia, solo un rischio per la salute del lavoratore ma anche ma anche per la sua capacità di conciliare la vita lavorativa con quella personale e familiare. Per un lavoratore iperconnesso, diventa infatti ancora più difficile delimitare i confini tra tempi di lavoro e tempi personali<sup>77</sup>. La flessibilità organizzativa,

---

<sup>74</sup> Sul diritto alla disconnessione si consenta di rinviare a M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 853 e ss. Cfr. anche: A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Dell'obbligo di disconnessione nel lavoro agile: effetti, responsabilità e tutele*, in *Mass. giur. lav.*,

<sup>75</sup> Il *burn-out* è stato riconosciuto come "sindrome" dal maggio 2019 e, in quanto tale, viene elencato nell'International Classification of Disease (ICD). Secondo l'ICD è un problema collegato al lavoro (non una condizione medica) ed è il risultato della sottoposizione ad uno stress cronico che non è stato gestito con successo. È caratterizzato da tre dimensioni: percezione di perdita di energie; aumento della distanza dal proprio lavoro, con sensazione di perdita di empatia e cinismo; riduzione DELL'EFFICACIA professionale. Originariamente la sindrome da burn-out era stata ricollegata alle c.d. "*helping professions*", ovvero quelle sanitarie e assistenziali che prevedono un contatto diretto con persone che vivono disagi o necessitano di cure e attenzioni costanti (infermieri, insegnanti, assistenti sociali, medici, psicologi, sacerdoti, poliziotti, ecc.), oggi, secondo l'Istituto Nazionale della Salute americano, chiunque può soffrire di burn-out, anche il manager, l'imprenditore o la casalinga.

Uno dei primi a descrivere tale fenomeno e a definirlo è stato lo psicologo tedesco Herbert Freudenberger nel 1974 (H. FREUDENBERGER, *Staff Burn-out*, in *Journal of Social Issues*, 1974, p. 159 ss.); cfr. anche C. CHERNISS, *La sindrome del burn-out*, Torino, 1983; L. CARLINI, L. FIDENZI, G. GUALTIERI, G. NUCCI, A. FAGIOLINI, A. COLUCCI, M. GABRIELLI, *Analisi e valutazione medico-legale della sindrome da burnout nell'ambito delle helping profession e della tutela INAIL per i casi di malattia e di suicidio*, in *Riv. di psichiatria*, vol. 51, n. 13, 2016; F. Pellegrino, G. ESPOSITO, *Burn-out, mobbing e malattie da stress lavoro. Il rischio psico-sociale e lo stress lavoro-correlato*, Verona, 2019, in partic. p. 45 ss.

<sup>76</sup> Il techno-stress è una sindrome da stress causata dall'uso smodato di tecnologie informatiche. Il termine è stato coniato nel 1984 da Craig Brod (C. Broad, *Technostress: the human cost of computer revolution*, Basic Books, 1984), che lo definì come "un disagio moderno causato dall'incapacità di coabitare con le nuove tecnologie del computer".

Il techno-stress rientra tra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a prevenire ed è riconosciuto come malattia professionale non tabellata dall'Inail, con onere della prova della derivazione dello stress dall'uso di tecnologie sul lavoro a carico del lavoratore

<sup>77</sup> Un concetto che rende bene l'idea di questa difficoltà è quello di *time porosity*: il tempo di lavoro diventa permeabile e questo fa sì che vi sia una sovrapposizione strutturale tra *tempo* di lavoro e tempo personale

che dovrebbe aiutare a realizzare un equilibrio tra lavoro e vita privata, finisce invece per confondere ulteriormente la vita personale con quella lavorativa e il tempo di lavoro con quello libero (il cosiddetto *work-life blending*).

Sebbene un problema di iper-connessione si ponga per tutti i lavoratori che si avvalgono delle tecnologie informatiche per svolgere la loro prestazione, il problema è associato in modo particolare ai lavoratori a distanza. Da un rapporto di Eurofound del 2017<sup>78</sup> emerge che chi lavora da remoto ha il doppio delle probabilità, rispetto a chi svolge la propria attività nei locali aziendali, di lavorare oltre le 48 ore settimanali massime previste e di riposare meno delle 11 ore previste fra un giorno lavorativo e l'altro; inoltre, quasi il 30% dei lavoratori da remoto dichiara di lavorare nel proprio tempo libero tutti i giorni o più volte alla settimana, a fronte del 5% dei lavoratori in sede.

Questo spiega perché il diritto alla disconnessione – già previsto in alcuni (pochi) Paesi europei - ha iniziato a diffondersi in Europa nel momento in cui una percentuale elevatissima di lavoratori hanno iniziato a svolgere la loro prestazione a distanza.

In Italia, esiste un diritto alla disconnessione ma esclusivamente per i lavoratori agili.

La disciplina è contenuta all'art. 19 della l. 81 del 2017, che rimette all'accordo individuale tra le parti l'individuazione delle “*misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*”. Come è stato evidenziato dai primi commentatori della norma, si tratta di una disposizione dotata di scarsa effettività<sup>79</sup> perché non fissa, nessun criterio o condizione della disconnessione, rimettendola integralmente alla determinazione delle parti, e non prevede alcuna sanzione per l'ipotesi in cui le parti omettano di definire le misure di disconnessione o non le rispettino. Dubbie, proprio in ragione del silenzio del legislatore

---

(sul concetto di time porosity cfr. E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 32, n. 3, p. 280 ss.; v. anche I. MOSCARITOLE, “*Time Porosity*”: una chiave di lettura per la nuova realtà del tempo di lavoro, in *Bollettino Adapt*, 13 febbraio 2017.

<sup>78</sup> International Labour Office, *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, Joint, ILO-Eurofound Report, Ginevra, 2017, in [www.eurofound.it](http://www.eurofound.it)

<sup>79</sup> Perplexità sull'effettività della norma sono espresse, sia pure con accentuazioni diverse, da: G. DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, n. 6/2017, p. 177 ss.; R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour & Law Issues*, vol. 5, n. 2, 2019; V. MAIO, *Lo smart working emergenziale tra diritti di connessione e di disconnessione*, in AA.VV., *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, Piacenza, 2020, p. 93 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, p. 155.

sul punto, sono anche le conseguenze dell'omissione di misure di disconnessione nell'accordo individuale o del mancato rispetto delle stesse da parte del datore di lavoro<sup>80</sup>.

Nonostante il legislatore abbia deciso di delegare ad un accordo tra le parti l'individuazione delle misure di disconnessione - esautorando così la contrattazione collettiva da una funzione che avrebbe potuto probabilmente svolgere in modo più efficace rispetto all'autonomia individuale - le parti sociali si sono, almeno in parte, appropriate dello spazio lasciato all'accordo individuale, intervenendo in modo sempre più incisivo sulla disciplina del diritto alla disconnessione.

Particolarmente interessante appare la disciplina del diritto alla disconnessione contenuta nella contrattazione collettiva del pubblico impiego. La contrattazione collettiva individua una "fascia di contattabilità" e una fascia di inoperabilità".

Durante la fascia di contattabilità il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari. Tale fascia oraria non può essere superiore all'orario medio giornaliero di lavoro.

Nella fascia di contattabilità, il lavoratore può richiedere, ove ne ricorrano i relativi presupposti, la fruizione dei permessi orari previsti dai contratti collettivi o dalle norme di legge.

Durante la "fascia di inoperabilità" il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa. Tale fascia comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo a cui il lavoratore è tenuto nonché il periodo di lavoro notturno tra le ore 22:00 e le ore 6:00 del giorno successivo

Per quanto riguarda l'Unione Europea, manca ancora una disciplina del diritto alla disconnessione ma il tema è stato affrontato dal Parlamento europeo con la risoluzione sul diritto alla disconnessione.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Vi è chi ha prospettato la possibilità che possa configurarsi un'ipotesi di nullità del contratto ex art. 1418 c.c. per mancanza di un elemento essenziale dell'accordo individuale (in questi termini M. CUTTONE, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, cit., p. 58. Si tratta di soluzione, tuttavia, che non convince, non potendosi considerare, anche per la formulazione della norma, le misure di disconnessione un requisito essenziale dell'accordo di lavoro agile ai sensi dell'art. 1325 c.c.

<sup>81</sup> E anche dalle parti sociali con L'Accordo quadro sulla Digitalizzazione (*European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation*), che è stato firmato il 22 giugno del 2020 da ETUC (*European Trade Union Confederation*) e dalle organizzazioni datoriali a livello europeo (*BusinessEurope, Ceep, Sme United*), e si pone l'obiettivo di rendere la transizione digitale consensuale e positiva sia per le imprese che per i lavoratori.

Le parti sociali vedono l'uso di strumenti digitali sul lavoro come un'opportunità per una maggiore flessibilità, ma riconoscono anche i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e per l'organizzazione aziendale. Per mitigare questi rischi, propongono misure pratiche come il rispetto dell'orario di lavoro, la

Il Parlamento europeo, preso atto che non esiste a livello di Unione europea una normativa sul diritto alla disconnessione e che i Paesi membri hanno affrontato la questione in modo diverso, invita la Commissione Europea ad emanare una direttiva che identifichi il diritto alla disconnessione e lo tuteli. La risoluzione contiene anche una proposta di direttiva, allegata alla risoluzione.

La proposta di direttiva si apre con una norma che ne individua l'ambito di applicazione e fissa le finalità della stessa (art. 1)<sup>82</sup>.

L'art. 2 contiene le definizioni di “*disconnessione*”<sup>83</sup> e di “*orario di lavoro*” attraverso il rinvio all'art. 2, punto 1, della direttiva 2003/88/CE.

La disconnessione viene qualificata come un “*diritto*” dei lavoratori, che deve essere attuato dai datori di lavoro “*in modo equo, lecito e trasparente*” (art. 3).

Ai sensi dell'art. 4, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, devono garantire ai lavoratori “almeno” le seguenti condizioni di lavoro: “*le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi, compreso qualsiasi strumento di monitoraggio legato al lavoro*”; “*il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro*”; le “*valutazioni della salute e della sicurezza, comprese le valutazioni del rischio psicosociale, in relazione al diritto alla disconnessione*”; “*i criteri per la concessione di una deroga ai datori di lavoro dall'obbligo di attuare il diritto dei lavoratori alla disconnessione*”<sup>84</sup>; “*le misure di sensibilizzazione, compresa la formazione sul luogo di lavoro, che i datori di lavoro sono tenuti ad adottare riguardo alle condizioni di lavoro*”. Il compito di stabilire queste misure spetta alla legge o ai contratti collettivi; in questo secondo caso gli Stati membri si devono preoccupare di garantire le stesse tutele anche ai lavoratori ai quali non si applicano i contratti collettivi.

Grava sui datori di lavoro anche un obbligo di informazione (“*informazioni chiare, sufficienti ed adeguate*”) a favore dei lavoratori che ha ad oggetto le modalità di attuazione del diritto alla disconnessione.

---

formazione sull'uso degli strumenti digitali e l'evitare contatti fuori orario. L'Accordo quadro sottolinea l'importanza di una cultura che non obblighi i lavoratori a essere sempre reperibili e che non li penalizzi per non esserlo.

<sup>82</sup> La direttiva si applica a tutti i lavoratori e a tutti i settori, sia pubblici che privati, “*indipendentemente dal loro status e dalle loro modalità di lavoro*” ed ha l'obiettivo di fissare delle prescrizioni minime che permettano ai lavoratori di esercitare il diritto alla disconnessione senza subire ritorsioni da parte dei datori di lavoro.

<sup>83</sup> “*(...) il mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro*”.

<sup>84</sup> In caso di deroga devono fissare “*i criteri per stabilire le modalità di calcolo della compensazione per il lavoro svolto al di fuori dell'orario di lavoro*”.

A tutela dei lavoratori che esercitino (o tentino di esercitare) il diritto alla disconnessione si prevede il divieto di discriminazione, di trattamenti meno favorevoli e di licenziamento (art. 5, par. 1)<sup>85</sup>.

Vi sono significative differenze tra la proposta di direttiva e la normativa italiana: nella proposta di direttiva il diritto alla disconnessione viene riconosciuto a tutti i lavoratori che utilizzano strumentazioni tecnologiche per svolgere la loro prestazione (sia privati che pubblici, sia in presenza che a distanza); le misure per attuare il diritto alla disconnessione sono già specificate dalla legge; la contrattazione collettiva viene individuata come strumento preferenziale di regolamentazione del diritto alla disconnessione; il diritto alla disconnessione deve essere assistito da sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*».

## REFERÊNCIAS

A. Preteroti, S. Caioli, Dell'obbligo di disconnessione nel lavoro agile: effetti, responsabilità e tutele, in Mass. giur. lav.

A.M. Battisti, M.C. Cataudella, Le funzioni del lavoro a distanza durante l'emergenza epidemiologica: strumento di tutela della salute dei lavoratori e di conciliazione vita/lavoro, in AA. VV., O trabalho na pandemia. Italia e Brasil em dialogo, a cura di M. Barbato, M.C. Cataudella, M. Mocella, F. Testa, Editora RTM, 2023, p. 141 e ss

AA. VV., Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi, a cura di M. Verzaro, Napoli, 2018

AA. VV., La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile -occasionale, a cura di D. Garofalo, Adapt University Press, 2018

AA.VV., Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza, a cura di M. Martone, Piacenza, 2020.

C. Cherniss, La sindrome del burn-out, Torino, 1983

C. Spinelli, Tecnologie digitali e lavoro agile, Bari, 2018, p. 155.

D. Gottardi, voce "Lavoro a domicilio", in Digesto commentato, vol. VIII, Torino, 1992, p. 182 e ss.

---

<sup>85</sup> Come avviene per le discriminazioni sarà sufficiente per il lavoratore fornire in giudizio degli elementi che facciano presumere che il licenziamento o gli eventuali altri trattamenti meno favorevoli siano dovuti all'esercizio o al tentativo di esercitare il diritto alla disconnessione; spetterà poi al datore di lavoro dimostrare che alla base del licenziamento o di trattamenti meno favorevoli vi siano motivi diversi (art. 5, par. 3).

E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017, Adapt University Press, 2017

E. Genin, Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 32, n. 3, p. 280 ss.

F. Amirante, Lavoro a domicilio, in *Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazione delle imprese*, Bari, 1996, p. 208 ss.

F. De Falco, Luogo di lavoro e adempimento della prestazione, Napoli, 2012; R. Flammia, Telelavoro, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1996

F. Pellegrino, G. ESPOSITO, Burn-out, mobbing e malattie da stress lavoro. Il rischio psico-sociale e lo stress lavoro-correlato, Verona, 2019, in partic. p. 45 ss.

F. Santini, La subordinazione nel lavoro a domicilio: una questione ancora aperta, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p. 41 e ss.

F. Toffoletto, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Milano, 2006.

G. Balandi, La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio, in *Rivista di giurisprudenza del lavoro*, 1975, I, p. 581 e ss.; Bologna

G. De Nardo, Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 6/2017, p. 177 ss.

G. Franza, Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso, in *Dir. rel. ind.*, n. 3, p.773 e ss.

G. Ricci, Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 79/2010.

H. Freudenberger, Staff Burn-out, in *Journal of Social Issues*, 1974, p. 159 ss.

I. Moscaritolo, "Time Porosity": una chiave di lettura per la nuova realtà del tempo di lavoro, in *Bollettino Adapt*, 13 febbraio 2017.

International Labour Office, *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, Joint, ILO-Eurofound Report, Ginevra, 2017, in [www.eurofound.it](http://www.eurofound.it)

L. Carlini, L. Fidenzi, G. Gualtieri, G. Nucci, A. Fagiolini, A. Colucci, M. Gabrielli, Analisi e valutazione medico-legale della sindrome da burnout nell'ambito delle helping profession e della tutela INAIL per i casi di malattia e di suicidio, in *Riv. di psichiatria*, vol. 51, n. 13, 2016

- L. Gaeta, Lavoro a distanza e subordinazione, cit.
- L. Gaeta, Lavoro a distanza e subordinazione, Napoli, 1993
- L. Gaeta, P. Pascucci, Telelavoro e diritto, Torino, 1998
- L. Nogler, Lavoro a domicilio, in Commentario al codice civile Schlesinger, Milano, 2000
- L. Nogler, Lavoro a domicilio, Milano, 2000
- M. Biagi, T. Treu, Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano, in Diritto delle relazioni industriali, 2002, p. 5 e ss.
- M. Cuttone, Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile, in AA.VV., Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi, cit., p. 58.
- M. De Cristoforo, Il lavoro a domicilio, Padova, 1978
- M. Lai, La sicurezza del telelavoro tra legge e contrattazione collettiva, Torino, 2002
- M. Lepore, La sicurezza e la tutela della salute dei telelavoratori. L'accordo europeo del 16 luglio 2002, in Argomenti di Diritto del Lavoro, p. 813 e ss.
- M. Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, in w.p. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 335 del 2017, p. 5, osserva come, già prima dell'entrata in vigore della legge vi fossero sei contratti collettivi nazionali e almeno ventiquattro contratti collettivi aziendali che introducevano il lavoro agile.
- M.C. Cataudella, Tempo di lavoro e tempo di disconnessione, in Mass. giur. lav., 2021, p. 853 e ss.
- R. Flammia, voce Telelavoro, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1993, p. 4 e ss.;
- R. Zucaro, Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela, in Labour & Law Issues, vol. 5, n. 2, 2019
- S. Bellomo, Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro, in Federalismi.it., 2022, in particolare p. 181 e ss.
- S. Cairoli, Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro e oltre i confini della pubblica amministrazione, in Lavoro diritti e Europa, n. 1, 2021, p. 5.
- V. Leccese, La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 40/2006

V. Maio, Lo smart working emergenziale tra diritti di connessione e di disconnessione, in AA.VV., Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza, a cura di M. Martone, Piacenza, 2020, p. 93 ss.

**TRABALHO AUTÔNOMO DIGITAL  
E TERRITORIALIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL<sup>86</sup>**

***DIGITAL SELF-EMPLOYMENT  
AND TERRITORIALITY OF SOCIAL SECURITY***

Recebido em: 03/12/2024  
Aprovado em: 15/12/2024

Giuseppe Ludovico\*

**RESUMO:** 1. A digitalização do trabalho e a dimensão espaço-temporal da norma jurídica. – 2. O princípio de territorialidade do sistema jurídico da previdência social e da obrigação contributiva e a (ir)relevância da natureza do vínculo trabalhista. – 3. Os critérios de determinação da legislação social aplicável e de identificação da disciplina do contrato de trabalho. – 4. O problema da (in)eficácia da norma jurídica a frente da etérea realidade digital.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho autônomo digital; Territorialidade; Previdência Social.

**ABSTRACT:** 1. The digitalization of work and the space-time dimension of the legal norm. – 2. The principle of territoriality of the legal system of social security and the contribution obligation and the (ir)relevance of the nature of the employment relationship. – 3. The criteria for determining the applicable social legislation and identifying the discipline of the employment contract. – 4. The problem of the (in)effectiveness of legal norms in the face of the ethereal digital reality.

**KEYWORDS:** Digital self-employment; Territoriality; Social Security.

## **1. A DIGITALIZAÇÃO DO TRABALHO E A DIMENSÃO ESPAÇO-TEMPORAL DA NORMA JURÍDICA**

A globalização dos mercados e a digitalização dos processos de produção levantaram sérios problemas de compatibilidade com as tradicionais coordenadas de espaço-temporal das normas jurídicas. Como destacado na doutrina, a globalização,

---

<sup>86</sup> O artigo representa a tradução com algumas alterações da publicação seguinte: G. Ludovico, *Il lavoro autonomo digitale alla prova della territorialità dell'ordinamento previdenziale*, em PILATI A., RAZZOLINI O. (a cura di), *Il lavoro autonomo nei luoghi della cultura*, Esi, Napoli, 2022, pp. 239-256.

\* Professor de Direito do Trabalho e da Previdência Social na Faculdade de Direito da Universidade de Milão; Diretor do Curso de Doutorado em Direito Comparado, Privado, Processual Civil e das Empresas da Universidade de Milão; Doutor em Direito do Trabalho na Universidade de Bolonha; Especialista em Direito do Trabalho na Universidade de Parma; Membro da Associação Italiana de Direito do Trabalho e da Segurança Social; Membro correspondente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Codiretor da Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale e da Revista Brasileira de Previdência; Diretor da Coleção Estudos Italo-Brasileiros de Direito do Trabalho e da Previdência Social; Advogado.

tornada ainda mais difundida pelas modernas tecnologias digitais, constitui um fenômeno intrínseco ao capitalismo, que, ao exigir mercados cada vez mais vastos e abertos, ultrapassa o próprio âmbito da norma jurídica, que é inconcebível sem a determinação previa de um âmbito de aplicação espaço-temporal.

A necessária identificação do direito com um lugar específico tem sido designada na doutrina com a expressão de “*geo-direito*”<sup>87</sup>, pretendendo assim aludir às inevitáveis fronteiras espaciais da norma jurídica que a globalização dos mercados facilmente consegue transcender, revertendo a mesma ordem hierárquica entre economia e direito. Essas fronteiras, em outras palavras, não desaparecem devido ao mercado global, uma vez que o fenômeno econômico como tal não pode prescindir da lei para regular as suas relações. A verdadeira questão reside no fato de que os sistemas jurídicos se oferecem às escolhas da economia, no sentido de que não é a lei que determina o lugar da economia, mas é esta última que escolhe o lugar da lei em razão dos custos e oportunidades oferecidos pelos diferentes sistemas jurídicos que, desta forma, entram em concorrência entre eles<sup>88</sup>.

Esta dinâmica globalizada da relação entre economia e direito não poupa nenhuma área jurídica, afetando também e sobretudo a regulamentação trabalhista e previdenciária em razão do custo que representam.

A questão é bem conhecida pela doutrina, que há muito tempo analisa a concorrência entre diferentes sistemas, com particular atenção às proteções dos empregados, enquanto menor atenção tem sido dada às regras de previdência social, relativas ao trabalho autônomo (contribuintes individuais, no Brasil) talvez em razão da crença ainda generalizada de que a autonomia do prestador corresponde automaticamente a uma menor necessidade de proteção.

É neste aspecto específico que são dedicadas as próximas páginas para identificar os limites espaciais de aplicação da norma jurídica da previdência social ao trabalho autônomo e, conseqüentemente, avaliar a sua eficácia à luz das modernas formas digitais de trabalho.

## **2. O PRINCÍPIO DE TERRITORIALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO DA**

---

<sup>87</sup> Sobre o ponto N. IRTI, *Geo-diritto*, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, 2005, p. 21 ss.; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, em *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 625 ss.; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

<sup>88</sup> N. IRTI, *Geodiritto*, cit., p. 33 ss.

## PREVIDÊNCIA SOCIAL E DA OBRIGAÇÃO CONTRIBUTIVA E A (IR)RELEVÂNCIA DA NATUREZA DO VÍNCULO TRABALHISTA

No ordenamento jurídico italiano, a identificação da disciplina previdenciária com uma área espacial específica é sancionada pelo art. 37, parágrafo 1, do Real Decreto Lei de 4 de outubro de 1935, n. 1827, convertido com alterações na Lei n. 1.155 de 6 de abril de 1936, (*Perfezionamento e coordinamento della previdenza*), que dispõe sobre a aplicação obrigatória das proteções previdenciárias para invalidez e velhice, para tuberculose e para o desemprego involuntário às «*persoas de ambos os sexos e de qualquer nacionalidade que tenham completado 15 anos de idade e não exceda os 65 anos de idade e que exerçam trabalho remunerado por conta de outrem*»<sup>89</sup>.

A norma representa a expressão direta do chamado *princípio da territorialidade* do sistema de previdência social que decorre da sua natureza pública<sup>90</sup>, aplicando a proteção previdenciária e a obrigação contributiva a qualquer trabalhador que exerça o seu serviço no território nacional, independentemente da cidadania<sup>91</sup>. Embora, cronologicamente anterior à Constituição, a lei é coerente com o princípio consagrado no art. 38, parágrafo 2º, da Constituição, que igualmente reconhece o direito à proteção previdenciária a todos os «*trabalhadores*», sem qualquer distinção decorrente da nacionalidade.

Ao contrário do artigo 37, que se refere apenas ao «*trabalho remunerado por conta de outrem*», o dispositivo constitucional, porém, reconhece a proteção previdenciária a qualquer trabalhador, sem qualquer distinção decorrente da natureza do vínculo, confirmando assim que o princípio da territorialidade do sistema previdenciário abrange todos os trabalhadores sujeitos a contribuições obrigatórias, incluindo aqueles que exercem o trabalho no âmbito de uma relação de trabalho autônomo<sup>92</sup>.

Em coerência com a perspectiva constitucional, a Corte de Cassação italiana esclareceu, muitas vezes, que na perspectiva da «*política de universalização das proteções previdenciária*» exigida pelo art. 38, parágrafo 2, da Constituição, não podem

<sup>89</sup> No parágrafo 2 a lei estabelece que «os trabalhadores a domicílio que prestem trabalho remunerado por conta de outrem estão incluídos na proteção previdenciária de invalidez, velhice e tuberculose», enquanto o parágrafo 3 se refere ao seguro obrigatório de maternidade do real decreto lei de 22 de março de 1934, n. 654.

<sup>90</sup> m. Cinelli, *diritto della previdenza sociale*, turim, giappichelli, 2016, p. 110.

<sup>91</sup> sobre a questão da jurisprudência: cassação civil 10 de julho de 2017, n. 16997; cassação civil 4 de março de 2015, n. 4351; cassação civil 25 de setembro de 2012, n. 16244; cassação civil 3 de setembro de 2008, n. 22151; cassação civil 20 de novembro de 2006, n. 24592; cassação civil 29 de março de 1996, n. 2897, em *rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 141.

<sup>92</sup> e. Ales, g. Canavesi, d. Casale, r. Casillo, m. Esposito, g. Ludovico, r. Vianello, *diritto della sicurezza sociale*, milão, giuffrè lefebvre, 2021, p. 79.

existir no sistema previdenciário atividades laborais não abrangidas pelas contribuições obrigatórias<sup>93</sup>, de modo que a qualificação do vínculo não condiciona o acesso à proteção previdenciária, mas apenas assume importância para fins de identificação do regime específico aplicável e da determinação do valor da contribuição. Daqui resulta que o princípio da territorialidade se aplica também aos trabalhadores autônomos independentemente da nacionalidade da empresa contratante<sup>94</sup>.

