

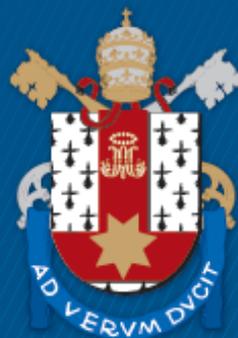
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

MANOELA DE BITENCOURT

**DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR À NORMA MAIS FAVORÁVEL AO
TRABALHO: O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO E UMA ANÁLISE
CONSEQUENCIAL DA TOMADA DE DECISÃO NO TELETRABALHO TRANSNACIONAL.**

Porto Alegre
2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

MANOELA DE BITENCOURT

**DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR À NORMA MAIS
FAVORÁVEL AO TRABALHO: O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO
E UMA ANÁLISE CONSEQUENCIAL DA TOMADA DE DECISÃO NO
TELETRABALHO TRANSNACIONAL**

Tese realizada como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADORA: PROFA. DRA. DENISE PIRES
FINCATO

PORTO ALEGRE
2020

Ficha de identificação da obra elaborada por Jéssica de Oliveira –
Bibliotecária CRB-14/1551.

B624n Bitencourt, Manoela de

Da norma mais favorável ao trabalhador à norma mais favorável ao trabalho: o conflito de leis trabalhistas no espaço e uma análise consequencial da tomada de decisão no teletrabalho transnacional / Manoela de Bitencourt; orientadora, Denise Pires Fincato, 2020.
202 p.

Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Conflito de leis no espaço. 3. Futuro do direito do trabalho. 4. Teletrabalho transnacional. 5. Utilitarismo. I. Fincato, Denise Pires. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

MANOELA DE BITENCOURT

**DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR À NORMA MAIS FAVORÁVEL
AO TRABALHO: O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO E UMA
ANÁLISE CONSEQUENCIAL DA TOMADA DE DECISÃO NO TELETRABALHO
TRANSNACIONAL**

A Tese realizada por Manoela de Bitencourt como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, foi submetida nesta data à banca avaliadora abaixo, sendo aprovada.

Porto Alegre, 15 de maio de 2020.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Denise Pires Fincato - Orientadora

Profa. Dra. Maria Cláudia Felten

Profa. Dra. Elizabet Leal da Silva

Prof. Dr. Paulo Barrozo

Prof. Dr. Gilberto Sturmer

Prof. Dr. Guilherme Wunsch

Prof. Dr. Eugênio Hainzenreder Jr.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Hugo e Marinês, que eu amo muito,
pelo amor, carinho e apoio incondicionais,
desde sempre...

Ao meu marido Maikel, pelo amor e pela
paciência de sempre...

À minha filha Maryeva, por ser o melhor de mim,
por me fazer sentir o amor incondicional e por me
ensinar tanto, para sempre...

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir viver a vida com
saúde.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pela oportunidade de realização da
presente pesquisa.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela concessão
da bolsa de estudos do curso de doutorado.

À profa. orientadora, Dra. Denise Pires Fincato (PUCRS), pela amizade, por
ser meu exemplo de mulher, mãe, advogada e professora, pela energia incrível
que tem e por todos os ensinamentos.

Ao meu professor co-orientador, Dr. Paulo Barrozo (BOSTON
COLLEGE), que confiou em mim para a elaboração da presente
tese.

Ao meu pai Hugo, por me mostrar que a vida é leve e doce.

À minha mãe Marinês, por tudo.

Ao meu marido Maikel, pelo apoio que me impulsiona.

A todos que de alguma forma contribuíram para a feitura deste
trabalho.

“Quando eu vou embora? Por quanto tempo vou ficar lá? Vou ser funcionário de quem? Quem vai me pagar? A Seguridade Social de qual país vai me proteger? As leis de que país definirão meus direitos como um empregado?”

Cecilia Perez Martinez

RESUMO

A globalização e as tecnologias provocam transformações no mundo do trabalho. A utilização da tecnologia para a prestação de serviços possibilita que o trabalhador tenha maior autonomia na condução das suas atividades, que trabalhe à distância, e em outro país. Além disso, uma nova geração de trabalhadores, chamada de Millenials, até 2025, comporá 75% da mão de obra ativa. Essa geração tem como principal característica ter mais liberdade na gestão de suas atividades laborais. Assim, a utilização da tecnologia e a mão de obra composta por essa nova geração levam a uma reformulação do requisito da subordinação. Nesse sentido, surge um novo direito do trabalho, com contemporâneas formas de contratos sociais e de empregos, amparadas por uma atual realidade, com modernos aparatos tecnológicos. Tal contexto leva a uma relação de emprego flexível, na qual tempo e espaço de trabalho são relativizados. Em razão disso, propõe-se uma nova tipologia que dispense proteção ao trabalhador autônomo e em que sejam dosadas as proteções nas relações de emprego, conforme as necessidades do empregado. Ademais, surge a possibilidade de uma nova modalidade de prestação de serviços, realizados à distância, e em outro país, denominada de teletrabalho transnacional. Nesse contexto, é possível a ocorrência de um conflito de leis trabalhistas no espaço, razão pela qual o presente trabalho perquire sobre a lei aplicável a esse contrato, de modo a regulamentar a situação jurídica, quando não prevista no pacto laboral. O direito internacional privado elege elementos de conexão para a solução do litígio, ao passo que o direito do trabalho igualmente elege o seu critério de conexão. Dentre outros, ressalta-se o critério da nacionalidade do trabalhador, a lei do país da prestação dos serviços, a lei do local onde a empresa mantém sua sede, a lei do local da contratação, a lei do país onde a empresa tem registrado o seu servidor (por se tratar de prestação de serviços no ciberespaço) e o princípio da norma mais favorável. No presente trabalho, aplica-se o método de abordagem hipotético-dedutivo. No que tange à investigação, a pesquisa utiliza o procedimento metodológico essencialmente monográfico e histórico e o procedimento estruturalista e funcionalista. Recorre-se, ainda, ao método sistemático, e a técnica de pesquisa, quanto à natureza, é qualitativa. Quanto ao seu objetivo, é descritiva. E, quanto ao objeto, é bibliográfica. No que tange ao elemento de conexão que deve ser levado em conta pelo intérprete para a sua tomada de decisão em eventual conflito de leis trabalhistas no teletrabalho transnacional, a presente pesquisa elege o critério utilitarista. Ademais, as consequências da decisão e o impacto econômico que essa tem no contexto laboral devem guiar o intérprete na escolha da lei aplicável ao caso concreto, importando que a felicidade e o bem-estar sejam para o maior número possível de pessoas. Conclui-se, com este estudo, que diante do conflito de leis no espaço, no teletrabalho transnacional, a norma a ser aplicada deve ser a mais favorável ao trabalho, ou seja, ao trabalhador, à empresa, à sociedade e aos demais trabalhadores que possam estar envolvidos por essa decisão, sendo possível, assim, efetivar os direitos fundamentais coletivos de todos os envolvidos, os fundamentos do trabalho e da livre iniciativa e a garantia da justiça social.

Palavras-chave: Conflito de leis no espaço. Futuro do direito do trabalho. Norma mais favorável ao trabalho. Teletrabalho transnacional. Utilitarismo.

ABSTRACT

Globalization and new technologies are changing the world of work. The use of technology for the provision of services allows the worker to have greater autonomy in the conduct of his activities, to work at a distance, and in another country. In addition, a new generation of workers, called Millennials, until 2025, will make up 75% of the active labor force. This generation's main characteristic is to have more freedom in the management of their work activities. Thus, the use of technology and the workforce composed by this new generation lead to a reformulation of the subordination requirement. In this sense, a new labor law appears, with new forms of social contracts and jobs, supported by a new reality, with new technological devices. Such a context leads to a flexible employment relationship, in which time and work space are relativized. For this reason, a new typology is proposed that provides protection to the self-employed worker and in which the protections in employment relationships are measured, according to the employee's needs. In addition, there is the possibility of a new type of service provision, carried out remotely, and in another country, called transnational teleworking. In this context, it is possible for a conflict of labor laws to occur in space, which is why the present work pertains to the law applicable to that contract, in order to regulate the legal situation, when not provided for in the labor agreement. Private international law elects connecting elements for resolving the dispute, while labor law also elects its connecting criterion. Among others, it stands out the criterion of the worker's nationality, the law of the country in which the services are provided, the law of the place where the company maintains its headquarters, the law of the place of hiring, the law of the country where the company has registered the its server (because it is about providing services in cyberspace) and the principle of the most favorable norm. In the present work, the hypothetical-deductive approach method is applied. Regarding the investigation, the research uses the methodological procedure essentially monographic and historical and the structuralist and functionalist procedure. The systematic method is also used, and the research technique, as far as nature is concerned, is qualitative. As for its purpose, it is descriptive. And, as for the object, it is bibliographic. With regard to the connecting element that must be taken into account by the interpreter in order to make a decision in the event of a conflict of labor laws in transnational teleworking, the present research chooses the utilitarian criterion. In addition, the consequences of the decision and the economic impact it has on the work context should guide the interpreter in choosing the law applicable to the specific case, implying that happiness and well-being are for the greatest possible number of people. It is concluded, with this study, that in face of the conflict of laws in the space, in the transnational telework, the norm to be applied must be the most favorable to the work, that is, to the worker, the company, the society and the other workers that may be involved in this decision, thus making it possible to enforce the collective fundamental rights of all those involved, the foundations of work and free enterprise and the guarantee of social justice.

Keywords: Conflict of laws in space. Future of labor law. Standard more favorable to work. Transnational teleworking. Utilitarianism.

RESUMEN

La globalización y las tecnologías están cambiando el mundo del trabajo. El uso de la tecnología para la prestación de servicios permite al trabajador tener una mayor autonomía en la realización de sus actividades, trabajar a distancia y en otro país. Además, una nueva generación de trabajadores, llamada Millennials, hasta 2025, constituirá el 75% de la fuerza laboral activa. La característica principal de esta generación es tener más libertad en la gestión de sus actividades laborales. Por lo tanto, el uso de la tecnología y la fuerza laboral compuesta por esta nueva generación conducen a una reformulación del requisito de subordinación. En este sentido, aparece una nueva ley laboral, con formas contemporáneas de contratos sociales y empleos, respaldados por una realidad actual, con dispositivos tecnológicos modernos. Tal contexto lleva a una relación laboral flexible, en la cual el tiempo y el espacio de trabajo se relativizan. Por esta razón, se propone una nueva tipología que brinda protección al trabajador por cuenta propia y en la que se miden las protecciones en las relaciones laborales, de acuerdo con las necesidades del empleado. Además, existe la posibilidad de un nuevo tipo de prestación de servicios, llevado a cabo de forma remota, y en otro país, llamado teletrabajo transnacional. En este contexto, es posible que ocurra un conflicto de leyes laborales en el espacio, razón por la cual el presente trabajo se refiere a la ley aplicable a ese contrato, para regular la situación legal, cuando no está previsto en el acuerdo laboral. El derecho internacional privado elige elementos de conexión para resolver la disputa, mientras que el derecho laboral también elige su criterio de conexión. Entre otros, destaca el criterio de la nacionalidad del trabajador, la ley del país de prestación de servicios, la ley del lugar donde la empresa mantiene su sede, la ley del lugar de contratación, la ley del país donde la empresa ha registrado el su servidor (porque se trata de proporcionar servicios en el ciberespacio) y el principio de la norma más favorable. En el presente trabajo, se aplica el método de enfoque hipotético-deductivo. Con respecto a la investigación, la investigación utiliza el procedimiento metodológico esencialmente monográfico e histórico y el procedimiento estructuralista y funcionalista. También se utiliza el método sistemático, y la técnica de investigación, en lo que respecta a la naturaleza, es cualitativa. En cuanto a su propósito, es descriptivo. Y, en cuanto al objeto, es bibliográfico. Con respecto al elemento de conexión que el intérprete debe tener en cuenta para tomar una decisión en caso de conflicto de leyes laborales en el teletrabajo transnacional, la presente investigación elige el criterio utilitario. Además, las consecuencias de la decisión y el impacto económico que tiene en el contexto laboral deben guiar al intérprete a elegir la ley aplicable al caso específico, lo que implica que la felicidad y el bienestar son para el mayor número posible de personas. Se concluye, con este estudio, que ante el conflicto de leyes en el espacio, en el teletrabajo transnacional, la norma a aplicar debe ser la más favorable al trabajo, es decir, al trabajador, la empresa, la sociedad y los demás trabajadores que puede estar involucrado en esta decisión, lo que permite hacer cumplir los derechos fundamentales colectivos de todos los involucrados, los fundamentos del trabajo y la libre empresa y la garantía de la justicia social.

Palabras-clave: Conflicto de leyes en el espacio. Futuro del derecho laboral. Estándar más favorable al trabajo. Teletrabajo transnacional. Utilitarismo.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tipologia para as relações de trabalho no Brasil	71
Tabela 2 – Escala de proteção trabalhista no Brasil	72

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação direta de inconstitucionalidade

AMICE - Associação de Seguradoras Mútuas e Cooperativas de Seguros na Europa

Art. - Artigo

BIPAR - Federação Europeia de Intermediários de Seguros

CEE - Convenção da Comunidade Econômica Europeia

CEEP - Centro Europeu de Empresas com Participação Pública e de Empresas de Interesse Econômico Geral

CES - Confederação Europeia dos Sindicatos

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

DL - Decreto-Lei

ETNO - European Telecommunications Network Operators Association

EUA - Estados Unidos da América

HILDA - Household, Income and Labour Dynamics

IP - Protocolo de internet

ISPs - Provedores de serviços de internet

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PROSIC - Programa de Informação e Conhecimento

RE - Recurso extraordinário

RI - Regimento interno

STF - Supremo Tribunal Federal

TI - Tecnologia da informação

TICs - Tecnologias da informação e da comunicação

TST - Tribunal Superior do Trabalho

EU - União Europeia

UEAPME - Associação Europeia de Artesanato, Pequenas e Médias Empresas

VS – Versus

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO: GLOBAL E INTELECTUAL	19
2.1 O PENSAMENTO LEGAL CONTEMPORÂNEO SOBRE AS RELAÇÕES DE	19
TRABALHO	19
2.2 O FUTURO DO TRABALHO: O USO DAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E A GERAÇÃO DOS MILLENIALS	32
2.3 GLOBALIZAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS: INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	41
2.4 NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVO DIREITO DO TRABALHO	55
2.4.1 Definição e objeto do direito do trabalho.....	56
2.4.2 Tipologia sugerida para o novo direito do trabalho.....	59
2.4.2.1 Requisitos da relação de emprego	59
2.4.2.2 O trabalhador autônomo	67
2.4.2.3 Relações de trabalho observáveis empiricamente	71
3 O TELETRABALHO TRANSNACIONAL COMO UMA NOVA FORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO	77
3.1 DO TELETRABALHO: O USO DA TECNOLOGIA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	78
3.2 TELETRABALHO TRANSNACIONAL: DIREITO DO TRABALHO TRANSNACIONAL	104
3.2.1 Lei aplicável ao teletrabalho transnacional.....	111
3.3 TELETRABALHO: O CIBERESPAÇO COMO LOCAL DE TRABALHO	119
3.3.1 Ciberespaço e o problema do local da prestação de serviços	125
4 A ANÁLISE DO CONTEXTO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA POR MEIO DA ADOÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO PELO INTÉRPRETE COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS NO TELETRABALHO TRANSNACIONAL	131
4.1 CONSEQUENCIALISMO: O IMPACTO DA TOMADA DE DECISÃO NO CONTEXTO LABORAL.....	132
4.1.1 O consequencialismo e a tomada de decisão: um olhar para o Direito e a Economia (<i>Law and Economics</i>)	133
4.1.2 Consequencialismo: a análise do contexto laboral para a tomada de decisão	146

4.2 DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR À NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHO: APLICAÇÃO DO UTILITARISMO AO TELETRABALHO TRANSNACIONAL.....	155
4.2.1 O utilitarismo: a escolha do intérprete na tomada de decisão no teletrabalho transnacional.....	156
4.2.2 Bem comum x Justiça: a escolha do intérprete para a solução do conflito de leis trabalhistas no Teletrabalho Transnacional	173
5 CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS.....	190

1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho enfrenta novas situações nos dias atuais, marcadas pelo uso da tecnologia na prestação de serviços. Tais situações não existiam na época do seu surgimento e envolvem a categoria dos prestadores de serviços, os quais preferem maior autonomia na condução de suas atividades. Está-se diante de uma realidade com modernos aparatos tecnológicos, de uma relação de emprego flexível e em constante transformação, e uma nova geração de trabalhadores surge com atuais características e expectativas. Trata-se, inequivocamente, de uma nova realidade.

A presente pesquisa tem por objeto o estudo do impacto da globalização e das novas tecnologias no contexto laboral, o futuro do direito do trabalho e a proposta de uma atual tipologia para as relações de trabalho no Brasil, bem como o instituto do teletrabalho transnacional, a lei aplicável, o possível conflito de leis no espaço e os elementos de conexão eleitos pelo direito internacional privado, pelo direito do trabalho, verificando a doutrina utilitarista e consequencialista, como possíveis propostas de solução para impasses e tomadas de decisão do intérprete.

Em razão disso, propõe-se inicialmente o enfrentamento da relação de trabalho, no seu sentido lato, de forma a revisitar o elemento da subordinação, bem como a categoria dos trabalhadores autônomos. Entende-se que, em razão dessas transformações, surgem novas formas de contratos sociais e, porque não, de empregos.

Nessa direção, analisa-se ainda o elemento da subordinação e da autonomia na prestação de serviços. Além disso, a pesquisa sugere uma nova tipologia para as relações de trabalho no Brasil, levando em consideração o futuro do trabalho, o qual será – ou, melhor dizendo, já está sendo – composto por uma nova geração de trabalhadores. Dessa forma, o Direito e, de forma específica, a área trabalhista tem que encontrar respostas para esses novos horizontes.

O teletrabalho transnacional será aqui analisado como uma nova forma de prestação de serviços em razão dessa nova realidade vivenciada pelo Direito do Trabalho pelo uso cada vez mais crescente da tecnologia, para a realização das atividades laborais. Vive-se um tempo de novas formas de prestação de serviços, contemporâneos lugares de trabalho, na medida em que o tempo e o espaço do trabalho são flexibilizados face às tecnologias.

O teletrabalho transnacional é realizado à distância, fora da sede da empresa, por trabalhador de uma nacionalidade a tomador de serviços de outra, em um ambiente virtual, com o uso da tecnologia da informação e da comunicação. Desse modo, a pesquisa se dedica

a analisar as implicações jurídicas, em especial, os possíveis conflitos de leis trabalhistas no espaço, em razão dessa modalidade laboral, propondo uma solução às problemáticas daí decorrentes. O problema de pesquisa consiste em saber se há uma metodologia que indique a lei aplicável ao teletrabalho transnacional.

Os elementos de conexão sugeridos pelo direito internacional privado para solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço são o critério da nacionalidade do trabalhador, a lei do país onde a empresa está sediada, a lei do país onde está registrado o servidor da empresa e a lei do local da prestação de serviços, revelando-se as hipóteses da presente pesquisa. Ainda, como hipóteses levantadas no presente estudo, encontram-se o instituto do consequentialismo e a doutrina utilitarista.

É possível a incidência de mais de uma norma ao contrato de teletrabalho transnacional – normas oriundas de soberanias distintas – cabendo ao intérprete escolher uma para aplicá-la ao caso concreto, de modo a regulamentar a relação jurídica trabalhista. O intérprete, na sua tomada de decisão, deve analisar o caso concreto em específico, devendo, para tanto, atentar-se aos elementos de conexão sugeridos pelo direito internacional privado e pelo direito do trabalho, bem como aos institutos do consequentialismo e do utilitarismo para sua tomada de decisão.

Nesse caso, analisar-se-ão, na presente pesquisa, os efeitos da tomada de decisão do intérprete ao contexto laboral. Ademais, também serão analisados os fundamentos econômicos da República Federativa do Brasil, quais sejam, o trabalho como valor e a livre iniciativa, bem como a relação entre Direito e Economia, como fatores a serem levados em consideração para a tomada de decisão do intérprete. Ainda, propõe-se uma reflexão sobre deverem prevalecer os direitos fundamentais individuais ou os coletivos, tendo em vista o conflito que pode existir e a escolha do intérprete para a sua solução.

Para isso, revisitar-se-á o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, propondo-se uma análise das suas características para o trabalhador individual e para o trabalhador no contexto da relação jurídica trabalhista em uma perspectiva coletiva. Avalia-se, além disso, qual é o tipo de tutela que deve ser dispensada ao trabalhador, à empresa, aos demais trabalhadores (envolvidos no contexto) e à sociedade.

O assunto é de extrema relevância por ser pouco difundido no Brasil, havendo somente algumas recentes indagações. A justificativa também se dá em virtude das vantagens que essa nova modalidade de trabalho propicia para os empregadores, empregados e para a sociedade em geral. Dentre outras, destaca-se um aumento do número de postos de trabalho, a inserção do trabalhador num contexto global, a contratação de mão de obra especializada em

qualquer lugar do mundo e a integração entre países. Ainda, porque no Brasil, a lei nº 13.467/2017, chamada reforma trabalhista, recentemente regulamentou o instituto do teletrabalho, trazendo à lume essa modalidade de prestação de serviços.

Objetiva-se defender que eventual conflito de leis trabalhistas no teletrabalho transnacional deve ser resolvido a partir de critérios consequencialistas e utilitaristas. Em assim sendo, o intérprete, para a sua tomada de decisão, deveria levar em conta o critério utilitarista como elemento de conexão. Dessa forma, o contexto, as consequências e a realidade do caso concreto devem ser avaliados pelo intérprete ao solucionar o conflito de leis no espaço, tudo sem menosprezo da felicidade e do bem-estar de todos os envolvidos. Ademais, estudar-se-á, diante do conflito de leis de forma transnacional, a norma mais favorável ao trabalho, observada sua feição no momento da decisão, como modo de interpretação das relações jurídico-trabalhistas. Objetiva-se a proteção ao trabalho, e não ao emprego, no sentido estrito, tomando como premissa a exata locução legal, contida na Constituição Federal, que no seu art. 7º, *caput*, prevê os direitos dos trabalhadores, e não os direitos dos empregados (no sentido estrito, com vínculo de emprego).

Neste trabalho, aplica-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste na construção de conjecturas baseadas nas hipóteses, as quais, por meio de um processo de falseamento, são refutadas ou tidas como válidas. Como o presente tema trata de uma modalidade especial de contrato de trabalho, o teletrabalho, e das leis aplicáveis a essa relação, surgindo um conflito de leis trabalhistas no espaço, provoca-se uma discussão acerca de qual norma será aplicada. Então, se estabelece na doutrina um debate sobre o tema, formando-se mais de uma corrente doutrinária, sendo as hipóteses submetidas às tentativas de falseamento. Dentre vários outros critérios suscitados, os mais polêmicos e discutidos pela doutrina são o critério da territorialidade e o princípio da norma mais favorável, não se limitando a presente pesquisa a tais patamares e invadindo outros campos teóricos, em especial realizando a testagem do utilitarismo e do consequencialismo como possíveis alternativas.

No que tange à investigação, utiliza-se o procedimento metodológico essencialmente monográfico, na medida em que estuda determinados institutos. Além disso, recorre a um resgate histórico, que consiste na investigação de acontecimentos e instituições do passado, verificando sua ligação com a atualidade. Ainda, serve-se do procedimento estruturalista, de modo que a investigação parte de um fenômeno concreto, atingindo o nível abstrato e retornando ao concreto, existindo uma realidade estruturada com a experiência do sujeito

social. Por fim, vale-se do procedimento funcionalista, que estuda a sociedade do ponto de vista de suas unidades, considerando toda a atividade social e cultural.

A presente pesquisa utiliza-se do método sistemático, na medida em que o Direito deve ser compreendido como um sistema ordenado e hierarquizado. Quanto à natureza, a técnica de pesquisa é qualitativa. Quanto ao seu objetivo, é descritiva, pois busca coletar fatos, dados e opiniões para dirimí-los a fim de solucioná-los. Já no que se refere ao objeto, é bibliográfica, a partir de pesquisa na qual são encontradas diversas hipóteses para a controvérsia e, por meio de um estudo dessas hipóteses, sugere-se a solução mais adequada para o caso.

O trabalho tem como matrizes teóricas Cecilia Perez Martinez, a qual trabalha a lei aplicável às relações de emprego transnacionais, e Jeremy Bentham, que fundou a doutrina utilitarista, a qual tem por objetivo maximizar a felicidade do maior número de pessoas possível.

O estudo realiza-se em razão do doutoramento cursado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com período de investigação realizado na Boston College, em Boston, nos Estados Unidos. Contou com a orientação dos Professores Doutores Denise Pires Fincato (PUCRS-Brasil) e Paulo Barroso (Boston College-EUA). Está alocado na Área de Concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e na Linha de Pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação do PPGD-PUCRS e está confortado nas áreas de atuação da pesquisadora e de sua orientadora, tanto em âmbito acadêmico quanto advocatício.

O trabalho estrutura-se em três capítulos. O primeiro trata do futuro do direito do trabalho em razão da globalização e das novas tecnologias, do futuro do trabalho, do pensamento legal contemporâneo e do novo direito do trabalho proposto nesta tese. Assim, propõe-se uma nova tipologia para esse novo direito do trabalho, revisitando o requisito da subordinação da relação de emprego, a figura do trabalhador autônomo, bem como quais são as relações de trabalho observáveis de forma empírica nas quais se possa estabelecer um grau maior ou menor de proteção jurídica trabalhista.

No segundo capítulo, trata-se, de forma específica, do teletrabalho transnacional, em razão do uso da tecnologia para a prestação de serviços e do conflito de leis trabalhistas no espaço que possa surgir em decorrência da sua atividade. Com efeito, é analisada a figura do teletrabalho como uma modalidade de prestação de serviços à distância, voltando-se especial olhar a seu conceito, a estatísticas de sua utilização em todo o mundo, a sua transnacionalidade e ao ambiente virtual onde ocorre a realização do trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita uma análise do consequencialismo e do utilitarismo como possíveis respostas ao problema da lei aplicável no teletrabalho transnacional partindo-se de premissa de que pode ser solução também para outras situações jurídico-trabalhistas, levando em consideração o conteúdo estudado no primeiro capítulo.

Diante do exposto, ao longo desta pesquisa, analisar-se-á a proposta de uma tipologia nova para as relações de trabalho no Brasil, de acordo com as necessidades juslaborais, levando-se em consideração os elementos da subordinação e da autonomia na condução da prestação de serviços para essa proposta de um novo direito do trabalho.

Além disso, serão analisados o instituto do consequencialismo e a doutrina utilitarista como possíveis respostas aos problemas jurídicos da área laboral, em decorrência da utilização das tecnologias como uma nova estrutura, atual e futura, do trabalho e do direito do trabalho. E, por fim, de forma específica e como exemplo/concretização do uso da tecnologia na seara trabalhista transnacional, o teletrabalho é visto como uma nova forma de prestação de serviços, enfrentando-se o conflito de leis trabalhistas no espaço a partir daquela que pareça ser a melhor solução, a partir do melhor mecanismo de interpretação jurídica.

As hipóteses para a problemática encontrada flutuam no plano do direito internacional privado e do direito do trabalho e, em busca de algum resultado, será necessário confrontar o consequencialismo e o utilitarismo com o princípio da norma mais favorável ao trabalho, observando o contexto dos fundamentos da República Federativa do Brasil – como o trabalho e a livre iniciativa – e a garantia da justiça social como vetores para a transposição da complexidade imposta ao intérprete.

A presente tese é escrita e finalizada em um contexto histórico marcado por uma crise sanitária. Ao que tudo indica, um vírus, trazido pela China, ao cenário mundial, invisível a olho nu, leva a Organização Mundial da Saúde a reconhecer, em 11 de março de 2020, uma pandemia (Covid-19), o que deixa a sociedade internacional perplexa. Em tal circunstância de emergência de saúde pública de importância internacional com o avanço rápido do processo de contaminação, impõe ao poder público a adoção de medidas de contenção da propagação do vírus, suscitando questionamentos na seara jurídica, inclusive na área laboral. Nesse sentido, providências trabalhistas são regulamentadas para enfrentar a crise, por meio de Medidas Provisórias, inclusive a modalidade de teletrabalho, que poderá ser adotada pelos empregadores como forma de prestação de serviços a fim de enfrentar os efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e com a finalidade de preservar o emprego e a renda.

2 O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO: GLOBAL E INTELECTUAL

O presente trabalho tem por escopo o estudo das novas tecnologias na prestação de serviços e as constantes transformações dessa prática no mundo do trabalho. Dessa forma, será analisado o impacto da globalização e das novas tecnologias nas relações de trabalho, o futuro do trabalho e o novo direito do trabalho. Ademais, analisar-se-á o instituto do teletrabalho transnacional, a lei aplicável e os elementos de conexão. Por fim, estudar-se-á a doutrina utilitarista e o instituto do consequencialismo como formas de solução dos conflitos trabalhistas.

2.1 O PENSAMENTO LEGAL CONTEMPORÂNEO SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A globalização da economia – que implicou a aproximação das barreiras alfandegárias, o avanço das novas tecnologias e a ideia de um trabalho transnacional – é objeto do presente estudo. Dessa maneira, convém analisar também o pensamento jurídico dos dias atuais, levando em consideração sua própria globalização, conforme Duncan Kennedy.

A globalização do pensamento jurídico não é acontecimento recente. Segundo a argumentação de Duncan Kennedy em “Três globalizações do Direito e pensamento jurídico”, entre 1850 e 1914, foi globalizado o Pensamento Jurídico Clássico, que não tinha qualquer essência, mas entre seus aspectos importantes estava a maneira de se pensar o Direito como um sistema de esferas de autonomia para atores privados e atores públicos, em um contexto no qual as fronteiras dessas esferas são definidas pelo raciocínio jurídico entendido como prática científica. Os mecanismos da globalização eram a imposição ocidental direta no mundo colonizado, a “abertura” forçada dos regimes independentes não ocidentais e o prestígio da ciência jurídica alemã nos Estados Nacionais europeus e no hemisfério ocidental¹.

Entre 1900 e 1968, foi globalizado o Pensamento Jurídico Social, novamente uma maneira de pensar sem uma essência, mas com o importante aspecto de se repensar o Direito como uma atividade de compra, como um mecanismo regulatório que poderia e deveria

¹KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought/18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135>. Acesso em: fev. 2018.

facilitar a evolução da vida social, em um contexto em que, cada vez mais, é percebida interdependência social em cada nível, desde a família até o universo das nações. Os agentes da globalização eram movimentos reformadores de denominação política, no ocidente desenvolvido, movimentos nacionalistas na periferia e nas elites dos recém-independentes Estados Nacionais após 1945².

Entre 1945 e 2000, a tendência era refletir sobre a técnica jurídica, no período posterior às críticas do Pensamento Jurídico Clássico e do Social, e numa pragmática ponderação de interesses conflitantes na administração do sistema criado pelos juristas sociais. Ao mesmo tempo, havia uma tendência visivelmente contrária, que vislumbrava o Direito como o garantidor da propriedade, dos direitos humanos e da ordem intergovernamental pela gradual ampliação do Estado Democrático de Direito por meio da supremacia judicial. Os mecanismos da globalização foram: a vitória americana na 2ª Guerra Mundial e na Guerra Fria, a “abertura” dos Estados Nacionais para a nova consciência jurídica a partir da participação nos mercados globais sob as condições estabelecidas pelas corporações multinacionais e instituições regulatórias internacionais e o prestígio da cultura americana³.

Duncan Kennedy elenca, nesse contexto, três “globalizações” do Direito, ocorridas aproximadamente entre meados do século XIX e a virada para o século XXI. As três ondas de “globalização” do Direito, tal como descritas por Kennedy, têm como referenciais ideias que procuram resumir as noções e os meios de análise predominantes no âmbito de cada uma das globalizações do Direito e que podem ser sintetizadas nas seguintes designações: (i) direito liberal clássico; (ii) direito de vocação social; e (iii) direito operacional eclético⁴.

As três globalizações constituem três ciclos de influência e propagação global de ideias jurídicas, sobretudo, alemãs (primeira globalização), francesas (segunda globalização) e estadunidenses (terceira globalização). Diante disso, cabe indagar se uma globalização do

²KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135>. Acesso em: fev. 2018.

³ KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: [https://www.cambridge.org/core/books/the-new-LAW-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135](https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135). Acesso em: fev. 2018.

⁴ KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: [https://www.cambridge.org/core/books/the-new-LAW-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135](https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135). Acesso em: fev. 2018.

Direito mais pluralista não seria mais adequada para a promoção da institucionalização de interesses das diversas populações, comunidades e povos do mundo⁵.

O pensamento legal contemporâneo pode, ainda, ser abordado sob o ponto de vista do novo mercado contemporâneo: complexo, heterogêneo, imprevisível. A globalização da economia⁶ dinamizou a sociedade, fazendo o Direito também transformar as características da época anterior determinadas por uma estabilidade de mercado.

Com efeito, pode-se dizer que a vida atingiu um novo grau de complexidade⁷ que torna impossível uma estrutura central de controle e comando: num mundo complexo e em rápida mudança, é manifestamente impossível escrever regras que abrangem as informações das circunstâncias atuais em qualquer esfera de atividade. Além disso, as condições do novo mercado são as de incerteza, imprevisibilidade e volatilidade. Política deve ser flexível e revisável para lidar com um mundo cada vez mais complexo e volátil. A lei deve reconhecer a nova realidade da “indeterminação radical” e da “onipresença de consequências não desejadas”. As instituições do século XXI já não permitem o projeto estatista tradicional, mas exigem a proliferação de novas diversidades fontes de normas e estratégias. Contemporâneas

⁵ KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-hought18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135>. Acesso em: fev. 2018.

⁶ Interpretações da política de tecnologias podem ir além de associar a interdependência da tecnologia com desincorporação (ou ao menos com uma desvalorização da incorporação), portanto, a deslocalização (sem corpo, sem lugar), a globalização (sem lugar, sem localização) e, em última instância, com o consumismo. A desvalorização da singularidade das coisas físicas e suas relações especiais com os humanos. A ideia de entrelaçamento tecnológico não é vista como um caminho perigoso para o exercício do poder por algumas pessoas, sistemas ou mesmo máquinas sobre humanos, mas como uma forma capacitadora de controle. A equação pode ser mais ou menos assim: mais espaço = mais liberdade = mais controle = mais escolha. Claramente, nenhuma posição extrema vale a pena levar a sério. No entanto, várias combinações desses dois ingredientes simples dominam nossa discussão atual sobre a política da tecnologia. (FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 38-39).

⁷ Nesse sentido, pondera Bauman: O que a maioria de nós aprendeu de nossa experiência é que, hoje, nenhuma forma no mundo a nossa volta, por mais sólida que possa parecer, é imune à mudança. E aprendemos também que as coisas chamam a atenção sem aviso prévio para logo em seguida desaparecer ou cair no esquecimento sem deixar vestígios; que aquilo que é motivo de toda a raiva hoje torna-se amanhã alvo de chacota; que aquilo que hoje é elogiado e insistentemente recomendado é tratado amanhã com desdém—quer dizer, se ainda for lembrado; que, no geral, o tempo está dividido em episódios, cada qual com início e fim, mas sem pré-história nem futuro; que há pouca ou nenhuma conexão lógica entre os episódios, com sua própria sucessão a soar suspeita, como se fosse mera coincidência, contingência, acaso; e, por fim, que esses episódios podem provir do nada, passam e se vão sem deixar qualquer consequência duradoura. Em outras palavras, o mundo em que vivemos (e ajudamos a construir por meio de nossas empreitadas de vida) parece ser marcado por fragmentação, descontinuidade e inconsequência. [...]. A cultura de hoje reitera o que cada um de nós aprende, com alegria ou tristeza, a partir de nossa própria experiência. Ela apresenta o mundo como uma coleção de fragmentos e episódios, cada imagem afugenta e substitui a anterior, apenas para ser ela própria substituída no momento seguinte. Celebidades surgem diariamente e diariamente desaparecem, deixando muito poucas pegadas no caminho da memória. Problemas que demandam atenção brotam o tempo todo e escapam assim que nascem — com a preocupação popular a que deram origem. A atenção tornou-se o mais escasso de recursos. (BAUMAN, Zygmunt. **Vida em Fragmentos**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011).

abordagens de governança também são necessárias para enfrentar o aumento da velocidade de mudança na nova economia. A flexibilidade e a adaptabilidade são essenciais para se manter competitivo no mercado globalizado. A inovação científica, bem como as tensões imprevisíveis de maior concorrência, requerem técnicas que incorporem mudanças constantes e melhorias⁸.

Além dos novos níveis de complexidade, imprevisibilidade e mudança dinâmica na sociedade, o Direito também deve reagir a uma maior heterogeneidade. O modelo do New Deal⁹ foi criado com base nos pressupostos de uma era anterior, em que a uniformidade e a estabilidade eram consideravelmente mais difundidas. A empresa econômica típica do New Deal era uma empresa industrial grande e relativamente estável, enquanto hoje o local de trabalho é amplamente heterogêneo, em rede e em constante mudança. Da mesma forma, o acúmulo de atuais conhecimentos científicos sobre a natureza diversa e variável de diferentes sistemas ecológicos requer a resposta da política ambiental. Um impedimento significativo para a reforma legal hoje é a diversidade do mercado e a ampla gama de questões e problemas

⁸ No original: “This analysis reflects the idea that life has reached a new degree of complexity which renders a central control-and- command structure impossible: In a complex and rapidly changing world it is manifestly impossible to write rules that cover the particulars of current circumstances in any sphere of activity. Moreover, the conditions of the new market are those of uncertainty, unpredictability, and volatility. Policy has to be flexible and revisable to cope with an increasingly complex and volatile world. Law should recognize the new reality of “radical indeterminacy” and the “pervasiveness of unintended consequences.” These twenty-first century realities no longer allow for the traditional statist project, but rather require the proliferation of newly diverse sources of norms and strategies. New governance approaches are also needed to address the increased speed of change in the new economy. Flexibility and adaptability are key in remaining competitive in the globalized market. Scientific innovation, as well as unpredictable strains of heightened competition, require techniques which incorporate constant change and improvement”. (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 277-278. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

⁹ Mais de meio século atrás, o New Deal significava uma mudança de paradigma na política americana. Sob o mandato de recuperação e reforma, e modernas medidas administrativas, o Estado foi criado. No contexto da guerra mundial e da depressão econômica, o Direito foi conceituado como nacional, de cima para baixo e sancionado. O modelo regulatório do New Deal buscou consolidar poderes anteriormente dispersos para as especialistas recém-fundadas agências reguladoras e para direcionar atividades econômicas e sociais a nível nacional. No início do século XXI, contra o pano de fundo da concorrência global, mudanças de padrões na organização de mercado, e um compromisso decrescente para intervenção direta do governo, pensamento jurídico contemporâneo estão apontando para o surgimento de um novo paradigma – governança – que une desenvolvimentos recentes na política economia com avanços na teoria legal e democrática. (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p.264. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

¹⁰ Há mais de seis décadas, o New Deal trouxe uma mudança de paradigma para a sociedade americana. O estabelecimento do New Deal, pelo presidente Franklin Roosevelt, é amplamente entendido como um dos os eventos mais significativos na política americana do século XX. Como Bruce Ackerman descreveu: “meio século atrás, nosso sistema legal estava se recuperando de um dos maiores choques em sua história. Embora a América tivesse experimentado muitas depressões antes, nunca havia confiado poder para uma liderança tão evidente disposta a responder questionando a legitimidade do próprio laissez-faire”. Respondendo aos fardos e riscos da Depressão e duas guerras mundiais, o New Deal instigou a criação da moderna regulação e do estado administrativo. (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 271. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

sociais que exigem a adoção de uma também ampla gama de formas e políticas organizacionais. A bolsa de estudos contemporânea reconhece que, hoje, não existe um modelo único de organização social e, portanto, é impossível estabelecer uma concepção unitária da regulação de diversos campos e contextos sociais. Não existe uma solução única para os desafios enfrentados pelo estado regulamentar¹¹.

Observa-se que, atualmente, vive-se em uma época marcada por instabilidades, fluidez¹² e dinamicidade, a ponto de o local de trabalho, muitas vezes, ser móvel e *on-line*, totalmente o oposto de uma época anterior e, até mesmo, de algumas situações da época atual, em que a ideia de estabilidade do chão de fábrica, de uma indústria, por exemplo, prevalecia. A verdade é que o sistema está em constante modificações: atuais questões e problemas sociais, contemporâneas políticas organizacionais, tecnologias incorporadas à prestação de serviços. Assim, o Direito deve reacomodar-se diante de toda essa evolução, agora disruptiva¹³.

Com relação às transformações ocorridas na sociedade (como o surgimento de novas tecnologias) e seus impactos no mundo do trabalho, explica Dorneles:

Em meio a este contexto de mudanças, o Direito do Trabalho depara-se, a nosso ver, diante de uma profunda crise teórica. Muitos dos principais alicerces teóricos juslaborais foram concebidos em outro contexto – na passagem do século XIX para o século XX, marcadamente, ou seja, em meio à sociedade industrial. Basta imaginarmos como era a realidade social nesse período e compará-la com os dias atuais que facilmente constataremos as profundas transformações sócio-político-

¹¹ No original: “In addition to the new levels of complexity, unpredictability, and dynamic change in society, law must also react to increasing heterogeneity. The New Deal model was created upon the assumptions of a former era, in which uniformity and stability were considerably more widespread. As described in Part IV, the typical New Deal economic enterprise was a large and relatively stable industrial company, while today the workplace is vastly heterogeneous, networked, and constantly changing. Similarly, the accumulation of new scientific knowledge about the diverse and changing nature of different ecological systems requires the response of environmental policy. A significant impediment for legal reform today is the diversity of the market and the wide range of social issues and problems, which require the adoption of a wide range of organizational forms and policies. Contemporary legal scholarship recognizes that, today, no single model of social organization exists and thus a unitary conception of the regulation of diverse social fields and contexts is impossible.⁴⁹ There is no one-size-fits-all solution to the challenges facing the regulatory state”. (LOBEL, Orly. *The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought*. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 278-279. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

¹² [...] Por fim, é crucial observar o uso da fluidez (“existências fluidas”) e da qualidade atmosférica (“o maravilhoso nos envolve e nos embebe como uma atmosfera”), como símbolos das características específicas da vida moderna. Fluidez e qualidade atmosférica se tornarão atributos fundamentais na pintura, na arquitetura e no *design*, na música e na literatura modernistas, autoconscientes, que emergirão no fim do século XIX. Tais atributos serão encontrados, também, nos mais profundos moralistas e pensadores sociais da geração de Baudelaire, e posteriores – Marx, Kierkegaard, Dostoiévski, Nietzsche – para os quais o fato básico da vida moderna é o fato de que, como se lê no Manifesto Comunista, “tudo o que é sólido desmancha no ar”. (BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia de Bolso).

¹³ Disrupção: Quebra de um curso normal de um processo. DICIONÁRIO. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2019.

econômicas havidas – o que é ainda mais acentuado quando focamos exclusivamente a experiência brasileira. Esse é o ponto central da questão. O Direito do Trabalho foi arquitetado para responder a determinadas demandas que eram legítimas, correntes, expressivas no início do século passado. E o fez em linhas gerais satisfatoriamente, embora, com algumas insuficiências; mas, na medida em que o mundo do trabalho foi se transformando, novas demandas foram formando-se e se legitimando, e grande parte delas vai se ressentindo de uma resposta adequada por parte do direito laboral. Esse déficit entre demanda/resposta é a razão da crise. O excesso de descumprimento espontâneo da legislação laboral, a intensa procura ao Poder Judiciário, o recorrente questionamento a alguns de seus alicerces (sucessivas propostas de reforma, orientadas pelas mais variadas matrizes ideológicas) – enfim, aquilo que Deveali denomina “reatividade do mundo econômico-laboral”¹⁴ – são alguns dos sintomas mais perceptíveis dessa crise¹⁵.

As mudanças são inevitáveis. A tecnologia transforma o mundo do trabalho. O trabalhador on-line transforma-se em um trabalhador global, o que significa dizer que ele pode trabalhar a partir de qualquer lugar: de casa, de escritórios compartilhados, de estações de trem, aeroportos, cafeterias e, ainda, a partir de qualquer lugar do mundo.

O Direito deve ser analisado conjuntamente com todas as outras ciências que lhe orbitam, permeiam ou são por ele impactadas. Ao contrário do isolamento pregado pelos juristas da Idade Moderna, o Direito é inevitavelmente impregnado pelas questões que lhe são formadoras, tais como os anseios da sociedade, a influência da economia, o avanço tecnológico e as repercussões da globalização¹⁶.

Nesse contexto, Richard Baldwin fala em imigrante virtual.

Em certo sentido, essas plataformas da web estão afetando a telemigração no mesmo modo que as ferrovias, os contêineres e a carga aérea afetavam o comércio de mercadorias. Reduzindo radicalmente o custo da movimentação internacional de mercadorias e melhor transporte, a tecnologia permitiu que empresas explorassem mercadorias internacionais por melhores preços. O resultado foi o comércio crescente de mercadorias. Pela radical redução do custo de contratação de trabalhadores estrangeiros, plataformas autônomas estão permitindo que as empresas explorem as diferenças salariais internacionais. O resultado certamente será uma explosão na telemigração¹⁷.

¹⁴ DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 129-138.

¹⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho III**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 103-104.

¹⁶ FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: A necessária (re) construção do Direito do Trabalho. In: CÁCERES, Cláudio Palavecino (editor). **Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social**. vol. 10, n. 19, jun. 2019. Chile: Tipográfica, 2019, p. 09.

¹⁷ No original: “In a sense, these web platforms are affecting telemigration in the same way that railroads, containers ships, and air cargo affected trade in goods. By radically lowering the cost of moving goods internationally, better transportation technology allowed companies to exploit international goodsprice differences. The result was booming trade in goods. By radically lowering the cost of hiring foreign service workers, freelance platforms are allowing companies to exploit international wage differences. The result will surely be an explosion in telemigration”. (BALDWIN, Richard. **The robotics upheaval globalization, robotics, and the future of work**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 122.)

Nessa linha de entendimento acerca do trabalhador global, como proposto por Baldwin Thomas Piketty, inclusive, sugere um imposto global¹⁸. Segundo ele,

[...] para que a democracia possa retomar o controle do capitalismo financeiro globalizado neste novo século, também é necessário inventar novos instrumentos, adaptados aos desafios de hoje. O instrumento ideal seria um imposto mundial e progressivo sobre o capital, acompanhado de uma grande transparência financeira internacional. Essa instituição permitiria evitar uma espiral desigualadora sem fim e regular de forma eficaz a inquietante dinâmica da concentração mundial da riqueza. Sejam quais forem os instrumentos e regulamentos postos em prática, o importante é avaliá-los tomando por base esse sistema ideal. [...] Trata-se de uma resposta mais apropriada à desigualdade do rendimento em função do capital inicial. Sob essa forma, o imposto sobre o capital é uma ideia nova, adaptada ao capitalismo patrimonial global do século XXI¹⁹.

Nenhum regulamento padrão pode efetivamente governar a multiplicidade de configurações nas quais a ação social opera. A natureza da nova economia exige que as instituições jurídicas sejam múltiplas e variadas. Os avanços tecnológicos e as mudanças na infraestrutura de mercado têm sido favoráveis a essas novas exigências de abertura e modernidade radicalizada. Eles também adicionaram uma nova camada de configurações às quais o pensamento jurídico deve reagir. Ou seja, a fisicalidade da unidade regulada mudou. Os avanços em tecnologia e comunicação facilitam cada vez mais a autorregulação no mercado privado, permitindo mais compartilhamento de informações e reduzindo as barreiras de entrada. Por exemplo, os avanços nas viagens aéreas aumentaram a concorrência entre as companhias aéreas; reduzindo assim a necessidade de regulamentação antitruste. Do mesmo modo, o monopólio natural da transmissão de microondas diminuiu nas telecomunicações. A explosão das tecnologias da internet e da radiodifusão a cabo eliminou alguns dos racionamentos para a regulamentação de informações, ao mesmo tempo que criam outros tipos de riscos. Um exemplo central é a forma como a nova tecnologia de ciber-comunicações reduziu o limiar para que os grupos atuem coletivamente, desencadeando o surgimento de novos tipos de instituições geradoras de norma. Além disso, a revolução digital facilitou a cópia, a

¹⁸ O imposto sobre o capital fornece uma resposta mais pacífica e eficaz para esse eterno problema colocado pelo capital privado e por seu rendimento. O imposto progressivo sobre a riqueza individual é uma instituição que permite ao interesse comum retomar o controle do capitalismo ao se apoiar nas forças da propriedade privada e da concorrência. Cada categoria de capital é taxada da mesma maneira, sem discriminação a priori, partindo do princípio de que em geral os detentores de ativos estão em melhor posição do que o poder público para decidir sobre os investimentos a serem feitos. Caso seja necessário, o imposto pode ser mais progressivo para as maiores fortunas, mas isso pode ser feito no âmbito do Estado de direito, por meio de um debate democrático. (PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Traduzido por Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.)

¹⁹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Traduzido por Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

transmissão e a distribuição de materiais, bem como a conexão com outras pessoas através de redes de comunicação com custos drasticamente mais baixos. Essas inovações físicas e arquitetônicas requerem desenvolvimentos correspondentes na teoria legal²⁰.

Finalmente, os desenvolvimentos recentes na economia política revelaram novas lacunas entre as práticas democráticas e a teoria constitucional prevalecente. A globalização, principalmente a unificação das nações na Europa, colocou em questão a adequação do conceito de demonstração. Dentro da teoria jurídica, a globalização suscitou preocupações sobre um déficit democrático. A necessidade de uma melhor teoria para a nova política envolve mais diretamente os movimentos externos e internos para a renovação. Em face de novas realidades e mudanças de necessidades, essas preocupações criaram uma plataforma para a qual o pensamento jurídico deve reagir para enfrentar as inadequações dos modelos existentes de regulamentação e legislação²¹.

Por isso, o pensamento legal contemporâneo é marcado por essa instabilidade nas relações jurídicas e sociais dos dias atuais²². O Direito deve dar uma resposta a essas

²⁰ No standard regulations can effectively govern the multiplicity of settings in which social action operates. The nature of the new economy requires legal institutions themselves to be multiple and diverse. Technological advances and changes in market infrastructure have been conducive to these new demands for openness and radicalized modernity. They have also added a new layer of settings to which legal thought must react. Namely, the physicality of the regulated unit has itself changed. Advances in technology and communication are increasingly facilitating self-regulation within the private market by enabling more information sharing and lowering the barriers of entry. For example, advances in air travel have increased competition among airlines; thereby reducing some of the need for antitrust regulation. As described in Part IV, the explosion of Internet technologies and cable broadcasting has eliminated some of the rationales for regulation of information, while creating other types of risks. A central example is the way new cyber-communications technology has lowered the threshold for groups to act collectively, triggering the emergence of new kinds of norm-generating institutions. Furthermore, the digital revolution has made it easy to copy, transmit, and distribute materials, as well as to connect with others through communication networks at drastically lower costs. These physical and architectural innovations require corresponding developments in legal theory. (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 279-280. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

²¹ Finally, recent developments in the political economy have revealed new gaps between democratic practices and prevailing constitutional theory. Globalization, primarily the unification of nations in Europe, has brought into question the adequacy of the concept of a demos. Within legal theory, globalization has raised concerns about a democratic deficit. The need for a better theory for the new polity bridges most directly the external and the internal drives for renewal. In the face of new realities and changing needs, these concerns have created a platform to which legal thought must react in addressing the inadequacies of existing models of regulation and lawmaking. (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 280-281. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

²² Essa volatilidade também dificultará a organização de sindicatos e a garantia de direitos trabalhistas. Se hoje muitos novos empregos em economias avançadas já envolvem trabalho temporário sem proteção, trabalho de *freelancer* e tarefas isoladas realizadas só uma vez, como sindicalizar uma profissão que prolifera e desaparece em uma década? O problema com todos esses novos empregos, no entanto, é que eles provavelmente exigirão altos níveis de especialização, e não resolverão, portanto, os problemas dos trabalhadores não qualificados que estão desempregados. A criação de novos empregos humanos pode mostrar-se mais fácil do que retrainar humanos para preencher esses empregos. Em ciclos de automação anteriores, as pessoas podiam passar de um trabalho padronizado de baixa qualificação a outro com facilidade. Em 1920, um trabalhador agrícola dispensado

transformações ocorridas na sociedade. A tecnologia possibilita o trabalho *on-line*, móvel e global, por exemplo, o que possibilita um conflito de leis no espaço acerca da regulamentação dessa relação jurídica. Com efeito, o pensamento jurídico deve enfrentar essas mudanças sociais e readequar os modelos de regulamentação atualmente existentes.

Pode-se dizer que a globalização do capitalismo implica também a globalização do mundo do trabalho, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Com essas transformações, em nível regional, nacional, e, até mesmo, mundial, ocorreu uma dinamização do mercado (como a passagem do *fordismo*²³ ao *toyotismo*²⁴), retratando, assim, novas formas e significados do trabalho. São mudanças que afetam significativamente a classe operária, bem como as estruturas sociais. Vários sinais fazem pensar que entramos na era do “hiper”, a qual se caracteriza pelo hiperconsumo²⁵, essa terceira fase da modernidade; e pela hipermodernidade²⁶; que se segue à pós-modernidade^{27,28}.

Segundo Bauman:

devido à mecanização da agricultura era capaz de achar um novo emprego numa fábrica de tratores. Em 1980, um operário de fábrica desempregado poderia trabalhar como caixa num supermercado. Essas mudanças de ocupação eram possíveis porque a mudança do campo para a fábrica e da fábrica para o supermercado só exigiam um retreinamento limitado. Em 2050, porém, um caixa ou um operário da indústria têxtil que perder seu emprego para um robô dificilmente estará apto a começar a trabalhar como oncologista, como operador de drone ou como parte de uma equipe da Inteligência Artificial num banco. Não terão as habilidades necessárias. (HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.)

²³ “A forma de administração da produção denominada “taylorismo” ou “fordismo”, caracterizada pela produção em massa de produtos homogêneos em uma linha de montagem, pelo trabalho fragmentado e com seu tempo de execução controlado, pelas unidades fabris concentradas, nas quais se produz de forma coletiva em que há estrita separação entre o trabalho braçal e intelectual [...]”. (VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48.)

²⁴ “A grande inovação desse novo modelo para a organização da atividade industrial é a produção por demanda. É o consumo que determina a produção e não o inverso. A reposição dos estoques é feita somente após a verificação da demanda que existe no mercado, sendo que em tempo de falta de demanda a unidade fabril trabalha apenas com um núcleo de trabalhadores polivalentes, cujo tempo de trabalho é aproveitado ao máximo [...]”. (VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48.)

²⁵ Hiperconsumo: um consumo que absorve e integra parcelas cada vez maiores da vida social; [...] se dispõe em função de fins e de critérios individuais e segundo uma lógica emotiva e hedonista que faz que cada um consuma antes de tudo para sentir prazer, mais que para rivalizar com outrem. O próprio luxo, elemento da distinção social por excelência, entra na esfera do hiperconsumo porque é cada vez mais consumido pela satisfação que proporciona (um sentimento de eternidade num mundo entregue à fugacidade das coisas), e não porque permite exibir status. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 25-26.)

²⁶ Hipermodernidade: uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer. (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p.26.)

²⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 25.

²⁸ Sobre isto, discorre Bauman: Na atualidade o consumismo se tornou “cultura”, forma de reconhecimento e inserção social, busca incessante de prazer individual. O “ter” se sobrepõe ao “ser” como nuvens impenetráveis das tardes chuvosas de inverno. Os sonhos de fama e dinheiro são os desejos individuais no cenário social. Para os indivíduos do século XXI “tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas. (BAUMAN Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22).

O fordismo era a autoconsciência da sociedade moderna em sua fase ‘pesada’, ‘volumosa’, ou ‘imóvel’ e ‘enraizada’, ‘sólida’. [...] O capitalismo pesado era obcecado por volume e tamanho, e por isso, também por fronteiras, fazendo-as firmes e impenetráveis. Em seu estágio pesado, o capital estava tão fixado ao solo quanto os trabalhadores que empregava. Hoje, o capital viaja leve - apenas com a bagagem de mão, que inclui nada mais que pasta, telefone celular e computador portátil. Pode saltar em qualquer ponto do caminho, e não precisa demorar-se em nenhum lugar além do tempo que durar a sua satisfação²⁹.

Assim, pode-se dizer que, atualmente, vive-se na sociedade do conhecimento, marcada pelo uso das tecnologias da informação e da comunicação notoriamente da internet. Dessa forma, a sociedade pós-industrial inaugurou uma vida mais intelectualizada, deslocando a exploração braçal para o cérebro, inclusive apta a reproduzir alguns mecanismos por meio da inteligência artificial. Isso corrobora uma longa história de evolução que, por algumas vezes, foi marcada pelo progresso espiritual ou material, modulados por lentas incubações subterrâneas e súbitas explosões criativas³⁰³¹.

Se houve alguma transformação na economia política do capitalismo do final do século XX, cabe-nos estabelecer quão profunda e fundamental pode ter sido tal mudança. São abundantes os sinais e as marcas de modificações radicais em processos de trabalho, hábitos de consumo, configurações geográficas e geopolíticas, poderes e práticas do Estado³².

Nesse contexto, evidenciando os marcos da transição do sistema de produção fordista à acumulação flexível, Harvey ensina:

A profunda recessão de 1973, exacerbada pelo choque do petróleo [...] pôs em movimento um conjunto de processos que solaparam o compromisso fordista. Em consequência, as décadas de 70 e 80 foram um conturbado período de reestruturação econômica e de reajustamento social e político. No espaço social, criado por todas essas oscilações e incertezas, uma série de novas experiências nos domínios da organização industrial e da vida social e política começou a tomar forma. Essas

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 69-70.

³⁰ DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na Sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 2010, p. 69.

³¹ O trabalho manual tipicamente fabril é cada vez mais absorvido pelas máquinas, o trabalho humano cada vez mais se intelectualiza e, nesse processo, o labor efetivo, estudo e tempo livre se interpenetram ao ponto de se não conseguir desvencilhá-los. Daí resultam profundas transformações nas relações de trabalho pós-industriais, dentre as quais: (a) a absorção de tarefas administrativas e decisórias pelo software e dos trabalhos manuais por máquinas automatizadas (com isso, ao ser humano resta cada vez mais o trabalho criativo, que não pode ser totalmente estruturado com base no tempo e no espaço); (b) a descentralização das decisões e a flexibilidade dos horários de trabalho; (c) o deslocamento do local e tempo da produção para o local e tempo da reprodução; (d) a atenuação dos conflitos de classe; (e) a consagração da filosofia de “produção orientada pelo mercado”, utilizando-se de ciências psicossociais e tornando-se flexível; (f) a linha de montagem e a organização empresarial “piramidal” (fordista) cedem espaço para a organização em rede, com vários centros de decisão interligados, em que a especialização somente se torna admissível na medida em que permita o trabalho interdisciplinar. (DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Brasília: Unb, 1999. p. 224-226.)

³² HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 2014, p. 117.

experiências podem representar os primeiros ímpetus da passagem para um regime de acumulação inteiramente novo³³.

A crise do modelo de produção fordista deveu-se à sua incapacidade de responder à retração do consumo, à redução de custos produtivos que se mostrava necessária, às exigências de um mercado consumidor mais seletivo e diversificado, bem como aos anseios de uma classe trabalhadora cada vez mais insatisfeita diante da alienação e opressão das quais era vítima³⁴.

A modernidade, seja em sua concepção líquida ou radicalizada, é eminentemente globalizante e pode ser compreendida como a forma de vida, costume e organização social que surgiram na Europa a partir do século XVII e que tiveram influência em escala global, sobretudo para as organizações sociais atuais. Ela também é multidimensional e dinâmica. O capitalismo não tem nação. Ele estará em todo e qualquer lugar onde a equação entre força de trabalho, matéria prima, produção e comercialização obtenha mais valia, alterando substancialmente as relações preexistentes entre a organização social humana e o meio ambiente³⁵.

Assim, neste universo de competição universal que se chama globalização, os investimentos inovadores se tornaram vitais para nossas economias. Uma empresa que não inova continuamente em todos os campos-produtos, comunicação, relações humanas, informática, conquista de novos mercados, organização da produção, dos transportes, etc. Está fadada à morte, pois será varrida por suas concorrentes.³⁶

Na economia moderna, existem dois modelos de crescimento, um crescimento “keynesiano” e outro “schumpeteriano”. Segundo Luc Ferry:

O primeiro procede do aumento do número de consumidores e, se possível, do tamanho de suas carteiras. O segundo afirma que o verdadeiro motor do crescimento é a inovação, que torna, aos poucos, obsoletos todos os restos do passado, sejam produtos, modos de vida ou organizações tecnicamente ultrapassadas³⁷.

³³ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 2014, p. 140.

³⁴ ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIBEIRO, Ailana Santos. **A lógica produtiva flexível e o adoecimento mental nas relações laborais**. Disponível em: <http://dimensoesdotrabalho.blogspot.com.br/2016/07/a-logica-produtiva-flexivel-e-o.html>. Acesso em: maio 2017.

³⁵ CARVALHO, Marcio Mamede Bastos de. Manipulação das preferências de consumo: alienação humana e degradação ambiental nos caminhos de um modelo social insustentável. In: FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Coord). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

³⁶ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 07.

³⁷ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 15.

Ainda, continua o autor:

[...] é claro que, se o número e a riqueza dos potenciais consumidores aumentam, se eles compram continuamente mais, as empresas verão suas carteiras se encherem, o que produzirá crescimento e, conseqüentemente, também o emprego necessário para responder à demanda³⁸.