No âmbito internacional, o princípio da territorialidade é reconhecido pela Convenção da OIT de 28 de junho de 1962, n. 118, ratificado na Itália com a lei de 13 de julho de 1966, n. 657, sobre «*Igualdade de tratamento entre cidadãos e estrangeiros em matéria de segurança social*», que exige que cada Estado-Membro reconheça «*no seu próprio território*» a igualdade de tratamento aos cidadãos de todos os outros Estados-Membros.

O lugar de prestação de trabalho assume, assim, uma importância decisiva para efeitos de aplicação das proteções de previdência social e a jurisprudência tem frequentemente recorrido a este princípio para justificar a aplicação da contribuição previdenciária dos trabalhadores de uma empresa estrangeira que estejam empregados, ainda que apenas temporariamente, no território nacional<sup>95</sup>.

Se o trabalho realizado no território nacional estiver sujeito à legislação previdenciária, esta é, no entanto, capaz de ultrapassar as fronteiras nacionais devido ao *princípio concorrente da personalidade*, que decorre da garantia de proteção do trabalho no exterior consagrada no art. 35 da Constituição<sup>96</sup>. Em particular, após a decisão do Tribunal Constitucional italiano n. 369, de 30 de dezembro de 1985<sup>97</sup>, que declarou a ilegitimidade de algumas disposições previdenciárias que não permitia a aplicação do

---

<sup>93</sup> Assim cassação civil seções unidas 12 de fevereiro de 2010, n. 3240, em lavoro nella giurisprudenza, 2010, p. 407 ss. No mesmo sentido, cassação civil 12 de dezembro de 2018, n. 32166 e n. 32167; cassação civil 14 de dezembro de 2018, n. 32505, 32506, 32507 e 32508; cassação civil 17 de dezembro de 2018, n. 32608; cassação civil 21 de dezembro de 2018, n. 33313; cassação civil 11 de janeiro de 2019, n. 519 e 520; cassação civil 14 de janeiro de 2019, n. 615; cassação civil 17 de janeiro de 2019, n. 1208; cassação civil 8 de fevereiro de 2019, n. 3799; cassação civil 11 de fevereiro de 2019, n. 3913; cassação civil 15 de fevereiro de 2019, n. 4608; cassação civil 12 de agosto de 2019, n. 21324; cassação civil 26 de junho de 2020, n. 12821; cassação civil 7 de abril de 2021, n. 9311; cassação civil 23 de junho de 2022, n. 20288; cassação civil 15 de julho de 2022, n. 22336; cassação civil 3 de agosto de 2022, n. 24047.

<sup>94</sup> veja o artigo 44, parágrafo 2, do decreto legislativo de 30 de setembro de 2003, n. 269, convertido com alterações por lei de 24 de novembro de 2003, n. 326, bem como o artigo 61, parágrafo 2, do decreto legislativo de 10 de setembro de 2003, n.º 276.

<sup>95</sup> nestes termos cassação civil 16 de março de 2018, n. 6601; cassação civil 4 de março de 2015, n. 4351; cassação civil 25 de setembro de 2012, n. 16244; cassação civil 1 de fevereiro de 2012, n. 1435.

<sup>96</sup> veja cassação civil 2 de abril de 1992, n. 4043; cassação civil 23 de março de 1996, n. 2530.

<sup>97</sup> Em foro italiano, 1986, i, c. 863. Um princípio semelhante para o seguro contra acidentes de trabalho e doenças profissionais foi sancionado pelo tribunal constitucional de 26 de julho de 1988, n. 880.

seguro previdenciário aos acidentes dos trabalhadores italianos que trabalham no exterior pelas empresas italianas<sup>98</sup>, o legislador, com o Decreto Legislativo de 31 de julho de 1987, n. 317, convertido com alterações em lei de 3 de outubro de 1987, n. 398, introduziu uma proteção previdenciária específica para os trabalhadores italianos contratados no território nacional que operam ou são transferidos para a execução de obras ou atividades de trabalho em países não pertencentes à União Europeia com os quais não estão em vigor convênios de previdência social<sup>99</sup>.

No âmbito europeu, o princípio da territorialidade do sistema de previdência social foi harmonizado com o mercado único europeu que, desde o tratado fundador de 1957, tornou necessária a coordenação entre os diferentes sistemas nacionais de previdência social, a fim de evitar obstáculos à liberdade de circulação de trabalhadores, sendo esta coordenação - como se sabe - atualmente disciplinada pelo Regulamento n. 883/2004/UE, de 29 de Abril de 2004<sup>100</sup> e o Regulamento n. 987/2009/CE de 16 de Setembro de 2009.

O Regulamento n. 883/2004 confirma a regra da *lex loci laboris* ao estabelecer que «a pessoa que exerça uma atividade por conta de outrem ou por conta própria num Estado-Membro está sujeita à legislação desse Estado-Membro» (art. 11, parágrafo 3, a)). As únicas exceções a este princípio referem-se ao trabalhador destacado para outro Estado-Membro e ao trabalhador independente que exerce «normalmente» a sua atividade num Estado-Membro e que vai exercer uma atividade «semelhante» noutra Estado-Membro, continuando nestes casos a legislação do país de origem a ser aplicável, na condição de a «duração previsível» da atividade no segundo Estado-Membro «não

---

<sup>98</sup> Sobre este ponto ver s. Giubboni, g. Ludovico, a. Rossi, *infortuni sul lavoro e malattie professionali*, pádua, cedam, 2020, p. 65-67.

<sup>99</sup> a artigo 1, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 317 de 1987 estabelece que a obrigação contributiva se aplica aos empregadores italianos ou estrangeiros residentes, domiciliados ou com sede, mesmo secundária, na Itália, as sociedades constituídas no exterior com participação controladora italiana ou nas quais participem pessoas físicas e jurídicas italianas diretamente, ou através de sociedades controladas, em montante global superior a um quinto do capital social.

<sup>100</sup> Nos termos do artigo 3 do Regulamento, a disciplina aplica-se às seguintes prestações de seguridade social: a) prestações de doença; b) prestações de maternidade e de paternidade; c) benefícios por invalidez; d) benefícios por velhice; e) benefícios para sobreviventes; f) benefícios por acidentes de trabalho e doenças profissionais; g) subsídios em caso de morte; h) subsídio de desemprego; i) benefícios de aposentadoria antecipada; j) benefícios familiares. Também é oportuno esclarecer como o Regulamento n. 1231/2010/UE, alargou a aplicação do Regulamento n. 883/2004/UE aos cidadãos de países terceiros, familiares e sobreviventes desde que residam legalmente no território de um Estado-Membro e se encontrem numa situação que não seja atribuível, em todos os seus aspectos, à permanência num único Estado-Membro.

*exceder 24 meses»* (artigo 12)<sup>101102</sup>.

O regulamento n. 987/2009 também se preocupa em esclarecer o que se entende por atividade “habitual” e “semelhante”, especificando que a habitualidade decorre do fato de ter exercido a atividade «*durante algum tempo*» no Estado de origem, enquanto a semelhança deve ser avaliada com base na «*natureza real da atividade e não o da qualificação de atividade por conta de outrem ou por conta própria eventualmente dada a esta atividade pelo outro Estado-Membro*» (art. 14, parágrafos 3 e 4).

Quanto aos critérios de qualificação da atividade de trabalho, o Regulamento n. 883 de 2004 refere-se simplesmente às regras estabelecidas no ordenamento estatual. Em particular, o artigo 1, lett. a ) e b ) do Regulamento estabelece que por «*atividade por conta de outrem*» e «*atividade por conta própria*» deve ser entendida como «*qualquer atividade ou situação equiparada considerada como tal para efeitos de legislação de segurança social do Estado-Membro em que a atividade seja exercida ou em que tal situação equiparada se verifique*».

A identificação do regime específico de previdência social aplicável em função da natureza da relação deve, portanto, ser efetuada com base em critérios internos. O que foi estabelecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo o qual as definições de trabalhador subordinado ou autônomo, no regulamento, referem-se «*às definições dadas pelas disciplinas de seguridade social dos Estados-Membros*»<sup>103</sup>.

O princípio da territorialidade continua assim a constituir a principal regra de tributação previdenciária (a contributiva) também no contexto europeu, tanto para os trabalhadores subordinados como para os trabalhadores autônomos, embora para estes

---

<sup>101</sup>A bibliografia sobre este ponto é demasiada vasta para poder oferecer aqui uma indicação exaustiva. Para limitar-se às referências mais específicas, consulte P. OLIVELLI, *i regolamenti ue in materia di sicurezza sociale*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2010, p. 361 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *la legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento ce n. 883/2004*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2010, p. 537 ss.; S. GIUBBONI, *problemi applicativi del regolamento n. 1408/71 in materia di parità di trattamento previdenziale in italia*, in *rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, iii, p. 13 ss.; S. GIUBBONI, *cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul regolamento n. 883/2004*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, p. 223 ss., BORELLI S., *il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, p. 509 ss.

<sup>102</sup> a artigo 13, parágrafo 2, do regulamento n. 883/2004 prevê ainda que «a pessoa que exerce habitualmente uma atividade independente em dois ou mais estados-membros está sujeita: a) à legislação do estado-membro de residência se aí exercer uma parte substancial da sua atividade; ou b) a legislação do estado-membro onde está localizado o centro de interesse das suas atividades, se não residir num dos estados-membros onde exerce uma parte substancial da sua atividade». Sobre este ponto veja os critérios de aplicação previstos pelo artigo 14, parágrafo 6, do regulamento n. 987/2009.

<sup>103</sup> Assim tribunal de justiça da união europeia de 30 de janeiro de 1997, c-221/95, *endemol entertainment holding bv*. O princípio foi posteriormente reiterado pelo tribunal de justiça da união europeia em 13 de janeiro de 2004, c-256/01, *allonby*; tribunal de justiça da união europeia 11 de novembro de 2010, c-232/09, *danosa*.

últimos a sua aplicação é excluída no caso de atividade temporária noutra Estado-Membro, enquanto fora das fronteiras europeias, este princípio pode ser derogado pelos convênios internacionais de previdência social celebrados com países terceiros<sup>104</sup> que reconhecem, com base no princípio da reciprocidade, os efeitos previdenciários dos períodos de trabalho prestados no exterior.

Se o trabalho autónomo realizado em território nacional está sujeito à obrigação contributiva mesmo quando prestado a favor de empresa estrangeira, cabe agora analisar as consequências que podem advir da eventual escolha das partes acerca da lei aplicável à relação de trabalho.

### **3. OS CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOCIAL APLICÁVEL E DE IDENTIFICAÇÃO DA DISCIPLINA DO CONTRATO DE TRABALHO**

A aplicação da obrigação contributiva responde a finalidades solidárias de financiamento da proteção da previdência social, assumindo assim uma forte conotação pública que serve para distinguir, em numerosos aspectos, os critérios de identificação da legislação social daqueles relativos à disciplina aplicável ao contrato de trabalho.

Embora os dois aspectos estejam estreitamente ligados no sentido de que o pré-requisito para o surgimento da obrigação contributiva é constituído pelo desempenho de uma prestação laboral, eles são, no entanto, distintos, pois uma vez validamente constituída, a relação jurídica de previdência social - como reiteradamente esclarecido pela jurisprudência - é geralmente insensível aos acontecimentos da relação de trabalho<sup>105</sup>.

Esta tendencial autonomia das regras de previdência social no que diz respeito à relação de trabalho é confirmada, em caso de um contrato com elementos internacionais, na natureza diferente dos critérios de identificação da legislação de previdência social aplicável no que diz respeito à disciplina laboral.

Para melhor compreender esta diversidade de critérios, é necessário salientar que o princípio da territorialidade da legislação previdenciária tende a ser unilateral no sentido

---

<sup>104</sup> os países com os quais a Itália assinou convênios de seguridade social são: Argentina, Austrália, Bósnia Herzegovina, Brasil, Canadá e Quebec, Cabo Verde, Coreia, países da antiga Jugoslávia, Japão, Ilha de Man e Ilhas do Canal, Israel, Jersey, macedónia, México, principado de Mônaco, República de São Marino, Santa Sé, Estados Unidos da América, Tunísia, Turquia, Uruguai, Venezuela.

<sup>105</sup> Veja cassação civil 22 de fevereiro de 2021, n. 4676; cassação civil 21 de outubro de 2020, n. 22986; cassação civil 3 de junho de 2019, n. 15120; cassação civil 21 de maio de 2019, n. 13650; cassação civil 9 de junho de 2014, n. 12876.

de que em virtude desta norma as instituições estatais de previdência social são apenas chamadas a decidir a aplicabilidade de sua própria legislação social<sup>106</sup>. Consegue-se assim uma coincidência perfeita, dada a sua natureza pública, entre a identificação dos regulamentos de previdência social aplicáveis e a sua aplicação pelas instituições de previdência social competentes. Isso também é o princípio consagrado pelo artigo 2 do Regulamento n. 883/2004, que, definindo o seu âmbito de aplicação *ratione personae*, refere-se a quem que «*estejam ou tenham estado sujeitos à legislação de um ou mais Estados-Membros, bem como aos seus familiares e sobreviventes*», confirmando assim que a identificação da legislação de um país terceiro nem está incluída entre as diferentes opções previstas no regulamento.

Ainda mais significativas são as indicações que podem ser deduzidas das definições contidas no artigo 1, lett. m), do Regulamento que se referem à legislação do Estado-Membro «*competente*» e à autoridade «*competente*», entendida esta última como aquela «*em relação a cada Estado-Membro, o ministro, os ministros ou outra autoridade correspondente de que dependam os regimes de segurança social relativamente ao conjunto ou a determinada parte do Estado-Membro em causa*».

Ao contrário das convenções de direito internacional privado que assumem eficácia *erga omnes*, podendo conduzir à aplicação da legislação de um terceiro Estado com o qual a situação tenha alguma conexão juridicamente relevante, o Regulamento n. 883/2004 tem apenas o objetivo mais limitado de coordenar os diferentes sistemas de previdência social dos países membros, pressupondo a aplicação da legislação pertinente.

Para efeitos de identificação da legislação social aplicável, portanto, apenas são relevantes os critérios de aplicação previstos unilateralmente pelo Estado, que mesmo no contexto europeu são inspirados - como já visto - no princípio da territorialidade, enquanto uma disciplina nacional diferente pode assumir relevância apenas para o reconhecimento dos efeitos jurídicos de situações ocorridas noutro Estado a fim do direito<sup>107</sup> às prestações de previdência social<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> ver F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. Cit.*, p. 541 ss.

<sup>107</sup> Sobre a preservação do direito ao subsídio de desemprego em caso de deslocação do trabalhador para o estrangeiro, ver cassação civil 10 de julho de 2017, n. 16997; cassação civil 18 de setembro de 2017, n. 21564; cassação civil 7 de fevereiro de 2018, n. 2967. Na doutrina ver I. TASCHINI, *la tutela contro la disoccupazione, tra assolutezza della condizionalità e tenuta al ribasso del principio di territorialità*, em *variazioni di temi di diritto del lavoro*, 2018, p. 937 ss.

<sup>108</sup> é o que estabelece o art. 5 do regulamento n. 883/2004, que dispõe que «a) se, nos termos da legislação do estado-membro competente, o benefício das prestações de segurança social e de outros rendimentos produzir determinados efeitos jurídicos, as disposições relevantes dessa legislação são igualmente

Destas breves notas, podemos deduzir então como as regras de identificação da legislação social funcionam tecnicamente de forma diferente daquelas de identificação da disciplina aplicável à relação de trabalho que, ao contrário das primeiras, definem regras de direito internacional privado de solução de conflito legais<sup>109</sup>.

Embora seja inegável a necessidade de convergência entre as duas disciplinas para evitar dificuldades de coordenação entre a lei que regula a relação de emprego e a relativa à previdência social, é necessário, no entanto, destacar uma diferença importante entre estes dois aspectos, uma vez que o princípio da *lex loci laboris* não representa, pelo menos formalmente, o principal critério de identificação da disciplina aplicável à relação de trabalho.

A principal disposição sobre a matéria é representada pelo artigo 8 do Regulamento 593/2008/CE de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), confirmando o que já estava previsto no artigo 6 da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 que identifica quatro diferentes elementos de conexão para a identificação da lei aplicável ao «*contrato individual de trabalho*».

Antes de prosseguir com o exame dos referidos elementos, é necessário, no entanto, esclarecer o significado da expressão «*contrato individual de trabalho*» utilizada pelo regulamento, uma vez que se trata de uma noção que evidentemente pode assumir um conteúdo diferente nos sistemas jurídicos.

Contrariamente às leituras mais extensas que propõem incluir nesta noção os contratos de trabalho autônomos economicamente dependentes e os contratos de agência<sup>110</sup>, a opinião maioritária na doutrina<sup>111</sup>, em conformidade com a jurisprudência

---

aplicáveis em caso de benefício de prestações equivalentes auferidas ao abrigo da legislação de outro estado-membro ou de rendimentos auferidos noutra estado-membro; b) se, nos termos da legislação do estado-membro competente, forem atribuídos efeitos jurídicos à ocorrência de certos factos ou acontecimentos, esse estado-membro deve ter em conta os factos ou acontecimentos semelhantes correspondentes ocorridos noutra estado-membro, como se tivessem ocorrido no seu próprio território».

<sup>109</sup> f. Marongiu buonaiuti, *loc. Cit.*

<sup>110</sup> Neste sentido g. ORLANDINI, *il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, em wp csdle “massimo d'antona”.it – 137/2012, p. 6-7.

<sup>111</sup> Para mais informações sobre este ponto, ver m.t. CARINCI, A. HENKE, *rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto ue?*, em *diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 1044 ss.; S. GIUBBONI, *per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'unione europea*, em *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2018, p. 207 ss.; S. GIUBBONI, *diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, padua, wolters kluwer, 2017, p. 131 ss.; S. GIUBBONI, *diritti e solidarietà in europa*, il mulino, bolonha, 2012, p. 98 ss.; f. SEATZU, *la legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel regolamento «roma i»*, em n. BOSCHIERO (ed.), *la nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (roma i)*, giappichelli, torino, 2009, p. 337 ss.; S. GIUBBONI, *la nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, em S. SCIARRA, B. CARUSO (org.), *il lavoro subordinato*, em G. AJANI, G.A. BENACCHIO (org.), *trattato di diritto privato dell'unione europea*, giappichelli, turim, 2009, vol. V, p. 45 ss.

do Tribunal de Justiça em matéria de livre circulação de trabalhadores, limita a aplicação do artigo 8 do Regulamento 593/2008 apenas aos contratos de trabalho subordinados que, independentemente da forma contratual utilizada, se caracterizem pela existência de uma prestação de trabalho pessoal e pela sujeição do prestador ao poder diretivo do empregador<sup>112</sup>.

Este não é obviamente o lugar para aprofundar as numerosas implicações subjacentes à jurisprudência do Tribunal de Justiça, a começar pela dificuldade de atribuir um significado preciso ao controverso conceito de heterodireção que, em muitos acórdãos, tende a desaparecer no conceito mais amplo de hetero-organização<sup>113</sup>. É importante salientar, no entanto, que a noção desenvolvida pelos juízes luxemburgueses exclui os contratos de trabalho autónomo, obviamente desde que a autonomia seja genuína, pelo que estes contratos, quando caracterizados por elementos de internacionalidade, estão sujeitos à lei identificada em razão dos critérios previstos pelos artigos 3 e 4, em vez das previstas nos artigos 8 e 9 do Regulamento n. 593/2008.

No entanto, estes diferentes critérios de identificação da lei aplicável à relação de trabalho não parecem interferir nos critérios de identificação da legislação social aplicável e isso se deve evidentemente ao carácter público e unilateral do sistema de previdência social.

Mais especificamente para os contratos de trabalho subordinado, o artigo 8, depois de confirmar o critério geral da livre escolha das partes (parágrafo 1), estabelece que, na falta de escolha das partes, aplica-se a lei do país *«pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução*

---

<sup>112</sup> neste sentido, primeiro tribunal de justiça da união europeia de 3 de julho de 1986, c-66/85, lawrie-blum, par. 17, segundo o qual «a característica essencial da relação de trabalho é a circunstância de uma pessoa prestar, durante um determinado período de tempo, a favor de outra e sob a direção desta, serviços em troca dos quais recebe uma remuneração». Estas indicações foram reiteradas por decisões subsequentes: tribunal de justiça da união europeia 16 de julho de 2009, c-208/07, von chamier-glisczinski, par. 69; tribunal de justiça da união europeia, 11 de setembro de 2008, c-228/07, petersen, par. 45; tribunal de justiça da união europeia, 4 de junho de 2007, c-22/08, vatsouras, par. 26; tribunal de justiça da união europeia, 17 de julho de 2007, c-94/07, raccanelli, par. 33; tribunal de justiça da união europeia, 17 de março de 2005, c-109/04, kranemann, par. 12; tribunal de justiça da união europeia, 7 de setembro de 2004, c-456/02, trojani, par. 15; tribunal de justiça da união europeia, 23 de março de 2003, c-138/02, collins, par. 26; tribunal de justiça da união europeia, 6 de novembro de 2003, c-413/01, ninni -orasche, par. 24; tribunal de justiça da união europeia 8 de junho de 1999, c-337/97, meeußen, par. 13; tribunal de justiça da união europeia, 27 de junho de 1996, c-107/94, asscher, par. 25; tribunal de justiça da união europeia, 31 de maio de 1989, c-344/87, bettray, par. 12; tribunal de justiça da união europeia, 14 de dezembro de 1989, c-3/87, the queen, par. 35; tribunal de justiça da união europeia, 21 de junho de 1988, c-197/86, brown, par. 21.

<sup>113</sup> sobre este ponto s. GIUBBONI, per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'unione europea, cit., p. 213 ss.

*do contrato»* (parágrafo 2), bem como, subsidiariamente, quando a lei aplicável não possa ser identificada com base neste critério, *«pela lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador»* (parágrafo 3). Por fim, o último parágrafo do artigo 8 estabelece que *«se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do indicado»* pelos critérios acima mencionados, será aplicável a lei desse outro país.

Embora subsidiários, estes critérios assumem importância crucial para a identificação da disciplina aplicável à relação de emprego, dado que o parágrafo primeiro do artigo 8, embora reconhecendo como primeiro critério a escolha das partes, estabelece que esta escolha não pode, em caso algum, privar o trabalhador *«da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo, ao abrigo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável nos termos»* dos parágrafos 2, 3 e 4<sup>114</sup>. Entre estes critérios, o primeiro a destacar é precisamente o do lugar de trabalho habitual previsto no parágrafo 2, com a consequência de que qualquer escolha feita pelas partes não pode excluir a aplicação das disposições imperativas da lei do lugar onde o trabalho geralmente é desempenhado<sup>115</sup>. E entre as disposições imperativas da lei do lugar onde a prestação é realizada, há, sem dúvida, as regras previdenciárias em razão da previsão explícita do artigo 2115 do Código Civil, que sanciona com nulidade *«qualquer acordo destinado a iludir as obrigações relativas à previdência e à assistência»*.

Também os contratos de trabalho autónomo estão sujeitos, como qualquer outra obrigação contratual, à lei livremente escolhida pelas partes, mas mesmo nesta hipótese *«caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo»* (artigo 3, parágrafo 3)<sup>116</sup>. Somente quando as partes não tiverem feito uma escolha, será aplicável, nos termos do artigo 4, parágrafo 3, a lei do país em que o trabalhador tem a sua *«residência habitual»*, sem prejuízo da aplicação da lei de um país diferente com o qual o contrato tenha uma *«conexão manifestamente mais estreita»*.

Do exame destas disposições resulta, portanto, que a liberdade de escolha das

---

<sup>114</sup> M.t. CARINCI, A. HENKE, *op. Cit.*, p. 1047-1048.

<sup>115</sup> F. MARONGIU BUONAIUTI, *op. Cit.*, p. 550.

<sup>116</sup> para mais informações ver g. ZARRA, autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «roma i», in rassegna di diritto civile, 2018, p. 229 ss.; n. BOSCHIERO, i limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento roma i. Considerazioni sulla 'conflict involution' europea in materia contrattuale, em n. BOSCHIERO (ed.), *op. Cit.*, p. 67 ss.

partes quanto à identificação da lei aplicável ao contrato cumpre, tanto para o do trabalho subordinado bem como para o do trabalho autônomo, o limite inderrogável constituído, respetivamente, pelas normas imperativas da lei do país onde o serviço é habitualmente prestado e pelas da lei do país onde a situação apresenta uma conexão mais estrita.

Este limite é ainda reforçado pela regra geral estabelecida para qualquer contrato pelo artigo 9 do Regulamento n. 593/2008, que, diferentemente dos artigos 3 e 8, que regulam a lei escolhida pelas partes, prevê que devem ser preservadas as

normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas», entendendo-se como tais as regras «cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.

Sem entrar no mérito da distinção entre disposições inderrogáveis e normas de aplicação imediata<sup>117</sup>, não há dúvidas quanto à classificação das regras de previdência social entre estas últimas, sendo expressão direta dos princípios fundamentais e das finalidades solidárias do ordenamento jurídico<sup>118</sup>.

É claro neste ponto que a eventual escolha das partes quanto à lei aplicável ao contrato de trabalho, seja autônomo ou subordinado, não pode afastá-lo do regime de previdência social aplicável com base no critério da territorialidade e isto não só pelos limites decorrentes da lei com a conexão mais estrita ou das normas de aplicação imediata, mas também para a diferente finalidade do regulamento n. 883/2004, que, não operando no âmbito do direito internacional privado, mas no plano da aplicação unilateral da legislação do Estado-Membro, não se preocupa em estabelecer regras relativas aos conflitos entre leis, mas em coordenar os vários sistemas de previdência social, pressupondo que a situação esteja sujeita à legislação previdenciária do Estado-Membro. Embora, os dois aspectos estejam estreitamente ligados, permanece, no entanto, uma profunda diferença entre os critérios de identificação da disciplina aplicável ao contrato de trabalho e as regras públicas inderrogáveis que disciplinam a aplicação do regime de previdência social.

---

<sup>117</sup> o mesmo considerando n. 37 do regulamento n. 593/2008 estabelece que «*considerações de interesse público justificam que, em circunstâncias excepcionais, os tribunais dos estados-membros possam aplicar exceções, por motivos de ordem pública e com base em normas de aplicação imediata. O conceito de «normas de aplicação imediata» deverá ser distinguido da expressão «disposições não derogáveis por acordo» e deverá ser interpretado de forma mais restritiva*». Na doutrina sobre esta distinção, ver. G. ZARRA, *op. Cit.*, p. 241 ss.; n. BOSCHIERO, *op. Cit.*, p. 76 ss.

<sup>118</sup> m. CINELLI, *loc. Cit.*.

#### 4. O PROBLEMA DA (IN)EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA A FRENTE DA ETÉREA REALIDADE DIGITAL

Embora não pareça haver dúvidas quanto à aplicação das proteções de previdência social e à existência da obrigação contributiva no caso do trabalho autónomo realizado em território nacional por conta de uma empresa estrangeira, é sobre a efetividade desta obrigação que é legítimo ter dúvidas, tendo em conta a facilidade com que os serviços digitais realizados em território nacional a favor de uma empresa estrangeira podem se subtrair aos mecanismos de fiscalização previdenciária.

A questão abrange naturalmente também o trabalho subordinado, especialmente quando o serviço tem uma duração temporária e a remuneração é modesta, mas é sobretudo no trabalho autónomo, devido à maior independência do trabalhador, que as novas formas de colaboração digital são acompanhadas por um risco considerável de sonegação.

Da análise das disposições acima ilustradas, verifica-se, de facto, que a aplicação das normas de previdência social e a obrigação contributiva ainda estão ligadas, mesmo a nível internacional, ao elemento físico constituído pela execução do serviço num contexto espacial específico e isto evidentemente no pressuposto implícito de que o trabalhador está geograficamente localizado na mesma área territorial. Esta característica comum a todos os sistemas de previdência social e que constitui - como já se viu - uma conotação intrínseca da norma jurídica, parece evidentemente difícil de conciliar com as novas formas de intermediação e realização de atividades laborais, que através de ferramentas digitais não exigem uma conexão física entre o trabalhador e a empresa.

Estamos falando, em particular, da organização do trabalho geralmente designada como *crowdwork* que permite, através de uma plataforma digital, receber de uma infinidade de sujeitos (a *multidão*) alguns serviços de curto prazo mediante o pagamento de uma soma mínima. Ao contrário do trabalho nas plataformas digitais (*work-on-demand-via-app*), em ambiente interno no país, que geralmente se baseia no desempenho de atividades físicas tradicionais em uma determinada área geográfica (entregadores e motoristas de aplicativo), o *crowdwork* independe da localização geográfica do prestador de serviços e é particularmente difundido no âmbito das atividades de carácter intelectual e de conteúdo profissional também elevado, permitindo ao usuário receber contextualmente uma pluralidade de micro-prestações de numerosos

sujeitos localizados em diferentes partes do mundo simplesmente conectados via *web*<sup>119</sup>. Um exemplo emblemático de *crowdwork* é oferecido pela plataforma *Amazon Mechanical Turk* (AMT), que permite usuários (*requesters*) solicitarem uma série de *human intelligence tasks* (HITS) de uma pluralidade de sujeitos (*crowd*) mediante pagamento de um valor mínimo.

Estas modalidades de organização das atividades de trabalho têm experimentado um desenvolvimento notável, especialmente no setor da cultura e do entretenimento, onde à concentração tradicional de serviços descontínuos e de curta duração se somou ao recente aparecimento no plano internacional de grupos dominantes de produção de conteúdos audiovisuais e editoriais que operam através de plataformas digitais, tornando assim ainda mais frequente a utilização a nível transnacional de uma pluralidade de serviços de trabalho em favor de um ou mais clientes de diferentes países.

Algumas pesquisas recentes mostraram como algumas funções profissionais que antes desenvolviam geralmente as suas atividades em empresas especializadas localizadas no território nacional, encontram-se muitas vezes prestando serviços remotos cada vez mais fragmentados em favor de agências ou plataformas que coordenam e organizam numerosos trabalhadores ou grupos de trabalhadores, funcionando como intermediários para grandes produtores internacionais.

As razões desta profunda evolução devem ser identificadas na combinação de diferentes factores: por um lado, a digitalização do trabalho que tem gerado fortes concentrações a nível internacional; por outro, a externalização de inúmeras atividades através de *software* que não exige elevadas especializações técnicas; por outro, novamente, a possibilidade de reduzir custos de produção, aproveitando os serviços prestados por uma infinidade de sujeitos a nível global através da rede digital e *clouds*.

Estas profundas mudanças trazidas pelo *crowdwork* constituem apenas o reflexo de uma transformação mais ampla e radical na organização dos processos de produção que utilizam os serviços prestados por uma pluralidade indefinida de trabalhadores à

---

<sup>119</sup> Também neste caso a vastidão da literatura sobre o assunto não permite oferecer indicações exaustivas. Para algumas referências essenciais, consulte A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bolonha, Bionomia, 2019, p. 8ss.; F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Bérgamo, Adapt, 2017, p. 130 ss.; V. DE STEFANO, *The rise of the "just in time workforce": on demand work; crowdwork and labour protection in the gig-economy*, Genebra, 2016; J. PRASSL, M. RISAK, *Uber, TaskRabbit & co.: Platforms as employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, em *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, 37, 3, p. 623 ss.; J. BERG, *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, no *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, n. 37, 3, p. 543 ss.; W. DAUBLER, T. KLEBE, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2016, n. 15, p. 477 ss.

escala global.

Não é de surpreender, então, que no âmbito internacional, o encontro entre a demanda e oferta de trabalho se desenvolva no plano digital fora de um âmbito espacial predefinido, gerando um mercado de trabalho transnacional que foge a qualquer regra, transferindo ao trabalhador os custos das obrigações contributivas idem.

Neste contexto, o trabalho autônomo corre o risco de constituir o único regime jurídico através do qual a atividade é solicitada, com consequências de considerável importância no plano da previdência social: por um lado, a eventual reivindicação de uma qualificação diferente da relação seria difícil de ser processada em juízo devido à localização do empregador em outro Estado; por outro lado, conseqüentemente, o custo da contribuição recai inteiramente sobre o trabalhador, tanto quando a prestação for efetivamente realizada com modalidades análogas à subordinação, como no caso de atividades de natureza autônoma.

O problema da sonegação da contribuição surge então em termos semelhantes para qualquer atividade laboral realizada com métodos digitais quando a empresa cliente esteja localizada fora da Europa, evitando assim qualquer fiscalização pelas instituições nacionais de previdência social.

Voltamos assim ao problema do conflito entre a territorialidade da norma jurídica e a superação das fronteiras espaciais resultantes da digitalização das atividades laborais. A questão tende a concentrar-se - como já visto - em atividades digitais de natureza intelectual e criativa que mais do que outras se prestam a serem realizadas exclusivamente digitalmente, a uma distância considerável do cliente. O risco que parece surgir não é tanto o da concorrência entre sistemas de previdência social, mas o da sonegação das obrigações contributivas por parte do próprio trabalhador e, também, da empresa cliente. Embora a dimensão do fenômeno ainda seja difícil de quantificar devido à total ausência de dados, é evidente que o problema do pagamento das contribuições em atividades de trabalho digital deverá aumentar consideravelmente, exigindo uma coordenação mais estreita entre os vários sistemas de previdência social, não apenas para fins do direito aos benefícios previdenciários, mas também, e principalmente, para o financiamento das proteções sociais.

## **REFERÊNCIAS:**

ALES E., CANAVESI G., CASALE D., CASILLO R., ESPOSITO M., LUDOVICO G., VIANELLO R.,

*diritto della sicurezza sociale*, milão, giuffrè lefebvre, 2021

BERG J., *income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, *no comparative labor law & policy journal*, 2016, n. 37, 3, p. 543 ss.

BORELLI S., *il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, p. 509 ss.

BOSCHIERO N., *i limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento roma i. Considerazioni sulla 'conflict involution' europea in materia contrattuale*, em N. BOSCHIERO (ed.), *la nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (roma i)*, giappichelli, torino, 2009, p. 67 ss.

CARINCI M.T., HENKE A., *rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto ue?*, em *diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 1044 ss.

CINELLI M., *diritto della previdenza sociale*, turim, giappichelli, 2016, p. 110.

DAUBLER W., KLEBE T., *crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, em *giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2016, n. 15, p. 477 ss.

DE STEFANO V., *the rise of the "just in time workforce": on demand work; crowdwork and labour protection in the gig-economy*, genebra, 2016

DONINI A., *il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, bolonha, bonomia, 2019

GIUBBONI S., *diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, padua, wolters kluwer, 2017

GIUBBONI S., *per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'unione europea*, em *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2018, p. 207 ss.

GIUBBONI S., *diritti e solidarietà in europa*, il mulino, bolonha, 2012

GIUBBONI S., *la nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, em S. SCIARRA, B. CARUSO (org.), *il lavoro subordinato*, em AJANI G., BENACCHIO G.A. (org.), *trattato di diritto privato dell'unione europea*, giappichelli, turim, 2009, vol. V, p. 45 ss.

GIUBBONI S., *problemi applicativi del regolamento n. 1408/71 in materia di parità di trattamento previdenziale in italia*, in *rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, iii, p. 13 ss.

GIUBBONI S., *cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul regolamento n. 883/2004*, in *rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2005, p. 223 ss.

GIUBBONI S., LUDOVICO G., ROSSI A., *infortuni sul lavoro e malattie professionali*, pádua,

cedam, 2020

IRTI n., *geo-diritto*, em rivista trimestrale di diritto e processo civile, 2005, p. 21 ss.

IRTI n., *le categorie giuridiche della globalizzazione*, em rivista di diritto civile, 2002, p. 625 ss.

IRTI n., *norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, roma-bari, 2001.

MARONGIU BUONAIUTI F., *la legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento ce n. 883/2004*, in rivista del diritto della sicurezza sociale, 2010, p. 537 ss.

OLIVELLI P., *i regolamenti ue in materia di sicurezza sociale*, in rivista del diritto della sicurezza sociale, 2010, p. 361 ss.

ORLANDINI g., *il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, em wp csdle "massimo d'antona".it – 137/2012

PRASSL J., RISAK M., *uber, taskrabbit & co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, em comparative labor law & policy journal, 2016, 37, 3, p. 623 ss.

SEATZU f., *la legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel regolamento «roma i»*, em n. BOSCHIERO (ed.), *la nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (roma i)*, giappichelli, torino, 2009, p. 337 ss.

SEGHEZZI f., *la nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, bérghamo, adapt, 2017

TASCHINI l., *la tutela contro la disoccupazione, tra assolutezza della condizionalità e tenuta al ribasso del principio di territorialità*, em variazioni di temi di diritto del lavoro, 2018, p. 937 ss.

ZARRA g., *autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «roma i»*, in rassegna di diritto civile, 2018, p. 229 ss.

**CAPITALISMO RACIAL E GESTÃO DE DIVERSIDADE: CRÍTICAS E  
APONTAMENTOS INTERSECCIONAIS NA SEARA EMPRESARIAL**

***RACIAL CAPITALISM AND DIVERSITY MANAGEMENT: CRITICISMS AND  
INTERSECTIONAL NOTES IN THE BUSINESS SPHERE***

Recebido em: 23/10/2024  
Aprovado em: 20/11/2024.

Cauã Patrik Reis Oliveira \*  
Ana Lucia Cândida Alves \*\*  
Cildo Giolo Júnior \*\*\*

**RESUMO:** A diversidade, na contemporaneidade, é utilizada não somente na construção de um mito da democracia racial no Brasil, mas também vem, globalmente, se tornado produto comercial em inúmeras áreas, inclusive na empresarial. Nessa justificativa, o presente artigo busca examinar o direito empresarial sob uma perspectiva racial, com ênfase nas tensões entre a gestão de diversidade e o capitalismo de raças, buscando compreender suas nuances mercadológicas, sociais, históricas e jurídicas. Especificamente, busca-se investigar os vínculos entre o direito empresarial e as dinâmicas raciais no Brasil, bem como analisar a gestão de diversidade no contexto contemporâneo, avaliando sua efetividade nas empresas e identificando os pontos negativos e sintomáticos que refletem as tensões sociais modernas. A metodologia utilizada consubstancia-se em uma perspectiva eclética de paradigma misto, fundada no direito comparado e na revisão de literatura pertinente de forma sistematizada. Do presente excerto verificou-se lacunas na formulação de conceitos acerca do capitalismo racial e, sobretudo, nas interações dos recortes levantados com a seara empresarial, sendo esta cada vez mais latente na produção da chamada crise de representatividade racial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Empresarial. Gestão de Diversidade. Capitalismo Racial. Relações Raciais.

**ABSTRACT:** Diversity, in contemporary society, is utilized not only in the construction of a myth of racial democracy in Brazil but has also become a commercial product globally across various sectors, including business. In this context, the present article aims to examine business law from a racial perspective,

---

\* Graduando do curso de direito na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação em Desenvolvimento Tecnológico e Inovação (PIBITI)/CNPQ da Universidade Do Estado de Minas Gerais (UEMG). Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0669411870175120>

\*\* Docente pela Universidade. do Estado de Minas Gerais (UEMG). Coordenadora do Programa de Apoio a projetos de Extensão (PAEx) da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Link para o Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0750766563796085>.

\*\*\* Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo "Ius Gentium Conimbrigae" (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos, Santos - São Paulo (Brasil). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Buenos Aires - Capital Federal (Argentina). Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Franca. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular das cadeiras de Direito Civil na Faculdade de Direito de Franca e de Direito Processual Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais, tendo sido admitido em ambas por concursos públicos de provas e títulos. Docente e Advogado. Avaliador do MEC/INEP para os Cursos de Direito. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9079687915501476>

emphasizing the tensions between diversity management and racial capitalism, seeking to understand their market, social, historical, and legal nuances. Specifically, it investigates the links between business law and racial dynamics in Brazil, as well as analyzes diversity management in the contemporary context, evaluating its effectiveness in companies and identifying the negative and symptomatic points that reflect modern social tensions. The methodology employed is grounded in an eclectic mixed paradigm, based on comparative law and a systematic review of relevant literature. This excerpt highlights gaps in the formulation of concepts related to racial capitalism and, above all, in the interactions between the identified areas and the business sector, which increasingly manifest in the so-called crisis of racial representation.

**KEYWORDS:** Business Law. Diversity Management. Racial Capitalism. Racial Relations.

## 1. INTRODUÇÃO

Notadamente, as nuances da espécie humana se dão nos mais variados espectros, tendo em vista que sua interação em agrupamentos sociais ocasionou não somente a extrema variação destes, mas também a construção individual daquela. Na presente relação percebe-se o desenvolvimento e a mutação dos mais variados âmbitos, sejam eles sociais, culturais, econômicos e raciais. Percebe-se que mesmo a noção do que seria tal variação ou desenvolvimento também sofre modificação pela óptica congênere do grupo.

Uma dessas esferas de fricção humana que ganha, irremediavelmente, destaque desde a conceituação biológica até a conceituação social, é a raça. O cientista político Raymond Williams (1983),<sup>120</sup> ao dissecar as raízes etimológicas do vocábulo “raça”, ressalta a incerteza fática de suas origens ao mesmo compasso que destaca que suas primeiras aparições em registros escritos são datadas do século XIV.

No entanto tais aparições, especialmente distantes da modernidade, remetiam a forma com a qual a linhagem era passada em nuances religiosas cristãs, bem como correlacionavam seu significado à metáfora de ramo, galho e fronde. Esses significados trespassaram, em meados do século XVI, a noção de parentesco e passaram a ser associados também às ciências naturais, nas inúmeras classificações biológicas.

O que ocorreu, nessa interação histórica, foi o início do uso dos vocábulos associados à raça, de um eixo estritamente biológico, para um caráter social e segregacionista:

O termo raça foi usado conjuntamente com gênero e espécie na biologia classificatória, mas todas as problemáticas começam quando este é usado para denotar um grupo dentro de uma espécie, como em o caso das “raças humanas”. Isto deriva, em certo nível, do antigo sentido de ‘sangue’ ou ‘estoque’, mas tem sido grandemente expandido de características tenuamente rastreáveis para grupos muito mais amplos social e nacionalmente culturais. [...] Assim, o grupo de palavras em torno da palavra racial passou a ser efetivamente distinto do grupo mais velho em torno da raça, embora seja óbvio

---

<sup>120</sup> WILLIAMS, Raymond. Keywords: a vocabulary of culture and society. London: Fontana Paperbacks, 1983.

que os grupos podem nunca sermos finalmente separados. O racismo apareceu nos primeiros anos do Século XX; racista é registrado a partir de 1930. Estas são quase invariavelmente palavras hostis (nos últimos anos, muitas vezes abreviado para racismo e racista, e depois sempre hostil) para descrever as opiniões e ações dos proponentes da racial superioridade ou discriminação.<sup>121</sup>

Essa construção social acerca do termo alcança exponencialmente a construção da própria sociedade nos âmbitos retromencionados. Veja-se, a noção racial passa a introjetar a delimitação ontológica do que seria ser negro nas próprias relações sociais. Entrementes, tais relações são inexoravelmente objeto de estudo das ciências jurídicas nos mais variados parâmetros, público e privado.

Assim, considerando o Direito hodierno não só como a interação positivada das normas, mas também como mecanismo vivo disciplinante das esferas sociais, torna-se impossível conjecturá-lo amplamente desvencilhando-se do aspecto racial. Veja-se:

De fato, não existiu no Brasil um regime segregacionista, ou uma doutrina jurídica como a de “separados, mas iguais” nos Estados Unidos ou de apartheid como na África do Sul no Brasil. Isto não significa dizer, entretanto, que a lei e o Direito mais amplamente considerado não tenham sido utilizados como instrumentos para a criação das noções de raça e do racismo à brasileira. Em outras palavras, a legislação é constantemente retirada de seu contexto político e institucional, numa eterna tentativa de fazer do Direito uma ciência apolítica, objetiva e neutra.<sup>122</sup>

In loco, como objeto do presente estudo, destaca-se tal interação na seara privada, mais especificamente, no âmbito do direito empresarial. O segmento referido delimita-se, conforme leciona André Santa Cruz (2020)<sup>123</sup>, por um agrupamento de normas regulamentadoras da atividade econômica estruturada pela produção e circulação de bens e serviços, bem como pelos agentes que os fomentam.

Ressalta-se a crítica proposta por Santa Cruz (2020)<sup>124</sup> que o entendimento conceitual de tal esfera não pode pautar-se em uma interpretação literal de que o objeto de estudo do ramo empresarial seria, de maneira geral, a toda ordem jurídica do mercado, mas tão somente as de natureza empresarial, reflexas da interação entre empresários e empresas.

O enfoque restrito às relações empresariais, portanto, permitiria uma análise mais precisa das questões jurídicas que emergem desse campo, especialmente quando se

---

<sup>121</sup> WILLIAMS, Raymond. *Keywords: a vocabulary of culture and society*. London: Fontana Paperbacks, 1983.

<sup>122</sup> SILVA, Allyne Andrade. *Uma teoria crítica racial do direito brasileiro: aportes teóricos e metodológicos sobre direito e raça*. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

<sup>123</sup> RAMOS A. L. S. C. *Direito empresarial (10a. ed.)*. São Paulo: Grupo Gen - Editora Método Ltda., 2020.

<sup>124</sup> RAMOS A. L. S. C. *Direito empresarial (10a. ed.)*. São Paulo: Grupo Gen - Editora Método Ltda., 2020.

consideram as influências sociais e culturais que permeiam o ambiente *in casu*. Nesse contexto, a dinâmica empresarial não ocorre em um vácuo sociológico, mas sim é profundamente influenciada por fatores “externos”, como raça e diversidade.

Por todo o exposto, o presente excerto se debruça sobre as interações entre raça e direito empresarial. Especificamente, explora-se como as fricções entre a chamada gestão de diversidade e a noção de capitalismo racial se manifestam no contexto empresarial moderno. Constroem-se hipóteses, nesse sentido, de questionar a instrumentalização da diversidade pelos grandes conglomerados econômicos.

Busca-se compreender como o capitalismo racial interage no ambiente empresarial, permeando suas nuances histórico-culturais. Torna-se central, sob uma ótica crítica, compreender a posição do capitalismo como transformador de demandas por diversidade em meros construtos mercadológicos. Nesse sentido, ressalta-se tal transformação emergente como forma de expropriação dos significados, mesmo no aspecto empresarial.<sup>125</sup>

Ademais, pretende-se analisar a gestão de diversidade na contemporaneidade, traçando sua possível efetividade na mesma medida em que se rastreiam seus pontos negativos e sintomáticos da esfera social moderna. Por meio disso, pretende-se ligar os conceitos apontados de maneira juridicamente central no aporte doutrinário utilizado. Destacam Bezerra et. al (2022)<sup>126</sup> como as origens culturais e sociais do Brasil instigam para a estratificação do próprio mercado de trabalho. A diversidade, nesse sentido, seria somente utilizada como nuance do capital integrativo das grandes empresas.

Impossível introduzir o presente escrito sem também mencionar os materiais e os métodos utilizados. A princípio, utiliza-se fortemente de uma metodologia ampla e eclética na tentativa de rastrear os fenômenos sociais em xeque por uma visão própria das ciências sociais aplicadas. Destaca-se também o método qualitativo no aporte doutrinário e jurisprudências, bem como o possível aspecto quantitativo na possível análise de dados trazidos por pesquisas qualificadas no presente tema.

Por fim, em aspecto social, o diálogo de fontes aqui proposto busca trazer a lume novamente as problemáticas raciais da sociedade contemporânea. A abordagem pretende

---

<sup>125</sup> FRASER, Nancy. Expropriation and exploitation in racialized capitalism: A reply to Michael Dawson. *Critical Historical Studies*, v. 3, n. 1, p. 163-178, 2016.

<sup>126</sup> BEZERRA, Francisco William Coêlho et al. Gestão da diversidade nas organizações: uma breve revisão bibliográfica. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 11, p. e428111133610-e428111133610, 2022.

expor tais problemáticas em um ramo específico das ciências jurídicas não somente para mapeá-lo, mas também para entender possíveis caracteres sintomáticos.

## 1.2 Metodologia

O desenvolvimento completo de uma pesquisa de caráter acadêmico só se torna plenamente possível quando ressaltado no seu percurso o trajeto metodológico coerente das hipóteses, indagações e objetivos. Por isso, lecionam Aragão e Neta (2017)<sup>127</sup> como o olhar aprofundado específico das ciências humanas é vital para a consolidação do método basilar.

Neste caso, como previamente mencionado, adota-se uma metodologia eclética, que se fundamenta na integração de perspectivas das ciências humanas, jurídicas e econômicas para justificar e orientar o desenvolvimento do presente texto. A escolha por uma abordagem eclética permite uma análise mais abrangente e multifacetada dos temas, aproveitando as contribuições teóricas e metodológicas de diferentes campos do conhecimento.

Quanto à forma de abordagem, ressalta-se um paradigma misto que, embora criticado por autores como Sordi (2013)<sup>128</sup>, se mostra essencial na atribuição dos significados aqui buscados. Para tanto, deve-se centralizar o aporte doutrinário que não se esgota, mas se expõe por autores como Nancy Leong (2013)<sup>129</sup>, Nancy Fraser (2016)<sup>130</sup>, Tshombe Miles (2023)<sup>131</sup>, Allyne Silva (2019)<sup>132</sup>, André Santa Cruz (2020)<sup>133</sup>, Ricardo Negrão (2020)<sup>134</sup> e Sueli Carneiro (2023).<sup>135</sup>

Destaca-se a utilização de uma construção sistemática que refere ao direito comparado por causa das próprias referências doutrinárias pertinentes ao tema. Embora não surja como propriedade dos materiais e métodos utilizados, cumpre também expor que a justificativa do escrito em questão deve-se à ausência de pesquisas quanto às

---

<sup>127</sup> ARAGÃO, José; NETA, Maria. Metodologia científica. 2017.

<sup>128</sup> SORDI, José Osvaldo de. Pesquisa Científica: seleção, leitura e redação. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>129</sup> ROBIN, Nancy. Racial capitalism. *Harv. L. Rev.*, v. 126, p. 2151, 2013

<sup>130</sup> FRASER, Nancy. Expropriation and exploitation in racialized capitalism: A reply to Michael Dawson. *Critical Historical Studies*, v. 3, n. 1, p. 163-178, 2016.

<sup>131</sup> MILES, Tshombe. Capitalismo Racial e algumas observações sobre comunidades quilombolas na universidade. Nós na Universidade: Negros, indígenas e quilombolas entre negociações, afirmações e disputas, Fortaleza, p. 19-30, 2023.

<sup>132</sup> SILVA, Allyne Andrade. Uma teoria crítica racial do direito brasileiro: aportes teóricos e metodológicos sobre direito e raça. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

<sup>133</sup> RAMOS A. L. S. C. Direito empresarial (10a. ed.). São Paulo: Grupo Gen - Editora Método Ltda., 2020.

<sup>134</sup> NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>135</sup> CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

interseções do direito privado, sobretudo o empresarial, nas questões atinentes à raça, gênero, sexualidade e outros campos pormenorizados.

## 2. CAPITALISMO RACIAL

Inicialmente, a critério de significação, o professor Carlos Hasenbalg em conjunto com a professora Lélia Gonzales (2022)<sup>136</sup> traz a lume como a essência do racismo se dá na negação ontológica do ser, especialmente na negação da humanidade do outro. Essa visão, de caráter extremamente conspurcado, ganhou substâncias nos mais variados discursos ao decorrer da história, desde as esferas de poder na religião até nas mais variadas ciências.

Embora a conceituação e o significado perpassem momentos diferentes na história, torna-se preciso entender um para compreender o outro. Nesse ínterim, o conceito de capitalismo racial interliga-se ao do racismo e é inicialmente cunhado pelo professor Cedric Robinson (1983)<sup>137</sup> que retrata como é essencial entender como a raça se torna um elemento central nos sistemas de produção. O autor, ao dialogar sobre as mais variadas formas da tradição negra radical, propõe uma interseção entre o capitalismo, até então desenvolvido por pensadores como Marx e Engels, para uma percepção que leva à raça ao protagonismo dos sistemas de produção. Veja-se:

Embora teóricos econômicos, como Smith (1776), sejam uma das principais fontes sobre como o capitalismo deveria funcionar, na verdade nunca foi praticado em nenhuma sociedade. Cedric Robinson argumenta que você precisa de raça para justificar o colonialismo e a subjugação e não pode falar sobre capitalismo sem falar sobre raça e colonialismo. O colonialismo nas Américas foi um dos principais motores do capitalismo moderno. [...] Em outras palavras, embora ser branco não fosse uma garantia necessária para ser rico ou materialmente bem-sucedido, havia uma vantagem em ser legalmente branco que era flagrante no período colonial, não apenas por causa da escravidão e da desapropriação do trabalho indígena. Havia um sistema legal de castas que proibia pessoas de grupos africanos e indígenas de participar do governo, pagando impostos especiais, de usar certas roupas, além de outras formas de racismo, mesmo que você fosse “livre” (RUSSELLWOOD, 1993), e essa discriminação continuou nas nações independentes da América Latina<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. Lugar de negro. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2022.