Schumpeter, sobre a lógica da inovação (ou como ele mesmo dizia, da “destruição criadora”), já escrevia, em 1940, que de fato, o impulso fundamental que mantém em movimento a máquina capitalista é impresso pelos novos objetos de consumo, pelos novos métodos de produção e de transporte, pelos novos mercados, pelos novos tipos de organização industrial – todos eles elementos criados pela iniciativa capitalista. A abertura de novos mercados nacionais ou externos e o desenvolvimento das organizações produtivas, desde o ateliê de artesanatos e a manufatura até as empresas amalgamadas, tais como a U. S. Steel, constituem exemplos do mesmo processo de transformação industrial que revoluciona incessantemente, de dentro, a estrutura econômica, destruindo continuamente seus elementos envelhecidos e criando do mesmo modo elementos novos. Esse processo de “destruição criadora” constitui o dado fundamental do capitalismo: é nele que consiste, em última análise, o capitalismo, e todo empreendimento capitalista deve, quer queira, quer não, adaptar-se a ele³⁹.

Para o empreendedor, por exemplo, que deve se adaptar sem descanso a uma concorrência que agora tem alcance mundial, a inovação alucinada não é uma perspectiva cheia de sentido, um grandioso projeto de civilização, mas um caderno de encargos, uma necessidade absoluta, um imperativo vital. Isso equivale a dizer que, assim como uma espécie animal que não se adapta é selecionada no mundo de Darwin, uma empresa que não inova continuamente é destinada a desaparecer, a ser engolida pelo vizinho⁴⁰.

Ainda Ferry:

[...] a inovação destruidora revela, como em toda parte, sua dupla face. De um lado, a arte contemporânea deseja ser “desconstrutora”, subversiva em relação ao passado, ou mesmo revolucionária já que se dedica à representação permanente da “ruptura” com a tradição. É a vertente dedicada ao que Hegel chamava de “negatividade”; mas do outro, ela se manifesta positiva, inovadora, inventiva, criativa, orientada por inteiro para abertura de um porvir. São, evidentemente, as duas faces de uma mesma moeda. A primeira inclina o artista contemporâneo a se apresentar como “boêmio”,

³⁸ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 15-16.

³⁹ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 20.

⁴⁰ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 29-30

radical, uma anticonformista que se engaja no lado do movimento mais do que no da ordem. A segunda entusiasma o grande capitão da indústria, financista ou banqueiro, que só tem olhos para criatividade e audácia, para o que rompe com a rotina e sai do convencional. O burguês nela se reconhece por ser a arte contemporânea, a única, na história da humanidade, que se parece com ele, que lhe devolve a imagem como espelho, em resumo, que lhe dá razão e confirma sua lógica de empreendedor, de criador em constante mobilidade e, por isso mesmo, de algum modo o insere também no movimento da revolução permanente na qual Marx e Schumpeter viam a essência de ser universo, o capitalismo globalizado⁴¹.

Ferry prefere falar de inovação destruidora a falar de destruição criadora (Schumpeter)⁴². Por volta de 1450, Gutenberg inventou a prensa móvel e provocou a criação de milhares de empregos. No entanto, acabou destruindo a atividade dos copistas. Assim é a inovação: motor do crescimento transforma o antigo em obsoleto – ou em peça de museu⁴³.

As inovações técnicas nas quais o crescimento apoia-se criam, num primeiro momento, inevitavelmente o desemprego, as desigualdades, e até mesmo, paradoxo supremo, o decréscimo. Isso porque as inovações técnicas primeiro levam ao desemprego aqueles que viviam no mundo antigo. A título ilustrativo, a difusão digital que questiona a existência própria dos livreiros e dos vendedores de disco. Portanto, a inovação parece, num primeiro momento, pelo menos, muito mais destruidora do que criadora⁴⁴.

Com efeito, pode-se dizer que, independentemente dos modelos de crescimento, a realidade é que se vivencia uma nova era de produção marcada pelo uso da tecnologia, da internet, em que os dados informacionais propagam-se a uma velocidade nunca antes imaginável, para qualquer canto do mundo. Esse desenvolvimento de mundo globalizado e tecnológico implica, necessariamente, um novo formato de relação de trabalho, inclusive, de emprego, na qual as características são instáveis e em constante transformação, e não estáveis e rígidas, como eram formatadas. Nesse contexto, escapa, cada vez mais, ao alcance dos indivíduos o controle de uma relação de trabalho e de emprego típica da Era da Revolução Industrial⁴⁵, razão pela qual tem-se, nos dias atuais, uma nova lógica de trabalho, isso é, um

⁴¹ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 65-66.

⁴² FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 35.

⁴³ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 23.

⁴⁴ FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 22-23.

⁴⁵ O direito do trabalho nasce com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. As razões que determinaram o seu aparecimento são econômicas, políticas e jurídicas. A principal causa econômica foi a Revolução Industrial do século XVIII, conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção. Dentre os aspectos políticos, o mais

novo futuro para o direito do trabalho⁴⁶.

2.2 O FUTURO DO TRABALHO: O USO DAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E A GERAÇÃO DOS MILLENNIALS

Esse novo contexto, marcado pelo advento das tecnologias, transforma o mundo do trabalho. A crise se instala. Os níveis de desemprego aumentam. O formato tradicional da relação de emprego pode sofrer ameaças. Fala-se em reforma política, legislativa e jurídica. Nesse diapasão, o direito do trabalho reinventa-se, o que deve gerar, inevitavelmente, um novo direito do trabalho.

Bem antes da crise, a compulsão de se envolver no mercado de trabalho estava se intensificando. Após a crise, os elevados níveis de desemprego e/ou a diminuição das taxas de participação da força de trabalho em muitos países indicam que o trabalho está se tornando cada vez mais difícil de ser acessado e menos atraente em substância. Qual o lugar do direito ao trabalho nesse contexto? Pode servir como contrapeso normativo a reformas políticas, legislativas e institucionais que reduzam ou que eliminem oportunidades de emprego, que piorem os termos e as condições de trabalho e/ou que compilem a reescrita de contratos de trabalho e de emprego? Embora os esforços iniciais para desafiar as reformas do emprego exigidas na crise financeira por referência ao Tribunal de Justiça Europeu tenham sido infrutíferos, tais reformas podem, em alguns contextos - pelo menos uma parte do tempo e, pelo menos, nas margens - ser reprimidas pela invocação dos direitos dos trabalhadores. Outro cenário, talvez igualmente provável, é a defesa ou a reinvenção do direito ao trabalho de forma a apoiar as transformações políticas, legislativas e legais que já estão em andamento.

importante foi a transformação do Estado Liberal e da plena liberdade contratual em Estado Intervencionista. Naquele, o capitalista podia impor livremente, sem interferência do Estado, as suas condições ao trabalhador. Neste, o Estado intervém na ordem econômica e social, limitando a liberdade plena das partes da relação de trabalho. Formas de intervenção foram o corporativismo e o socialismo, caracterizando-se por uma presença fortemente autoritária do Estado, que transfere a ordem trabalhista para a esfera das relações de natureza pública, diversamente do neoliberalismo, que, embora restritivo da liberdade contratual, mantém as relações de trabalho no âmbito das relações de direito privado. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 50.)

⁴⁶ O nome sociedade pós-industrial tem por finalidade assinalar o deslocamento do processo de produção da indústria para outros setores. Assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho numa sociedade que produz mais com pouca mão de obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo *software*; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os mesmos resultados com redução da demanda de trabalhadores entre 25% e 35% da força de trabalho; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego e do subemprego em escala mundial; o avanço da sociedade de serviços maior do que a sociedade industrial; novas profissões; sofisticados meios de trabalho, uma realidade bem diferente daquela na qual o direito do trabalho nasceu. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 53-54.)

Seja qual for o futuro, parece claro que o direito de trabalhar por conta própria não pode fazer o trabalho pesado⁴⁷.

Essa discussão sugeriu algumas das maneiras pelas quais os argumentos associados à flexibilidade do mercado de trabalho podem gerar uma visão alternativa do direito ao trabalho; de fato, tais argumentos já estão sendo usados para ajudar a justificar ou a apoiar regimes legais e ambientes de políticas que, para todos os propósitos práticos, criam a obrigação de aceitar o trabalho em qualquer um dos termos disponíveis. O que a crise revelou, acima de tudo, no entanto, é a medida que o direito ao trabalho depende da visão da economia política que a informa, do paradigma teórico através do qual é refratada, da estrutura institucional que lhe dá a vida e das reivindicações de conhecimento através do qual opera. O direito ao trabalho, agora, está em meio a um compromisso ideológico e programático para a transformação da governança do mercado de trabalho e da proteção social de formas que se intensifiquem em vez de restringir os efeitos das forças do mercado sobre os trabalhadores⁴⁸.

Se as normas, regras e políticas tradicionalmente associadas ao direito ao trabalho estão a se recuperar do seu *status* atual com estratégias de qualidade inferior ou secundárias e, tão importante quanto, se outras instituições legais que possam avançar as aspirações normativas de maior liberdade e escolha no trabalho não devem ser descartados de forma *ex ante* então a regulamentação do trabalho - e outros mercados - precisa ser recuperada como uma questão que é ao, mesmo tempo, normativa, ideológica e política, em vez de meramente técnica. A crise expôs as principais disputas entre economistas e formuladores de políticas

⁴⁷ No original: “Well before the crisis, the compulsion to engage in labour market work had been intensifying. Post-crisis, continuing high levels of unemployment and/ or declining labour force participation rates in many countries indicate that work is becoming both more difficult to access and less attractive in substance. What is the place of the right to work in such a context? Can it serve as a normative counterweight to policy, legislative and institutional reforms that reduce or eliminate employment opportunities, worsen the terms and conditions of work and/ or compel the rewriting of labour and employment contracts? Although initial efforts to challenge the employment reforms mandated in the financial crisis by reference to the European Court of Justice were unsuccessful, such reforms may –in some contexts, at least some of the time and at least at the margins –be restrained by the invocation of workers’ rights. Another, perhaps equally likely scenario, however, is the defence or reinvention of the right to work in ways that support the policy, legislative and legal transformations which are already under way. Whatever the future, it seems clear that the right to work on its own cannot do the heavy lifting”. (MANTOUVALOU, Virginia. **The right to work: Legal and philosophical perspectives**. Oxford: Hart, 2015.)

⁴⁸ No original: “This discussion has suggested some of the ways in which arguments associated with labour market flexibility might generate an alternative vision of the right to work; indeed such arguments are already being used to help justify or support legal regimes and policy environments that, for all practical purposes, create an obligation to accept work on whatever terms are available. What the crisis has revealed above all however, is the extent to which the right to work hangs on the vision of political economy that informs it, the theoretical paradigm through which it is refracted, the institutional structure that gives it life, and the knowledge claims through which it operates. The right to work now sits in the midst of an ideological and programmatic commitment to the transformation of labour market governance and social protection in ways that intensify rather than restrain the effects of market forces on workers”. (MANTOUVALOU, Virginia. **The right to work: Legal and philosophical perspectives**. Oxford: Hart, 2015.)

públicas sobre o que contribui para uma economia em expansão e para o crescimento dos empregos e, por extensão, para melhorias no bem-estar social geral. O pleno emprego implica no apoio à gestão da demanda keynesiana ou é melhor servido por políticas de austeridade fiscal e monetarismo?⁴⁹.

As tecnologias revolucionaram o mundo do trabalho proporcionando novas formas de organização. Isso possibilitou o poder de trabalhar à distância e facilitou as comunicações em grupo. Alguns desafios também são impostos, tais como, as fronteiras entre a vida pessoal e a vida profissional, um paradigma que transforma as pessoas que utilizam a tecnologia no seu dia a dia por meio do uso de celulares, *smartphones*, *tablets* e computadores, inclusive, em finais de semana e durante férias. É oportuno ressaltar que John Maynard Keynes rotulou a economia com base na mão de obra humana ante a era tecnológica de “desemprego tecnológico”. Segundo o autor:

Estamos sendo acometidos de uma nova doença da qual alguns leitores talvez ainda não tenham ouvido falar, mas sobre a qual ouvirão falar muito nos próximos anos – o “desemprego tecnológico”. Isso significa desemprego como resultado da nossa descoberta de meios de economizar a mão de obra, superando a velocidade com a qual podemos encontrar novos usos para a mão de obra⁵⁰.

Ao discorrer sobre a evolução tecnológica no Terceiro Mundo, Jeremy Rifkin afirma:

As máquinas estão substituindo os trabalhadores em todos os países em desenvolvimento. Martin Anderson, na época vice-presidente da Gemini Consulting, em New Jersey, disse que, quando as empresas constroem novas fábricas em países em desenvolvimento, geralmente são muito mais automatizadas e eficientes do que suas contrapartes nos Estados Unidos. “Algumas das fábricas americanas, que mais se assemelham a fábricas japonesas, estão sendo montadas no Brasil”, disse Anderson. A ideia de que transferir instalações fabris para países pobres resulta em níveis altos de emprego e maior prosperidade já não é mais necessariamente verdade. Shaiken concorda, afirmando que “o tipo de necessidades de trabalho no Terceiro Mundo reduz ao mínimo o número de empregos que estão sendo criados pelas novas fábricas automatizadas de alta tecnologia e pelos negócios. Ele teme que a Terceira Revolução Industrial venha a significar alguns poucos empregos de alta tecnologia para a nova elite de trabalhadores do conhecimento e crescente desemprego tecnológico permanente para milhões de outros⁵¹.

⁴⁹ No original: “If the norms, rules and policies traditionally associated with the right to work are to recover from their current status as suboptimal or second best strategies and, just as important, if other legal institutions that might advance the normative aspirations of greater freedom and choice at work are not to be ruled out of order ex ante, then the regulation of labour –and other –markets needs to be recuperated as a matter that is at once normative, ideological and political rather than merely technical. The crisis has exposed key disputes among economists and public policymakers about what contributes to an expanding economy and the growth of jobs and, by extension, improvements in general social welfare. Does full employment entail support for Keynesian demand management, or is it better served by policies of fiscal austerity and monetarism?” (MANTOUVALOU, Virginia. **The right to work: Legal and philosophical perspectives**. Oxford: Hart, 2015.)

⁵⁰ KEYNES, John Maynard apud RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004, p. 24.

⁵¹ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004, p. 206.

O surgimento de um mundo em que o paradigma dominante do trabalho pode ser mais uma série de transações entre um trabalhador e uma empresa do que uma relação duradoura foi, há 15 anos, descrito por Daniel Pink em seu livro *Free Agent Nation*⁵². Essa tendência foi bastante acelerada pelas inovações tecnológicas. Atualmente, a economia sob demanda está alterando de maneira fundamental nossa relação com o trabalho e o tecido social no qual ele está inserido. Mais empregadores estão usando a “nuvem humana” para que as coisas sejam feitas. As atividades profissionais são separadas em atribuições e projetos distintos. Em seguida, elas são lançadas em uma nuvem virtual de potenciais trabalhadores, localizados em qualquer lugar do mundo. Essa é a nova economia sob demanda, a que os prestadores de serviço não são mais empregados no sentido tradicional, mas sim trabalhadores bastante independentes que realizam tarefas específicas⁵³.

Ainda, Schwab afirma que:

[...] o desafio que enfrentaremos trará novas formas de contratos sociais e de empregos, adequados à mudança da força de trabalho e à natureza evolutiva do trabalho. Devemos limitar as desvantagens da nuvem humana em termos de possível exploração, enquanto ela não estiver cerceando o crescimento do mercado de trabalho, nem impedindo as pessoas de trabalhar da forma que desejarem. Se não conseguirmos fazer isso, a quarta revolução industrial poderá nos conduzir para o lado negro do futuro do trabalho [...]⁵⁴.

Com efeito, percebe-se que esse modelo de relação trabalhista, confeccionado com base em contratos digitais, aleatórios, flexíveis, é a nova economia sob demanda. É a realidade que se põe diante dos novos aparatos tecnológicos. A relação de emprego inflexível não se sustenta mais diante de tal contexto. Assim, os operadores do direito têm de lidar com essa situação que se coloca e que, aparentemente, não terá mais volta⁵⁵.

⁵² PINK, Daniel H. *Free agent nation: the future of working for yourself*. Nova York: Warner Books, 2002.

⁵³ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 53-54.

⁵⁴ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 55.

⁵⁵ Algumas das principais empresas de tecnologia da informação do mundo já estão trabalhando na criação da Internet das Coisas. “Internet Industrial” da General Electric, “Internet de Tudo” da Cisco, “Smarter Planet” da IBM e “Cidades Sustentáveis” da Siemens estão entre as muitas iniciativas atualmente em andamento para colocar online uma infraestrutura inteligente da Terceira Revolução Industrial capaz de conectar bairros, cidades, regiões e continentes no que os observadores da indústria chamam de rede neural global. A rede foi projetada para ser aberta, distribuída e colaborativa, permitindo a qualquer pessoa, em qualquer lugar e a qualquer momento, a oportunidade de acessá-la e usar o Big Data para criar novos aplicativos para gerenciar suas vidas diárias a um custo marginal próximo de zero. No original: Some of the leading information technology companies in the world are already at work on the build-out of the Internet of Things. General Electric’s “Industrial Internet,” Cisco’s “Internet of Everything,” IBM’s “Smarter Planet,” and Siemens’s “Sustainable Cities” are among the many initiatives currently underway to bring online an intelligent Third Industrial Revolution infrastructure that can connect neighborhoods, cities, regions, and continents in what industry

Sobre o futuro do trabalho⁵⁶, foi criado pela Organização Internacional do Trabalho em 2017, como parte da Iniciativa Centenária do Futuro do Trabalho da OIT, um relatório. Entre as principais questões consideradas pela Comissão estão as novas formas de trabalho, as ramificações institucionais da natureza mutável do trabalho, a aprendizagem ao longo da vida, maior inclusividade e igualdade de gênero, a medição do trabalho e do bem-estar humano e o papel da proteção social universal num futuro estável e justo de trabalho. O referido Relatório prevê:

Novas forças estão transformando o mundo do trabalho. As transições envolvidas pedem uma ação decisiva. Inúmeras oportunidades estão à frente para melhorar a qualidade de vida no trabalho, expandir a escolha, diminuir a diferença de gênero, reverter os danos causados pela desigualdade global e muito mais. No entanto, nada disso acontecerá por si só. Sem ação decisiva, estaremos caminhando para um mundo que se alarga desigualdades e incertezas existentes. Avanços tecnológicos - inteligência artificial, automação e robótica - criarão novos empregos, mas aqueles que perdem seus empregos nesta transição podem ser os menos equipados para aproveitar as novas oportunidades. As habilidades de hoje não corresponderão aos empregos de amanhã e aos que a recém tenham adquirido habilidades podem rapidamente se tornar obsoletas. A ecologização das nossas economias criará milhões de empregos à medida que adotarmos práticas sustentáveis e tecnologias, mas outros empregos desaparecerão à medida que os países reduzirem suas indústrias intensivas em carbono e recursos. Alterações demográficas não são menos significativas. A expansão da população jovem em algumas partes do mundo e o envelhecimento das populações em outros países podem pressionar mercados de trabalho e sistemas de seguridade social, ainda nessas mudanças estão novas possibilidades de proporcionar assistência e sociedades inclusivas e ativas. Precisamos aproveitar as oportunidades apresentadas por essas transformadoras mudanças para criar um futuro melhor e oferecer segurança econômica, igualdade de

observers call a global neural network. The network is designed to be open, distributed, and collaborative, allowing anyone, anywhere, and at any time the opportunity to access it and use Big Data to create new applications for managing their daily lives at near zero marginal cost. (RIFKIN, Jeremy. **The Zero Marginal Cost Society: The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2014, p. 46.)

⁵⁶ As etapas da globalização em muito se vinculam às marcações das chamadas “revoluções industriais” e são marcados pelo bem (material ou imaterial) circulante à época, aprofundando-se a experiência de superação dos obstáculos geográficos e políticos interestatais para a intensificação dos relacionamentos. É cediço que hoje já se respiram os ares da Quarta Revolução Industrial e alguns apostam que já se ruma à Quinta, que sequer será “industrial” (será a revolução humana). Esta lógica surge e se coloca com força no cenário internacional, especialmente nos grandes colóquios, como os Fóruns Mundiais (Econômico e Social), nos quais a ideia de necessidade de uma partilha global e equânime das riquezas e meios a cada dia ganha mais adeptos. Assim, em 2015 a Organização das Nações Unidas (ONU) lançou sua Agenda 2030, onde pontuou preocupações e estratégias de futuro a partir de diversos tópicos, entre eles o trabalho. Em Janeiro de 2019, a Organização Internacional do Trabalho lançou o Relatório sobre o Futuro do Trabalho, concomitantemente à reunião do Fórum Econômico Mundial, no qual se delinearão os contornos da Globalização 4.0. O estudo parte da necessidade de compreensão da Globalização em seu quarto momento, no qual o trabalho parece ser o bem circulante e a existência humana se dá, em parte, nas plataformas digitais, questionando-se qual a preocupação dos órgãos e organismos internacionais sobre a marginalização e a imigração digitais, assim como sobre os impactos da desmaterialização e desterritorialização do trabalho. (FINCATO, Denise Pires; STURMER, Gilberto. Globalização 4.0 e futuro do trabalho: o porvir na atuação da ONU e OIT. In: EÇA, Vítor Salino de Moura; STURMER, Gilberto; TEIXEIRA, Sérgio Torres; BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva. **Direito internacional do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 336.)

oportunidades e justiça social - e, finalmente, reforçar a estrutura das nossas sociedades⁵⁷.

Segundo Anushya Devendra, “a tecnologia mudará radicalmente o futuro do emprego, sendo tempo de um novo diálogo sobre os direitos dos trabalhadores”⁵⁸. Os dias de hoje, em que as tecnologias disruptivas assolam o cenário mundial, alterando a economia, as formas de produção do capital e, até mesmo, as relações de trabalho, fazem com que um novo debate passe a ser posto na medida em que essas mudanças requerem novos paradigmas de enfrentamento. Entende-se que o direito ao trabalho é um diálogo que deve ser pauta na atualidade, tendo em vista que o futuro do direito do trabalho reclama por isso, face ao impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho.

Sobre substituição do trabalho, Klaus Schwab enfatiza:

Diferentes categorias de trabalho, particularmente aquelas que envolvem o trabalho mecânico repetitivo e o trabalho manual de precisão, já estão sendo automatizadas. Outras categorias seguirão o mesmo caminho, enquanto a capacidade de processamento continuará a crescer exponencialmente. Antes do previsto pela maioria, o trabalho de diversos profissionais diferentes poderá ser parcial ou completamente automatizado, a saber, advogados, analistas financeiros, médicos, jornalistas, contadores, corretores de seguro ou bibliotecários⁵⁹.

Ainda, quando o autor discorre sobre a correlação entre tecnologia e o desemprego, afirma que, até o momento:

[...] a evidência é a seguinte: a quarta revolução industrial parece estar criando menos postos de trabalho nas novas indústrias do que as revoluções anteriores. [...]

⁵⁷ No original: New forces are transforming the world of work. The transitions involved call for decisive action. Countless opportunities lie ahead to improve the quality of working lives, expand choice, close the gender gap, reverse the damages wreaked by global inequality, and much more. Yet none of this will happen by itself. Without decisive action we will be heading into a world that widens existing inequalities and uncertainties. Technological advances – artificial intelligence, automation and robotics – will create new jobs, but those who lose their jobs in this transition may be the least equipped to seize the new opportunities. Today’s skills will not match the jobs of tomorrow and newly acquired skills may quickly become obsolete. The greening of our economies will create millions of jobs as we adopt sustainable practices and clean technologies but other jobs will disappear as countries scale back their carbon- and resource-intensive industries. Changes in demographics are no less significant. Expanding youth populations in some parts of the world and ageing populations in others may place pressure on labour markets and social security systems, yet in these shifts lie new possibilities to afford care and inclusive, active societies. We need to seize the opportunities presented by these transformative changes to create a brighter future and deliver economic security, equal opportunity and social justice – and ultimately reinforce the fabric of our societies. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Work for a brighter future** – Global Commission on the Future of Work. Geneva: International Labour Organization, 2019. Disponível em: <<https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--en/index.htm>> Acesso em: mar. 2019.)

⁵⁸ DEVENDRA, Anushya. **Technology will radically change the future of employment**: it's time for a new dialogue on workers' rights. London: Oxford Martin School, 2017. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/opinion/view/367>. Acesso em: 08 nov. 2017.

⁵⁹ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 43.

O fato é corroborado por um recente censo econômico dos EUA, que esclarece uma interessante relação entre tecnologia e desemprego. Ele mostra que as inovações em tecnologias da informação e em outras tecnologias descontinuatoras tendem a elevar a produtividade por meio da substituição dos trabalhadores existentes; mas não por intermédio da criação de novos produtos que necessitam de mais trabalho para serem produzidos⁶⁰.

Tais aperfeiçoamentos e inovações, por suas profundidades, têm sido denominados de terceira revolução tecnológica do capitalismo. Seus pontos mais notáveis consistem nas conquistas da microeletrônica, da robotização, da microinformática, da internet e das telecomunicações. Esses avanços agravaram a redução de postos de trabalho em diversos segmentos econômicos, em especial na indústria, aprofundando o desemprego deflagrado pela crise econômica de meados dos anos 1970. Além disso, criaram ou acentuaram formas de prestação laborativa que pareciam estranhas ao tradicional sistema de contratação e controle empregatícios – por exemplo, o teletrabalho e o escritório em casa (home-office). A redução de postos de trabalho decorrente de tais mudanças tecnológicas – em si, fato já importante – implicava ainda modificações notáveis nos processos de concretização do labor no plano empresarial, atenuando, em certa medida, a tendência (que antes parecia incontável) de agregação de grandes massas de trabalhadores em grandes estabelecimentos produtivos. É que o trabalho repetitivo e uniforme, mobilizador de grandes grupos humanos, perdia sua anterior exponencial relevância, substituído, em razoável medida, pela nova tecnologia⁶¹.

Jeremy Rifkin afirma que:

A economia global está atravessando uma mudança radical na natureza do trabalho, com profundas consequências para o futuro da sociedade. Na era industrial, o trabalho humano massificado coexistia com as máquinas para produzir bens e serviços básicos. Na era do Acesso, máquinas inteligentes, na forma de programas de computador, da robótica, da nanotecnologia e da biotecnologia, substituíram rapidamente a mão de obra humana na agricultura, nas manufaturas e nos setores de serviços. Fazendas, fábricas e muitas áreas de colarinho branco estão rapidamente se automatizando. No século XXI, uma proporção crescente do trabalho físico e mental, englobando desde meras tarefas repetitivas até atividades profissionais altamente complexas, será desempenhada por máquinas inteligentes mais baratas e mais eficientes. Os trabalhadores mais baratos do mundo provavelmente não o serão tanto quanto a tecnologia que os há de substituir. Nas décadas centrais do século XXI, a esfera comercial disporá dos meios tecnológicos e da capacidade organizacional para oferecer bens e serviços básicos a uma expansiva população humana usando uma fração da força de trabalho atualmente empregada. Talvez meros 5% da população adulta seja necessária para administrar e operar a

⁶⁰ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 43-44.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2017, p. 38.

costumeira esfera industrial no ano de 2050. Fazendas, fábricas e escritórios quase despovoados serão a norma em todos os países⁶².

Vê-se, pois, uma mudança no trabalho em razão do advento das novas tecnologias. Fábricas e escritórios, tais como os conhecemos, tendem a desaparecer e suas estruturas tendem a ficar obsoletas. O novo formato de trabalho⁶³ – digital, online, móvel – permite seu exercício à distância, em local remoto à sede da empresa. Essa maneira de trabalhar dá uma maior autonomia ao seu prestador de serviços. Diante disso, o direito do trabalho, tal como é no Brasil, deve ser reformulado. O seu objeto é a relação de trabalho no seu sentido lato, pois no sentido estrito tem-se a relação de emprego. Ocorre que não há, no Brasil, uma proteção ao trabalho, no seu sentido lato, somente no sentido estrito, isto é, na relação de emprego. Com efeito, a Constituição Federal, no seu art. 7º, *caput*, prevê os direitos dos trabalhadores – e não os direitos dos empregados – no sentido estrito, com vínculo de emprego, razão pela qual se pretende uma reformulação do direito do trabalho brasileiro.

Além disso, é relevante trazer um estudo feito por dois professores norte-americanos, os quais descrevem que até 2020, a geração do milênio⁶⁴ será composta por mais de um terço dos americanos adultos. Estima-se que em 2025 eles representem 75% da força de trabalho. Dado o seu número, eles irão dominar os locais de trabalho do país e permear sua cultura corporativa. Assim, entender os valores da geração oferece uma janela para o futuro da

⁶² RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004, p. xxv.

⁶³ As primeiras quatro décadas da internet nos trouxeram o e-mail, a World Wide Web (rede de alcance global), as pontocom, as mídias sociais, a internet móvel, o Big Data (indústria de grandes bancos de dados), a computação na nuvem e os primórdios da Internet das Coisas. Essas inovações têm sido ótimas para reduzir os custos de busca, a colaboração e as trocas de informações. Têm diminuído as barreiras de entrada de novas mídias e entretenimento, das novas formas de varejo e organização do trabalho, e de empreendimentos digitais sem precedentes [...]. (TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Senai, 2016, p. 33.)

⁶⁴ A geração do Milênio (nascida em 1982-2003) compõe uma coorte cuja presença dominante fará de seus comportamentos o principal motivo da vida americana na próxima década. A cultura distinta e a abordagem da vida da geração apresentam uma ruptura tão acentuada em relação ao passado recente que muitas vezes é percebida pelas gerações mais velhas como uma mudança alienígena, até mesmo perigosamente diferente, na sociedade americana. Não obstante, essas crenças, à força da demografia, nada mais, representam o futuro atitudinal e comportamental da América. Até agora, essa mudança gerada por gerações teve o maior impacto em empreendimentos como entretenimento e política, que são particularmente suscetíveis à influência de participantes mais jovens. Mas agora, quando a geração entra na idade adulta, a força das mudanças que eles são capazes de criar está começando a ser sentida em todos os setores da economia americana. Os tremores iniciais já estão mudando os mercados consumidores e forçando as corporações a mudar suas práticas no local de trabalho. Mas em breve, à medida que os *Millennials* se tornarem uma parcela cada vez maior da população adulta e reunirem mais e mais riqueza, o tamanho e a unidade de crença da geração causarão mudanças sísmicas no setor financeiro do país, sacudindo-o até suas fundações e levando a grandes mudanças salas de diretoria da nação. À medida que os *Millennials* se tornam CEOs, ou determinam o destino daqueles que são, eles mudarão o propósito e as prioridades das empresas, a fim de alinhar suas estratégias aos valores e crenças da geração. (WINOGRAD, Morley; HAIS, Michael. **How millennials could upend Wall Street and corporate America**. Washington: Governance Studies at Brookings, 2014, p. 02. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings_Winogradfinal.pdf. Acesso em: abr. 2018.)

América corporativa. No futuro, a maioria dos americanos, seguindo o exemplo dos *Millennials*, demonstrará um desejo maior de promover o bem-estar do grupo e de se preocupar menos com o sucesso individual. Eles ficarão menos preocupados em serem guiados em suas decisões diárias pelo *software* e mais intrigados pelas oportunidades que ele oferece. Mesmo sem qualquer grande desastre ambiental, eles mostrarão um maior respeito pelo ambiente e maior interesse na aquisição de experiências que na aquisição de coisas⁶⁵.

Percebe-se que a geração dos *Millennials* tem como característica uma maior liberdade e autonomia na condução de suas vidas, até mesmo por causa do uso da tecnologia. Tanto isso é verdade que preferem trabalhar em empresas como a Disney (2º), o Google (4º), a Apple (5º) e a Microsoft (10º), respectivamente, dentre uma lista de 25 empresas norte-americanas. Por exemplo, um recente estudo do *Intelligence Group* descobriu que quase dois terços (64%) dos *Millennials* disseram que prefeririam ganhar US\$ 40.000 (quarenta mil dólares americanos) por ano em um trabalho que amam que US\$ 100.000 (cem mil dólares americanos) por ano em um trabalho que eles acham chato⁶⁶.

Diante de um cenário em que 75% da força de trabalho será representada pelos *Millennials* em 2025, pelo fato de que essa geração cresceu no mundo das novas tecnologias e da economia compartilhada⁶⁷, além do fato de preferirem trabalhar no que gostam e no que

⁶⁵ No original: By 2020, Millennials will comprise more than one of three adult Americans. It is estimated that by 2025 they will make up as much as 75 percent of the workforce. Given their numbers, they will dominate the nation's workplaces and permeate its corporate culture. Thus, understanding the generation's values offers a window into the future of corporate America. In the future, most Americans, taking their cue from Millennials, will demonstrate a greater desire to advance the welfare of the group and be less concerned with individual success. They will be less worried about being guided in their daily decisions by software and more intrigued by the opportunities it offers. Even without any major environmental disaster, they will display a greater reverence for the environment and less interest in the acquisition of things as opposed to experiences. (WINOGRAD; HAYS, Morley; HAYS, Michael. **How millennials could upend Wall Street and corporate America**. Washington: Governance Studies at Brookings, 2014, p. 02. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings_Winogradfinal.pdf. Acesso em: abr. 2018.)

⁶⁶No original: "In 2013, the National Society of High School Scholars (NSHSS), surveyed the best and the brightest of America's 15-27 year olds and asked them where they would most like to work.5 St. Jude's Children's Hospital ranked number one, joining three other health care providers in the top ten among all employers mentioned. Although the listing of high tech and entertainment firms with a strong Millennial brand reputation such as Disney (#2), Google (#4) Apple (#5) and Microsoft (#10) in this top ten list might have been predictable, most analysts were surprised that the FBI was ranked seventh, and the CIA eighth [...]. For example, a recent Intelligence Group study found that almost two-thirds (64%) of Millennials said they would rather make \$40,000 a year at a job they love than \$100,000 a year at a job they think is boring.". (WINOGRAD, Morley; HAYS, Michael. **How millennials could upend Wall Street and corporate America**. Washington: Governance Studies at Brookings, 2014, p. 07. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings_Winogradfinal.pdf. Acesso em: abr. 2018.)

⁶⁷ Todos os dias as pessoas praticam o consumo colaborativo – atividades tradicionais, como compartilhar, permutar, emprestar, negociar, locar, presentear e trocar, redefinidas através da tecnologia e de comunidades online. O consumo colaborativo permite que as pessoas percebam os enormes benefícios do acesso a produtos e serviços em relação à posse, ao mesmo tempo em que economizam dinheiro, espaço e tempo; fazem novos amigos e se tornam novamente cidadãos ativos... Esse sistema proporciona benefícios ambientais significativos, aumentando a eficiência do uso, reduzindo o desperdício, estimulando o desenvolvimento de produtos melhores

lhes dá mais prazer do que retorno financeiro, conclui-se que o mundo do trabalho, no Brasil e no mundo, clama por um novo formato a fim de acomodar esses novos trabalhadores com características específicas e bem diferentes da geração que os precedeu. Assim, examina-se, no presente estudo, a possibilidade de um novo direito do trabalho no Brasil, com características e elementos um pouco modificados em razão da alteração do perfil dos trabalhadores e das estruturas organizacionais utilizadas para a prestação dos serviços, isto é, com o uso da tecnologia, da internet e da mobilidade empresarial.

2.3 GLOBALIZAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS: INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A globalização e os avanços tecnológicos propiciaram o aumento da independência e da autonomia na prestação de serviços. Prova disso é que surgiram novas formas de prestação de serviços, como o teletrabalho, que permitem que se trabalhe a distância (fora da sede do tomador de serviços) e com o uso da tecnologia e internet. Isso acaba rompendo com a estrutura piramidal, de modo que a organização produtiva centralizada, hierarquizada, cedeu espaço a um processo de coordenação horizontal. A instabilidade das relações em razão das alterações ocorridas na sociedade líquida⁶⁸ faz com que o direito – inclusive o direito do trabalho – reaja à proporção dessa diversidade.

A interação global entre os indivíduos é propiciada pela comunicação, o que significa dizer rápido atropelamento da informação e chegada rápida da informação. Nesse contexto, Bauman aduz que:

Em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade.⁶⁹

e eliminando o excedente criado pelo excesso de produção e consumo. (BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **What's mine is yours: the rise of collaborative consumption**. Nova York: Harper Collins, 2010, p. 15-16.)

⁶⁸ Nesse sentido, a sociedade líquida representa a transição da segurança à liberdade, do rígido ao flexível, da ordem ao caos. Em relação ao indivíduo, esses novos tempos inspiram novidades, ampliam possibilidades, oferecem sensações inusitadas e experiências sempre novas. Mas, para tanto, pressupõem recursos de mobilidade e exigem capacidade de readaptação constante. (RIBEIRO, Ailana Santos; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A relação trabalho-consumo na modernidade líquida. In: LÓPEZ, Carlos; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 65).

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 25.

A nova economia, marcada por uma crescente demanda por flexibilidade, maior competitividade e globalização, criou novos padrões de trabalho e emprego. Os locais de trabalho de hoje prometem menos estabilidade; as relações de emprego contingentes estão em ascensão. Embora qualquer conta linear seja inevitavelmente simplificada demais, as últimas décadas viram um afastamento do “antigo” modelo de trabalho – produção de linha de montagem fordista e gerenciamento científico taylorista – para um modo pós-industrial de produção, flexível e baseada em serviços, na qual o trabalho é cada vez mais terceirizado e a tempo parcial.

Acordos mais flexíveis estão sendo adotados, a segurança no local de trabalho tornou-se mais escassa, novos padrões de emprego – descritos pelos estudiosos da organização industrial como a “casualização do mercado de trabalho”, o “novo contrato de trabalho psicológico” e a “carreira sem fronteiras” – exigem que os trabalhadores acomodem mudanças rapidamente e gerenciem suas próprias carreiras. Na verdade, a nova moeda da era da capital humana é empregabilidade, e não estabilidade. Além disso, novos padrões de emprego colocaram em questão a responsabilidade do Estado para regular o local de trabalho e a sua capacidade para impor regulamentos de cima para baixo. A heterogeneidade da força de trabalho e do local de trabalho tornou mais difícil uma agência governamental centralizada para promulgar regras que se encaixam em todas as empresas. Na realidade de hoje, não existe um modelo único de relações de trabalho e, portanto, concepções unitárias do local de trabalho e políticas de emprego unilateral são impossíveis. Embora as instituições jurídicas e sociais existentes se baseiem nos pressupostos de uma era anterior, em que a uniformidade e a estabilidade eram muito mais difundidas, a natureza do novo mercado de trabalho exige instituições flexíveis e diversas. Uma atitude de governança é necessária para abordar um ambiente em rápida mudança em que a flexibilidade e a adaptabilidade sejam fundamentais para a competitividade restante no novo mercado global. As inovações tecnológicas, bem como as tensões imprevisíveis de maior competição, exigem mudanças e adaptações constantes⁷⁰.

⁷⁰ No original: “The new economy, marked by a growing demand for flexibility, increased competitiveness, and rapid globalization, has created new patterns of work and employment. Today’s workplaces promise less stability; contingent employment relations are on the rise. Although any linear account is inevitably oversimplified, the last few decades have seen a move away from the “old” model of work – Fordist assembly-line production and Taylorist scientific management – to a post-industrial mode of production, which is flexible, lean, and service based, and in which work is increasingly outsourced and part-time. As employers are adopting more flexible arrangements, workplace security has become scarcer. New employment patterns, described by industrial-organization scholars as the “casualization of the labor market,” the “new psychological employment contract,” and the “boundaryless career,” require workers to accommodate change rapidly and manage their own careers. Indeed, the new currency of the human-capital era is employability rather than stability. Those who are not well situated to this new world of employability are disproportionately women, minorities, and immigrants.

O treinamento de trabalhadores e educação de adultos sempre foi uma ponte entre o Estado e o mercado, entre o bem-estar e o trabalho, e entre empregos com salários baixos e remunerados. Mesmo Adam Smith, chamado pai da mão invisível e dos mercados *laissez-faire*⁷¹, acreditava que a educação profissional deveria ser dada gratuitamente à classe trabalhadora para garantir que os sujeitos que dela faziam parte poderiam se juntar à sociedade como cidadãos plenos e produtivos. Duas décadas atrás, no entanto, o treinamento tornou-se cada vez mais importante. A mudança dos requisitos do mercado e os padrões de emprego aumentam o valor das habilidades e da educação do que o local de trabalho industrial anterior⁷².

As agendas de reforma para o desenvolvimento da força de trabalho enfrentam um trilema. Em primeiro lugar, a aprendizagem ao longo da vida e a formação tornam-se cada vez mais importantes na nova economia em constante mudança. A mudança de face tanto do local de trabalho quanto da força de trabalho colocou um alto padrão em habilidade constante, rede e empregabilidade. Em segundo lugar, devido à maior mobilidade, deslocamento e rotatividade de trabalhadores, as empresas individuais têm menos incentivos para investir no

Moreover, new employment patterns have put into question the responsibility of the state to regulate the workplace as well as its capacities to enforce top-down regulations. The heterogeneity of the workforce and the workplace has made it more difficult for a centralized government agency to promulgate rules that will fit all firms. In today's reality, no single model of work relations exists, and thus unitary conceptions of the workplace and unitary employment policies are impossible. Although existing legal and social institutions are based on the assumptions of a former era, in which uniformity and stability were much more widespread, the nature of the new labor market requires flexible and diverse institutions. A governance approach is further needed to address a rapidly changing environment in which flexibility and adaptability are key to remaining competitive in the new global market. Technological innovations as well as unpredictable strains of heightened competition require constant change and adaptation." (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27, nov. 2004. p. 327-328. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

⁷¹ A ideia é demonstrar que o mercado não age de maneira descontrolada e volúvel, mas trata-se de um ser organizado. O mercado segue suas próprias regras e é guiado por uma "mão invisível" que busca encontrar para cada comprador, um vendedor e portanto não deixa faltar e nem sobrar nada. O que resulta na maximização do benefício para a sociedade como um todo. A "mão invisível" não funcionaria adequadamente se houvesse impedimentos ao livre comércio. Ele era, portanto, um forte oponente aos altos impostos e às intervenções do governo, que afirmava resultar em uma economia menos eficiente, e assim fazendo gerar menos riqueza. A despeito disso, Smith reconhecia que algumas restrições e controles do governo sobre a economia são necessários para coibir, por exemplo, o monopólio de um determinado setor que prejudicaria o funcionamento normal da economia. Esse conceito de "mão invisível" foi baseado em uma expressão francesa, "laissez faire", que significa que o governo deveria deixar o mercado e os indivíduos livres para lidar com seus próprios assuntos. (SMITH, Adam. **Liberalismo**. São Paulo: LeBooks, 2017.)

⁷²No original: "Worker training and adult education have always been a bridge between the state and the market, between welfare and work, and between low-wage and higher paying jobs. Even Adam Smith, dubbed father of the invisible hand and laissez-faire markets, believed that vocational education should be provided free to the working class to guarantee that they would be able to join society as full, productive citizens. In the past two decades, however, training has become increasingly important. Changing market requirements and employment patterns place more value on skills and education than did the earlier industrial workplace." (LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. Vol. 89, n. 07-27, nov. 2004. p. 329. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

treinamento de habilidades, particularmente de trabalhadores menos qualificados. E em terceiro lugar, a reforma do bem-estar social e as reduções na ajuda governamental direta criaram novos constrangimentos sobre a capacidade dos trabalhadores de buscar ajuda fora do mercado⁷³.

Os sistemas jurídicos estão ampliando as possibilidades de contratação, reconhecendo as diferenças entre trabalhadores e as várias maneiras de trabalhar. Isso pode contribuir para diminuir a exclusão social. O direito do trabalho foi elaborado tendo como princípio fundamental proteger o empregado da exploração do capital.

Não se pode comparar, no entanto, o capitalismo de nossos dias com a sórdida exploração de mão de obra do século 19 e início do 20. No Brasil, a legislação trabalhista adotou como premissa, a partir de 1930, a ideia de que todo empregado é frágil em face do empregador. Nesse século XXI é perfeitamente plausível e aceitável a revisão do conceito de proteção e de suas técnicas⁷⁴.

O esquema clássico da subordinação se alterou porque os novos processos tecnológicos exigem um trabalhador mais versátil, plurifuncional, que trabalha com menor sujeição, dada a nova organização flexível das empresas⁷⁵.

Com a valorização do seu acervo intelectual, o trabalhador detém efetivo poder na empresa, assumindo parte importante dos meios e modos de produção. Quanto maior o nível de profissionalização e qualificação, mais ampla a autonomia no trabalho, tornando injustificável a proteção trabalhista com base no critério da subordinação⁷⁶.

A aplicação descontrolada do princípio da proteção redundante, na prática, em graves injustiças⁷⁷. Na Austrália, por exemplo, ocorreu profunda revisão da legislação do trabalho, com ampliação da autonomia individual na formação dos contratos, a qual, somada a fatores como abertura do mercado, novas tecnologias e qualificação da mão de obra, aumentou os

⁷³ No original: "Reform agendas for workforce development thus face a trilemma. First, lifelong learning and training is becoming increasingly important in the new, ever-changing economy. The changing face of both the workplace and the workforce has placed a high premium on constant reskilling, networking, and employability. Second, because of higher mobility, dislocation, and worker turnover, individual firms have less incentive to invest in skill training, particularly of less-skilled workers. And third, welfare reform and reductions in direct governmental aid have created new constraints on the ability of workers to seek aid outside of the market." (LOBEL, Orly. *The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought*. *Minnesota Law Review*, San Diego. Vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. p. 329. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018.)

⁷⁴ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Novo conceito de proteção: direitos humanos no trabalho. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba: Anima, ano IV, n. 9, p. 129, jan.-jun. 2013.

⁷⁵ ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 68, n. 11, nov. 2004.

⁷⁶ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Novo conceito de proteção: direitos humanos no trabalho. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba: Anima, ano IV, n. 9, p. 131, jan.-jun. 2013.

⁷⁷ ROMITA, Arion Sayão. Os princípios do direito do trabalho ante a realidade. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 74, n. 09, set. 2010.

níveis de produtividade⁷⁸. Cresceu o número de trabalhadores que atuam nas próprias casas, assim como em tempo parcial, em caráter eventual e através de empresas fornecedoras de mão de obra, temporária e permanente. Para a doutrina australiana, a “cidadania do trabalhador industrial – *industrial citizenship* – deve ser “redesenhada no século 21 tendo em vista as necessidades e as aspirações dos trabalhadores que estão sob novas formas de contratação (trabalho em tempo parcial, eventual e autônomo)⁷⁹.

A reforma alemã de 1974, por sua vez, criou os parassubordinados, ao lado dos trabalhadores a domicílio, agentes de comércio e outros autônomos. O parassubordinado é “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”, cabendo ao Judiciário trabalhista a competência para apreciar seus litígios⁸⁰.

A Itália criou, em 2017, a figura do *lavoro agile* (modalidade de “trabalho ágil”), na qual, segundo o art. 18 da Lei de 22 de maio de 2017, n. 81, a relação de trabalho é estabelecida por acordo entre as partes, inclusive com formas de organização, fases, ciclos e objetivos, sem restrições precisas de tempo ou local de trabalho, com o possível uso de ferramentas tecnológicas para a prestação dos serviços. O desempenho do trabalho é realizado em parte dentro das instalações da empresa e parcialmente fora, sem uma localização fixa, dentro dos limites máximos de horas de trabalho diárias e semanais, decorrentes da lei e da negociação coletiva. Essa lei cria novas figuras dentro do direito do trabalho, pois disciplina relações jurídicas com medidas de proteção do trabalho autônomo não empreendedor e medidas para encorajar a articulação flexível nos tempos e locais de trabalho subordinado⁸¹.

Na França, é caracterizado como intermediário (misto) entre trabalho subordinado e autônomo. Gerard Lyon Caen afirma:

No estado atual das práticas em matéria de emprego faz certamente falta um conceito intermediário (para-subordinação não é de uma total limpidez) que permita aplicar os conceitos de Direito do Trabalho a certas pessoas que não são “verdadeiros” independentes sem serem assalariados: que são a parte mais fraca do contrato⁸².

⁷⁸ ISAAC, Joe. The deregulation of the Australian Labour Market. In: ISAAC, Joe; LANSBURY, Russell D (Org.). **Labour market deregulation: essays in honour of Keith Hancock**. Sidney: The Federation Press, 2005.

⁷⁹ MCCALLUM, Ron. Industrial Citizenship. In: ISAAC, Joe; LANSBURY, Russell D (Org.). **Labour market deregulation: essays in honour of Keith Hancock**. Sidney: The Federation Press, 2005.

⁸⁰ ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004. p. 97.

⁸¹ GAZZETTA UFFICIALE. **Lavoro Agile**. Italia: Della Republica Italiana, 2017. Disponível em: http://www.gazzettaufficiale.it/gazzetta/serie_generale/caricaDettaglio?dataPubblicazioneGazzetta=2017-06-13&numeroGazzetta=135. Acesso em: jun. 2018.

⁸² Apud OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, abr-jun, 2007, vol. 126. p.120.

Além disso, a França, pelo fato de as novas tecnologias terem revolucionado o mundo do trabalho, instituiu, em 2017, o direito à desconexão⁸³. A reforma trabalhista francesa de 2016, que ficou conhecida como *Loi Travail* ou *Loi El Khomri* e teve o intuito de instituir novas liberdades e novas proteções para as empresas e trabalhadores, visa dar mais poder às negociações coletivas em detrimento das normas protetivas dos trabalhadores legalmente estabelecidas, com o fundamento de dar competitividade às empresas francesas frente às empresas estrangeiras em um cenário de desemprego em massa⁸⁴.

O direito laboral francês passa a estabelecer que, entre as matérias que são objeto de negociação coletiva anual obrigatória (obrigatória para determinadas matérias na legislação francesa), dever-se-á incluir, dentro das condições relativas à qualidade de vida dos trabalhadores, as modalidades do exercício do direito à desconexão, com a implementação de dispositivos para regular o uso das ferramentas digitais, a fim de garantir o cumprimento dos períodos de intervalos e férias, bem como o respeito à vida pessoal e familiar⁸⁵.

Dessas experiências, conclui-se que a proteção trabalhista deve atender ao grau de debilidade econômica do trabalhador e não mais calcar-se na subordinação⁸⁶. Arion Sayão Romita, criticando a subsistência da principiologia trabalhista ante a realidade atual, afirma:

Dizer que o Direito do Trabalho protege o trabalhador envolve tentativa de dar um passo maior do que a perna: ele protege, quando muito, o empregado, espécie do gênero trabalhador. Do desempregado (que é trabalhador, momentaneamente sem emprego), ele não cogita. O Direito do Trabalho não estende sua proteção ao desempregado. Aquele que não tem emprego, o que perdeu o emprego, ou o que ainda não conseguiu emprego não se credencia à proteção da legislação do trabalho⁸⁷.

⁸³ Nesse sentido: É simplesmente o direito de o empregado estar efetivamente desconectado de seu trabalho, livre das obrigações funcionais que muitas vezes acompanham o obreiro nos momentos que deveriam ser de descanso, estudo ou de convívio familiar. [...] O certo é que o ser social tem que se adequar ao que é imposto pela sociedade, sendo que atualmente ocorre um fenômeno extremamente sensível, em que o indivíduo, empregado ou empregador, deverá equalizar o tempo de trabalho e o tempo de efetivo descanso, antes que se instale o caos social, com o adoecimento global da sociedade laborativa, diante da competitividade e da cobrança presentes na sociedade moderna. (BARBOSA, Magno Luiz. **O trabalho, o avanço tecnológico e o direito do trabalhador à desconexão**. Temas contemporâneos de direito empresarial do trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p.52.)

⁸⁴ HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional da 4ª Região**. Ano 13. n. 205. jul. 2017, p. 67-68. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em jul. 2018.

⁸⁵ HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional da 4ª Região**. Ano 13. n. 205. jul. 2017, p. 69. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em jul. 2018.

⁸⁶ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Novo conceito de proteção: direitos humanos no trabalho. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba: Anima, ano IV, n. 9, p. 140, jan.-jun. 2013.

⁸⁷ ROMITA, Arion Sayão. Visão Crítica da principiologia trabalhista. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios**. São Paulo: LTr, 2016, p. 25.

Ainda sobre o princípio da proteção no direito do trabalho:

Ora, se o contrato de trabalho é sinalagmático, se ele gera direitos e obrigações para ambos os contratantes, força é concluir que dele não pode derivar proteção apenas para um dos sujeitos. O outro também deve ser contemplado com alguns resultados. É certo que o Direito do Trabalho assegura ao empregado determinados benefícios, mas o empregador não fica ao desamparo. Em primeiro lugar, a liberdade de contratar: o empregador contrata se quiser; ressalvadas algumas exceções, que apenas confirmam a regra (como a admissão de aprendizes e de pessoas portadoras de necessidades especiais), o empregador é livre para contratar quem quiser, ou não contratar. O poder de direção é outra vantagem significativa nas mãos do empregador. Dele decorre o *ius variandi*, ao qual fica o empregado sujeito. Do poder de direção também deriva o poder de impor sanções ao empregado, denominado poder disciplinar; o instituto da falta grave é uma arma poderosa nas mãos do empregador. Finalmente, o direito protestativo de despedir. Portanto, é injurídica a afirmação de que o direito do trabalho só dispensa proteção ao empregado. Se se trata de discutir o tema da proteção, é forçoso convir que ele também dispensa proteção ao empregador⁸⁸.

Prossegue o autor ponderando:

Que sentido tem para o desempregado o princípio da continuidade da relação de trabalho? O que significa, para o desempregado, o princípio da primazia da realidade, se a única realidade que ele conhece é o próprio desemprego? A flexibilização seria uma das respostas à crise do direito do trabalho e que é necessário tomar uma posição (sociológica, política e filosófica) em face das transformações em que o Direito do Trabalho vem experimentando⁸⁹.

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma:

Esse desígnio protetivo não se desenvolve apenas em favor do trabalhador subordinado e com o objetivo de compensar a sua inferioridade negocial [...], mas se desenvolve também em benefício do empregador com o objetivo de garantir o cumprimento dos deveres especialmente amplos que lhe incumbem no contrato de trabalho e, mediatamente, para viabilizar o próprio contrato⁹⁰.

Com efeito, pode-se dizer que existe um paradoxo: o da proteção truncada (ou trocada): o direito do trabalho protege quem não precisa de proteção e não protege quem dela precisa. Como observa Alan Supiot, as regras do direito do trabalho não são espontaneamente baseadas em uma racionalidade jurídica extrínseca, mas sempre e somente em uma

⁸⁸ ROMITA, Arion Sayão. Visão Crítica da principiologia trabalhista. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios. São Paulo: LTr, 2016, p. 30.

⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. Visão Crítica da principiologia trabalhista. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios. São Paulo: LTr, 2016, p. 26-27.

⁹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 970.

racionalidade política e ideológica. A relação com o social que o direito do trabalho tira de sua racionalidade material permite compreender as relações extremamente ambíguas entre as categorias jurídicas e as categorias sociológicas. O direito do trabalho abrange categorias jurídicas vistas como decalques de categoria sociológicas. O conceito de empregado hipossuficiente é tido por equivalente de trabalhador subordinado no sentido comum, mas essa equivalência é totalmente enganadora: altos empregados, diretores de sociedades por ações, gerentes, chefes de departamento são juridicamente empregados, mas, são hipossuficientes? Enquanto isso, uma miríade de prestadores de serviços autônomos não goza da proteção do direito do trabalho. A defesa dos direitos dos empregados é assimilada pela prática sindical à dos trabalhadores, o que permite ocultar totalmente as enormes desigualdades que, do ponto de vista sociológico, separam esses prestadores de serviços⁹¹.

A ideia é buscar um marco legal apropriado para o trabalho autônomo. A ampla gama de situações específicas que prevalecem no trabalho autônomo dificulta a formulação de tal estrutura. Essa diversidade nem sempre é totalmente compreendida, legalmente falando. Certos países, como a França ou a Suécia, não fazem distinção entre um trabalhador autônomo e um empreendedor capitalista. Noutros, como Alemanha e Itália, por outro lado, faz-se uma distinção entre empresários completamente independentes sujeitos ao direito civil ou comercial e profissionais independentes que dependem financeiramente de um ou mais⁹².

Dois tendências opostas estão surgindo nesse novo debate sobre a definição de *status* de empregado em vários países europeus. A primeira tendência é reduzir o escopo da legislação trabalhista e retornar a uma interpretação estrita da noção de subordinação. Essa tendência é o corolário das políticas legislativas e jurisprudenciais destinadas a permitir ao autoemprego um escopo mais amplo de desenvolvimento⁹³.

Percebe-se que, com as mudanças observadas no exercício de poder nas relações de

⁹¹ ROMITA, Arion Sayão. Visão Crítica da principiologia trabalhista. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios. São Paulo: LTr, 2016, p. 31.

⁹² No original: “The wide range of specific situations prevailing in self-employment makes it difficult to formulate such a framework. This diversity is not always fully grasped, legally speaking. Certain countries, such as France or Sweden, make no distinction between a self-employed worker and a capitalist entrepreneur. In others, on the other hand (Germany, Italy), a distinction is made between completely independent entrepreneurs subject to civil or commercial law and self-employed professionals who are financially dependent on one or more principals.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 06-07.)

⁹³ No original: “Two opposing tendencies are emerging in this new debate on the definition of employee status in several European countries. The first tendency is to reduce the scope of labour law and return to a strict interpretation of the notion of subordination. This tendency is the corollary of legislative and jurisprudential policies designed to allow self-employment a broader scope for development.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 13.)

trabalho, e que estão relacionadas a novos métodos de gerenciamento, a estímulos a iniciativas e a maior liberdade na execução do trabalho, novos critérios de subordinação são somados à legislação do trabalho nos países europeus⁹⁴. Conforme referido, duas tendências emergem nesse novo debate sobre a definição do *status* de empregado. A primeira é a de redução do escopo da legislação do trabalho e retorno a uma interpretação estrita da noção de subordinação. A segunda tendência, ao contrário, é ampliar o escopo do direito do trabalho, recorrendo a outros critérios além da subordinação legal.

As duas possibilidades atualmente sendo exploradas a esse respeito deram origem a propostas doutrinárias ou legislativas. Para começar, alguns autores propõem substituir a noção de subordinação jurídica à de dependência financeira⁹⁶. Essa ideia já tinha sido apresentada desde o início no estabelecimento do direito laboral e da segurança social (direito social no contexto francês) em vários países europeus. O problema na época já era uma questão de combinar o escopo do direito trabalhista com a necessidade real de proteção. Desse ponto de vista, a submissão técnica às ordens de outra pessoa no desempenho do trabalho é menos importante do que depender dessa outra pessoa para seu sustento. Essa noção de dependência financeira poderia ter levado a ampliar o escopo da legislação trabalhista para abranger todos aqueles em posição mais fraca nas relações de trabalho. A população-alvo da época, além dos funcionários, consistia essencialmente em trabalhadores em situações “pré-fordistas” (agentes ou equipe de vendas em comissão, pequenos

⁹⁴ Na França, por exemplo, a Lei *Madelin*, de 11 de fevereiro de 1994, introduz na referência do Código de Trabalho a subordinação jurídica permanente como uma indicação da existência de status de empregado; Até então, a lei francesa havia ignorado tal exigência, embora ela existisse em outros sistemas legais, como o sistema britânico, e pudesse levar à exclusão do emprego temporário ou intermitente da definição de status de empregado protegido. A jurisprudência, por sua vez, que nos últimos vinte anos incluiu a noção de integração em uma empresa organizada na definição do que constitui um contrato de trabalho, reafirmou recentemente que a subordinação às ordens de um empregador é o principal critério para tal definição. A integração em uma empresa pertencente a outra pessoa, que gradualmente se tornara a principal característica da subordinação, agora é relegada a ser apenas uma das várias indicações de tal relação. (SUPIOT, Alain. **Beyond employment. Changes in work and the future of labour law in Europe.** Oxford University Press. New York, 2001, p. 13-14.)

⁹⁵ Ver mais em: É na Alemanha que este debate parece estar mais desenvolvido. Um argumento doutrinário propõe ampliar a noção de empregado para eliminar as brechas na legislação trabalhista. Essa posição foi defendida principalmente pelo professor Rolf Wank, segundo o qual a submissão a pedidos não pode mais ser considerada a característica do status de empregado. Sob esse argumento, a necessidade de proteção não está ligada a essa submissão, mas sim à dependência financeira de um único empregador, que pode ser caracterizada da seguinte maneira: a) Trabalho realizado pessoalmente, sem a ajuda de assistentes; b) Trabalho realizado por conta de um único empregador; c) Trabalho realizado essencialmente sem qualquer gasto de capital pessoal; d) Trabalho que faz parte do esquema organizacional de outra pessoa. (SUPIOT, Alain. **Beyond employment. Changes in work and the future of labour law in Europe.** Oxford University Press. New York, 2001, p. 15.)

⁹⁶ Anunciam-se horizontes ainda mais latos, ao nosso entender bastante importantes. A teoria geral do Direito do Trabalho contemporânea, ao contrário da clássica triunfante, não visualiza mais absurdas ideias que perspectivam a incidência protetiva para além do engessamento subordinativo. Algumas legislações contemporâneas já fazem referência à aplicabilidade (mesmo que parcial) da proteção juslaboral para além da subordinação, quando caracterizada a dependência econômica. (DORNELES, Leandro do Amaral D. de; OLIVEIRA, Cíntia M. de. **Direito do trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 76-97.)

⁹⁷ Vide, por exemplo, o art. 10 do Código do Trabalho de Portugal ou o art. 11 da Lei 20/2007 da Espanha.

comerciantes ou trabalhadores em casa) que praticavam seu comércio para a conta exclusiva de um único contratado, estava, portanto, em posição de impor seus termos. O problema acabou por ser resolvido pelo desaparecimento de tais trabalhadores semi-independentes, que foram absorvidos por empresas do modelo fordistas, ou pelos efeitos de disposições legais *ad hoc*, por meio dos quais esses trabalhadores eram cobertos por acordos especiais (contratos de integração na agricultura) ou comparados aos funcionários (vendas, agentes, *home workers*)⁹⁸.