<sup>137</sup> ROBINSON, C. J. Black Marxism : The Making of the Black Radical Tradition. Chapel Hill ; London: University of North Carolina Press, 1983

<sup>138</sup> MILES, Tshombe. Capitalismo Racial e algumas observações sobre comunidades quilombolas na universidade. Nós na Universidade: Negros, indígenas e quilombolas entre negociações, afirmações e disputas, Fortaleza, p. 19-30, 2023.

Um dos principais obstáculos para a compreensão dessa violação de direitos é o mito persistente da democracia racial no Brasil, que sugere que a miscigenação apagou as bases do racismo. No entanto, esse mito, como argumentado por Carneiro (2023)<sup>139</sup>, serve apenas para mascarar as tensões étnico-raciais e perpetuar a desigualdade. Um pensamento que seria deveras realocado desde o término “pacífico” da escravidão até a ausência de normativas escrachadamente segregacionistas como ocorreram em outros países.

É claro que antes de tecer o fio condutor de tal mito com o objeto tratado no presente estudo, cabe destacar novamente que este não passa daquilo: um mito. Veja-se nas palavras de Carneiro (2023):<sup>140</sup>

No exemplo brasileiro, o discurso que molda as relações raciais é o mito da democracia racial. **Sua construção e permanência até os dias atuais evidencia, por si, sua função estratégica, sobretudo como apaziguador das tensões étnico-raciais.** [...] O mito da democracia racial corresponde ao desejo de uma autorrepresentação da sociedade e de uma representação positiva do país frente ao “complexo de inferioridade interiorizado e legitimado cientificamente”. Presta-se à construção de uma identidade positiva para um país cuja realidade concreta impede a realização efetiva de uma ocidentalização, seja racial ou cultural. Como afirma Sílvia Romero em História da literatura brasileira, “Não adianta discutir; somos mestiços, isso é um fato e basta!... Se não somos mestiços no sangue, somos mestiços na alma”.<sup>141</sup>

Mutatis mutandis, o capitalismo racial alcança justamente a interseção do mito da democracia racial, da violação sistemática de direitos e das formas produtivas hodiernas: o anseio pelo lucro. No contexto empresarial a suposta demanda por diversidade absorve todos os significados e passa a ser simplesmente o fomento de um produto qualquer.

O mito em xeque passa a acelerar os mecanismos do capital. De maneira similar, o fenômeno conhecido como 'Pink Money' ilustra como o capital absorve demandas identitárias, transformando-as em estratégias comerciais<sup>142</sup>. A princípio, no contrário da gestão de diversidade, ou seja, da capitalização da diversidade no contexto empresarial, o Pink Money se referiria a venda imagética no âmbito consumerista de uma imagem atrativa para a comunidade mencionada, funcionando como mote comercial, porém vazio de significado ao denotar-se as reais políticas congêneres.

<sup>139</sup> CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

<sup>140</sup> CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

<sup>141</sup> CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

<sup>142</sup> SINIGAGLIA, O. S.; PRATA, M. R. Das carnes mais baratas: Indagações sobre a travestilidade e o pink money. Humanidades em Perspectivas, [S. l.], v. 2, n. 3, 2020.

Na gestão de diversidade, as empresas mudariam suas tratativas no tocante aos colaboradores, não somente por um imperativo estatal que viria do contexto trabalhista ou empresarial, mas também, em suma, por uma demanda do mercado contemporâneo em se sentir representado nas grandes empresas e conglomerados econômicos.

Apesar de construções históricas diferentes, cumpre destacar a forma abordada por Nancy Leong (2013) <sup>143</sup> ao expor a valorização que o contexto econômico e jurídico estava expondo a diversidade nos Estados Unidos. A autora expõe que, muito embora a branquitude continue inegavelmente como marca central de valorização, seja de status ou de poder fático, ocorre que, a preocupação por parte da sociedade hodierna com as demandas pela diversidade ocasionou, sob olhares do capitalismo racial, a inversão da valorização dos corpos até então considerados dissidentes em todos os aspectos.

Vis-à-vis, Leong (2013) <sup>144</sup> aponta a evolução das intervenções judiciais nas chamadas demandas por diversidade. O histórico, embora claramente reduzido, consubstancia-se sobretudo com as ações afirmativas na seara educacional, que apesar de esparsas, foram implementadas em diversas universidades do país. O caráter dos programas, no entanto, provou-se meramente contencioso e evocou diversos questionamentos no âmbito jurídico. Veja-se:

Por um breve período, a lógica da diversidade e a lógica contenciosa coexistiram. Mas à medida que o Tribunal estabeleceu gradualmente o escrutínio rigoroso como padrão em todos os casos que envolvem ações afirmativas baseadas na raça, as justificações corretivas tornaram-se cada vez mais improváveis de terem sucesso, com uma pequena exceção para a implementação de medidas corretivas por uma entidade para a sua própria discriminação passada, e o foco subsequentemente mudou para a diversidade. Esta mudança doutrinária refletiu e reforçou uma preocupação social crescente de que os brancos se tinham tornado vítimas de “discriminação inversa”. Jed Rubinfeld chama esta tendência de “agenda anti-discriminação” e argumenta que decorre da antipatia de um Supremo Tribunal cada vez mais conservador. ao que considera “a erosão da meritocracia” e “a criação de um sentimento de direito entre pessoas indignas”. Kenji Yoshino sugere que o Tribunal sofre, em vez disso, de “ansiedade do pluralismo” – ansiedade resultante da introdução de novos ou recentemente visíveis grupos de pessoas - o que levou não a uma hostilidade generalizada aos direitos, como argumenta Rubinfeld, mas sim a uma série de restrições à jurisprudência de proteção igualitária e a um movimento geral para localizar os direitos na noção de liberdade em vez de igualdade. <sup>145</sup>

---

<sup>143</sup>ROBIN, Nancy. Racial capitalism. Harv. L. Rev., v. 126, p. 2151, 2013.

<sup>144</sup>ROBIN, Nancy. Racial capitalism. Harv. L. Rev., v. 126, p. 2151, 2013.

<sup>145</sup> ROBIN, Nancy. Racial capitalism. Harv. L. Rev., v. 126, p. 2151, 2013

Paralelamente, na democracia tropical, embora a visão acerca das políticas afirmativas possua contornos diferentes<sup>146</sup>, a visão intervencionista do estado nas políticas de diversidade também é fortemente criticada, em caráter contencioso ou não. Tal questionamento já é ímpar quando tratado de políticas perenes ao direito público, quem dirá quando mencionado o suprassumo privado do direito empresarial.<sup>147</sup>

Assim, embora a política social possa ser entendida como um conjunto de ações estatais voltadas para enfrentar as desigualdades sociais e questões relacionadas ao conflito entre capital e trabalho<sup>148</sup>, cada país desenvolveu seus próprios mecanismos para equilibrar as demandas dos movimentos trabalhistas com os interesses econômicos da burguesia emergente, bem como cada seara jurídica também se adaptou prontamente a enfrentar ou absorver tais demandas. No caso em questão, cabe o aprofundamento para saber da efetividade ou da superficialidade nesse novo contorno, que é a gestão de diversidade.

## 2.1 Nuances da crise racial

Para Silvio Almeida (2012)<sup>149</sup>, ex-ministro dos direitos humanos e da cidadania no Brasil, para entender de fato as crises que assolam a contemporaneidade, deve-se compreender que elas afetam demasiado não somente seus recortes originários, especialmente econômicos, mas alcançam suas piores facetas no campo estatal. Veja-se

Crises mostram suas faces mais perversas no campo político, vez que os rearranjos institucionais necessários para combater seus efeitos e estabilizar o ambiente econômico, na maior parte dos casos, acabam por acirrar conflitos sociais e produzir violência. Contra o agravamento das tensões sociais, certos observadores da crise do capitalismo propõem como solução o aumento da intervenção estatal e da regulação, numa espécie de “keynesianismo redivivo” ou novo Welfare State (KRUGMAN, 2007). Segundo essa perspectiva, somente um controle político mais efetivo sobre os agentes econômicos seria capaz de impedir a ocorrência de eventos que levam às crises econômicas, algo impossível no contexto das políticas neoliberais. Não há como negar que políticas de estímulo à atividade econômica e até mesmo de controle sobre a produção mostraram certa eficiência no combate aos efeitos sociais da crise.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> Datafolha: Metade dos brasileiros é a favor das cotas raciais em universidades; 34% são contra. Disponível em <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/06/12/datafolha-metade-dos-brasileiros-e-a-favor-das-cotas-raciais-em-universidades-34percent-sao-contras.html>.

<sup>147</sup> Destaca-se que a utilização do caráter intervencionista em questão parte somente a título exemplificativo de tais políticas em outros âmbitos do direito contemporâneo, não sendo pretensão do presente excerto o diálogo construtivo de um Estado deveras intervencionista, e sim a análise crítica da demanda privada no quesito das diversidades.

<sup>148</sup> SINIGAGLIA, O. S.; PRATA, M. R. Das carnes mais baratas: Indagações sobre a travestilidade e o pink money. *Humanidades em Perspectivas*, [S. l.], v. 2, n. 3, 2020.

<sup>149</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz. Estado, regulação e crise. *Práxis Interdisciplinar*, v. 1, n. 1, 2012.

<sup>150</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz. Estado, regulação e crise. *Práxis Interdisciplinar*, v. 1, n. 1, 2012.

Por essa óptica, o papel do estado na relação com as crises é extremamente questionado, porém como demonstrado pelo autor (2012)<sup>151</sup>, tal papel passa a ser a *ultima ratio* de um estado de exceção nas mais variadas interfaces. Não tão distante disso, a constante violação dos direitos da população negra na modernidade brasileira passa a ser sistemática no cenário jurídico do presente estudo. Tem-se, nesse aspecto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 973 que se encontra conclusa para voto do relator. Na presente ação busca-se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) em face das tratativas direcionadas à população negra no Brasil. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), após solicitar o ingresso na lide constitucional como *amicus curiae*, reforçou seu teor.

A ADPF 973 foi ajuizada por sete partidos políticos (PT, PSOL, PSB, PCdoB, Rede Sustentabilidade, PDT e PV), provocados pela Coalizão Negra por Direitos. As legendas pedem que o Supremo reconheça um estado de coisas inconstitucional em decorrência do racismo estrutural, que “sustenta uma política de morte financiada e aplicada pelo Poder Público”, e determine a adoção de uma série de medidas para sanar violações sistemáticas aos direitos fundamentais à vida, saúde, segurança, e segurança alimentar digna da população negra<sup>152</sup>.

A possível declaração do ECI é extremamente relevante no aspecto jurídico. Uma porque manifesta que a inércia dos agentes públicos é fundante da crise declarada de violação contínua de direitos à população, duas porque especialmente proclama a legitimidade da corte para interferir nas questões atinentes ao problema estrutural arguido como contrário aos preceitos fundantes da Carta Maior.<sup>153</sup>

À vista disso, percebe-se o quão difícil seria constatar que as situações envolvendo o racismo estrutural no Brasil não seriam, com a possível declaração do ECI, o retrato “perfeito” das tão chamadas crises mencionadas por Almeida (2012)<sup>154</sup>, ainda que não demonstrem uma origem tão somente econômica. Traz-se a lume um trecho da inicial constitucional da ADPF mencionada:

Aqui, lamentavelmente, falaremos de um projeto do Estado brasileiro que opera para nos matar, um a um, uma a uma. Nos matam à bala, de fome, por descaso, nos torturam, nos aprisionam, nos adoecem física e mentalmente. Arrancam de nós nossos pedaços, nossas alegrias, partes de nossas famílias. Ferem nossos ancestrais, nossa cultura. Destroem nossa terra, nossos

<sup>151</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz. Estado, regulação e crise. *Práxis Interdisciplinar*, v. 1, n. 1, 2012.

<sup>152</sup> OAB. Na ADPF Vidas Negras, OAB defende a implementação de plano de combate ao racismo estrutural. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/61677/na-adpf-vidas-negras-oab-defende-a-implementacao-de-plano-de-combate-ao-racismo-estrutural>>.

<sup>153</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Estado de Coisas Inconstitucional” e Litígio Estrutural. 2015.

<sup>154</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz. Estado, regulação e crise. *Práxis Interdisciplinar*, v. 1, n. 1, 2012.

quilombos, nosso passado. Invadem nossas casas, instalam o terror, nos tiram o sossego. Não reconhecem nossa existência. Negam a nós um futuro.<sup>155</sup>

Não só pelo teor onírico da referida ação, mas por todas as informações aqui apresentadas é pungente a situação vivenciada pela população negra no Brasil. Resta-nos questionar se essa situação ultrapassa todas as esferas e alcança de fato o direito empresarial, e em caso positivo, se caberia a intervenção do Estado nesse aspecto.

### **3. A NATUREZA DO DIREITO EMPRESARIAL E AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Como os primeiros diálogos acerca da intervenção estadista no âmbito estatal provam-se complexos mesmo quando se observa o prisma público do direito, há de se crer da sua impossibilidade regulamentadora nas relações privadas, em especial do direito empresarial, mas cabe ao presente excerto buscar o porquê de tal dedução.

Veja-se tal ramo, conforme retromencionado configura-se por um agrupamento de normas tangentes à relação empresarial propriamente dita. Outros autores como Ricardo Negrão (2020)<sup>156</sup> enfatizam inicialmente que, a título de conceituação, este se equivale ao direito comercial<sup>157</sup>, mas também que abrange as relações jurídicas estabelecidas durante o exercício profissional das atividades mercantis e empresariais. O direito comercial naturalmente, nesse sentido, regula tanto as atividades do antigo comerciante quanto as do empresário moderno.

Nesse sentido, o referido ramo nasce do direito privado com as devidas vênias, sobretudo do direito obrigacional, do qual, inegavelmente, é subsidiário por analogia. Ressalta Negrão:

Contudo, sempre coexistirão institutos diversificados para o tratamento de questões decorrentes do direito obrigacional, distinguindo as duas figuras, como ocorre na manutenção do instituto falimentar, para resolver conflitos que envolvam credores comuns de um mesmo empresário, e do instituto da insolvência civil, hábil para a mesma solução processual quando se tratar de devedor não empresário<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Coalizão Negra por Direitos. Petição Inicial, Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 347, 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

<sup>156</sup> NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>157</sup> Esta é a postura aqui adotada, vê-se que simbiose entre direito comercial e direito empresarial passa a fazer parte da maioria doutrinária desse aspecto, ainda que inicialmente destacada sua diferenciação.

<sup>158</sup> NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Por isso, há de se crer que o Estado possuiria, quanto a liberdade econômica, seja ela, de contratação, de associação ou mesmo de iniciativo, tão somente uma função marginal, fazendo valer os princípios constitucionais ou “editando normas, coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais”.<sup>159</sup>

Em outras palavras, o agente limitador da interferência estatal no âmbito das relações essencialmente privadas não é sequer de longe somente o atrito natural entre as ordens de preceito público e de preceito privado, mas é, sobretudo, um imperativo da norma maior que o Estado deve apenas indicar por meio de seu papel fiscalizador, incentivador e planejador os caminhos das relações contratuais ocorridas cotidianamente. Veja-se:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.<sup>160</sup>

Nesse aspecto, conforme leciona David Accioly de Carvalho (2015)<sup>161</sup>, a partir da doutrina do jurista Eros Grau (2010)<sup>162</sup> e dos artigos seguintes expostos no texto constitucional é possível conceber que o Estado poderia interferir subsidiariamente de três formas nas relações de caráter privado, quais sejam, por atuação direta, fomento ou disciplina.

A primeira se daria quando o Estado agisse diretamente, ou seja, desempenhando a função de produtor ou fornecedor de bens e serviços de maneira independente. Essa forma consubstancia-se na possibilidade de fornecimento de serviços essencialmente

<sup>159</sup> CARVALHO, David Accioly de. A intervenção do estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de Fortaleza.

<sup>160</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>161</sup> CARVALHO, David Accioly de. A intervenção do estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de Fortaleza.

<sup>162</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

públicos por natureza ou pela clara exploração e utilização dos meios e fins econômicos, através de empresas públicas ou de sociedades de economia mista. Mesmo tais mecanismos, fundamentalmente previstos, possuem diversas exceções frente a livre iniciativa como preceito maior. Sobretudo nas sociedades de economia mista, que provam ser a fusão do capital privado e público, encontra-se inúmera quantidade de julgados reiterando sua natureza, suas limitações e seus avanços no campo societário, por exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - REALIZAÇÃO CONCURSO PÚBLICO PARA A FORMAÇÃO DE CASTRO DE RESERVA - NÃO INDICAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO, MORALIDADE E TRANSPARÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. A exigência de prévia aprovação em concurso para a investidura em cargo ou emprego público encontra expressa previsão constitucional (art. 37, II), devendo ser observada por todos os entes da administração pública direta e indireta. A necessidade da realização de concurso, é importante consignar, visa concretizar, sobretudo, os princípios da igualdade e da moralidade administrativa. Através do certame, todos os interessados em ingressar no serviço público concorrem em condições idênticas, evitando favorecimentos ou perseguições de ordem pessoal. O simples fato do certame objeto da presente ação civil pública não gerar direito subjetivo de nomeação a qualquer dos candidatos aprovados, por não indicar previamente um número determinado de vagas não é hábil, por si só, a acarretar a sua invalidade. Nada impede que a administração pública ou mesmo os entes da administração indireta promovam processos seletivos para a formação de cadastro de reserva, visando ao provimento de cargos que ainda não se encontram vagos ou que estão na iminência de serem criados. A antecipação do concurso, nessas hipóteses, constitui medida de planejamento, sendo meio hábil a possibilitar uma pronta reposição de funcionários, que se justifica ainda mais na hipótese dos autos, por ser a ré sociedade de economia mista destinada à exploração de atividade econômica. Registre-se, por outro lado, que a realização de concurso para formação de cadastro de reserva não impede a fiscalização do certame pelos órgãos competentes. A ausência de prévia indicação do número de vagas disponíveis não obsta que seja fiscalizada a ordem de classificação dos candidatos, bem como eventuais irregularidades perpetradas pela administração pública. Recurso desprovido. <sup>163</sup>

A segunda, ainda tendo em vista Carvalho (2015), é materializada no fomento de incentivos fiscais e financiamentos públicos congêneres aos problemas sociais porventura detectados pelo Estado, bem como uma própria extensão de sua atuação pública. Nas próprias palavras de Eros Grau:

No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de "levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do

---

<sup>163</sup> BRASIL, TJMG - Apelação Cível 1.0024.07.485594-1/003, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, 17ª C MARA CÍVEL, julgamento em 17/11/2011, publicação da súmula em 22/11/2011

querer individual". Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite — ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza — de "incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado".

164

Parece-nos claro que o objeto aqui tratado se encaixa perfeitamente nas possibilidades de intervenção por fomento destacadas por Carvalho (2015)<sup>165</sup> e Grau (2015)<sup>166</sup>. No entanto, cabe explicitar a terceira forma de intervenção estatal na ordem econômica privada, qual seja, a disciplina. Nessa modalidade o agente estatal faria seu papel, reflexo do central, ao fiscalizar e ao inserir, por direção, comandos e normas cogentes, com possíveis sanções.

Por todo o exposto, percebe-se a possibilidade de fomento estatal para iniciativas privadas no âmbito da diversidade poderia encaixar-se a realidade caótica pendente de ADPF. No entanto, para cogitar possibilidades de substituição também deve-se cogitar a necessidade de substituir seu *status quo*, no presente caso nos voltamos para o funcionamento atual da gestão da diversidade para lidar com os problemas apontados.

#### 4. A GESTÃO DE DIVERSIDADE

A acepção da diversidade tem sido pauta rotineira da modernidade, tornando-se claro que as redes sociais, as rápidas interações e a globalização permeiam essa agenda, expandindo-a e levando para os mais variados setores. Em caráter global, as empresas, como reflexos das demandas pertinentes à sociedade consumidora, também vêm aderindo a essa pauta nos mais variados aspectos.

Fonseca e Kogut (2023)<sup>167</sup> destacam que a diversidade e a inclusão são protagonistas quando se aborda a temática da gestão de recursos humanos nas empresas multinacionais e que apesar desse interesse integrar a agenda mundial dessas grandes empresas, é distante a realidade homogênea que as permeia, sendo diferente as políticas, objetivos e métricas para diferentes populações. O que se pode observar no tópico da

---

<sup>164</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

<sup>165</sup> CARVALHO, David Accioly de. A intervenção do estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de Fortaleza.

<sup>166</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

<sup>167</sup> FONSECA, Luiza; KOGUT, Clarice. DIVERSITY AND INCLUSION PROGRAMS IN MULTINATIONALS: OPPORTUNITY FOR REVERSE KNOWLEDGE TRANSFER. *Rae-revista De Administracao De Empresas*, v. 63, n. 5, 1 jan. 2023.

diversidade é que, inegavelmente, as empresas multinacionais desempenham papel focal neste debate. Ademais:

Este dilema pode ser entendido como a dualidade institucional que as subsidiárias enfrentam para acomodar as pressões institucionais dos países de origem e de acolhimento (Cooke et al., 2019). Para Bartlett e Ghoshal (1989) as multinacionais podem optar por uma estratégia que represente um ambiente multidoméstico, global, internacional ou transnacional, dependendo do quanto valorizam a capacidade de resposta local e a integração global. Apesar da generalização da abordagem global e multidoméstica, esses autores criaram a abordagem “transnacional”, mas os investigadores em diversidade e inclusão raramente a mencionam. A abordagem transnacional é apropriada quando são necessárias capacidade de resposta local e conformidade global. Para Bartlett e Ghoshal (1989), o papel das multinacionais seria coordenar o processo organizacional interdependente das unidades para que todas compartilhem a mesma visão estratégica e trabalhem em direção a um objetivo único.<sup>168</sup>

Veja-se, considerando uma visão multidisciplinar global ter-se-ia que a gestão de diversidade seria naturalmente abarcada pelo capital, que leva tais pontos frontalmente no debate dos recursos humanos. No entanto, tal análise carece de substrato no Brasil, em que os trabalhadores também enfrentam desafios relacionados à falta de interesse em diversificar seu ambiente de trabalho.<sup>169</sup>

O racismo estrutural passa a atuar fortemente na seleção de pessoas negras para compor os quadros das empresas mencionadas, bem como na direção de políticas empresariais no ramo da diversidade. Por volta, o mito da democracia racial afeta vertiginosamente a expectativa da gestão de diversidade. Na pesquisa realizada por Edneia do Prado Gonçalves et. al (2016)<sup>170</sup>, conclui-se que o aumento, à época, da ocupação dos cargos de liderança em grandes empresas por pessoas negras já era ínfimo.

Em 2012, a média calculada foi de 16,7% e a mediana 18,34%. Das 30 empresas da amostra, apenas 16 divulgaram os dados dos negros em seu BS e/ou RA, o que corroborou para a diminuição do cálculo da média e da mediana. Destas, 5 empresas continuam com percentuais baixíssimos, ainda inferiores a 2011, 0,7% a 3%, de negros em cargos de chefia. As empresas abaixo da média são 7, com percentuais de apenas 6,5% e; 9 empresas estão acima da média, com percentuais de 18% a 38%. Dentre estas, continuam líderes as companhias de eletricidade e energia e os bancos.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> FONSECA, Luiza; KOGUT, Clarice. DIVERSITY AND INCLUSION PROGRAMS IN MULTINATIONALS: OPPORTUNITY FOR REVERSE KNOWLEDGE TRANSFER. *Rae-revista De Administracao De Empresas*, v. 63, n. 5, 1 jan. 2023.

<sup>169</sup> BRONZE, G. Pesquisa: 93% dos profissionais negros acreditam existir barreiras para chegar em cargos de lideranças. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/pesquisa-93-dos-profissionais-negros-acreditam-existir-barreiras-para-chegar-em-cargos-de-liderancas/>>.

<sup>170</sup> GONÇALVES, Ednéia Batista do Prado, et al. Gestão da diversidade: um estudo de gênero e raça em grandes empresas brasileiras. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 35, n. 1, p. 95-112, 2016.

<sup>171</sup> GONÇALVES, Ednéia Batista do Prado, et al. Gestão da diversidade: um estudo de gênero e raça em grandes empresas brasileiras. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 35, n. 1, p. 95-112, 2016.

Ainda que considerado que os dados alcançados na pesquisa retratam a realidade consubstanciada na época, pouco se crê, empiricamente, em um avanço vertiginoso que viesse desbastar a hígidez da insuficiência de pessoas negras em cargos de liderança nas grandes empresas brasileiras.

Assim, embora a administração da diversidade pareça, em primeiro plano, natural nos ambientes econômicos ter-se-ia que tal conjectura estaria amplamente distante do Brasil, quer seja pela ausência de políticas que a fomente, quer seja pelo vazio de significados que ela promove. Nesse ínterim a gestão diversidade passa por um processo de, nas palavras de Leong (2013)<sup>172</sup>, comodificação<sup>173</sup>, ou seja, o que, em princípio, seria a ampliação da pauta racial torna-se a ampliação tão somente do capital.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, foram encontrados diversos materiais no tocante a gestão de diversidade e o capitalismo racial. No entanto, tornou-se possível elaborar dois recortes de tal colheita, o primeiro é de que a maioria da matéria no tocante ao capitalismo racial não foi produzida no Brasil, tendo destaque autores nacionais como Miles (2023)<sup>174</sup> e Carneiro (2023)<sup>175</sup> e para fora disso a referência ainda não datada a título de rigor científico por Leong (2013)<sup>176</sup> e Fraser (2016).<sup>177</sup>

A construção do termo perpassa sem equívocos a obra de Robinson (1983)<sup>178</sup> que há muito dialogava sobre o papel do capital na propagação do racismo e até que ponto estes poderiam ser considerados siameses um do outro. No tocante ao direito empresarial e a gestão de diversidade, a gama de encontros tornou-se maior, restando evidenciada por

---

<sup>172</sup> ROBIN, Nancy. Racial capitalism. *Harv. L. Rev.*, v. 126, p. 2151, 2013.

<sup>173</sup> Tradução nossa.