Com efeito, percebe-se que a proposta de substituição da subordinação jurídica à financeira é mais técnica e real. Isso porque efetivamente irá proteger todos aqueles em posição mais fraca nas relações de trabalho, isso é, que mais necessitam de proteção trabalhista. Ademais, essa proposta inclui não somente empregados, mas também trabalhadores como, por exemplo, agentes ou equipe de vendas em comissão, pequenos comerciantes ou trabalhadores em casa. Contudo, a proposta não vingou, tendo em vista o desaparecimento de tais trabalhadores que acabaram sendo comparados aos funcionários.

Essa questão, que se pensava estar definitivamente resolvida, reapareceu com o advento de novos tipos (pós-fordistas) de arranjos de trabalho, que deram origem a uma nova geração de trabalhadores domésticos (com computadores e links de telecomunicações para o local de trabalho) e tecnicamente profissionais autônomos que são financeiramente dependentes. Essas são as razões por trás do interesse renovado na dependência financeira⁹⁹.

Assim, com o advento das novas tecnologias e a possibilidade de prestar serviços a distância e com o uso da internet, discutiu-se novamente a substituição do elemento da

⁹⁸ No original: “The second tendency, by contrast, is to broaden the scope of labour law, by resorting to other criteria in addition to legal subordination. The two avenues currently being explored in this regard have given rise to doctrinal or legislative proposals. To begin with, some authors propose replacing the notion of legal subordination with that of financial dependence. This idea had already been put forward early on in the establishment of labour and social security law (social law in French context) in various European countries. The problem at that time was already a question of matching the scope of labour law to the actual need for protection. From this standpoint, technical submission to someone else’s orders in the performance of work is less important than depending on that other person for one’s livelihood. This notion of financial dependence could have led to extending the scope of labour law to cover all those in a weaker position in working relations. The target population at the time, in addition to employees, essentially comprised workers in ‘pre-Fordist’ situations (agents or sales staff on commission, small tradesmen, or homeworkers) who practiced their trade for the exclusive account of a single contractor, who was, therefore, in a position to impose his terms. The problem was eventually solved either by the disappearance of such semi-independent workers, who were absorbed into Fordist model enterprises, or by the effects of ad hoc legal provisions, whereby such workers were covered by special arrangements (integration contracts in farming) or likened to employees (sales, agents, home workers).” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 14.)

⁹⁹ No original: “This issue, which had been thought to be definitively settled, has reappeared with the advent of new kinds (post-Fordist) of working arrangements, which have given rise to a new generation of home workers (with computers and telecommunications links to the worksite) and technically self-employed professionals who are none the less financially dependent. These are the reasons behind the renewed interest in financial dependence.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 15.)

subordinação jurídica para a dependência financeira. Desse modo, não seria dispensada proteção trabalhista aos empregados financeiramente independentes, porém, seria aos autônomos financeiramente dependentes.

Nessa direção, o Tribunal do Trabalho de Nuremberg adotou o critério de dependência financeira em um caso envolvendo um funcionário de seguro terceirizado. Considerando que tal empregado não estava em posição de operar no mercado com capital e organização próprios, o Tribunal considerou que ele se qualificava para o *status* de empregado¹⁰⁰.

Com efeito, percebe-se que a noção de dependência econômica deve ocupar o lugar da noção de subordinação legal. Essa ideia, que remonta ao início do estabelecimento da legislação social nos vários países europeus, reaparece com o advento de novos tipos de acordos de trabalho, como os trabalhadores que ficam em casa e se conectam virtualmente ao local de trabalho e os profissionais autônomos que são menos dependentes economicamente. Com base nesse critério, a Corte de Trabalho de Nuremberg, em sua decisão de 31 de julho de 1996, entendeu que um determinado empregado terceirizado não estava na posição de operar no mercado com seu próprio capital e organização, sendo conferido a ele o *status* de empregado.

Outro caminho possível consistiria em substituir o conceito de subordinação jurídica pelo de integração na empresa de outra pessoa. A ideia, nesse caso, também não é nova, uma vez que já é utilizada na técnica de agrupamento de indicações, em particular, de acordo com a jurisprudência francesa. Tal integração poderia ser plausivelmente considerada o principal critério para estabelecer a existência de uma relação assalariada¹⁰¹.

Essa abordagem tem firmes apoiadores na Espanha, em particular nos trabalhos do professor Alonso Olea. Segundo ele, dependência ou subordinação são apenas o resultado de uma característica do trabalho assalariado: o fato de que a parte interessada trabalha para outra pessoa em vez de ser autônoma. A parte que paga pelo trabalho e comercializa os resultados é, portanto, investida do poder de dirigir e controlar o trabalho e de coordená-lo

¹⁰⁰ No original: “The Nuremberg Labour Court also adopted the financial dependence criterion in a case involving an ‘outsourced’ insurance employee. Deeming that such an employee was in no position to operate on the market with his own capital and organization, the court considered that he qualified for employee status. This interpretation nevertheless risks clashing with the legal existence of ‘quasi-employees’ (see above) in Germany: this intermediate category between entrepreneur and employee obviously limits the extension of the scope of employee status as such.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 15-16.)

¹⁰¹ No original: “Another possible avenue would consist of replacing the concept of legal subordination with that of integration in someone else’s company. The idea in this case is not new, either, as it is already used in the indication clustering technique, in particular under French case law. Such integration could plausibly be considered to be the main criterion for establishing the existence of a wage-earning relationship.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 16-17.)

com o trabalho realizado por outras pessoas remuneradas da mesma maneira. Os formulários que tal supervisão, controle ou coordenação podem adotar são, portanto, essencialmente irrelevantes. A insistência no conceito de subordinação pode, desse ponto de vista, levar apenas a contradições insolúveis, uma vez que o poder da parte para quem o trabalho é realizado pode ser exercido de diversas maneiras e com diferentes graus de intensidade, ao passo que o trabalho realizado para outra pessoa permanece inalterado¹⁰².

Esse critério de trabalho realizado por outra pessoa não é, no entanto, aceito unanimemente. A objeção mais notável é que ela abrange trabalhadores que atualmente não são considerados empregados (*freelances*, por exemplo). Essa fraqueza pode ser considerada uma força onde o objetivo é estender os limites do *status* do empregado para assegurar que as novas formas de relações de trabalho – aquelas que surgem dentro e em volta das redes de negócios – permaneçam cobertas pela legislação trabalhista. É, no entanto, improvável que um único critério seja suficiente para caracterizar o *status* do empregado. Isso não é um dado, algo que existe em si mesmo, mas sim uma construção legal continuamente em construção¹⁰³.

Há uma crescente diversidade nos tipos de contratos que cobrem o trabalho remunerado, que podem inicialmente ser classificados em três categorias: os assalariados tradicionais que trabalham sob um contrato de trabalho em que a subordinação é uma característica essencial; outros contratos que estipulam a realização de trabalhos em troca de remuneração; empresários autônomos¹⁰⁴.

¹⁰² No original: “This approach has firm supporters in Spain, in particular in the workers of Prof. Alonso Olea. According to him, dependence or subordination are both merely the result of a characteristic feature of wage-earning work: the fact that the party concerned works for someone else instead of being self-employed. The party who pays for the work and markets the results is thus vested with the power to direct and control the work and to co-ordinate it with work performed by other persons remunerated in the same way. The forms that such supervision, control or co-ordination may adopt are therefore essentially irrelevant. Insistence on the concept of subordination can, from this standpoint, lead only to unsolvable contradictions, since the power of the party for whom the work is performed can be wielded in a variety of ways and with different degrees of intensity, whereas the fact that the work is performed for someone else remains unchanged.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 17.)

¹⁰³ No original: “This criterion of work performed by someone else is not, however, unanimously accepted. The most notable objection is that it covers workers who are not currently considered to be employees (freelances, for instance). This weakness might be considered a strength where the objective is to extend the limits of employee status to ensure that new forms of working relations – those arising in and around business networks – remain covered by labour law. It is nevertheless unlikely that a single criterion will one day suffice to characterize employee status. This is not a given, something which exists in itself, but rather a legal construct continually in the making.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 17.)

¹⁰⁴ No original: “There is a growing diversity in the kinds of contract covering paid work, which may initially be classified into three categories: traditional wage-earners working under an employment contract in which subordination is an essential feature; other contracts stipulating the performance of work in exchange for remuneration; self-employed entrepreneurs.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 22.)

A visão tradicional consiste na concepção de que direito do trabalho se aplica apenas em situações em que o trabalhador é estritamente subordinado. Um grupo de especialistas defende, contudo, a opinião de que é apropriado estender a cobertura em algumas circunstâncias a outros tipos de contratos e relações de trabalho. A abordagem, então, volta-se a favorecer o estabelecimento de uma lei trabalhista comum, de base ampla, cujos ramos podem, por sua vez, ser adaptados para abranger os muitos e variados tipos de relações de trabalho: trabalho subordinado no sentido tradicional e o parassubordinado, que é um trabalho financeiramente dependente, por exemplo. A União Europeia pode possivelmente ter um papel a desempenhar na formulação de um quadro de regras para assegurar proteção básica a todos os trabalhadores financeiramente dependentes¹⁰⁵.

De um modo geral, o grupo de especialistas acredita que é aconselhável impedir a formação de uma lacuna entre empregados protegidos por contrato e pessoas que trabalham sob outros tipos de arranjos que ofereçam menos proteção. Uma das funções históricas do direito do trabalho tem sido garantir a coesão social. Só será capaz de continuar a cumprir essa função se for capaz de acomodar novos desenvolvimentos no modo como o trabalho é organizado na sociedade contemporânea e não voltar a cobrir apenas as situações a que se destinava originalmente, as quais estão se tornando menos típicas¹⁰⁶.

Nesse sentido, explica Dorneles (2006):

Vimos no início destas reflexões uma breve síntese sobre o processo que levou o engessamento na premissa de hipossuficiência ao conceito de subordinação. Trata-se de uma redução conceitual e operacional de uma premissa que, à sua época, representava uma verdadeira revolução do direito privado. O resultado, entretanto, foi uma limitação da potencialidade protetiva que o Direito do Trabalho anunciava. Em outras palavras, de um universo potencial protetivo pensado a partir de relações de trabalho desiguais, a teoria juslaboral acabou circunscrevendo sua essência protetiva às relações subordinadas, ou relação de emprego. Em nome de purismos científicos então vigorantes, a teoria juslaboral demarcou a subordinação como a linha que determinaria a sua incidência protetiva. Relações de trabalho desiguais,

¹⁰⁵ No original: “The traditional view is that labour law applies only in situations where the worker is strictly subordinate. However, the expert group supports the view that it is appropriate to extend coverage in some circumstances to other kinds of works contracts and relationships. The approach, then, is to favor the establishment of a common, broadly-based labor law, certain branches of which might, in turn, be adapted to cover the many and varied kinds of labor relations (subordinate work in the traditional sense; ‘para-subordinate’, that is financially dependent work). The European Union may possibly have a role to play in the formulation of a framework of rules to ensure basic protection for all financially dependent workers.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 22.)

¹⁰⁶ No original: “Generally speaking, the group believes that it is advisable to prevent a gulf from forming between employees protected under contract and persons working under other kinds of arrangements that afford less protection. One of the historical functions of labor law has been to ensure social cohesion. It will only be able to continue to fulfil that function if it is able to accommodate new developments in the way that work is organized in contemporary society and does not revert to covering just the situations it was originally intended to address, which are becoming less typical.” (SUPIOT, Alain. **Beyond employment**. Changes in work and the future of labour law in Europe. Oxford University Press. New York, 2001, p. 22-23.)

mas não subordinadas, restaram excluídas de seu objeto. Ao bem da verdade, podemos aduzir que, em meio a um modelo de sociedade industrial, com seus parâmetros de universalização e padronização, a relação de trabalho subordinada abrangia a fração mais expressiva das relações de trabalho existentes no mundo laboral. Mas excluía desde sempre outros modelos de relação, mesmo que pouco expressivos do ponto de vista político-social. Trata-se de uma restrição teórica cuja insuficiência resta cada vez mais enaltecida no novo contexto pós-industrial, diversificado e complexo: grupos antes pouco expressivos ganham cada vez maior expressividade¹⁰⁷.

Supiot propõe que o atual modelo de emprego seja repensado. O autor entende como flexibilidade a necessidade de “dar uma resposta coletiva eficiente para os riscos e incertezas econômicas”, de modo a prover as pessoas de capital humano para assegurar a criação de empregos e de bem-estar. Para isso, propõe que essa responsabilidade seja dividida por empregadores, empregados e comunidade, ao contrário dos modelos em que apenas o Estado ou o indivíduo são responsáveis. Ou seja, em vez de um modelo linear que começa na escola e vai até a aposentadoria, e que não prepara a maioria dos trabalhadores para as mudanças econômicas, o autor propõe que sejam pensadas formas compartilhadas de oportunidade ao trabalhador para qualificar-se, mesmo que em atividades diferentes da profissão a que vinha se dedicando. Além de chamar a atenção para a necessidade de valorização institucional do conceito de atividade como forma de inclusão social do trabalhador, Supiot também considera que trabalhos não remunerados, como aqueles a que se dedicam quem cuida da casa e dos filhos, também devem ser vistos como vitais para o mercado, pois sem eles a vida se interrompe¹⁰⁸.

Uma comissão formada por Supiot e outros estudiosos do tema propõe que a reclassificação do falso autônomo em empregado seja firmemente exigida e que seja conferido por lei ao autônomo de fato o *status* de verdadeiro trabalho com direito à proteção social, ou seja, propõe que a realidade prevaleça sobre simples presunções legais e que sejam discutidos os direitos que devem existir mesmo para os autônomos¹⁰⁹.

As discussões no meio jurídico brasileiro não tratam desse novo modelo que Supiot apresenta. Contudo, observa-se que as experiências legislativas europeias presentes no

¹⁰⁷ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho III**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 104.

¹⁰⁸ Apud ARTUR, Karen. Beyond employment: changes of work and the future of Labour Law in Europe. **Tempo Soc.** vol.16, n.2, 2004, p.313-316. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: mar. 2018.

¹⁰⁹ ARTUR, Karen. Beyond employment: changes of work and the future of Labour Law in Europe. **Tempo Soc.** vol.16, n.2, 2004, p.313-316. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: mar. 2018.

relatório proposto pela referida comissão são parâmetros para as afirmações de juristas que mostram a necessidade de tratamento jurídico das novas formas contratuais do trabalho em que o critério de subordinação legal não é tão claro. Tais experiências indicam que a autonomia está ganhando novos contornos diante da grande inserção dos autônomos em redes de produção e distribuição e das discussões sobre o tratamento legal que deve ser conferido a tais trabalhadores, bem como frente à necessidade de proteção jurídica de trabalhadores que não se enquadram no conceito clássico de subordinação¹¹⁰.

2.4 NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVO DIREITO DO TRABALHO

As novas tecnologias transformaram o mundo do trabalho. Uma das transformações é o questionamento relacionado ao atual modelo da relação de emprego, o qual é baseado no elemento da subordinação. Essa reflexão é justificada pelas novas formas contratuais de trabalho que, muitas vezes, não são suficientemente claras. As novas experiências laborais apontam para o surgimento de outra transformação no mundo do trabalho, que é sobre os novos contornos que a autonomia está ganhando, surgindo uma discussão sobre o tratamento legal que deve ser conferido a tais trabalhadores¹¹¹.

Diante de tal contexto, propõe-se uma reformulação do que existe, no Brasil, acerca da relação de emprego, devendo ser questionado, em toda e qualquer relação empregatícia, se efetivamente existe subordinação, e, em caso negativo, o trabalhador deve ser inserido na

¹¹⁰ ARTUR, Karen. Beyond employment: changes of work and the future of Labour Law in Europe. **Tempo Soc.** vol.16, n.2, 2004, p.313-316. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000200017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: mar. 2018.

¹¹¹ No futuro, a tecnologia tornará praticamente desnecessária a figura do trabalhador subordinado, no entanto, se está diante de um modelo baseado não em melhorar a competitividade e a eficiência produtiva, mas em reduzir custos, diminuindo as proteções sociais e permitindo a concorrência de remuneração entre trabalhadores. Tudo isso fará com que aquelas empresas que não quiserem entrar no jogo desapareçam, por serem consideradas ineficientes. A partir do momento em que se permite que certas empresas aproveitem dessas “vantagens corporativas”, as demais terão duas opções: unir-se ao modelo ou desaparecer. Por isso, parece necessária uma intervenção legislativa que imponha também normas mínimas de proteção para os “novos” trabalhadores. Não se deveria aceitar que o novo modelo produtivo se baseasse em um paradigma de exploração e degradação da dignidade humana no trabalho. Deve-se permitir que a tecnologia melhore as formas de organização e produtividade empresarial. Contudo, a legislação não pode permitir que as vantagens competitivas dos modelos de negócios do século XXI provenham de exploração de brechas legais para não ter que aplicar as proteções aos trabalhadores obtidas nos últimos séculos. Os chamados “microempresários” não são empreendedores que podem negociar em igualdade de condições e que usam sua iniciativa para maximizar seus benefícios: constituem mão de obra fungível, dentro de uma grande lista virtual de demandantes de trabalho. Se não se encaixam na definição legal de trabalhador, não é porque não enfrentam a mesma realidade social, mas porque temos uma legislação antiquada que não se molda bem aos novos modelos de prestação de serviços. (SIGNES, Adrian Todolí. O mercado de trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tradução de Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 42-43.)

categoria de autônomo. Ainda, o trabalhador deve ser consultado se prefere subordinação ou autonomia, tendo em vista a nova geração de trabalhadores, os *Millenials*, que preferem gerir sua própria prestação de serviços, além do impacto das tecnologias no mundo do trabalho.

O modelo existente atualmente não se importa com a vontade do trabalhador, simplesmente o classifica como empregado, fazendo com que ele se subordine aos ditames da relação empregatícia. Nesse sentido, o presente trabalho propõe uma nova definição para o direito do trabalho brasileiro diante desse novo modelo de relação jurídica que se apresenta. Na próxima seção, serão analisadas as definições acerca do direito do trabalho existentes, para, na sequência, elaborar a própria definição da disciplina.

2.4.1 Definição e objeto do direito do trabalho

O direito do trabalho, conforme aponta Octavio Bueno Magano, é o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais¹¹².

Segundo Mauricio Godinho Delgado, o direito do trabalho pode ser definido como um:

[...] complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas¹¹³.

Para Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento, direito do trabalho é o ramo da ciência do Direito que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho e determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade¹¹⁴. Já para Evaristo de Moraes Filho, “é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado, e excepcionalmente do autônomo, além de outros aspectos destes últimos como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem”¹¹⁵.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, o direito do trabalho é:

¹¹² MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 59.

¹¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 49.

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 78.

¹¹⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, p. 32.

[...] o ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores¹¹⁶.

Para Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral D. de Dorneles, é o “ramo jurídico formado pelo conjunto de normas jurídicas e instituições especializadas que regula o trabalho humano prestado para outra pessoa, de forma pessoal, subordinada, remunerada e não eventual, tendo por finalidade a proteção e a promoção da melhoria da condição social do trabalhador”.¹¹⁷

Rodrigo Garcia Schwarz o define como o “conjunto de normas jurídicas e princípios jurídicos que regem os vínculos fático-jurídicos que se estabelecem entre trabalhadores e empregadores, disciplinando as correspondentes relações de trabalho”¹¹⁸.

De acordo com Sérgio Pinto Martins,

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. O objetivo principal do Direito do Trabalho é estudar o trabalho subordinado, mas também as situações análogas, como o trabalho do avulso¹¹⁹.

Nesse contexto, pretende-se, nesta pesquisa, trazer a própria definição acerca do direito do trabalho brasileiro, envolvendo o conteúdo fático e jurídico do mundo contemporâneo, o qual contém as novas relações jurídicas trabalhistas e contempla o diploma legal e o diploma constitucional sobre o direito do trabalho, para que uma real e atual definição sobre a disciplina seja posta em destaque.

No Brasil, o direito do trabalho é o ramo especializado da ciência jurídica que regula as diversas relações de trabalho existentes na sociedade, utilizando-se do conjunto de normas e princípios jurídicos para tal finalidade. Os trabalhadores podem ser autônomos, subordinados ou parassubordinados. O trabalho subordinado consiste na energia dispensada pelo ser humano na prestação de serviços que é controlada pelo empregador (relação de emprego) quanto ao modo, ao tempo e ao espaço, gerando subordinação. O trabalho

¹¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. De. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 24.

¹¹⁸ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 01.

¹¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 08.

autônomo é aquele em que a energia dispensada pelo ser humano na prestação de serviços independe da vontade do tomador dos serviços quanto ao modo, ao tempo e ao espaço de sua efetivação. E, por fim, o parassubordinado¹²⁰¹²¹¹²²¹²³¹²⁴ encontra-se em situação jurídica que não preenche os elementos típicos da subordinação, e, ao mesmo tempo, não se considera autônomo propriamente, estando entre a subordinação e a autonomia.

O direito do trabalho tem por conteúdo, segundo Mauricio Godinho Delgado, o direito dos empregados, especificamente considerados. Não é, porém, o direito de todos os trabalhadores considerados em seu gênero. Excluem-se da área de abrangência desse ramo jurídico especializado, em consequência, inúmeras categorias específicas de trabalhadores não empregatícios, tais como os autônomos, os eventuais e os estagiários¹²⁵.

No entanto, destaca-se que a palavra trabalho significa toda a atividade mental ou física que produz bens ou serviços, gerando relações jurídicas de trabalho (gênero), e, por sua vez, de emprego, as quais são espécies das anteriores.

Nesse sentido, como a proteção do direito do trabalho é conferida a toda e qualquer relação de trabalho, vislumbra-se a necessidade de conjunto de normas e princípios jurídicos

¹²⁰ A parassubordinação – tradução literal do italiano *parasubordinazione* – é uma figura originalmente utilizada na Itália, que nasceu como suposta solução para a ausência de tutela conferida aos grupos de trabalhadores que não preenchem os elementos típicos da subordinação ao mesmo tempo em que não se consideram autônomos propriamente, estando a meio caminho entre a subordinação e a autonomia. Com efeito, os parassubordinados fazem jus a alguns dos direitos assegurados pela legislação trabalhista e previdenciária, sendo-lhes conferida uma proteção mediana, sem a intensidade prevista para o trabalho subordinado e sem a ausência de tutela eficaz que qualifica o trabalho autônomo. (FERREIRA, Leticia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justralhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017, p. 95.)

¹²¹ Impulsionado por parcela considerável da doutrina, o legislador italiano deu como resposta às metamorfoses operadas nas modalidades de trabalho a criação de diferentes modelos para discipliná-las, como o gênero intermediário entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, denominado parassubordinado. (FERREIRA, Leticia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justralhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017, p. 94.)

¹²² Lei nº 533, de 11 de agosto de 1973 – Código de Processo Civil Italiano – Art. 409 – Controvérsias individuais de trabalho. [1] Observam-se as disposições do presente capítulo nas controvérsias relativas a: [...] 3) relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se expressam numa prestação de serviços continuada e coordenada, preferencialmente pessoal, ainda que sem caráter subordinado. Cf. FERREIRA, Leticia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justralhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017, p. 94.

¹²³ A continuidade se expressa pela atividade desenvolvida de forma não ocasional, pela prestação laborativa não episódica, ainda que proveniente de um contrato de curta duração, de modo que a colaboração do parassubordinado é contínua quando a função é constituída de repetições no contexto do contrato de trabalho havido entre as partes, pois o que conta é a permanência no tempo da colaboração. (FERREIRA, Leticia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justralhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017, p. 95).

¹²⁴ Segundo Santoro-Passarelli, entende-se uma colisão funcional entre a prestação laboral e a atividade desempenhada pelo destinatário do trabalho, sem excluir a possibilidade de o parassubordinado determinar, autonomamente ou em comum acordo com o tomador, o tempo, o lugar e a modalidade de cumprimento da obrigação. Reside entre a subordinação e a autonomia, constituindo o principal ponto de distinção e de identificação do trabalho parassubordinado. (SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **II Lavoro Parassubordinato**. Milano: Franco Angeli, 1979, p. 66-67).

¹²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 54.

que regem os vínculos estabelecidos entre trabalhadores e tomadores e entre empregados e empregadores, razão pela qual analisar-se-á, na próxima seção, uma tipologia específica para essas relações jurídicas de trabalho.

2.4.2 Tipologia sugerida para o novo direito do trabalho

Percebe-se a necessidade de uma regulamentação destinada ao trabalhador *lato sensu*, ou seja, ao autônomo, aquele que não possui vínculo de emprego. Nesse sentido, será desenvolvida, neste tópico, uma tipologia para o novo direito do trabalho, abrangendo as novas situações jurídicas trabalhistas (com o uso da tecnologia, por exemplo) e as relações jurídicas até então não abrangidas, contemplando o trabalhador autônomo no sistema jurídico brasileiro, de forma a protegê-lo, e prescrevendo uma regulamentação para cada tipo de relação de trabalho.

2.4.2.1 Requisitos da relação de emprego

Os requisitos para a configuração de uma relação empregatícia (trabalho subordinado) são: a) pessoalidade (sem ajuda de assistentes); b) não eventualidade; c) onerosidade; d) trabalho realizado por conta alheia; e e) dependência (de que fala o art. 3º da CLT¹²⁶). O requisito da dependência, por sua vez, pode desdobrar-se em: i) hierarquia; ii) controle dos meios de produção; e iii) assimetria. Ainda, no tocante ao elemento da dependência, a triagem da configuração da relação de emprego deve perpassar pela análise em saber se a dependência ao emprego é necessária para uma vida digna, de modo a dosar as proteções jurídicas trabalhistas a serem distribuídas nas relações de emprego.

Ressalta-se que as proteções jurídicas trabalhistas propostas no presente trabalho podem ser: necessárias (e suficientes); desnecessárias (neutras); e prejudiciais. Essas últimas podem, por exemplo, prejudicar a economia do setor e, inclusive, podem causar prejuízos ao trabalhador, por serem demasiadamente protetivas.

Como dito alhures, as proteções jurídicas, na área trabalhista, devem sofrer uma relativização a depender da necessária proteção ou não a ser dispensada ao trabalhador. A título ilustrativo, altos empregados e diretores de sociedades anônimas são empregados, mas podem não ser hipossuficientes. Por outro lado, empregados domésticos, recepcionistas, telefonistas merecem maior proteção do que os trabalhadores antes referidos, dada a sua visível hipossuficiência.

¹²⁶ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A fim de corroborar a tese apresentada, o *caput* do art. 7º da Constituição Federal¹²⁷ prevê a melhoria da condição social dos trabalhadores e não somente dos empregados. Verifica-se que a norma é destinada à proteção dos trabalhadores *lato sensu* e não somente à categoria dos empregados com vínculo empregatício.

Além disso, propõe-se que, no sistema brasileiro de relação de emprego, haja uma maior liberdade do empregado na prestação dos serviços, com relação à subordinação na execução das tarefas. No entanto, essa liberdade proposta tem que ser compatível com a natureza da atividade e com a expectativa geral de produtividade da atividade econômica. Isso é proposto como um novo modelo de sistema de relação empregatícia para o Brasil, levando em consideração, por exemplo, conforme afirmado anteriormente e comprovado por pesquisa, que, em 2025, mais de 50% da força de trabalho será executada pela geração dos *Millennials*, geração crescida no mundo da economia compartilhada, tendo o fator autonomia como uma das suas principais características.

É notório que o requisito subordinação é imprescindível para a configuração da relação de emprego. Muitos autores defendem que os trabalhadores brasileiros que se encontram na “informalidade” devem ter sua carteira de trabalho assinada. A partir disso, é igualmente notório que o trabalhador deve submissão ao empregador, deve cumprir suas ordens e deve cumprir a jornada de trabalho pré-estabelecida. Também, não tem total autonomia de negociação de seu contrato de trabalho, tendo em vista a ideia, no direito do trabalho brasileiro, de que os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis, que são normas de ordem pública, na sua totalidade, sem exceções, embora a Lei nº 13.467 de 2017 preveja a possibilidade de negociar, por meio de negociação coletiva, as matérias elencadas nos incisos do art. 611-A¹²⁸.

¹²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

¹²⁸ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

Fala-se, hoje, no chamado controle por algoritmos, ou seja, o elemento da subordinação pode ser visualizado por meio de um controle de algoritmo empresarial. O controle por algoritmos é feito via aplicativos e consiste na subordinação jurídica por algoritmos¹²⁹.

Diante desse contexto justrabalhista brasileiro, a presente pesquisa passa a fazer uma análise acerca do elemento subordinação¹³⁰.

Uma pesquisa feita por Pierre Bourdieu, especificamente em relação à sua preocupação com as estruturas de subordinação e a maneira pela qual as formas de dominação são experimentadas como legítimas, destaca que tais estratégias funcionam em contraste com os entendimentos acadêmicos de retenção de funcionários, que, muitas vezes, originam-se de uma perspectiva econômica que se concentra no pagamento e invoca a “hipótese do salário-eficiência”. A perspectiva cultural ou sociológica oferecida aqui complementa a análise existente, a fim de compreender a “viscosidade” do emprego. O autor argumenta que as estratégias testemunhadas em *call center* são exemplos de formas reconfiguradas de ação pedagógica na medida em que trabalham para impor significados e entendimentos culturais sobre a natureza da experiência desses locais de trabalho, que refletem e promovem interesses

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

¹²⁹ Algoritmos têm conceitos matemáticos, lógicos, informacionais. Se em termos matemáticos, pode-se dizer que é um processo de cálculos que leva à solução de um problema, em termos informáticos, reúne regras, operações e procedimentos executados por um computador, para resolver problemas seguindo uma determinada lógica. Sua origem científica, contudo, não os torna incomuns; ao contrário, seu uso regula muitas das atividades relacionadas a um simples clique no computador. Cf. REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 159-160.

¹³⁰ É nesse sentido o lapidar ementário do Acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região no Recurso Ordinário (00942-2008, sob a Relatoria de Luiz Otávio Linhares Renault–DJ 13.12.2008): A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo-corpo a corpo ou boca/ouvido-típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras. (REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 163.)

dos empregadores. Além disso, a eficácia de tais estratégias é parcialmente explicada pela maneira como elas tendem a ser interpretadas como legítimas pelos trabalhadores do serviço de linha de frente, um processo que envolve necessariamente a violência simbólica. O argumento central aqui é o de que, embora altas taxas de rotatividade de funcionários sejam endêmicas na indústria, nesse caso, pelo menos, elas não são toleradas nem aceitas como inevitáveis. Entender a natureza da violência simbólica no trabalho é a chave para entender a razão pela qual os trabalhadores permanecem em empregos nos quais o trabalho é monótono e em contextos em que maiores recompensas e possivelmente oportunidades de carreira mais favoráveis podem ser encontradas em outros lugares¹³¹.

A análise de Bourdieu sobre a estruturação da subordinação dá margem a uma interpretação da produção e reprodução da dominação, que pode ser utilmente estendida aos domínios organizacionais para dar sentido à experiência da vida organizacional. Além disso, a análise chama a atenção para a intersecção de várias formas de ação pedagógica, nesse caso, entre a educação universitária e as práticas de gestão, e o trabalho adicional pode ser utilmente utilizado para explorar essas intersecções de forma mais completa. Pela análise de Bourdieu, concluir-se-ia que a organização é um importante local de dominação¹³².

A natureza do trabalho, o grau de controle que os funcionários puderam exercer sobre a prestação de serviços e o modo como conseguiram gerenciar as relações com os clientes conferiram aos funcionários um senso positivo de significado e valor. Isso não significa

¹³¹ No original: “Conceptually, this article draws upon some of the theoretical resources employed by Pierre Bourdieu, specifically in relation to his concern with structures of subordination, and the way that forms of domination are experienced as legitimate. Interestingly such strategies work in stark contrast to academic understandings of employee retention which often originate from an economic perspective which focuses on pay and invokes the ‘efficiency-wage hypothesis. The cultural or sociological perspective offered here complements existing analysis in order to understand the ‘stickiness’ of employment. The paper interprets the findings within a Bourdieusian framework to argue that the strategies witnessed in the call centre are examples of reconfigured forms of pedagogic action in that they work to impose cultural meanings and understandings about the nature of the call centre experience that reflect and further the interests of employers. Moreover the effectiveness of such strategies is partially explained by the way in which they tended to be interpreted as legitimate by front line service workers, a process that necessarily involves symbolic violence. The central argument here is that whilst high rates of employee turnover are endemic in the industry, in this case at least, they are neither tolerated nor accepted as inevitable. Understanding the nature of symbolic violence at work is key to understanding why workers remain in employment where such work is monotonous, and greater rewards and possibly more favourable career opportunities can be found elsewhere.” (BRANNAN, Matthew. You're not going anywhere: Employee retention, symbolic violence and the structuring of subordination in a UK-based call centre. *Sociological Review*, vol. 63, n. 4, 2015, p. 802.)

¹³² No original: “Bourdieu’s analysis of the structuring of subordination offers a theoretically rich framework for the interpretation of the production and reproduction of domination, which might usefully be extended into organizational domains to make sense of the experience of organizational life. Furthermore, the analysis presented here draws attention to the intersection of various forms of pedagogic action, in this case between university education and management practices, and further work might usefully seek to explore these intersections more fully. This would complement Bourdieu’s analysis by understanding the organization as an important site of domination.” (BRANNAN, Matthew. You're not going anywhere: Employee retention, symbolic violence and the structuring of subordination in a UK-based call centre. *Sociological Review*, vol. 63, n. 4, 2015, p. 802.)

sugerir, contudo, que os funcionários não estavam cientes ou não reflexivos das relações de poder de suas interações com o empregador e os clientes¹³³.

A literatura de bem-estar é dominada por uma abordagem prescritiva – a premissa subjacente dessas prescrições, sendo que os trabalhadores felizes serão produtivos e, portanto, o bem-estar dos funcionários leva a um melhor desempenho organizacional¹³⁴.

Uma pesquisa que compreendeu um estudo de caso qualitativo e detalhado chamado de *Voice Tel* (pseudônimo) foi realizada em um centro de atendimento multiclente que fornece serviços personalizados de mensagens e recepção a uma variedade de empresas em todo o Reino Unido. A *Voice Tel* é uma empresa familiar e gerenciada por um irmão e uma irmã, Tim e Laura. Ganhou muitos prêmios de negócios por seu “alto desempenho” e goza de uma posição de mercado líder dentro dos serviços de recepção terceirizados. A *Voice Tel* surpreendeu o grau de felicidade reportado pelos funcionários – 60 entre 63 funcionários (não incluindo a alta administração) entrevistados expressaram sentimentos positivos sobre o trabalho e o local de trabalho das seguintes maneiras; 28 referiram-se explicitamente à sua “felicidade” no trabalho, e outros 32 alegaram “amar seu trabalho” ou expressaram opiniões positivas sobre a *Voice Tel*, descrevendo-a como “um lugar brilhante para o trabalho”. Conforme mencionado anteriormente, o objetivo dessa pesquisa não foi medir o grau de felicidade dos funcionários, nem assumir que a felicidade é um estado emocional duradouro, mas entender por que os funcionários representaram suas experiências de trabalho usando esses termos. A análise relacional envolve levar a sério a agência de empregados, ao mesmo tempo em que se busca explicações, examinando os contextos conectados que informam a agência. Um desses aspectos do contexto é o local de trabalho e como isso foi moldado pelas tentativas dos proprietários de promover a felicidade através do desenvolvimento de um conjunto específico de normas e valores associados à reciprocidade que foram apoiados através de controles normativos. Mostrou-se como os controles normativos formaram o *back-drop* para que as relações de confiança se desenvolvessem, de modo que a norma de reciprocidade levasse a relações sociais estáveis, coerentes e mútuas no local de trabalho.

¹³³ No original: “The nature of work, the degree of control employees were able to exercise over the service delivery and how they were able to manage relations with clients conferred employees with a positive sense of meaning and value. This is not to suggest that employees were unaware or unreflexive of the power relations of their interactions with employer and clients.” (JENKINS, Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce.** Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 881. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.)

¹³⁴ No original: “The well-being literature is dominated by a prescriptive approach—the underlying premise of these prescriptions being that happy workers will be productive and hence employee well-being leads to improved organizational performance.” (JENKINS, Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce.** Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 871. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.)

Além disso, considerou-se como essas normas e valores foram compatíveis com o mercado da *Voice Tel* e com a estratégia comercial e outros contextos externos importantes, tais como o mercado de trabalho local e os empregadores potenciais alternativos¹³⁵.

O objetivo dessa pesquisa com a *Voice Tel* foi propor e exemplificar uma abordagem sociológica relacional ao estudo da felicidade dos funcionários nas organizações. Essa abordagem afasta-se da literatura existente de bem-estar e identificação, enfatizando a importância de duas características amplas: em primeiro lugar, avaliar a prática organizacional, examinando as organizações em seus contextos mais amplos para abordar as preocupações sobre a forma como a ação organizacional está situada e, em segundo lugar, uma análise relacional concebe o caráter restritivo e habilitador das estruturas sociais sobre o potencial de capacidade agencial. Uma avaliação situada e contextualizada chama a atenção para as razões pelas quais a *Voice Tel* “buscou a felicidade” e como isso foi apoiado por uma série de características contextuais, como a natureza do negócio como sendo de propriedade familiar, pequena e bem-sucedida, e com uma invenção tecnológica única, o que ajudou a torná-la uma líder de mercado. Nesse cenário, a busca de uma força de trabalho feliz foi proporcional à estratégia de negócios de prestação de serviços de alta qualidade. Além disso, essa estratégia de negócios permitiu que os empregadores se concentrassem predominantemente em controles normativos e formassem um processo de trabalho interno que oferecesse aos empregados níveis de descrição muito mais altos do que normalmente é evidente nesse tipo de trabalho¹³⁶.

¹³⁵ No original: “VoiceTel was striking in the degree of happiness reported by employees—60 employees out of 63 (not including the senior management) interviewed expressed positive feelings about their work and workplace in the following ways; 28 referred explicitly to their ‘happiness’ at work, and a further 32 claimed to ‘love their job’ or expressed positive views about VoiceTel, such as describing it as ‘a brilliant place to work’. As noted previously, the aim of this research is not to measure the degree of employee happiness, nor, do we assume that happiness is an enduring emotional state, but to understand why employees represented their working experiences using these terms. Our relational analysis involves taking employee agency seriously whilst at the same time searching for explanation by examining the connected contexts which inform agency. One such aspect of context is the workplace and how this was shaped by the owners’ attempts to promote happiness through the development of a specific set of norms and values associated with reciprocity which were supported through normative controls. We show how normative controls formed the back-drop for trust relations to develop such that the norm of reciprocity led to stable, coherent and mutual social relations within the workplace. Further, we consider how these norms and values were both commensurate with VoiceTel’s market and business strategy and other important external contexts such as the local labour market and alternative potential employers.” (JENKINS, Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce.** Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 873-874. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.)

¹³⁶ No original: “The purpose of this article has been to propose and exemplify a relational sociological approach to the study of employee happiness in organizations. This approach departs from the existing well-being and identifications literature by emphasizing the importance of two broad features: firstly, assessing organizational practice by examining organizations within their wider contexts to address concerns over how organizational action is situated and secondly, a relational analysis conceives of the constraining and enabling character of social structures on the potential for agential capacity. A situated and contextualized assessment draws attention

Uma avaliação dos mecanismos de identificação ilustra como as interações entre práticas de gestão e agência de funcionários fornecem uma explicação para o grau de “felicidade” no local de trabalho. A felicidade foi construída dentro da *Voice Tel*, – tendo os proprietários sido fundamentais para estabelecer e sustentar uma cultura organizacional baseada nos valores de cuidado e confiança para promover relações sociais mais profundas no local de trabalho. A busca da felicidade dos funcionários foi uma estratégia deliberada, evidenciada pela forma como os empregadores promoveram um sistema de valores organizacional baseado na reciprocidade. A norma de reciprocidade era uma forma de legitimar a autoridade e desenvolver relações de trabalho estáveis. Portanto, o exercício de controles normativos é uma dimensão importante na compreensão de como as relações recíprocas foram construídas e como esses valores permearam a estrutura e a cultura da organização. Reed (2001) observou que a norma da reciprocidade pode servir para obscurecer as relações de poder dentro da relação de trabalho. No entanto, também é importante reconhecer a capacidade ágil dos funcionários na forma como alinharam seus interesses a partir de suas identificações organizacionais. Os recepcionistas da *Voice Tel* reconheceram que “fizeram o que a empresa queria”, mas também que isso estava positivamente relacionado às necessidades e às preferências de seus clientes e de si mesmos. Como Reed (2001) ressalta, embora exista um elemento irredutível de dependência ou controle de poder em todas as relações de confiança, também é importante reconhecer que “os atores sociais podem e desempenham um papel crucial na criação de novas combinações de conformidade e compromisso, poder e autonomia, controle e confiança”. Assim, as relações de cooperação desenvolvidas dentro dessa configuração referem-se às capacidades respectivas dos agentes para tomar decisões informadas sobre sua organização¹³⁷.

to the reasons why VoiceTel ‘pursued happiness’ and how this was supported by a number of contextual features such as the nature of the business as being family-owned, small and successful, and having a unique technological invention which helped make it a market leader. In this context, the pursuit of a happy workforce was commensurate with the business strategy of high-quality service provision. Relatedly, this business strategy allowed the employers to focus predominantly on normative controls and shape an internal labour process which afforded employees much higher levels of discretion than is usually evident in this type of work.” (JENKINS, Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce.** Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 882-883. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.)

¹³⁷ No original: “An assessment of the mechanisms of identification illustrates how the interactions between management practices and employee agency provide an explanation for the degree of workplace ‘happiness’. Happiness was constructed within VoiceTel – the owners were instrumental in establishing and sustaining an organizational culture based on the values of care and trust to promote deeper social relations within the workplace. Identity regulation was evident in the recruitment and selection of workers who demonstrated a positive disposition to customer care. The pursuit of employee happiness was a deliberate strategy evidenced by the way employers promoted an organizational value system based on reciprocity. The norm of reciprocity was a way of legitimizing authority and developing stable workplace relations. Therefore, the exercise of normative controls are an important dimension in understanding how reciprocal relations were constructed and how these

Como tal, as organizações utilizam controles normativos para induzir o compromisso dos funcionários, garantindo que estes se identifiquem com sua organização, e foi esse olhar que sustentou o estudo que investigou os mecanismos que levaram à identificação dos funcionários com a *Voice Tel*. Essa avaliação evidenciou que os três principais mecanismos de identificação relativos ao sistema de valores organizacionais, às relações sociais tripartidas e à natureza do trabalho se sobrepuseram e se tornaram reforçadores. Era evidente que a natureza conectada desses três mecanismos de identificação informava o alto grau de “felicidade” relatado pela força de trabalho¹³⁸.

Esse modelo proposto pela empresa de *Call Center Voice Tell* pode trazer inúmeros benefícios tanto para o empregado quanto para o empregador, na medida em que se trabalha com mais autonomia na gestão de como executar as tarefas diárias e, portanto, com menos exigência (subordinação) por parte do empregador. Sustenta-se que o empregado pode trabalhar mais feliz e o ambiente de trabalho, por sua vez, pode ser mais saudável. Ademais, é importante reconhecer que os empregados, em uma determinada organização empresarial, têm papel fundamental na criação de novas tendências e desejos do mercado, o que, inevitavelmente, lhes confere poder e autonomia, não descartando a relação de confiança e controle característica da relação empregatícia. Essa pesquisa referida vai ao encontro da proposta no presente estudo, tendo em vista que, numa relação de emprego, mantém-se o elemento da subordinação, dada a relação de confiança e controle, o qual, no entanto, pode ser relativizado, na medida em que se confere maior liberdade e autonomia ao empregado, o que,

values permeated the structure and culture of the organization. Reed (2001) has noted that the norm of reciprocity can serve to obscure power relations within the employment relationship. However, it is also important to recognize employees’ agential capacity in the way they aligned their interests through their organizational identifications. Receptionists at VoiceTel recognized that they ‘did what the company wanted’ but also that this was positively related to the needs and preferences of their clients and of themselves. As Reed (2001) points out, although there is an irreducible element of power dependence or control in all trust relationships, it is also important to acknowledge that ‘social actors can and do play a crucial role in creating new combinations of compliance and commitment, power and autonomy, control and trust’. Hence, the cooperative relations developed within this setting relate to agents’ respective capacities to make informed decisions about their organization.” (JENKINS Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce**. Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 883. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.)

¹³⁸ No original: “As such, as organizations utilize normative controls to elicit employee commitment through ensuring that employees identify with their organization—this study investigates the mechanisms which informed employees’ identification to VoiceTel. This assessment illustrated that the three key mechanisms of identification relating to the organizational value system, tripartite social relations and the nature of work overlapped and became mutually reinforcing. It was evident that the connected nature of these three mechanisms of identifications informed the high degree of ‘happiness’ reported by the workforce.” Cf. JENKINS Sarah; DELBRIDGE; Rick. In: **Pursuit of happiness: A sociological examination of employee identifications amongst a ‘happy’ call-centre workforce**. Organization. vol. 21, n. 6, 2014, p. 884. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508413491444>. Acesso em: mar. 2018.

presumivelmente, garante a sua felicidade no ambiente de trabalho e o sucesso da organização empresarial.

Sobre subordinação e autonomia, ressalta-se o entendimento de Letícia Mara Pinto Ferreira:

[...] as incontáveis transformações no cenário econômico e social manifestadas notadamente pelas inovações tecnológicas fizeram eclodir novas profissões provenientes de uma economia industrial para uma economia pós-industrial e incitaram a crise da tradicional dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, pois os modelos típicos submetidos à linha divisória da relação empregatícia passaram a enfrentar dificuldades para solucionar tantas variações¹³⁹.

Com efeito, a partir da crise da dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado face às transformações vividas pela sociedade pelo advento das tecnologias¹⁴⁰, defende-se a autonomia do trabalhador sem vínculo empregatício como uma forma de manifestação da sua liberdade de escolha; porque assim o quer, isso é, ser trabalhador autônomo. Nesse sentido, defende-se que uma proteção jurídica trabalhista deve ser dispensada a essa categoria de trabalhadores, como pretende-se demonstrar no tópico seguinte.

2.4.2.2 O trabalhador autônomo

Além da necessária dosagem protetiva dentro da relação de emprego, o sistema jurídico deve lançar preocupações a uma categoria de trabalhadores que não possuem vínculo empregatício, qual seja, os autônomos¹⁴¹. O direito do trabalho, enquanto ciência jurídica que regulamenta as relações de trabalho, deve regular e proteger os autônomos. Em muitas situações, os trabalhadores autônomos são hipossuficientes, devendo ser contemplados e protegidos pelo direito do trabalho.

¹³⁹ FERREIRA, Letícia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justrabalhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017, p. 93-94.

¹⁴⁰ A construção do modelo produtivo flexível exigiu romper com os padrões de referência da subordinação jurídica, cujas características são extraídas do modelo taylorista/fordista de produção, portanto, construídas em contexto de produção homogênea, modelo fabril vertical e organização do trabalho sistematizada hierarquicamente, com rígida parcialização e especialização do trabalho. (REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 158).

¹⁴¹ No Brasil, o número de trabalhadores por conta própria chegou a 24,6 milhões de pessoas em 28 de fevereiro de 2020 e ficou estável em relação ao trimestre móvel anterior. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26978-taxa-de-desocupacao-e-de-11-2-e-taxa-de-subutilizacao-e-23-2-no-trimestre-encerrado-em-janeiro-de-2020>. Acesso em: abr. 2020).

Propõe-se uma proteção jurídica aos trabalhadores autônomos, ou seja, aqueles sem vínculo de emprego. Vislumbra-se a necessidade de uma regulamentação para esses trabalhadores¹⁴². Cumpre destacar, por exemplo, que, na Espanha, a Lei nº 20 de 2007 e o Real Decreto 197 de 2009 criaram a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, o qual é definido pelo artigo 11 da mencionada lei como aquele que “realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual depende economicamente em virtude de receber dela ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissionais”.

A figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, prevista na Lei 20 de 2007 da Espanha, surgiu para aquelas situações em que não há relação de emprego, mas há uma não eventualidade da prestação de serviços a um mesmo tomador, de forma flexível. Assim, a autonomia do trabalhador é mesclada com certo controle exercido pelo tomador do serviço. Essa forma de trabalho estaria presente, por exemplo, em representantes comerciais que possuem liberdade quanto ao horário de trabalho e visita a clientes, mas ao mesmo tempo respeitam regras impostas pela empresa representada, seguem suas diretrizes, utilizam-se da estrutura empresarial do tomador e prestam os serviços de maneira continuada e com pessoalidade.

Ressalta-se que esse não é o caso pretendido para o Brasil, na medida em que se analisa o trabalhador autônomo que, muitas vezes, é hipossuficiente e não se encontra tutelado pela legislação trabalhista brasileira¹⁴³ e que trabalha para diversos tomadores de serviços, pessoas físicas ou jurídicas, sem ser de forma predominantemente. A proposta, no presente trabalho, é exatamente a pretendida na norma contida no art. 442-B da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017, isso é, o trabalhador autônomo afasta a qualidade de empregado do art. 3º da CLT, todavia, esse trabalhador poderá ter alguns direitos trabalhistas, dada a sua

¹⁴² Nesse panorama, é interessante a recente proposta realizada por Freedland e Kountouris. Esses autores também propõem o abandono da noção de subordinação como definição do âmbito do direito do trabalho. Deve-se notar que esses autores não propõem a modificação do âmbito subjetivo do contrato de trabalho – que continuaria limitado à subordinação –, mas que sua proposta é a de incluir dentro do âmbito do direito do trabalho outras relações de trabalho pessoais, que atualmente encontram-se no âmbito do direito privado. (SIGNES, Adrian Todolí. O mercado de trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tradução de Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 40-41.)

¹⁴³ Art. 442-B, CLT – A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação (BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 2017).

condição de hipossuficiência, sem ser empregado, ou seja, sem ser subordinado, pois a liberdade e a autonomia são pretendidas por esse tipo de trabalhador.

Por analogia, poder-se-ia utilizar algumas regras da Lei 20 de 2007 da Espanha para regular o trabalhador autônomo no Brasil e lhe atribuir alguns direitos. Como, por exemplo, o direito a férias. O trabalhador autônomo economicamente dependente (na Espanha) tem direito a férias anuais de 18 dias úteis¹⁴⁴. Além disso, seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. Nesse caso, poder-se-ia aplicar por analogia a regra contida no art. 22, inciso II, alíneas 'a', 'b' e 'c', da Lei 8.212 de 1991¹⁴⁵, de tal modo que seria obrigatório ao tomador de serviços pagar uma porcentagem a título de seguro de acidente do trabalho, por exemplo. No Direito brasileiro, há proteção previdenciária ao trabalhador autônomo, mas não há nenhuma proteção trabalhista a essa categoria de trabalhadores.

Para os fins do direito previdenciário, o trabalhador autônomo¹⁴⁶ “é o trabalhador que, não sendo classificado como outro segurado, agindo independentemente, presta serviços

¹⁴⁴ Art. 14 - Jornada de la actividad profesional.

1. El trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a una interrupción de su actividad anual de 18 días hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional. (ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO. **Ley 20/2007**, de 11 de julio. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>. Acesso em: abr. 2018).

¹⁴⁵ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998):

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
 b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
 c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave. (BRASIL. **Lei. 8.212 DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm.)

¹⁴⁶ Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social)

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

V - como contribuinte individual

§ 15. Enquadram-se nas situações previstas nas alíneas "j" e "l" do inciso V do caput, entre outros:

I - o condutor autônomo de veículo rodoviário, assim considerado aquele que exerce atividade profissional sem vínculo empregatício, quando proprietário, co-proprietário ou promitente comprador de um só veículo;

II - aquele que exerce atividade de auxiliar de condutor autônomo de veículo rodoviário, em automóvel cedido em regime de colaboração, nos termos da Lei nº 6.094, de 30 de agosto de 1974;

III - aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seu risco, exerce pequena atividade comercial em via pública ou de porta em porta, como comerciante ambulante, nos termos da Lei nº 6.586, de 6 de novembro de 1978;

IV - o trabalhador associado a cooperativa que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros;

V - o membro de conselho fiscal de sociedade por ações;

VI - aquele que presta serviço de natureza não contínua, por conta própria, a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, sem fins lucrativos;

remunerados para pessoa física ou jurídica”¹⁴⁷. Para o direito civil, “pode-se definir o autônomo como uma pessoa física que, independentemente e mediante honorários previamente avençados, presta serviços à pessoa física ou jurídica”¹⁴⁸. Autônomo é, portanto, o trabalho prestado por pessoa física não sujeita às leis trabalhistas. Ele rege-se pelos artigos 593 a 609 do Código Civil¹⁴⁹.

Segundo Wladimir Novaes Martinez:

O autônomo é um profissional que tem os instrumentos próprios do seu ofício e trabalha mediante remuneração previamente ajustadas em contrato de honorários cujo objetivo é o resultado adensado e, de estar te, se distinguindo de outro segurados obrigatórios e facultativos. Opera por conta própria. Um prestador independente de serviços, como dito geralmente profissional, exercita habitualmente atividade remunerada para terceiros, assumindo os riscos de quase toda ordem inerentes a esta execução. O contrato estabelecido com pessoas ou empresas é nitidamente civil. Não é trabalhista. O importante nessa relação é a tarefa ajustada em si ou a obra, enfim, o resultado do trabalho¹⁵⁰.

Com efeito, percebe-se claramente que, tanto na doutrina quanto na legislação, o autônomo não tem qualquer proteção jurídica trabalhista, pois é regulamentado pelo direito civil e pelo direito previdenciário, devendo o direito do trabalho dispensar algum tipo de proteção jurídica a essa classe de trabalhadores.

Além dessa preocupação com o trabalhador autônomo, o direito do trabalho deve prescrever uma regulamentação para cada tipo de relação de trabalho (que se pode observar de forma empírica), inclusive de emprego, tendo em vista as mais variadas relações jurídicas empregatícias, levando em consideração o nível de hipossuficiência de cada empregado, as suas especificidades e a real necessidade de proteção ao obreiro.

VII - o notário ou tabelião e o oficial de registros ou registrador, titular de cartório, que detêm a delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerados pelos cofres públicos, admitidos a partir de 21 de novembro de 1994;

VIII - aquele que, na condição de pequeno feirante, compra para revenda produtos hortifrutigranjeiros ou assemelhados;

IX - a pessoa física que edifica obra de construção civil;

X - o médico residente de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981.

XI - o pescador que trabalha em regime de parceria, meação ou arrendamento, em embarcação de médio ou grande porte, nos termos da Lei nº 11.959, de 2009;

XII - o incorporador de que trata o art. 29 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

XIII - o bolsista da Fundação Habitacional do Exército contratado em conformidade com a Lei nº 6.855, de 18 de novembro de 1980;

XIV - o árbitro e seus auxiliares que atuam em conformidade com a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

XV - o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando remunerado;

XVI - o interventor, o liquidante, o administrador especial e o diretor fiscal de instituição financeira de que trata o § 6º do art. 201. (BRASIL. **Decreto n. 3.048**, de 06 de maio de 1999.)

¹⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Autônomo no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018, p. 17.

¹⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Autônomo no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018, p. 17.

¹⁴⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Autônomo no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018, p. 13.

¹⁵⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Autônomo no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018, p. 17.

2.4.2.3 Relações de trabalho observáveis empiricamente

A título ilustrativo do que se pretende criar para o direito do trabalho brasileiro, propõe-se um esquema¹⁵¹ que inclui algumas possíveis relações de trabalho observáveis empiricamente, a sua tipologia e a prescrição sobre como regulamentar cada tipo de relação de trabalho, em especial as benéficas e necessárias¹⁵²¹⁵³:

Tabela 1 – Tipologia para as relações de trabalho no Brasil

TIPOLOGIA – relações de trabalho observáveis empiricamente	CONCEITO	PRESCRIÇÃO SOBRE COMO REGULAMENTAR CADA TIPO DE RELAÇÃO DE TRABALHO, EM ESPECIAL AS BENÉFICAS E NECESSÁRIAS
A	As atividades que se enquadram na tipologia A são de caráter residual e genérico. As atividades e/ou profissões não enquadradas nas tipologias B ou C podem ser inseridas na tipologia A. O trabalhador inserido na tipologia A é hipossuficiente, sendo a proteção jurídica trabalhista necessária e benéfica ao mesmo.	O intérprete ao analisar a relação jurídica deve conferir toda a proteção legal, jurídica e principiológica ao trabalhador, tendo em vista que ele necessita dessa relação laboral para ter uma vida digna.
B	As atividades enquadram-se na tipologia B em razão do trabalho intelectual exercido. A exigência de formação em Curso Superior e a seletividade do acesso à profissão são fatores que contribuem para a hipersuficiência do trabalhador. A necessidade de uma proteção jurídica trabalhista vai depender do contexto, isso é, vai depender se a profissão em análise (tipologia B) for a única do trabalhador para que ele tenha uma vida digna. Se, além da profissão elencada na tipologia B, o trabalhador tiver outra profissão, a proteção trabalhista será desnecessária, até porque, como intelectual, este trabalhador tem maior acesso à informação, o que permite desenvolver uma visão crítica do seu trabalho e desenvolver demandas perante os seus empregadores.	O intérprete ao analisar a relação jurídica deve conferir toda a proteção legal, jurídica e principiológica ao trabalhador somente se a relação laboral em análise for a única profissão do trabalhador para que ele tenha uma vida digna.

¹⁵¹ Tabela feita pelo próprio autor.

¹⁵² *não há possibilidade de distribuir uma proteção maior ou menor a depender da profissão e/ou da atividade. Não se analisa as profissões em si. Um motorista pode não precisar de proteção, por exemplo.

¹⁵³ *Diante do contexto da relação jurídica em análise, o intérprete, na tomada de decisão, analisará se a proteção é benéfica e necessária ao trabalhador. Assim, o contexto será analisado.

Nesse sentido, é relevante trazer os ensinamentos de Leandro de Dorneles, que, a partir de um estudo de vários autores, conclui:

Por um lado, temos a necessidade de padronização das condições de trabalho, sob pena de afronta a princípios fundamentais como o da livre concorrência, da igualdade, ou então, de efeitos sociais reversos como o da segregação de determinados nichos de trabalhadores (“dumping social”). Por outro lado, há uma necessidade de diferenciação, considerando que o trabalho, enquanto expressão da própria personalidade humana e de suas necessidades, instrumentaliza-se por meio a uma relação jurídica cujo objeto é um dar-se a si mesmo (SUPIOT, 2016, p. 61-144) e, como tal, naturalmente apresenta traços de particularidade e deve comportar diferenciações em seus regimes jurídicos. Como formulação geral deste aparente paradoxo, Deveali (1953) propõe que eventuais diferenciações (segundo corolário) sejam preferencialmente contemplados pela via autocompositiva (negociações coletivas de trabalho, com a participação direta das representações de classes interessadas), em afinidade ao que contemporaneamente Delgado (2011), no âmbito laboral, denomina “princípio da adequação setorial negociada”, ou ainda, alargando-se o foco para a legislação social como um todo, ao que se tem definido atualmente por concertação social (REIS, 2017, p. 199-206). Em sentido análogo e com conclusões equivalentes, Muñoz Ramon (1976), ao analisar o que denomina “política-jurídica laboral”, propõe dentre os seus postulados gerais de “harmonização das relações laborais” a convivência dos “princípios” da igualdade, da desigualdade e da proteção e, dentre seus postulados gerais de “restauração da harmonia e da proporcionalidade perdidas nas relações laborais”, o princípio da “autocomposição”¹⁵⁷.

Diante do contexto das relações jurídicas em análise, o intérprete, na tomada de decisão, analisará se a proteção é benéfica e necessária ao trabalhador. Isso implica dizer que o contexto será analisado, sendo necessário, portanto, fazer uma diferenciação entre os atores sociais e, conseqüentemente, atribuir tratamento diferenciado, a depender do caso concreto. Se a conclusão do intérprete for no sentido de não dispensar proteção jurídica trabalhista ao trabalhador, esta não será atribuída ao indivíduo, ou será, pelo menos, dosada, de acordo com a necessidade do trabalhador, conforme as proposições anteriormente ilustradas.

Além disso, deve ser feita uma análise prospectiva, levando em conta a geração de empregados dos próximos anos. Essa geração é marcada pela autonomia e cresceu na economia compartilhada. Um modelo de relação empregatícia engessada e subordinada – tal como o que se tem, hoje, no Brasil — talvez sucumbirá em razão do perfil do prestador de serviços dos dias atuais e dos que estão por vir. Tudo mudou¹⁵⁸. As relações mudaram. A tecnologia é disruptiva e impacta, de forma profunda, as relações de trabalho. Nesse sentido,

¹⁵⁷ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Segurança jurídica, ciência da legislação Laboral e reformas trabalhistas: um diálogo entre clássico e contemporâneo. In: GONÇALVES, Leandro Krebs; LEDUR, José Felipe. **Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. v 2 . 1, n. 1, p. 2, jan./jun. 2019. Porto Alegre: Tribunal Regional da 4ª Região, 2019, p. 130-131.

¹⁵⁸ O gênero humano está perdendo a fé na narrativa liberal que dominou a política global em décadas recentes, justamente quando a fusão da biotecnologia com a tecnologia da informação nos coloca diante das maiores mudanças com que o gênero humano já se deparou. Cf. HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Traduzido por Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

importante refletir: por que o modelo brasileiro de relação de emprego também não irá mudar?¹⁵⁹

O Brasil não pode seguir sendo um país de ilusões quanto à tutela do trabalhador, tampouco no que refere à possibilidade de o trabalho ser capaz de permitir o nascimento de uma jurisprudência conflituosa e de decisões judiciais absolutamente contraditórias, com um grau de insegurança jurídica tremenda. É preciso enxergar muito mais à frente. Necessita-se de sindicatos fortes e independentes, de convênios coletivos que abrangem trabalhadores nacionais e estrangeiros. Não faz sentido não se reconhecer as negociações coletivas, não regular a ultratividade das normas coletivas ou não permitir o fracionamento de férias aos trabalhadores, por exemplo. Necessita-se de um Código do Trabalho que seja claro, preciso e coerente com as mudanças econômicas e de produção, tais como as que marcam a atualidade. É necessário que se deixe de lado as vaidades e os juízos privados e que comecemos a ter por objetivo o novo mundo que se mostra à nossa frente. Se faz necessária uma reforma integral do direito e do processo do trabalho que não seja populista e que possa garantir direitos mínimos, reduzindo a desigualdade social (ou quiçá acabar com ela) e possibilitando o cumprimento dos direitos mínimos já acenados pela OIT em seus programas do trabalho decente e da globalização equitativa¹⁶⁰.