<sup>174</sup> MILES, Tshombe. Capitalismo Racial e algumas observações sobre comunidades quilombolas na universidade. *Nós na Universidade: Negros, indígenas e quilombolas entre negociações, afirmações e disputas*, Fortaleza, p. 19-30, 2023.

<sup>175</sup> CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

<sup>176</sup> ROBIN, Nancy. Racial capitalism. *Harv. L. Rev.*, v. 126, p. 2151, 2013.

<sup>177</sup> FRASER, Nancy. Expropriation and exploitation in racialized capitalism: A reply to Michael Dawson. *Critical Historical Studies*, v. 3, n. 1, p. 163-178, 2016

<sup>178</sup> ROBINSON, C. J. *Black Marxism: The Making of the Black Radical Tradition*. Chapel Hill ; London: University of North Carolina Press, 1983

pesquisas como as desenvolvidas por Do Prado Gonçalves et. al (2016)<sup>179</sup> e Bezerra et. al (2022).<sup>180</sup>

A similaridade continua sendo a ausência de estudos no que convêm as interseções entre o racismo estrutural e a seara empresarial. Este último, inegavelmente regulador das relações privadas exclusivas entre empresários, empresas e na gestão empresarial, passa a integrar um vácuo no que tange a assuntos da racialidade.

Veja-se, a construção dos preceitos jurídicos acerca da gestão de diversidade resta ora entre regulação nenhuma e as mazelas do capital, ora entre as mazelas do capital e nenhuma regulação.

No que tange ao tema em questão, verifica-se que, ao mesmo em que se subentende, não só à título de senso comum, mas basilarmente quer seja por dialética social, quer seja por uma possível declaração de estado de coisas inconstitucional, o Brasil encontra-se em uma crise de representação racial reflexa a violação sistemática dos direitos conferidos à população negra.

O que ocorre nas crises do capital é inequivocamente as intervenções do Estado para purgá-la do aparato social, no entanto subsiste uma contradição entre a natureza do direito empresarial e as possibilidades de intervenção estatal. De um lado verifica-se que tais movimentos de crise do capital fomentam medidas contenciosas de amplo espectro, de outro as relações de ramificação privada possuem proteção constitucional na livre iniciativa como preceito da ordem econômica brasileira.

Conclui-se, reiterando que tal trabalho não possui o condão de exaurimento do presente tema, que as medidas de fomento são centrais para o combate preventivo do racismo estrutural no país. O cerne é como se daria a intervenção estatal, jurídica ou não, no âmbito de uma seara que há muito não se debruça sobre as questões de raça, bem como dos corpos dissidentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. Estado, regulação e crise. *Práxis Interdisciplinar*, v. 1, n. 1, 2012.

ARAGÃO, José; NETA, Maria. *Metodologia científica*. 2017.

---

<sup>179</sup> GONÇALVES, Ednéia Batista do Prado, et al. Gestão da diversidade: um estudo de gênero e raça em grandes empresas brasileiras. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 35, n. 1, p. 95-112, 2016.

<sup>180</sup> BEZERRA, Francisco William Coêlho et al. Gestão da diversidade nas organizações: uma breve revisão bibliográfica. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 11, p. e428111133610-e428111133610, 2022.

BEZERRA, Francisco William Coêlho et al. Gestão da diversidade nas organizações: uma breve revisão bibliográfica. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 11, p. e428111133610-e428111133610, 2022.

BRASIL, TJMG - Apelação Cível 1.0024.07.485594-1/003, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, 17ª C MARA CÍVEL, julgamento em 17/11/2011, publicação da súmula em 22/11/2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRONZE, G. Pesquisa: 93% dos profissionais negros acreditam existir barreiras para chegar em cargos de lideranças. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/pesquisa-93-dos-profissionais-negros-acreditam-existir-barreiras-para-chegar-em-cargos-de-liderancas/>>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Estado de Coisas Inconstitucional” e Litígio Estrutural. 2015.

CARNEIRO, S. Dispositivo de racialidade. [s.l.] Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 2023.

CARVALHO, David Accioly de. A intervenção do estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de Fortaleza.

CASTRO, Mary Garcia. Políticas públicas por identidades e de ações afirmativas: acessando gênero e raça, na classe, focalizando juventudes. *Juventude e sociedade: trabalho, educação, cultura e participação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 275-303, 2004.

COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS. Petição Inicial, Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 347, 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

SILVA, Ana Paula Procópio da. Resistências negras e amefricanidade: diálogos entre Clóvis Moura e Lélia Gonzalez para o debate antirracista das relações de classe na América Latina. *Revista Fim do Mundo*, n. 4, p. 42-59, 2021.

DATAFOLHA: Metade dos brasileiros é a favor das cotas raciais em universidades; 34% são contra. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/06/12/datafolha-metade-dos->

FONSECA. Luiza; KOGUT. Clarice. DIVERSITY AND INCLUSION PROGRAMS IN MULTINATIONALS: OPPORTUNITY FOR REVERSE KNOWLEDGE TRANSFER. *Rae-revista De Administracao De Empresas*, v. 63, n. 5, 1 jan. 2023.

FRASER, Nancy. Expropriation and exploitation in racialized capitalism: A reply to Michael Dawson. *Critical Historical Studies*, v. 3, n. 1, p. 163-178, 2016.

GARCÉS, Helios F. Capitalismo racial y narrativas de liberación: una aproximación a Cedric J. Robinson desde el Estado español. *Tábula rasa*, n. 28, p. 123-137, 2018.

GILMORE, Ruth Wilson. Fatal couplings of power and difference: Notes on racism and geography. *The professional geographer*, v. 54, n. 1, p. 15-24, 2002.  
[brasileiros-e-a-favor-das-cotas-raciais-em-universidades-34percent-sao-contra.ghtml](https://www.geog.umd.edu/~gilmore/brasileiros-e-a-favor-das-cotas-raciais-em-universidades-34percent-sao-contra.ghtml).

GONÇALVES, Ednéia Batista do Prado, et al. Gestão da diversidade: um estudo de gênero e raça em grandes empresas brasileiras. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 35, n. 1, p. 95-112, 2016.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

MILES, Tshombe. Capitalismo Racial e algumas observações sobre comunidades quilombolas na universidade. *Nós na Universidade: Negros, indígenas e quilombolas entre negociações, afirmações e disputas*, Fortaleza, p. 19-30, 2023. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/74716/1/2023\\_liv\\_lsbjesus.pdf#page=20](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/74716/1/2023_liv_lsbjesus.pdf#page=20).

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OAB. Na ADPF Vidas Negras, OAB defende a implementação de plano de combate ao racismo estrutural. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/61677/na-adpf-vidas-negras-oab-defende-a-implementacao-de-plano-de-combate-ao-racismo-estrutural>.

PEREIRA, Edilene Machado et al. Interseccionalidade das desigualdades de gênero e de raça nos cargos de elite. *Interfaces Científicas-Direito*, v. 5, n. 1, p. 27-38, 2016.

PULIDO, Laura. Flint, environmental racism, and racial capitalism. *Capitalism Nature Socialism*, v. 27, n. 3, p. 1-16, 2016.

RAMOS André. L. Santa Cruz. *Direito empresarial (10a. ed.)*. São Paulo: Grupo Gen - Editora Método Ltda., 2020.

ROBIN, Nancy. Racial capitalism. *Harv. L. Rev.*, v. 126, p. 2151, 2013.

ROBINSON, Cedric. *Black Marxism : The Making of the Black Radical Tradition*. Chapel Hill ; London: University of North Carolina Press, 1983

SILVA, Allyne Andrade. *Uma teoria crítica racial do direito brasileiro: aportes teóricos e metodológicos sobre direito e raça*. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SINIGAGLIA, O. S.; PRATA, M. R. Das carnes mais baratas: Indagações sobre a travestilidade e o pink money. *Humanidades em Perspectivas*, [S. l.], v. 2, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/12>.

SORDI, José Osvaldo de. Pesquisa Científica: seleção, leitura e redação. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILLIAMS, Raymond. Keywords: a vocabulary of culture and society. London: Fontana Paperbacks, 1983.

**A RELAÇÃO DA JUSTIÇA 4.0 COM O DESENVOLVIMENTO REGIONAL**  
***THE RELATIONSHIP OF JUSTICE 4.0 WITH REGIONAL DEVELOPMENT***

Recebido em: 20/10/2024

Aprovado em: 20/12/2024

Lister de Freitas Albernaz\*

Alcido Elenor Wander\*

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise da relação do programa Justiça 4.0 e o desenvolvimento regional, a partir das contribuições desta. A metodologia adotada foi a pesquisa sistematizada em busca de artigos em plataformas online e livros, além de documentos jurídicos do Conselho Nacional de Justiça. Pode-se concluir que a justiça social vai além da igualdade. Requer equidade e um reconhecimento fundamental no valor da diversidade humana. E com nossas vidas cotidianas entrelaçadas com a internet, a equidade e os direitos humanos devem ser incorporados a ela enquanto lutamos pela justiça social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Programa Justiça 4.0. Desenvolvimento Regional.

**ABSTRACT:** This study analyzes the relationship between Justice 4.0 program and regional development based on its contributions. The methodology adopted was the systematic search for papers, books, and legal documents from the National Council of Justice. It can be concluded that social justice goes beyond equality. It requires equity and a fundamental recognition of the value of human diversity. And with our everyday lives intertwined with the internet, equity, and human rights must be built into it as we fight for social justice.

**KEYWORDS:** Public Policies. Justice 4.0 Program. Regional Development.

## **1. INTRODUÇÃO**

Reconhecemos que nos debates contemporâneos existem algumas abordagens teóricas importantes sobre a conceituação das ideias da justiça 4.0 e/ou global e que essas ideias são compreendidas, usadas e discutidas em contextos teóricos, institucionais e políticos. Assim, a justiça 4.0 é um conceito amplo que é composto por aspectos multiníveis e multidimensionais pertencentes tanto às realidades normativas quanto às

---

\* Assessor Jurídico de Desembargador (TJGO), Especialista em Direito Civil e Formação em EAD, professor adjunto na Universidade Paulista (UNIP), Mestre em Desenvolvimento Regional pela Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA), Bolsista do Programa de Estudos de Pós-Graduação Stricto Sensu da EJUG. E-mail: lfalbernaz@tjgo.jus.br.

\*\* Engenheiro Agrônomo, Doutor em Ciências Agrárias (Concentração: Economia Agrícola), pesquisador da Embrapa Arroz e Feijão e professor titular do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Funadep e do CNPq. E-mail: alcido.wander@embrapa.br.

empíricas.<sup>181</sup>

O artigo procura sintetizar as múltiplas concepções de justiça que existem no discurso acadêmico e na literatura em três principais abordagens teóricas para a Justiça 4.0 baseada em direitos, no bem e no desenvolvimento regional. Essas três abordagens refletem bem os pontos fortes no estudo da justiça 4.0.

Nossa concepção de justiça é baseada principalmente na justiça social. Como Rawls<sup>182</sup> (1999) aponta o assunto principal é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social. O estudo da justiça tem se preocupado com as obrigações que podemos ter de tratar o próximo de forma justa em vários domínios, inclusive sobre questões distributivas e de reconhecimento.

A busca por justiça acontece em um contexto social e tem como objetivo fazer com que os interesses dos atores sejam compatibilizados. Isso equivale, ao mesmo tempo, a limitar e socializar esses interesses, inserindo-os em uma lógica e dinâmica de direitos e deveres dos atores uns para com os outros. Os direitos são garantidos na medida em que eles reconhecem ter deveres e responsabilidades para com os outros.<sup>183</sup>

Os direitos mais importantes e os deveres e responsabilidades associados no cerne de uma teoria da justiça tendem a ter duas características principais. 1. Eles dizem respeito aos direitos sem os quais as pessoas não podem se sustentar, e cuja ausência também coloca em risco a estabilidade da política ou da comunidade. 2. Referem-se aos valores fundamentais sobre os quais se estrutura e organiza a identidade de uma sociedade e dos seus membros. A partir dessa perspectiva, um aspecto significativo de uma teoria da justiça consiste em teorizar e avaliar como essas duas características se unem em uma sociedade.

Esta pesquisa se justifica pelo fato de que a pandemia afetou dramaticamente e aumentou o uso da tecnologia pelo Judiciário no Brasil<sup>184</sup>. De uma tímida e longa

---

<sup>181</sup> CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Seqüência*, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

<sup>182</sup> RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

<sup>183</sup> CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Seqüência*, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

<sup>184</sup> ACIOLI, J. M. Uma análise retrospectiva dos impactos da COVID-19 no Brasil – como o país percebeu e lidou com a pandemia. *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1022, p. 327-340, 2020.

inserção, houve uma verdadeira revolução na aplicação de funcionalidades digitais ao suporte essencial da atividade judiciária durante a pandemia da Covid-19. Portanto, é relevante examinar e destacar uma nova e irreversível Justiça Eletrônica brasileira, cujas bases sólidas foram lançadas durante a pandemia, e que trarão bons frutos ao desenvolvimento regional em todo o país.<sup>185</sup>

A problemática é saber: Como garantir a justiça social após a inserção tecnológica no Poder Judiciário e assim, garantir o desenvolvimento regional?

A metodologia adotada nesta pesquisa é uma ampla revisão sistemática da literatura, incluindo livros e artigos científicos, nacionais e estrangeiros, além de consultar atos normativos e legislação.

O presente artigo objetiva fazer uma análise da relação do Programa Justiça 4.0 do Conselho Nacional de Justiça e o desenvolvimento regional, a partir das contribuições desta.

## **2. ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA 4.0 NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL**

### **2.1 Conceituando a Justiça 4.0 e seu momento de implantação no Brasil**

O Conselho Nacional de Justiça lançou, no final de fevereiro de 2021, o “Programa Justiça 4.0 – Inovação e eficácia na concretização da Justiça para todos”. A iniciativa abrange o “Julgamento 100% Digital”, por intermédio de Núcleo de Justiça 4.0, que permitem o funcionamento remoto, visando atender a todos que procuram a solução para litígios específicos, sem exigir que sejam obrigados a se deslocar até um fórum para comparecer a uma audiência (Resolução CNJ nº 345/2020), a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (Resolução CNJ nº 335/2020) e o apoio aos Tribunais na operacionalização do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (Resolução CNJ nº 331/2020).

Certamente, como afirmou o então, ministro Luiz Fux no lançamento do programa, há uma “nova realidade para o Judiciário”, que requer atenção e adaptação da comunidade jurídica. O momento é de observar e discutir as mudanças, bem como organizar novas práticas que se ressignifiquem por meio da implementação de inovações. O programa busca promover o acesso à justiça digital por meio das novas tecnologias e da Inteligência Artificial, ao mesmo tempo em que o aprimoramento institucional do

---

<sup>185</sup> ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. Revista Juris Poiesis, v. 23, n. 31, 2020.

Judiciário é pautado na aproximação com o cidadão. Após a realização da apresentação e das reuniões com as equipes dos Tribunais, serão formalizados acordos de cooperação técnica, a fim de incorporar inovações tecnológicas de acordo com as necessidades e dificuldades de cada realidade jurisdicional.<sup>186</sup>

Dentre as ações que integram a “Justiça 4.0”, a ferramenta “Sniper” voltada para a recuperação patrimonial por meio da concessão de subsídios a magistrados e servidores públicos que contribuam para a redução dos bens processuais na fase de execução; e o “Sistema Nacional de Bens Apreendidos” (SNBA), que administrará e destinará os recursos materiais apreendidos por ordem judicial.<sup>187</sup>

O programa não é uma mudança pontual. No entanto, integra uma estratégia de transformação digital da justiça nacional com planejamento inicial, para os próximos cinco anos (Resolução CNJ n.º 370/2021). Isso inclui a elaboração de instrumentos de planejamento, monitoramento da maturidade tecnológica das agências, programa de governança e desenvolvimento da inovação de forma colaborativa<sup>188</sup>

Essas mudanças revelam, principalmente, além de desafios, oportunidades diversificadas para profissionais abertos às mudanças e atentos às novas exigências. Portanto, é fundamental entender a forma como as novas tecnologias incorporadas tanto ao Judiciário quanto aos serviços jurídicos, facilitam o desenho de soluções assertivas para as necessidades dos constituintes.<sup>189</sup>

Para evitar a propagação da Covid-19, as autoridades de saúde, em todo o mundo e no Brasil, indicaram a necessidade de não aglomerar por meio de um distanciamento social.<sup>190</sup> Como resultado, a maioria das atividades, tanto no setor privado quanto no setor público, teve sua execução presencial (física) suspensa, incluindo o fechamento de muitas lojas, departamentos e edifícios.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Seqüência*, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

<sup>187</sup> ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, v. 23, n. 31, 2020.

<sup>188</sup> ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, v. 23, n. 31, 2020.

<sup>189</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>190</sup> ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, v. 23, n. 31, 2020.

<sup>191</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

Em geral, todos foram afetados pelas consequências da pandemia da Covid-19. Atividades simples, como fazer compras no supermercado, ir a um restaurante ou assistindo a uma peça, teve que ser reinventado. Não foi diferente com a Administração pública brasileira. Afinal, com a suspensão dos atendimentos presenciais, o governo precisava investir no uso de novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para possibilitar a prestação de serviços remotamente, desde o acesso a web mundial.<sup>192</sup>

O Judiciário brasileiro também sofreu as consequências desencadeadas pela Pandemia de Covid-19. Em março de 2020, os prédios da Justiça brasileira foram fechados e toda a atividade física foi reduzida ao mínimo. Daí em diante, juízes, servidores públicos e colaboradores passaram a trabalhar remotamente, diretamente de suas respectivas casas. Inicialmente, as audiências judiciais foram suspensas e gradativamente retomadas, mas, na modalidade virtual, mediante a entrada de participantes nas plataformas digitais oferecidas pelos tribunais.<sup>193</sup>

Certamente, a tecnologia foi o grande triunfo que possibilitou a atividade, de natureza essencial, para não ser interrompida durante a pandemia. Entre momentos de alta e queda no número de infectados, o Brasil, um país que ultrapassou mais de 600 mil mortes em decorrência do novo coronavírus, conviveu com extremos que iam de períodos de explosão e picos de casos, incluindo a decretação de bloqueios locais, a tempos de controle de contágio, com a flexibilidade que permitiu a liberação de máscaras faciais. Embora, mesmo entre dificuldades, em um contexto de tamanha incerteza, o Judiciário brasileiro não deixará de fazer justiça aos seus cidadãos.

De fato, liderado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Judiciário brasileiro emitiu uma série de atos normativos que estabeleceram os critérios para o uso da tecnologia como medida que possibilitou a preservação dos serviços judiciários. Além disso, serão destacadas duas iniciativas do CNJ que ilustram como tecnologias qualificaram a atuação do Poder Judiciário, tornando-o mais acessível e eficiente: Justiça 4.0 e Juízo 100% Digital.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> GABRIEL, A. P.; ABREU, A. L.; PORTO, F. R. Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0. *Revista Eletrônica do CNJ*, v. 5, n. 1, p.12-30, 2021. doi.org/10.54829/revistacnj.v5i1.196.

<sup>193</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>194</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

## 2.2 O Processo Judicial Eletrônico

Desde 2006, o Brasil possui uma lei nacional que permite o uso de meios eletrônicos em processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Trata-se da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a virtualização de processos. O artigo 8º da lei autoriza os órgãos do Poder Judiciário a desenvolver sistemas eletrônicos para processamento de ações judiciais por meio de registros digitais, preferencialmente, usando a rede mundial de computadores.<sup>195</sup>

A adoção do processo eletrônico, substituindo o antigo processo em prontuários físicos, trouxe inúmeros benefícios ao Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito eficiência e economia. Assim, o processo eletrônico extinguiu uma série de atividades que se tornaram desnecessária (por exemplo, junção de petições), agilizou a apreciação dos pedidos, permitiu a otimização dos serviços, possibilitou a avaliação de demandas repetitivas em séries, reduziu o custo financeiro dos processos, liberou juízes e escrivães para dedicar-se às atividades-fim, reduziu o tempo gasto em suas atividades e permitiu a incorporação de novas funcionalidades que conduzem à atividade judiciária melhoria.<sup>196</sup>

Em suma, a implantação do processo eletrônico significou uma verdadeira revolução na forma de atuação do Judiciário no Brasil e impôs uma revisão das rotinas tradicionais e práticas.<sup>197</sup>

A Plataforma Digital do Judiciário implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução CNJ nº 335/2020, visa promover o desenvolvimento colaborativo entre tribunais brasileiros, incentivando cada corte de justiça a criar suas características, que serão disponíveis para outros tribunais, em uma espécie de mercado baseado em um conceito de comunidade de benefício mútuo.<sup>198</sup> O que garante o desenvolvimento de todas as regiões do país, por intermédio de novas tecnologias compartilhadas, visando garantir a prestação jurisdicional, ante o descongestionamento do número de processos nas comarcas nacionais.

Além disso, a Plataforma Digital, por estar hospedada na nuvem, não apresenta

---

<sup>195</sup> DANTAS NETO, R. M. Sobre Processo Eletrônico e mudança no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015.

<sup>196</sup> DANTAS NETO, R. M. Sobre Processo Eletrônico e mudança no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, 2015.

<sup>197</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>198</sup> ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, v. 23, n. 31, 2020.

problemas de disponibilidade e acessibilidade. A Resolução CNJ nº 455, de 27 de abril de 2022, instituiu o Portal do Judiciário do Serviço (PSPJ), como solução a desenvolver na Plataforma Judiciária Digital (PDPJ-Br), destinado a usuários externos para permitir, entre outras funcionalidades, a consulta unificada a todos os processos eletrônicos em andamento nos sistemas dos tribunais nacionais conectados ao PDPJ-Br.

### 3. JUSTIÇA BRASILEIRA 4.0

Schwab (2019) usou a expressão “quarta revolução industrial” para se referir o movimento de ampliação do uso de tecnologias ligadas à *internet* para a melhoria e transformação da produção industrial que teve seu epicentro em nos anos 2010. Também chamada de Indústria 4.0, trata-se de uma mudança de paradigma que leva a uma nova forma de produzir, consumir e se relacionar com bens, produtos e serviços, que está em processo de emergência devido à convergência do digital, físico e tecnologias biológicas, resultando em mudanças significativas na dinâmica interpessoal.

Trata-se, portanto, de uma revolução tecnológica que alterou fundamentalmente a forma que vivemos, trabalhamos e nos reportamos uns aos outros. Em sua escala, escopo e complexidade, a transformação será diferente de tudo que a humanidade já experimentou.

Inevitavelmente, os efeitos da quarta revolução industrial se espalharam por todos os campos da sociedade civil, alterando a forma como compramos, estudamos ou mesmo nos reunimos e interagimos com novas pessoas. Da mesma forma, a Indústria 4.0 também influenciou o meio jurídico, estimulando uma nova forma de pensar a Justiça, que culminou no surgimento da expressão Justiça 4.0.<sup>199</sup>

Em geral, a Justiça 4.0 é aquela desenvolvida no contexto da quarta revolução industrial, com a modificação da teoria e prática do Judiciário, onde noções seculares do que se entendia por formas de resolução de conflitos eram tradicionalmente aplicadas, com a emergência de uma nova noção de jurisdição, cada vez mais virtual e ao alcance de todos, com disponibilidade ininterrupta, a uma velocidade inimaginável e visando garantir agilidade, a partir da integração entre a rotina forense e as novas informações e

---

<sup>199</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. Revista da Defensoria Pública da União, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

tecnologias de comunicação (TICs).<sup>200</sup>

No Brasil, a consolidação da Justiça 4.0 foi liderada pelo CNJ por meio do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e Eficácia na Realização da Justiça para Todos”, desenvolvido em parceria com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD). Por meio de ações e projetos cuja execução é acompanhada por equipes tanto do PNUD quanto do CNJ, o programa visa promover o acesso à justiça, baseado no uso colaborativo de produtos que empregam novas TICs e inteligência. Nessa medida, a Justiça 4.0 visa aumentar a governança, a transparência, eficiência e celeridade do Judiciário, com a consequente redução dos gastos públicos, tornando a Justiça brasileira mais próxima do cidadão. Em suma, o Programa Justiça 4.0 fomenta o desenvolvimento e a utilização de novas tecnologias e inteligência artificial para tornar a justiça brasileira mais eficiente e eficaz.<sup>201</sup>

Entre as principais ações e projetos que integram a Justiça 4.0 estão: a implementação do “Julgamento 100% Digital”; a Plataforma digital de padronização do Judiciário (PDPJ-Br), com ampliação do grau de automatização do processo judicial eletrônico e o incentivo à uso da Inteligência Artificial (IA) na atividade judicial; a melhoria do sistema Codex, uma plataforma de transformação e extração de informação processual que a torna possível alimentar dados estatísticos para gestão e também pode ser usado como uma entrada para um modelo de IA; e o desenvolvimento de uma ferramenta de busca e recuperação de ativos (Atirador de elite).<sup>202</sup>

Além disso, a Resolução nº 385 do CNJ, de 6 de abril de 2021, autoriza os tribunais para instituir o “Conselho Justiça 4.0” especializado na mesma matéria e com competência sobre toda a área localizada dentro dos limites de sua jurisdição. Cada “Conselho Justiça 4.0” deve ter um juiz, que o coordenará, e, pelo menos, dois outros juízes, que só processarão os casos que, de acordo com o “100% Sentença Digital”.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. Revista da Defensoria Pública da União, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>201</sup> GABRIEL, A. P.; ABREU, A. L.; PORTO, F. R. Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0. Revista Eletrônica do CNJ, v. 5, n. 1, p.12-30, 2021. doi.org/10.54829/revistacnj.v5i1.196.

<sup>202</sup> TAFARELO, B; SOUSA, G. B; CARACAS, J. R; COSTA, R. L. Núcleos de Justiça 4.0 e a Inovação no Design Organizacional do Poder Judiciário: Pesquisa Empírica Sobre a Eficiência do Programa. 2021. Disponível em: <https://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2022/sessao-08/nucleos-de-justica-4-0-e-a-inovacao-no-design-organizacional-do-poder-judiciario-pesquisa-empirica-sobre-a-eficiencia-do-programa.pdf> Acesso em: 15 jan. 2023.

<sup>203</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022.

No Estado de São Paulo, a Portaria nº 10.135 de 2022 implementou, a partir de 8 agosto de 2022, o “1º Conselho Especializado Justiça 4.0” do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com competência para processar e julgar as ações referentes demandas de tráfego. Assim, de acordo com a pesquisa de Tafarelo et al.<sup>204</sup>, “Conclui-se que o artefato Núcleo de Justiça 4.0, especialmente no formato introduzido pela Resolução nº 385/2021, do CNJ, tem potencial para aumentar a eficiência do Poder Judiciário. Contudo, mostra-se necessária a inclusão e o aperfeiçoamento de indicadores e mecanismos para a avaliação dos resultados propostos”.