O Direito desenvolve-se de maneira adequada a partir do caso particular em análise, implicando um raciocínio consequencialista na justificação da tomada de decisão¹⁶¹, isso é, o contexto da relação jurídica que está sob análise e as consequências da tomada de decisão do intérprete devem ser levados em consideração para decidir-se de uma forma ou de outra.

A Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista, já sinaliza no mesmo sentido de dosar as proteções jurídicas nas relações de emprego. A título ilustrativo, verifica-se a inclusão da norma contida no parágrafo único do art. 444 da CLT¹⁶², que prevê a autonomia

¹⁵⁹ A partir da reestruturação produtiva advinda da tecnologia informacional – principalmente nas multinacionais –, cria-se um exército global de reserva de trabalhadores da informação, que estão prontos para realizar múltiplas tarefas, substituir outros empregados, compondo o cybertariado. Esse grupo de trabalhadores se vincula e se adequa à lógica do capitalismo na era digital, da telemática e da informática, sejam eles trabalhadores manuais ou intelectuais. (VASCONCELOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares; NUNES, Talita Camila Gonçalves. Tecnologia da informação e seus impactos nas relações capital-trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 92-93.)

¹⁶⁰ NAHAS, Thereza Christina. A reforma do direito do trabalho no marco de globalização econômica e dos pactos internacionais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 176, p. 10, abr. 2017.

¹⁶¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 136-137.

¹⁶² Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no

da vontade no direito do trabalho ao dispor que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no que concerne às hipóteses previstas no art. 611-A da CLT¹⁶³, em tudo quanto não contravenha as disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Outra inclusão feita pela Lei 13.467/2017 foi a do método alternativo de resolução de conflitos: a arbitragem¹⁶⁴. A arbitragem trabalhista foi criada para altos empregados com remuneração diferenciada, sendo presumida uma menor intensidade de subordinação¹⁶⁵.

A reforma trabalhista acabou prestigiando a autonomia da vontade das partes no direito do trabalho. Como se vê, o legislador adotou critério meramente econômico para conferir dosimetria à subordinação jurídica. O empregado detém autonomia para negociar suas condições contratuais diretamente com o empregador (hipótese do parágrafo único do art. 444 da CLT) e pode contratar cláusula compromissória de arbitragem (caso do referido art. 507-A da CLT)¹⁶⁶.

Portanto, na relação de emprego, vê-se a necessidade de dosar as proteções e, na relação de trabalho *lato sensu*, incluir proteção à categoria do trabalhador autônomo, de forma que, assim, todos os trabalhadores terão direitos assegurados, e não somente uma classe de trabalhadores, tal como é hoje: a dos empregados.

caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

¹⁶³ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre

[...]

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente. [...]

¹⁶⁴ Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 2017).

¹⁶⁵ Sobre arbitragem trabalhista, ver mais em: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 73, p. 26-42, nov. 2018.

¹⁶⁶ Sufragada na concepção de que os trabalhadores teriam condições de negociar com seu empregador, em verdadeira reorientação motriz do Direito do Trabalho, esta lei passou a permitir que empregados com patamar remuneratório relativamente elevado e curso superior negociem o conteúdo contratual, com força normativa superior à lei, nas hipóteses do parágrafo único do art. 444, combinado com o art. 611-A, ambos da CLT. Uma espécie de negociado sobre o legislado. Não propriamente uma *negociação coletiva* com a participação do sindicato, mas uma pactuação direta interpartes. A estes empregados com remuneração superior a duas vezes o valor do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, a doutrina vem chamando de *hipersuficiente*, nomenclatura que os diferencia dos hipossuficiente. (DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 73, nov. 2018, p. 27).

No próximo capítulo, analisar-se-á o teletrabalho como forma de prestação de serviços que, em sua modalidade transnacional, permite a imigração digital ou tecnológica. O teletrabalho traz intrínsecas as características de imperioso uso de tecnologia e de maior autonomia do prestador de serviços. Serão analisadas as implicações jurídicas, em especial os possíveis conflitos de leis trabalhistas no espaço, para, assim, em momento posterior deste estudo, trabalhar uma plausível solução às problemáticas daí decorrentes.

3 O TELETRABALHO TRANSNACIONAL COMO UMA NOVA FORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

Vive-se um tempo de novos direitos, contemporâneas profissões, modernos métodos de trabalho, novas tecnologias, encontrando-se o Direito diante de atuais paradigmas e indagando-se acerca do rumo que se quer tomar a partir da origem de conflitos derivados de tudo isso.

Sobre os novos direitos, há que se falar ainda de um embrionário Direito de informação, que tem se mostrado de fundamental importância em qualquer campo, desde a mais modesta vida pessoal, até a saúde financeira das grandes instituições ou dos Estados. A rapidez na transmissão dos acontecimentos, dos dados e das informações se tornou fundamental para as decisões na atualidade¹⁶⁷.

O impacto das novas tecnologias, a globalização da economia, a redução das tarifas alfandegárias, o surgimento de novas profissões e a aproximação entre mercados constituem algumas das causas do surgimento das relações de trabalho em âmbito internacional. É nesse cenário que surge a figura do teletrabalho transnacional, que se realiza transpondo (mesmo que virtualmente) as fronteiras de um país.

Nesse contexto, analisar-se-á, no presente capítulo, a figura do teletrabalho, abordando alguns conceitos e características e, ainda, o objeto do presente estudo, qual seja, o teletrabalho transnacional e a possibilidade de um conflito de leis trabalhistas no espaço¹⁶⁸.

¹⁶⁷ SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2566>. Acesso em: maio 2019.

¹⁶⁸ Possibilidade de um conflito de leis trabalhistas no espaço, que pertence ao Direito Internacional Privado, como será demonstrado adiante, e não de antinomia de leis, pertencente à Introdução à Ciência do Direito. Nesse sentido: A antinomia ocorre quando existem duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503). Antinomia pode ser um conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma ou um princípio geral de direito em sua aplicação ao caso particular. As normas entram em conflito por regular a mesma matéria de maneira diferente, não se sabendo qual delas deverá ser aplicada ao caso singular (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100). Com efeito, tem-se a chamada antinomia de direito internacional, a qual acontece entre convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de direito (Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38), normas criadas pelas organizações internacionais e atos jurídicos unilaterais (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 505). Ainda, pode haver antinomia de direito interno-internacional, que surge entre norma de direito interno e norma de direito internacional, e resume-se no problema das relações entre dois ordenamentos, na prevalência de um sobre o outro na sua coordenação (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 505).

3.1 DO TELETRABALHO: O USO DA TECNOLOGIA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O teletrabalho é modalidade de prestação de serviços à distância, a partir da qual alguém presta serviços por meio das ferramentas de comunicação e informação, distante geograficamente de seu tomador de serviços e a partir de qualquer lugar.

Assim, segundo Denise Fincato, “O teletrabalho é modalidade de prestação de serviços inequivocamente flexibilizatória: flexibiliza o tempo e o espaço do trabalho em face de seu modelo clássico, cunhado na era da Revolução Industrial”¹⁶⁹.

As realidades do *call center* e do teletrabalho estão vinculadas a discussões sobre a sociedade da informação, em um contexto no qual a reconfiguração do tempo e do espaço pode afetar significativamente a divisão do trabalho e as formas de trabalho pelas quais as organizações funcionam, aproveitando-as e transformando-as em conhecimento. A retórica da "sociedade da informação" e termos como "supervia da informação" refletem a construção social da tecnologia em termos de seus efeitos e as relações de poder que cercam seu desenvolvimento¹⁷⁰.

Os discursos da sociedade da informação, em grande medida, têm suas origens na escrita da sociedade pós-industrial. Isso pressagia a reconfiguração da força de trabalho e da economia por meio de novas tecnologias. A tecnologia é vista como o impulsionador da mudança fenomenal. Além da crescente apropriação de tecnologia nas organizações, a sociedade e os sistemas econômicos serão cada vez mais baseados na criação, no compartilhamento, na disseminação e no uso estratégico da informação para facilitar a inovação, o desenvolvimento de novas indústrias, empregos, bem como bens e serviços. Na última década, a construção de infraestrutura, redes de TIC (tecnologia da informação e da comunicação) e a apropriação e difusão de tecnologia no mundo em desenvolvimento e no mundo desenvolvido têm criado novos mercados e conexões. Essas conexões permitiram novas formas de redes globais com diferentes esferas de atividade. A noção de virtualidade emergiu liberada de suas restrições espaciais. O trabalho pode ocorrer nessas estruturas

¹⁶⁹ FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 59, fev. 2019.

¹⁷⁰ No original: Narratives of the call centre and telework are bound with discussions of the information society where the reconfiguration of time and space can significantly affect the division of work, forms of labour, as well as the ways in which organizations function by leveraging on information and turning it into knowledge. The rhetoric of the ‘information society’ and terms such as the ‘information superhighway’ reflect the social construction of technology in terms of their effects and the power relations surrounding their development (IBRAHIM, Yasmin. Temporality, space and technology: time-space discourses of call centres. **New Technology, Work and Employment**, v. 27, n. 1, p. 27-28, fev. 2012).

eletrônicas, gerando novas formas e práticas para tal. Trabalhar virtualmente nessas redes eletrônicas globais une a metáfora do espaço a esses discursos da sociedade da informação como uma abstração e como uma realidade em que o trabalho que ocorre nas redes globais pode não ser visível, mas está presente. A esfera virtual constrói o espaço através do trabalho imaterial e dos movimentos de dados que invadem as noções convencionais de lugar e espaço. Castells refere-se ao "informacionalismo", no qual o espaço dos lugares é substituído pelo espaço de fluxos através da interface das redes. As TICs aniquilam o tempo, comprimindo-o e reconfigurando-o. O "tempo atemporal" da pós-modernidade de Castells é caracterizado pelo re-sequenciamento do tempo através de sua compressão e descontinuidade. Sassen ressalta que a ascendência das finanças e a desmaterialização de muitas atividades econômicas tornam-se significativas quando justapomos as diferentes temporalidades que elas fomentam como a disjunção entre as temporalidades material e digital¹⁷¹.

O uso da tecnologia da informação e da comunicação propiciou o surgimento da sociedade da informação. A partir desse cenário, transformações de ordem cultural, institucional, empresarial, dentre outras, ocorreram na sociedade, transformando-a na Sociedade do Conhecimento. É nesse contexto que surge, no campo empresarial, a figura do teletrabalho.

O *scientific management*¹⁷², a escola das relações humanas, a dos recursos humanos, a de sistemas técnico-sociais e logo a organização por projeto, a organização por matriz, a

¹⁷¹ No original: The discourses of the information society to a large extent have their origins in the writing post-industrial society. It portends the reconfiguration of labour force and economy through new technologies. Technology is seen as the driver for phenomenal change. Beyond the increasing appropriation of technology in organisations, society and economic systems will be increasingly based on the creation, sharing, dissemination and strategic use of information to facilitate innovation, development of new industries, jobs as well as goods and services. In the last decade, the building up of infrastructure, ICT networks and the appropriation and diffusion of technology in the developing and developed world has created new markets and connections. These connections have enabled new forms of global networks with different spheres of activity. The notion of virtuality has emerged liberated from its spatial constraints. Work and immaterial labour can occur in these electronic frameworks while integrating new forms of labour and work practices. The ability to work virtually in these metal global electronic networks conjoins the metaphor of space with these discourses of the information society both as an abstraction and as a reality where work taking place in the global networks may not be visible but is nonetheless present. The virtual sphere constructs space through immaterial labour and movements of data that derail conventional notions of place and space. Castells (1996) refers to 'informationalism' where space of places is replaced with space of flows through the interface of networks. ICTs annihilate time by compressing it and reconfiguring it. Castells' 'timeless time' of postmodernity is characterised by the re-sequencing of time through its compression and discontinuity. Sassen (2001: 222) points out that the ascendancy of finance and the dematerialisation of many economic activities become meaningful when we juxtapose the different temporalities that they foster as the disjuncture between material and digital temporalities. (IBRAHIM, Yasmin. *Temporality, space and technology: time-space discourses of call centres. New Technology, Work and Employment*, v. 27, n. 1, p. 28, fev. 2012).

¹⁷² O principal objetivo da gerência deve ser garantir a máxima prosperidade para o empregador, juntamente com a máxima prosperidade para cada funcionário. As palavras "prosperidade máxima" são usadas, em seu sentido amplo, para significar não apenas grandes dividendos para a empresa ou proprietário, mas também o desenvolvimento de cada ramo da empresa no seu mais alto estado de excelência, para que a prosperidade seja

organização ágil, o *just-in-time*¹⁷³, o *outsourcing*¹⁷⁴ e o teletrabalho multiplicaram a eficiência das fábricas, dos escritórios, dos transportes, da comunicação, da distribuição. Foi o *management* que introduziu as novas tecnologias nos locais de trabalho, nas casas, nas diversões. Foi ele que criou as empresas rede, as multinacionais, os distritos industriais, a globalização da economia, dos gostos, do consumo. Bem ou mal, os homens da organização mudaram o mundo no século XX muito mais do que os políticos, os padres, os militares ou os juristas.¹⁷⁵

O sociólogo Domenico De Masi assim pronuncia-se:

[...] agora que o *teletrabalho* pós-industrial está novamente espalhando os operadores como na época rural mas os mantém coligados através das redes de informática, agora também o tempo livre é consumido sobretudo por meio de diversões ubíquas, difundidas até no âmbito doméstico e móvel por meio do rádio, da televisão e da Internet, com a possibilidade de interação à distância dos usuários, com utilização simultânea de vários meios de comunicação¹⁷⁶.

Nesse diapasão, vislumbra-se o teletrabalho como uma nova forma de prestação dos serviços, isso é, permitido pelos meios informacionais e comunicacionais, por meio da

permanente. Da mesma forma, a máxima prosperidade para cada funcionário significa não apenas salários mais altos do que os geralmente recebidos pelos homens de sua classe, mas, mais importante ainda, significa também o desenvolvimento de cada homem em seu estado de máxima eficiência, para que ele possa ser capaz de fazer, de um modo geral, o mais alto grau de trabalho para o qual suas habilidades naturais se encaixam nele, e isso significa dar a ele, sempre que possível, essa classe de trabalho. No original: The principal object of management should be to secure the maximum prosperity for the employer, coupled with the maximum prosperity for each employee. The words "maximum prosperity" are used, in their broad sense, to mean not only large dividends for the company or owner, but the development of every branch of the business to its highest state of excellence, so that the prosperity may be permanent. In the same way maximum prosperity for each employee means not only higher wages than are usually received by men of his class, but, of more importance still, it also means the development of each man to his state of maximum efficiency, so that he may be able to do, generally speaking, the highest grade of work for which his natural abilities fit him, and it further means giving him, when possible, this class of work to do. (TAYLOR, Frederick Winslow. **The Principles of Scientific Management**. Overland Park: Digireads, 2011, p. 02-03).

¹⁷³ O *just-in-time* (JIT) é uma abordagem disciplinada, que visa aprimorar a produtividade global e eliminar os desperdícios. Possibilita a produção eficaz em termos de custo, assim como o fornecimento apenas da quantidade necessária de componentes, na qualidade correta, no momento e locais corretos, utilizando o mínimo de instalações, equipamentos, materiais e recursos humanos. O JIT é dependente do balanço entre a flexibilidade do fornecedor e a flexibilidade do usuário. É alcançado através da aplicação de elementos que requerem envolvimento total dos funcionários e trabalho em equipe. A filosofia-chave do JIT é a simplificação. (SOUSA, Francisco Kegenaldo Alves de. **Just in time: o impacto provocado pela sua implantação**. Campina Grande: ePUB, 2014, p. 605).

¹⁷⁴ Basicamente, o termo *outsourcing* é uma expressão em inglês literalmente traduzida para o português como terceirização. No mundo dos negócios, o *outsourcing* é um processo usado por uma empresa onde outra organização é contratada para desenvolver atividades de uma área da empresa. Trazendo isto para o mundo corporativo, pode-se concluir que o termo *outsourcing* se refere à contratação ou fornecimento de serviços ou produtos contratados de empresas especializadas. (SILVA, Pâmella. **Outsourcing e Gestão de Fornecedores: conceito e prática**. São Paulo: Amazon editora, 2017).

¹⁷⁵ DE MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na Sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 2010, p. 185.

¹⁷⁶ DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 2010, p. 212.

internet. A partir desse novo paradigma, percebe-se que surge um trabalho mais intelectualizado, o que foge daquele que existia à época industrial, de chão de fábrica. Pode-se dizer que a matéria-prima desse tipo de trabalho – mais intelectual – portanto, é a informação, que se propaga em velocidade antes jamais conhecida.

O uso das tecnologias, como a internet sem fio, foi, cada vez mais, aumentando em razão da explosão da possibilidade de sua utilização de maneira móvel. Nesse sentido, isso se aproxima de um modelo emergente de trabalho, isso é, a existência de um trabalhador nômade, ou a possibilidade de um escritório em movimento. Isso porque os profissionais relacionam-se com seus clientes de forma direta e pessoal, viajando pelo país e pelo mundo, ao mesmo tempo, mantendo contato com o escritório via internet e telefones móveis. Nos dias atuais, as empresas estão reduzindo os serviços de escrivania de seus empregados, de modo que usem o espaço apenas quando ele é de fato necessário.¹⁷⁷

Como regra geral, setores cujo trabalho envolve componentes informativos muito elevados são os mais compatíveis com o teletrabalho. Exemplo disso é a informação, que é suscetível à digitalização, que, por sua vez, faz com que seja possível trabalhar remotamente¹⁷⁸.

Além de trabalhar em mundos virtuais, também estamos vendo o surgimento de *crowdsourcing*¹⁷⁹ e *clickworking*¹⁸⁰, nos quais tarefas complexas são divididas e distribuídas para milhares de trabalhadores em todo o ciberespaço, e depois consolidadas em um produto acabado. Em outros textos usa-se a expressão “trabalho virtual” como uma frase abrangente para compreender o trabalho em mundos virtuais, *crowdsourcing*, *clickworking*, até mesmo englobando, até certo ponto, o teletrabalho comum e os “executivos móveis” que se tornaram

¹⁷⁷ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luísa X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 192.

¹⁷⁸ Ver mais em: As a rule, sectors whose work involves very high informational components are the most telework-compatible, as information is susceptible to digitization which, in turn, makes it possible to perform jobs remotely. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 13. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

¹⁷⁹ É a antítese do fordismo, a mentalidade da linha de montagem que dominou a era industrial. O crowdsourcing ativa a presunção de que todos somos criadores - artistas, cientistas, arquitetos e designers, em qualquer combinação ou ordem. Ele tem a promessa de liberar o potencial latente do indivíduo para se destacar em mais de uma vocação e explorar novos caminhos para a expressão criativa. De fato, contém o potencial - ou alternativamente, a ameaça - de tornar a ideia de uma vocação em si um artefato da era industrial. No original: In this sense crowdsourcing is the antithesis of Fordism, the assembly-line mentality that dominated the industrial age. Crowdsourcing turns on the presumption that we are all creators—artists, scientists, architects, and designers, in any combination or order. It holds the promise to unleash the latent potential of the individual to excel at more than one vocation, and to explore new avenues for creative expression. Indeed, it contains the potential—or alternately, the threat—of rendering the idea of a vocation itself an industrial-age artifact. (HOWE, Jeff. **Crowdsourcing**. Nova York: Crown Business, 2020, p. 13).

¹⁸⁰ Formato de trabalho realizado pelo meio digital (tradução livre).

onipresentes na década passada. Esses desenvolvimentos têm profundas implicações para o futuro da legislação trabalhista e, curiosamente, nenhum desses trabalhos é limitado pelas fronteiras tradicionais dos Estados-Nações¹⁸¹.

Os advogados, por exemplo, estão começando a estabelecer escritórios virtuais no *Second Life*¹⁸², mas até agora o modelo permite usar o *Second Life* para “captar” clientes que serão atendidos no “mundo real”. Portanto, não se trata de o *Second Life* mudar a “economia antiga”: as ocupações de serviço, mas de tornar o trabalho mais eficiente, evitar a necessidade de consultas ou conferências presenciais e fornecer uma maneira adicional de permanecer conectado – especialmente se os clientes estiverem geograficamente isolados dos prestadores de serviços. Por outro lado, há trabalhos inteiramente novos, como o de designer de avatar, que estão sendo desenvolvidos e definidos atualmente. Essas oportunidades de carreira coexistem e, na verdade, não teriam sido geradas, a menos que houvesse um mundo virtual. As novas habilidades técnicas de engenharia e de computação necessárias para atender às necessidades do mundo virtual resultam em maior demanda por trabalhadores no mundo virtual¹⁸³.

O advento do trabalho virtual, simultaneamente, oferece imensas oportunidades e desafios para os trabalhadores da nova economia digital. A nova tecnologia que permite a colaboração pode oferecer oportunidades extraordinárias para trabalhadores e empregadores. As limitações tradicionais à colaboração transnacional – viagens, reuniões, deslocamentos – podem ser minimizadas ou reduzidas. Os empregadores podem usar espaços virtuais para fazer contatos e recrutar talentos sem gastar dinheiro em transporte. Recentemente, em seu livro *The Wealth of Networks*, o professor Yochai Benkler descreveu o potencial do trabalho

¹⁸¹ Nesse sentido: In addition to work in virtual worlds, we are also seeing the rise of crowdsourcing and clickworking, in which complicated tasks are broken down and distributed to thousands of workers throughout cyberspace, then later consolidated into a finished product. In other writing, I have used the term “virtual work” as an umbrella phrase to encompass work in virtual worlds, crowdsourcing, clickworking, even encompassing, to some degree, the commonplace telecommuting and “mobile executives” that have become ubiquitous over the past decade. These developments have profound implications for the future of labor and employment law, and interestingly, none of this work is constrained by traditional nation-state borders. (CHERRY, Miriam A. **The Global Dimensions of Virtual Work**. Saint Louis University School of Law, Saint Louis, p. 01-02, 2010).

¹⁸² Ver mais sobre Second Life em <http://secondlife.com>.

¹⁸³ Ver mais em: Attorneys are beginning to establish virtual offices in Second Life, but so far the model is to use Second Life to meet clients, then take the clients into the “real world.” It is not so much that Second Life exactly changes these “old economy” service occupations. Rather, it may just make the work more efficient, obviate the need for in-person consultations or conferences, and provide an additional way to stay connected - especially if clients are geographically isolated from service providers. On the other hand, there are entirely new jobs, such as avatar designer, that are currently being developed and defined. These career opportunities coexist with, and, indeed, would not have been engendered unless there was a virtual world. New technical, engineering, and computer skills required to meet the needs of the virtual world sand the individuals who spend time there will result in increased demand for workers in the virtual world (CHERRY, Miriam A. **The Global Dimensions of Virtual Work**. Saint Louis University School of Law, Saint Louis, p. 03-04, 2010).

colaborativo no ciberespaço, especialmente em um cenário não mercantil. Certamente, a possibilidade de combinar trabalhadores e empregos no ciberespaço cria mais oportunidades e mercados de trabalho mais eficientes. O pensamento de trabalho virtual que permite que trabalhadores de cinco países diferentes se unam e colaborem em um projeto é atraente e permite o compartilhamento de ideias e pensamentos verdadeiramente diversos¹⁸⁴.

A origem do teletrabalho pode estar ligada ao ano de 1791, quando o engenheiro Claude Chappe, na França (que, à época, estava vivendo um período de alto índice de desemprego, e enfrentava um contexto no qual os trabalhadores urbanos tinham uma jornada de 16 horas em média) juntou-se aos seus irmãos para dar novos rumos à sua vida e ao mundo do trabalho e construiu a primeira linha telegráfica entre Paris e Lille¹⁸⁵.

Nesse cenário, cumpre destacar as ideias de Fincato e Cracco Neto:

Como o telégrafo foi desenvolvido por razões bélicas, no início, sua administração era feita pelo Ministério da Guerra. Em 1798, no entanto, ele passou a ser tutelado pelo Ministério do Interior. A partir de então podem ser distinguidos dois períodos da telegrafia aérea com desfecho em 1830. Antes do período da Monarquia Francesa e até seu fim, a administração era realizada por Pierre-François Marchal e, sobretudo, Alphonse Foy. Entretanto, em 1833, as Ordenações Reais de 24 de agosto criaram 38 artigos que definiam o estatuto de todos os (tele) trabalhadores das linhas telegráficas, muito embora este termo ainda não fosse utilizado na época – esses documentos são acessíveis, porém não são suficientemente legíveis¹⁸⁶.

A organização e o funcionamento do telégrafo ótico à época demonstra que já existia o teletrabalho, como indicam os pré-citados autores:

Um pessoal submetido a uma hierarquia rígida e bem definida fazia funcionar o telégrafo. Tratava-se de um regime praticamente militar. Ao topo, podia ser vista a administração central que considerada confusa pelos irmãos Chappe, começou a se (re) organizar a partir de 1823, sendo melhor definida dez anos mais tarde, passando a ser composta por três administradores, um chefe e dois adjuntos em quatro

¹⁸⁴ Nesse sentido: The advent of virtual work simultaneously provides immense opportunities and challenges for workers in the new digital economy. New technology allowing collaboration can provide remarkable opportunities for workers and employers alike. Traditional limitations on transnational collaboration - travel, meeting, commuting--can be minimized or reduced. Employers can use virtual spaces to make contacts and recruit talent without spending money on transportation. Recently, in his book *The Wealth of Networks*, Professor Yochai Benkler described the potential for collaborative work in cyberspace, especially in a non-market setting. Certainly, the possibility of matching workers and jobs in cyberspace creates more opportunities and more efficient labor markets. The thought of virtual work enabling workers from five different countries to join together and collaborate on a project is enticing it allows for the sharing of truly diverse ideas and thoughts. (CHERRY, Miriam A. **The Global Dimensions of Virtual Work**. Saint Louis University School of Law, Saint Louis, p. 06, 2010).

¹⁸⁵ FINCATO, Denise Pires; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: De Chappe a Nilles. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, ano 30, n. 358, out. 2013, p. 56-59.

¹⁸⁶ FINCATO, Denise Pires; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: De Chappe a Nilles. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, ano 30, n. 358, out. 2013, p. 63.

escritórios físicos e distantes das torres de telégrafo o que vem caracterizar o elemento topográfico, pré requisito para a constituição do teletrabalho [...] ¹⁸⁷.

O trabalho à distância desterritorializa o ambiente normal da prestação de serviços e esmaece a subordinação do trabalhador em relação ao empregador, criando novos paradigmas para a ciência jurídica. Portanto, o teletrabalho é modalidade de trabalho, a partir da qual alguém presta serviços por meio das ferramentas de comunicação e informação distante de seu tomador de serviços. Esta relação poderá ser autônoma ou subordinada.

Com efeito, as novas tecnologias e a globalização foram as grandes responsáveis pela relação, cada vez mais estreita, entre indivíduos, empresas e cidadãos de um modo geral, inclusive transpondo as barreiras de determinado país. Nas palavras de Thomas Friedman, houve um achatamento do mundo, na medida em que a presença física das pessoas e dos trabalhadores passa a ser insignificante ¹⁸⁸.

Segundo Vólia Bomfim Cassar,

[...] a globalização, a moderna informática e o progresso nas telecomunicações propiciaram o aumento de contratação de trabalhadores à distância. É possível e, algumas vezes até mais barato, a contratação de empregados que executem o serviço em sua própria casa, na rua ou praça, ou em outro estado ou país ¹⁸⁹.

O teletrabalho significa, de acordo com uma interpretação literal do termo, trabalho à distância ¹⁹⁰, mas, atualmente, ganha outra roupagem. Ou seja, nem todo o trabalho à distância será teletrabalho.

Para fins trabalhistas, nele, o teletrabalhador presta serviços de maneira constante e subordinada a empregador com estrutura principal localizada em região remota do local da efetiva prestação do serviço, em caráter oneroso ¹⁹¹. Para a prestação dos serviços, o trabalhador utiliza meios de telecomunicação para o recebimento, trato e transmissão de informação, que, então, é erigida à principal matéria-prima do setor de serviços ¹⁹².

¹⁸⁷ FINCATO, Denise Pires; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: De Chappe a Nilles. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, ano 30, n. 358, out. 2013, p. 63.

¹⁸⁸ FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 27.

¹⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Niterói: Impetus, 2010, p. 181.

¹⁹⁰ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMEER, Gilberto; STÜRMEER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

¹⁹¹ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMEER, Gilberto; STÜRMEER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

¹⁹² FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas**. Porto Alegre: Editora Magister, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=578. Acesso em: set. 2011.

Ortiz Chaparro assim conceitua teletrabalho: “trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena”¹⁹³. Existem cinco modalidades possíveis de teletrabalho quanto ao local de prestação de serviços. São elas: em domicílio, em centros satélites¹⁹⁴, em telecentros¹⁹⁵, em telecottages¹⁹⁶ e, por fim, móvel ou nômade¹⁹⁷.

Ainda, quanto ao grau de conectividade, o teletrabalho poderá ser *off-line*¹⁹⁸, *one way line*¹⁹⁹ ou *on-line*²⁰⁰.

Em 2011, a Lei 12.551 modificou o texto do artigo 6º da CLT, equiparando o trabalho à distância ao trabalho presencial e permitindo ao empresário dirigir, supervisionar e controlar seus empregados mediante o uso de meios telemáticos. O artigo passou a ter a seguinte redação:

¹⁹³ Apud FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

¹⁹⁴ Locais de trabalho pertencentes a uma empresa, que não são filiais, no sentido do direito corporativo e tributário. Estão abertos a todos os teletrabalhadores desde que possuam vínculo de emprego com essa empresa. (FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49).

¹⁹⁵ “[...] estarão dispostos de maneira geograficamente estratégica. Constituem-se em instalações físicas dotadas de serviços informáticos e telecomunicacionais de alto padrão [...] podem existir tantos telecentros quantos veja necessidade a empresa (ou conglomerado empresarial – se um conjunto de empresas dele fizer uso), bem como pode prever-se participação governamental [...] visando melhor distribuir geograficamente a população e, conseqüentemente, as riquezas [...]” (FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49).

¹⁹⁶ “Situados em zonas rurais ou regiões de menor escolaridade e prepare para o trabalho, misturam iniciativa privada e pública com o objetivo de melhorar a qualidade de vida do trabalhador. Mais que fixar os trabalhadores em seu lugar de domicílio, os *telecottages* procuram atrair a mão-de-obra qualificada dos grandes centros urbanos às zonas rurais. Via de regra, utilizam-se instalações como escolar públicas, salões de Igreja ou até mesmo prédios rústicos em granjas e fazendas, todos devidamente adequados e informatizados”. (FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49).

¹⁹⁷ Caracteriza-se pelo trabalho em movimento. O teletrabalhador, nessa modalidade, pode trabalhar em qualquer lugar ou onde precisar: em casa, em telecentro, na sede do cliente, no trânsito, etc. (FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50).

¹⁹⁸ Também conhecido como *unplugged* ou desconectado. Não há interatividade ou sincronia na relação laboral. O computador, se existir, não é utilizado como forma de comunicação, mas tão-só como ferramenta para o cumprimento das tarefas (o trato da informação). (FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas**. Porto Alegre: Editora Magister, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=578. Acesso em: 27 set. 2011).

¹⁹⁹ A comunicação é unimodal, não havendo interatividade. Normalmente, faz-se uma única transmissão, sem intenção ou possibilidade de interatividade pelo mesmo. (FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas**. Porto Alegre: Editora Magister, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=578. Acesso em: 27 set. 2011).

²⁰⁰ Teletrabalhadores e empresa comunicam-se continuamente, em total sincronia. A conexão é bidirecional e facilitada pelas tecnologias de comunicação e informação (teleconferências, MSN, *chats*, etc.). (FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas**. Porto Alegre: Editora Magister, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=578. Acesso em: 27 set. 2011).

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Na Organização Internacional do Trabalho, o teletrabalho é normatizado pela Convenção n. 177²⁰¹ de 1996 - que trata sobre trabalho em domicílio - e pela Recomendação n. 184²⁰², não ratificadas pelo Brasil.

Sem dúvida, o teletrabalho veio para ficar. Assim como a globalização e as tecnologias de informação e comunicação que tornam o mundo plano, como já dito. No entanto, é tarefa de operadores e pesquisadores jurídicos apontar os prováveis efeitos funestos que podem vir em anexo às maravilhas do trabalho a distância. Se não houver (de parte dos interessados e dos que têm o dever legal e institucional de tutelá-los) a devida atenção e pontual atuação, prejuízos graves ocorrerão e, seguramente, não se limitarão ao patrimônio jurídico de um trabalhador individualmente considerado, sequer à estrutura socioeconômica de seu país de origem. Atingirão o conjunto de direitos sociais galgados pela humanidade nos últimos séculos, os quais serão deixados às gerações futuras irremediavelmente aniquilados²⁰³.

A Lei n. 13.467 de 2017 inseriu na CLT os artigos 75-A a 75-E²⁰⁴ para regulamentar a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho²⁰⁵²⁰⁶²⁰⁷²⁰⁸.

²⁰¹ Trabalho a domicílio significa trabalho realizado por uma pessoa, na sua residência ou em outro local que não seja o local de trabalho do empregador, remunerado, resultando num produto ou serviço especificado pelo empregador, independentemente de quem provê o equipamento, materiais ou outros insumos, a não ser que esta pessoa tenha o grau de autonomia e independência econômica para ser considerado trabalhador independente segundo as leis nacionais.

²⁰² A expressão trabalho em domicílio significa o trabalho realizado no próprio domicílio do trabalhador, ou em outro local, em troca de remuneração, com o fim de elaborar produto ou serviço conforme especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação (art. 1º); Deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º); quando for permitida a terceirização do trabalho em domicílio as responsabilidades dos tomadores de serviços e intermediadores serão fixadas conforme a legislação e jurisprudência nacionais do país (art. 8º), da Organização Internacional do Trabalho. (TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; NUNES, Denise Silva. O Teletrabalho sob o enfoque da sustentabilidade multidimensional. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 71).

²⁰³ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho Transnacional, Dumping Social e a Rerum Novarum: Reflexões. In: ALMEIDA, Ronald Silka de; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Org.). **Rerum Novarum: estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 371.

²⁰⁴ Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. Art. 75-

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento assim resumem os artigos inseridos na CLT acerca do teletrabalho:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Ressalva que o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime. Estabelece que tal modalidade deve constar

C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

²⁰⁵ Em razão da pandemia referida na introdução, ressalta-se que o teletrabalho torna-se uma medida importante que pode ser adotada pelos empregadores como forma de prestação de serviços a fim de enfrentar os efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e com a finalidade de preservar o emprego e a renda.

²⁰⁶ Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020. Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho; [...]. (BRASIL, **Medida Provisória n. 927**, de 2020).

²⁰⁷ Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020. Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

§ 2º A alteração de que trata o **caput** será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

§ 5º O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo. (BRASIL, **Medida Provisória n. 927**, de 2020).

²⁰⁸ Ver mais em: SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de; GASPARI, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. Covid-19 e os impactos na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**. White Paper Gratuito, 2020.

expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. Admite a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. Aceita, ainda, alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. Por fim, estabelece que o trabalhador em regime de teletrabalho está excluído do controle de jornada²⁰⁹.

São três os elementos que caracterizam o teletrabalho: a) é uma atividade a distância do perímetro em que os seus resultados foram esperados; b) quem dá as ordens não pode controlar fisicamente a execução da tarefa; c) o controle é indireto, feito com base nos resultados²¹⁰.

Com relação à natureza do teletrabalho:

Depende da situação concreta: a) pode configurar relação de emprego se houver subordinação, observados os requisitos previstos no mencionado Capítulo II-A do Título II da CLT; b) pode, também ser um trabalho autônomo se executado com total independência do trabalhador; c) pode ser um trabalho eventual quando prestado ocasionalmente sem continuidade para o mesmo empresário; d) pode ser um trabalho em sociedade caso em que estará desconfigurada a relação de emprego²¹¹.

Não existe uma definição única de "telecommuting" ou "telework", termos que frequentemente são usados de forma intercambiável. Tipicamente, o teletrabalho é descrito como "o uso da tecnologia de computação e comunicação para transportar trabalho ao trabalhador como substituto do transporte físico e do trabalhador até o local da obra". Apesar de algumas variações, todas as definições de telecomutação compartilham os dois componentes essenciais dessa descrição. Primeiro, o teletrabalho envolve trabalho que é feito por um indivíduo para uma organização, fora dos "limites organizacionais normais do espaço e do tempo", pelo menos em alguma parte da semana de trabalho. Segundo, essa separação espacial e temporal é possibilitada por computadores, e-mail, fac-símile, internet, telefones e tecnologia de telecomunicações relacionada. Assim, os teletrabalhadores são um subconjunto da população mais ampla de "trabalhadores a domicílio", que também inclui os trabalhadores autônomos e aqueles cujo mercado de trabalho doméstico não dependem da tecnologia da informação. A força de trabalho de quem teletrabalha em casa é composta principalmente de

²⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 218.

²¹⁰ NASCIMENTO, Amauri, Mascaro; NASCIMENTO, Sônia, Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 218.

²¹¹ NASCIMENTO, Amauri, Mascaro; NASCIMENTO, Sônia, Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 218.

"trabalhadores de escritório", incluindo profissionais e funcionários administrativos²¹².

Manuel Castells também propõe uma divisão do teletrabalho em três categorias: a) os substituidores, que são aqueles que substituem o serviço efetuado em um ambiente de trabalho tradicional pelo serviço feito em casa; b) os autônomos, trabalhando on-line de suas casas; c) os complementadores, que trazem para casa trabalho complementar do escritório convencional²¹³.

Sobre essa nova realidade contemporânea marcada pelas novas tecnologias, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro ensina:

Agora, a fábrica se horizontaliza, o trabalhador é multifuncional e se opera a compressão tempo e espaço. A isso se acrescenta a explicação dada por De Masi quanto à redução da fratura entre tempo de trabalho e tempo de vida, pois no trabalho intelectual, o pensamento prossegue fora do escritório e o trabalho é levado dentro da cabeça. Ou, como aduz Supiot, instala-se um tempo heterogêneo, que supera a oposição binária entre tempo de trabalho e tempo livre que se baseava em uma noção homogênea de tempo de trabalho. Há uma porosidade da fronteira entre tempo livre e tempo de trabalho, que se verifica no contrato ou na execução do contrato. Na execução, com as novas formas do trabalho em rede e informática, há uma mistura inextricável de tempo de trabalho e tempo livre, além de ocorrer o terceiro tipo de prática denominada, segundo o autor, de astreintes, em que o trabalhador não trabalha, mas está predisposto a fazê-lo ao atender à requisição de seu empregador. É um tempo que não é livre, nem é tempo de trabalho²¹⁴.

Na esfera das relações de trabalho e do sistema fordista-taylorista, o tempo tinha sentido central para a divisão de tarefas, as quais se realizavam no espaço unitário da fábrica. O sistema toyotista que surge com os meios tecnológicos interfere nesse modo, com a horizontalização da empresa e sua organização em rede, o que resulta em nova forma de trabalho, novas atribuições e habilidades do trabalhador e na mistura inextricável de tempo de trabalho e tempo livre. A percepção de tempo de trabalho é afetada nas novas relações

²¹² No original: There is no single definition of "telecommuting" or "telework," two words that often are used interchangeably. Typically, telecommuting is described as "the use of computer and communications technology to transport work to the worker as a substitute for physical transportation of the worker to the location of the work." Despite some variations, all definitions of telecommuting share the two essential components of this description. First, telecommuting involves work that is done by an individual for an organization, outside of the "normal organizational confines of space and time," for at least some portion of the workweek. Second, this spatial and temporal separation is made possible by computers, e-mail, facsimile, the internet, telephones, and related telecommunications technology. Thus, telecommuters are a subset of the broader population of "homeworkers," which also includes the self-employed and those whose market work in the home does not depend on information technology. The telecommuting portion of the homeworking labor force is made up primarily of "office workers," including both professionals and clerical staff (TRAVIS, Michelle A. Equality in the Virtual Workplace. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**. São Francisco, v. 24, p. 283. 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851568. Acesso em: fev. 2018).

²¹³ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 69.

²¹⁴ CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação. **Rev. TST**, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29636/009_castro.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: jul. 2018.

trabalhistas em razão de que a regulamentação do tempo de trabalho vai além do sentido quantitativo passando a destacar seu sentido qualitativo²¹⁵.

Discorre Emília Simeão Albino Sako:

Na atualidade, a inter-relação digital/virtual entre o trabalhador e o tomador de seus serviços amplia os contornos da subordinação jurídica e demais requisitos da relação de emprego, sendo aferidos por meio de comandos empresariais indiretos, pela inserção do trabalhador na dinâmica empresarial, pelo controle informático, pela dependência econômica. As novas tecnologias possibilitam que o empresário possa acompanhar o trabalho a partir de qualquer lugar, enviar instruções sobre sua execução, fazer cobranças sobre a qualidade e quantidade de trabalho, como se o trabalhador estivesse no interior da empresa. Programas de software podem registrar todos os pormenores das tarefas e dos trabalhadores na rede, como o momento exato em que o trabalhador ligou ou desligou o computador, que programa está utilizando, quanto tempo gastou em cada tarefa, o tempo dedicado exclusivamente ao trabalho, períodos de pausas, número de operações realizadas, número de toques no teclado, erros cometidos, etc. Por meio da supervisão e direção remotas, as rotinas de trabalho podem ser seguidas passo a passo e as instruções vão aparecendo na medida em que a tarefa vai sendo executada. O controle físico é substituído pelo tecnológico, mais eficaz que o tradicional porque permite a vigilância direta, embora, diferida. O empresário, supervisor ou chefe não mais circula pela unidade e sim pela rede, que forma parte da empresa. O trabalhador submete-se a uma liberdade vigiada, tão ou mais temida que a vigilância física, feita pelos olhos do patrão. A própria ferramenta de trabalho – o computador – se encarrega de cobrar procedimentos, comportamentos e produção. Mesmo no trabalho intelectual o empresário pode enviar instruções e limitar as iniciativas pessoais e o poder criativo²¹⁶.

Anthony Giddens explica que a noção de tempo e espaço na atualidade é algo sem precedentes na história. Segundo o autor, vivencia-se um completo esvaziamento de tais noções. Isso fica bastante claro quando se observa a ideia de trabalho a ser realizado em qualquer lugar e a qualquer momento²¹⁷.

O Marco Europeu, acordo coletivo sobre teletrabalho da União Europeia (de 16 de julho de 2002), adota um conceito amplo:

Teletrabalho é uma forma de organização ou de realização do trabalho, utilizando as tecnologias da informação no âmbito de um contrato ou de uma relação de trabalho, na qual um trabalho que poderia ser realizado igualmente nos locais da empresa, desenvolvem-se fora de tais locais, de maneira regular.²¹⁸

²¹⁵ CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação. **Rev. TST**, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29636/009_castro.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: jul. 2018.

²¹⁶ SAKO, Emília Simeão Albino. Teletrabalho Subordinado, Dependente e Por Conta Alheia: reengenharia dos requisitos da relação empregatícia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 78, n. 03, jul.set. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34300/001_sako.pdf?sequence=3. Acesso em: jul. 2018.

²¹⁷ GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p. 20.

²¹⁸ ETUC, UNICE; UEAPME, CEEP. **Implementation of the European Framework Agreement on Telework**: Report by the European Social Partners. 2008. Disponível em: http://resourcecentre.etuc.org/linked_files/documents/Telework%20Final%20Implementation%20report%202006%20EN.pdf. Acesso em: 26 set. 2013.

Na Espanha, o art. 13 da Lei 3 de 2012 prevê:

Trabalho à distância é aquele em que a prestação da atividade laboral se realiza de maneira preponderante no domicílio do trabalhador ou em lugar livremente eleito por este, de modo alternativo a seu desenvolvimento presencial no centro de trabalho da empresa.

A Lei italiana n. 191 de junho de 1998 e o Decreto do Presidente da República n. 70 de 1999 estabeleceram uma disciplina específica para o teletrabalho somente no âmbito da Administração Pública, concebendo-o como “o trabalho prestado por qualquer forma mediante o emprego de instrumentos telemáticos, a partir de um local diverso e distante relativamente ao local onde vinha sendo habitualmente prestado”. Por outro lado, o teletrabalho no setor privado não tem específica disciplina legal própria. Ele é regulado pelo

Acordo Interconfederal²¹⁹ de 9 de junho de 2004, por meio do qual as Confederações sindicais mais representativas a nível nacional receberam o Acordo Quadro Europeu (Unice/Ueapme, Ceep e Ces) de 16 de julho de 2002 sobre teletrabalho. No art. 3º do Acordo Interconfederal, o teletrabalhador possui os mesmos direitos garantidos pela lei e pela contratação coletiva aos trabalhadores que executam a prestação dentro dos locais da empresa²²⁰.

O Centro de *Teletrabajo y Teleformación* da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires conceitua teletrabalho como sendo

[...] aquela forma de trabalhar que utilizando as tecnologias da informação e da comunicação (TIC), pode ser desenvolvida a distancia, fora do âmbito de onde se encontra o contratante, em forma total ou parcial, podendo realizar-se em relação de dependência ou em forma autônoma²²¹.

No âmbito da Justiça do Trabalho Brasileira, o teletrabalho está disciplinado pela Resolução n. 151, de 29 de maio de 2015 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. A

²¹⁹ O art. 1º do Acordo Interconfederal italiano define o teletrabalho como “uma forma de organização e/ou execução do trabalho que utiliza as tecnologias da informação no âmbito de um contrato ou de uma relação de trabalho, cuja atividade de trabalho, que poderia ser também desempenhada nos locais da empresa, é executada, de forma regular, fora dos locais da mesma”. (MASSONI, Túlio de Oliveira; COLUMBU, Francesca. Tempo de Trabalho e Teletrabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 28).

²²⁰ MASSONI, Túlio de Oliveira; COLUMBU, Francesca. Tempo de Trabalho e Teletrabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 27-28.

²²¹ Em livre versão de: [...] aquella forma de trabajar que utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), puede ser desarrollada a distancia, fuera del ámbito donde se encuentra el contratante, en forma total o parcial, pudiendo realizarse en relación de dependencia o en forma autónoma. (CENTRO DE TELETRABAJO Y TELEFORMACIÓN. **¿Qué es el Teletrabajo?** Facultad de Ciencias Sociales Carrera de Relaciones del Trabajo. [20??] Disponível em: http://caminandoutopias.org.ar/institucional/que_es_el_teletrabajo.php. Acesso: nov. 2012).

Resolução considera teletrabalho a modalidade de trabalho realizado fora das dependências dos Órgãos da Justiça do Trabalho de 1º e 2º graus, com a utilização de recursos tecnológicos (art. 2º).

Embora o teletrabalho tenha ocorrido desde o início dos anos 1970, quando Jack M. Nilles inventou o termo pela primeira vez, até agora não existe consenso sobre sua definição exata. Diferentes pessoas usam o conceito de diversas maneiras, ligando-o a uma ampla gama de arranjos de trabalho, incluindo trabalho móvel, trabalho em qualquer local fora das instalações de trabalho geralmente aceitas do funcionário, trabalho em um centro ou centro de escritório compartilhado e trabalho em casa. Outros aplicam o termo a quaisquer formas distribuídas de trabalho habilitado por TIC, como aquelas em atividades emergentes relacionadas à indústria de tecnologia financeira em rápido crescimento (mais popularmente conhecida como FinTech) que funde novas TIC e serviços financeiros²²².

Como o trabalho à distância e o uso de novas tecnologias invariavelmente implicam mudanças organizacionais, parece apropriado definir o teletrabalho como uma forma de trabalho em que (a) o trabalho é realizado em um local distante dos escritórios centrais ou instalações de produção, separando o trabalhador de contato pessoal com colegas de trabalho; e (b) novas tecnologias permitem essa separação facilitando a comunicação. Além disso, o teletrabalho pode ser realizado “on-line” (com conexão direta com o computador) ou “off-line”, e pode ser organizado individual ou coletivamente, constituir todo ou parte do trabalho do trabalhador e ser realizado por trabalhadores independentes ou funcionários²²³.

Outras definições são abundantes, tais como as contidas no artigo 2º do Acordo-Quadro Europeu sobre o Teletrabalho de 2002, celebrado e assinado pelos principais

²²² No original: “While telework has been around since the early 1970s when Jack M. Nilles first coined the term²²², even now no consensus exists regarding its exact definition. Different people use the concept in diverse ways, linking it to a wide range of work arrangements, including mobile work, work in any location outside the usually accepted work premises of the employer, work at a shared office centre or hub, and home-based work. Others apply the term to any distributed forms of ICT-enabled work, such as those in emerging activities related to the rapidly growing financial technology industry (more popularly known as FinTech) which fuses new ICT and financial services”. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 02. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²²³ No original: Since working remotely and the use of new technology invariably imply organizational changes, it seemed appropriate to define telework as: a form of work in which (a) work is performed in a location remote from central offices or production facilities, thus separating the worker from personal contact with co-workers there; and (b) new technology enables this separation by facilitating communication. Furthermore, telework could be performed “online” (with direct computer linkage) or “offline”, be organized individually or collectively, constitute all or part of the worker’s job, and be carried out by independent workers or employees (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 03. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

parceiros sociais europeus, *Business Europe* (anteriormente UNICE), Associação Europeia de Artesanato, Pequenas e Médias Empresas (UEAPME), Centro Europeu de Empresas com Participação Pública e de Empresas de Interesse Econômico Geral (CEEP) e da Confederação Europeia dos Sindicatos (CES), que considerou o teletrabalho como uma forma de organização e/ou realização de trabalhos, utilizando tecnologia da informação, no contexto de um contrato ou relação de trabalho, onde trabalho, que também pode ser realizado nas instalações do empregador, é realizado fora dessas instalações em uma base regular²²⁴.

Dentre outras definições doutrinárias acerca do teletrabalho, ressalta-se a da Organização Internacional do Trabalho. Ademais, um modelo de fatores deve ser considerado ao definir o teletrabalho, como, por exemplo, teletrabalhadores a tempo parcial, os quais executam periodicamente funções de trabalho fora do estabelecido da base de operações e teletrabalhadores em tempo integral que, geralmente, executam a maioria ou todas as funções de trabalho fora da base estabelecida de operações. Há que se considerar também o local de trabalho, o qual pode ser fixo, onde o empregado trabalha predominantemente em um local fora da sede da empresa (por exemplo, casa) e a localização móvel, na qual o empregado pode / faz em vários locais fora da base de operações estabelecida. Além disso, deve ser levado em consideração o cronograma, que pode ser fixo, isto é, o funcionário tem definido dias/horas em que as funções do trabalho serão realizadas longe da base de operações estabelecida e cronograma variado, em que dias / horas as funções do trabalho são realizadas longe da base de operações variadas estabelecida. Ainda, a baixa colaboração dos empregados, o que consiste na baixa interação com colegas de trabalho na base estabelecida de operações e alta colaboração que, por sua vez, consiste na alta interação com colegas de trabalho na base estabelecida de operações. Ademais, a sincronização, que pode ser serial, por meio da qual as tarefas interdependentes dos funcionários são equivalentes (por exemplo, e-mail, fax) ou concorrente, em que as tarefas interdependentes dos funcionários prosseguem em conjunto (por exemplo, chamada de conferência, videoconferência). E, por fim, com relação à autonomia, podendo ser baixa, na qual os funcionários têm pouca escolha sobre se, quando e

²²⁴ No original: “Other definitions abound. Article 2 of the 2002 European Framework Agreement on Telework, concluded and signed by the European peak social partners, BusinessEurope (formerly UNICE), the European Association of Craft, Small and Medium Sized Enterprises (UEAPME), the European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest (CEEP) and the European Trade Union Confederation (ETUC), held telework to be: A form of organising and/or performing work, using information technology, in the context of an employment contract/relationship, where work, which could also be performed at the employer’s premises, is carried out away from those premises on a regular basis”. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 03. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

como teletrabalhar e alta autonomia, na qual os funcionários têm grande escolha sobre se, quando e como teletrabalhar²²⁵.

Dentre outras definições e fatores a serem levados em consideração, existem várias maneiras pelas quais o teletrabalho pode ser implementado²²⁶, bem como há diferentes aspectos sobre benefícios, desafios e desvantagens do teletrabalho nos Serviços de Tecnologia da Informação e da Comunicação e Serviços Financeiros²²⁷.

A partir do cenário contemporâneo marcado pelas tecnologias, onde há uma quebra de paradigma nas relações de trabalho, pois há uma mudança no modo de subordinação em prestar o labor, há alteração na forma de prestação dos serviços notoriamente pelo uso da tecnologia da informação e da comunicação. Nesse sentido, justifica-se a escolha pela análise,

²²⁵ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 05. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017.

²²⁶ Hot desking, onde o empregado trabalha a partir de uma parte local remota ou a maior parte do tempo, e do escritório principal o resto do tempo. Quando o empregado está no principal escritório, eles usam um espaço de trabalho não-dedicado, não-permanente, atribuído para uso em uma base necessária, em vez de ter um espaço de escritório reservado que não é usado quando se teletrabalha; Hoteling, que é semelhante ao hot desking, mas os funcionários devem reservar um espaço à frente do tempo; Centros de teletrabalho, que são instalações que fornecem estações de trabalho e outras facilidades de escritório que os funcionários de várias organizações podem usar. Esse tipo de teletrabalho é visto como útil porque pode proporcionar uma melhor tecnologia do que o escritório em casa, mas é pensado para estar em declínio, como resultado de banda larga generalizada, laptops e smartphones; Escritórios de colaboração, que são ambientes de trabalho virtuais em que os funcionários podem trabalhar cooperativamente de diferentes locais, utilizando uma rede de computadores. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 06. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017). (tradução livre).

	Benefícios potenciais/ promessas	Desafios potenciais/ desvantagens
Sociedade	Ambientalmente amigável Redução do estresse de infraestrutura Colaboração global Melhoria da preparação para desastres Melhor para pessoas com deficiência	
Empregadores	Sobrecarga e despesas reduzidos Margens de aumento Menor volume de negócios Maior pool de talentos Barato, benefício desejável	Diferentes (embora geralmente mais baixos) despesas O aumento da demanda de TI Problemas de segurança Pode não funcionar para algumas tarefas Alguma perda de controle
Trabalhadores	Redução do tempo / custos Flexibilidade de escolha de vida Flexibilidade de cuidados a dependentes Maior autonomia Satisfação maior no trabalho Menor estresse Reduzido conflito entre trabalho-família	Fronteiras trabalho-vida Conflito adicionado trabalho-família Trabalhando em férias e feriado Difícil de "desligar/desconectar" do trabalho Isolamento social e profissional Oportunidades perdidas

(INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 15-16. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

no presente estudo, do teletrabalho, em razão de que há profundas transformações na realização dessa modalidade de prestação de serviços em comparação com a tradicional relação jurídica trabalhista. A título ilustrativo, observa-se, no teletrabalho, mudança no local de prestação de serviços, o qual se dá no meio virtual. Ainda, percebe-se uma alteração no elemento da subordinação, posto que o espaço passa a ser um elemento relativizado na prestação dos serviços, levando a um controle mediato da execução dos serviços por parte do tomador.

Rúbia Zanotelli Alvarenga discorrendo acerca do Teletrabalho e a subordinação afirma:

Cumprе ressaltar que, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e da descentralização dos processos produtivos no âmbito empresarial como, por exemplo, o trabalho à distância, o teletrabalho e a alta especialização do conhecimento, o trabalhador tem revelado maior liberdade na execução da prestação de serviços, ocorrendo, então, a relativização da subordinação jurídica do empregado às formas tradicionais de trabalho. Ou tem provocado a necessidade de redefinição e de ampliação do conceito jurídico de subordinação²²⁸.

Jair Teixeira Reis, por sua vez, afirma que:

[...] a partir da implementação de novas tecnologias à distância e de telecomunicações ou da informática, o exercício da atividade econômica se distanciou do modelo tradicional de produção, que concentrava máquinas e pessoas no interior de grandes fábricas, onde o trabalhador laborava em tempo integral sob o olhar atento do empregador e sob o método fordista de produção. Em razão dessas mudanças tecnológicas, o Direito do Trabalho passou a ser visto de uma forma redimensionada²²⁹.

Nesse sentido, fala-se na existência da subordinação estrutural, por meio da qual constata-se a inadequação do modelo tradicional e objetivo da subordinação jurídica para fins de reconhecimento da relação empregatícia a alguns trabalhadores, como é o caso do teletrabalhador, que se encontra em uma zona cinzenta²³⁰.

A readequação conceitual da subordinação, sem perda de consistência das noções já sedimentadas, deve ser feita de modo a adaptar esse tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, o que insere o trabalhador na dinâmica do tomador

²²⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 50-51.

²²⁹ REIS, Jair Teixeira. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância**. São Paulo: LTr, 2007, p. 89.

²³⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 52.

de seus serviços, tendo em vista que o enfoque sobre o comando empresarial direto é atenuado²³¹.

Percebe-se que não há a necessidade de ordens diretas por parte do empregador ao empregado, mas sim de que o empregado esteja inserido na atividade produtiva do tomador dos serviços para que fique caracterizada a subordinação jurídica, mesmo que de modo indireto.

Nenhum instrumento Internacional do Trabalho aborda especificamente a questão do teletrabalho. Contudo, a convenção “Home Work”, de 1996 (Nº 177), e a recomendação “Home Work”, de 1996 (N.º 184), ambas adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho em 1996, parecem ser aplicáveis ao teletrabalho baseado em casa (home-based telework), embora a aplicabilidade concreta desses instrumentos para o teletrabalho esteja longe de ser geralmente aceita. A disposição relevante afirma que o termo *home work* significa trabalho realizado por uma pessoa, para se referir como um homemaker, i) na casa dele ou dela ou em outro local de escolha dela ou dele, que não seja o local de trabalho do empregador; (ii) para remuneração; (iii) o qual resulta em um produto ou serviço, conforme especificado pelo empregador, independentemente de quem fornece os equipamentos, materiais ou outros insumos utilizados, ao menos que essa pessoa tenha o grau de autonomia e de independência econômica necessária para ser considerado um trabalhador independente, sob as leis nacionais, regulamentos ou decisões de tribunais²³²²³³.

²³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 6. p. 660-673, jun. 2006. p. 665.

²³² Nesse sentido: No international labour instrument specifically addresses the issue of telework. However, the Home Work Convention, 1996 (No. 177), and the Home Work Recommendation, 1996 (No. 184), both adopted by the International Labour Conference in 1996, would seem to be equally applicable to home-based telework, even though the concrete applicability of these instruments to teleworking is far from being generally accepted. The relevant provision states that: (a) the term home work means work carried out by a person, to be referred to as a homemaker, (i) in his or her home or in other premises of his or her choice, other than the workplace of the employer; (ii) for remuneration; (iii) which results in a product or service as specified by the employer, irrespective of who provides the equipment, materials or other inputs used, unless this person has the degree of autonomy and of economic independence necessary to be considered an independent worker under national laws, regulations or court decisions (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 19-20. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²³³ Ver mais em: A recomendação complementa as disposições da Convenção sem impor outras obrigações, especificando o seguinte, entre outras disposições: a) o direito dos trabalhadores em domicílio de serem mantidos informados das suas condições específicas de emprego; b) o registro de empregadores de trabalhadores em domicílio e de quaisquer intermediários utilizados por tais empregadores; c) a aplicação aos trabalhadores em domicílio das leis e regulamentos nacionais relativas à idade mínima de admissão ao emprego; d) o direito dos trabalhadores em domicílio de se organizarem e coletivamente; e) a fixação de taxas mínimas de salários para trabalhadores em domicílio; f) a proteção da segurança e saúde no trabalho; g) horas de trabalho e períodos de descanso; h) segurança social e proteção da maternidade; i) proteção em caso de cessação do vínculo laboral; j) apoio à formação e outros programas especificamente dirigidos aos trabalhadores em domicílio.

Veja-se o número de teletrabalhadores nos Estados Unidos para diferentes categorias de empregadores no setor público (governos federal, estaduais e municipais) e de setores privados (tanto com e sem fins lucrativos) para os anos de 2005 a 2014. Esses números são tomados a partir *GlobalWorkplaceAnalytics.com* e é possível observar as seguintes marcas de telework/telecommuting nos Estados Unidos: Trabalho regular em casa (assumido para representar principalmente *telework*) entre a população não-autônoma cresceu 102 por cento entre 2005 e 2014, com 3,7 milhões de empregados, representando 2,8% da força de trabalho, trabalhando de casa pelo menos metade dos tempo em 2014. De 2013 a 2014, a população do telework/telecommuting cresceu muito mais rápido do que a população de funcionários como um todo, respectivamente 5,6 por cento e 1,9 por cento. Observe o constante crescimento no número absoluto de teletrabalhadores ao longo do período²³⁴.

No Canadá, de acordo com os dados da Corporação Móvel Trabalhador Canadense Internacional – Previsão de *2012-2016*, 68,9% dos canadenses empregados estavam fazendo pelo menos algum trabalho móvel em 2012, com a previsão de subir para 73% em 2016. Entre os fatores que impulsionam essa tendência se alongavam o tempo de deslocamento, o desejo de equilíbrio trabalho-vida, a proliferação de dispositivos móveis, o crescimento da computação em nuvem, e as velocidades de rede mais rápidas que permitem trabalhadores fazerem mais, mais rápido em seus dispositivos móveis²³⁵.

(INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 20. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²³⁴ Nesse contexto: The number of teleworkers in the United States for different categories of employers in the public (federal, state and local governments) and private sectors (both for-profit and non-profit) for the years 2005 to 2014. These figures are taken from *GlobalWorkplaceAnalytics.com* based on their analysis of American Community Survey (US Census Bureau) data. *GlobalWorkplaceAnalytics.com*. [...]. it is possible to note the following telework/telecommuting trends in the United States. Regular work at home (assumed to represent mostly telework) among the non-self-employed population grew by 102 per cent from 2005 to 2014, with 3.7 million employees, representing 2.8 per cent of the workforce, working from home at least half of the time by 2014. From 2013 to 2014 the teleworking/telecommuting population grew much faster than the employee population as a whole, respectively 5.6 per cent and 1.9 per cent. Note the constant growth in the absolute number of teleworkers over the period (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 08. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²³⁵ Desse modo: According to the International Data Corporation's Canadian Mobile Worker 2012–2016 Forecast, 68.9 per cent of employed Canadians were doing at least some mobile work by 2012, with the figure expected to rise to 73 per cent by 2016. Among the factors driving this trend were lengthening commute times, the desire for work–life balance, the proliferation of mobile devices, the growth of cloud computing, and faster network speeds that allow workers to do more, faster on their mobile devices. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 09. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf> Acesso em: abr. 2017).

Na Austrália, de acordo com dados do *Australian Bureau of Statistics*, 6% de todos os funcionários australianos tiveram arranjos de teletrabalho com o seu empregador em 2006, variando a partir de tempo integral de teletrabalho aos arranjos ocasionais. No entanto, estas estatísticas são agora dez anos depois, e não refletem o teletrabalho de hoje. Dados alternativos do *Household, Income and Labour Dynamics* na Austrália (HILDA) de pesquisa indicam que a quota de funcionários australianos com um arranjo de teletrabalho com o seu empregador diminuiu ligeiramente. No entanto, o nível global de teletrabalho por funcionários é maior, com cerca de 18 % dos todos os funcionários australianos pesquisados realizam algum trabalho de casa em 2009. *Deloitte Access Economics* afirma que essa diferença é explicada por muitos indivíduos que teletrabalham numa base informal, em vez de através de acordos formais com seu empregador. Além disso, relata que estes teletrabalhadores informais tendem a ser principalmente “*day extenders*” do que realizar algum trabalho adicional de casa, que não pôde ser concluído durante o padrão do horário de expediente no escritório, ou indivíduos que precisa teletrabalhar numa base *ad hoc* em torno da família (como quando uma criança dependente é doente). O mesmo relatório indica que a esmagadora maioria dos teletrabalhadores na Austrália somente teletrabalham em uma base *part-time*²³⁶.

Quase todos os países da União Europeia mais a Noruega (com exceção de Malta, que não tinha nenhum), em 2005, registraram teletrabalho de diferentes incidências. A República Checa e a Dinamarca tiveram mais teletrabalho do que aqueles que relataram estar envolvido em teletrabalho pelo menos “um quarto do tempo” ou mais (15,2% e 14,4%, respectivamente) e aqueles que estiveram envolvidos no teletrabalho “quase todo o tempo (9% e 2,6%,

²³⁶ Ver mais: According to data from the Australian Bureau of Statistics Time Use Survey, 6 per cent of all Australian employees had telework arrangements with their employer in 2006, ranging from full-time telework to occasional arrangements. However, these statistics are now ten years old, and do not reflect telework today. Alternative data from the Household, Income and Labour Dynamics in Australia (HILDA) Survey indicate that the share of Australian employees with a telework arrangement with their employer has slightly decreased. However, the overall level of telework by employees is higher, with around 18 per cent of all surveyed Australian employees undertaking some work from home in 2009. Deloitte Access Economics states that this difference is explained by many individuals teleworking on an informal basis, rather than through formal arrangements with their employer. It reports, furthermore, that these informal teleworkers are likely to mostly be “day extenders” who undertake some additional work from home that could not be completed during standard business hours in the office, or individuals who telework on an ad hoc basis around family needs (such as when a dependent child is ill). The same report indicates that the overwhelming majority of teleworkers in Australia only undertake telework on a part-time basis (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 10. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

respectivamente). Em todos os casos, o teletrabalho ocasional sempre foi muito maior do que o teletrabalho em tempo integral, com vários graus de diferenças entre os países²³⁷.

Como uma ilustração de como os números de teletrabalho podem variar por meio de diferentes fontes, é interessante notar que, em 2009, a Revista *Deloitte* relatou números brutos para o teletrabalho no Reino Unido como 12,8% da força de trabalho, o que implica que aproximadamente 3,7 milhões de pessoas trabalhavam principalmente em ou a partir de casa. É indicado, no entanto, que dois terços das pessoas contadas como teletrabalhadores nesses números eram trabalhadores por conta própria, ou seja, o número de funcionários que teletrabalharam mais do que três dias por semana foi cerca de 4,3%, ainda quase o dobro da taxa apresentada, em 2005, no Relatório *Fourth European Working Conditions Survey*²³⁸.

O escritório de estatísticas federal Suíço – relatório de pesquisa de força de trabalho 2001/2015 – relata que, durante o período em análise, o número de trabalhadores com regular ou ocasional *Home-based telework* aumentou quase quatro vezes, de 248.000 para 831.000. As estatísticas do escritório estimam que 21% da força de trabalho ativa foi envolvida em teletrabalho baseado em casa, em 2015, pelo menos, ocasionalmente. No entanto, o número de teletrabalhadores regulares (definidos como aqueles que teletrabalham mais do que 50%) permaneceu modesto, apesar de que também quadruplicou, de 31.000 em 2001 para 120.000, em 2015²³⁹.

²³⁷ Nesse sentido: As can be seen from table 4, in 2005 almost all European Union countries, plus Norway (with the exception of Malta which had none) registered telework of varying incidence. The Czech Republic and Denmark had the most telework by both those who reported being involved in telework at least “a quarter of the time” or more (15.2 per cent and 14.4 per cent, respectively) and those who were involved in telework “almost all of the time” (9 per cent and 2.6 per cent, respectively). In all cases, occasional telework was always much higher than full-time telework, with varying degrees of differences among countries (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 10. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²³⁸ Ver mais em: As an illustration of how variable telework numbers can be across different sources, it is worth noting that for 2009, Deloitte reported raw figures for telework in the United Kingdom as 12.8 per cent of the workforce, implying that approximately 3.7 million people worked mainly at or from home. It indicated, however, that two-thirds of those counted as teleworkers in these figures were self-employed, meaning the figure of employees who teleworked more than three days per week was around 4.3 per cent, still almost double the rate presented in the 2005 Fourth European Working Conditions Survey report (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 11. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²³⁹ Nesse contexto: The Swiss Federal Statistical Office’s 2001–15 labour force survey reports that during the period under review the number of workers with either regular or occasional home-based telework rose almost fourfold, from 248,000 to 831,000. The Statistical Office estimates that 21 per cent of the active labour force was involved in home-based telework in 2015, at least occasionally. However, the number of regular teleworkers (defined as those who telework more than 50 per cent) remained modest, despite also quadrupling from 31,000 in 2001 to 120,000 in 2015 (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO,

No Japão, o “*Worldwide Mobile Worker 2007-2011 Forecast and Analysis*” relatou, em 2006, que o Japão teve 53% de teletrabalhadores e previu que esse número subiria para 80% da força de trabalho em 2011, tornando-se o aumento mais rápido na participação de teletrabalhadores ao redor do mundo. Da mesma forma, uma pesquisa realizada em 2003 pela Comissão de Estratégia do Governo de TI do Japão informou que, no país, em 2002, a população de teletrabalho – composta por pessoas que passaram pelo menos oito horas por semana teletrabalhando – consistia em aproximadamente 3,11 milhões de empregados e 970.000 teletrabalhadores independentes. A proporção total de teletrabalhadores a todos os trabalhadores foi de 6,1%. A projeção era ter cerca de 20% de todos os trabalhadores japoneses teletrabalhando até 2010, mas não há números disponíveis agora para indicar o quão longe este plano tem sido percebido, apesar dos esforços de promoção de ativos sobre teletrabalho pelo Governo do Japão²⁴⁰.

Na América Latina, de acordo com o relatório anual de 2009 do Programa de Informação e Conhecimento (PROSIC) da Universidade da Costa Rica, o teletrabalho é um fenômeno crescente em ambos: América Latina e Caribe, embora o ritmo desse crescimento seja muito variável. Países como a Argentina e o Chile estão na vanguarda tanto na promoção da sua utilização e no desenvolvimento regulamentar quanto no que refere a estruturas de relações legais e industriais existentes, pois, no que refere ao trabalho em casa, incluem regimes de segurança e saúde ocupacionais, e, no que refere às despesas associadas com tecnologia para teletrabalhar, estas não são consideradas para estar à altura da tarefa. Em termos de prevalência, as estimativas indicam que, em 2005, o Chile contabilizava cerca de 650.000 trabalhadores no teletrabalho, o que representa uma taxa de penetração de teletrabalho de 10,7% de trabalhadores empregados. Na Argentina, havia uma estimativa de

2016, p. 11-12. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²⁴⁰ Ver mais em: In Japan, “Worldwide Mobile Worker 2007–2011 Forecast and Analysis” reported in 2006 that Japan had 53 per cent of teleworkers, and forecast that this figure would rise to 80 per cent of the workforce by 2011, making it the fastest rise in the share of teleworkers around the world. Similarly, a 2003 survey by the IT Japan Strategy Committee of the Government of Japan reported that the 2002 teleworking population in the country –those who spent at least eight hours per week teleworking –consisted of about 3.11 million employees and 970,000 self-employed teleworkers. The proportion of total teleworkers to all workers was 6.1 per cent. The projection was to have about 20 per cent of all Japanese workers teleworking by 2010, but no figures are now available to indicate how far this plan has been realized, despite active promotion efforts on telework by the Government of Japan. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 12. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

900.000 teletrabalhadores em 2006. Em 2009, estimou-se que havia cerca de 1,2 milhões de famílias em que pelo menos um membro era *home-based*²⁴¹.

Percebe-se que, cada vez mais, se teletrabalha em razão da difusão tecnológica, da maior autonomia na prestação de serviços que o teletrabalho propicia e da flexibilidade que se tem para trabalhar fora das dependências do escritório tradicional.

À medida que um número crescente de pessoas opta por trabalhar fora do escritório como teletrabalhadores e trabalhadores virtuais, esses indivíduos incluem não apenas funcionários de primeira linha, mas também aqueles com responsabilidades de supervisão. Globalmente, o teletrabalho e o trabalho virtual experimentaram um rápido aumento de popularidade, crescendo mais de 20% ao ano nos EUA e exibindo tendências semelhantes em todo o mundo (WorldatWork, 2007). Enquanto o teletrabalho geralmente envolve o trabalho de uma parte da semana de trabalho fora do escritório tradicional e a comunicação por computador (NILLES, 1994), o trabalho virtual implica trabalhar quase que em tempo integral longe do escritório (HILL et. al., 2003). À medida que essas práticas do modo de trabalho começam a amadurecer e se tornam parte do cenário corporativo, é natural que elas sejam cada vez mais praticadas dentro das fileiras gerenciais, em vez de estarem apenas no domínio dos trabalhadores de linha (LAUTSCH et al., 2009). De fato, em um número crescente de organizações, o teletrabalho gerencial e o trabalho virtual estão se tornando amplamente aceitos, de tal forma que os gerentes utilizam a tecnologia para atender às suas próprias necessidades e desejam flexibilidade para trabalhar fora do escritório tradicional²⁴².

²⁴¹ Nesse sentido: According to the 2009 annual report of the University of Costa Rica's Information and Knowledge Programme (PROSIC), telework is a growing phenomenon in both Latin America and the Caribbean, though the pace of that growth varies widely. Countries such as Argentina and Chile are at the forefront in both promoting its use and developing regulatory frameworks to govern it, as existing legal and industrial relations frameworks, including occupational safety and health regimes related to home-based work, and expenses associated with technology for telework, are not considered to be up to the task.⁴³ In terms of prevalence, estimates indicate that about 650,000 workers teleworked in Chile in 2005, representing a telework penetration rate of 10.7 per cent of employed workers. In Argentina, there were an estimated 900,000 teleworkers in 2006. By 2009, it was estimated that there were about 1.2 million households where at least one member was home-based (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 13. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²⁴² Nesse contexto: As a rising number of individuals choose to work away from the office as teleworkers and virtual workers, these individuals include not only first-line employees, but also those with supervisory responsibilities as well. Globally, telework and virtual work have experienced rapid increases in popularity, growing by upwards of 20 percent per year in the USA and exhibiting similar trends around the world (WorldatWork, 2007). Whereas telework generally involves working a portion of the work week away from the traditional office and communicating by computer-based technology (Nilles, 1994), virtual work instead entails working nearly full time away from the office place (Hill et al., 2003). As these work mode practices begin to mature and become part of the corporate landscape, it is natural for them to be increasingly practiced within managerial ranks, rather than being solely within the domain of line workers (Lautsch et al., 2009). Indeed, in a growing number of organizations, managerial telework and virtual work are becoming widely accepted, as

A UNI *Europa Finance* e a UNI *Europa ICTS* negociaram e concluíram declarações conjuntas sobre teletrabalho com os respectivos parceiros sociais ao nível europeu: a Associação de Seguradoras Mútuas e Cooperativas de Seguros na Europa (AMICE), a Federação Europeia de Intermediários de Seguros (BIPAR) e *Insurance Europe* para o setor de seguros (assinado em fevereiro de 2015), bem como a *European Telecommunications Network Operators' Association (ETNO)* para o setor de ICTS (assinada em fevereiro de 2016). As duas declarações conjuntas baseiam-se no acordo-quadro sobre o teletrabalho transnacional de 16 de julho de 2002²⁴³.

Além disso, as declarações sublinham o caráter voluntário do teletrabalho e exigem que o empregador monitore empregados que realizam trabalho móvel, a fim de apoiá-los nesse processo. Os membros são convidados a considerar a celebração, antes de iniciar o trabalho móvel, uma convenção coletiva ou acordos individuais, abordando as seguintes questões: (a) a frequência do teletrabalho e acessibilidade do teletrabalhador; (b) a saúde e a segurança no trabalho; (c) a proteção dos dados; (d) o acesso do empregador ao local de trabalho, a fim de verificar se as disposições de proteção da saúde e segurança e de dados são corretamente aplicadas; (e) quando aplicável, condições relacionadas com o fornecimento, a instalação e a manutenção dos equipamentos necessários para o desempenho do trabalho móvel; (f) o que deve ser feito em caso de avaria do equipamento; (g) o direito dos empregados de acessar formação e oportunidades de desenvolvimento de carreira e a exigência para que sejam sujeitos à mesma políticas de avaliação aplicáveis aos funcionários da mesma empresa que não teletrabalham; (h) o direito de teletrabalhadores de se beneficiarem dos mesmos direitos que todos os outros funcionários da empresa com cargas de trabalho equivalentes, salário e padrões de desempenho. Monitoramento de desempenho deve

managers utilize technology in order to meet their own needs and desires for flexibility to work away from the traditional office (Bailey and Kurland, 2002; Golden et al., 2009) (GOLDEN, Timothy D; FROMEN, Allan. **Does it matter where your manager works?** Comparing managerial work mode (traditional, telework, virtual) across subordinate work experiences and outcomes. Nova York: Sage, 2011, p. 1452. Disponível em: co.uk/journalsPermissions.nav. DOI: 10.1177/0018726711418387. Acesso em: maio 2018).

²⁴³ Ver mais em: UNI Europa Finance and UNI Europa ICTS have subsequently negotiated and concluded joint declarations on telework with their respective social partners at the European level – the Association of Mutual Insurers and Insurance Cooperatives in Europe (AMICE), the European Federation of Insurance Intermediaries (BIPAR) and Insurance Europe for the insurance industry (signed in February 2015), and the European Telecommunications Network Operators' Association (ETNO) for the ICTS sector (signed in February 2016). The two joint declarations build on the cross-industry Framework Agreement on Telework of 16 July 2002 (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 18. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/--sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

ser de saída ao invés de atividade, e qualquer monitoramento de desempenho deve ser consistente, tendo em conta as características específicas do tipo de trabalho móvel²⁴⁴.

É também de se destacar a Declaração de Buenos Aires sobre Teletrabalho adotada pelo 15º Workshop de Teletrabalho Internacional, organizado em Buenos Aires, entre 25 e 27 de agosto de 2010. A declaração sublinha, entre outras coisas, a necessidade de estabelecer um quadro-estrutura legal genérico para proteger todos os teletrabalhadores, especialmente aqueles com deficiência e outros vulneráveis grupos, por meio de regulamentação ou legislação, e para garantir-lhes o direito à liberdade de associação, organização e segurança social²⁴⁵.

Destaca-se que a Lei n. 13.467/2017 passou a prever a regulamentação do teletrabalho no Brasil. Embora de forma tímida, o novo regramento conceitua o instituto e prevê a necessidade de pactuação via contrato individual de trabalho, no qual deve constar a responsabilidade acerca da aquisição, da manutenção ou do fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária à prestação do trabalho e indica que a contratação coletiva pode ser alternativa para ajuste de condições com empregados fora da moldura do parágrafo único do artigo 444 da CLT, de acordo com o art. 611-A.

Com efeito, o teletrabalho surge como uma nova forma de prestação de serviços, podendo ser transnacional, pois pode transpor as barreiras geográficas de determinado país

²⁴⁴ No original: “Furthermore, the declarations underline the voluntary character of telework and require the employer to monitor employees performing mobile work in order to support them in this process. Members are invited to consider concluding, before starting mobile working arrangements, a specific complementary collective agreement and/or individual agreements, addressing the following issues: (a) frequency of the telework and accessibility of the teleworker; (b) occupational health and safety; (c) data protection; (d) the employer’s access to the workplace in order to verify that the health and safety and data protection provisions are correctly applied; (e) where applicable, conditions related to the provision, installation and maintenance of equipment necessary for the performance of mobile work; (f) what should be done in case of equipment breakdown; (g) the right of employees to access training and career development opportunities and the requirement for them to be subject to the same appraisal policies as those applicable to the employer’s non-teleworking employees; (h) the right of teleworkers to benefit from the same entitlements as all other company employees with equivalent workloads, salary and performance standards. Performance monitoring should be of output rather than activity, and any performance monitoring arrangements must be consistent, having regard for the specific characteristics of the type of mobile work”. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 18-19. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

²⁴⁵ No original: “It is also worth highlighting the Buenos Aires Declaration on Telework adopted by the 15th International Telework Workshop, organized in Buenos Aires from 25–27 August 2010. The declaration underlines, among other things, the need to establish a general legal framework to protect all teleworkers, especially those with disabilities and other vulnerable groups, through regulation or legislation, and to ensure them the right to freedom of association, organization and social security”. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 19. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

em razão de a sua plataforma ser virtual. De acordo com Alice Monteiro de Barros²⁴⁶, o teletrabalho trata-se de uma atividade de quem trabalha à distância. Essa nova modalidade de trabalhar supera os limites territoriais, podendo ser transregional, transnacional e transcontinental e permitindo até mesmo a atividade em movimento. Normalmente, são pessoas de média ou alta qualificação, que se utilizam da informática ou telecomunicação para a prestação dos serviços.

Diante de tal contexto, Amauri Mascaro Nascimento afirma:

As relações de trabalho internacionais apresentam problemas específicos decorrentes da mobilidade da força de trabalho entre as fronteiras à procura de novo emprego ou em sequência do mesmo emprego, pondo-se o trabalhador, em outro país, na situação de estrangeiro submetido, até mesmo e conforme o caso, a três ordenamentos jurídicos, o do Estado em que está prestando o serviço, o do seu país de origem e o ordenamento supranacional internacional, em alguns casos comunitário²⁴⁷.

No teletrabalho transnacional, é possível a incidência de leis oriundas de soberanias distintas, em razão de fatores como a origem do trabalhador, o país da sede da empresa, bem como o país onde o trabalhador presta serviços e até mesmo pode estar sujeito ao ordenamento supranacional internacional, se houver. Nesse sentido, pode ocorrer um conflito de leis trabalhistas no espaço, demandando uma solução para o caso concreto, o que será tratado no próximo tópico.

3.2 TELETRABALHO TRANSNACIONAL: DIREITO DO TRABALHO TRANSNACIONAL

Quando eu parto? Por quanto tempo vou ficar lá? De quem serei funcionário? Quem vai me pagar? A seguridade social que vai me proteger é de qual país? Quais leis e de qual país definirão meus direitos como empregado? Essas são algumas das perguntas mais frequentes feitas por funcionários quando o empregador informa que eles serão enviados para outro país para realizar seu trabalho lá. O empregador normalmente terá elaborado um acordo que atenda a maioria deles. Infelizmente, na equação das relações de emprego transnacionais, alguns fatores levarão a questões de difícil resolução, independentemente das cláusulas do acordo. A razão por trás dessa incerteza é que o trabalho e o emprego sempre foram regulamentados localmente e para os relacionamentos com empregadores locais.

²⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 321.

²⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito - relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90.

Tradicionalmente, as regulamentações domésticas não contemplam as relações de trabalho transnacionais, e o emprego transnacional é pouco regulado pelas leis internacionais²⁴⁸.

Apesar dessas questões legais, no mundo globalizado, as relações de trabalho transnacionais são de fato lugar comum agora. Definida por alguns como o conceito mais falado no último milênio e ainda o menos compreendido, a globalização tem inegavelmente alterado as políticas, economias, culturas e tradições das nações. O conceito, no entanto, não é novo. O processo começou cedo na história da civilização. Com diferentes propósitos e extensões em cada era, desde o antigo Império de Roma até a colonização europeia, a ideia subjacente básica tem sempre transcendido as fronteiras locais ou nacionais para a criação de um mercado global. Atualmente, com a evolução dos meios de transporte e a revolução das telecomunicações, a globalização resultou em um mercado mundial único de bens, serviços, capital e trabalho. Esse mercado global favoreceu tanto a deslocalização da produção quanto o fluxo crescente de funcionários de um país para outro. Nesse contexto, o conceito de emprego transnacional refere-se ao último fenômeno, no qual os empregados são enviados ao mundo inteiro por seus empregadores para executar seus serviços, e não ao primeiro, no qual as empresas apenas usam a força de trabalho local de outro país. Como não poderia ter sido de outra forma, a lei espelhou essas mudanças no esquema tradicional de trabalho e emprego. Apesar de sua natureza eminentemente local, as leis trabalhistas também "se tornaram globais". As leis trabalhistas transnacionais surgiram, tornando-se, nos últimos anos, um emergente campo independente do Direito. Não obstante, a evolução da lei e o crescimento do emprego transnacional não seguiram o mesmo ritmo. A lei ainda precisa considerar questões básicas de emprego transnacionais²⁴⁹.

²⁴⁸ No original: "When do I leave? For how long am I going to stay there? Whose employee am I going to be of? Who will be paying me? Whose country's social security system will protect me? Whose country's laws will define my rights as an employee? These are some of the frequently asked questions by employees when their employer informs them that they will be sent to another country to perform their work there. The employer will typically have drafted an agreement that answers most of them. Unfortunately, in the transnational employment relationship equation, some will remain unknown factors that will be very difficult to clear regardless of the agreement's clauses. The reason behind this uncertainty is that labor and employment has always been regulated locally and for local employee employer relationships. Traditionally, domestic regulations have not contemplated transnational employment relationships, and transnational employment is barely regulated by international laws". (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 05-06).

²⁴⁹ No original: "Despite these legal issues, in our globalized world, transnational employment relationships are indeed common place now. Defined by some as the most talked about concept in the last millennium and yet the least understood, globalization has been undeniably altering nations' politics, economies, cultures, and traditions. The concept, though, is not new; in fact, the process started early in the history of civilization. With different purposes and extents in each era, from the ancient Rome Empire to the European colonization, the basic underlying idea has always been transcending local or national boundaries for the creation of a global market. Nowadays, with the evolution of transportation means and the revolution of telecommunications, globalization has resulted in a single world market for goods, services, capital, and labor. This global market has favored both

Por um lado, houve progresso importante quanto à lei substantiva. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) respondeu ao "crescente número de necessidades e desafios enfrentados por trabalhadores e empregadores na economia global através da elaboração de normas internacionais de trabalho – entre outros tópicos, salários, tempo de trabalho, segurança e saúde ocupacional e migração. Entretanto, suas convenções e recomendações fornecem apenas requisitos mínimos que exigem sua implementação pelos países que os ratifiquem ou sigam²⁵⁰.

Por outro lado, apesar dos esforços para preenchê-lo, ainda existe uma lacuna legislativa significativa em relação a questões processuais decorrentes da relação de trabalho transnacional. Questões importantes como onde trazer um processo cujas leis se aplicam ou como aplicar um julgamento obtido não são abordadas holisticamente. Em 1992, os Estados Unidos (EUA), através da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, iniciaram um esforço para concluir uma convenção mundial sobre jurisdição e julgamentos. Mas, devido às diferenças legais entre o direito comum e o direito civil, as negociações nunca levaram ao dito instrumento necessário. Além disso, há atualmente um grupo de trabalho elaborando um esboço sobre a escolha da lei em contratos internacionais²⁵¹. O resultado final ainda está para ser visto²⁵².

a delocalization of production and an increasing flow of employees from one country to another. In this context, as this paper will contend, the concept of transnational employment refers to the latter phenomenon, where employees are sent across the world by their employers to perform their services, and not to the former, in which companies just use the local workforce of another country. As it could not have been otherwise, the law has mirrored these changes in the traditional labor and employment scheme. In spite of its eminently local nature, labor and employment law has also "gone global." Transnational labor and employment law sprang, becoming in the past years an emerging independent field of law. Nonetheless, the evolution of the law and the growth of transnational employment have not followed the same pace. The law still needs to envisage basic transnational employment issues". (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 06).

²⁵⁰ No original: "On one hand, there has been important progress as to substantive law. The International Labor Organization (ILO) has responded to the "growing number of needs and challenges faced by workers and employers in the global economy²⁵⁰ by elaborating international labor standards -regarding, among other topics, wages, working time, occupational safety and health and migrating workers. However, its conventions and recommendations only provide minimum requirements that require its implementation by the countries that respectively ratify or follow them". (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 06).

²⁵¹ Ver mais em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135>

²⁵² No original: "On the other hand, despite the efforts to fill it, there still is a significant legislative gap vis-a-vis procedural issues arising out of the transnational employment relationship. Important questions like where to bring suit, whose laws apply, or how to enforce an obtained judgment are not holistically approached. In 1992, the United States (US), through The Hague Conference on Private International Law, initiated a push to conclude a worldwide convention on jurisdiction and judgments. But, because of the legal differences between common law and civil law, negotiations never led to said needed instrument. Moreover, there is currently a working group elaborating a draft on choice of law in international contracts. The final outcome it is yet to be seen". (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law?**

Em suma, múltiplas questões legais derivam da tendência de emprego transnacional para a qual a resposta não pode ser encontrada em instrumentos internacionais. É necessária uma análise minuciosa dos países de origem e de acolhimento para determinar questões básicas como (i) Tribunal de qual país pode ouvir as controvérsias que surgem entre as partes, (ii) qual é a lei aplicável, (iii) de que país é o sistema de previdência social que protege o empregado, ou (iv) como um julgamento obtido em um país será aplicado em outro²⁵³.

A título ilustrativo, os Estados Unidos também têm adotado uma regra que permite que as partes contratantes escolham a lei que rege o contrato. A abordagem anterior de conflitos de lei para contratos era aplicar a lei do lugar do último ato necessário para tornar o contrato legalmente efetivo. A regra do lugar da feitura do contrato, no entanto, tem sido criticada por ser excessivamente ambígua. Decidir quando ocorreu o último ato das partes necessárias para tornar o contrato legalmente efetivo é tanto conceitualmente difícil quanto passível de manipulação pelas partes e pelos tribunais. A incerteza da regra do lugar de feitura, portanto, prejudica o planejamento de negócios e a formação de contratos. Em razão de conflitos legais na área de contratos relacionados às dificuldades com a regra do lugar da feitura, foram reformulados os regramentos legais pertinentes no *Restatement (Second) of Conflicts of Law*. O Segundo Pronunciamento foi adotado e promulgado pelo *American Law Institute* em 23 de maio de 1969 e publicado em 1971. Para substituir a regra do local de feitura, o Segundo *Restatement*, como na Convenção da Comunidade Econômica Européia (CEE)²⁵⁴, dá às partes maior liberdade para escolher a lei que rege o seu contrato, sujeito a

Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 07).

²⁵³ No original: “In sum, multiple legal issues derive from the transnational employment trend to which the answer cannot be found in international instruments. Thorough analysis of both home and host countries is required in order to determine basic questions like (i) whose courts can hear the controversies that arise between the parties, (ii) which is the applicable law, (iii) whose country's social security system protects the employee, or (iv) how will a judgment obtained in one country be enforced in a different one”. (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships.** Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 08).

²⁵⁴ Sobre a construção europeia: [...] Sonho antigo, vindo já do século XVIII, a união da Europa, quer sob o ponto de vista econômico, quer sob o ponto político, só irá concretizar-se após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A Europa, senhora do mundo nos inícios do século XX, necessitou de duas guerras mundiais, que destruíram o seu poderio econômico e militar, para entender que necessitava de se unir, e ultrapassando velhas rivalidades nacionais, vir a desempenhar, de novo, um papel determinante na cena internacional. Assim irá surgir, na sequência da criação do Conselho da Europa (1949) e da União Ocidental (UEO) em 1948, a Comunidade europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951, que vai dar origem à Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 1957, a chamada Europa dos Seis – República Federal Alemã, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos –, a qual irá conhecer um processo de alargamento contínuo, que irá ser acelerado depois da queda do comunismo ter posto fim à divisão do Continente em dois blocos. Assim, após a adesão da Grã-Bretanha, Dinamarca e Irlanda, em 1972, da Grécia em 1981, seguiu-se a adesão da Espanha e de Portugal, em 1986, e finalmente, em 1995, a Áustria, a Suécia e a Finlândia. A Comunidade Econômica Europeia, designada a partir de 1992 por União Europeia, conta hoje com 15 países membros, havendo ainda candidaturas

certas qualificações²⁵⁵²⁵⁶.

Quando as partes se negam a escolher a lei que regerá seu contrato, tanto a Convenção da CEE (Convenção da Comunidade Econômica Europeia) quanto o Segundo *Restatement* contêm regras para determinar qual lei será aplicada ao contrato. Nos termos da Convenção da CEE, existem quatro diferentes regras de escolha quando as partes não escolhem. O artigo 4 (2) regula o desempenho do contrato pelas corporações. O desempenho nos contratos de consumo, conforme discutido supra, é regido pelo Artigo 5 (3), que pré seleciona a lei do domicílio do consumidor. Corporações, da mesma forma, são governadas pelo lugar da administração central da corporação. Finalmente, os imóveis são regidos pela lei do lugar onde estão situados e os contratos de trabalho são governados pelo local onde o trabalho é realizado²⁵⁷²⁵⁸.

de adesão por parte de Chipre, Malta, Turquia, Hungria e Polônia e acordos de associação com outros países da Europa Central e Oriental, os quais poderão aderir a União desde que satisfaçam "as condições econômicas e políticas referidas". A União Europeia deu um passo decisivo ao avançar com a moeda única no princípio de 1999, a ela tendo aderido 11 moedas, nomeadamente o escudo português. E por outro lado, foi criado o Banco Central Europeu (BCE), a instituição responsável pela mais importante política comum da UE, a política monetária. (SOUSA, Fernando de. Portugal e União Europeia. **Revista brasileira de política internacional**, Brasília, v. 43, n. 2, p. 192-200, Dez. 2000. Disponível em: Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: dez. 2019).

²⁵⁵ No original: "The United States has also adopted a rule that allows contracting parties to choose the law governing their contract. The prior approach to conflicts of law for contracts was to apply the law of the place of the last act necessary to make the contract legally effective. The place of making rule for contracts, however, has been criticized as overly ambiguous. Deciding when the last act by the parties necessary to make the contract legally effective has occurred is both conceptually difficult and subject to manipulation by the parties and the courts. The uncertainty of the place of making rule, therefore, hurts business planning and contract formation. Conflicts law in the area of contracts, in light of the difficulties with the place-of-making rule, was reformulated in the Restatement (Second) of Conflicts of Law. The Restatement Second was adopted and promulgated by the American Law Institute on May 23, 1969 and published in 1971. To replace the place-of-making rule, the Restatement Second, as in the EEC Convention (European Economic Community), gives the parties greater freedom to choose the law that governs their contract, subject to certain qualifications". (COHEN, Samuel. EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law for Contracts, With Particular Emphasis on the Restatement Second: a Comparative Study. **Maryland Journal of International Law**. v.13, 1989, p. 224-225. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol13/iss2/3>. Acesso em: maio 2018).

²⁵⁶ Ver mais em: RESTATEMENT SECOND OF CONTRACTS, 1981. **Restatement (Second) of Conflict of Laws**. Disponível em: www.columbia.edu/~mr2651/.../2nd/statutes/Rest2Confl6.doc> Acesso em: maio 2018.

²⁵⁷ Desse modo: When the parties neglect to choose the law that will govern their contract, both the EEC Convention and the Restatement Second contain rules to determine what law will apply to the contract. Under the EEC Convention, there are four different choice of law rules when the parties fail to choose. Article 4 (2) regulates contract performance by corporations. Performance in consumer contracts, as is discussed supra, is governed by Article 5 (3) which pre selects the law of the consumer's domicile. Corporations, in like fashion, are governed by the place of the corporation's central administration. Finally, immovables are governed by the law of the situs, and employment contracts are governed by the place where the work is performed (COHEN, Samuel. EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law for Contracts, With Particular Emphasis on the Restatement Second: a Comparative Study. **Maryland Journal of International Law**. v.13, 1989, p.238-239. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol13/iss2/3>. Acesso em: maio 2018).

²⁵⁸ Convenção CEE. Art. 6º (1) (Contratos individuais de trabalho). A Convenção CEE estabelece o seguinte: (1) Não obstante as disposições do Artigo 3, em um contrato de trabalho uma escolha de lei feita pelas partes não terá como resultado privar o empregado da proteção oferecida pelas regras obrigatórias da lei que seriam aplicável nos termos do parágrafo (2) na ausência de escolha.

Percebe-se que não há regramento internacional acerca do direito do trabalho entre países e trabalhadores de diferentes nações. O que há, pela OIT, são convenções e recomendações acerca dos direitos trabalhistas que os países devem adotar nas suas leis internas, e não uma legislação transnacional. Como afirmado anteriormente, há um regramento transnacional sobre princípios na escolha da lei nos contratos internacionais de comércio. Além disso, há a Convenção da CEE (Convenção da Comunidade Econômica Europeia) e o Segundo *Restatement* (Estados Unidos), que contêm regras para determinar qual lei será aplicada ao contrato. Nos termos da Convenção, no tocante à área trabalhista, o entendimento é que deve ser aplicada a lei do país onde ocorre a prestação dos serviços.

A legislação transnacional de trabalho e emprego vem evoluindo nas últimas décadas. É atualmente considerada uma área emergente e independente de concentração. Ao longo dos últimos anos, estudiosos, comentaristas e profissionais de emprego em todo o mundo dedicaram-se ao seu estudo, gerando literatura prolífica. Atualmente, a lei trabalhista transnacional abrange não apenas o direito privado internacional, mas também o direito material. Assim, embora o direito privado internacional tradicional se limite a resolver conflitos relativos à jurisdição e à lei aplicável entre diferentes países, a lei trabalhista transnacional está avançando em direção à regulamentação do direito substantivo referente a direitos e obrigações derivados de relações de emprego privadas. As principais fontes dessa importante lei laboral transnacional são: regulamentos internacionais (dos quais os mais relevantes são as convenções e as recomendações da OIT e as directivas e regulamentos da UE); convenções bilaterais ou multilaterais internacionais (consistindo principalmente em acordos internacionais sobre segurança social); acordos coletivos internacionais (porque as negociações internacionais são complexas, esse tipo de acordo é raro e limitado principalmente à UE e entre os EUA e o Canadá); e leis domésticas²⁵⁹.

²⁵⁹ No original: Transnational labor and employment law has been evolving for the past decades. It is now considered an emerging independent area of concentration. Over the past years, scholars, commentators and employment practitioners throughout the world have devoted to its study generating prolific literature. Nowadays, transnational employment law encompasses not only international private law, but also substantive law. Thus, whilst traditional international private law was limited to solving conflicts regarding jurisdiction and applicable law amongst different countries, transnational employment law is advancing towards the regulation of substantive law concerning rights and obligations derived from private employment relationships. The main sources of this substantive transnational employment law are: international regulations (of which the most relevant are ILO's conventions and recommendations and EU's directives and regulations); international bilateral or multilateral conventions (mainly consisting of international agreements on social security); international collective bargaining agreements (because international negotiations are complex, these kind of agreements are rare and mostly limited to the EU and between the US and Canada); and domestic laws. (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 10).

Normalmente, um contrato de trabalho transnacional incluiria os seguintes termos-chave da relação de emprego: contrato de trabalho; local de trabalho; abrangência do emprego; remuneração, planos de benefícios, seguridade social; rescisão do vínculo empregatício; repatriação; escolha do foro; escolha da lei²⁶⁰.

Em nosso mundo globalizado, o emprego transnacional é uma realidade incontrolável. A lei não pode ficar para trás, tem que evoluir naturalmente para fornecer respostas jurídicas aos problemas do dia a dia decorrentes das relações de trabalho transnacionais. Quanto à lei substantiva, as limitações naturais de soberania das nações, políticas locais, necessidades econômicas e culturas locais impedem uma regulação abrangente. Mas houve progresso significativo em direção à padronização mundial dos requisitos mínimos de trabalho e emprego. Inversamente, existe uma lacuna legislativa importante em relação aos aspectos processuais da relação de trabalho transnacional e de quais tribunais ouvirão o caso. Além dessas, outras ponderações: leis de qual país serão aplicadas? O julgamento será aplicável em outros países? Para preencher a lacuna legislativa, os empregadores e empregados autorregulam suas relações de trabalho transnacionais através de acordos individuais. No entanto, uma análise minuciosa das leis nacionais e transnacionais dos países de origem e de acolhimento será sempre imperativa. Mesmo assim, devido à variedade de abordagens para questões transnacionais, diferentes resultados são possíveis²⁶¹.

Em suma, não existe certeza absoluta e, menos ainda, do ponto de vista da lei. No entanto, a previsibilidade legal, em certa medida, é necessária. Por enquanto, teremos que ficar atentos às mudanças futuras na lei de emprego transnacional em evolução. Quanto à

²⁶⁰ No original: Typically, a transnational employment agreement would include the following key terms of the employment relationship: a. Term of employment b. Workplace c. Scope of employment d. Compensation, benefit plans, Social Security e. Termination of the employment relationship f. Repatriation g. Forum selection h. Choice of law (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 17).

²⁶¹ No original: In our globalized world, transnational employment is an unstoppable reality. The law cannot fall behind it has to naturally evolve to provide legal answers to the every day problems arising out of transnational employment relationships. As to the substantive law, natural limitations -nation's sovereignties, local politics and economic needs, and local cultures impede a comprehensive regulation. But there has been significant progress towards the worldwide standardization of minimum labor and employment requirements. Conversely, an important legislative gap exists in regard to procedural aspects of the transnational employment relationship whose courts will hear the case? Whose laws will apply? Will the judgment be enforceable in other countries? To fill in the legislative gap, employers and employees self-regulate their transnational employment relationships via individual agreements. Nonetheless, thorough analysis of both home and host countries domestic and transnational laws will always be imperative. Even then, due to variety of approaches to transnational issues, different outcomes are possible (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 51).

escolha da lei, um instrumento internacional dentro da Conferência de Haia parece ser uma possibilidade num futuro próximo²⁶².

3.2.1 Lei aplicável ao teletrabalho transnacional

Enquanto não se tem uma legislação do trabalho transnacional, com relação à lei aplicável, tem-se a regulamentação interna de cada país, que deverá ser utilizada para solucionar possíveis questões relacionadas ao conflito de leis, de responsabilidade do Direito Internacional Privado.

Nesse sentido, são as palavras de Cunha:

A solução desses conflitos de leis (decorrentes da possibilidade de aplicação simultânea de leis oriundas de diferentes ordenamentos jurídicos nacionais), que significa a escolha do país cujo ordenamento jurídico incidirá sobre a relação, com exclusão de todos os demais, consiste no objeto do ramo do direito denominado *Direito Internacional Privado*. Através de suas normas, cada país – por seu direito interno – elege um determinado elemento da relação (*elemento de conexão*) e estabelece que o ordenamento jurídico com o qual este elemento possua contato mais íntimo regerá toda a relação.²⁶³

Assim, compete à ciência do direito internacional privado resolver os conflitos de leis no espaço na hipótese de ocorrer a incidência de mais de uma norma, advindas de ordenamentos jurídicos diferentes, sobre a mesma relação jurídica. De acordo com os ensinamentos de Irineu Strenger:

O direito internacional privado tem como objeto básico a solução dos problemas de conflitos de leis no espaço, ou seja, a finalidade do direito internacional privado enquanto ciência é sistematizar as regras destinadas a resolver os problemas onde mais de uma lei, em virtude de alguns de seus elementos, é potencialmente capaz de ser aplicada à relação concreta. Compete ao direito internacional privado, no caso de uma colisão de leis no espaço, determinar a lei aplicável ao caso [...].²⁶⁴

Com efeito, verifica-se que cada Estado possui seu ordenamento jurídico, aplicável dentro de suas fronteiras, porém, essa limitação não é absoluta, na medida em que há relações

²⁶² No original: In sum, there is no such thing as absolute certainty, and even less from the law standpoint. However, legal predictability to some extent is needed. For the moment, we will have to stay tuned for upcoming changes in the evolving transnational employment law. Regarding choice of law, an international instrument within The Hague Conference appears to be a possibility in the near future. (MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015, p. 51-52).

²⁶³ CUNHA, Rodrigo Giostri da. **Contrato internacional de trabalho – Transferência de empregados**. Disponível em: http://www.socejur.com.br/artigos/direito_internacional.doc. Acesso em: out. 2006, p. 03.

²⁶⁴ STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 1996, p. 55.

que extrapolam os limites dos Estados. Pode-se dizer que essas relações geram o chamado conflito de leis no espaço, cuja solução é tarefa precípua do Direito Internacional Privado.²⁶⁵

Essa foi a preocupação lançada pela OIT no último Forum de Diálogo Global sobre os Desafios e Oportunidades do Teletrabalho para os Trabalhadores e Empregadores nos Serviços de Tecnologia da Informação e da Comunicação e Setores de serviços financeiros. O documento foi preparado pelo Escritório do Trabalho Internacional e, dentre outras preocupações, os constituintes da OIT podem desejar refletir sobre o fato de que as ferramentas tecnológicas de hoje fazem com que não seja tecnicamente impossível para os empregadores – em qualquer lugar, incluindo nos Serviços de Tecnologia da Informação e da Comunicação e nos Serviços Financeiros – acessar a torneira para a mais ampla piscina de trabalho global de trabalhadores qualificados e empregá-los como teletrabalhadores em tempo integral. Isso implica dizer que é possível contar com trabalhadores, ainda que fora da sua empresa de país de domicílio. Esse contexto desencadeia questões como: quais leis trabalhistas devem ser aplicadas - as do país em que o empregador está localizado ou do país onde o teletrabalhador está? Qual impacto que isso teria sobre os pilares do trabalho decente, como a liberdade de associação, representação coletiva, regimes de segurança social e diálogo social em geral, dado o fato de que a força de trabalho seria dispersada além de determinado país – ou até mesmo região – com diferentes leis trabalhistas? Essa não é uma mera hipótese, uma vez que trabalho multidão e trabalho baseado em plataforma na economia compartilhada já envolvem o tipo de arranjo de trabalho de colaboração, abrangendo países e até mesmo continentes, que a tecnologia e o teletrabalho também facilitam²⁶⁶.

Muito mudou desde então. Por exemplo, uma análise das pesquisas anuais de escolha de direito publicadas todos os anos no *American Journal of Comparative Law* mostra um aumento dramático no número e na importância dos casos que lidam com conflitos

²⁶⁵ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 05.

²⁶⁶ No original: A final issue that ILO constituents may wish to reflect upon is the fact that today's technological tools mean that it is no longer technically impossible for employers anywhere, including in ICTS and financial services, to tap into the wider global labour pool of skilled workers and to employ them as full-time teleworkers –that is to say outside their company's country of domicile. This gives rise to such questions as which labour laws should apply –those of the country where the employer is located or where the teleworker is working? What impact would that have on such pillars of decent work as freedom of association, collective representation, social security regimes and social dialogue generally, given the fact that the workforce would then be dispersed across countries –and even regions –with differing labour laws? This is not a mere hypothesis; crowd working and platform-based work in the sharing economy already involve the kind of collaborative work arrangements, spanning countries and even continents, that technology and telework also facilitate. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors**. Geneva: ILO, 2016, p. 21. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017).

internacionais. Esse aumento também se reflete na criação de novos casos sobre litígios transnacionais, bem como em um aumento igualmente dramático na literatura sobre temas como direitos humanos e conflitos econômicos internacionais, incluindo o alcance extraterritorial dos estatutos federais em assuntos como antitruste, direitos autorais, patentes, emprego, meio ambiente e outros assuntos²⁶⁷²⁶⁸.

Com efeito, cabe, portanto, ao direito internacional privado, no momento caracterizado pela falta de um direito transnacional acerca da matéria, solucionar um possível conflito de leis no espaço, no caso, trabalhistas. Ressalta-se que elementos de conexão previstos em convenções internacionais e no direito interno de cada país (envolvido na relação jurídica) devem ser levados em consideração para a solução do caso concreto.

Segundo os ensinamentos de Dallegrave Neto,²⁶⁹ diante de um conflito de leis no espaço, para determinação de lei aplicável ao caso concreto, necessita-se de um critério jurídico. Os critérios criados pelo direito são a nacionalidade do agente; *lex rei sitae* (aplica-se a lei de situação da coisa) e a *lex loci regit actum* (lei do local da feitura do ato é que será aplicável), conforme previsto no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL n. 4.657/42). Por fim, propõe o critério da territorialidade (local de prestação de serviços).

Além disso, há também o critério da autonomia de vontade das partes, estabelecendo que as próprias partes podem eleger a lei aplicável ao seu contrato, o que, no direito do trabalho brasileiro, está previsto no art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁷⁰. Em nível internacional, tem-se a Convenção de Roma, que, no art. 3º, 1,²⁷¹ privilegia a vontade das partes na escolha da lei a ser aplicada ao contrato.

²⁶⁷ SYMEONIDES, Symeon. The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning. *University of Illinois Law Review*, Champaign, v. 2015, n. 2, p. 72, fev. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568175>. Acesso em: maio 2018.

²⁶⁸ No original: Much has changed since then. For instance, a perusal of the annual choice-of-law surveys published every year in the *American Journal of Comparative Law* shows a dramatic increase in the number and importance of cases dealing with international conflicts. This increase is also reflected in the creation of new courses on transnational litigation, as well as an equally dramatic increase in the literature on subjects such as human rights and international economic conflicts, including the extraterritorial reach of federal statutes on subjects like antitrust, copyrights and patents, employment, environment, and other subjects.

²⁶⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Conflito de leis trabalhistas no espaço. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, n. 130, abr. 2000, p. 70.

²⁷⁰ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

²⁷¹ Artigo 3º - Liberdade de escolha

1- O contrato rege-se pela lei escolhida pelas Partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as Partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

Segundo Octávio Bueno Magano,²⁷² a regra a ser aplicada aos casos de conflito de leis trabalhistas no espaço é a da *lex loci laboris*, ou seja, a lei do lugar da execução do contrato de trabalho, a lei do país de prestação dos serviços pelo trabalhador, pois não se concebe a ideia de se aplicarem ordenamentos jurídicos diversos a trabalhadores de um mesmo território.

O art. 198 do Código de Bustamante dispõe que “também é territorial a legislação sobre acidentes de trabalho e proteção social do trabalhador”²⁷³. A Convenção de Roma, por sua vez, no seu art. 6º, 2, letra a,²⁷⁴ também dispõe nesse sentido. Assim, para solucionar um conflito de leis no espaço, aplica-se o critério da territorialidade. Essa questão já foi objeto de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. A antiga Súmula 207 do TST previa que “a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”²⁷⁵.

²⁷² MAGANO, Octavio Bueno. Conflito de leis trabalhistas no espaço (lineamentos). *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 51, n. 8, ago. 1987, p. 917.

²⁷³ BRASIL. **Convenção de Direito Internacional Privado** de 1928 – Código de Bustamante. In: BRASIL. Constituição Federal: Coletânea de Direito Internacional. Org. por Valério de Oliveira Mazzuoli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (RT Mini Códigos).

²⁷⁴ Art. 6º Contrato individual de trabalho

[...]

2- Não obstante o disposto no art. 4º, e na falta de escolha feita nos termos do art. 3º, o contrato de trabalho é regulado: a) Pela lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país.

²⁷⁵ Com a ratificação da convenção 186 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) pelo governo, brasileiros que trabalham em cruzeiros ou em embarcações comerciais na costa do Brasil poderão ficar regidos pelas leis da bandeira do navio (nacionalidade da embarcação), e não pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), segundo especialistas ouvidos pela reportagem. O Senado aprovou no dia 17 de dezembro um PDL (Projeto de Decreto Legislativo) ratificando a convenção da OIT que regula os direitos de trabalhadores marítimos, incluindo horas de trabalho e descanso, férias, acomodação, alimentação e proteção à saúde e à segurança. Muito esperada por empresas do setor de navegação, a norma já foi aprovada na Câmara e no Senado, mas ainda precisa ser sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro para entrar em vigor. Tudo indica, porém, que não haverá resistência por parte do presidente. Primeiro, porque um dos argumentos de quem defende a ratificação é que a adoção de regras de outros países poderá destravar a geração de empregos no setor, um tema caro para o governo. Segundo, porque esse discurso também está alinhado ao do filho do presidente Flávio Bolsonaro (sem partido-RJ), relator do projeto no Senado. Durante a votação do PDL, Flávio chegou a dizer que a ratificação da convenção 186 deverá trazer geração de emprego porque acabará com a insegurança jurídica para empresas estrangeiras que quiserem operar na costa brasileira. De fato não há um entendimento legal. As turmas do TST (Tribunal Superior do Trabalho) não têm um consenso sobre a aplicação de leis trabalhistas no espaço marítimo. O tribunal já tomou decisões em sentidos opostos, ora considerando as leis do território brasileiro (CLT), ora levando em conta as regras da bandeira do navio (nacionalidade da embarcação). Com a ratificação da convenção 186 (também chamada de MLC), os especialistas dizem que se chega a um entendimento: o de aplicar as leis da bandeira do navio. "Era uma confusão. Um risco para quem queria dar emprego a um marítimo brasileiro. Com o Brasil ratificando essa convenção, fica definido que vale a legislação da bandeira", diz Luis Fernando Resano, diretor-executivo da Abac (Associação Brasileira de Armadores de Cabotagem). "Vai ser aplicada a lei da bandeira, que, no final das contas, é a MLC, porque todos os países de tradição marítima adotaram essa convenção", disse Marcelo Fortes, advogado trabalhista do escritório Fortes e Prado. Ele afirma que a sobreposição das leis da bandeira do navio à CLT não vem para colocar o trabalhador brasileiro em uma situação de vulnerabilidade, porque todas as nações com tradição marítima aderiram à convenção e tiveram que se adequar às condições mínimas de trabalho estabelecidas pela entidade. A medida, segundo sua avaliação, surge para trazer uniformidade na forma como as empresas marítimas administram seus tripulantes de diferentes nacionalidades. "O intuito da OIT desde 2006 foi criar a isonomia para que todos os

Segundo Arnaldo Sussekind,

[...] a tendência universal de se assegurar igualdade de direitos aos nacionais e estrangeiros que prestam serviços, como empregados, em determinado país e a circunstância de ser a legislação do trabalho constituída, em parte, de normas de direito público e, em parte, de normas de direito privado que, no entanto, possuem, geralmente, o caráter de ordem pública, fundamentam o generalizado apelo à lei de lugar da prestação do trabalho²⁷⁶.

O Decreto Real n. 3/2012 da Espanha reformou a regulação de teletrabalho naquele país e, no seu artigo 13, item 3, prevê:

Os trabalhadores a distância terão os mesmos direitos que os que prestam seus serviços no centro de trabalho da empresa, salvo aqueles que sejam inerentes à realização da prestação laboral no mesmo de maneira presencial. Em especial, o trabalhador a distância terá direito a perceber, como mínimo, a retribuição total estabelecida conforme ao seu grupo profissional e funções²⁷⁷.

trabalhadores a bordo tivessem o mesmo regramento jurídico", diz. Há, no entanto, quem discuta a validade do argumento de que a convenção 186 vai permitir que leis de fora se sobreponham à CLT. Isso porque, segundo quem atua na área, as regras da OIT são apenas um marco legal que cria condições mínimas, já superadas pelas leis brasileiras. "Para o trabalhador daqui não vai ter uma grande mudança, porque os marítimos brasileiros, por meio das nossas leis e pelos seus acordos coletivos, já atingiram patamares superiores ao que está ordenado no convênio da OIT", disse Ricardo Ponzi, presidente da FNTTAA (Federação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Aquaviários e Afins). A advogada trabalhista Denise Arantes, do escritório Mauro Menezes, corrobora o argumento afirmando que, pelo próprio espírito da OIT, não há como uma convenção da entidade vir sobrepor leis que são mais protetivas aos trabalhadores. "Em sua lei mais geral, a organização diz que a ratificação de alguma convenção sua por um país jamais poderá afetar uma lei daquele Estado que seja mais favorável", diz. A advogada afirma também que, mesmo com a ratificação da convenção, a Constituição brasileira se faz soberana. "A norma é ratificada abaixo da Constituição. Todos os direitos trabalhistas, como jornada de 44 horas semanais, direito a FGTS, direito a férias com [adicional de] 1/3 [do salário] estão previstos no artigo 7º da Constituição. E nenhuma norma pode ser superior à constituição de um país." No caso de embarcações de turismo que só permaneçam na costa brasileira, desde 2006 uma resolução do Conselho Nacional de Imigração determina que os navios que fiquem por mais de 30 dias aqui possuam um mínimo de 25% de brasileiros em sua tripulação. Quem conhece o setor afirma que o Brasil tem custos elevados devido à pouca infraestrutura dos portos, ao preço alto da praticagem (manobra de navios nos portos) no país e das taxas de embarque e desembarque. Com a adoção da CLT, a operação se tornaria ainda mais cara. Uma pessoa que acompanha o tema disse à reportagem, sob condição de anonimato, que a aplicação das leis brasileiras é hoje mais um motivo para que as empresas não operem na costa do Brasil. De fato, o número de cruzeiros na costa brasileira já foi quase o triplo dos sete da última temporada. Nos anos 2010 e 2011, o número de embarcações de turismo por aqui chegou a 20. Uma das medidas defendidas pelo presidente Jair Bolsonaro é aumentar o turismo náutico no país, elevando o número de cruzeiros para 40 até o fim de 2022. Segundo relatório da Clia Brasil (associação das empresas de cruzeiro) com a FGV (Fundação Getúlio Vargas), na temporada 2018/2019, o setor de cruzeiros gerou 32 mil postos de trabalhos, dos quais 2.115 correspondem aos tripulantes de navios. (CAGLIARI, Arthur. **Trabalhador de Cruzeiro no Brasil poderá ser regido por lei de outro país**. Rio Grande do Sul: Gaúchazh, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/01/trabalhador-de-cruzeiro-no-brasil-podera-ser-regido-por-lei-de-outro-pais-ck52df78101r101ocq9vzuteb.html>. Acesso em: 20 jan. 2020).

²⁷⁶ Apud MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. **Direito internacional privado e relação jurídica de trabalho: aspectos da legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

²⁷⁷ Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. (RUIZ, Luis Miguel Camps. **Derecho del trabajo**. [s.l.]: Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p.11)

Entretanto, no direito do trabalho brasileiro, há o entendimento de que deve ser aplicada a norma mais favorável ao obreiro. Ao trabalhador tem que ser garantido um mínimo de direitos possíveis, na medida em que o Estado Democrático de Direito ou Estado Social deve assegurar aos trabalhadores uma máxima eficácia de um direito social à prestação, que são os direitos dos trabalhadores, razão pela qual a Constituição Federal prevê, no *caput* do art. 7º, a melhoria da condição social dos trabalhadores, elevando em nível constitucional, o princípio da norma mais favorável²⁷⁸²⁷⁹.

Para corroborar desse entendimento, Amauri Mascaro Nascimento invoca como fundamento legal do princípio da norma mais favorável o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, o qual, ao estabelecer as diretrizes fundamentais dos direitos dos trabalhadores, o faz como garantias mínimas²⁸⁰.

Mauricio Godinho Delgado, compartilhando da mesma tese, diz que o princípio da norma mais favorável encontra-se claramente assumido pela Constituição da República, no Capítulo II do Título II da Carta Magna (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), isso é, no art. 7º, *caput*²⁸¹.

²⁷⁸Veja-se a Orientação Jurisprudencial n. 73 da SDI-1-Transitória sobre a prevalência da condição que for mais favorável ao trabalhador: VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PAGAMENTO MENSAL EM DECORRÊNCIA DE NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) A despeito da vedação de pagamento em periodicidade inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes no ano cível, disposta no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 10.101, de 19.12.2000, o parcelamento em prestações mensais da participação nos lucros e resultados de janeiro de 1999 a abril de 2000, fixado no acordo coletivo celebrado entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Volkswagen do Brasil Ltda., não retira a natureza indenizatória da referida verba (art. 7º, XI, da CF), devendo prevalecer a diretriz constitucional que prestigia a autonomia privada coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). (DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 73 da SDI-1-Transitória.** Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1_Transitoria/n_transitoria.html#Tema73 Acesso em: abr. 2020).

²⁷⁹ É interessante a decisão do STF sobre os planos de demissão incentivada (PDIs), em que pese pouca relação guarde com o foco de estudo desta tese, nela o Ministro Relator Luís Roberto Barroso argumenta que: “O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que regem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias”, o que se afasta do objeto do presente estudo que defende a possibilidade da autonomia da vontade, inclusive nas relações individuais e não somente nas coletivas de trabalho (fundamento do voto do Ministro Relator). (DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 590.415/SC, do Plenário.** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>. Acesso em: abr. 2020).

²⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 293.

²⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2010, p. 62.

Ainda, Dallegrave Neto comunga da mesma corrente quando afirma que “não é ocioso lembrar que o princípio da norma mais benéfica está estampado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal”²⁸². Em nível infraconstitucional, tem-se o art. 3º, II, da Lei 7.064/82²⁸³ como fundamento legal do princípio da norma mais favorável²⁸⁴. A Lei n. 7.064/82 regula a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.

De acordo com os ensinamentos de Dallegrave Neto sobre o elemento de conexão da norma mais favorável ao trabalhador:

Conforme se verificou pela expressa dicção do art. 3º, II, da Lei n. 7.064/82, a teoria adotada é a da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos que, por sua vez, difere-se da teoria da Acumulação e da teoria do Conglobamento. As três teorias diferenciam-se pela forma de considerar a aplicação da norma mais benéfica. A da Acumulação propugna pela reunião de todas as vantagens conferidas ao empregado, fracionando as diversas fontes normativas, em verdadeira “colcha de retalhos”, enquanto que a teoria da Incindibilidade defende a acumulação dos diplomas legais, limitando-os ao conjunto de normas por matéria. Finalmente, a teoria do Conglobamento sustenta que a opção deve recair sobre o conjunto global de uma determinada fonte formal em desprezo de outra: ou se considera integralmente a fonte formal “x” ou integralmente a lei “y”²⁸⁵.

Depreende-se que o artigo 3º, II, da lei n. 7.064/82 adota a teoria da incindibilidade dos institutos jurídicos, que sustenta a aplicação acumulada dos ordenamentos jurídicos com limitação ao conjunto de normas por matéria, ou seja, se em determinada matéria for mais favorável a legislação do território brasileiro, aplica-se o ordenamento brasileiro; em oposição, se em outra matéria for mais favorável o diploma estrangeiro, aplica-se este.

No direito internacional, encontra-se o fundamento no inciso VIII do art. 19²⁸⁶ da Constituição da OIT. No México, o art. 18 da Lei Federal do Trabalho dispõe: “Na interpretação das normas do trabalho serão consideradas as suas finalidades” e “em caso de

²⁸² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Conflito de leis trabalhistas no espaço. **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, n. 130, abr. 2000, p. 55.

²⁸³ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
II a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

²⁸⁴ Entende-se que, após a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), o art. 620 da CLT não é mais fundamento legal do princípio da norma mais favorável, tendo em vista que dispõe sobre a prevalência sempre das condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. A redação anterior da norma do art. 620 dispunha que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

²⁸⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Conflito de leis trabalhistas no espaço. **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, n. 130, abr. 2000, p. 74.

²⁸⁶ Em nenhum caso se poderá considerar que a adoção de uma convenção ou uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro – refere-se às Convenções e Resoluções da OIT – prejudicará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figurem no convênio ou recomendação.

dúvida prevalecerá a mais favorável ao trabalhador”²⁸⁷. Na União Europeia, a Diretiva 77/187 sobre transferência de empresas declara que “A presente diretiva não prejudica a faculdade dos Estados-membros de aplicar ou introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores”.²⁸⁸

Ainda, a norma contida no art. 4º, n. 3, do Código do Trabalho de Portugal (Lei 99/2003) determina que “as normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário”.²⁸⁹

O princípio da norma mais favorável também é adotado pela Lei do Contrato de Trabalho da Argentina, no art. 9º, que proclama que “Em caso de dúvida sobre a aplicação de normas legais ou convencionais, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, considerando-se a norma ou conjunto de normas que discipline cada uma das instituições do direito do trabalho. Se a dúvida recair sobre a interpretação ou o alcance da lei ou na apreciação da prova nos casos concretos, os juízes ou encarregados de aplicá-la decidirão no sentido mais favorável ao trabalhador”.²⁹⁰

De acordo com o parágrafo 2º do art. 5º da CF/1988²⁹¹ e o inciso VIII do art. 19 da Constituição da OIT, Dallegrave Neto,²⁹² com base também nas ideias de Maria Helena Diniz, diz que a antiga súmula 207 do TST²⁹³ não passa de uma regra geral. Deve, sempre, primar pela proteção do trabalhador mesmo contra o critério da territorialidade.

Em se tratando de ciberespaço, existe uma dificuldade em identificar o local da prestação de serviços, visto a sua localização *virtual*. Nesse contexto, pondera-se: o teletrabalhador em domicílio ou móvel, que presta serviços *on-line*, presta serviços no local onde reside, no local da sede da empresa – para onde envia seus serviços – ou no local de hospedagem do site no qual está conectado? Além disso, se o contrato não possui foro de eleição ou de lei aplicável,

²⁸⁷ LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do Conglobamento – Conflito de Normas no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 68.

²⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 295.

²⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 295.

²⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 294.

²⁹¹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Conflito de leis trabalhistas no espaço. Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, n. 130, abr. 2000, p. 81-82

²⁹³ Já revogada.

e o empregado for teletrabalhador móvel, a jurisdição e o ordenamento jurídico aplicado podem ser de qualquer lugar por onde ele passa e presta serviços?²⁹⁴

Com efeito, esses são os elementos de conexão que podem ser aplicados ao caso concreto para solucionar um eventual conflito de leis trabalhistas no espaço. Em suma, são: a lei do local da contratação; a lei do local da prestação dos serviços; as normas estabelecidas pelas partes por meio do critério da autonomia da vontade e a lei da nacionalidade do agente.

3.3 TELETRABALHO: O CIBERESPAÇO COMO LOCAL DE TRABALHO

Em se tratando de teletrabalho, pelo qual a execução das atividades se dá no meio virtual (ciberespaço) pode-se ter a lei do país onde a empresa está fisicamente estabelecida ou a lei do país onde a empresa tem registrado o endereço eletrônico e/ou *site* por meio do qual o trabalhador presta serviços.

O ciberespaço é:

[...] um tipo de espaço social criado de forma artificial, *informaticamente*, baseado em fluxos de informação (cibernéticos) em formato digital, que é experimentada pelo usuários de forma híbrida ou *ciborg*, é dizer, através de uma mescla de seu corpo físico (orgânico) e das diferentes máquinas e tecnologias que o levam ali. O ciberespaço, ou, falando com mais propriedade, os ciberespaços aos quais estamos nos referindo, são, pois, os entornos interativos e multipessoais utilizados (habitados) e criados pelos usuários das diversas tecnologias que permitem a interconexão entre ordenadores ou similares²⁹⁵.

O ciberespaço é um espaço não material e não configurado geograficamente. É composto por redes de computadores, telecomunicações, programas, interfaces e banco de dados nos quais a experiência humana passa a existir sob a forma de *bits*. O ciberespaço seria uma projeção da realidade, que só existe virtualmente dentro de tais redes, nas quais os signos

²⁹⁴ Ver mais em: La problemática, sin embargo, reside en la dificultad en identificarse el local de la prestación de servicios, visto a su localización virtual. ¿El teletrabajador en domicilio o móvil, que presta servicios online, presta servicios en el local donde reside, en el local de la sede de la empresa – para donde envía sus servicios – o en el local de hospedaje del sitio en lo cual está conectado? ¿Si el contrato no posee elección de foro o de ley aplicable, y el empleado fuere teletrabajador móvil, la jurisdicción y el ordenamiento jurídico aplicado pueden ser de cualquier lugar por donde él pasa y presta servicios? (MASSANI, Túlio Oliveira. Novas tecnologias no processo jurisdiccional do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 69, n. 10, out. 2005, p. 1.215).

²⁹⁵ Nesse sentido: [...] un tipo de espacio social creado de forma artificial, informáticamente, basado en flujos de información (cibernéticos) en formato digital, que es experimentada por los usuarios de forma híbrida o ciborg, es decir, a través de una mezcla de su cuerpo físico (orgánico) y de las diferentes máquinas y tecnologías que lo llevan allí. El ciberespacio, o, hablando con más propiedad, los ciberespacios a los que nos estamos refiriendo, son pues, los entornos interactivos y multipersonales utilizados (habitados) y creados por los usuarios de las diversas tecnologías que permiten la interconexión entre ordenadores o similares (MAYANS, Joan. Ciberespacio: notas para la utilización de un concepto analítico en ciencias sociales. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). *Dialética do Ciberespaço: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global*. Bauru: Document Arminda, 2002, p.33).

da experiência humana se convertem em *pixels* (contração de *picture element*) na tela do computador²⁹⁶.

Silvana Drumond Monteiro afirma que o ciberespaço é um ambiente que nos permite inúmeras possibilidades de mundo “real”. Podemos afirmar que se trata de um local real, porém não físico. É um ambiente em que pessoas do mundo todo podem interagir sem estar, de fato, presentes. É um novo espaço de comunicação, representação e interação. O termo ciberespaço, em sua etimologia, já nos propõe essa nova noção: cyber-espaço, ou seja, um espaço diferente, cibernético, com novas possibilidades e implicações²⁹⁷.

Com efeito, Lévy conceitua o ciberespaço

[...] como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização²⁹⁸.

Sobre o que é o virtual, convém destacar os ensinamentos de Rob Shields:

Os dicionários definem o virtual na vida cotidiana como “aquilo que é tão em essência mas não tanto assim”. Assim, falamos de tarefas que são “virtualmente completas”. Mais filosoficamente, o virtual capta a natureza das atividades e objetos que existem, mas não são tangíveis, não são “concretos”. O virtual é real, mas não concreto²⁹⁹.

Percebe-se, nesse cenário, que o virtual é real, porém, não concreto, num sentido de não físico, não visível. Poder-se-ia afirmar, então, que os efeitos resultantes do uso do mundo virtual (rede mundial de computadores) podem trazer consequências nefastas, legais e sérias para as pessoas que o utilizam, sendo, portanto, real, e não imaginário.

Ademais, ensina Hardt:

O possível nunca é real, mesmo que possa ser atual; no entanto, enquanto o virtual possa não ser atual, ele não é menos real. Em outras palavras, existem várias possibilidades contemporâneas (atuais), das quais algumas possam ser realizadas no

²⁹⁶ MACHADO, Jorge Alberto. O Ciberespaço como Arquitetura da Liberdade – Tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespaço**: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global. Bauru: Document Arminda, 2002, p. 35.

²⁹⁷ MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**. Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em: http://dgz.org.br/jun07/Art_03.htm. Acesso em: nov. 2011.

²⁹⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Traduzido por Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 94-95.

²⁹⁹ No original: Dictionaries define the virtual in everyday life as ‘that which is so in essence but not actually so’. Thus we speak of tasks which are ‘virtually complete’. More philosophically, the virtual captures the nature of activities and objects which exist but are not tangible, not ‘concrete’. The virtual is real but not concrete (SHIELDS, Rob. **The virtual**. Nova York: Routledge, 2003, p. 02).

futuro; em contraste, virtualidades são sempre reais (no passado, em memória) e podem tornar-se atualizadas no presente³⁰⁰.

Conclui-se, nesse contexto, que o mundo virtual é um mundo real, na medida em que as relações que se realizam no ciberespaço, como uma prestação de serviços, por exemplo, são faticamente reais, devendo o direito regulamentar a situação jurídica ocorrida nesse meio instrumental, real, porém, não físico.

Analisando a questão do Direito e do ciberespaço, afirmam David R. Johnson e David G. Post:

Comunicações baseadas em computadores globais atravessam fronteiras territoriais, criando um novo campo de atividade humana e minando a viabilidade e a legitimidade para aplicar a legislação com base em limites geográficos. Enquanto essas comunicações eletrônicas devastam com as fronteiras geográficas, uma nova fronteira, constituída de telas e senhas que separam o mundo virtual do mundo real de átomos, emerge. Este novo limite define um distinto ciberespaço que precisa e pode criar nova lei e instituições jurídicas próprias. Autoridades que legislam sobre base territorial e as que aplicam a lei encontram este novo ambiente profundamente ameaçador. Mas as autoridades territoriais estabelecidas ainda podem aprender a adiar para os esforços de autorregulação dos participantes do ciberespaço que se importam mais profundamente sobre este novo comércio digital em ideias, informações e serviços. Separado da doutrina ligada a jurisdições territoriais, novas regras surgirão, em uma variedade de espaços on-line, para governar uma ampla gama de um novo fenômeno que não tem claro paralelo no mundo não virtual. Essas novas regras desempenharão o papel da lei, definindo personalidade jurídica e propriedade, solucionando conflitos e cristalizando uma conversa coletiva sobre valores fundamentais³⁰¹.

As novas tecnologias da informação estão permitindo que o trabalho baseado na informação (criação, tratamento ou processamento) possa executar-se em qualquer lugar, de sorte que o trabalho está abandonando os lugares de produção habituais, produzindo-se um

³⁰⁰ Nesse sentido: The possible is never real, even though it may be actual; however, while the virtual may not be actual, it is none the less real. In other words, there are several contemporary (actual) possibilities of which some may be realized in the future; in contrast, virtualities are always real (in the past, in memory) and may become actualized in the present. (HARDT, Michael. **An Apprenticeship in Philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993, p. 16. Disponível em: <http://philosophersdesk.blogspot.com.br/2008/04/hardt-m-gilles-deleuze-apprenticeship.html#sthash.kUssgoJL.dpuf>. Acesso em: 25 out. 2013).

³⁰¹ No original: Global computer-based communications cut across territorial borders, creating a new realm of human activity and undermining the feasibility--and legitimacy--of applying laws based on geographic boundaries. While these electronic communications play havoc with geographic boundaries, a new boundary, made up of the screens and passwords that separate the virtual world from the real world of atoms, emerges. This new boundary defines a distinct Cyberspace that needs and can create new law and legal institutions of its own. Territorially-based law-making and law-enforcing authorities find this new environment deeply threatening. But established territorial authorities may yet learn to defer to the self-regulatory efforts of Cyberspace participants who care most deeply about this new digital trade in ideas, information, and services. Separated from doctrine tied to territorial jurisdictions, new rules will emerge, in a variety of on-line spaces, to govern a wide range of new phenomena that have no clear parallel in the nonvirtual world. These new rules will play the role of law by defining legal personhood and property, resolving disputes, and crystallizing a collective conversation about core values (JOHNSON, David R; POST, David G. *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*. **Stanford Law Review**, Vol. 48, p. 1367, 1996. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=535>. Acesso em: nov. 2013).

deslocamento das atividades produtivas e, por consequência, uma flexibilização sem precedentes do lugar de trabalho³⁰².

O Direito tem sua aplicação no espaço e no tempo. Quanto ao espaço, tem-se uma relativização, tendo em vista que é virtual. Nessa linha de raciocínio, discorre Pinheiro:

[...] na Internet, muitas vezes não é possível reconhecer facilmente de onde o interlocutor está interagindo. Muitos sites têm determinação “.com”, sem o sufixo de país (por exemplo, sem o “.br” em seguida) o que teoricamente significa que estão localizados nos Estados Unidos. Só que vários deles apenas estão registrados nos Estados Unidos e não tem nenhuma existência física nesse país. Uma tendência mundial é assumir definitivamente o endereço eletrônico como localização da origem ou efeito do ato. Assim, se uma empresa brasileira registra um site como “.com”, em vez de “.com.br”, pode ter de se sujeitar às leis de diversos países no caso de questões jurídicas internacionais³⁰³.

As comunicações virtuais quebram as fronteiras geográficas, surgindo, assim, uma nova fronteira constituída de telas e senhas, separando o mundo virtual do mundo concreto. Ressalta-se que tanto o mundo virtual quanto o não virtual são reais. Nesse diapasão, pode-se dizer que esse novo mundo precisa de lei e instituições jurídicas próprias para solucionar os conflitos que emergem dele, aplicando-se, por analogia, as regras existentes.

Sobre a regulamentação de uma relação jurídica ocorrida no ciberespaço e o problema real de identificação desse local de trabalho (virtual) juntamente com sua relação com o Direito a ser aplicado, surgem inúmeros debates e discussões.

Um lado do debate argumentou que a esfera de jurisdição de um legislador nacional é aquela comunidade contra a qual ele tem o direito e a capacidade de aplicar suas leis, tradicionalmente delimitadas principalmente pelas fronteiras do território desse estado. Consequentemente, afirma-se que as pretensões de aplicar essas leis ao ciberespaço, que está fora da jurisdição territorial, são de legitimidade duvidosa. Além disso, fazer leis que não tinham perspectivas realistas de execução ameaçaria diminuir a legitimidade de todo o sistema nacional de leis³⁰⁴.

³⁰² No original: Como se avanzó, las nuevas tecnologías de la información están permitiendo que el trabajo basado en la información (creación, tratamiento o procesamiento) pueda ejecutarse en cualquier lugar, de suerte que el trabajo está abandonando los lugares de producción habituales, produciéndose una deslocalización de las actividades productivas y, por ende, una flexibilización sin precedentes del lugar de trabajo (OLIVARES, Raquel Serrano. Reflexiones en torno a la ley aplicable al ciberempleo transnacional. In: GUANTER, Salvador Del Rey; PARRA, Manuel Luque (Coord.) **Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías**. Madrid: La Ley, 2005. p. 419).

³⁰³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³⁰⁴ No original: One side of the debate argued that the sphere of jurisdiction for a national lawmaker is that community against which it has the right and ability to enforce its laws, traditionally delimited primarily by the borders of that state's territory. As a consequence, claims to apply those laws to cyberspace, which is outside the territorial jurisdiction, were said to be of doubtful legitimacy. Additionally, making laws which had no realistic prospect of enforcement would risk diminishing the legitimacy of the entire national system of laws (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 05).

É claro que não há obrigação, seja social ou legal, de obedecer a uma lei que não se aplica às ações da pessoa. Infelizmente, no espaço cibernético é extremamente difícil decidir quais leis se aplicam. Essa dificuldade é agravada pelo fato de que existem duas perspectivas bastante diferentes sobre a questão da aplicabilidade. A primeira é a do legislador ou das instituições legais do legislador, como os tribunais nacionais; a segunda é baseada na atitude do indivíduo que está tentando decidir se obedece à lei. Do ponto de vista do estado legislativo, a aplicabilidade é uma questão de seu próprio direito nacional. Às vezes, essa lei dá respostas claras. Por exemplo, se uma empresa de comércio eletrônico residente no Reino Unido vende on-line para um consumidor residente no Reino Unido, não há dúvidas de que as Normas de Proteção do Consumidor do Regulamento de Comércio Desleal do Reino Unido de 2008 se aplicam às atividades da empresa. No entanto, não é óbvio, a partir dos próximos regulamentos, se eles se aplicam a uma empresa que não seja do Reino Unido e que venda on-line a um consumidor do Reino Unido. Para responder a essa pergunta, os tribunais do Reino Unido precisariam considerar se as práticas comerciais desleais reclamadas ocorreram no Reino Unido ou se ocorreram no local estrangeiro onde a empresa é residente ou onde seu servidor de e-commerce está localizado, o que poderia ser lugares diferentes. Alternativamente, os tribunais podem decidir que os regulamentos se aplicam se as práticas desleais causaram prejuízo a um consumidor do Reino Unido, mesmo se as práticas foram realizadas fora do Reino Unido. Até agora, os tribunais não foram solicitados a determinar essa questão. Assim, mesmo quando examinada sob a perspectiva do estado legislativo, a aplicabilidade de suas leis no ciberespaço pode ser um assunto muito incerto³⁰⁵.

Nesse cenário, muitas reflexões são postas em circulação, dentre elas, a de ser possível, ou não, objetar que os legisladores enfrentam exatamente os mesmos problemas de gerar respeito por suas leis no mundo físico. Em outras palavras, pondera-se: o ciberespaço

³⁰⁵ No original: Clearly there is no obligation, whether social or legal, to obey a law which does not apply to one's actions. Unfortunately, in cyberspace it is extremely difficult to decide which laws do apply. This difficult is compounded by the fact that there are two quite different perspectives on the question of applicability. The first is that of the lawmaker, or the lawmaker's legal institutions such as national courts; the second is based on the attitude of the individual who is attempting to decide whether to obey the law. From the perspective of the law-making state, applicability is a question of its own national law. Sometimes that law gives clear answers. For example, if a UK-resident e-commerce company sells online to a UK-resident consumer, there is no doubt that the UK Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 apply to that company's activities. However, it is not obvious from the next of the regulations whether they apply to a non-UK company which sells online to a UK consumer. To answer this question the UK courts would need to consider whether the unfair trading practices complained of took place in the UK, or whether they occurred at the foreign location where the company is resident or where its e-commerce server is situated, which might well be different places. Alternatively, the courts might decide that the regulations apply if the unfair practices caused detriment to a UK consumer, even if the practices were undertaken outside the UK. As yet, the courts have not been asked to determine this issue. Thus even when examined from the perspective of the law-making state, the applicability of its laws in cyberspace can be a very uncertain matter (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 17-18).

realmente apresenta um caso especial? No que diz respeito ao mundo físico, os legisladores reivindicam principalmente regular aqueles que estão presentes no território geográfico de seu estado. Essa presença geográfica permite que os legisladores usem poderes de execução contra aqueles que não cumprem voluntariamente a lei³⁰⁶.

Aplica-se muito pouco a lei de um determinado país a pessoas fora do seu território (critério da extraterritorialidade). Nenhum Estado alega aplicar suas leis do mundo físico à maioria dos residentes de outro Estado. Mas no ciberespaço, o oposto é verdadeiro para leis que se aplicam a atividades on-line sem limitação geográfica. Na Coreia, mais de 95,9% dos domicílios têm acesso à internet, e nos Estados Unidos o número hoje deve ser superior a 70%. Assim, as leis norte-americanas que afetam o ciberespaço aplicam-se, pelo menos potencialmente, a quase toda a população coreana, e as leis coreanas, por sua vez, se aplicam a mais de dois terços dos residentes nos Estados Unidos. Essa escala de extraterritorialidade é sem precedentes. Mesmo se aceitássemos que a extraterritorialidade é normalmente apenas um problema prático para os negócios online, a escala do problema é simplesmente reduzida de inimaginável a enorme. Como exemplo, em 2009, um terço dos negócios australianos com dez ou mais funcionários comprou alguns de seus suprimentos on-line e quase 60% venderam produtos ou serviços online. Os Estados Unidos, a Coreia ou qualquer outro país provavelmente não esperaria que esses negócios cumprissem as leis que não respeitavam. Certamente, nem mesmo os Estados Unidos têm recursos para impor suas leis contra os negócios australianos, sem falar de todos os outros negócios no mundo com presença on-line³⁰⁷.

³⁰⁶ No original: Might it be objected that lawmakers face exactly the same problems of engendering respect for their laws in the physical world? In other words, does cyberspace really present a special case? So far as the physical world is concerned, lawmakers claim mainly to regulate those who are present in the geographical territory of their state. That geographical presence enables lawmakers to use enforcement powers against those whose do not voluntarily comply with the law [...]. (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 25).

³⁰⁷ No original: Where physical-world laws claim to apply extraterritoriality, they apply to very few people outside the territory. No state claims to apply its physical-world laws to the majority of another state's residents. But in cyberspace the exact opposite is true for laws which apply to online activities without geographical limitation. In Korea more than 95.9 per cent of households have internet access, and in the US the figure today must be over 70 per cent. Thus US laws affecting cyberspace claim to apply, potentially at least, to almost the entire Korean population, and Korean laws to over two-thirds of US residents. This scale of extraterritoriality is unprecedented. Even if we were to accept that extraterritoriality is normally only a practical problem for online business, the scale of the problem is merely reduced from unimaginable to huge. As an example, in 2009 a third of Australian business with ten or more employees purchased some of their supplies online, and nearly 60 per cent sold products or services online. Could the US, or Korea, or any other country, expect those business to comply with laws they did not respect? Certainly, not even the US has the resources to enforce its laws against those Australian business, let alone all the other businesses in the world with an online presence (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 25-26).

Somos, assim, forçados a concluir que o ciberespaço é realmente especial. Precisamos, portanto, de uma abordagem diferente para o processo legislativo no ciberespaço. Essa abordagem deve alcançar o respeito pela lei, e o respeito tem dois elementos. Primeiro, o legislador deve convencer aqueles a quem a lei se aplica que tem autoridade legítima para regular suas atividades. Isso gera o potencial de que a lei seja respeitada, mas isso, por si só, não é suficiente. Além disso, o legislador deve considerar o conteúdo da lei para garantir que impõe obrigações aos usuários do ciberespaço que sejam significativos no contexto de suas atividades on-line³⁰⁸.

Há dificuldades enfrentadas para impor uma lei contra um usuário individual do ciberespaço. Essas dificuldades têm sido analisadas extensivamente e receberão, aqui, um breve olhar.

3.3.1 Ciberespaço e o problema do local da prestação de serviços

A primeira dificuldade é de identificação do local da prestação de serviços. Obviamente, a identidade da pessoa a quem a lei será aplicada precisa ser descoberta. Essa não é uma tarefa fácil. As comunicações do ciberespaço são identificadas principalmente pelos endereços de IP (protocolo de internet) do comunicador e do destinatário, e qualquer outra informação de identificação é auto fornecida ou está disponível apenas pelos provedores de serviços de comunicação, como ISPs oferecendo conectividade e / ou serviços de hospedagem³⁰⁹. Ademais, o IP (protocolo de internet) é dinâmico, ou seja, não é estático, para sempre vinculado a um equipamento).

Além disso, o autor aponta uma outra dificuldade: como o ciberespaço é um meio global, é provável que muitas das comunicações que são ilegais se origemem fora do estado cuja lei está em questão. A aplicação das leis transfronteiriças é substancialmente mais difícil do que a aplicação de legislação interna. A execução, é claro, somente será possível se a lei em questão realmente se aplicar às atividades do usuário estrangeiro no ciberespaço. Essa é

³⁰⁸ No original: We are thus forced to the conclusion that cyberspace is indeed special. We therefore need a different approach to law-making for cyberspace. That approach must achieve respect for the law, and respect has two elements. First, the lawmaker must convince those to whom the law applies that it has legitimate authority to regulate their activities. This generates the potential that the law will be respect, but on its own it is not enough. Additionally, the lawmaker must consider the content of the law to ensure that it imposes obligations on cyberspace users which are meaningful in the context of their online activities (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 26).

³⁰⁹ No original: The first difficulty is one of identification. Most obviously, the identity of the person against whom enforcement is sought needs to be discovered. This is not an easy task. Cyberspace communications are identified primarily by the IP addresses of the communicator and recipient, and any other identifying information is either self-provided or available only from providers of communication services, such as ISPs offering connectivity and/or hosting services (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 50).

frequentemente uma questão difícil de responder porque depende de onde, geograficamente, o ato que desencadeia a aplicação da lei ocorreu. Para qualquer comunicação do ciberespaço, há pelo menos duas possibilidades; o local onde o remetente foi localizado e o local onde a comunicação foi recebida. A menos que o texto da lei deixe claro onde ocorre uma comunicação no ciberespaço, é provável que uma tentativa de aplicar a lei resulte em um caso de teste caro³¹⁰.

Com efeito, afirma Jorge Alberto Machado:

A arquitetura desse mundo virtual, ao qual nos referimos como Ciberespaço, tem permitido o surgimento de novas maneiras de conviver, de interagir, de organizar-se em comunidades e de pensar, implicando em desafios aos limites do mundo “concreto”, territorializado. O seu caráter inerentemente internacional e desterritorializado tem possibilitado a emergência de novas formas de sociabilidade, intercâmbios econômicos, ativismo político, e manifestações culturais e produção simbólica, de tal forma que os conceitos tradicionais de territorialidade, soberania e cidadania precisam ser reconfigurados.³¹¹

É necessário fazer uma releitura da definição de meio ambiente do trabalho, em contexto de teletrabalho, sobretudo, do transnacional. A ideia clássica de meio ambiente de trabalho (complexo: máquina, trabalho e edificações) não se sustenta diante da crescente utilização das tecnologias pelos trabalhadores para a prestação dos serviços. Isso porque o ambiente de trabalho é ampliado para além dos estabelecimentos físicos das fábricas e escritórios.³¹²

Assim, levando-se em consideração esse local virtual de prestação dos serviços, Francisco Milton Araújo Júnior ensina:

Desse modo, em face da fluidez do *habitat* laboral, entende-se pela prevalência da concepção dinâmica de meio ambiente do trabalho, ou seja, pelo reconhecimento de que o meio ambiente do trabalho, quanto ao aspecto espacial, consiste em todo e

³¹⁰ Ver mais em: Because cyberspace is a global medium, it is likely that many of the communications which are unlawful will originate from outside the state whose law is at issue. Enforcement of laws cross-border is substantially more difficult than doing so internally. Enforcement will, of course, only be possible if the law in question actually applies to the foreign cyberspace user’s activities. This is often a difficult question to answer because it depends on where, geographically, the act which triggers the application of the law took place. For any cyberspace communication there are at least two possibilities; the place where the sender was located and the place where the communication was received. Unless the text of the law makes it clear where a cyberspace communication occurs, an attempt to enforce the law is likely to result in an expensive test case (REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 52).

³¹¹ MACHADO, Jorge Alberto. O Ciberespaço como Arquitetura da Liberdade – Tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespaço: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global**. Bauru: Document Arminda, 2002, p. 35-36.

³¹² ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. Parâmetros para delimitação do meio ambiente do trabalho na volatilidade da sociedade contemporânea (ciberespaço). **Revista LTr**, São Paulo: LTr, ano 78, n. 4, abr. 2014, p. 441-442.

qualquer local, natural e/ou artificial (inclusive o ciberespaço), em que o trabalhador desenvolve as suas atividades laborais.³¹³

Nesse sentido de que o meio virtual é desterritorializado e o ambiente do trabalho é todo e qualquer local em que o trabalhador desenvolve suas atividades, se mostra necessário ter clareza sobre como fica o critério da territorialidade como elemento de conexão para uma possível solução do conflito de leis trabalhistas no espaço. Tem-se um entendimento no sentido de uma reinterpretação do conceito do local da prestação dos serviços. Segundo os ensinamentos de Manuel Martin Pino Estrada, entende-se por lei do lugar da prestação dos serviços, por uma interpretação extensiva do *lex loci laboris*, em contexto de teletrabalho, a lei do país no qual está sendo recebida a prestação e não onde se encontra fisicamente o teletrabalhador³¹⁴.

José Cairo Junior,³¹⁵ comungando desse entendimento, explica que, quando o trabalhador estiver conectado *on-line* com o local de trabalho, o computador é uma extensão desse centro, como se estivesse trabalhando lá, porque só com a chegada de suas tarefas no local de trabalho, a prestação de serviço estará concluída. Por essa razão, o *loci laboris* do teletrabalhador seria o lugar onde se encontra localizado o estabelecimento. Como não há regulamentação específica ao nível global, seja por meio de um organismo internacional ou por grupos de países, por meio de tratados ou convenções internacionais, a lei aplicável seria a do local do estabelecimento da empresa.

Corroborando da tese da *lex loci executionis*, Olivares diz que:

[...] o local de prestação dos serviços, se mostra de difícil identificação ante a natureza virtual e não física do teletrabalho. A presunção do local de residência do trabalhador será maléfica se o trabalhador residir em país menos protetor, onde haja perigo de *dumping social*. A conexão mais estreita, segundo Guanter e Parra, portanto, é com o país do estabelecimento do empregador, para onde se manifesta a produção da prestação de serviços e se unifica as condições de trabalho para todos os teletrabalhadores da mesma empresa, ademais de impedir o *dumping social*³¹⁶.

³¹³ ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. Parâmetros para delimitação do meio ambiente do trabalho na volatilidade da sociedade contemporânea (ciberespaço). **Revista LTr**, São Paulo: LTr, ano 78, n. 4, abr. 2014, p. 442-443.

³¹⁴ ESTRADA, Manuel Martin Pino. **O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho-transfronteiriço-direito-brasileiro>. Acesso em: set. 2011, p. 04.

³¹⁵ CAIRO JUNIOR, José. O local de trabalho virtual como critério definidor da vigência da lei no espaço nas relações de teletrabalho. **Revista Vistos, Etc.** Salvador, AMATRA 5, 2008, vol. 01, n. 8. Disponível em: http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=399. Acesso em: jul. 2012.

³¹⁶ No original: “La principal protección al trabajador ante la ley elegida o la ley del país con conexión más estrecha depende del caso concreto a ser juzgado por el magistrado. Así, se protege el trabajador, hiposuficiente frente al empleador. La conexión más estrecha, el local de prestación de servicios, se muestra de difícil identificación ante a la naturaleza virtual y no física del teletrabajo. La presunción del local de residencia del trabajador será maléfica si el trabajador residir en país menor protector, donde haya peligro del *dumping social*. La conexión más estrecha, según Guanter y Parra, por lo tanto, es con el país del establecimiento del empleador, pues donde se manifiesta la producción de la prestación de servicios y se unifica las condiciones de trabajo para

Conforme registra a literatura especializada, as leis de proteção ao emprego dos países em desenvolvimento não apenas exigem todos os fundamentos (nenhum trabalho infantil, salário mínimo, adesão aos padrões de segurança, direito à sindicalização), mas – inacreditável como é para os americanos – vai muito além, transcendendo inclusive o disposto nos estatutos dos Estados Unidos. Exemplos típicos: o México exige uma participação nos lucros anual obrigatória, bônus obrigatório de final de ano e férias remuneradas, com pagamento de prêmio (125% da taxa normal). Peru e Venezuela exigem que os empregadores ofereçam cuidados infantis no local. O Chile exige uma hora por dia de licença remunerada para as mães alimentarem os bebês. A Índia exige seis semanas de licença remunerada quando uma mulher sofre um aborto. A Coreia do Sul exige que as mulheres tenham um dia de folga remunerado por mês para menstruação. A China exige que os empregadores paguem pela moradia dos trabalhadores. Além disso, quase todos os países do terceiro mundo impõem períodos de descanso, restrições absolutas às horas trabalhadas e indenização por demissões³¹⁷.

Embora as empresas internacionais existam há séculos, é somente agora na atual era de livre comércio e alta tecnologia que as multinacionais reivindicam e se esforçam para serem globais. Todos podem ter uma definição pessoal do que significa “global”, mas certamente ninguém sustenta que uma empresa é global mesmo quando discrimina entre seu próprio povo com base em suas bases, alinhando termos e condições de emprego, incluindo remuneração e benefícios. No entanto, no alvorecer do novo milênio, as grandes multinacionais do mundo inteiro ainda estavam fragmentando suas próprias forças de trabalho e impedindo a globalização de dentro³¹⁸.

todos los teletrabajadores de la misma empresa, además de impedir el dumping social.” (OLIVARES, Raquel Serrano. Reflexiones en torno a la ley aplicable al ciberempleo transnacional. In: GUANTER, Salvador Del Rey; PARRA, Manuel Luque (Coord.) **Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías**. Madrid: La Ley, 2005. p. 457).

³¹⁷ No original: “As written and on the books, developing countries employment protection laws not only require all the basics (no child labor, a minimum wage, adherence to safety standards, a right to unionize), but – unbelievable as it is to Americans – they often go a lot farther, well beyond their counterpart U.S. statutes. Typical examples: Mexico requires mandatory annual profit-sharing, mandatory year-end bonuses, and paid vacations – at premium pay (125 percent of regular rate). Peru and Venezuela require employers to provide onsite childcare; Chile requires an hour a day paid leave for mothers to feed babies; India requires six weeks paid leave when a woman has a miscarriage; South Korea requires giving women a paid day off per month for menstruation; China requires employers to pay for worker housing. [...] To top it off, almost every third-world country imposes rest periods, absolute caps on hours worked, and severance pay for firings.” (DOWLING JR., Donald C. *International Labor and Employment Law*. In: LOW, Lucinda A.; NORTON, Patrick M.; DRORY, Daniel M. (Org.) **International Lawyer’s Deskbook**. Chicago: American Bar Association, 2002, p. 390).

³¹⁸ No original: “While international businesses have existed for centuries, it is only now in the current high-technology, free-trade era that multinationals claim and strive to be global. Everyone may have a personal definition of what “global” means, but surely no one maintains that a company is global even while it discriminates among its own people based on their home bases, aligning terms and conditions of employment, including pay and benefits, by local country. Yet at the dawn of the new millennium that is precisely what all

Os empregadores globais estão preocupados com o problema que criam quando tratam de maneira semelhante os funcionários situados de maneira diferente, simplesmente por causa de sua base. Muitas empresas reconhecem que, para serem globais, precisam alinhar seus próprios funcionários globalmente, posicionando-os para trabalhar juntos através das fronteiras, completando novos projetos globais e realizando novas metas globais. Mas fazer esse alinhamento levanta questões legais. Assim, à medida que as multinacionais globalizam seus recursos humanos, as questões da lei internacional do emprego aparecem persistentemente em suas telas de radar. E à medida que os locais de trabalho do mundo se globalizam, a lei internacional do trabalho também afeta os sindicatos e os expatriados individuais, que precisam, portanto, de conselhos internacionais de emprego cada vez mais sofisticados³¹⁹.

No início desta década, poucos advogados internacionais (e muito poucos advogados trabalhistas) tinham experiência suficiente para resolver os problemas emergentes de lei trabalhista transnacional. No entanto, nos próximos anos, a demanda dos clientes por consultoria internacional para o mercado de trabalho está prestes a crescer. Para estar pronto para a demanda, os advogados precisam de uma compreensão íntima dessa área³²⁰.

Por enquanto não se tem uma resposta para esse impasse. Não se tem uma legislação transnacional que regulamente o teletrabalho realizado no ciberespaço por um trabalhador de uma nacionalidade para um tomador de outra nacionalidade. O que se tem são convenções e recomendações acerca dos direitos trabalhistas que os países devem adotar nas suas leis internas (quando ratificados tais instrumentos), e não uma legislação transnacional. A título

major multinationals the world over were still doing – thereby splintering their own workforces and impeding globalization from the inside.” (DOWLING JR., Donald C. *International Labor and Employment Law*. In: LOW, Lucinda A.; NORTON, Patrick M.; DRORY, Daniel M. (Org.). **International Lawyer’s Deskbook**. Chicago: American Bar Association, 2002, p. 400).

³¹⁹ No original: “Global employers are worrying about the problem they create when they treat similarly situated employees differently merely because of their home base. Many companies recognize that to be global from the inside they need to align their own employees globally, positioning them to work together across borders, completing new global projects and accomplishing new global goals. But doing this global alignment raises legal issues. So as multinationals globalize their human resources, international employment law issues persistently appear on their radar screens. And as the world’s workplaces globalize, international employment law also affects trade unions and individual expatriates, who therefore need increasingly sophisticated international employment law advice.” (DOWLING JR., Donald C. *International Labor and Employment Law*. In: LOW, Lucinda A.; NORTON, Patrick M.; DRORY, Daniel M. (Org.). **International Lawyer’s Deskbook**. Chicago: American Bar Association, 2002, p. 400).

³²⁰ No original: “At the beginning of this decade, few international lawyers (and very few employment lawyers) had sufficient experience resolving clients emerging cross-border employment law problems. Yet over the coming years, client demand for international employment law advice is set to mushroom. To be ready for the demand, lawyers need an intimate understanding of this area.” (DOWLING JR., Donald C. *International Labor and Employment Law*. In: LOW, Lucinda A.; NORTON, Patrick M.; DRORY, Daniel M. (Org.). **International Lawyer’s Deskbook**. Chicago: American Bar Association, 2002, p. 400).

ilustrativo, o que se tem nesses diplomas é: nenhum trabalho infantil deve ser realizado; garantia de salário mínimo; adesão aos padrões de segurança; direito à sindicalização; períodos de descanso; restrições absolutas às horas trabalhadas e indenização por demissões.

Ressalta-se que a Convenção da CEE (Convenção da Comunidade Econômica Europeia) e o Segundo *Restatement* (Estados Unidos) contêm regras para determinar qual lei será aplicada aos contratos, basicamente contratos de comércio internacional. No tocante à área trabalhista, há, nos termos da Convenção referida, o entendimento de que deve ser aplicada a lei do país onde ocorre a prestação dos serviços. Entretanto, uma outra solução seria as partes pactuarem a legislação aplicável ao contrato de teletrabalho transnacional. Porém, se não pactuarem, o intérprete quando chamado a resolver esse tipo de conflito, tem que estar preparado para resolvê-lo.

Desse modo, considerando ser possível a incidência de mais de uma norma ao contrato de teletrabalho transnacional – normas oriundas de soberanias distintas –, cabe ao intérprete, dentre as normas incidentes, escolher uma ao caso concreto de modo a regulamentar a relação jurídica trabalhista. O intérprete, na sua tomada de decisão, deve analisar o caso concreto em específico, valorando os fatores externos à norma. Conclui-se que, na sua tomada de decisão, o contexto da relação jurídica trabalhista deve ser levado em consideração pelo intérprete, o que será tratado no próximo capítulo. Para tanto, analisar-se-á o consequencialismo e o utilitarismo como possíveis soluções para o conflito de leis trabalhistas no espaço, no contexto do fenômeno laboral ora estudado: o teletrabalho

4 A ANÁLISE DO CONTEXTO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA POR MEIO DA ADOÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO PELO INTÉRPRETE COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS NO TELETRABALHO TRANSNACIONAL

Como visto até aqui, é possível existir um conflito de leis trabalhistas no espaço quando se trata de teletrabalho transnacional, na medida em que a prestação de serviços dá-se no ciberespaço, por trabalhador de uma nacionalidade, prestando serviços a tomador de outra. Assim, incidem nessa relação jurídica ordenamentos oriundos de soberanias distintas, o que causa o conflito de leis. Ademais, quando as partes não pactuam qual lei regulamentará essa relação trabalhista, vulnerável fica o contrato a ser regido por mais de uma lei nacional. O intérprete, chamado a resolver esse possível conflito, deverá escolher uma das leis aplicáveis. Como elementos de conexão já estudados no capítulo anterior, e em se tratando de meio virtual, basicamente tem-se: o critério da nacionalidade do trabalhador, o critério do local do estabelecimento do tomador e o elemento de conexão do local onde está registrado o servidor da rede de internet da empresa.

Com efeito, poderá o intérprete valer-se do critério consequencialista, por meio do qual ele avalia o contexto da relação jurídica trabalhista *sob judice*, analisando o caso concreto em específico, levando em consideração os fatores externos à norma. Dessa forma, analisar-se-ão o consequencialismo e o utilitarismo (uma versão do consequencialismo) como possíveis soluções para o conflito de leis trabalhistas no espaço.

Após a superação dos modelos de produção trabalhista do taylorismo³²¹ e do fordismo³²² (de meados da década de 1960 até 1973), deu-se início ao regime de acumulação flexível através de novas formas de organização do trabalho. Surge, neste contexto, o

³²¹ Ver mais em: Os princípios do taylorismo eram assentados em uma teoria que verbalizava o modo capitalista de produção. Ao focalizar o desenvolvimento dos métodos de organização do trabalho, e não o da tecnologia, já que aceitava as ferramentas e técnicas tais como existiam, apresentou a organização de ideias preexistentes, que estavam, porém, desarticuladas. A sua intenção era controlar com eficácia a força de trabalho, que se alienava, por meio do estudo de "tempos e movimentos, descrições de cargos, organização e métodos, engenharia de eficiência e racionalização do trabalho [...]". MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, p. 03, nov.-dez., 2015.

³²² Nesse sentido: Aproximadamente em 1914, Henry Ford incorporou à lógica taylorista novos princípios que visavam à produção em escala. O fordismo representou uma fase onde o sistema de produção industrial era baseado na fabricação em larga escala, na especialização do trabalho e na linha de montagem. O modelo fordista manteve a divisão e especialização das atividades dentro da fábrica e acrescentou com a esteira o controle sobre os tempos e movimentos do trabalhador [...]. MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, p. 03, nov.-dez., 2015.

toyotismo³²³, substituindo a rigidez do trabalho presente no período taylorista e fordista pela flexibilidade do processo produtivo aliado à intensificação da inovação tecnológica³²⁴.

É importante entender as transformações atuais do trabalho e o novo contexto em que se vive nos dias atuais, tais como a prestação de serviços com uso da tecnologia, a nova geração como principal fonte de mão de obra (remete-se o leitor ao capítulo um da presente tese) para tentar solucionar possíveis conflitos na área laboral, tendo em vista o novo Direito do Trabalho que se constrói³²⁵.

Se por um lado o Direito do Trabalho não pode se curvar às necessidades da economia moderna, prejudicando os interesses dos trabalhadores, por outro não é razoável limitar a tendência expansionista da economia, pois é por meio da produção de bens e serviços que a sociedade vive e se desenvolve. Logo, é essencial que o Direito adequue a realidade da vida à estabilidade das normas dentro de um critério de justiça e equidade³²⁶.

Dessa forma, entende-se necessário avaliar o contexto da relação jurídico-trabalhista, em especial a que envolva o trabalho remoto, para o que se verifica a pertinência de utilizar critérios interpretativos como o consequencialismo e o utilitarismo, na tomada de decisão pelo intérprete. Nas próximas páginas analisar-se-ão tais institutos hermenêuticos, validando-os (ou não) na solução do conflito de leis trabalhistas no teletrabalho transnacional.

4.1 CONSEQUENCIALISMO: O IMPACTO DA TOMADA DE DECISÃO NO CONTEXTO LABORAL

As consequências da tomada de decisão do intérprete serão analisadas por ele para proceder a uma ou outra escolha dos elementos de conexão estudados no capítulo anterior.

³²³ “A grande inovação desse novo modelo para a organização da atividade industrial é a produção por demanda. É o consumo que determina a produção e não o inverso. A reposição dos estoques é feita somente após a verificação da demanda que existe no mercado, sendo que em tempo de falta de demanda a unidade fabril trabalha apenas com um núcleo de trabalhadores polivalentes, cujo tempo de trabalho é aproveitado ao máximo [...]”. VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 48).

³²⁴ MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, p. 03-04, nov.-dez., 2015.

³²⁵ Nesse sentido, assevera Tacianny Machado: [...] Diante do exposto, é fundamental entendermos as transformações atuais do trabalho para construirmos um projeto futuro que assegure a livre iniciativa e o valor social do trabalho que constituem fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme preconiza o inciso IV do artigo 1º Constituição Federal de 1988. (MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, p. 05, nov.-dez., 2015).

³²⁶ MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, p. 08, nov.-dez., 2015.

Com o objetivo de solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço, no teletrabalho transnacional, o magistrado poderá levar em consideração, para a sua tomada de decisão, o impacto econômico que a sua escolha trará ao contexto laboral em análise. Além disso, poderá, também, levar em consideração, para sua tomada de decisão, valores externos à norma, analisando o contexto da relação jurídica.

A relação entre o Direito e a Economia e a análise do contexto e valores externos à norma serão estudados nos tópicos seguintes.

4.1.1 O consequencialismo e a tomada de decisão: um olhar para o Direito e a Economia (*Law and Economics*)

As consequências da tomada de decisão que devem ser levadas em conta na escolha da lei aplicável ao teletrabalho transnacional levam em consideração as condições fáticas da relação jurídica em análise. Desse modo, ressalta-se a importância dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, como o da livre iniciativa³²⁷ e o do trabalho, valores que devem andar juntos e sem os quais a economia de um país não sobreviveria.

Nesse contexto, um dos grandes desafios da área laboral é conciliar a eficácia econômica com a sua função protetora na justa medida de sua relação com a Economia. Antoine Jeammaud adverte que “entre Direito do Trabalho e Economia não se observam relações entre dois saberes”³²⁸.

Jacques Barthélémy e Gilbert Cette, ao compararem as taxas de desemprego na França com as de diversos países como Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos, advertem que o desemprego é maior na França que nos demais países, em grande parte, porque suas instituições não conseguiram se adaptar ao mercado de bens e ao do trabalho. Concluem os autores que o excesso de regulamentação na França acabou interferindo no funcionamento desse mercado. Isso não quer dizer que os autores acreditam que a regulamentação seja desnecessária, mas quando a interferência é desproporcional, ela acaba freando o crescimento econômico e contribuindo para o aumento do desemprego³²⁹.

³²⁷ Vide Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n° 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n° 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n° 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n° 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

³²⁸ JEAMMAUD, Antoine. Droit du travail et capitalisme. In *Le droit du travail à l'épreuve de l'économie*. JEAMMAUD, A.; PÉLISSIER, J., coord. Actes de la “1.e Journée Gérard Lyon-Caen”, organisée par l'AFD TDAlloz, **Collection Thèmes et commentaires**, 2006.

³²⁹ BARTHÉLÉMY, Jacques; CETTE, Gilbert. **Réformer le droit du travail**. Paris: Terra Nova, 2015, p. 10.

Com efeito, ao lado do trabalho como valor, encontra-se, igualmente, na base do Direito do Trabalho, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica³³⁰. Levando-se em conta que a atual Constituição da República se pauta pela realização da justiça social, o lucro a ser perseguido pela livre iniciativa não se justifica por si mesmo, subordinando-se à função social da empresa. É nesse sentido que se deveria interpretar o caput do art. 7º, ao vincular direitos assegurados aos trabalhadores na perspectiva da melhoria de sua condição social. Propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, no contexto da valorização do trabalho, deveria servir de norte ao empresário. Caso a livre iniciativa não se compatibilizar com a valoração do trabalho humano, acabará por comprometer a própria ordem econômica. Daí a previsão constitucional de que essa ordem é fundada, simultaneamente, nesses dois valores – intimamente interligados entre si³³¹.

Sobre a relação entre Direito e Economia (*Law and Economics*), convém trazer ao trabalho estudos da Escola de Chicago, os quais tiveram Richard Posner como precursor. Nesse sentido, segundo o autor,

Este livro foi escrito com a convicção de que a economia é uma ferramenta poderosa para analisar uma vasta gama de questões jurídicas, mas que a maioria dos advogados e estudantes de direito - mesmo os muito inteligentes - têm dificuldade em conectar princípios econômicos a problemas legais concretos. Um estudante faz um curso de teoria dos preços e descobre o que acontece com o preço do trigo quando o preço do milho cai e com o preço do pasto quando o preço da carne sobe, mas não entende o que isso tem a ver com liberdade de expressão ou acidentes ou crime ou a regra contra perpetuidades ou contratos corporativos ou casamento gay. O objetivo deste livro é ancorar a discussão da teoria econômica em questões

³³⁰ CF, Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII – busca do pleno emprego;

A ordem econômica e financeira está prevista no Título VII da Constituição da República, nos artigos 170 a 192. Veja-se que a abertura da ordem econômica segue os parâmetros dos princípios fundamentais, ou seja, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Assim como o direito ao trabalho está atrelado à livre iniciativa (que dele faz parte) como princípio fundamental da República e do Estado Democrático de Direito, também o está como base da ordem econômica. Nas democracias do século XXI, não é mais possível pensar no superado antagonismo “capital e trabalho”. O econômico e o social, - Título VIII desta Constituição – devem caminhar de “mãos dadas”, com o objetivo de construir uma sociedade mais justa e fraterna, onde haja oportunidades para todos que, a seu turno, queiram buscá-la. É parte dos princípios gerais da atividade econômica, buscando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, a busca do pleno emprego. Buscar o pleno emprego a partir de políticas públicas que o implementem, é tarefa essencial do Poder Público, mas de forma a interferir o mínimo possível na atividade econômica para que o trabalho e a livre iniciativa possam desenvolver as suas atividades a contento. (STURMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128).

³³¹ MANNRICH, Nelson. Reconstrução do Direito do Trabalho. In: **Os Pilares do Direito do Trabalho**. MARTINS FILHO, Yves Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. São Paulo, Lex Magister, 2013, p. 559 e ss.

jurídicas concretas, numerosas e variadas; a discussão da teoria econômica no abstrato está confinada a este capítulo³³².

Muitos advogados ainda pensam que a economia é o estudo matematicamente proibido da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos e de outros fenômenos macroeconômicos distantes das preocupações do dia a dia do sistema legal. Na verdade, o domínio da economia é muito mais amplo. Como concebida neste livro, a economia é a ciência da escolha racional em um mundo, no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida e de suas satisfações - o que chamaremos de "interesse próprio". A maximização racional não deve ser confundida com o cálculo consciente. A economia não é uma teoria sobre a consciência³³³.

O comportamento é racional quando se conforma ao modelo da escolha racional, qualquer que seja o estado de espírito do seletor. (Isso significa que os animais são racionais?). Nem a racionalidade perfeita é presumida; a teoria da escolha racional permite presumir que a racionalidade é "limitada" por causa das limitações cognitivas humanas, embora outra maneira de pensar sobre essas limitações seja como custos de absorção e uso da informação. O interesse próprio não deve ser confundido com o egoísmo; a felicidade (ou a miséria) de outras pessoas talvez faça parte do contentamento de alguém. Para evitar essa confusão, os economistas preferem falar em "utilidade" e não em interesse próprio³³⁴.

³³² No original: "This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students-even very bright ones-have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems. A student takes a course in price theory and learns what happens to the price of wheat when the price of corn falls and to the price of grazing land when the price of beef rises but does not understand what these things have to do with free speech or accidents or crime or the Rule Against Perpetuities or corporate indentures or gay marriage. This book's design is to anchor discussion of economic theory in concrete, numerous, and varied legal questions; the discussion of economic theory in the abstract is confined to this chapter". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 03.

³³³ No original: "Many lawyers still think that economics is the forbiddingly mathematized study of inflation, unemployment, business cycles, and other macroeconomic phenomena remote from the day-to-day concerns of the legal system. Actually the domain of economics is much broader. As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world - our world - in which resources are limited in relation to human wants.1 The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man2 is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions - what we shall call his "self-interest." Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 03.

³³⁴ No original: "Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. (Does this mean that animals are rational?) Nor is perfect rationality assumed; rational-choice theory allows us to assume that rationality is "bounded" because of human cognitive limitations, although another way to think of those limitations is as costs of absorbing and using information. Self-interest should not be confused with selfishness; the happiness (or for that matter the misery) of other people may be a part of one's satisfactions. To avoid this confusion, economists prefer to speak of "utility" rather than of self-interest". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 03-04.

O pressuposto básico - de que o comportamento humano é racional - parece contradito pelas experiências e observações da vida cotidiana. Mas a contradição é diminuída quando se compreende que o conceito de racionalidade usado pelo economista é mais objetivo que subjetivo, de modo que não seria um solecismo falar de um sapo racional. Racionalidade significa pouco mais para um economista do que uma disposição para escolher, consciente ou inconscientemente, um meio adequado para quaisquer fins que o seletor tenha selecionado, consciente ou inconscientemente. Em outras palavras, a racionalidade é a capacidade e a inclinação de usar o raciocínio instrumental para progredir na vida. Não presume consciência (decisões racionais são geralmente intuitivas). Certamente não presume onisciência; custos de informação positivos são assumidos ao longo deste livro. (Eles são de dois tipos - custos de aquisição de informações e custos de processamento e uso inteligente de informações)³³⁵.

O que se pode chamar de teoria da eficiência do *common law* não é que toda doutrina e decisão do direito comum sejam eficientes. Isso seria altamente improvável dada a dificuldade das questões que a lei enfrenta e o caráter da experiência e dos incentivos dos juízes. A teoria é que a lei comum é melhor (mas não perfeitamente) explicada como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade³³⁶. Os estatutários ou constitucionais, distintos

³³⁵ No original: "The basic assumption - that human behavior is rational - seems contradicted by the experiences and observations of everyday life. But the contradiction is lessened when one understands that the concept of rationality used by the economist is objective rather than subjective, so that it would not be a solecism to speak of a rational frog. Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have selected, consciously or unconsciously. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life. It does not assume consciousness (rational decisions are often intuitive). It certainly does not assume omniscience; positive information costs are assumed throughout this book. (They are of two kinds - costs of acquiring information and costs of processing and using information intelligently". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 15.

³³⁶ Ver mais em: À primeira vista, a ênfase na maximização coloca em mente o utilitarismo. De fato, "o utilitarismo de Bentham", Posner afirma na primeira edição da *Análise Econômica do Direito*, "é outro nome para a teoria econômica". Por exemplo, "o argumento de Bentham de que a imposição desnecessária da punição cria custos evitáveis e, portanto, dispendiosos" é mas um precursor da alegação neoclássica, endossada pelo próprio Posner, de que, "do valor da conduta criminosa ao criminoso excede todos os custos relevantes para a sociedade, incluindo os de alocação por transações legais em vez de transações de mercado, a conduta criminosa maximiza o valor e deve ser tolerada". [...]. Dentro de um sistema utilitário, a formulação da política legal e o conteúdo dos direitos legais, como as atividades humanas em geral, são julgados não em termos de sua moralidade, mas dependendo se levam ou não a um aumento na felicidade geral. Em comparação com o conceito de utilidade, a maximização da riqueza, segundo Posner, fornece uma base mais sólida para a teoria ética e a formulação de políticas jurídicas. Pela busca da riqueza envolve maior respeito pela escolha individual do que no utilitarismo clássico. A maximização da riqueza exige que os indivíduos sejam capazes de fazer escolhas sobre como desejam maximizar sua riqueza; e isso requer que eles recebam direitos distintos que facilitam tais escolhas. (At first glance, the emphasis on maximization puts one in mind of utilitarianism. Indeed, 'Bentham's utilitarianism,' Posner states in the first edition of the *Economic Analysis of Law*, 'is another name for economic theory.' For example, 'Bentham's point that the unnecessary infliction of punishment creates avoidable and therefore wasteful costs' is but a forerunner to the neo-classical claim, endorsed by Posner himself, that, '[i] f the value of the criminal conduct to the criminal exceeds all relevant costs to society, including those of allocation by legal rather than market transactions, the criminal conduct is value maximizing and should be tolerated'. [...]. By the time of the appearance of the second edition of the *Economic Analysis of Law*, Posner

dos campos do direito comum, têm menos probabilidade de promover eficiência, mas até mesmo eles, como se pode ver, são permeados por preocupações econômicas e iluminados pela análise econômica³³⁷. Essa análise também é útil para explicar as características institucionais do sistema jurídico, como o papel do precedente e a alocação de responsabilidades de aplicação da lei entre pessoas privadas e órgãos públicos³³⁸.

was beginning to dissociate his theory from what he had previously taken to be its utilitarian underpinnings. This dissociation, it transpired, was crucial for the development of his own legal-economic position. ‘Bentham’s major weaknesses as a thinker,’ he suggested in 1976, ‘were the sponginess of the utility principle as a guide to policy, his lack of interest in positive or empirical analysis, and his excessive, if characteristically modern, belief in the plasticity of human nature and social institutions.’ While utilitarianism emphasizes happiness and its maximization as the basis of just legal policy-making, it offers no reliable method of determining whose happiness should be deemed to count for the purpose of designing policy, or how the impact of changes in policy is to be measured in terms of its effect on levels of satisfaction. Furthermore, utilitarianism justifies immoral action. If I spend my leisure time pulling wings off flies, while you spend yours feeding pigeons, and I derive greater pleasure from my pastime than do you from yours, then, in utilitarian terms, I must be judged to engage in the activity which adds more to the sum total of human happiness. Within a utilitarian system, the formulation of legal policy and the content of legal rights are, like human activities generally, to be judged not in terms of their morality but according to whether or not they lead to an increase in overall happiness. As compared with the concept of utility, wealth-maximization, according to Posner, provides a more solid foundation for ethical theory and legal policy-making. For ‘the pursuit of wealth involves greater respect for individual choice than in classical utilitarianism.’ Wealth-maximization requires that individuals be able to make choices regarding how they wish to maximize their wealth; and this requires that they are accorded distinct rights which facilitate such choices). (DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 398).

³³⁷ Mais sobre isso em: A jurisprudência posneriana é essencialmente vista através dos olhos do economista neoclássico de Chicago. Partindo da “suposição de que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida”, Posner observa que, onde o interesse próprio racional é permitido florescer - isto é, onde existe um sistema de troca voluntária - os recursos tendem a gravitar para os seus usos mais valiosos. “Quando os recursos estão sendo usados onde seu valor é maior, dizemos que eles estão sendo empregados eficientemente.” Segundo Posner, eficiência significa explorar recursos econômicos de tal maneira que a satisfação humana é medida pela disposição agregada do consumidor em pagar por bens e serviços são maximizados¹. A eficiência, em outras palavras, deve ser equiparada à maximização da riqueza - neste contexto, a riqueza é concebida amplamente para incluir não apenas dinheiro, mas qualquer forma de utilidade que seja aumentada por meio da troca. (Posnerian jurisprudence is essentially law seen through the eyes of the Chicago neo-classical economist. Starting out from ‘the assumption that man is a rational maximizer of his ends in life’, Posner observes that, where rational self-interest is allowed to flourish—that is, where there exists a system of voluntary exchange—resources tend to gravitate towards their highest valued uses. ‘When resources are being used where their value is greatest, we say that they are being employed efficiently.’ According to Posner, efficiency ‘means exploiting economic resources in such a way that human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services is maximized’. Efficiency, in other words, is to be equated with wealth-maximization—wealth, in this context, being conceived broadly to include not only money but any form of utility which is increased through exchange). (DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 397).

³³⁸ No original: “What we may call the efficiency theory of the common law is not that *every* common law doctrine and decision is efficient. That would be highly unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with and the character of judges’ experience and incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency (see §19.2 *infra*), yet even they, as we shall see, are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis. Such analysis is also helpful in explaining such institutional features of the legal system as the role of precedent and the allocation of law enforcement responsibilities between private persons and public agencies”. POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 25.

A decisão no caso afetará o futuro e, por isso, deveria interessar ao economista, porque estabelecerá ou confirmará uma regra para a orientação de pessoas envolvidas em atividades perigosas. A decisão é um aviso de que se alguém se comportar de determinada maneira e disso resultar um acidente, a pessoa terá que pagar um julgamento (ou será incapaz de obter um julgamento, se for vítima). Alterando assim a sombra, o preço (de comportamento de risco) que confronta as pessoas, o aviso pode afetar seu comportamento e, portanto, os custos dos acidentes³³⁹.

Por outro lado, o juiz e, portanto, os advogados, não podem ignorar o futuro. A decisão legal será um precedente que influenciará a decisão de futuros casos. O juiz deve, portanto, considerar o provável impacto de decisões alternativas sobre o comportamento de pessoas envolvidas em atividades que dão origem ao tipo de acidente envolvido no caso que está diante dele. Se, por exemplo, o julgamento for concedido ao réu com base no fato de que ele é uma pessoa "merecedora", embora descuidada, a decisão encorajará pessoas semelhantes a serem descuidadas, um tipo de comportamento caro. Assim, uma vez que o quadro de referência é expandido para além das partes imediatas do caso, a justiça e a imparcialidade presumem significados mais amplos do que é justo ou justo entre este demandante e este réu. A questão torna-se o que é justo e razoável para uma classe de atividades, e ela não pode ser resolvida com sensatez sem considerar o impacto futuro de decisões alternativas sobre a frequência de acidentes e o custo das precauções³⁴⁰.

Com efeito, o impacto da tomada de decisão é muito relevante no caso concreto e também para as relações jurídicas mediatas do caso. O intérprete, ao analisar o caso, deve considerar o impacto que a sua decisão terá sobre o comportamento das pessoas, pois a decisão poderá encorajar outras a um certo tipo de comportamento que pode ser caro para as partes e para a sociedade. Assim, como a referência expande-se para além das partes

³³⁹ No original: "The decision in the case will affect the future, and so it should interest the economist, because it will establish or confirm a rule for the guidance of people engaged in dangerous activities. The decision is a warning that if one behaves in a certain way and an accident results, one will have to pay a judgment (or will be unable to obtain a judgment, if the victim). By thus altering the shadow, price (of risky behavior) that confronts people, the warning may affect their behavior and therefore accident costs". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 25-26.

³⁴⁰ No original: "Conversely, the judge, and hence the lawyers, cannot ignore the future. The legal ruling will be a precedent influencing the decision of future cases. The judge must therefore consider the probable impact of alternative rulings on the behavior of people engaged in activities that give rise to the kind of accident involved in the case before him. If, for example, judgment is awarded to the defendant on the ground that he is a "deserving," albeit careless, person, the decision will encourage similar people to be careless, a type of costly behavior. Thus, once the frame of reference is expanded beyond the immediate parties to the case, justice and fairness assume broader meanings than what is just or fair as between this plaintiff and this defendant. The issue becomes what is just and fair for a class of activities, and it cannot be sensibly resolved without consideration of the future impact of alternative rulings on the frequency of accidents and the cost of precautions." POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 26.

imediatas do caso, a justiça e a imparcialidade assumem seus verdadeiros significados. Portanto, o impacto futuro das decisões deve ser levado em consideração pelo intérprete, seja porque influenciará comportamentos negativos e prejudiciais de outras pessoas, seja pelo impacto econômico negativo que trará para a relação jurídica em análise e para a sociedade³⁴¹.