Em Goiás, Tribunal de Justiça (TJGO) efetivou a implantação dos primeiros “Núcleos de Justiça 4.0” no âmbito do Poder Judiciário estadual, por meio da Resolução TJGO nº 156 de 23 de junho de 2021. Cada Núcleo de Justiça 4.0 tem três magistradas ou magistrados, que se inscreveram por meio de edital. O 1º Núcleo é especializado no processamento e julgamento de ações de competência dos Juizados Especiais de Fazenda Pública Estadual. O 2º Núcleo tem competência especializada para o processamento e julgamento de ações que envolvam direito à saúde em que figurem no polo passivo os municípios e os planos de saúde privados.

Outra iniciativa que visou atender algumas das comarcas mais necessitadas, as iniciais que estão desprovidas de magistrado, formadas por pequenos centros urbanos, municípios com uma vocação rural em Goiás, foi lançada em 18/08/2022, quando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Desembargador Carlos Alberto França, anunciou a implantação da referida política pública, a partir do dia 29 de agosto, denominando-a de Projeto "Comarca Digital Integrada – Jurisdição Compartilhada em Comarcas", conforme Decreto Judiciário nº 2087/2022, iniciando sua implementação em 29/08/2022 por meio do Decreto Judiciário nº 2.159/2022, deliberando a relação dos 24 (vinte e quatro) juízas e juizes que prestaram auxílio às unidades judiciárias de 12 (doze) comarcas: Alto Paraíso de Goiás; Alvorada do Norte; Aragarças; Cavalcante; Campos Belos; Cocalzinho; Estrela do Norte; Formoso; Iaciara; Mara Rosa; Piranhas; e São Domingos, a primeira tem no setor ecoturístico como principal fonte de formação do seu PIB, claramente pela localização na Chapada dos Veadeiros. As demais cidades envolvidas são essencialmente voltadas para o agronegócio, fixando as diretrizes da

---

<sup>204</sup> TAFARELO, B; SOUSA, G. B; CARACAS, J. R; COSTA, R. L. Núcleos de Justiça 4.0 e a Inovação no Design Organizacional do Poder Judiciário: Pesquisa Empírica Sobre a Eficiência do Programa. 2021. Disponível em: <https://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2022/sessao-08/nucleos-de-justica-4-0-e-a-inovacao-no-design-organizacional-do-poder-judiciario-pesquisa-empirica-sobre-a-eficiencia-do-programa.pdf> Acesso em: 15 jan. 2023.

nucleação temática e quais as unidades judiciárias que serão abrangidas inicialmente, divididas por área de atuação, porém todas formam uma comarca única com o nome “Comarca Digital Integral”, sendo considerada a 4º maior do Estado, uma vez que engloba, inicialmente, 14 unidades judiciais, ficando atrás apenas de Goiânia, Anápolis e Aparecida de Goiânia.<sup>205</sup>

A medida se efetivou por meio da implementação de alguns Núcleos de Justiça 4.0 temáticos mais importantes, por áreas de ação, como cível, família e sucessões, infância e juventude, Fazendas Públicas, e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, seguimentos onde despontam desigualdades<sup>206</sup> regionais e sociais<sup>207</sup>. Tal medida por meio da implementação de Núcleo de Justiça 4.0 e a importância desta política de desenvolvimento regional, que visou oferecer mecanismos de apoio às áreas menos desenvolvidas ou menos privilegiadas, que necessitam de um estímulo externo ao crescimento.

O agrupamento das unidades judiciárias desprovidas por meio de Núcleo de Justiça 4.0, apresentou um conjunto de vantagens, atendendo as necessidades de se garantir uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, buscando melhorar o desenvolvimento destas regiões do Estado de Goiás, pois: (a) permitiu a equalização da carga de trabalho entre as unidades judiciárias; (b) assegurou a prestação jurisdicional igualitária aos jurisdicionados que residem nas bases territoriais das unidades agrupadas; (c) garantiu a distribuição igualitária da força de trabalho dos servidores, considerando que as unidades judiciárias apresentam quadro de servidores desigual, e sem correlação com a distribuição anual a elas dirigida; (d) possibilitou o uso das tecnologias atuais (processo eletrônico e videoconferência); (e) acarretou a especialização por área de ação, o que aumenta a eficiência e a celeridade na prestação jurisdicional; e (f) aumentou a efetividade do princípio constitucional da duração razoável do processo, considerando as tecnologias disponíveis que podem ser aplicadas aos processos eletrônicos.

---

<sup>205</sup> GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. Projeto Comarca Digital Integrada irá aprimorar a entrega da prestação jurisdicional no interior. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/24765-projeto-comarca-digital-integrada-ira-aprimorar-a-entrega-da-prestacao-jurisdicional-no-interior>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>206</sup> TAFARELO, B; SOUSA, G. B; CARACAS, J. R; COSTA, R. L. Núcleos de Justiça 4.0 e a Inovação no Design Organizacional do Poder Judiciário: Pesquisa Empírica Sobre a Eficiência do Programa. 2021. Disponível em: <https://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2022/sessao-08/nucleos-de-justica-4-0-e-a-inovacao-no-design-organizacional-do-poder-judiciario-pesquisa-empirica-sobre-a-eficiencia-do-programa.pdf> Acesso em: 15 jan. 2023.

<sup>207</sup> ARAÚJO, V. S PAIVA, A; PORTO, G. F. R. O futuro da Justiça e o mundo 4.0. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 84, abr./jun. 2022

A política pública por intermédio do "Projeto Comarca Digital Integrada – Jurisdição Compartilhada em Comarcas" foi positiva para a prestação jurisdicional nestas localidades. Os levantamentos demonstram que, em julho de 2022, as 14 unidades judiciárias contavam com um acervo de 32.773 processos pendentes de decisão definitiva, e, desde, 2019 foram distribuídos 51.091 novos autos, uma taxa de congestionamento de 70,79%. Em 17 de outubro de 2022, o acervo atual era de 32.256 processos pendentes de decisão definitiva, e, desde 2019, foram distribuídos 58.877 novos autos, uma taxa de represamento de 69,75%.

Desde a implementação da política pública, em 29 de agosto de 2022, estas comarcas contavam com um acervo de 32.665 processos pendentes de decisão definitiva. Em 31 de dezembro de 2022, o acervo acumulado era de 32.010 autos em trâmite nas 14 unidades judiciárias. Foram distribuídos 58.703 novos autos de 2019 a 31 de dezembro de 2022, e tem-se uma taxa de congestionamento bruta de 69,69%. Em 31 de março de 2023, estas unidades/comarcas contavam com um acervo de 31.606 processos pendentes de decisão definitiva, sendo que foram autuados de 01 de janeiro de 2023 até este marco 2.819 casos novos. Assim, houve uma redução do acervo pendente de julgamento das unidades integrantes da política, mesmo com o aumento de casos novos. Com isso, um dos objetivos da política tem sido mantido, a saber, a redução do acervo, mesmo que de forma tímida, com a taxa de congestionamento bruta de 67,89%.

Com a suspensão da política em 10 de abril de 2023 até 31 de julho de 2023, o acervo acumulado era de 31.399 autos em trâmite nas 14 unidades judiciárias. Neste período, foram distribuídos 2.675 novos autos neste período e tem-se uma taxa de congestionamento bruta de 69,08%.

Pode-se verificar que a suspensão do Projeto-Piloto acarretou um aumento de processos pendentes, mesmo com a designação de juízes de forma definitiva em cada uma das unidades/comarcas citadas, em especial pelo aumento da taxa de congestionamento bruta ter aumentado em 1,19% de agosto de 2022 a março de 2023.

Outro dado que corrobora a relevância do Projeto-Piloto é o Índice de Atendimento a Demanda (IAD), por ter diminuído 10,19% desde a suspensão da política-pública, apresentando o patamar de 123,12% em 31/03/2023, reduzindo-se para 112,93% em agosto de 2023, ou seja, não se conseguiu manter a quantidade de processos baixado em detrimento da quantidade de novos casos protocolados. Assim, vê-se que será necessário maior empenho pelos magistrados designados definitivamente para essas unidades/comarcas desde abril de 2023.

Outra vantagem em prol do desenvolvimento regional, é que a proposta de nucleação da Justiça 4.0 em Goiás, nas comarcas de entrância inicial desprovidas, buscou-se garantir à população e aos setores organizados da sociedade local, que não possui recursos para a contratação de advogados, o acesso à Defensoria Pública do Estado de Goiás, por meio de atendimento remoto, pois esta não possui pontos de atendimento nos municípios que serão abrangidos pelo programa, proporcionado a todos, inclusive aos magistrados envolvidos e aos demais operadores do Direito, a utilização das novas tecnologias a serviço da condução e da solução mais eficiente das lides.

Apesar das reuniões de levantamento demonstrarem que os números não são melhores, a respostas obtidas dos públicos interno e externo apontam que o ponto mais problemático foi a grande quantidade de audiências de instrução pendentes de designação de pauta para sua realização. O foco dos 24 juízes designados durante a vigência do Projeto-Piloto foi a prolação de sentença dos casos pendentes de julgamento, não atentando na importância de finalizar a instrução dos casos em fase inicial de processamento.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2022 reconheceu que pelo relatório Justiça em Números de 2022 a 2024, que o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) é um dos melhores do país, com desempenho excelente em índices que retratam produtividade e eficiência, alcançando 100% no Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) entre os tribunais, incluindo dados da área administrativa, visando seu compromisso em atender bem a sociedade, inclusive sendo contemplado com Selo Diamante de 2022 a 2024, dentre os tribunais de porte médio.

Ademais, com o engrandecimento da área de Inteligência Artificial (IA) e o ganho de eficiência com o uso dessas tecnologias em nossa sociedade, busca-se no Poder Judiciário nacional aprofundar a necessidade do desenvolvimento de soluções de IA generativa específicas para o trabalho do judiciário brasileiro. Em 2023, houve um aumento de 17% no número de tribunais com algum projeto de IA totalizando 62 órgãos, e estes estão disponíveis no Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário.

Neste aspecto, Richard Susskind<sup>208</sup> apresenta um contexto que ele chama de ‘um futuro sistema de justiça’ que poderia usar a tecnologia de inteligência artificial (IA), para informar as pessoas sobre suas chances de sucesso e até fornecer determinações automatizadas. O que chama de *front-ends* para o sistema de justiça poderia ser fornecido

---

<sup>208</sup> SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

pelo setor privado, órgãos educacionais, instituições de caridade ou uma combinação destes, para reduzir o custo e a carga administrativa das disputas, preservando o sistema tradicional para casos que realmente precisam ser facilitados por advogados e julgados por juízes.

De fato, Richard Susskind<sup>209</sup> acredita que o sistema online supera o sistema tradicional e reconhece que havia muitas objeções à ideia de tribunais online e eles tendiam a usar conceitos de justiça em sua raiz. Observou um paradoxo, a maioria das pessoas que apoiam os tribunais online também invoquem a justiça. Explica que a pandemia demonstrou a boa funcionalidade das audiências por meio de videoconferência e a maioria das pesquisas até agora sugerem que o nível de serviço é principalmente satisfatório. Juízes e advogados se adaptaram rapidamente, alguns até mudaram de ideia sobre a tecnologia. Enquanto, alguns viam que não haveria retorno ao passado, outros estavam simplesmente esperando até que o vírus passasse.

Assim, a Justiça 4.0 é um modelo de gestão inovador que pretende ser consolidado no Brasil como um importante avanço tecnológico rumo a um Judiciário eficiente, mais rápido e mais próximo do cidadão, substituindo o antigo lento, Justiça burocrática e ineficaz.<sup>210</sup>

#### **4. IMPACTOS DA JUSTIÇA 4.0 NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL E SUAS CARACTERÍSTICAS**

A atividade econômica surge, cresce e se desenvolve no espaço. As empresas e os atores econômicos em geral escolhem suas localizações da mesma forma que escolhem seus fatores de produção e sua tecnologia. Os recursos produtivos estão distribuídos de forma desigual no espaço: concentram-se frequentemente em locais específicos (regiões ou cidades) e em outros são total ou parcialmente inexistentes.<sup>211</sup>

Desequilíbrios quantitativos e qualitativos na distribuição geográfica de recursos e atividades econômicas geram diferentes remunerações de fatores, diferentes níveis de riqueza e bem-estar e diferentes graus de controle sobre o desenvolvimento local. O

---

<sup>209</sup> SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>210</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>211</sup> OLIVEIRA, G. B.; LIMA, J. E. S. Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento regional. *Revista FAE, Curitiba*, v. 6, n. 2, p. 29-37, mai./dez. 2003.

problema da alocação de fatores, que os economistas têm convencionalmente tratado como sendo a alocação eficiente dos fatores entre vários tipos de produção, na verdade é mais complexo do que isso.<sup>212</sup>

O Desenvolvimento Regional é o ramo da Economia que incorpora a dimensão 'espaço' na análise do funcionamento do mercado. Faz isso incluindo o espaço em esquemas lógicos, leis e modelos que regulam e interpretam a formação de preços, demanda, capacidade produtiva, níveis de produção e desenvolvimento, taxas de crescimento e distribuição de renda em condições de dotação regional desigual de recursos.

Além disso, o Desenvolvimento Regional passa do 'espaço' para o 'território', como foco principal de análise, quando os modelos de crescimento local incluem o espaço como recurso econômico e fator de produção independente, gerador de vantagens estáticas e dinâmicas para as firmas nele situadas, ou, em outras palavras, um elemento de fundamental importância na determinação da competitividade de um sistema produtivo local.<sup>213</sup>

A crescente capacidade interpretativa das abordagens teóricas pode ser atribuída – entre outros fatores – às mudanças na forma como o espaço é inserido nos modelos teóricos. Existem disparidades em todo o mundo entre países, mas também dentro de países entre regiões. A política de desenvolvimento regional, ou políticas baseadas no local, visam reduzir as disparidades regionais apoiando as atividades econômicas em todas as regiões. No contexto atual, essas políticas são mais importantes do que nunca.<sup>214</sup>

As políticas que limitam a localização (subsídios) não conseguiram reduzir significativamente as disparidades regionais, nem foram capazes de ajudar as regiões atrasadas individuais a recuperar o atraso. O resultado é um potencial econômico subutilizado e uma coesão social enfraquecida.<sup>215</sup> As políticas baseadas em locais vão muito além do suporte direto para regiões atrasadas, incluindo:

1. adaptando-se a ativos territoriais específicos;

---

<sup>212</sup> LANNES, Yuri Nathan da Costa. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EXCLUSÃO SOCIAL: uma análise jurídica e política de pequenas comunidades frente a projetos desenvolvimentistas. 2019. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

<sup>213</sup> LANNES, Yuri Nathan da Costa. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EXCLUSÃO SOCIAL: uma análise jurídica e política de pequenas comunidades frente a projetos desenvolvimentistas. 2019. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

<sup>214</sup> ARAÚJO, V. S PAIVA, A; PORTO, G. F. R. O futuro da Justiça e o mundo 4.0. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 84, abr./jun. 2022

<sup>215</sup> OLIVEIRA, G. B.; LIMA, J. E. S. Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento regional. Revista FAE, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 29-37, mai./dez. 2003.

2. estratégias de investimento;
3. estratégias de atratividade;
4. otimizando complementaridades;
5. sistemas eficientes de governança multinível;
6. envolvimento das partes interessadas.

Aqui, por Desenvolvimento Regional entende-se a capacidade de um sistema econômico local encontrar, e constantemente recriar, um papel específico e apropriado na divisão internacional do trabalho através do uso eficiente e criativo dos recursos que possui. Ao enfatizar os elementos mais econômicos desta definição, o desenvolvimento regional pode ser definido como a capacidade de uma região produzir, com vantagem competitiva, comparativa ou absoluta.

As primeiras teorias de crescimento regional foram desenvolvidas em meados do século passado. Eles usaram uma concepção de espaço – como uniforme-abstrato, não mais físico e contínuo, mas abstrato e discreto – totalmente diferente do espaço físico métrico da teoria da localização. O espaço geográfico foi dividido em 'regiões', áreas de tamanho físico-geográfico limitado (em grande parte unidades administrativas correspondentes) consideradas internamente uniformes e, portanto, sintetizáveis em um vetor de características agregadas de natureza socioeconômica demográfica: países pequenos na terminologia do comércio internacional, mas, ao contrário das nações, caracterizada por uma acentuada abertura externa ao movimento dos fatores de produção.

A vantagem dessa concepção de espaço é que ela possibilita o uso de modelos macroeconômicos para interpretar fenômenos de crescimento local. Embora esses modelos se encaixem nas características acima mencionadas, no entanto, e parece inexoravelmente, exigem que o analista exclua qualquer mecanismo de aglomeração inter-regional, descarte a teoria da localização, ignore as vantagens da proximidade local e, em vez disso, assuma dotações desiguais de recursos e fatores de produção, condições desiguais de demanda e disparidades inter-regionais nas estruturas produtivas como determinantes do desenvolvimento local.<sup>216</sup>

O espaço, portanto, não é mais do que o recipiente físico do desenvolvimento e desempenha um papel puramente passivo no crescimento econômico, enquanto algumas teorias macroeconômicas reduzem o desenvolvimento regional à simples alocação

---

<sup>216</sup> LANNES, Yuri Nathan da Costa. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EXCLUSÃO SOCIAL: uma análise jurídica e política de pequenas comunidades frente a projetos desenvolvimentistas. 2019. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

regional do desenvolvimento nacional agregado.<sup>217</sup> As teorias que adotam essa visão do espaço são teorias de crescimento desenvolvidas para explicar a tendência de um indicador sintético de desenvolvimento – renda, por exemplo.<sup>218</sup>

Embora essa abordagem implique inevitavelmente a perda de informações qualitativas, sua vantagem inegável é que possibilita a modelagem do caminho de desenvolvimento. Essas teorias diferem acentuadamente em suas concepções de crescimento: há aquelas que concebem o crescimento como um aumento de curto prazo na produção e no emprego, e outras que, em vez disso, identificam o caminho do crescimento em um aumento de longo prazo na produção associado há níveis mais altos de bem-estar individual (salários e rendimentos per capita elevados, preços mais favoráveis no mercado inter-regional).<sup>219</sup>

Essa concepção de espaço foi adotada pela teoria neoclássica do crescimento regional, a teoria da base de exportação e a teoria do comércio inter-regional que se desenvolveu a partir de vários ramos da economia dominante nas décadas de 1950 e 1960<sup>220</sup>: macroeconomia, economia neoclássica, economia do desenvolvimento, e economia do comércio internacional.<sup>221</sup>

A partir das conceituações explanadas, tem-se aqui o momento reservado a apresentar a relação entre as duas categorias apresentadas, e quais os impactos dos investimentos na Justiça 4.0 no Desenvolvimento Regional.

Tem-se na pesquisa de Souza Júnior e Nascimento<sup>222</sup> apresenta que: “As explicações para alcançar o desenvolvimento local e/ou regional são diversas. A esse respeito, é inegável a ação de uma infinidade de atores. Um destes atores é o Poder Judiciário que por meio de decisões assertivas e céleres pode contribuir para a pacificação

<sup>217</sup> CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Seqüência, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

<sup>218</sup> LANNES, Yuri Nathan da Costa. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EXCLUSÃO SOCIAL: uma análise jurídica e política de pequenas comunidades frente a projetos desenvolvimentistas. 2019. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, G. B.; LIMA, J. E. S. Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento regional. Revista FAE, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 29-37, mai./dez. 2003.

<sup>220</sup> Referimo-nos aqui às teorias keynesianas de crescimento regional dos anos cinquenta; aos modelos neoclássicos de crescimento inter-regional; à teoria neoclássica do comércio inter-regional (SOUZA JÚNIOR, NASCIMENTO, 2021).

<sup>221</sup> SOUZA JÚNIOR, E. J.; NASCIMENTO, L. L. Justiça estadual e desenvolvimento regional: impactos na sociedade. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 11, pp. 116-133. Julho de 2021. doi: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/impactos-na-sociedade

<sup>222</sup> SOUZA JÚNIOR, E. J.; NASCIMENTO, L. L. Justiça estadual e desenvolvimento regional: impactos na sociedade. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 11, pp. 116-133. Julho de 2021. doi: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/impactos-na-sociedade.

social e conseqüentemente criar um ambiente de estabilidade que contribua para o desenvolvimento com um todo, inclusive, o desenvolvimento nacional”.

Sobre os direitos apresentados, a justiça é, em princípio, intransigente. Os atores têm direitos iguais, como o direito de igual respeito e tratamento, como Rawls<sup>223</sup> expõe sobre os dois princípios de justiça:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo esquema de liberdades básicas iguais compatíveis com um esquema de liberdades para os outros. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que (a) se espere que sejam vantajosas para todos, e (b) associadas a cargos e cargos abertos a todos. Esses princípios se aplicam principalmente à estrutura básica da sociedade. Eles devem reger a atribuição de direitos e deveres e regular a distribuição de vantagens sociais e econômicas. Esses princípios devem ser organizados em uma ordem serial com o primeiro princípio antes do segundo. Assim, o que torna os arranjos justos tão importantes é que os direitos que eles protegem são intransigentes, o que é de primeira ordem.<sup>224</sup>

E, de acordo com Rawls,<sup>225</sup> um dos importantes princípios de igualdade para a justiça distributiva é a igualdade de oportunidades, o que significa que todos são iguais em suas chances de receber educação, obter um cargo público etc., independentemente de sua raça, nacionalidade, antecedentes familiares etc.

Além dos direitos e deveres e responsabilidades mais importantes ou centrais (ou primários), também existem direitos que estão longe de ser periféricos. Aliás, à medida que as sociedades se desenvolvem e adquirem mais recursos, parece que mais e mais direitos foram reconhecidos como direitos primários. Em certa medida, esse fenômeno sugere que a justiça não é um conceito absoluto, fixo e inflexível, mas um conceito um tanto fluido e que cresce organicamente à medida que as sociedades se enriquecem no acesso a recursos e passam a reconhecer direitos até então marginais como direitos básicos, por exemplo, o direito à água potável ou ao ar puro, o direito à privacidade etc.<sup>226</sup>

A principal responsabilidade das instituições políticas, como o Estado, é garantir o respeito daquilo que os atores consideram seus direitos e deveres, especialmente aqueles que estão no centro de seu senso de justiça. A possibilidade e gozo de direitos (e deveres)

---

<sup>223</sup> RAWLS, J. A Theory of Justice. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

<sup>224</sup> RAWLS, J. A Theory of Justice. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

<sup>225</sup> RAWLS, J. A Theory of Justice. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

<sup>226</sup> CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Seqüência*, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

é um aspecto fundamental da função e responsabilidade das instituições políticas, especialmente se elas aspiram ser vistas como legítimas. Uma das maneiras pelas quais as instituições políticas podem alcançar tais resultados é produzir e nutrir bens públicos nas áreas de segurança, economia, saúde, educação etc., garantindo assim um desenvolvimento regional.<sup>227</sup>

Como exemplo, tem-se o “Julgamento 100% Digital” autorizou a realização de processos novos ou antigos remotamente, incluindo audiências virtuais ou híbridas. O Programa Justiça 4.0, por sua vez, possibilita a participação remota em atos processuais a critério do juiz e sem a necessidade de presença física no tribunal. Nesse sentido, eles estão em pleno cumprimento das metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), notadamente com o ODS nº 16 – Paz, Justiça e Instituições Efetivas.

Conforme António Guterres, Secretário-Geral das Nações Unidas, explana no *Digital Economy Report* de 2019:

A revolução digital transformou nossas vidas e sociedades com velocidade e escala sem precedentes, proporcionando oportunidades imensas, bem como desafios assustadores. Novas tecnologias podem fazer contribuições significativas para a realização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, mas não podemos considerar os resultados positivos como garantidos. Nós devemos melhorar urgentemente a cooperação internacional se quisermos atingir todo o potencial social e econômico da digital tecnologia, evitando consequências indesejadas<sup>228</sup>

Tal revolução digital, chamada Indústria 4.0, acontecendo ao redor do mundo (e, portanto, também no Brasil) está mudando nossas atividades de um formato analógico para um formato digital. Da saúde à educação, vemos cada vez mais a digitalização e a automação ocupando um lugar central no trabalho envolvido na gerenciar dados (sejam eles privados ou públicos) e otimizar os processos em geral. Com este movimento, a conscientização de que existem várias maneiras possíveis de executar automação incluindo o uso de sistemas inteligentes veio à tona e tornou-se um termo favorito particular usado em qualquer situação para nomear qualquer sistema computacional. Na área da justiça, não tem sido diferente e, particularmente, na Justiça brasileira, há um forte movimento para ter o máximo de automação, digitalização dos processos quanto

---

<sup>227</sup> ARAÚJO, V. S PAIVA, A; PORTO, G. F. R. O futuro da Justiça e o mundo 4.0. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 84, abr./jun. 2022

<sup>228</sup> NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference On Trade And Development. Digital Economy Report 2019: value creation and capture: implication for developing countries. New York, United States of America: United Nations Publications, 2019. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_en.pdf?user=46](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf?user=46) Acesso em: 01 nov. 2022.

possível.<sup>229</sup>

Em relação ao cenário atual do Brasil e o ordenamento jurídico, numa perspectiva ampla, é notório o esforço que vem sendo feito pelos Tribunais brasileiros, em diferentes áreas e contextos, para melhorar os sistemas de processos eletrônicos já disponíveis para resolver problemas relevantes de produtividade que permanecem mesmo após a implementação da virtualização para processos judiciais.<sup>230</sup> Se passaram mais de uma década desde implementados os primeiros sistemas eletrônicos de virtualização de processos judiciais, mas a falta de revisões contínuas de processos pode levar a gargalos.<sup>231</sup>

No entanto, como visto, os benefícios dessa nova revolução não são automáticos, pelo contrário, para que possam ser atingidos será necessário um árduo trabalho. A Revolução Digital deve ser uma revolução inclusiva, preocupada com a questão das desigualdades sociais, buscando superar três principais desafios: “[...] a justa distribuição dos benefícios das disrupções tecnológicas, a contenção das inevitáveis externalidades e a garantia de que as tecnologias emergentes nos empoderem como seres humanos”<sup>232</sup>

A desigualdade é um desafio sistêmico que afeta o mundo de forma geral e o desenvolvimento da economia digital é significativamente desigual. O mundo é marcado pela convivência de países hiperdigitalizados e subconectados, e essa problemática não receber a devida atenção as desigualdades já existentes continuarão a crescer. A digitalização afeta diferentes países em diferentes formas, e exigem dos governos, individualmente, políticas e espaço para regular a economia digital a fim de cumprir os vários objetivos legítimos de política pública.<sup>233</sup>

O tratamento e regulação de dados digitais são complexos, pois relacionam-se com questões de direitos humanos, comércio, economia, criação e captura de valor, aplicação da lei e segurança nacional. Uma formulação de políticas que levam essas várias

---

<sup>229</sup> BARROS, S. R. A. F.; COTA, A. L. S. Inteligência Artificial na pandemia da COVID-19: dilemas éticos a partir da fórmula da soma. *Revista Thema*, v. 20, p. 201-214, 2021. doi.org/10.15536/thema.V20.Especial.2021.201-214.1879

<sup>230</sup> GABRIEL, A. P.; ABREU, A. L.; PORTO, F. R. Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0. *Revista Eletrônica do CNJ*, v. 5, n. 1, p.12-30, 2021. doi.org/10.54829/revistacnj.v5i1.196.