Faz quase um século desde que Oliver Wendell Holmes instou os advogados americanos a se voltarem, para esclarecimento, para a disciplina da economia. Durante a primeira metade deste século, essa exortação - em comum com muitas outras declarações clássicas holmesianas - passou a ser absorvida pelo pensamento jurídico realista. “Algumas das escolas de direito mais progressistas”, observou o psicólogo e advogado de *Yale*, *Edward Robinson*, em 1934, “já estão se formando graduados cujo ataque fundamental aos problemas sociais é o do economista e não o do jurista”. Admitiu que, “nessas escolas, ainda prevalece a ideia de que a economia, a psiquiatria e o resto são apenas técnicas que os advogados atualizados devem aprender a usar. O homem que conseguisse uma compreensão econômica ou psicológica de um problema legal não está disposto a ir adiante nessa linha de pensamento”. A concessão de Robinson sugere o motivo pelo qual o realismo legal não cumpriu o sonho holmesiano de transformar o *homo juridicus* em *homo economicus*: não foram apenas altamente experimentais e subdesenvolvidos os esforços realistas para introduzir sensibilidades interdisciplinares nas faculdades de direito americanas; eles também eram indiscriminados. Na literatura do realismo jurídico, mais ou menos qualquer ciência

³⁴¹ Duxbury fundamenta o princípio da maximização da riqueza em Posner e Rawls: Na posição original, argumenta Rawls, os indivíduos, dada sua falta de conhecimento, concordarão que as desigualdades devem ser arranjadas de modo que se possa razoavelmente esperar que seja para a vantagem de todos. Os indivíduos concordarão com essa proposição porque, até que o assim chamado véu da ignorância seja levantado, é provável que eles temam o pior em relação à sua própria posição na sociedade. As pessoas na posição original não argumentariam a favor do princípio da maximização da riqueza porque, enquanto estavam nessa posição, não podiam ter certeza de que seriam os beneficiários de tal princípio. A aversão ao risco determinará, portanto, o tipo de justiça que eles escolhem. Posner destaca a artificialidade da posição rawlsiana. No mundo real, argumenta ele, é mais provável que as pessoas concordem com o princípio da maximização da riqueza do que com o princípio máximo rawlsiano, pois no mundo real as pessoas são forçadas a confiar em sua energia, habilidade e caráter, e fazer escolhas sob incerteza. A maximização da riqueza é o princípio que é mais provável, portanto, comandar o consenso social quando as pessoas são forçadas a lutar contra a ignorância rawlsiana natural, em oposição à artificial. No original: “In the original position, Rawls argues, individuals, given their lack of knowledge, will agree that inequalities ought to be arranged so that they might reasonably be expected to be to the advantage of everyone. Individuals will agree to this proposition because, until the so-called veil of ignorance is lifted, they are likely to fear the worst regarding their own position in society. People in the original position would not argue in favor of the principle of wealth-maximization because, while in that position, they could not be sure that they would be the beneficiaries of such a principle. Risk aversion will thus determine the type of justice which they choose. Posner highlights the artificiality of the Rawlsian position. In the real world, he argues, people are more likely to agree on the principle of wealth-maximization than on the Rawlsian principle of maximin, for in the real world people are forced to rely on their energy, skill and character, and to make choices under uncertainty. Wealth-maximization is the principle which is most likely, accordingly, to command social consensus when people are forced to contend with natural as opposed to artificial, Rawlsian ignorance”. DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 398.

social - economia, psiquiatria, psicologia, seja o que for - era considerada de algum modo útil³⁴².

Sobre o estudo de Direito e Economia, é importante trazer os ensinamentos de *Ronald Coase*. Sobre levar em consideração o custo das transações no mercado, ensina Coase:

Até aqui, desenvolveu-se o argumento sob a suposição de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Essa é, por óbvio, uma suposição bastante irrealista. Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos³⁴³.

Um meticuloso exame dos pressupostos assumidos pelas cortes no julgamento de tais casos seria de grande interesse. Não obstante, parece claro, a partir de um exame superficial, que as cortes têm reconhecido as implicações econômicas de suas decisões e estão cientes (ao contrário de muitos economistas) da natureza recíproca do problema. Além disso, de tempos em tempos, elas levam essas implicações econômicas em consideração, juntamente com outros fatores, para chegar às suas decisões. Os escritores americanos referem-se à questão de forma mais explícita do que o fazem os britânicos. Assim, para citar *Prosser*, em *Torts*, uma pessoa pode fazer uso de sua própria propriedade ou conduzir suas atividades às custas de algum prejuízo aos vizinhos. Ele pode administrar uma fábrica cujo barulho e fumaça causam

³⁴² No original: “It is almost a century since Oliver Wendell Holmes urged American lawyers to turn, for enlightenment, to the discipline of economics. During the first half of this century, this exhortation—in common with many other classic Holmesian proclamations—came to be absorbed into realist legal thought. ‘Some of the more progressive schools of law’, the Yale lawyer-psychologist Edward Robinson observed in 1934, ‘are already turning out graduates whose fundamental attack upon social problems is that of the economist rather than that of the jurist.’ Yet he conceded that even in such schools we still find prevailing the idea that economics, psychiatry, and the rest are merely techniques that up-to-date lawyers must learn to use. The man who has secured an economic or psychological grasp upon a legal problem is not quite willing to go clear through along that line of thought.’ Robinson’s concession rather suggests why legal realism in fact left unfulfilled the Holmesian dream of turning homo juridicus into homo economicus: not only were realist efforts to introduce interdisciplinary sensibilities into the American law schools highly tentative and underdeveloped; they were also indiscriminate. In the literature of legal realism, more or less any social science—economics, psychiatry, psychology, whatever—was deemed to be somehow useful.” DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 301.

³⁴³ No original: “The argument has proceeded up to this point on the assumption (explicit in Sections III and IV and tacit in Section V) that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very un-realistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.” COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 376.

algum desconforto a outras pessoas, contanto que o faça dentro de limites razoáveis. Somente quando a sua conduta se mostra desarrazoada, tendo em vista a sua utilidade e os prejuízos que causa, é que constitui um dano. Como afirmado em um antigo caso, em relação à atividade de fabricação de velas em uma cidade. O mundo deve ter fábricas, siderúrgicas, refinarias de petróleo, maquinário pesado e barulhento, ainda que à custa de alguma inconveniência à vizinhança e os autores de ações judiciais podem ser instados a aceitar algum desconforto não-razoável em prol do bem comum³⁴⁴.

Além dos fundamentos de Coase, Guido Calabresi foi um importante autor da área de *Law and Economics*. Afirma ele:

A primeira questão que deve ser enfrentada por qualquer sistema legal é a que chamamos de "direito". Sempre que um estado é apresentado com os interesses conflitantes de duas ou mais pessoas, ou dois ou mais grupos de pessoas, deve decidir que lado favorecer. Ausente de tal decisão, o acesso a bens, serviços e vida em si será decidido com base no “poder faz certo” - quem for mais forte ou mais perspicaz vencerá. Portanto, a coisa fundamental que a lei faz é decidir qual das partes conflitantes terá direito a prevalecer. O direito de fazer barulho *versus* o direito de ter silêncio, o direito de poluir *versus* o direito de respirar ar puro, o direito de ter filhos *versus* o direito de proibi-los - estas são a primeira ordem de decisões judiciais³⁴⁵.

Tendo feito sua escolha inicial, a sociedade deve reforçar isso. Simplesmente definir o direito não evita o problema de “o poder cria o direito”; um mínimo de intervenção do Estado

³⁴⁴ No original: “A thorough examination of the presuppositions of the courts in trying such cases would be of great interest. Nevertheless it is clear from a cursory study that the courts have often recognized the economic implications of their decisions and are aware (as many economists are not) of the reciprocal nature of the problem. Further- more, from time to time, they take these economic implications into account, along with other factors, in arriving at their decisions. The American writers on this subject refer to the question in a more explicit fashion than do the British. Thus, to quote Prosser on Torts, a person may make use of his own property or ... conduct his own affairs at the expense of some harm to his neighbors. He may operate a factory whose noise and smoke cause some discomfort to others, so long as he keeps within reasonable bounds. It is only when his conduct is unreasonable, in the light of its utility and the harm which results [italics added], that it becomes a nuisance. As it was said in an ancient case in regard to candle-making in a town. [...] The world must have factories, smelters, oil refineries, noisy machinery and blasting, even at the expense of some inconvenience to those in the vicinity plaintiff may be required to accept some not unreasonable discomfort general good.” COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 379-380.

³⁴⁵ No original: “The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of “entitlement”. Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of “might makes right” – whoever is stronger or shrewder will win. Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silent, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them – these are the first order of legal decisions.” CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 415-416.

é sempre necessário. Noções convencionais tornam isso fácil de compreender em relação à propriedade privada³⁴⁶.

O Estado não só tem que decidir quem deve ter direito, mas também deve, simultaneamente, tomar uma série de decisões de segunda ordem igualmente difíceis. Essas decisões referem-se à maneira pela qual os direitos são protegidos e se um indivíduo tem permissão para vender ou negociar o direito. Em qualquer disputa dada, por exemplo, o Estado deve decidir não apenas em qual lado ganha, mas também o tipo de proteção a ser concedido. Considerar-se-á três tipos de direitos - direitos protegidos por regras de propriedade, direitos protegidos por regras de responsabilidade e direitos inalienáveis. As categorias não são, evidentemente, absolutamente distintas; mas a categorização é útil, pois revela algumas das razões que nos levam a proteger certos direitos de certas maneiras³⁴⁷.

Talvez a razão mais simples para um determinado direito seja minimizar os custos administrativos da execução. Por si só, essa razão nunca justificará qualquer resultado, exceto o de deixar o mais forte vencer, pois obviamente esse resultado minimiza os custos de execução. No entanto, a eficiência administrativa pode ser relevante para a escolha de direitos quando outras razões são levadas em conta. Isso pode ocorrer quando as razões aceitas são indiferentes entre direitos conflitantes e um direito é mais barato de impor do que os outros. Também pode ocorrer quando as razões aceitas não são indiferentes, mas nos levam apenas um pouco a preferir uma sobre a outra e a primeira é consideravelmente mais cara de impor do que a segunda³⁴⁸.

³⁴⁶ No original: "Having made its initial choice, society must enforce that choice. Simply setting the entitlement does not avoid the problem of "might makes right"; a minimum of state intervention is always necessary. Conventional notions make this easy to comprehend with respect to private property." CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 416.

³⁴⁷ No original: "The State not only has to decide whom to entitle, but it must also simultaneously make a series of equally difficult second order decisions. These decisions go to the manner in which entitlements are protected and to whether an individual is allowed to sell or trade the entitlement. In any given dispute, for example, the state must decide not only which side wins but also the kind of protection to grant. We shall consider three types of entitlements – entitlements protected by property rules, entitlements protected by liability rules, and inalienable entitlements. The categories are not, of course, absolutely distinct; but the categorization is useful since it reveals some of the reasons which lead us to protect certain entitlements in certain ways." CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 416-417.

³⁴⁸ No original: "Perhaps the simplest reason for a particular entitlement is to minimize the administrative costs of enforcement. By itself this reason will never justify any result except that of letting the stronger win, for obviously that result minimizes enforcement costs. Nevertheless, administrative efficiency may be relevant to choosing entitlements when other reasons are taken into account. This may occur when the reasons accepted are indifferent between conflicting entitlements and one entitlement is cheaper to enforce than the others. It may also occur when the reasons accepted are not indifferent but lead us only slightly to prefer one over another and the first is considerably more expensive to enforce than the second." CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 418.

Mas a eficiência administrativa é apenas um aspecto do conceito mais amplo de eficiência econômica. A eficiência econômica pede que se escolha o conjunto de direitos que levariam àquela alocação de recursos que não poderiam ser melhorados, no sentido de que uma mudança adicional não melhoraria tanto a condição daqueles que ganhavam com isso, que poderiam compensar aqueles que perderam e ainda assim estar melhor do que antes. Isso é frequentemente chamado de otimização de Pareto. Para dar dois exemplos, a eficiência econômica exige que combinações de direitos se envolvam em atividades arriscadas e estejam livres de danos de atividades arriscadas, o que provavelmente levará à menor soma de custos de acidentes e de custos para evitar acidentes. Requer essa forma de propriedade, privada ou comunal, que leva ao produto mais alto para o esforço de produzir³⁴⁹.

Uma sociedade decidiria sobre um conjunto de direitos no campo da lei de acidentes, por exemplo, assim, pode-se dizer: (1) que a eficiência econômica, sozinha, ditaria aquele conjunto de direitos que favorece escolhas bem informadas entre os benefícios sociais e os custos sociais de obtê-los, e entre os custos sociais e os custos sociais de evitá-los; (2) que isto implica, na falta de certeza sobre se um benefício vale seus custos para a sociedade, que o custo deve ser colocado sobre a parte ou atividade melhor localizada para fazer tal análise de custo-benefício; (3) que, em contextos específicos, como acidentes ou poluição, isso implica em colocar custos sobre a parte ou atividade que podem evitá-los mais economicamente; (4) que, na falta de certeza quanto a quem é essa parte ou atividade, os custos devem ser imputados à parte ou atividade que pode, com os custos de transação mais baixos, atuar no mercado para corrigir um erro de direitos induzindo a parte que pode evitar custos sociais mais baratos para o fazer; e (5) que, como se está em uma área onde, hipoteticamente, os mercados não funcionam perfeitamente - há custos de transação -, muitas vezes será necessário tomar uma decisão sobre se as transações de mercado ou a ordem coletiva mais provavelmente nos aproximam do ótimo resultado de Pareto que o mercado “perfeito” alcançaria³⁵⁰.

³⁴⁹ No original: “But administrative efficiency is just one aspect of the broader concept of economic efficiency. Economic efficiency asks that we choose the set of entitlements which would lead to that allocation of resources which could not be improved in the sense that a further change would not so improve the condition of those who gained by it that they could compensate those who lost from it and still be better off than before. This is often called Pareto optimality. To give two examples, economic efficiency asks for that combinations of entitlements to engage in risky activities and to be free from harm from risky activities which will most likely lead to the lowest sum of accident costs and of costs of avoiding accidents. It asks for that form of property, private or communal, which leads to the highest product for the effort of producing.” CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 418.

³⁵⁰ No original: “Since one of us has written at length on how in the presence of various types of transaction costs a society would go about deciding on a set of entitlements in the field of accident law, it is enough to say

Sobre custos de transação e sua vinculação ao Direito do Trabalho, são oportunas as palavras de Nelson Mannrich:

O socialmente correto é continuar apostando no protecionismo, que se justificou plenamente quando da formação do próprio Direito do Trabalho para encontrar respostas que o Direito Civil não conseguia dar, em face da exploração desenfreada que se observou no início da Revolução Industrial. Nesse sentido, o princípio da proteção acabou servindo de referência para os demais princípios. Protegendo-se o empregado, seria possível reduzir desigualdades e seus efeitos maléficos. Graças a esse marco inicial, o Direito do Trabalho se estruturou e tanto avançou – mas deve-se fazer releitura desses chamados princípios clássicos do Direito do Trabalho tão caros a todos nós, de modo que não valessem por eles mesmos, mas essenciais para conter o poder do empregador no contexto do contrato de trabalho – também não apenas por causa da desigualdade, mas pelo simples fato de que o trabalhador é pessoa humana e cidadão. É possível encontrar novo modelo de relações trabalhistas dando a esses princípios novo vigor e nova dimensão, repensando-os e redimensionando-os à luz dos verdadeiros pilares do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador e o princípio da igualdade, muitas vezes ignorados ou subdimensionados³⁵¹.

A proposta é repensar os fundamentos do Direito do Trabalho, dando aos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, da igualdade e não discriminação sua verdadeira dimensão. Com isso, não se pretende negar nem excluir o tradicional princípio de proteção nem os demais, mas afirmá-los e revisitá-los, dando-lhes novo impulso e vigor. Observam-se harmonia e complemento entre o princípio da dignidade e igualdade em face dos tradicionais princípios do Direito do Trabalho, também referidos como particularismos³⁵².

Diante do exposto, percebe-se o impacto que tem a tomada de decisão do intérprete no contexto laboral. Com efeito, há uma intensa vinculação entre as consequências da tomada de decisão no âmbito da Economia, o que permite falar, então, em uma estreita ligação do Direito e da Economia (*Law and Economics*). Isso porque a depender da decisão judicial, por

here: (1) that economy efficiency standing alone would dictate that set of entitlements which favors knowledgeable choices between social benefits and the social costs of obtaining them, and between social costs and the social costs of avoiding them; (2) that this implies, in the absence of certainty as to whether a benefit is worth its costs to society, that the cost should be put on the party or activity best located to make such a cost-benefit analysis; (3) that in particular contexts like accidents or pollution this suggests putting costs on the party or activity which can most cheaply avoid them; (4) that in the absence of certainty as to who that party or activity is, the costs should be put on the party or activity which can with the lowest transaction costs act in the market to correct an error in entitlements by inducing the party who can avoid social costs most cheaply to do so; and (5) that since we are in an area where by hypothesis markets do not work perfectly – there are transactions costs – a decision will often have to be made on whether market transactions or collective fiat is most likely to bring us closer to the Pareto optimal result the “perfect” market would reach.” CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 420.

³⁵¹ MANNRICH, Nelson. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, n. 58, jan.-jun., 2016, p. 36.

³⁵² MANNRICH, Nelson. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, n. 58, jan.-jun., 2016, p. 36-37.

exemplo, as consequências poderiam ser maléficas à empresa e à sociedade, bem como aos demais trabalhadores dessa empresa, sendo somente benéfica ao trabalhador que obteve proteção “demasiada” com a decisão que lhe foi plenamente favorável.

A estrutura da legislação trabalhista, no Brasil, já é mais favorável ao trabalhador do que à empresa. Assim, muitas vezes, o magistrado, ao aplicar o princípio da proteção, extrapola o limite do razoável, prejudicando a economia da empresa e, até mesmo, violando o que se denomina de reserva do possível³⁵³³⁵⁴.

³⁵³ Diretamente vinculada a essa característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isso é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter a capacidade jurídica. Em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude desses aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sobre o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 286-287). [...] A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guarda vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucional adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional. Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 287-288). Conforme Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível “é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos, razão pela qual, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica” (OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 213).

³⁵⁴ Veja-se a seguinte reflexão feita por Norberto Bobbio: [...] Uma última consideração. Falei das dificuldades que surgem no próprio seio da categoria dos direitos do homem considerada em sua complexidade. Cabe ainda mencionar uma dificuldade que se refere às condições de realização desses direitos. Nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas

Além disso, as consequências devem ser levadas em conta pelo intérprete porque a decisão poderá fazer com que outras pessoas comportem-se da mesma maneira, o que pode ser caro para as partes e para a sociedade, uma vez que pode impactar de maneira negativa a pujança econômica da empresa, trazendo, assim, claros prejuízos à sociedade, como, por exemplo, a necessidade de dispensa coletiva e a impossibilidade de novas contratações.

Além da vinculação entre o Direito e a Economia, o consequentialismo importa em análise do contexto da relação jurídica trabalhista *sob judice* para a tomada de decisão, o que será feito no próximo tópico.

4.1.2 Consequencialismo: a análise do contexto laboral para a tomada de decisão

O intérprete, ao tentar solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço, em contexto de teletrabalho transnacional, pode ser fiel ao texto da norma (aplicando os elementos de conexão estudados no capítulo anterior) ou pode utilizar-se de valores externos à norma, analisando as especificidades do caso, decidindo conforme as consequências de sua tomada de decisão e avaliando o contexto do caso concreto.

A interpretação e a exegese com relação aos elementos de conexão colidentes deve permear dois caminhos: um formalista e outro não formalista, podendo, nesse último, o intérprete, por meio de uma dialética, utilizar fatores externos à norma em aplicação.

É oportuno trazer o entendimento de Cass Sunstein:

Dissemos que o Direito Constitucional está permeado pela neutralidade do *status quo*, mas isso é meramente uma descrição, que não tem motivos para mudar. Para explorarmos esse problema, devemos examinar a questão do método no Direito Constitucional. [...] A exegese constitucional inevitavelmente nos obriga a usar princípios externos à Constituição. Não existe interpretação sem os princípios correspondentes, e estes não se encontram na Constituição. No entanto, isso não significa que estamos em meio a um caos, ou em um abismo, ou ainda que o direito é simplesmente política. Pelo contrário, significa tão-somente que os princípios externos devem ser identificados e defendidos³⁵⁵.

disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Mesmo o mais liberal dos Estados se encontra na necessidade de suspender alguns direitos de liberdade em tempos de guerra; do mesmo modo, o mais socialista dos Estados não terá condições de garantir o direito a uma retribuição justa em épocas de carestia. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. Creio que uma discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta, para não correr o risco de se tornar acadêmica, todas as dificuldades procedimentais e substantivas, às quais me referi brevemente [...]. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004).

³⁵⁵ SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117.

Robert Bork, em *The Tempting of America*, apresenta o seu argumento originalista, no sentido de que alguns magistrados são neutros, os quais seguem a letra da lei. Para o autor, evitar juízos de valor é parte fundamental da tarefa do direito, apenas a observação dos entendimentos originais se presta a essa função³⁵⁶.

O entendimento acima trata-se do originalismo e, sobre seu exacerbamento, Juarez Freitas tece críticas, dizendo que “o Direito está em incessante movimento ou em continuada variabilidade evolutiva, e deve ser interpretado à vista dessa evidência”³⁵⁷.

Ainda, sobre posições formalistas, Freitas, defendendo uma interpretação dialética, e discorrendo acerca do textualismo (argumento originalista) de Antonin Scalia, refere que:

[...] posturas como a do textualismo tornam-se insatisfatórias diante das exigências prioritárias do sistema constitucional, que implicam transcendência em relação ao texto. O textualismo de Scalia, por exemplo, merece reparos centrais (a) por não assumir a circularidade hermenêutica, com a dialética tensão entre sujeito e objeto, e (b) por não conseguir, em razão disso, dar conta de ordens constitucionais que determinam ir além do texto [...]³⁵⁸.

Aplicar o Direito significa sempre interpretá-lo e em um sentido amplo do termo “interpretação”, a aplicação do Direito exige algum ato de interpretação para formar uma compreensão sobre o que o texto diz. Esse ato de apreensão do texto consiste na interpretação. Já em um sentido mais estreito, interpretação, relevante para o estudo da argumentação jurídica, consiste em interpretar apenas quando se depara com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, resolvendo a dúvida pelo fato de existir alguma razão que dê apoio ao sentido escolhido³⁵⁹.

Ainda, resolver essa dúvida consiste em optar de forma razoável por um dos sentidos que o texto exige; isso é, interpretar o sentido mais estrito do termo. Essa interpretação, em sentido estrito, trata-se do ato de perceber alguma dúvida acerca do sentido ou aplicação correta de alguma informação e de formar uma convicção de tal maneira a ponto de resolver essa dúvida, por meio de uma decisão com relação ao sentido que se mostra mais razoável no contexto.³⁶⁰

Herbert Hart utiliza a construção teórica em seu positivismo jurídico, aplicando a textura aberta da linguagem ao Direito, defendendo, portanto, uma interpretação

³⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 120-121.

³⁵⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207.

³⁵⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207-208.

³⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 161.

³⁶⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 162.

intermediária, ou seja, entre o originalismo e a defesa absoluta pelos valores externos à norma. Dessa forma, entre o formalismo e o ceticismo, na medida em que contesta a visão formalista que supervalorizava as regras, bem como refutava o ceticismo, que as desvalorizava em absoluto, construiu sua teoria sob a consideração de que embora as leis fossem regras, decorria da textura aberta da linguagem das regras jurídicas um espaço considerável de discricionariedade dos juízes e demais autoridades na aplicação das regras ao caso concreto. Assim, considera as leis importantes e necessárias, as quais não podem ser ignoradas; contudo, reconhece a incapacidade destas em oferecer uma única resposta correta³⁶¹.

Discorre Hart:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis [...]³⁶².

Com efeito, sobre a análise dos valores externos à norma e a incapacidade das leis em oferecer uma única resposta correta, percebe-se que existe uma classificação de argumentos aptos a dar apoio a conclusões interpretativas. Dentre esses argumentos, encontra-se o argumento consequencialista, ou, de acordo com Neil MacCormick,³⁶³ argumento teleológico-avaliativo.

MacCormick, então, discorrendo acerca da possibilidade de a tomada de decisão ser justificada ou tornada correta a partir de suas consequências, explica que não se pode adotar posições extremadas. Segundo ele, “devemos dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões”³⁶⁴.

Argumenta, ainda, o autor que

³⁶¹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-191.

³⁶² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 175-176.

³⁶³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 175-182.

³⁶⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 136.

[...] um certo tipo de raciocínio consequencialista tem importância decisiva na justificação das decisões jurídicas. Raciocinar sobre os problemas da relevância e da interpretação, e sobre alguns aspectos da argumentação sobre os problemas de classificação e avaliação, tipicamente envolve questões relativas à linha adequada de desenvolvimento do Direito a partir do caso particular em apreço³⁶⁵.

Dessa forma, a resposta aos problemas jurídicos tem que ser formulada em termos jurídicos, seja por meio da interpretação de leis e de precedentes ou mesmo por meio de princípios jurídicos desenvolvidos mediante uma ordem normativa. Casos cuja solução admite mais de uma interpretação levam à necessidade de saber a racionalidade da escolha entre as respostas possíveis.³⁶⁶

Essa escolha deve ser vista pelos operadores jurídicos com relação às suas consequências no que concerne ao Direito. Ao decidir um caso e justificar a decisão, exige-se que essa decisão possa ser transcendida ao universo, pelo menos, de forma implícita, e que possa ser comparada com os méritos de outra possível proposta universal (rival), no que concerne à qualidade. Assim, fundamentações devem ser dadas à alternativa escolhida, na linha da decisão preferida num caso e em todos os que sejam semelhantes.³⁶⁷

A análise das consequências para justificar uma decisão tem que levar em conta os resultados para além do caso particular e causal. Em um contexto de justiça formal, tratando casos iguais de maneira igual, as decisões judiciais justificadas pressupõem razões universalizáveis ou sentenças que extrapolam o caso particular em questão. Somente as sentenças justificadas podem justificar as decisões. Nesse diapasão, ensina MacCormick que:

Uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia.³⁶⁸

Stephen Breyer converge do entendimento de MacCormick quando, em seu livro *Making our Democracy Work*, sugere que juízes devem decidir levando em consideração as consequências reais do mundo, o que significa que a Corte pode fazer com que a lei seja mais efetiva, criando um Governo Democrático *workable*³⁶⁹³⁷⁰.

³⁶⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 136-137.

³⁶⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

³⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

³⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 139.

³⁶⁹ BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work**. Nova York: Vintage Books, 2011, p. 74.

³⁷⁰ *Workable*: eficiente.

Breyer explica o motivo pelo qual os juízes devem seguir uma interpretação baseada em abordagens com propósitos e consequências: “Em primeiro lugar, a consideração judicial dos propósitos de uma estátua ajuda a promover as metas democráticas da Constituição”³⁷¹. Prossegue o autor: “Segundo, uma abordagem orientada pelo propósito ajuda as estátuas individuais a trabalharem melhor para aqueles que o Congresso pretendia ajudar”³⁷². E, por último, continua Breyer: “Terceiro e mais importante, enfatizando o propósito, o Tribunal ajudará o Congresso a realizar melhor seu próprio trabalho legislativo”³⁷³.

Peter Railton explica o consequencialismo:

[...] vamos agora distinguir dois tipos de consequencialismo. Consequencialismo subjetivo é a visão de que, sempre que enfrentar uma escolha de ações, deve-se tentar determinar qual ato daqueles disponíveis mais promoveria o bem e, então, deve tentar agir de acordo. A pessoa está se comportando como o consequencialismo subjetivo exige - isto é, levando uma vida subjetivamente consequencialista - na medida em que se usa e segue um modo de tomada de decisão distintivamente consequencialista, visando conscientemente o bem geral e conscientemente usando a melhor informação disponível com o melhor possível rigor. O consequencialismo objetivo é a visão de que o critério da correção de um ato ou curso de ação é se ele realmente promoveria o bem daqueles atos disponíveis ao agente³⁷⁴.

Deve-se começar reconhecendo que todos são consequencialistas, mas somente em parte. Nossos aparatos cognitivos, bem como os mundos culturais onde se habita, não podem prescindir do consequencialismo, ou pelo menos de uma versão dele. Na história das ideias, o consequencialismo baseia-se naquele tipo de teoria de conhecimento que confere supremacia heurística aos sentidos, confeccionados como são para capturar e processar o mundo material exterior às nossas mentes. Escondida sob o interesse consequencialista no mundo material está a crença de que a maximização de preferências ou do bem-estar é o bem básico da

³⁷¹ No original: “first, judicial consideration of a statue’s purposes helps to further the Constitution’s democratic goals”. BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work**. Nova York: Vintage Books, 2011, p. 94.

³⁷² Nesse sentido: second, a purpose-oriented approach helps individual statues work better for those whom Congress intended to help”. BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work**. Nova York: Vintage Books, 2011, p. 96).

³⁷³ No original: “third, and most important, by emphasizing purpose the Court will help Congress better accomplish its own legislative work”. BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work**. Nova York: Vintage Books, 2011, p. 96.

³⁷⁴ No original: “[...] let us now distinguish two kinds of consequentialism. Subjective consequentialism is the view that whenever one faces a choice of actions, one should attempt to determine which act of those available would most promote the good, and should then try to act accordingly. One is behaving as subjective consequentialism requires – that is, leading a subjectively consequentialist life – to the extent that one uses and follows a distinctively consequentialist mode of decision making, consciously aiming at the overall good and conscientiously using the best available information with the greatest possible rigour. Objective consequentialism is the view that the criterion of the rightness of an act or course of action is whether it in fact would most promote the good of those acts available to the agent. [...]”. RAILTON, Peter. *Alienation, Consequentialism, and the Demands of Morality*. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics**. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 113.

existência humana, e que qualquer hierarquia de curso de ação deve ser estabelecida com base nas consequências esperadas e na promoção de tais preferências ou do bem-estar³⁷⁵.

A operação mental básica implicada pelo consequencialismo é a análise da eficiência comparada de cursos de ação e dos benefícios comparados de objetivos contemplados. A partir do cálculo estratégico de custo-benefício e de vantagens relativas, o consequencialismo busca detectar, baseado em observação empírica, os padrões comportamentais que melhor manifestam uma tendência para alcançar os fins mais eficientemente desejados. Nesse sentido, há que se observar com atenção o papel que a ideia de “tendência” desempenha para o consequencialismo, uma vez que padrões de comportamento são considerados apropriados na medida em que “tendem” a produzir resultados almejados³⁷⁶.

Por enquanto, volta-se a atenção aos fins da ação humana estratégica e a uma questão que o consequencialismo tem tido dificuldade de responder: sob quais critérios é possível definir um fim como bom ou desejável? No contexto de suas críticas aos niveladores, David Hume escreveu que “se analisarmos as leis específicas que direcionam a justiça e definem a propriedade, ainda assim chegaremos à mesma conclusão. O bem da humanidade é o único objeto de todas essas leis e regulamentos”. Isso obviamente leva ao questionamento do que de fato é o bem da humanidade³⁷⁷.

³⁷⁵ No original: “We should start by recognizing that we are all consequentialists, but only in part. Our cognitive apparatuses, as well as the cultural worlds we inhabit, cannot dispense with consequentialism, or at least with a version of it. In the history of ideas, consequentialism finds support in that type of theory of knowledge that gives heuristic primacy to the senses, tailored as they are to capture and process the external material world. Hidden underneath the consequentialist interest in the material world is the belief that the maximization of preferences or well-being is the basic good in human existence, and that any hierarchy among courses of action is to be established in light of their expected consequences in the promotion of those preferences or well-being.” BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. *New York Law School Law Review*. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 701, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.

³⁷⁶ No original: “The basic mental operation implicated in consequentialism is the analysis of the relative efficiency of competing courses of action and the expected benefits of competing ends. Through strategic cost-benefit calculation and empirical observation, consequentialism hopes to detect the behavioral patterns best manifesting a tendency to produce the most efficiently desired ends, the stipulation of which is given by the nature of things or the relevant concrete circumstances. Especially note the work that the idea of “tendency” is performing for consequentialism; patterns of behavior are regarded as appropriate to the extent they tend to produce target outcomes”. BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. *New York Law School Law Review*. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 701, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.

³⁷⁷ No original: “For now, let us focus on the ends and consider one question that consequentialism has found difficult to answer: Under what set of criteria may any end be said to be good? In the context of his critique of the Levellers, David Hume wrote that “if we examine the particular laws, by which justice is directed, and property determined; we shall still be presented with the same conclusion. The good of mankind is the only object of all these laws and regulations.” This, of course, still begs the question of what exactly is the good of humankind”. BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. *New York Law School Law Review*. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 711, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.

As respostas dadas pelos consequencialistas a essa questão tendem a circunvagiar por pelo menos um de três pontos, quais sejam as exigências gerais de que uma sociedade funcione bem (não necessariamente justa ou decentemente), e o desejo de maximizar o prazer e minimizar a dor dos indivíduos, ou, finalmente, alguma concepção assistencialista mais ampla de dor e prazer. Dessa forma, a estrutura argumentativa consequencialista baseia-se, por um lado, na experiência individual de dor e prazer (e suas extensões assistencialistas) e, por outro lado, na experiência coletiva da vida em sociedade. Assim, a vida humana acontece entre o fisicalismo atomístico e a sociedade, entre a sobrevivência do indivíduo e a reprodução social. A importância especulativa e prática desse esquema de pensamento para a adoção não pode ser superestimada³⁷⁸.

Na verdade, para aprovação moral, o consequencialismo não exige que o resultado de uma ação de fato atenda à lista hierárquica de conveniências de indivíduos ou das sociedades. Tudo o que se exige para a aprovação é a escolha do que parece ser, sob determinadas condições ao tempo da escolha, o curso de ação com a maior tendência a produzir os efeitos desejados. Quaisquer que sejam as situações, a incerteza sobre o futuro inerente à ideia de tendência pouco pode fazer para aplacar o medo e a angústia em relação ao futuro. Quando se toma o consequencialismo como ponto de partida, inevitavelmente termina-se em conservadorismo³⁷⁹.

Nesse sentido, refletem Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento:

Manifestou-se, o positivismo sociológico, no Direito do Trabalho norte-americano, que se mostrou contrário às codificações, à legislação, preferindo os precedentes judiciais, as convenções coletivas de trabalho estipuladas por meio das negociações

³⁷⁸ No original: “The answers given by consequentialists to this question tend to circumnavigate at least one of a few fixed ontological points, namely, the general requirements of a well-functioning society (not necessarily a just or decent one), and the desirability of maximizing pleasure and minimizing the pain of individuals, or, lastly, some broader welfarist conception of pain and pleasure. Thus, the consequentialist argumentative structure is bounded, on one side, by the individual experience of pain and pleasure (and its welfarist extensions) and, on the other, by the collective experience of life in society. Human life takes place, therefore, between atomistic physicalism and society, between individual survival and social reproduction. The speculative as well as practical import for adoption of this thought scheme cannot be overstated”. BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. *New York Law School Law Review*. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 701, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.

³⁷⁹ No original: “In fact, for moral approbation, consequentialism does not require that the result of an action advance the utilities of individuals or societies, whatever those utilities may be. All that is required for approbation is the choice of that which seems, under the given conditions, to be the course of action with the greatest tendency to produce desired outcomes. In any event, the uncertainty about the future inherent in the idea of tendency can do little to placate fear and angst about the future. If one starts from consequentialism, one ends in conservatism”. BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. *New York Law School Law Review*. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 701, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.

e a privatização dos meios de composição dos conflitos, como a mediação e a arbitragem facultativa, fiel à tradição que encontra origens fora da nossa disciplina. Os fundamentos remotos que inspiraram esses sistemas são encontrados nas ideias, entre outras, de *Oliver Wendell Holmes*; no realismo jurídico; na interpretação evolutiva do direito; em *Roscoe Pound*, com a teoria da valorização do fato social, do qual o direito resulta; e nas concepções do direito como processo contínuo de criação no caso concreto [...] ³⁸⁰.

A hermenêutica pode valer-se, para interpretar o Direito, de um argumento originalista, o qual é fiel à norma, de um argumento consequencial intermediário, o qual valoriza a norma, mas leva em consideração valores externos à norma, e o argumento que pode ser chamado de consequencial absoluto, o qual analisa as consequências reais do mundo, fazendo com que a lei seja mais efetiva.

Ainda sobre a análise do contexto e das consequências da tomada de decisão do intérprete, são, nesse sentido, os ensinamentos de Luis Roberto Barroso, proferidos no voto do Habeas Corpus n. 152752 do Paraná:

o direito público em geral, e o direito constitucional, em particular, experimentou, em todo o mundo, nas últimas décadas, duas importantes mudanças de paradigmas. A primeira delas foi a vitória do constitucionalismo democrático como a ideologia vitoriosa do século XX. Seu marco mundial é a reconstitucionalização da Europa após o segundo pós-guerra e, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988. Este chamado giro constitucional democrático repercutiu sobre a limitação do poder, a participação política, a centralidade dos direitos fundamentais e a ascensão institucional das cortes constitucionais. A segunda mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. Trata-se do giro empírico-pragmático, que procura nos libertar de discursos tonitruantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões ³⁸¹.

Além disso, o Ministro fundamenta sua decisão com base nos casos concretos, afirmando que a pesquisa empírica é a grande novidade da prática jurídica contemporânea, sendo de grande valia o trabalho desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Fundação Getúlio Vargas do Rio na produção e divulgação dos números do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal. Na passagem clássica de Oliver Wendel Holmes Jr., que foi

³⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 82.

³⁸¹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152752/PR, do Plenário**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>. Acesso em: mai. 2018.

juiz da Suprema Corte americana entre 1902 e 1932, “a vida do direito não é lógica, mas experiência”³⁸².

Segundo Gustavo Binjenbojm:

Holmes estava a dizer que o direito é muito melhor explicado como resultado das necessidades de cada povo, da moral prevalecente em cada tempo e lugar, das injunções da política de cada nação, do que pelos axiomas e silogismos teóricos contidos em algum manual – como um livro de matemática. O direito responde de forma adaptativa, mas nem sempre lógica, às imposições da experiência³⁸³.

Por fim, refere Luis Roberto Barroso, no voto do referido Habeas Corpus:

Já a virada pragmática se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais. A primeira é o antifundacionalismo, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. Existem, por certo, muitas complexidades e incontáveis sutilezas que não poderão ser exploradas aqui. Posto de uma forma simples: não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, será legítimo – quando não exigível – que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade³⁸⁴.

Percebe-se que devem ser levados em conta os dados, a empiria, as consequências quando da tomada de decisão, revelando-se a decisão do Habeas Corpus citado uma versão recente do consequencialismo.

Tal pensamento parece ser, aos poucos, incorporado ao cenário jurídico brasileiro, uma vez que, no ano de 2018, com a lei nº 13.655, alterou-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para fazer constar o art. 20, que reza: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

³⁸² DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152752/PR, do Plenário**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>. Acesso em: mai. 2018.

³⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Transformações do poder de polícia: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais**. Mimeografado. Tese de titularidade defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 41.

³⁸⁴ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152752/PR, do Plenário**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>. Acesso em: mai. 2018.

O intérprete, na sua tomada de decisão, dentre as normas incidentes à relação trabalhista de teletrabalho transnacional e entre os elementos de conexão passíveis de serem eleitos pelo julgador, poderá escolher a lei que for mais favorável ao trabalho (ao contexto): aos trabalhadores, à empresa e à sociedade, e não somente ao trabalhador integrante da relação jurídica em análise. Essa escolha traz como consequência benefícios a todos os envolvidos de maneira que outros trabalhadores mantêm-se no emprego, novas contratações possam ser feitas, não prejuízo à economia da empresa, bem como a proteção efetivamente necessária ao trabalhador parte da relação jurídica do caso concreto. Portanto, o intérprete tem que construir uma solução que produza as melhores consequências para a sociedade.

Assim, estar-se-á observando os valores do trabalho e da livre iniciativa, como fundamentos da ordem econômica da República Federativa do Brasil, bem como efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador. No caso em análise, a aplicação do princípio da norma mais favorável ao trabalho resulta em uma análise consequencialista. Já a escolha por qualquer outro critério implica a valorização do texto, da norma, dos elementos de conexão previstos nos instrumentos de Direito Internacional. Nesse caso, não se efetivará a norma mais favorável ao trabalho, nem os valores do trabalho e da livre iniciativa.

4.2 DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR À NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHO: APLICAÇÃO DO UTILITARISMO AO TELETRABALHO TRANSNACIONAL

Neste tópico, analisar-se-á a doutrina utilitarista como uma possível solução ao conflito de leis trabalhistas no espaço no teletrabalho transnacional. Assim, o intérprete, para a sua tomada de decisão, tem como possibilidade escolher o critério fundante na doutrina utilitarista e, dentre as normas incidentes à relação trabalhista de teletrabalho transnacional, aplicar a norma que trouxer maior felicidade ao maior número possível de pessoas, segundo seu julgamento.

Nessa esteira de promover a felicidade para o maior número possível de pessoas (utilitarismo), encontra-se também o critério consequencialista, pois levar em consideração as consequências da tomada de decisão pode fazer com que o magistrado escolha o critério que, segundo ele, traga o maior prazer para o maior número possível de pessoas. Por essa razão, fala-se em norma mais favorável ao trabalho, isso é, ao contexto.

Desse modo, nos seguintes tópicos, será abordada a doutrina utilitarista e analisado o critério do bem-comum e de justiça no caso concreto, especificamente, na relação jurídica de teletrabalho transnacional.

4.2.1 O utilitarismo: a escolha do intérprete na tomada de decisão no teletrabalho transnacional

Na relação jurídica de teletrabalho transnacional, na qual existe um conflito de leis trabalhistas, além dos elementos de conexão estudados no capítulo anterior, o presente trabalho apresenta o critério da doutrina utilitarista. Nessa medida, o intérprete pode escolher, dentre as leis incidentes, a que for mais favorável a todos, ou seja, pode se valer do critério utilitarista, que é uma versão do consequencialismo.

Nesse sentido, explica Philippa Foot:

Portanto, preciso dizer algo sobre a relação entre as duas descrições da teoria 'utilitária' e 'consequencialista'. O consequencialista em sua forma mais geral simplesmente diz que é por "resultado total", isto é, pelo todo formado por uma ação e suas consequências, que o que é feito é julgado certo ou errado. Uma teoria consequencialista da ética é aquela que identifica certos estados de coisas como boas e diz que a correção ou bondade das ações consiste em uma relação produtiva positiva com esses estados de coisas. O utilitarismo, como é geralmente definido, consiste no consequencialismo, juntamente com a identificação do melhor estado de coisas com o estado de coisas em que há mais felicidade, mais prazer ou a máxima satisfação do desejo. Estritamente falando, o utilitarismo - considerado aqui como utilitarismo do bem-estar - é deixado para trás quando a distribuição do bem-estar é triste por si só, afetando a bondade dos estados de coisas; ou quando algo que não seja bem-estar é permitido como parte do bem. Mas é claro que também é possível contar uma teoria como utilitária se a ação correta for tomada como aquela que produz "bons estados de coisas", sejam elas quais forem; e então "utilitarismo" se torna sinônimo de "consequencialismo". Por "utilitarismo", quero dizer aqui "utilitarismo do bem-estar", embora seja com o consequencialismo, de uma forma ou de outra, que mais me preocupa³⁸⁵.

³⁸⁵ No original: “[...] I need therefore to say something about the relation between the two theory descriptions ‘utilitarian’ and ‘consequentialist’. Consequentialist in its most general form simply says that it is by ‘total outcome’, that is, by the whole formed by an action and its consequences, that what is done, is judged right or wrong. A consequentialist theory of ethics is one which identifies certain states of affairs as good states of affairs and says that the rightness or goodness of actions consists in their positive productive relationship to these states of affairs. Utilitarianism as it is usually defined consists of consequentialism together with the identification of the best state of affairs with the state of affairs in which there is most happiness, most pleasure, or the maximum satisfaction of desire. Strictly speaking utilitarianism – taken here as welfare utilitarianism – is left behind when the distribution of welfare is sad in itself to affect the goodness of states of affairs; or when anything other than welfare is allowed as part of the good. But it is of course possible also to count a theory as utilitarian if right action is taken to be that which produces ‘good states of affairs’, whatever these are supposed to be; and then ‘utilitarianism’ becomes synonymous with ‘consequentialism’. By ‘utilitarianism’ I shall here mean ‘welfare utilitarianism’, though it is with consequentialism in one form or another that I shall be most concerned”. FOOT, Philippa. Utilitarianism and the virtues. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics**. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 224-225.

Jeremy Bentham³⁸⁶ (1748-1832) fundou a doutrina utilitarista³⁸⁷. O mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a felicidade³⁸⁸. O objetivo geral que todas as leis têm ou devem ter em comum é aumentar a felicidade total da comunidade; e, portanto, em primeiro lugar, excluir, na medida do possível, tudo o que tende a subtrair essa felicidade³⁸⁹.

Sobre a filosofia utilitarista, explica Maria Helena Diniz:

Para Bentham não se deve, a partir de princípios abstratos, extrair, ilimitadamente, por meio de inferências lógicas, certas consequências. Deve-se, isto sim, interpretar as normas sob o ponto de vista dos efeitos reais por elas produzidos quando aplicadas. Seriam justas as normas que ao serem aplicadas produzissem efeitos bons, enquanto seriam injustas as que, em sua aplicação, originassem consequências desfavoráveis. O critério objetivo, segundo Bentham, para qualificar aqueles efeitos, era a utilidade, segundo a qual bom é o que produz prazer e mau o que causa dor e, sob o prisma social, bom ou justo é o que tende a aumentar a felicidade de todos ou de um grande número de pessoas. Bentham, portanto, critica o legalismo da escola analítica, em nome do utilitarismo, que defende o lema da maior felicidade para o maior número de pessoas. [...]. a função da ciência do Direito consistia em determinar, no conjunto dos interesses de uma sociedade, quais os valiosos, isto é, os que devem ser levados em consideração, estabelecendo uma hierarquia entre eles e fórmulas para conciliar o maior número possível de interesses lícitos³⁹⁰.

O utilitarismo é uma ampla tradição do pensamento filosófico e social, não um princípio único. A ideia utilitarista central consiste em que a moralidade e a política estão (e devem estar) centralmente preocupadas com a promoção da felicidade. [...]. Ao longo dos últimos dois séculos, a tradição utilitarista tem sido muito influente – não apenas dentro da filosofia, mas nas disciplinas mais obviamente práticas da política e da economia. Como resultado dessa influência, pressupostos e argumentos utilitaristas abundam na vida

³⁸⁶ Bentham é famoso pela sua defesa do panóptico: uma prisão onde as celas estão dispostas em vários níveis em um círculo em torno de um ponto de observação central, permitindo que o máximo número criminosos seja gerido pelo número mínimo de guardas. Ver mais em: BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

³⁸⁷ Em seus dias Bentham foi, talvez, mais conhecido como um reformador da prisão. A sua explicação da punição é puramente utilitária. O papel da punição é a dissuasão. O valor da punição não é a punição real, mas a ameaça dela. A punição real envolve custos indesejáveis: a despesa e a dor do criminoso. O ideal seria criar uma ameaça de punição, sem nunca punir ninguém. Infelizmente, a única maneira confiável de se criar uma ameaça crível de punição é realmente punir as pessoas. As prisões deveriam ser abertas ao público, de modo a que todos pudessem ver o castigo sendo infligido. (A pena de morte é especialmente eficaz porque as pessoas confundem os seus próprios interesses e superestimam a dor envolvida na morte!). (MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012).

³⁸⁸ SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 09.

³⁸⁹ No original: “The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community; and therefore, in the first place, to exclude, as far as may be, everything that tends to subtract from that happiness”. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Estados Unidos da América: White Dog Publishing, 2010.

³⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74-75.

econômica e política moderna, especialmente nas políticas públicas. Para compreender-se o mundo social em que se vive, uma compreensão da tradição utilitarista é essencial³⁹¹.

O homem é um maximizador de utilidade racional em todas as áreas da vida, não apenas em seus negócios "econômicos", isso é, não apenas quando está engajado em comprar e vender em mercados explícitos. Essa ideia remonta a Jeremy Bentham no século XVIII e início do século XIX, mas recebeu pouca atenção de economistas até o trabalho de Gary Becker nos anos 1950 e 1960³⁹².

O conceito de homem como um maximizador racional implica que as pessoas reajam aos incentivos, de tal modo que, se o ambiente da pessoa mudar de tal forma a propiciar o aumento de suas satisfações, alterando seu comportamento, ele o fará. A partir dessa proposição, derivam os três princípios fundamentais da economia. A primeira é a relação inversa entre preço cobrado e quantidade demandada (Lei da Demanda). Se o preço do bife subir 10 libras e se os outros preços permanecerem inalterados, um bife agora custará mais ao consumidor, relativamente, do que antes. Sendo racional e auto interessado, o consumidor reagirá investigando a possibilidade de substituir bens que ele preferia menos quando o bife estava com seu preço antigo, mas que são mais atraentes agora porque são mais baratos em relação ao bife. Muitos consumidores continuarão comprando tanto bife quanto antes; para eles, outros bens são substitutos ruins mesmo com preços um pouco mais baixos (ou os custos de busca de substitutos podem exceder os benefícios). Mas alguns compradores reduzem suas compras de carne e substituem outras carnes (ou outros alimentos, ou produtos diferentes), com o resultado de que a quantidade total demandada pelos compradores e, portanto, a quantidade produzida cairá³⁹³.

³⁹¹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

³⁹² No original: "Central to this book is the further assumption that man is a rational utility maximizer in all areas of life, not just in his "economic" affairs, that is, not only when engaged in buying and selling in explicit markets. This idea goes back to Jeremy Bentham in the eighteenth and early nineteenth century, but received little attention from economists until the work of Gary Becker in the 1950s and 1960s". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 04.

³⁹³ No original: "The concept of man as a rational maximizer implies that people respond to incentives-that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so. From this proposition derive the three fundamental principles of economics. The first is the inverse relation between price charged and quantity demanded (the Law of Demand). If the price of steak rises by 10 a pound, and if other prices remain unchanged, a steak will now cost the consumer more, relatively, than it did before. Being rational and self-interested, the consumer will react by investigating the possibility of substituting goods that he preferred less when steak was at its old price but that are more attractive now because they are cheaper relative to steak. Many consumers will continue to buy as much steak as before; for them, other goods are poor substitutes even at somewhat lower relative prices (or the costs of searching for substitutes may exceed the benefits). But some purchasers will reduce their purchases of steak and substitute other meats (or other foods, or different products altogether), with the result that the total quantity demanded by purchasers, and hence the amount produced, will decline". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 04.

Como esse exemplo mostra, o termo “eficiência”, quando usado para denotar essa alocação de recursos, na qual o valor é maximizado, tem limitações como critério ético de tomada de decisão social. O conceito de utilidade no sentido utilitário também tem graves limitações, e não apenas porque é extremamente difícil de medir quando a disposição a pagar é descartada como uma métrica. Primeiro, a maioria das pessoas não acredita e não há como provar que estão erradas – que maximizar a felicidade, ou contentamento, ou alegria, ou satisfação de preferência, ou o excesso de prazer sobre a dor, ou alguma outra versão da utilidade é ou deveria ser um objeto na vida. A felicidade é importante para a maioria das pessoas, mas não é tudo. Você estaria disposto a tomar uma pílula que o colocaria em um transe sonhador feliz para o resto de sua vida, mesmo se você estivesse absolutamente convencido da segurança e eficácia da pílula e do transe?³⁹⁴

Em segundo lugar, ao agregar a utilidade entre as pessoas, o utilitarismo trata as pessoas como células do organismo social global e não como indivíduos. Essa é a fonte de uma série de barbarismos bem conhecidos, aparentemente implícitos na ética utilitarista, como o sacrifício deliberado de inocentes para maximizar a quantidade total de felicidade na sociedade (ou no mundo, ou no universo). Defensores do utilitarismo buscam desviar tais críticas, apontando que a falta de confiança nas autoridades derrotaria qualquer esforço para capacitar o Estado a tentar maximizar a utilidade caso a caso. O único regime que seria a maximização da utilidade no mundo real seria uma forma de utilitarismo de regras (isto é, onde a teoria utilitária é aplicada no nível das regras, como a regra que exige prova de criminalidade além de uma dúvida razoável no nível de aplicação da regra) que limitava o poder do governo. Mas objeções práticas às implicações lógicas do utilitarismo parecem tachar os críticos como errados. Eles consideram a lógica em si repulsiva. Mesmo que todos os problemas de implementação sejam resolvidos, resultados como o sacrifício de inocentes em prol do bem maior e a indução de transe felizes por funcionários totalmente realizados e democraticamente responsivos são profundamente inquietantes³⁹⁵.

³⁹⁴ No original: “As this example shows, the term “efficiency,” when used as in this book to denote that allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decision making. The concept of utility in the utilitarian sense also has grave limitations, and not only because it is exceedingly difficult to measure when willingness to pay is jettisoned as a metric. First, most people don't believe- and there is no way to prove them wrong-that maximizing happiness, or contentment, or joy, or preference satisfaction, or the excess of pleasure over pain , or some other version of utility is or should be one's object in life. Happiness is important to most people, but it isn't everything. Would you be willing to take a pill that would put you into a blissfully happy dreamlike trance for the rest of your life, even if you were absolutely convinced of the safety and efficacy of the pill and the trance?” POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 11-12.

³⁹⁵ No original: “Second, by aggregating utility across persons, utilitarianism treats people as cells in the overall social organism rather than as individuals. This is the source of a number of well-known barbarisms seemingly

Terceiro, o utilitarismo não tem princípios limitantes. Animais sentem dor, como, é claro, os estrangeiros também o fazem, de modo que o utilitarismo colide com intuições poderosas no sentido de que nossas obrigações sociais são maiores para as pessoas de nossa própria sociedade do que para os de fora, e maiores para os seres humanos do que para os (outros) animais³⁹⁶.

Às vezes, um ato é criticado apenas porque os resultados de todos agindo de forma semelhante seriam ruins. O teste de generalização – O que aconteceria se todos fizessem o mesmo? – é frequentemente usado para levantar tais críticas. E é um princípio que justifica a crítica é do seguinte tipo: se as consequências de todo mundo fazer um certo tipo de coisa seriam indesejáveis, então, seria errado alguém fazer uma coisa dessas³⁹⁷.

Esse princípio é claramente teleológico (utilitarista), pois, ao apelar a ele, ao determinar se os atos estão errados, considera-se apenas efeitos desejáveis e indesejáveis – sua utilidade. É também um princípio de generalização: as consequências de uma prática geral (todos fazendo o mesmo) são consideradas; um determinado ato é avaliado como um ato desse tipo; e assim o veredito se aplica a todos esses atos. Tal princípio pode, portanto, ser chamado de uma forma de generalização utilitarista³⁹⁸.

Considerações utilitaristas simples são aquelas que dizem respeito a todos os efeitos do ato particular em questão (ou os efeitos desse ato em comparação com os efeitos dos atos alternativos). Se o moralizador tivesse recorrido a tais considerações, ele teria perguntado: "O

implied by utilitarian ethics, such as the deliberate sacrifice of innocents to maximize the total amount of happiness in the society (or the world, or the universe). Defenders of utilitarianism seek to deflect such criticisms by pointing out that lack of trust in officials would defeat any effort to empower the state to attempt to maximize utility on a case-by-case basis. The only regime that would be utility maximizing in the real world would be a form of rule utilitarianism (that is, where the utilitarian criterion is applied at the level of rules, such as the rule requiring proof of criminality beyond a reasonable doubt, rather than at the level of application of the rule) that limited the power of government. But practical objections to the logical implications of utilitarianism strike critics as missing the point. They regard the logic itself as repulsive. Even if all the problems of implementation are assumed away, such results as the inducement of blissful trances by utterly benign, democratically responsive officials and the sacrifice of innocents for the sake of the greater good are deeply disquieting". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 12.

³⁹⁶ No original: "Third, utilitarianism has no boundary principles. Animals feel pain, as of course foreigners do as well, so that utilitarianism collides with powerful intuitions that our social obligations are greater to the people of our own society than to outsiders and greater to human beings than to (other) animals". POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova York: Aspen Publishers, 2011, p. 12.

³⁹⁷ No original: "Sometimes an act is criticized just because the results of everyone's acting similarly would be bad. The generalization test, 'What would happen if everyone did the same?' is often used in raising such criticisms; and a principle warranting the criticism is of the following kind: if the consequences of everyone's doing a certain sort of thing would be undesirable, then it would be wrong for anyone to do such a thing". LYONS, David. **Forms and Limits of Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 27.

³⁹⁸ No original: "This principle is clearly teleological (utilitarian) since in appealing to it, in determining whether acts are wrong, we consider only desirable and undesirable effects – their utility. It is also a generalization principle: the consequences of a general practice (everyone's doing the same) are considered; a particular act is assessed as an act of that kind; and thus the verdict applies to all such acts. Such a principle may therefore be called a form of *utilitarian generalization*". LYONS, David. **Forms and Limits of Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 27-28.

que acontecerá se esse ato for realizado?" e não "O que aconteceria se todos fizessem o mesmo?"³⁹⁹.

Em contraste, as considerações utilitaristas gerais dizem respeito aos efeitos totais que poderiam ser produzidos se todos os atos similares àquele em questão, que poderiam ser realizados, fossem realmente realizados. Ou seja, ao aplicar uma forma de generalização utilitarista, descreve-se o ato particular de alguma forma, marcando assim uma classe de atos, que poderiam ser realizados, semelhantes aos aspectos especificados. Não se assume que os outros farão o mesmo. Está-se apenas supondo que o tipo de ato especificado é geralmente praticado e avaliando os efeitos dessa prática hipotética⁴⁰⁰.

Segundo Michael Sandel:

Uma maneira de pensar sobre a coisa certa a fazer, talvez a maneira mais natural e familiar, é perguntar o que produzirá a maior felicidade para o maior número de pessoas. Esse modo de pensar sobre a moralidade encontra sua afirmação mais clara na filosofia de Jeremy Bentham (1748-1832). Em sua *Introdução aos princípios de moral e legislação* (1789), Bentham argumenta que o princípio da utilidade deve ser a base da moralidade e da lei⁴⁰¹.

É importante analisar um exemplo da doutrina utilitarista sobre o bonde desgovernado explicado por Sandel:

Suponha que você seja o motorista de um bonde desgovernado avançando sobre os trilhos a quase 100 quilômetros por hora. Adiante, você vê cinco operários em pé nos trilhos, com as ferramentas nas mãos. Você tenta parar, mas não consegue. Os freios não funcionam. Você se desespera porque sabe que, se atropelar esses cinco operários, todos eles morrerão. (Suponhamos que você tenha certeza disso.) De repente, você nota um desvio para a direita. Há um operário naqueles trilhos também, mas apenas um. Você percebe que pode desviar o bonde, matando esse único trabalhador e poupando os outros cinco. O que você deveria fazer? Muitas pessoas diriam: "Vire! Se é uma tragédia matar um inocente, é ainda pior matar

³⁹⁹ No original: "Simple utilitarian considerations are those that concern all the effects of the particular act in question (or the effects of that act as compared with those of the alternative acts). If the moralizer had appealed to such considerations he would have asked, 'What will happen if this act is performed?' and not 'What would happen if everyone did the same?'" LYONS, David. **Forms and Limits of Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 28.

⁴⁰⁰ No original: "In contrast, general utilitarian considerations concern the total effects that could be produced if all acts similar to the one in question, which could be performed, actually were performed. That is, in applying a form of utilitarian generalization, we describe the particular act in some way, thus marking off a class of acts, which could be performed, that are similar in the respects specified. We do not assume that others will do the same. We are only to suppose that the kind of act specified is generally practiced and to evaluate the effects of this hypothesized practice". LYONS, David. **Forms and Limits of Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 29.

⁴⁰¹ No original: "One way of thinking about the right thing to do, perhaps the most natural and familiar way, is to ask what will produce the greatest happiness for the greatest number of people. This way of thinking about morality finds its clearest statement in the philosophy of Jeremy Bentham (1748-1832). In his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Bentham argues that the principle of utility should be the basis of morality and law [...]" SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 09.

cinco.” Sacrificar uma só vida a fim de salvar cinco certamente parece ser a coisa certa a fazer⁴⁰².

⁴⁰² Mais sobre: Agora considere outra versão da história do bonde. Desta vez, você não é o motorista, e sim um espectador, de pé numa ponte acima dos trilhos. (Desta vez, não há desvio.) O bonde avança pelos trilhos, onde estão cinco operários. Mais uma vez, os freios não funcionam. O bonde está prestes a atropelar os operários. Você se sente impotente para evitar o desastre – até que nota, perto de você, na ponte, um homem corpulento. Você poderia empurrá-lo sobre os trilhos, no caminho do bonde que se aproxima. Ele morreria, mas os cinco operários seriam poupados (você pensa na hipótese de pular sobre os trilhos, mas se dá conta de que é muito leve para parar o bonde). Empurrar o homem pesado sobre os trilhos seria a coisa certa a fazer? Muitas pessoas diriam: “É claro que não. Seria terrivelmente errado empurrar o homem sobre os trilhos.” Empurrar alguém de uma ponte para uma morte certa realmente parece ser uma coisa terrível, mesmo que isso salvasse a vida de cinco inocentes. Entretanto, cria-se agora um quebra-cabeça moral: por que o princípio que parece certo no primeiro caso – sacrificar uma vida para salvar cinco – parece errado no segundo? Na hipótese de, como sugere nossa reação ao primeiro caso, os números serem levados em conta – se é melhor salvar cinco vidas do que uma –, por que, então, não devemos aplicar esse mesmo princípio ao segundo caso e empurrar o homem gordo? Realmente, parece cruel empurrar um homem para a morte, mesmo por uma boa causa. Mas é menos cruel matar um homem atropelando-o com um bonde? Talvez a razão pela qual seja errado empurrar é que fazendo isso estaríamos usando o homem na ponte contra sua vontade. Ele não escolheu estar envolvido, afinal. Estava apenas ali, de pé. O mesmo, no entanto, poderia ser dito sobre o homem que está trabalhando no desvio do trilho. Ele também não escolheu se envolver. Estava apenas fazendo seu trabalho, e não se oferecendo para sacrificar a vida num acidente com um bonde desgovernado. O fato de que operários de ferrovias se expõem voluntariamente ao risco de morte, ao contrário dos espectadores, poderia ser usado como argumento. Mas vamos supor que estar disposto a morrer em uma emergência para salvar a vida de outras pessoas não faça parte das atribuições dessa função, e que o trabalhador não esteja mais propenso a oferecer a própria vida do que o espectador na ponte. Talvez a diferença moral não resida no efeito sobre as vítimas – ambas terminariam mortas –, e sim na intenção da pessoa que toma a decisão. Como motorista do bonde, você pode defender sua escolha de desviar o veículo alegando que não tinha a intenção de matar o operário no desvio, apesar de isso ser previsível. Seu objetivo ainda teria sido atingido se, por um enorme golpe de sorte, os cinco trabalhadores fossem poupados e o sexto também conseguisse sobreviver. Entretanto, o mesmo é verdadeiro no caso do empurrão. A morte do homem que você empurrou da ponte não é essencial para seu propósito. Tudo que ele precisa fazer é parar o bonde; se ele de alguma forma conseguir fazer isso e sobreviver, você ficará maravilhado. Ou talvez, pensando bem, os dois casos devessem ser governados pelo mesmo princípio. Ambos envolvem a escolha deliberada de tirar a vida de uma pessoa inocente a fim de evitar uma perda ainda maior de vidas. Talvez sua relutância em empurrar o homem da ponte seja meramente um escrúpulo, uma hesitação que você precise superar. Empurrar um homem para a morte com as próprias mãos realmente parece mais cruel do que girar o volante de um bonde. Mas fazer a coisa certa nem sempre é fácil. Podemos testar essa ideia ao mudarmos um pouco a história. Suponha que você, como espectador, pudesse provocar a queda do homem gordo nos trilhos sem empurrá-lo; imagine que ele esteja de pé sobre um alçapão que você pode abrir ao girar uma manivela. Sem empurrar, você teria o mesmo resultado. Isso transformaria sua ação na coisa certa a fazer? Ou ainda seria moralmente pior do que se você, no lugar do motorista, tivesse desviado para o outro trilho? Não é fácil explicar a diferença moral entre esses casos – por que desviar o bonde parece certo mas empurrar o homem da ponte parece errado. Entretanto, note a pressão que sentimos para chegar a uma distinção convincente entre eles – e se não pudermos, para reconsiderar nosso julgamento sobre a coisa a fazer em cada caso. Às vezes pensamos no raciocínio moral como uma forma de persuadir os outros. Mas é também uma forma de resolver nossas convicções morais, de descobrir aquilo em que acreditamos e por quê. Alguns dilemas morais têm origem em princípios morais conflitantes. Por exemplo, um princípio que vem à tona na história do bonde diz que devemos salvar o máximo de vidas possível, mas outro diz que é errado matar um inocente, mesmo que seja por uma boa causa. Expostos a uma situação na qual salvar um número maior de vidas implica matar uma pessoa inocente, enfrentamos um dilema moral. Devemos tentar descobrir qual princípio tem maior peso ou é mais adequado às circunstâncias. Outros dilemas morais surgem porque não temos certeza sobre como os eventos se desdobrarão. Exemplos fictícios como a história do bonde eliminam a incerteza que paira sobre as escolhas que enfrentamos na vida real. Eles presumem que sabemos exatamente quantas pessoas morrerão se não desviarmos – ou não empurrarmos alguém. Isso faz com que tais histórias sejam guias imperfeitos para a ação. Mas faz também com que sejam recursos úteis para a análise moral. Se abstrairmos as contingências – “E se os operários percebessem o bonde e pulassem para o lado a tempo?” –, exemplos hipotéticos nos ajudam a colocar os princípios morais em questão para examinar sua força. (SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015).