<sup>231</sup> DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

<sup>232</sup> SCHWAB, K. Quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

<sup>233</sup> ARAÚJO, V. S. PAIVA, A.; PORTO, G. F. R. O futuro da Justiça e o mundo 4.0. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 84, abr./jun. 2022

dimensões em conta é difícil, no entanto, necessário. Além disso, garantindo uma distribuição eficaz de ganhos, bem como lidar com interrupções digitais exigirão mais medidas de proteção social e esforços para requalificar os trabalhadores. Enquanto isso, vários desafios políticos podem ser mais efetivamente abordados no âmbito regional ou internacional nível.<sup>234</sup>

Portanto, a taxa exponencial da mudança tecnológica na última década já apresentava certos desafios e ameaças para comunidades vulneráveis, apoiando uma Quarta Revolução Industrial (4RI) amplamente desigual. Para agravar isso, em 2020, a pandemia de Covid-19 revelou as desigualdades existentes e profundamente enraizadas nas sociedades em todo o mundo e as exacerbou ainda mais.<sup>235</sup>

A Covid-19 também exigiu uma espécie de acerto de contas para uma sociedade civil que está ficando para trás na Quarta Revolução Industrial. Quando o físico foi forçado a mudar para o digital, a necessidade de uma rápida transformação digital não parecia mais estar no horizonte distante, mas algo que precisa ser confrontado imediatamente.

O acesso universal requer fornecedores alternativos de infraestrutura, novos tipos de financiamento e modelos de negócios, mudanças nas políticas, desenvolvimento de habilidades digitais em escala e um aumento no conteúdo localmente relevante. É factível e devemos nos unir agora para construir as comunidades e os veículos de investimento necessários para fornecer acesso significativo a todos. Economias digitais estáveis e justas dependem disso.

Precisamos de uma visão muito mais ambiciosa do que incentivos setoriais para empreendedores de tecnologia social. Precisamos pensar maior, projetar melhor e incluir mais em projetos de grande escala para servir ao bem público.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 afetou significativamente todos os países no mundo, incluindo o Brasil. Além disso, suas consequências atingiram praticamente todas as áreas da vida social, atingindo a todos. Com o Judiciário, não foi diferente. Em um contexto de

---

<sup>234</sup> NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference On Trade And Development. Digital Economy Report 2019: value creation and capture: implication for developing countries. New York, United States of America: United Nations Publications, 2019. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_en.pdf?user=46](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf?user=46) Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>235</sup> BARROS, S. R. A. F.; COTA, A. L. S. Inteligência Artificial na pandemia da COVID-19: dilemas éticos a partir da fórmula da soma. Revista Thema, v. 20, p. 201-214, 2021. doi.org/10.15536/thema.V20.Especial.2021.201-214.1879

anormalidade, em que medidas preventivas de saúde determinaram distanciamento social e a suspensão dos atendimentos presenciais, a Justiça brasileira precisou se reinventar e, com criatividade, apostar em investimentos maciços em tecnologia para desenvolver ferramentas que permitissem a continuidade da prestação de forma ininterrupta.

O Judiciário brasileiro conduzia a modernização tecnológica de suas ações. De fato, o processo judicial eletrônico era uma realidade habitual. No entanto, a pandemia do coronavírus serviu como um fator inquestionável acelerando a virtualização da Justiça Brasileira.

Na pandemia, foram desenvolvidas ferramentas, metodologias e plataformas que contribuiu para tornar o acesso à justiça no Brasil mais eficiente, rápido e menos oneroso, além de aproximar o Judiciário do cidadão e garantindo assim, o desenvolvimento regional dos municípios brasileiros. Muitas inovações e as transformações aplicadas neste período foram inseridas na rotina de serviços do Judiciário brasileiro, como audiências virtuais e atendimento à distância. É credível pensar que tais medidas, que se revelaram bastante bem-sucedidas e promissoras, manter-se-ão mesmo após o fim do estado de calamidade.

O processo da nucleação da Justiça 4.0, quanto modalidade de ampliação do atendimento ao jurisdicionado claramente visa o desenvolvimento do acesso ao Poder Judiciário, na contribuição com o desenvolvimento regional nos aspectos econômico, judiciário e social. Assim, a justiça tecnológica por meio da E-Justiça, instituída pelo “Programa Justiça 4.0” do Conselho Nacional da Justiça, pode desempenhar um papel importante dentro da agenda de políticas públicas institucionais, na criação de uma sociedade regional com menos desigualdades, com a busca de atender as demandas de todas as localidades, em especial as carentes de desenvolvimento.

Claro que as novas ferramentas desenvolvidas com o emprego de IA são fundamentais para o aumento da eficiência no tratamento dos processos dentro do Judiciário brasileiro, em especial a busca de simplificar o tramite e a celeridade destes nos tribunais, de forma efetiva, segura e pautada pela ética, com a otimização de recursos, a redução de custos e o aumento da eficiência dos serviços.

O legado positivo da pandemia para a virtualização da Justiça brasileira, cada vez mais eletrônico, pode ser simbolizado por dois projetos propostos pelo CNJ que traduzem uma nova visão disruptiva da jurisdição: o “Julgamento 100% Digital” e o Programa Justiça 4.0, que, juntos, introduziram importantes mudanças no relacionamento interpessoal no judiciário e no descongestionamento do acervo processual nas comarcas

pátrias.

A expectativa é que o processo fomentado no momento da pandemia não vai parar, e vai avançar em larga escala trazendo impactos positivos ao desenvolvimento regional das cidades brasileiras. O presente e o futuro da justiça brasileira estão baseados na implementação ampla de ferramentas digitais.

## REFERÊNCIAS

ACIOLI, J. M. Uma análise retrospectiva dos impactos da COVID-19 no Brasil – como o país percebeu e lidou com a pandemia. *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1022, p. 327-340, 2020.

ALMEIDA, M. P.; PINTO, M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, v. 23, n. 31, 2020.

ARAÚJO, V. S PAIVA, A; PORTO, G. F. R. O futuro da Justiça e o mundo 4.0. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 84, abr./jun. 2022

BARROS, S. R. A. F.; COTA, A. L. S. Inteligência Artificial na pandemia da COVID-19: dilemas éticos a partir da fórmula da soma. *Revista Thema*, v. 20, p. 201-214, 2021. doi.org/10.15536/thema.V20. Especial.2021.201-214.1879

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cartilha Justiça 4.0. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Cartilha-Justica-4-0-WEB-28-06-2021.pdf&usg=AOvVaw1ttRAfvC0O5RENeydEONrf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 1 ano de Justiça 4.0. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/1/anodej4-0.pdf&usg=AOvVaw3gBOiXpGwmOoT2H4t2Y6wH>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça 4.0. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-dainformacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pandemia leva Judiciário a acelerar adaptação tecnológica. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pandemia-leva-judiciario-a-acelerar-adaptacao-tecnologica> Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 385, de 6 de abril de 2021. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 395, de 7 de junho de 2021. Institui a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3973>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 398, de 9 de junho de 2021. Dispõe sobre a atuação dos “Núcleos de Justiça 4.0”, disciplinados pela Resolução CNJ no 385/2021, em apoio às unidades jurisdicionais. (2021) Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3978>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Projetos de Justiça, promovidos Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inovacao-promoverao-efetividade-e-ampliacao-do-acesso-a-justica-no-brasil> Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf> Acesso em: 17 fev. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf> Acesso em: 15 out. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programa Justiça 4.0 divulga resultados de pesquisa sobre IA no Judiciário brasileiro. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programa-justica-4-0-divulga-resultados-de-pesquisa-sobre-ia-no-judiciario-brasileiro/> Acesso em: 10 out. 2024.

CRISTÓVAM, J. S.; SAIKALI, L. B.; SOUSA, T. P. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Sequência, Florianópolis, v. 84, p. 209-242, 2020. doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209

DANTAS NETO, R. M. Sobre Processo Eletrônico e mudança no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma. Revista de Processo, São Paulo, v. 240, 2015.

DUTRA, R. Q.; MELO, L. S. C. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. Revista da Defensoria Pública da União, n. 16, p. 133-148, 2021. doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148

GABRIEL, A. P.; ABREU, A. L.; PORTO, F. R. Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0. Revista Eletrônica do CNJ, v. 5, n. 1, p.12-30, 2021. doi.org/10.54829/revistacnj.v5i1.196.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. Relatório de processo 100% digital nas unidades judiciária do Estado de Goiás. 2021. Disponível em: Sistema PROJUDI do TJGO, 2022.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. Projeto Comarca Digital Integrada irá aprimorar a entrega da prestação jurisdicional no interior. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/24765-projeto-comarca-digital-integrada-ira-aprimorar-a-entrega-da-prestacao-jurisdicional-no-interior>. Acesso em: 01 nov. 2022.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. Comarca Digital Integrada. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/projetos/comarca-digital-integrada>. Acesso em: 01 nov. 2022.

ISRAEL, C. B. Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da Internet. *Geosp – Espaço e Tempo (On-line)*, v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020

LANNES, Yuri Nathan da Costa. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E EXCLUSÃO SOCIAL: uma análise jurídica e política de pequenas comunidades frente a projetos desenvolvimentistas. 2019. 125 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference On Trade And Development. Digital Economy Report 2019: value creation and capture: implication for developing countries. New York, United States of America: United Nations Publications, 2019. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_en.pdf?user=46](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf?user=46) Acesso em: 01 nov. 2022.

OLIVEIRA, G. B.; LIMA, J. E. S. Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento regional. *Revista FAE, Curitiba*, v. 6, n. 2, p. 29-37, mai./dez. 2003.

RAWLS, J. A Theory of Justice. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

SCHWAB, K. Quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SOUZA JÚNIOR, E. J.; NASCIMENTO, L. L. Justiça estadual e desenvolvimento regional: impactos na sociedade. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, Ed. 07, Vol. 11, pp. 116-133. Julho de 2021. doi: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/impactos-na-sociedade.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TAFARELO, B; SOUSA, G. B; CARACAS, J. R; COSTA, R. L. Núcleos de Justiça 4.0 e a Inovação no Design Organizacional do Poder Judiciário: Pesquisa Empírica Sobre a Eficiência do Programa. 2021. Disponível em: <https://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2022/sessao-08/nucleos-de-justica-4-0-e-a-inovacao-no-design-organizacional-do-poder-judiciario-pesquisa-empirica-sobre-a-eficiencia-do-programa.pdf> Acesso em: 15 jan. 2023.

**COOPERAZIONE DIALOGICA PUBBLICO-PRIVATA PER IL LAVORO  
DIGNITOSO NELLO SPORT COME OBIETTIVO DI SVILUPPO  
SOSTENIBILE NELL'AGENDA ONU 2030**

***DIALOGICAL PUBLIC-PRIVATE COOPERATION FOR DECENT WORK IN  
SPORT AS A SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL IN THE UN 2030 AGENDA***

Recebido em: 03/12/2024  
Aprovado em: 23/12/2024

Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira \*

**ABSTRACT:** Sporting activity, and its exercise by the system's stakeholders, largely constitutes an activity of undeniable economic impact. Within its scope of action, there is recognition of an effective sports labour relationship, understood in a broad sense, i.e., beyond the employment relationship, regulated within the context of true legal pluralism. This entails the direct or indirect application of national public norms, transnational private statutes and regulations, and International Conventions and Treaties to ensure the protection of sports workers, who in certain cases face some clandestinity in the regulatory labour context. In this context, the need to ensure the sustainability of the sports system emerges primarily through its integrity, especially in confronting illicit behaviours characterized as abuse, harassment, violence, and other practices that, in the sports environment, directly impact the athlete's fundamental right to practice their professional activity in an appropriate and safe environment, in line with international guidelines on the subject, in the pursuit of Decent Work. In addition to the direct or indirect application of international norms in the sports context, the sustainability of the system and the guarantee of its integrity absolutely demand urgent dialogue and cooperation between the public and private sectors, aiming for greater protection of the worker, the pillar of sustainable development in sports and society.

**KEYWORDS:** Decent Work; Lex Sportiva; Pluralism; Agenda 2030; Labour Environment.

**RIASSUNTO:** L'attività sportiva e l'esercizio di tale attività da parte degli stakeholder del sistema costituiscono in larga misura un'attività di indiscutibile impatto economico. Nel suo ambito operativo, si riconosce l'esistenza di una relazione lavorativa sportiva effettiva, intesa in senso ampio, ossia oltre il mero rapporto di lavoro, regolata in un contesto di vero pluralismo giuridico. Ciò comporta l'applicazione diretta o indiretta di norme pubbliche nazionali, statuti e regolamenti privati transnazionali, oltre a Convenzioni e Trattati internazionali per garantire la tutela dei lavoratori dello sport, i quali, in alcuni casi, affrontano una certa clandestinità nel contesto normativo lavorativo. In questo contesto emerge la necessità di garantire la sostenibilità del sistema sportivo principalmente attraverso la sua integrità, soprattutto nell'affrontare comportamenti illeciti come abusi, molestie, violenze e altre pratiche che, nel contesto sportivo, incidono

---

\* Arbitro da Court of Arbitration for Sport (CAS), em Lausanne, Suíça. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD). Doutorando em Direito do Trabalho pela Università degli Studi di Roma I, "La Sapienza". Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: [leonardo@andreotti.adv.br](mailto:leonardo@andreotti.adv.br) Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5962-2862> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1981618700361845> / Arbitro della Corte Arbitrale dello Sport (CAS) di Losanna, Svizzera. Già Presidente dell'Istituto Brasiliano di Diritto Sportivo (IBDD). Dottorando in Diritto del Lavoro presso la Sapienza Università degli Studi di Roma I, "La Sapienza" e Dottorando in Diritto presso l'Università Federale di Santa Catarina (UFSC). E-mail: [leonardo@andreotti.adv.br](mailto:leonardo@andreotti.adv.br) Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5962-2862> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1981618700361845>

direttamente sul diritto fondamentale dell'atleta di esercitare la propria attività professionale in un ambiente appropriato e sicuro, in linea con le linee guida internazionali in materia, perseguendo il concetto di Lavoro Dignitoso. Oltre all'applicazione diretta o indiretta delle norme internazionali nel contesto sportivo, la sostenibilità del sistema e la garanzia della sua integrità richiedono urgentemente un dialogo e una cooperazione tra i settori pubblico e privato, mirando a una maggiore protezione del lavoratore, pilastro dello sviluppo sostenibile nello sport e nella società.

**PAROLE CHIAVE:** Lavoro Dignitoso; Lex Sportiva; Pluralismo; Agenda 2030; Ambiente di Lavoro.

## 1. INTRODUZIONE

Tra i vari strumenti per raggiungere un obiettivo sociale *equo*, lo sport si presenta come un mezzo efficace di trasformazione. Come riconosciuto in ambito internazionale, svolge un ruolo sociale importante e innegabile, contribuendo alla formazione dell'identità dei cittadini e al riavvicinamento tra i popoli. La sua importanza è riconosciuta nel Trattato di Amsterdam del 1997, che sollecitava le istituzioni dell'Unione Europea a dialogare con il sistema sportivo privato, rappresentato principalmente dalle associazioni sportive<sup>236</sup>.

Nel contesto generale degli eventi sportivi, spicca lo sport di prestazione a livello globale, caratterizzato dalla competizione e dalla ricerca delle migliori *performance* sportive, che dimostrano e giustificano l'importanza della funzione regolatoria del sistema, il cui scopo principale è la tutela delle competizioni sportive, tenendo conto dell'eccezione sportiva<sup>237</sup> e della specificità dello sport<sup>238</sup>. Questi sono principi fondamentali della *Lex Sportiva* che, secondo la legge brasiliana n. 14.597/2023<sup>239</sup>, è il sistema privato transnazionale autonomo composto da organizzazioni sportive, dalle loro norme e regole, e dagli organismi di risoluzione delle controversie, incluse le loro corti<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=EN> consultato il 27/06/2024.

<sup>237</sup> Papaloukas, Marios, *The Sporting Exemption Principle in the European Court of Justice's Case Law*. *International Sports Law Journal*, Vols. 3-4, pp. 7-10, 2009, Disponibile su: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1697568](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1697568) consultato il 27/06/2024.

<sup>238</sup> Arbitration CAS 2014/A/3568 Club Deportivo La Equidad Seguros S.A. v. Santiago Arias Naranjo & Sporting Clube de Portugal & Fédération Internationale de Football Association (FIFA), award of 27 April 2015. Disponibile su: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3568.pdf> consultato il 27/06/2024.

<sup>239</sup> Disponibile su: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/114597.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114597.htm) consultato il 27/06/2024.

<sup>240</sup> Art. 26. L'autonomia è un attributo delle organizzazioni sportive a livello mondiale, come previsto nella Carta Olimpica, e limita l'azione dello Stato, come riconosciuto dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e sancito dalla Costituzione Federale, con l'obiettivo di garantire l'assenza di interferenze esterne indebite che possano minacciare la certezza del risultato sportivo, l'integrità dello sport e l'armonia del sistema transnazionale noto come *Lex Sportiva*. § 1° Per *Lex Sportiva* si intende il sistema privato transnazionale autonomo composto dalle organizzazioni sportive, dalle loro norme e regole e dagli organi di risoluzione delle controversie, inclusi i loro tribunali.

Analogamente, la dottrina internazionale riconosce che la *Lex Sportiva* rappresenta essenzialmente un sistema transnazionale autonomo, con propri organi legislativi, ossia organismi responsabili della regolamentazione, soprattutto all'interno delle federazioni sportive internazionali. Il suo fondamento contrattuale è solidamente costruito, poiché la sua legittimità nasce dalla sottoposizione contrattuale e volontaria degli attori del sistema, in particolare degli atleti, alla giurisdizione delle organizzazioni sportive<sup>241</sup>.

Non vi è dubbio che la globalizzazione del fenomeno sportivo e la ricerca dei risultati abbiano portato alla formazione di una vera e propria industria dello sport, la cui attività ed esercizio da parte degli stakeholder del sistema, in particolare degli atleti, costituiscono un'attività di impatto economico indiscutibile. In merito, Luiz Felipe Santoro ricorda come già nel 1905, William McGregor sottolineava che “il calcio è un grande affare<sup>242</sup>”, così come Álvaro Melo Filho ha sostenuto che lo sport è divenuto un “business globale, integrato in un mercato globale e con la logica della globalizzazione, legato alla democratizzazione mediatica delle competizioni sportive<sup>243</sup>”, evidenziando l'esistenza di un rapporto di lavoro sportivo effettivo tra i suoi principali attori.

L'esistenza di un rapporto lavorativo nel sistema sportivo, in particolare nel rapporto tra atleta e organizzazione sportiva, e la conseguente identificazione di impatti economici e sociali nell'attività sportiva, sottolineano la sfida dicotomica di cercare una chiara demarcazione dei confini tra autoregolamentazione privata e intervento statale. Nel contesto del pluralismo giuridico ciò giustifica infatti l'applicazione diretta o indiretta di norme pubbliche nazionali, statuti e regolamenti privati transnazionali, nonché Convenzioni e Trattati internazionali per tutelare i lavoratori dello sport che, in alcuni casi, a causa delle diverse specificità e sfumature dell'attività e del sistema autonomo stesso, affrontano una certa clandestinità nel contesto normativo lavorativo.

---

<sup>241</sup> FOSTER K (2006) *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence*. Entertainment and Sports Law Journal 3:1-15 apud Duval, Antoine, Time to Go Public? The Need for Transparency at the Court of Arbitration for Sport (September 6, 2020). T.M.C. Asser Institute for International & European Law - Asser Research Paper 2020-07, Forthcoming in: Yearbook of International Sports Arbitration, T.M.C. Asser Press, Springer (2019). Disponibile su: [ssrn.com](https://ssrn.com) consultato il 16/07/2024.

<sup>242</sup> COUTINHO FILHO, José Eduardo. Futebol globalizado: paixão de bilhões, mercado de trilhões. Belo Horizonte, D'Plácido. 2021.

<sup>243</sup> MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé, Avanços e impactos. Rio de Janeiro, Maquinária, 2011.p.28.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea affronta da cinquant'anni la dicotomia pubblico-privato nello sport, come evidenziato da casi pionieristici quali "Walrave"<sup>244</sup>, "Donà"<sup>245</sup>, "Bosman"<sup>246</sup>, "Deliège"<sup>247</sup> e "Lehtonen"<sup>248</sup>. Tali casi definiscono i limiti dell'intervento statale nel sistema sportivo transnazionale, chiarendo come il raggiungimento degli obiettivi perseguiti da uno o dall'altro settore richieda un'adeguata compatibilità e un'azione congiunta e dialogica tra Stato e soggetti privati. È certo che la sostenibilità del sistema e la garanzia della sua integrità richiedono urgentemente dialogo e cooperazione tra i settori pubblico e privato, puntando a una maggiore protezione del lavoratore, pilastro dello sviluppo sostenibile nello sport e nella società.

## 2. IL LAVORO DIGNITOSO NELL'AGENDA ONU 2030

Le istituzioni globali manifestano una grande preoccupazione per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, in particolare per quanto riguarda le relazioni lavorative. Un esempio è la Dichiarazione dell'OIL sui principi e diritti fondamentali nel lavoro, adottata nel 1998, che rappresenta un impegno tra governi, organizzazioni datoriali e

---

<sup>244</sup> Judgment of the Court of 12 December 1974. - B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo. - Reference for a preliminary ruling: Arrondissementrechtbank Utrecht - Netherlands. - Case 36-74. Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0036> consultato il 17/06/2024.

<sup>245</sup> In Case 13/76, Reference to the Court under Article 177 of the EEC Treaty by the Giudice Conciliatore, Rovigo, for a preliminary ruling in the action pending before that court between GAETON DONÀ and MARIO MANTERO on the interpretation in particular of Articles 7, 48, and 59 of the EEC Treaty. Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0013> consultato il 17/06/2024.

<sup>246</sup> Judgment of the Court of 15 December 1995. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman. Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Liège - Belgium. Freedom of movement for workers - Competition rules applicable to undertakings - Professional footballers - Sporting rules on the transfer of players requiring the new club to pay a fee to the old club - Limitation of the number of players having the nationality of other Member States who may be fielded in a match. Case C-415/93. Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61993CJ0415> consultato il 17/06/2024.

<sup>247</sup> Judgment of the Court of 11 April 2000. Christelle Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97). Reference for a preliminary ruling: Tribunal de première instance de Namur - Belgium. Freedom to provide services - Competition rules applicable to undertakings - Judokas - Sports rules providing for national quotas and national federations' selection procedures for participation in international tournaments. Joined cases C-51/96 and C-191/97. Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61996CJ0051> consultato il 17/06/2024.

<sup>248</sup> Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 April 2000. Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB). Reference for a preliminary ruling: Tribunal de première instance de Bruxelles - Belgium. Freedom of movement of workers - Competition rules applicable to undertakings - Professional basketball players - Sporting rules on the transfer of players from other Member States. Case C-176/96. Disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61996CJ0176> accessed on 17/06/2024.

sindacali per preservare i valori sociali e umani, poiché la giustizia sociale è essenziale per garantire la pace<sup>249</sup>. In questo contesto vengono riconosciuti valori basilari e indispensabili, come: (i) la libertà di associazione, inclusa la libertà sindacale e il diritto alla contrattazione collettiva; (ii) l'eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato; (iii) l'abolizione del lavoro minorile; (iv) l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione; e, di particolare interesse per questo lavoro, (v) il diritto a un ambiente di lavoro sano e sicuro.

Naturalmente, il concetto di ambiente di lavoro sicuro, come idealizzato, non sarebbe stato ispirato specificamente dal lavoro sportivo. Tuttavia, ciò non toglie la legittimità della sua applicazione a qualsiasi tipo di lavoro. La ricerca di un ambiente di lavoro adeguato si estende ad altre dimensioni e acquista particolare rilevanza, ad esempio, nei meccanismi di prevenzione e contrasto alla violenza e alle molestie sul luogo di lavoro, tema anch'esso all'ordine del giorno dell'OIL.

Adottata il 21 giugno 2019 a Ginevra, durante la 108<sup>a</sup> Sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, la Convenzione OIL 190 affronta l'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro<sup>250</sup>, definendo i termini violenza e molestie come un insieme di comportamenti e pratiche inaccettabili, o minacce di essi, siano essi occasionali o ripetuti, che mirano o sono suscettibili di provocare danni fisici, psicologici, sessuali o economici. Include inoltre la violenza e le molestie basate sul genere<sup>251</sup>.

Il testo normativo riguarda lavoratori e altre persone nel mondo del lavoro, tra cui tirocinanti, stagisti, apprendisti, lavoratori il cui impiego è stato interrotto, volontari, cercatori di lavoro, candidati a un posto di lavoro e persone che esercitano autorità, compiti o responsabilità di datore di lavoro<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> Disponibile su: <https://www.ilo.org/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work> consultato il 10/07/2024.

<sup>250</sup> Disponibile su: <https://www.ilo.org/topics/violence-and-harassment-world-work> consultato il 10/07/2024.

<sup>251</sup> Articolo 1. (1). Ai fini della presente Convenzione: (a) il termine “violenza e molestie” nel mondo del lavoro si riferisce a una serie di comportamenti e pratiche inaccettabili, o minacce degli stessi, sia come evento singolo che ripetuto, che mirano a causare, causano o possono verosimilmente causare danni fisici, psicologici, sessuali o economici, e include la violenza e le molestie basate sul genere; (b) il termine “violenza e molestie basate sul genere” si riferisce alla violenza e alle molestie rivolte a persone a causa del loro sesso o genere, o che colpiscono in modo sproporzionato persone di un particolare sesso o genere, e include le molestie sessuali. 2. Fatti salvi i sottoparagrafi (a) e (b) del paragrafo 1 del presente Articolo, le definizioni nelle leggi e nei regolamenti nazionali possono prevedere un unico concetto o concetti distinti.

<sup>252</sup> Articolo 2. (1). La presente Convenzione protegge i lavoratori e le altre persone nel mondo del lavoro, inclusi i dipendenti come definiti dalla legislazione e prassi nazionali, nonché le persone che lavorano indipendentemente dal loro status contrattuale, le persone in formazione, inclusi tirocinanti e apprendisti, i lavoratori il cui rapporto di lavoro è terminato, i volontari, i disoccupati e i candidati a un impiego, e gli individui che esercitano l'autorità, i compiti o le responsabilità di un datore di lavoro.

Inoltre, comportamenti deprecabili di violenza e molestie nelle relazioni di lavoro possono verificarsi fisicamente o virtualmente, sul posto di lavoro, ovunque esso si trovi, dove il lavoratore viene retribuito, riposa, mangia, utilizza i servizi igienici, tra gli altri, nonché durante spostamenti, viaggi, formazioni, eventi o attività connesse al lavoro<sup>253</sup>.

Senza dubbio, la prevenzione e il contrasto alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro, insieme ad altre preoccupazioni della stessa natura, sono solo esempi di meccanismi per preservare un ambiente adeguato al lavoro. Oggi il dibattito è molto più intenso rispetto a tempi recenti, offrendo un panorama più aperto per l'implementazione adeguata di norme pubbliche e/o private, per l'attuazione di politiche preventive e per l'efficacia dei sistemi volti a reprimere comportamenti che minacciano i beni giuridici protetti.

La garanzia e il mantenimento di un ambiente di lavoro adeguato e sicuro sono un concetto di grande importanza e preoccupazione internazionale, che deve essere applicato in ciascuno Stato nazionale e in ciascuno dei vari sistemi o sottosistemi autonomi, come il sistema sportivo transnazionale. La sua rilevanza è tale che è riconosciuto come un obiettivo concreto stabilito dalle Nazioni Unite (ONU) per lo sviluppo sostenibile.

In tale ottica, nel 2015 sono stati stabiliti 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) nel contesto di un fenomeno politico internazionale di grande rilevanza, in cui gli Stati membri dell'ONU si sono impegnati a implementarli e a perseguirne il raggiungimento nell'ambito della cosiddetta Agenda 2030. Gli obiettivi mirano in generale a eliminare la povertà estrema e la fame, a garantire un'istruzione di qualità per tutti, a proteggere il pianeta e a promuovere società pacifiche e inclusive<sup>254</sup>. Si riconosce inoltre che l'eliminazione della povertà e di altre forme di privazione è interconnessa con altre strategie per promuovere una migliore salute e istruzione, ridurre le disuguaglianze

---

<sup>253</sup> La presente Convenzione si applica alla violenza e alle molestie nel mondo del lavoro che si verificano durante, in connessione con o a causa del lavoro: (a) sul posto di lavoro, inclusi gli spazi pubblici e privati quando questi sono luogo di lavoro; (b) nei luoghi in cui il lavoratore riceve il salario, fa una pausa o consuma un pasto, o utilizza servizi igienici, strutture per lavarsi e per cambiarsi; (c) durante viaggi, spostamenti, formazione, eventi o attività sociali connessi al lavoro; (d) attraverso comunicazioni legate al lavoro, comprese quelle abilitate dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; (e) in alloggi forniti dal datore di lavoro; e (f) durante il tragitto da e verso il luogo di lavoro.

<sup>254</sup> Disponibile su: <https://www.unicef.org/brazil/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel> consultato il 10/07/2024.

e stimolare la crescita economica<sup>255</sup>, senza trascurare la protezione dell'ambiente, del clima, dei bambini e dei lavoratori, in particolare dell'ambiente lavorativo.

L'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile numero 8 riguarda specificamente il Lavoro Dignitoso e la Crescita Economica, fornendo linee guida per promuovere una crescita economica inclusiva e sostenibile, un impiego pieno e produttivo e un lavoro dignitoso per tutti. In particolare, l'obiettivo 8.8 richiede la protezione dei diritti dei lavoratori e la promozione di ambienti di lavoro sicuri per tutti, compresi i lavoratori migranti, in particolare le donne migranti e le persone in condizioni di lavoro precario<sup>256</sup>.

Il legame tra sport e SDGs è innegabile. Un esempio di questa interazione è rappresentato dalle misure adottate dalla Federazione Internazionale dei Calciatori Professionisti, FIFPRO, in qualità di ente sindacale globale – il Sindacato Mondiale dei Giocatori. Vale la pena evidenziare la collaborazione stabilita con la stessa ONU per raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile, dato il grande potenziale dell'organizzazione per sviluppare e diffondere campagne sociali, poiché FIFPRO rappresenta oltre 60.000 atleti professionisti affiliati a 66 sindacati nazionali professionisti, organizzati e distribuiti in Africa, Americhe, Asia, Europa e Oceania<sup>257</sup>.

Di fronte a questa sfida e nella ricerca di raggiungere tale obiettivo nel contesto sportivo, oltre a utilizzare lo sport come strumento per promuovere gli obiettivi in generale, emerge la necessità di garantire la sostenibilità del sistema sportivo stesso. Ciò riguarda principalmente la sua integrità, soprattutto nell'affrontare condotte illecite quali abusi, molestie in generale, violenze e altre pratiche che, nel contesto sportivo, incidono direttamente sul diritto fondamentale dell'atleta di esercitare la propria attività professionale in un ambiente adeguato e sicuro, in linea con le linee guida internazionali in materia, come perseguito dall'Agenda 2030 per il Lavoro Dignitoso.

### **3. INIZIATIVE PER UN AMBIENTE SICURO NELLO SPORT**

È opportuno notare, senza pregiudizio delle discussioni in merito, che le organizzazioni sportive sono generalmente enti giuridici privati. Di conseguenza, alcune norme internazionali, come quelle relative ai diritti umani, potrebbero non essere direttamente applicabili al settore. Tuttavia, queste norme possono influenzarlo e venire

---

<sup>255</sup> Disponibile su: <https://sdgs.un.org/goals> consultato il 10/07/2024.

<sup>256</sup> Disponibile su: <https://sdgs.un.org/goals/goal8> consultato il 11/07/2024.

<sup>257</sup> Disponibile su: <https://fifpro.org/en/who-we-are/what-we-do/foundations-of-work/fifpro-joins-united-nations-football-for-the-goals-initiative> consultato il 22/07/2024.

perfettamente interiorizzate attraverso il processo regolatorio privato, nel contesto dell'autonomia delle associazioni sportive stesse<sup>258</sup>.

In questa prospettiva, le linee guida internazionali, come gli SDGs delle Nazioni Unite e la loro Agenda 2030, e le norme internazionali, come le varie Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), indipendentemente dalla ratifica effettiva da parte dei rispettivi stati nazionali, possono rappresentare un'indicazione importante e una caratterizzazione di un parametro sociale auspicabile per ispirare l'adozione di politiche specifiche e l'esercizio regolatorio dei sistemi autonomi, con l'obiettivo di raggiungere un fine sociale di interesse comune o coincidente tra Stato e settore privato.

È evidente che gli obiettivi e le finalità delle norme internazionali si adattano in gran parte alle peculiarità del settore sportivo, soprattutto nelle attività sportive praticate in un contesto economico e, a maggior ragione, nelle situazioni in cui viene riconosciuta l'esistenza e lo sviluppo di un'effettiva relazione lavorativa sportiva tra i suoi attori, in senso *lato*, che include attività lavorative reali o potenziali, compreso il sistema di formazione degli atleti, che giustifica l'interesse e la domanda di regolamentazione interna in tal senso.

Nel caso del calcio, la FIFA ha pubblicato la sua politica sui diritti umani a maggio 2017, che rappresenta chiaramente una direttiva privata, ma che riconosce espressamente gli *standard* internazionali adottati dalle organizzazioni competenti, compresa l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)<sup>259</sup>.

Allo stesso modo, merita di essere evidenziata l'iniziativa di FIFPRO e del World Leagues Forum (WLF)<sup>260</sup>, che, grazie all'interazione con l'OIL, hanno compiuto progressi nello sviluppo di un importante accordo globale sul lavoro sportivo, firmato nel

---

<sup>258</sup> Disponibile su: [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Human\\_Rights\\_in\\_Sport\\_\\_November\\_2023\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Human_Rights_in_Sport__November_2023_.pdf) consultato il 27/06/2024. “Sports organisations are generally private-law entities with the consequence that human rights laws are not directly applicable to them. Yet the direct application of human rights to sports organisations may result from self-commitments by sports organisations through regulations adopted on the basis of the autonomy of sports associations”. In “SPORT AND HUMAN RIGHTS Overview from a CAS perspective”.

<sup>259</sup> Disponibile su: <https://digitalhub.fifa.com/m/1a876c66a3f0498d/original/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r-pdf.pdf> consultato il 27/06/2024. “2. FIFA’s commitment embraces all internationally recognised human rights, including those contained in the International Bill of Human Rights (consisting of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) and the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. (...)”.

<sup>260</sup> Disponibile su: <https://worldleaguesforum.com/en> consultato il 22/07/2024.

2022, con aggiornamenti significativi a favore del Lavoro Dignitoso nel settore del calcio professionistico. Come FIFPRO, anche WLF ha un'ampia portata, riunendo 46 Leghe Professionistiche affiliate e circa 1.100 club in tutto il mondo<sup>261</sup>.

In un aspetto altrettanto ampio, il Comitato Internazionale Olimpico (CIO), la cui missione è guidare il Movimento Olimpico e la diffusione globale della filosofia dell'Olimpismo<sup>262</sup>, sottolinea nella sua Carta Olimpica il proprio impegno per uno sport sicuro, libero da molestie e violenze, come indicato nella Regola 2<sup>263</sup>. Inoltre, nel 2016 il CIO ha fatto un passo avanti e ha emesso la Dichiarazione di Consenso del CIO su molestie e abusi nello sport<sup>264</sup>, una politica importante rivolta alle organizzazioni sportive di tutto il mondo. A ciò è seguita la Federazione Internazionale di Nuoto, *World Aquatics*, che, riferendosi alla direttiva olimpica, ha emanato nel 2021 e aggiornato nel 2023 le Norme per la Protezione da Molestie e Abusi<sup>265</sup> nell'esercizio della sua attività regolatoria.

L'interesse è comune tra lo Stato, qui materializzato nelle norme internazionali, e le entità private rappresentate dalle organizzazioni sportive mondiali. L'implementazione di meccanismi di *governance* e integrità nel sistema sportivo, con l'obiettivo di contrastare la violenza, le molestie morali, le molestie sessuali e gli abusi in generale, in particolare riguardo agli atleti giovani, rappresenta indubbiamente uno strumento per preservare e salvaguardare la sostenibilità dello stesso sistema autonomo transnazionale.

#### 4. APPELLO ALLA COOPERAZIONE DIALOGICA PUBBLICO-PRIVATA

---

<sup>261</sup> Disponibile su: <https://fifpro.org/en/who-we-are/what-we-do/foundations-of-work/fifpro-meet-with-ilo-wlf-to-discuss-decent-work-in-professional-football-gla> consultato il 22/07/2024.

<sup>262</sup> "L'Olimpismo è una filosofia di vita che esalta e combina in un insieme armonioso le qualità del corpo, della volontà e della mente. Fondendo sport, cultura ed educazione, l'Olimpismo mira a creare uno stile di vita basato sulla gioia dello sforzo, sul valore educativo del buon esempio, sulla responsabilità sociale e sul rispetto dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale e dei principi etici fondamentali universali nell'ambito del Movimento Olimpico." Disponibile su: <https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf> consultato il 27/06/2024.

<sup>263</sup> Disponibile su: <https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf> consultato il 27/06/2024.

<sup>264</sup> Disponibile su: [https://olympics.com/athlete365/app/uploads/2020/12/IOC\\_Guidelines\\_for\\_IFs\\_and\\_NOCs.pdf](https://olympics.com/athlete365/app/uploads/2020/12/IOC_Guidelines_for_IFs_and_NOCs.pdf) consultato il 27/06/2024.

<sup>265</sup> Disponibile su: <https://resources.fina.org/fina/document/2024/02/23/f5db0dd6-2f5f-4736-902b-45a03c69fae8/World-Aquatics-Rules-on-the-Protection-from-Harassment-and-Abuse.pdf> consultato il 27/06/2024.

Uno dei punti più sensibili negli studi giuridici sportivi è la necessaria o auspicabile compatibilità tra le norme sportive, sia pubbliche che private, e, insieme a esse, l'azione congiunta dello Stato e delle parti private per raggiungere obiettivi comuni che avvantaggino la società stessa. È già stato evidenziato che lo sport assume un chiaro interesse pubblico, essendo uno strumento efficace di trasformazione sociale e di sviluppo integrale della personalità umana.

In misura maggiore o minore, alcune questioni richiedono una cooperazione effettiva per implementare politiche in un settore o nell'altro, soprattutto quando l'interesse giuridico protetto, oltre all'integrità delle competizioni sportive e del sistema sportivo in generale, è la salvaguardia dei diritti fondamentali dei praticanti sportivi, specialmente nella loro fase formativa. In altre parole, l'integrità degli atleti, in particolare di quelli in formazione, è un dovere condiviso tra le organizzazioni sportive e lo Stato, che da sola giustifica e richiede l'adozione di misure congiunte e coordinate con lo stesso fine protettivo.

Tuttavia, nonostante il dialogo sia stato proposto nel tempo, ciò che si osserva è l'assenza di azioni o di interesse per politiche coordinate volte a tutelare lo sport e i rispettivi attori sportivi, eccetto alcune misure adottate da un numero limitato di organizzazioni sportive.

Il tema è stato affrontato da Michele Colucci in un interessante articolo sulla lotta contro gli abusi nello sport, in cui l'autore lancia un chiaro appello globale per azioni che possano contribuire a scopi pubblici e privati nel contesto di un ambiente sportivo sicuro. Egli sottolinea le iniziative già intraprese dalle organizzazioni sportive, ma riflette sulla scarsa efficacia delle misure non supportate da una cooperazione dialogica tra Stato e parti private<sup>266</sup>.

Nell'articolo, l'autore riconosce la difficoltà del sistema sportivo, in isolamento, di risolvere efficacemente il problema dei comportamenti devianti nello sport. Allo stesso modo, misure isolate adottate dallo Stato sarebbero certamente meno efficaci rispetto a quelle adottate congiuntamente al sistema transnazionale. In questo contesto, in una proposta di cooperazione pubblico-privata, il testo suggerisce la creazione di un'entità internazionale indipendente dedicata all'adozione di misure per uno sport sicuro. Ciò è in

---

<sup>266</sup> Disponibile su: [https://www.rdes.it/RDES\\_2023\\_Colucci\\_DEF.pdf](https://www.rdes.it/RDES_2023_Colucci_DEF.pdf) consultato il 16/07/2024. COLUCCI, Michele. Fighting abuse in Sport: a call for global action. in Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Sports Law and Policy Centre, Nocera Inferiore (SA), V. XIX, Fascicolo unico, 2023.

linea con i risultati pubblicati a seguito di una consultazione<sup>267</sup> organizzata dalla FIFA nel 2021, che raccomandava la creazione di un organismo indipendente per garantire maggiore efficienza nella lotta contro i comportamenti devianti nello sport.

Un presupposto indiscutibile nella lotta contro i comportamenti devianti nello sport e per l'integrità del mondo sportivo è la necessità di un urgente cambiamento culturale che consideri *standard* di integrità elevati, effettivi e coerenti con l'attuale evoluzione del fenomeno sportivo o con le aspettative nei suoi confronti. Implementare politiche, creare regole e rafforzare i meccanismi di risoluzione delle controversie sono importanti, ma un'integrità solida si realizza solo attraverso una trasformazione culturale.

Nell'impostare linee guida per la protezione e lo sviluppo dello sport giovanile con finalità protettiva per i giovani atleti, la *Sport Integrity Global Alliance* (SIGA) sottolinea che tale cambiamento culturale non si raggiunge in isolamento tramite le organizzazioni sportive. Azioni concertate e cooperazione con altri attori pubblici e privati sono essenziali per raggiungere tale obiettivo<sup>268</sup>.

In questa direzione, Colucci sostiene che le federazioni sportive internazionali stanno certamente facendo del loro meglio nell'ambito delle proprie competenze e capacità. Tuttavia, è giunto il momento di affrontare la questione da una prospettiva globale e in coordinamento con altre organizzazioni sportive e soggetti interessati, nonché con altre organizzazioni internazionali e autorità nazionali, contro un fenomeno complesso e universale<sup>269</sup>.

L'appello globale coinvolge la stessa società civile, e così deve essere, poiché lo sport interessa il pubblico ed è un diritto sociale, come riconosciuto dalla Costituzione Federale del Brasile. Dal 1988, essa stabilisce che lo sport è un diritto effettivo di ogni cittadino, ai sensi dell'articolo 217, incluso nel Titolo VIII, "Ordine Sociale"<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Disponibile su: <https://inside.fifa.com/social-impact/fifa-guardians/news/fifa-reiterates-call-for-global-unity-in-battle-against-abuse-in-sport> consultato il 24/07/2024, apud COLUCCI, Michele. Fighting abuse in Sport: a call for global action. in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Sports Law and Policy Centre, Nocera Inferiore (SA)*, V. XIX, Fascicolo unico, 2023.

<sup>268</sup> Disponibile su: <https://siga-sport.com/siga-universal-standards/> apud COLUCCI, Michele. Fighting abuse in Sport: a call for global action. in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Sports Law and Policy Centre, Nocera Inferiore (SA)*, V. XIX, Fascicolo unico, 2023.

<sup>269</sup> Disponibile su: [https://www.rdes.it/RDES\\_2023\\_Colucci\\_DEF.pdf](https://www.rdes.it/RDES_2023_Colucci_DEF.pdf) consultato il 16/07/2024. COLUCCI, Michele. Fighting abuse in Sport: a call for global action. in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Sports Law and Policy Centre, Nocera Inferiore (SA)*, V. XIX, Fascicolo unico, 2023.

<sup>270</sup> Disponibile su: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) consultato il 16/07/2024.

In questo contesto, è stato reso pubblico un manifesto<sup>271</sup> per un'azione globale e immediata contro gli abusi nello sport, al quale l'autore è firmatario. Esso contribuirà notevolmente alla ricerca di un ambiente sicuro nello sport per i suoi attori, in particolare gli atleti, in qualità di protagonisti principali e ragion d'essere dell'iniziativa.

Dal punto di vista pubblico, soprattutto in Europa, è opportuno sottolineare l'iniziativa dialogica dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE), che, tra i progetti in corso, sviluppa importanti discussioni sulla necessità di implementare misure preventive contro gli abusi sessuali, fisici ed emotivi, in particolare verso gli atleti. Un esempio è l'iniziativa realizzata il 1° giugno 2023, quando si è tenuto un importante incontro per discutere della violenza nello sport<sup>272</sup>, con la partecipazione di diversi settori statali e sportivi.

Queste iniziative europee si basano su una lunga storia di discussioni e sull'istituzione di direttive statali che, nel contesto di un dialogo auspicabile, mirano a migliorare l'ambiente sportivo, riconoscendo l'inestimabile valore sociale dello sport. In questo contesto, e in un approccio tra autorità pubbliche, sistema sportivo e rappresentanze aziendali e sociali, sono state stabilite varie linee guida nella Carta Europea dello Sport<sup>273</sup>, concepita all'interno del Consiglio d'Europa, principalmente per facilitare l'attuazione di politiche sportive nazionali che possano ampliare le opportunità di pratica sportiva per i cittadini e sottolineare la promozione di valori legati ai diritti umani, alla democrazia e al rispetto delle regole<sup>274</sup>.

Il discorso è unanime, sia nella sfera pubblica che in quella privata, riguardo alla necessaria e urgente trasformazione culturale e al rafforzamento delle misure per salvaguardare i diritti fondamentali degli atleti. Entrambe le strade evidenziano anche la rilevanza di un'attenzione vigile su un ambiente di lavoro sicuro, sano e sostenibile, con particolare enfasi su meccanismi di prevenzione e repressione della violenza, delle molestie e degli abusi in generale, incluso l'abuso emotivo.

## 5. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

---

<sup>271</sup> Disponibile su: <https://www.ipetitions.com/petition/manifesto-for-an-immediate-and-global-action> consultato il 16/07/2024.

<sup>272</sup> Disponibile su: <https://www.coe.int/en/web/sport/-/epas-participates-in-a-pace-parliamentary-hearing-on-violence-in-sport-and-safeguarding-at-the-uk-parliament> consultato il 18/07/2024.

<sup>273</sup> Disponibile su: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42021Y1213\(01\)&qid=1640008854878&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:42021Y1213(01)&qid=1640008854878&from=PT) consultato il 19/07/2024.

<sup>274</sup> Disponibile su: <https://www.coe.int/en/web/sport> consultato il 19/07/2024.

Come osservato, gli obiettivi convenzionali e normativi, rispettivamente nei contesti sociali pubblici e privati, coincidono, specialmente in un momento di intenso dibattito e lotta per l'applicazione indiscriminata dei principi legati ai diritti umani. Dagli esempi forniti, è evidente che vi sia nel discorso e, di conseguenza, nelle intenzioni di chi legifera o regola, un'intenzione legittima di preservare e tutelare i diritti, con particolare enfasi sul contrasto dei comportamenti che minacciano l'integrità di un sistema e la sua sostenibilità.

Nel caso dello sport, la sfida più grande consiste nell'identificare il ruolo degli stakeholder, in particolare delle organizzazioni responsabili della regolamentazione del sistema e dei vari sottosistemi sportivi, poiché le norme pubbliche internazionali funzioneranno quasi sempre come strumenti indicativi dell'importanza di un tema che, in un contesto autonomo, deve essere attuato dal settore stesso. Questo non sminuisce l'importanza degli organismi incaricati di controllare gli atti compiuti sotto l'egida della regolamentazione, con l'adozione effettiva di misure disciplinari nei confronti di coloro che la violano. Più che una prerogativa, la regolamentazione interna di determinati temi diventa un dovere del sistema sportivo, data la sua rilevanza sociale, e la ricerca di una cooperazione dialogica diventa imprescindibile per raggiungere i rispettivi fini.

L'autonomia deve infatti essere osservata e rispettata, ma il raggiungimento di un obiettivo sociale richiede in larga misura un'azione dialogica normativa e legislativa, poiché lo sport è chiaramente situato in un contesto sociale e non è caratterizzato come un'isola isolata e autosufficiente. Al contrario, per determinati scopi, tra cui, senza alcun dubbio, preservare l'integrità del sistema ed eliminare le minacce alla sua sostenibilità, sarà essenziale un'azione congiunta e coordinata tra stato e privati, nel rispetto delle rispettive possibilità e limiti.

Non si può negare che i temi relativi ai comportamenti devianti nello sport in generale, con particolare riferimento alla violenza, discriminazione, abuso e molestia nel mondo dello sport e, precisamente, nel mondo del lavoro sportivo, interessino sia lo Stato che i privati. Questo è particolarmente vero in considerazione dell'urgenza di garantire la tutela dei diritti umani fondamentali, rendendo cruciale abilitare, incoraggiare e rispettare una cooperazione pubblico-privata efficace per garantire l'efficacia delle misure e delle politiche adottate in entrambi i settori.

Pertanto, osservare, anche indirettamente, le norme pubbliche emanate da istituzioni con effettiva competenza tematica rappresenta una misura estremamente efficace all'interno del sistema sportivo. Allo stesso modo, il rispetto dell'autonomia e la

conoscenza e considerazione delle misure sportive adottate dalle organizzazioni sportive possono essere strumenti solidi per l'attuazione e il raggiungimento effettivo di vere politiche pubbliche da parte dello stato. In definitiva, nel perseguimento del grande obiettivo di preservare i diritti fondamentali degli individui, l'interesse non può che essere comune e coincidente, giustificando e richiedendo un'azione dialogica per prevenire e contrastare le pratiche devianti che espongono gli attori sportivi ai rischi insiti in un ambiente di lavoro inadeguato e non sicuro, assicurando che le misure adottate nel contesto della cooperazione dialogica possano effettivamente offrire protezione agli attori sportivi e al sistema stesso, beneficiari di una politica sostenibile per un Lavoro Dignitoso.

## RIFERIMENTI

APROBATO MACHADO, Rubens et al. Curso de Direito Desportivo Sistemico. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

COUTINHO FILHO, José Eduardo. Futebol globalizado: paixão de bilhões, mercado de trilhões. Belo Horizonte, D'Plácido. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de; GUSMÃO DA COSTA, Elthon José. (Org.). Direito do Trabalho Desportivo: panorama, crítica e porvir. Campinas: Lacier Editora, 2023.

FUMAGALLI, L. “La Giurisdizione sportiva Internazionale” en GREPPI, Edoardo et altri Diritto Internazionale dello Sport. Torino, Ed. G. Giappichelli Editore, 2005.

GARDINER, Simon, John O'Leary, Roger Welch, Simon Boyes and Urvasi Naidoo. Sports Law. Fourth Edition. Oxon: Routledge, 2012.

GARCÍA SILVERO, Emilio A. La Extinción de la Relación Laboral de los Deportistas Profesionales. Navarra, Thomson/Aranzadi, 2008.

HAMIL, Sean and Simon Chadwick. Managing Football an international perspective. Oxford: Elsevier. 2010.

LEWIS, Adam and Jonathan Taylor. Sport: Law and Practice. Great Britain: Tottel, 2008.  
MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé, Avanços e impactos. Rio de Janeiro, Maquinária, 2011.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Coord.). Direito do Trabalho e Desporto. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Coord.). Direito do Trabalho e Desporto – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Coord.). Direito do Trabalho e Desporto – volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Coord.). Direito do Trabalho e Desporto – volume IV – A Reforma Trabalhista e os Impactos no Labor Desportivo. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Coord.). Justiça Desportiva: Perspectivas do Sistema Disciplinar Nacional, Internacional e no Direito Comparado. São Paulo: Quartier Latin, 2018.