A doutrina do Supremo Tribunal Federal, por muito tempo, fundamenta seus julgados, em matéria previdenciária, com base na doutrina utilitarista, no sentido de promoção da maior satisfação para o maior número de pessoas. Assim, os direitos da minoria são desprezados em detrimento da maximização da satisfação do interesse coletivo⁴⁰³.

De acordo com a teoria ética utilitarista, a decisão correta é, essencialmente, um problema de administração eficiente. Não considerando seriamente a pluralidade de sujeitos, o utilitarismo submete os direitos garantidos pela justiça ao cálculo dos interesses sociais⁴⁰⁴.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3104, adota esse posicionamento. Os julgadores do Supremo Tribunal Federal fundamentam suas decisões no apelo economista encontrado no princípio do equilíbrio atuarial com a sustentabilidade orçamentária da Previdência Social e com a maximização da eficiência econômica da Seguridade Social. Mas a salvaguarda de tais objetivos somente é observada naquilo que demande a restrição – ou não extensão – de direitos de proteção social ou a elevação das contribuições sociais para a seguridade social exigidas dos beneficiários. É como se de fato existisse um fundo solidário intergeracional ou um planejamento ou idealização de equilíbrio atuarial⁴⁰⁵.

Importante analisar os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 415.454/SC. Tal julgamento versava sobre tese sustentada por milhares de pensionistas que buscavam revisão de seu benefício com apoio no princípio constitucional da isonomia e na adequação em se aplicar a nova lei mais benéfica (Lei 9.032, de 28.04.1995) aos benefícios concedidos anteriormente à sua edição. A tese da autarquia recorrente era no sentido de que, por força do princípio *tempus regit actum*, os critérios de cálculo da renda mensal de um benefício devem observar a legislação vigente ao tempo de sua concessão. A não observância de tal princípio ofenderia a regra da irretroatividade da lei e o princípio da proteção do ato jurídico perfeito. Encerraria ainda admissão da “majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total”, o que seria vedado não só para o legislador, mas também ao aplicador da lei ao caso concreto (CF, art. 195, §5º)⁴⁰⁶.

⁴⁰³ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 16.

⁴⁰⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2 ed. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-46.

⁴⁰⁵ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 140.

⁴⁰⁶ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 140-141.

Percebe-se isso das razões que levaram o Ministro Gilmar Mendes a submeter ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o exame do RE 415.454/SC, tendo em vista a adoção do elemento consequencialista a sugerir uma subordinação dos direitos previdenciários de subsistência aos – novos – objetivos econômicos da política pública previdenciária⁴⁰⁷:

Quanto ao mérito, nos termos do § 3º do art. 21 do RI/STF, submeto à apreciação deste Plenário matéria de considerável relevância, tanto em razão da repercussão econômica do caso como no que concerne à possibilidade do reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes da própria política de regularização atuarial da Previdência Social em nosso país (RE 415.454/SC, p. 1.041)⁴⁰⁸.

Com efeito, os votos inspiraram-se na escolha orientada às consequências de preservação do sistema previdenciário com custos menores em detrimento do reconhecimento de direitos, quando individualmente considerados. Além da inclinação a conferir primazia aos efeitos econômicos de suas decisões – com vistas à maximização dos recursos do sistema previdenciário –, percebe-se a existência de traços utilitaristas na doutrina do Supremo Tribunal Federal. A doutrina do Supremo revela-se preocupada com o equilíbrio financeiro e atuarial – entenda-se, eficiência econômica – da seguridade social. Os julgadores decidem no sentido de maximizar a satisfação do interesse comunitário de preservação do sistema previdenciário, mas que, na verdade, implica a restrição ou o sacrifício de direito fundamental⁴⁰⁹.

Nesse diapasão, revela-se pertinente analisar os ensinamentos de Luiz Fernando Coelho:

[...] o Direito não é racional: é emocional, intuitivo, prático. A racionalidade do Direito é um dos mitos mais frágeis. Nem o Direito é racional e nem as decisões judiciais o são, a forma ou aparência de racionalidade é somente um meio de legitimar o Direito e as decisões jurídicas⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 142.

⁴⁰⁸ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 142.

⁴⁰⁹ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 152.

⁴¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Ideologia e Direito. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, p. 67-75, jan. 1985. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16649/15221>. Acesso em: 01 set. 2019.

Nesse sentido, o Direito, de acordo com os realistas, não é lógica, é experiência. Para o realismo jurídico,⁴¹¹ seria impossível falar em aplicação da lei de forma imparcial, porque existe um elemento subconsciente, de que fala Benjamim N. Cardoso⁴¹², presente no momento da decisão, o que faz com que a ideia de imparcialidade do julgador se constitua como uma falácia. Outrossim, há quem advirta que as próprias leis são, elas mesmas, revestidas de preferências e escolhas prévias, somente sendo possível falar em prudência ou ponderação a partir do que já fora previamente escolhido, direcionado e estigmatizado, ou seja, a partir da lei⁴¹³.

Nesse contexto, Bentham oferece ao seu legislador tanto um objetivo quanto uma montanha de conselhos para alcançar esse objetivo. O objetivo é o princípio utilitarista, ou princípio da máxima felicidade. O trabalho do legislador é utilizar o seu conhecimento de natureza humana para criar leis que maximizem a felicidade do seu povo. (Bentham frequentemente usa o termo técnico “utilidade”. Esta palavra pode significar coisas diferentes em inglês. A sua conotação é aproximadamente equivalente a “instrumental para a felicidade”⁴¹⁴).

Lorena de Melo Freitas, quanto à imparcialidade do ato de julgar, discorrendo sobre a influência das ideologias na decisão, afirma que as motivações sentenciárias podem variar conforme a classe, formação, idade e ideologia do juiz, e, por consequência, resta duvidosa a ideia de justiça como função neutra e equidistante dos interesses dos jurisdicionados⁴¹⁵.

Oportuno trazer à presente pesquisa estudos acerca do realismo jurídico norte-americano, que teve como principais representantes John Chipmann Gray, Karl N. Llewellyn

⁴¹¹ O realismo jurídico foi um movimento iniciado nos Estados Unidos, no primeiro quadrante do Século XX, tendo por característica principal o ceticismo com relação ao Direito. Esse movimento passou a afirmar, em síntese, que o juiz decide os casos práticos insuflado por uma gama de fatores, servindo a lei apenas para justificar o que fora decidido (FURTADO, Roosevelt Delano Guedes. A influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal referente ao direito social previdenciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3941, 16 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27736>. Acesso em: 1 set. 2019).

⁴¹² Benjamim N. Cardoso fora um dos expoentes do movimento denominado realismo jurídico norte-americano. Em uma de suas principais obras sobre a natureza do processo judicial, ele diz que a decisão judicial é composta de uma série de elementos, e que o julgador não está dissociado de elementos subconscientes que influenciam no momento da decisão (FURTADO, Roosevelt Delano Guedes. A influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal referente ao direito social previdenciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3941, 16 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27736>. Acesso em: 1 set. 2019).

⁴¹³ FURTADO, Roosevelt Delano Guedes. A influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal referente ao direito social previdenciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3941, 16 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27736>. Acesso em: 1 set. 2019.

⁴¹⁴ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁴¹⁵ FREITAS, Lorena de Melo. **Além da Toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009, p. 88.

e Jerome Frank⁴¹⁶. John Chipmann Gray, ao lado de Oliver Wendell Holmes, distinguiu o direito efetivo das fontes do Direito. Assim:

O direito efetivo constituiu-se de normas aplicadas pelos tribunais, e as fontes jurídicas são os fatores ou materiais que inspiravam juízes ou tribunais no estabelecimento das normas efetivas de sua sentença, que constituíam o direito real. Tais fatores eram as leis, os precedentes judiciais, doutrina, costume, e princípios éticos. O juiz deverá, portanto, recorrer aos princípios morais da doutrina e dos costumes, inspirando-se nos precedentes. A norma só é jurídica após sua interpretação e aplicação pelo magistrado, depois de incorporada à sentença. O legislador só emite palavras que apenas entram em ação efetiva mediante as sentenças judiciais. O direito passa a existir somente após a decisão judicial, definindo-se como um conjunto de normas estabelecidas pelos órgãos judiciais de um certo grupo social, para determinação dos direitos subjetivos e deveres jurídicos. Logo, todo direito efetivo é direito elaborado pelo Poder Judiciário⁴¹⁷.

O realismo jurídico ensinava que os juristas deveriam estudar a lei da forma como ela funciona na prática, fazendo uso das ciências sociais, e a economia era uma das ciências sociais a que os acadêmicos se dedicavam. Também tem sido sugerido que os defensores da análise econômica abracem a tradição realista, aceitando implicitamente a natureza politicamente maleável e instrumental do Direito. No entanto, há outros que consideram a análise econômica como "uma tentativa de superar, ou pelo menos sobreviver, à complexidade que nos é imposta pelos realistas". Para esse grupo, a reestruturação contemporânea da jurisprudência formal se dá após a incursão do realismo jurídico. Na jurisprudência americana moderna, parece que a lei e a economia representam simultaneamente o realismo preenchido e o realismo frustrado⁴¹⁸.

Talvez pareça contraditório sugerir que o realismo exerceu poderosa influência sobre a direção da jurisprudência moderna, ao mesmo tempo em que foi negligenciado e suprimido. Mas não há contradição, pois, em diferentes campos da jurisprudência, o realismo tem sido tratado de maneira diferente. Em uma área da moderna jurisprudência americana, em estudos jurídicos críticos, o realismo tem sido tratado de maneira bastante positiva, como o início da chamada 'revolta' contra o formalismo legal. Em outras áreas, o realismo mostrou-se influente

⁴¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91

⁴¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

⁴¹⁸ No original: "In the law schools, Edmund Kitch has observed, law and economics evolved out of the agenda of legal realism. Legal realism taught that legal scholars should study the law as it works in practice by making use of the social sciences, and economics was one of the social sciences to which academic lawyers turned.' It has also been suggested that proponents of economic analysis embrace the realist tradition by accepting implicitly the politically-malleable and instrumental nature of law. Yet there are others who regard economic analysis as 'an attempt to get over, or at least to get by, the complexity thrust upon us by the Realists'—who perceive it to be 'the contemporary restructuring of formal jurisprudence after the incursion of legal realism'. In modern American jurisprudence, it appears, law and economics simultaneously represents realism fulfilled and realism thwarted". DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 301-302.

precisamente porque é percebido como o principal problema a ser superado. Os teóricos jurídicos tenderam, de forma mais geral, a ver o realismo como um terreno árido, repleto de vários argumentos e afirmações clichês e amplamente desacreditados. A lei é o que os juízes fazem, e os juízes são apenas humanos, estímulos e intuições, não regras. Eles formam a base da tomada de decisões judiciais, e esses e outros adágios representam uma percepção comum do realismo jurídico. Tal realismo se caracteriza como a jurisprudência da incerteza e da arbitrariedade jurídica. Até certo ponto, essa perspectiva pode ser encontrada na literatura do realismo jurídico. Mas isso não é tudo o que há para ser encontrado. Há muito mais além, e é importante tentar escavar aquilo que a caricatura do realismo deixa enterrado. Não que não haja razão para levar a caricatura a sério. Hostilidade em relação à visão de que as regras legais desempenham um papel limitado, às vezes desprezível, no processo de decisão judicial⁴¹⁹.

Existem, até hoje, advogados que afirmam ser "realistas legais". Eles são, no entanto, um grupo muito raro. A visão comum é que o realismo é algo que os advogados modernos superaram depois de terem assimilado suas mensagens primárias. Mas quais foram essas mensagens? O fato é que o "realismo" era um conjunto complexo de mensagens, algumas das quais pareciam fracas quando colocadas em um contexto institucional. Os realistas jurídicos fizeram muito barulho em trazer as ciências sociais para as faculdades de Direito. Mas eles decepcionaram pouco com essas ciências, uma vez que os levaram para lá. Realistas legais se uniram contra o arcabouço pedagógico de *Langdell*. Mas eles não conseguiram criar uma estrutura alternativa convincente. Ao chamar a atenção para o sistema de *stare decisis*, os realistas legais abriram caminho para o crescimento da legislação. Mas eles mostraram-se bastante prudentes quando a "orgia da criação de estatutos" foi posta em movimento. Alguns realistas legais foram atraídos para a política do *New Deal*, mas a sobreposição entre jurisprudência e política acabou por ser em grande parte adventícia. Tal catálogo de

⁴¹⁹ No original: "Perhaps it seems contradictory to suggest that realism has exerted a powerful influence over the direction of modern jurisprudence while simultaneously being neglected and suppressed. But there is no contradiction, for in different fields of jurisprudence realism has been treated differently. In one area of modern American jurisprudence, critical legal studies, realism has for the most part been treated in a fairly positive fashion, as the beginning of the so-called 'revolt' against legal formalism. In other areas, realism has proved influential precisely because it is perceived as the primary problem to be surmounted. Legal theorists have tended more generally to view realism as a rather barren wasteland, littered by various clichéd and largely discredited arguments and assertions. The law is what judges do, judges are only human, stimuli and hunches, not rules, form the basis of judicial decision-making – these and similar adages represent a common perception of legal realism: realism, that is, as the jurisprudence of legal incertitude and arbitrariness. To a certain degree, this outlook can be found in the literature of legal realism. But that is not all that there is to be found. There is much more besides, and it is important to try to excavate that which the caricature of realism leaves buried. Not that there is no reason to take the caricature seriously. Hostility towards the view that legal rules play a limited, sometimes negligible role in the process of judicial decision". DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 65.

oportunidades perdidas sugere que os realistas legais geralmente perdem a coragem quando confrontados com as implicações de suas próprias construções jurisprudenciais⁴²⁰.

O realismo evoluiu como uma ampla crítica dos pressupostos formalistas na base da doutrina e do ensino do direito privado do final do século XIX e do início do século XX. Além dessa crítica, no entanto, restava apenas uma ausência marcante de visão. Em vez de emergir como a jurisprudência do *New Deal*, o realismo foi superado por desenvolvimentos políticos e legais, e, quando vários realistas deixaram suas faculdades para se dirigirem a Washington, não o fizeram por desejo de colocar a jurisprudência experimental em prática, mas em busca de promissoras perspectivas de carreira. O desenvolvimento do direito administrativo como disciplina acadêmica, além disso, permaneceu principalmente nas mãos da Faculdade de Direito de Harvard, onde o estudo das atividades dos órgãos legislativos e administrativos, bem como dos tribunais, foi gradualmente ampliado para cobrir todo o processo legal. Com o entrincheiramento do estado regulador, o realismo admitiu a derrota, no entanto, causou um impacto bastante profundo na cultura jurisprudencial americana. Mesmo no final da década de 1930, a crítica do formalismo legal continuou, em certos setores, a tocar alguns nervos particularmente sensíveis. De fato, existia um sentimento de que o realismo, especialmente em sua aparência *anti-Langdelliana*, havia violado um senso básico de integridade legal que precisava ser restaurado. As grandes revoltas políticas internas e externas convenceram muitos advogados americanos de que os sistemas jurídicos deveriam promover a justiça não *ad hoc*, mas os valores políticos e os princípios morais fundamentados em um genuíno consenso social. Aos olhos de certos detratores, o ceticismo realista parecia negar a possibilidade de tal consenso. À medida que o realismo jurídico lentamente desaparecia de vista, os advogados acadêmicos americanos começaram a perceber que havia uma boa quantidade de reconstrução jurisprudencial a ser feita⁴²¹.

⁴²⁰ No original: “There are, to this day, lawyers here and there who claim to be ‘legal realists’. 460 They are, however, a very rare breed. The common view is that realism is something which modern lawyers outgrew once they had assimilated its primary messages. 461 But what were those messages? The fact is that ‘realism’ was a complex array of messages, some of which seemed rather feeble once placed in an institutional context. Legal realists made a good deal of fuss about bringing social sciences to the law schools. But they did disappointingly little with such sciences once they had got them there. Legal realists rallied against the Langdellian pedagogic framework. But they failed to devise a convincing alternative framework of their own. By shining a harsh spotlight on the system of *stare decisis*, legal realists cleared the way for the growth of legislation. But they proved themselves rather prudish once the ‘orgy of statute making’ was set in motion. 462 Some legal realists were drawn to New Deal politics. But the overlap between jurisprudence and politics turned out to be largely adventitious. Such a catalogue of missed opportunities rather suggests that legal realists generally lost their nerve when faced with the implications of their own jurisprudential constructions”. DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 157.

⁴²¹ No original: “Realism evolved as a broad critique of the formalist assumptions at the basis of late nineteenth and early twentieth-century private law doctrine and teaching. Beyond this critique, however, there remained little but a marked absence of vision. Rather than emerge as the jurisprudence of the New Deal, realism was

No entanto, argumentos que enfatizam a intimidade entre direito e economia e estudos jurídicos críticos tendem a ser marcados por profunda ambivalência. Essa ambivalência decorre do fato de que a suposta intimidade entre as duas tendências teóricas é explicada em termos de sua conexão comum com a tradição legal realista e sua reação a ela. Apesar de estarem unidos pelo "elo intelectual" do realismo legal, um teórico legal crítico afirmou: "direito e economia e estudos jurídicos críticos oferecem uma abordagem teórica que vai além da abordagem dos realistas jurídicos no estabelecimento de uma crítica e análise sistemática ou totalista da estrutura da lei americana. Os praticantes de cada movimento defendem um novo realismo que leve em conta o profundo conflito e a tensão existente em um mundo composto de diferenças políticas e econômicas agudas. Embora isso possa passar como uma descrição altamente generalizada de estudos jurídicos críticos, é uma descrição notavelmente não familiar de Direito e Economia. Como se verá no devido tempo, uma crítica comum à forma mais prevalente de análise econômica nos Estados Unidos – uma crítica que aparece proeminentemente na literatura jurídica crítica – é que tal análise é marcadamente irreal porque não leva em conta adequadamente as distribuições existentes de riqueza. Contudo, mesmo aceitando totalmente essa crítica, um dos teóricos jurídicos críticos americanos mais articulados economicamente insiste que o Direito e a Economia e os estudos jurídicos críticos compartilham uma visão comum, realista e inspirada. Defende, ainda, que, juntos, eles constituem uma tentativa de responder a uma crise acadêmica jurídica interna, a dificuldade de justificar a separação da lei e da política que assolou os acadêmicos jurídicos pós-realistas que aprenderam que as regras jurídicas não são mais do que decisões orientadas para a política⁴²².

outstripped by political and legal developments, and when various realists left their faculties to head for Washington they did so not out of a desire to put experimental jurisprudence into practice, but in search of promising career prospects. The development of administrative law as an academic subject, furthermore, remained principally in the hands of the Harvard Law School, where the study of the activities of legislatures and administrative agencies as well as of courts was gradually broadened to cover the entire legal process (see Chapter 4). With the entrenchment of the regulatory state, realism had conceded defeat. Realism had made a fairly profound impact, nevertheless, on American jurisprudential culture. Even in the late 1930s, the critique of legal formalism continued in certain quarters to touch some particularly sensitive nerves. Indeed, there existed a feeling that realism, especially in its anti-Langdellian guise, had violated a basic sense of legal integrity which needed to be restored. Massive political upheavals both at home and abroad had convinced many American lawyers that legal systems ought to promote not ad hoc justice, but political values and moral principles founded on genuine social consensus. In the eyes of certain detractors, realist scepticism seemed to deny the possibility of such consensus. 464 As legal realism slowly faded from view, American academic lawyers began to acquire a sense that there was a good deal of jurisprudential rebuilding to be done". DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 158.

⁴²² No original: "Yet arguments stressing intimacy between law and economics and critical legal studies tend to be marked by profound ambivalence. This ambivalence stems from the fact that the supposed intimacy between the two theoretical tendencies is explained in terms of their common connection with, and reaction to, the realist legal tradition. Although they are joined by the 'intellectual bond' of legal realism, one critical legal theorist has claimed, law and economics and critical legal studies offer a theoretical approach that goes beyond the approach

Portanto, os realistas norte-americanos demonstraram que a sentença trata-se de um ato mental, uma espécie de intuição intelectual que abrange a decisão, os fatos relevantes e juridicamente qualificados e a norma pertinente⁴²³.

Ainda, sobre a doutrina utilitarista, John Stuart Mill explica que o argumento de Jeremy Bentham não depende de qualquer noção de direito abstrato, somente no princípio do maior bem para o maior número de pessoas⁴²⁴.

A visão utilitarista, seguindo John Stuart Mill, defende princípios liberais em nome da maximização do bem-estar geral. O Estado não deve impor aos seus cidadãos um modo de vida preferido, mesmo para seu próprio bem, porque isso reduzirá a soma da felicidade humana, pelo menos a longo prazo. É melhor que as pessoas escolham por si mesmas, mesmo que, às vezes, entendam errado⁴²⁶.

Ainda discorre Michael Sandel:

A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, dor e prazer. Cabe somente a eles indicar o que devemos fazer, bem como determinar o que faremos. Por um lado, o padrão do certo e do errado, por outro lado, a cadeia de causas e efeitos, estão presos ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos: todos os esforços que podemos fazer para afastar nossa sujeição, servirão apenas para demonstrar e confirmá-la. Em palavras um homem pode fingir abjurar seu império: mas na

of the legal realists in establishing a systematic or totalistic critique and analysis of the structure of American law. Practitioners of each movement argue for a new realism that takes into account the deep conflict and tension existing in a world comprised of sharp political and economic differences. While this may pass as a highly-generalized description of critical legal studies, it is a remarkably unfamiliar depiction of law and economics. As we shall see in due course, a common criticism of the most prevalent form of economic analysis in the United States – a criticism which features prominently in the critical legal literature – is that such analysis is markedly unrealistic because it fails adequately to take into account existing distributions of wealth. Yet even one of the most economically articulate American critical legal theorists, while fully accepting this criticism, insists that law and economics and critical legal studies share a common, realist-inspired vision, that together they constitute an attempt to respond to an ongoing internal legal academic crisis, the difficulty of justifying the separation of law and politics that has beset post-Realist legal academics who have been taught that legal rules are nothing but policy-oriented decisions”. DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 304-305.

⁴²³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

⁴²⁴ SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 330.

⁴²⁵ Ver mais em: O utilitarismo surge na Inglaterra com Jeremy Bentham (1748-1832), e, posteriormente, ganha novos contornos com John Stuart Mill: [...] no sentido estrito e corrente do termo, o utilitarismo é a doutrina elaborada por Jeremy Bentham, e aperfeiçoada por John Stuart Mill, o mais célebre filósofo inglês do século XIX. Nas origens da doutrina, segundo as palavras do próprio Bentham, encontramos por um lado o materialismo francês das Luzes – e principalmente a filosofia de Helvétios, que pensa ter descoberto no interesse, ou melhor, no interesse bem compreendido [...] o único critério racional concebível da moral e da justiça reside na maior felicidade da maioria. (CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. **História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. Porto Alegre: Unisinos, 2006, p. 495).

⁴²⁶ No original: “The utilitarian view, following John Stuart Mill, defends liberal principles in the name of maximizing the general welfare. The state should not impose on its citizens a preferred way of life, even for their own good, because doing so will reduce the sum of human happiness, at least in the long run. It is better that people choose for themselves, even if, on occasion, they get it wrong”. SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 330.

realidade permanecerá sujeito a ele todo o tempo. O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e assume-a como fundamento desse sistema, cujo objeto é erguer o tecido da felicidade pelas mãos da razão e da lei⁴²⁷.

Pelo princípio da utilidade, entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, de acordo com a tendência que parece ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão⁴²⁸.

O credo que aceita como fundamento da moral, a Utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, sustenta que as ações são corretas na proporção em que tendem a promover a felicidade, erradas porque tendem a produzir o reverso da felicidade. Pela felicidade se pretende o prazer e a ausência de dor; pela infelicidade, dor e privação de prazer. Para dar uma visão clara do padrão moral estabelecido pela teoria, muito mais precisa ser dito; em particular, o que isso inclui nas ideias de dor e prazer; e até que ponto isso é deixado em aberto. Mas essas explicações suplementares não afetam a teoria da vida na qual essa teoria da moralidade se baseia - a saber, que prazer e liberdade da dor são as únicas coisas desejáveis como fins; e que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosas no utilitarismo quanto em qualquer outro esquema) são desejáveis tanto pelo prazer inerente em si quanto como meio para a promoção do prazer e a prevenção da dor⁴²⁹.

Por utilidade, entende-se a propriedade em qualquer objeto sobre o qual ela tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade, ou para evitar o acontecimento de mágoa, dor, mal ou infelicidade à parte cujo interesse é considerado. Se a parte for a

⁴²⁷ No original: “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law”. SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 09-10.

⁴²⁸ No original: “By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question”. SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 10.

⁴²⁹ No original: “The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure. To give a clear view of the moral standard set up by the theory, much more requires to be said; in particular, what things it includes in the ideas of pain and pleasure; and to what extent this is left an open question. [...] But these supplementary explanations do not affect the theory of life on which this theory of morality is grounded—namely, that pleasure, and freedom from pain, are the only things desirable as ends; and that all desirable things (which are as numerous in the utilitarian as in any other scheme) are desirable either for the pleasure inherent in themselves, or as means to the promotion of pleasure and the prevention of pain”. MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Nova York: Heritage Illustrated Publishing, 2014.

comunidade em geral, então, a felicidade envolve a comunidade. Se diz respeito a um indivíduo particular, então, a felicidade é desse indivíduo⁴³⁰.

Com efeito, diante do caso concreto onde há conflito de leis trabalhistas no espaço, pergunta-se: qual a escolha o intérprete deve tomar? Qual é o resultado pretendido por ele com aquela escolha? Qual é o fim pretendido? O bem-estar dos trabalhadores, de um modo geral? A manutenção dos postos de trabalho? A pujança da economia? A maior liberdade de escolha possível ao trabalhador? Esses objetivos devem ser levados em conta pelo intérprete quando da tomada de decisão. Isso porque as consequências de sua decisão podem ser prejudiciais para o contrato de trabalho, bem como para a sociedade em geral.

Levando em consideração o fato de que os bens a serem maximizados são bem-estar dos trabalhadores, criação de postos de trabalho e pujança da economia, entende-se pela aplicação da norma mais favorável ao trabalho. Poder-se-ia aplicar a norma mais favorável ao trabalhador desde que viável economicamente e desde que não desestimize a criação de postos de trabalho.

A aplicação da norma ao caso concreto é insuficiente, razão pela qual deve-se levar em conta as consequências que a tomada de decisão trará ao mundo jurídico em questão (partes e sociedade, por exemplo). No caso da presente pesquisa, tem-se por objetivo maximizar o bem-estar de todos: dos trabalhadores, da empresa (pujança da economia) e da sociedade (manutenção e criação de postos de trabalho).

Diante do exposto, na ocorrência de um conflito de leis trabalhistas no espaço na relação jurídica de teletrabalho transnacional, a tomada de decisão do intérprete deve ser no sentido de promover um bem-estar coletivo, propiciando a felicidade para o maior número de pessoas possível. Nesse sentido, deve o magistrado, instado a resolver esse impasse, escolher a norma, dentre as incidentes, que mais benefícios, bem-estar e/ou felicidade trouxer à coletividade envolvida, seja aos trabalhadores, à empresa e à sociedade.

Portanto, o contexto da relação jurídica em análise deve ser levado em conta pelo intérprete na sua tomada de decisão. As consequências da sua escolha devem ser levadas em conta por ele ao decidir por um ou outro elemento de conexão. Sua escolha deve oportunizar a felicidade para o maior número possível de pessoas. O critério escolhido deve ser o utilitário

⁴³⁰ No original: “By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, or to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: is a particular individual, then the happiness of that individual”. SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 10.

de modo a efetivar a norma mais favorável ao trabalho e provocar o bem-estar à coletividade dos envolvidos na relação jurídica trabalhista de forma imediata ou mediata.

4.2.2 Bem comum x Justiça: a escolha do intérprete para a solução do conflito de leis trabalhistas no Teletrabalho Transnacional

Os estudiosos liberais e comunitaristas enfrentam o debate sobre a ética, o direito e a moral. Neste tópico, pretende-se discorrer acerca das ideias principais de alguns autores sobre as concepções de bem e de justiça, o que, basicamente, é o debate entre essas duas correntes filosóficas: comunitaristas e liberais. É relevante analisar esse debate na medida em que se discute o bem comum, tese defendida pelos utilitaristas e apresentada na presente pesquisa como uma doutrina capaz de solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço diante de um caso concreto de teletrabalho transnacional.

Os autores citados adiante estudam a teoria da justiça sob seus argumentos e julgamentos. Rainer Forst, por exemplo, trata de diferentes “contextos normativos”. Uma teoria da justiça deve, hoje, considerar esses contextos para esse autor. Forst aponta, no seu livro *Contextos da Justiça*, um argumento fundamental contra a teoria dos liberais apresentado por MacIntyre, por exemplo⁴³¹.

O autor refere que:

Segundo tal perspectiva, a pretensão de neutralidade de justificação não é uma posição moralmente defensável, mas antes o resultado de uma “catástrofe moral”, a saber, a tentativa do Iluminismo de justificar uma concepção moral livre das tradições históricas, das práticas éticas, e de uma visão teleológica da natureza humana – segundo MacIntyre, três elementos centrais de um conceito de virtude, sem os quais não pode haver uma concepção de justiça. Para MacIntyre ética e moral não podem ser diferenciadas. Assim, não é possível justificar normas universais independente de valores particulares⁴³².

Thadeu Weber as diferencia ao afirmar que as leis jurídicas são identificadas pela sua coercibilidade, ao passo que as leis éticas são identificadas pela sua motivação interna. Os valores éticos envolvem as concepções de bem e dizem respeito à individualidade; as regras jurídicas valem para determinada comunidade política. Já as normas morais são universais e valem para todos, independentemente das concepções de bem. As leis jurídicas e morais

⁴³¹ FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 67.

⁴³² FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 67.

precisam de justificação pública⁴³³.

Chaim Perelman propõe concepções de justiça, quais sejam, dar a cada um a mesma coisa; dar a cada um segundo seus méritos; dar a cada um segundo suas necessidades; dar a cada um o que a lei lhe atribui⁴³⁴. Segundo o autor, “seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”⁴³⁵.

Weber explica que essa concepção

[...] constitui o princípio do precedente. A questão que se impõe é a de saber se ela pode ser considerada a regra da justiça. Ao mostrar sua insuficiência, o autor indica claramente argumentos morais. Não se deve seguir a regra do precedente se as consequências de sua aplicação forem injustas. Mas toda mudança deve ser fundamentada, e por boas razões, ou seja, a não aplicação da regra do precedente requer uma boa justificação. Quaisquer leis não justificadas tornam-se arbitrarias. É sempre possível evitar uma injustiça por meio da modificação de uma regra. Ora, considerando que todas as regras se fundamentam em princípios, justificá-las significa indicar o princípio que lhes dê validade e legitimidade⁴³⁶.

Os princípios são fundamentados pelos valores que os constituem e que são justificados pelos argumentos que podem receber o acordo do “auditório universal”⁴³⁷. Com efeito, as regras reportam a princípios e estes a valores que, por sua vez, requerem a aprovação do auditório universal, constituído por “homens razoáveis e bem informados”⁴³⁸.

Weber afirma que “a distinção e a ligação entre regras e princípios confirmam ainda mais a relação entre questões morais e questões jurídicas. O princípio é um padrão que deve ser observado em vista da “exigência de justiça e equidade””⁴³⁹.

Segundo Ronald Dworkin: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁴⁴⁰.

Weber, explicando Dworkin, afirma:

O fundamental para Dworkin é que os princípios não são extralegais, como querem os positivistas. São parte do Direito, assim como as regras, e os juízes devem

⁴³³ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 12.

⁴³⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 09.

⁴³⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

⁴³⁶ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 12-13.

⁴³⁷ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 94.

⁴³⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 202.

⁴³⁹ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 15.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

considerá-los em suas decisões no referente às obrigações jurídicas. Nos casos difíceis, aplicar uma regra pode ter consequências injustas. Criar leis no caso de ausência delas é assumir a função de legislador *ex post facto*. O recurso a um princípio é a solução apontada, e estes têm conteúdo moral. Leis e contratos podem ser limitados, na sua execução, pelo direito costumeiro. Na ausência de regras, o juiz não está livre de “padrões jurídicos e morais”, que são parte do Direito⁴⁴¹.

Para ressaltar que os princípios têm força normativa, Ronald Dworkin, ao diferenciar política, princípios e regras, ensina:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. [...] dados os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁴⁴².

A ideia de que os princípios possuem força normativa de maior alcance que as regras, inclusive no âmbito internacional, pode ser exemplificada com um caso clássico: Em 1889, no famoso caso *Riggs VS. Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve de decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com aquele objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘é bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente, e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum, em quaisquer circunstâncias, serem limitados ou modificados, concedem esta propriedade ao assassino’. Mas o Tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu sua herança⁴⁴³.

Diferentemente de Dworkin, John Rawls vincula-se ao contratualismo moderno. Ao

⁴⁴¹ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 16.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

defender uma concepção política de justiça, visa tão somente à estrutura base da sociedade, isto é, suas principais instituições políticas e sociais. Admitindo o pluralismo razoável, o desafio é encontrar princípios de justiça que sejam objeto de um acordo das partes na “posição original”. Em outras palavras, considerando a diversidade de convicções éticas, filosóficas e religiosas, como chegar a um consenso em torno de uma concepção de justiça? Como compatibilizar princípios de justiça com distintas concepções do bem? Quais são os elementos constitucionais essenciais, sobre os quais um acordo se faz necessário?

Weber explica Rawls:

Sem entrar no mérito do procedimento mediante o qual os princípios de justiça são construídos, há que se entendê-los como políticos, isto é, como parte da moral. Significa dizer que há uma fundamentação moral do justo em Rawls, mas não ética. Doutrinas éticas abrangentes fazem parte de uma sociedade democrática, mas não podem ser usadas para justificar princípios de justiça⁴⁴⁴.

Os princípios de justiça não podem assegurar apenas as condições mínimas para o exercício dos direitos fundamentais, pois isto não garante a realização do princípio da dignidade da pessoa enquanto exercício da cidadania. Para dar conta dessa exigência, Rawls introduz a ideia dos “bens primários”⁴⁴⁵.

Portanto, as doutrinas éticas abrangentes que colidam com os princípios morais não podem ser levadas em conta para a concepção de justiça de Rawls, ou seja, somente aquelas doutrinas éticas que fornecem argumentos passíveis de justificação pública são compatíveis com os princípios de justiça⁴⁴⁶.

Objetiva-se, com a utilização dos princípios, a busca da justiça. Considerando os contextos da justiça de Forst, o debate entre leis éticas e leis jurídicas, a divergência de liberais e comunitaristas, pode-se estabelecer uma relação entre esses níveis que envolvem uma teoria da justiça.

Thadeu Weber explica as ideias de Rainer Forst:

O ponto de partida para clarear esse debate é a concepção de pessoa. [...] Forst fala em pessoa ética, pessoa do direito, pessoa política e pessoa moral. São quatro níveis de discussão: o ético, o jurídico, o político e o moral. O jurídico e o político de modo geral coincidem, uma vez que as leis jurídicas têm sua vigência em determinada comunidade política. Dos diferentes conceitos de pessoa resultam

⁴⁴⁴ WEBER, Thadeu. Justiça: Ética, Direito e Moral. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 16-17.

⁴⁴⁵ WEBER, Thadeu. Justiça: Ética, Direito e Moral. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 17.

⁴⁴⁶ WEBER, Thadeu. Justiça: Ética, Direito e Moral. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 18.

diferentes contextos de justiça. É claro que eles não são excludentes. Trata-se da mesma pessoa enquanto faz parte de uma comunidade ética, de uma comunidade jurídica, de uma comunidade política e da comunidade dos seres humanos (a comunidade moral). As regras jurídicas podem não coincidir com os valores éticos, pois estes não exigem uma justificação pública e podem não ser universalizáveis. Neste sentido pode-se falar em neutralidade ética do Direito. No entanto, os valores éticos precisam da proteção das leis jurídicas, na medida em que caracterizam a identidade das pessoas. O jurídico é, pois, a “capa protetora” do ético⁴⁴⁷.

Com relação à justificação de normas válidas universalmente, pressupõe-se uma vinculação dos dois argumentos de Nagel: o da reciprocidade e o da universalidade⁴⁴⁸. Com efeito, o que confere legitimidade às normas é a sua capacidade de serem justificadas universalmente.

Weber explica a diferença entre as leis jurídicas e as leis morais:

[...] O que distingue as leis jurídicas das normas morais é a sua diferente pretensão de validade: as leis jurídicas valem para determinada comunidade política; as normas morais para todos os seres humanos. As leis éticas não têm a mesma pretensão das leis morais. São diferentes níveis de abrangência: as leis morais valem para todas as diferentes comunidades éticas e jurídicas. As leis jurídicas, por sua vez, valem para as diferentes comunidades éticas que compõem a comunidade jurídica. Violar um direito humano é violar, acima de tudo, um direito de um ser humano enquanto tal, independentemente de seus valores éticos e seu status jurídico⁴⁴⁹.

Weber defende que, em vista disso, tem razão Rawls em estabelecer a prioridade do justo sobre o bem⁴⁵⁰. Os princípios de justiça são de justificação pública; as concepções do bem não o são, a não ser que sejam ideias políticas, isto é, compartilháveis por todos os cidadãos. Contudo, o cidadão se vê protegido em sua identidade ética enquanto seus valores não entram em conflito com os princípios do justo. As pessoas precisam ser protegidas em

⁴⁴⁷ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

⁴⁴⁸ FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 55.

⁴⁴⁹ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 20.

⁴⁵⁰ No entanto: Podemos observar primeiro que existe, de fato, uma maneira de pensar a sociedade que facilita a suposição de que a concepção mais racional de justiça é utilitária. Para considerar: cada homem em realizar seus próprios interesses é certamente livre para equilibrar suas próprias perdas contra seus próprios ganhos. Podemos impor um sacrifício a nós mesmos agora por uma vantagem maior posteriormente. Uma pessoa age adequadamente, pelo menos quando outros não são afetados, para alcançar seu próprio bem maior, para promover seus fins racionais na medida do possível. (We may note first that there is, indeed, a way of thinking of society which makes it easy to suppose that the most rational conception of justice is utilitarian. For consider: each man in realizing his own interests is certainly free to balance his own losses against his own gains. We may impose a sacrifice on ourselves now for the sake of a greater advantage later. A person quite properly acts, at least when others are not affected, to achieve his own greatest good, to advance his rational ends as far as possible. [...]). (RAWLS, John. *Classical Utilitarianism*. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics**. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 14-15).

seus valores éticos através das leis jurídicas e das leis morais⁴⁵¹.

Nessa esteira de priorizar o justo sobre o bem é que o utilitarismo de Jeremy Bentham está aberto para um número de objeções. Uma delas é a de que maximizar a utilidade, ou a felicidade coletiva, pode ocorrer à custa da violação de direitos individuais. Suponha, por exemplo, que uma grande maioria despreza uma religião minoritária e quer que ela seja banida. A felicidade da maioria justificaria banir a religião da minoria? Mais tarde, John Stuart Mill procurou resgatar o utilitarismo das objeções às quais a versão de Bentham parecia vulnerável⁴⁵²⁴⁵³.

Com efeito, John Stuart Mill (1806–1873) era filho de James Mill, e este foi amigo e discípulo de Bentham. Os trabalhos de Stuart Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos do indivíduo com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotara de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) é a clássica defesa da liberdade individual nos países de língua inglesa. Seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Stuart Mill, são aqueles que atingem os demais. Desde que eu não esteja prejudicando o próximo, minha “independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e a própria mente, o indivíduo é soberano”⁴⁵⁴.

Stuart Mill acredita que a utilidade deve ser maximizada a longo prazo e, não caso a caso, deve-se evitar o imediatismo, o cálculo a toda hora, como defende Bentham. Com o tempo, o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana. Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livres pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior no longo prazo, pois a posição discordante, dissidente, divergente, pode provar-se parcialmente verdadeira com o passar do tempo, ou até mesmo absolutamente verdadeira, vindo a ser uma correção parcial ou total da opinião da maioria. E, sobretudo, submeter a opinião da maioria a contestações evita que ela se

⁴⁵¹ WEBER, Thadeu. *Justiça: Ética, Direito e Moral*. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 21.

⁴⁵² No original: “Bentham’s utilitarianism is open to a number of objections. One is that maximizing utility, or collective happiness, may come at the expense of violating individual rights. Suppose, for example, that a large majority despises a minority religion, and wants it banned. Would the happiness of the majority justify banning the religion of the few? John Stuart Mill (1806-1873) sought to rescue utilitarianism from the objections to which Bentham’s version seemed vulnerable”. SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 09.

⁴⁵³ SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 09.

⁴⁵⁴ SANDEL Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 10 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011, 64.

transforme em dogma ou preconceito. Dessa forma, Mill condena a opressão da minoria em nome da felicidade da maioria, porque, em longo prazo, as condições de vida, em uma sociedade deste tipo, conduzirão à tirania, à esterilidade espiritual e à sua derrocada, pois ausente estará a liberdade, valor fundante e maior da sociedade⁴⁵⁵.

Portanto, a prevalência do justo sobre o bem, como defende Rawls, legitima-se na medida em que os princípios de justiça são de justificação pública. Por outro lado, a prioridade do bem comum sobre o justo, levando em consideração o contexto, não é de justificação pública, a não ser que sejam ideias políticas, compartilháveis por todos os cidadãos.

A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais.

No entanto, defende-se que os direitos fundamentais individuais podem ser violados a fim de atingir a felicidade e/ou beneficiar o maior número possível de pessoas. É a aplicação da tese utilitarista proposta por Jeremy Bentham. A norma a ser aplicada para solucionar os conflitos oriundos de qual lei é aplicável à relação jurídica de teletrabalho transnacional não necessariamente deve ser a mais favorável ao trabalhador, como propõem as normas do Direito do Trabalho Brasileiro. Isso porque um maior número possível de pessoas deve ser beneficiado com a solução do caso concreto e não somente o trabalhador. Nesse sentido, defende-se que a lei aplicável faça com que as consequências da tomada de decisão sejam de uma perspectiva coletiva e não individual⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ SANDEL Michael. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 10 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011, 64.

⁴⁵⁶ Sobre isso, afirma Jurgen Habermas: [...] todos devem estar igualmente interessados na integridade do contexto vital de que são membros. A justiça concebida deontologicamente exige, como sua outra face, a solidariedade. Não se trata, neste caso, de dois momentos que se complementam, mas de aspectos da mesma coisa. Toda moral autônoma tem que resolver, ao mesmo tempo, duas tarefas: ao reivindicar trato igual, e com ele um respeito equivalente pela dignidade de cada um, faz valer a inviolabilidade dos indivíduos na sociedade; e ao mesmo tempo em que exige a solidariedade por parte dos indivíduos, como membros de uma comunidade na qual são socializados, protege as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco. A justiça refere-se à igualdade da liberdade dos indivíduos que se determinam a si mesmos e que são insubstituíveis, enquanto a solidariedade refere-se ao bem, ou à felicidade dos companheiros irmanados em uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada, e deste modo também à preservação da integridade dessa forma de vida. As normas não podem proteger um sem o outro, isto é, não podem proteger a igualdade de direitos e as liberdades dos indivíduos sem o bem do próximo e da comunidade a que eles pertencem [...]. (HABERMAS, Jurgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 75-76).

Ressaltam-se os apontamentos de John Rawls acerca do bem-estar do grupo e da sua relação com a justiça social⁴⁵⁷:

Visto que o princípio de um indivíduo é promover, tanto quanto possível, seu próprio bem-estar, seu próprio sistema de desejos, o princípio da sociedade é promover, tanto quanto possível, o bem-estar do grupo, realizar, na maior medida possível, o sistema abrangente que o desejo venha dos desejos de seus membros. Assim como um indivíduo equilibra ganhos presentes e futuros contra perdas presentes e futuras, também uma sociedade pode equilibrar satisfações e insatisfações entre indivíduos diferentes. E assim, por meio dessas reflexões, chega-se ao princípio da utilidade de uma maneira natural: uma sociedade é organizada adequadamente quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfação. O princípio da escolha para uma associação de homens é interpretado como uma extensão do princípio da escolha para um homem. A justiça social é o princípio da prudência racional aplicado a uma concepção agregada do bem-estar do grupo⁴⁵⁸.

No caso da presente pesquisa, ao aplicar o princípio da norma mais favorável somente ao trabalhador estar-se-ia priorizando o justo sobre o bem, tendo em vista que os princípios da justiça são universalmente justificáveis.

Todavia, se o magistrado aplicar qualquer outro elemento de conexão incidente à relação jurídica de teletrabalho transnacional (regra jurídica), levando em conta as particularidades do caso concreto, suas especificidades, estar-se-ia priorizando o bem comum sobre o justo, na medida em que a decisão estaria levando em conta o contexto e suas consequências.

Conferindo dar eficácia à felicidade da maioria, é justa e moral toda e qualquer conduta, lei ou preceito moral que contribui para a efetividade de tal máxima, devendo ser rejeitado, portanto, tudo o que tende a reduzi-la. Nesse sentido, pouco importam as intenções, o que interessa é o resultado, as consequências. O contexto das relações concretas deveria

⁴⁵⁷ O desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, ao mesmo tempo que se respeite o ordenamento jurídico. Assim, o Estado deixa a condição de guardião das liberdades e passa a posição de promotor da ação social, donde surgiram novas formas de Direitos Humanos. Os Direitos de segunda geração nasceram neste viés do Estado, eles afluem no século XX como direitos sociais, culturais e econômicos. São direitos próprios de coletividade e se ligam ao princípio da igualdade. Têm o caráter de exigência de determinadas prestações por parte do Estado e estão próximos à construção do que apontamos como Estado do Bem-Estar Social. (MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 164).

⁴⁵⁸ No original: “Since the principle for an individual is to advance as far as possible his own welfare, his own system of desires, the principle for society is to advance as far as possible the welfare of the group, to realize to the greatest extent the comprehensive system of desire arrived at from the desires of its members. Just as an individual balances present and future gains against present and future losses, so a society may balance satisfactions and dissatisfactions between different individuals. And so by these reflections one reaches the principle of utility in a natural way: a society is properly arranged when its institutions maximize the net balance of satisfaction. The principle of choice for an association of men is interpreted as an extension of the principle of choice for one man. Social justice is the principle of rational prudence applied to an aggregative conception of the welfare of the group”. RAWLS, John. *Classical Utilitarianism*. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics**. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 15.

conduzir o mundo das relações humanas; as ações dos homens devem explicar-se pela busca da felicidade, do bem-estar social.

Diante de um conflito de leis trabalhista no espaço, deve o julgador, no caso concreto, aplicar a norma que for mais favorável ao trabalho, utilizando-se, para tanto, a doutrina utilitarista, que prioriza o bem sobre o justo. Assim, estar-se-á garantindo a felicidade para o maior número possível de pessoas em detrimento de um direito individual. Pode-se dizer também que a escolha pelo intérprete nesse sentido efetivaria os fundamentos econômicos da República Federativa do Brasil, quais sejam, o trabalho como valor e a livre iniciativa, pois estar-se-ia protegendo os direitos individuais, porém na medida da sua necessidade, sem prejudicar, ao máximo, a pujança econômica da empresa, bem como os demais trabalhadores envolvidos nesse contexto laboral.

O objeto do direito do trabalho, enquanto ramo da ciência jurídica, deve ser reajustado para proteger o trabalho e não mais somente o trabalhador. Por isso invoca-se o utilitarismo, isso é, a norma aplicável será a que melhor proteger o trabalho, em âmbito coletivo, global, indicando-se (ou sendo necessária) a elaboração de recomendação ou convenção da OIT específica para os contratos digitais transnacionais (teletrabalho).

Com efeito, o intérprete, diante da necessidade de uma tomada de decisão, a fim de escolher o critério que deve ser aplicado às relações de teletrabalho transnacional com vistas a regulamentar a relação jurídica, deve utilizar o critério utilitarista no sentido de promover o bem para o maior número possível de pessoas.

A História revela que o direito do trabalho nasceu após reivindicações dos trabalhadores em razão das condições precárias a que eram submetidos os empregados, na sua maioria, com exaustivas jornadas. Desde 1943, a legislação trabalhista brasileira rege o mesmo perfil de emprego: presencial, contínuo e inflexível. A inteligência artificial, a robotização, a automação e a sociedade digital, que possibilitaram novas formas de prestação de serviços, tais como o teletrabalho, são tidas, por alguns setores sociais, como precarizantes e desregulamentadoras. Além disso, são, na concepção desse segmento, elementos que conduzem ao desemprego tecnológico. Há de se levar em consideração, nesse contexto, que o trabalho está mudando. Se, por um lado, alguns trabalhos desaparecem, outros estarão em elevado crescimento.

O conteúdo do direito do trabalho é a relação de trabalho, no seu sentido lato. O objetivo é proteção ao trabalho, e não ao emprego, no sentido estrito, tendo em vista que a Constituição Federal, no seu art. 7º, *caput*, prevê os direitos dos trabalhadores e não os direitos dos empregados (no sentido estrito, com vínculo de emprego).

O futuro do direito do trabalho trará novas formas de contratos sociais e de empregos, adequados à natureza evolutiva do trabalho, em razão das novas tecnologias. Com efeito, a organização empresarial fordista cede espaço para a organização em rede, com contratos digitais, aleatórios, flexíveis. É a realidade que se põe diante dos novos aparatos tecnológicos. A relação de emprego tradicional - aquela inflexível e rígida - não se sustenta mais. Assim, os operadores do Direito têm de lidar com essa situação que se coloca, que não terá mais volta. Além disso, o engessamento protetivo prejudica o trabalhador autônomo (o qual está sem proteção alguma), bem como o empregado não hipossuficiente (dada a autonomia e ingerência pretendidas)⁴⁵⁹⁴⁶⁰.

Conclui-se que, na análise do caso concreto de conflito de leis trabalhistas no espaço, no teletrabalho transnacional, deve-se levar em conta a proteção do direito ao trabalho,

⁴⁵⁹ Nesse sentido, afirma Dorneles: [...] O engessamento da essência protetiva no conceito de subordinação talvez seja um dos principais exemplos disso. Cada vez mais nos deparamos com relações de trabalho não subordinadas, mas desempenhadas por atores laborais hipossuficientes (ou vulneráveis na relação de trabalho). Ou ainda, com relações de trabalho desenvolvidas em tons subordinativos que escapam do patamar clássico consagrado pela teoria geral da relação de emprego. O primeiro grupo resta invisível ao Direito do Trabalho; no segundo, sua essência protetiva é reticente em penetrar. A uberização das relações de trabalho, desenvolvidas em meio a economias solidárias, instrumentalizadas por aplicativos digitais, são exemplos manifestos do que estamos tentando ilustrar. (DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria Geral Clássica do Direito do Trabalho e Sociedade Pós-Industrial: Faces de uma Crise e Perspectivas para Superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 105-106).

⁴⁶⁰ Nesse sentido, decide o TST: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “*offline*”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. -1000123-89.2017.5.02.0038**. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>. Acesso em: fev. 2020.

incluindo aqui a relação trabalhista entre trabalhador *lato sensu* e empregado propriamente dito. Ainda, deve-se primar pela proteção do emprego, devendo o intérprete fazer uma análise consequentialista da sua tomada de decisão com o objetivo de efetivar uma escolha utilitária (proporcionar o bem para o maior número possível de pessoas), levando-se em consideração a análise econômica e o impacto que a decisão trará ao contexto laboral. A proteção deve ser ao trabalho e não somente ao trabalhador, de forma a efetivar os direitos fundamentais (coletivos e individuais) de todos os envolvidos na relação jurídica. A tutela não pode ser dispensada a um sem o ser ao outro, isto é, não se pode proteger a igualdade de direitos e as liberdades dos indivíduos sem o bem do próximo e da comunidade a que eles pertencem, de forma a concretizar a justiça social.

Assim, interpretar o Direito consiste em aplicar a norma ao fato concreto, formando uma compreensão e uma apreensão do texto e da situação fático-jurídica. Diz-se, ainda, que a interpretação em um sentido mais estreito, por sua vez, consiste em interpretar apenas quando se está em uma situação de dúvida quanto ao sentido, devendo resolver a dúvida de forma a extinguir o conflito existente, por meio de uma decisão com relação ao sentido que se mostra mais razoável no contexto.

Com efeito, diante de um conflito de leis trabalhistas no espaço na relação jurídica de teletrabalho transnacional, deve o intérprete estabelecer critérios de solução para esse impasse. O consequentialismo é um critério apto a resolver esse conflito. O consequentialismo é uma medida a ser adotada pelo intérprete, cabendo ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo, efetivando, dessa forma, o critério utilitarista da tomada de decisão.

Portanto, no caso de um teletrabalhador brasileiro que presta serviços no meio virtual a um tomador situado em outro país, tem-se a possibilidade de aplicação de mais de uma lei ao caso concreto: a lei da nacionalidade do trabalhador, a lei do país onde a empresa tem sua sede, a lei do local da prestação dos serviços e a lei do país onde está registrado o servidor da internet da empresa. Diante disso, o intérprete terá de escolher, dentre as possíveis leis incidentes ao caso concreto, uma para solucionar o conflito de leis no espaço. O intérprete pode adotar o consequentialismo como critério para solucionar essa situação de dúvida. Dentre as normas incidentes, o julgador escolhe aquela que traga melhores consequências possíveis para a relação jurídica em análise: empresa, trabalhador e sociedade como um todo. Conclui-se, assim que, na medida em que o teletrabalhador inserido na relação jurídica de teletrabalho transnacional é beneficiado com a tomada de decisão do intérprete, o seu colega de trabalho também o é, como é a empresa, bem como a sociedade, pois o teletrabalhador tem

seu conflito resolvido, os empregos dos demais trabalhadores são mantidos e a empresa mantém-se em funcionamento em razão das consequências utilitárias da tomada de decisão do intérprete que proporciona o bem-estar e a felicidade para o maior número de pessoas possível.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa doutoral teve por objeto o estudo do impacto das novas tecnologias no contexto laboral, cenário que altera algumas características das relações jurídicas trabalhistas no Brasil. Uma das questões que surgem, nesse contexto, é a geração de trabalhadores do futuro próximo, que alcançará 75% da mão de obra até 2025. Essa é uma geração cuja característica principal é preferir uma maior autonomia na condição da sua prestação de serviços. Foi visto, também, que essa geração, chamada de “Millennials”, faz com que o elemento subordinação, como requisito da relação de emprego, seja revisto, tendo em vista uma maior liberdade preferida por essa categoria de trabalhadores.

Além disso, analisou-se, também, a necessidade de uma atenção maior para as relações de trabalho no Brasil, nas quais a relação de emprego é espécie. Estudou-se a necessidade de se dar uma maior importância às relações de trabalho *lato sensu*, tendo em vista que há muitos prestadores de serviços sem vínculo empregatício no Brasil: seja por que assim o quiseram, seja pelo fato de estarem desabrigados da relação de emprego.

Ademais, analisou-se a necessidade de proteger os trabalhadores vulneráveis, hipossuficientes e sem proteção e, da mesma forma, dosar a proteção jurídica trabalhista daqueles empregados considerados hipersuficientes. Com efeito, foi proposta uma nova tipologia para as relações trabalhistas, o que parece exigir um novo Direito do Trabalho no Brasil.

Fato que pode surgir em razão das novas tecnologias é a possibilidade de trabalhar à distância com o uso das ferramentas tecnológicas e, ainda, em outro país - o que foi analisado, de forma minuciosa, no segundo capítulo -, que é a figura do teletrabalho transnacional. Esse trabalho realizado no ciberespaço pode ser feito por um trabalhador de uma nacionalidade a um tomador de outra nacionalidade, com sede física em país diferente do seu. Desse modo, surge a figura do teletrabalho transnacional, possibilitando a incidência, nesse contrato, de leis oriundas de soberanias distintas. Cabe, assim, ao direito internacional privado reger a escolha de qual lei será aplicada a essa relação jurídica, de modo a regulamentá-la.

Foi proposto, como tese, a percepção de uma nova tipologia para as relações trabalhistas no Brasil, bem como a utilização da doutrina utilitarista e do consequencialismo como mecanismo interpretativo para a solução das lides trabalhistas em que fosse enfrentado o conflito de leis no teletrabalho transnacional, sendo tais linhas teóricas os melhores vetores para a tomada de decisão do intérprete em tempos atuais.

Com efeito, este trabalho foi realizado com o objetivo de encontrar uma resposta às questões conflitivas que estão surgindo no direito do trabalho nos dias atuais. Além disso, objetivou-se, também, encontrar uma solução para os contratos de teletrabalho transnacional, especialmente por não se saber qual é a lei aplicável ao litígio dessa natureza, por não haver previsão contratual de ordenamento jurídico para regular essa relação jurídico-trabalhista, o que pode gerar um conflito de leis trabalhistas no espaço.

Desse modo, com base na pesquisa realizada, verificou-se que as gerações de mão de obra, atuais e futuras, preferem mais autonomia e liberdade na condução dos seus serviços, o que impacta diretamente no elemento da subordinação e, por consequência, na caracterização da relação de emprego. Além disso, o uso das tecnologias para a prestação de serviços faz com que a autonomia laborativa se faça mais presente em razão da flexibilização de tempo e de espaço para a realização das atividades laborais.

Assim, foi proposta no presente estudo uma nova tipologia para as relações de trabalho que abrange as novas situações jurídicas trabalhistas – novas formas de contratos sociais e de empregos (em razão da utilização da tecnologia) e a inclusão no sistema jurídico brasileiro das relações jurídicas até então não abrangidas, contemplando o trabalhador autônomo, de forma a protegê-lo minimamente, e prescrevendo uma regulamentação para cada tipo de relação de trabalho a partir de uma observação empírica das relações jurídicas trabalhistas existentes na sociedade e na realidade brasileiras. É necessária uma regulamentação destinada ao trabalhador *lato sensu*, ou seja, ao autônomo, aquele que não possui vínculo de emprego.

As proteções jurídicas trabalhistas propostas pelo trabalho podem ser: necessárias, desnecessárias e prejudiciais. Destaca-se que essas últimas podem, por exemplo, prejudicar a economia do setor e, inclusive, causar prejuízos ao trabalhador por serem demasiadamente protetivas, até porque, como foi visto, muitos trabalhadores preferem ter autonomia e conduzir a sua própria prestação de serviços.

As proteções jurídicas trabalhistas dependerão da necessária proteção, ou não, a ser dispensada ao trabalhador. Existem empregados considerados hipersuficientes e autônomos considerados hipossuficientes, razão pela qual a proteção deverá ser dispensada de acordo com a necessidade do trabalhador, a partir de uma análise do caso concreto (em seu contexto), a ser feita pelo intérprete.

De forma específica, analisou-se o instituto do teletrabalho transnacional, buscando a lei aplicável a essa relação jurídica e os elementos de conexão eleitos pelo direito internacional privado e pelo direito do trabalho. É possível que ocorra um conflito de leis

trabalhistas no espaço, em razão de não ter sido previsto contratualmente o ordenamento jurídico aplicável a essa relação trabalhista. Nesse contexto, várias normas oriundas de soberanias distintas poderiam incidir nesse contrato. Pode-se dizer que existem a lei da nacionalidade do trabalhador, a lei do local da contratação, a lei do local da prestação dos serviços, a lei do país onde a empresa possui a sua sede, bem como a lei do país em que está registrado o servidor de internet da empresa (por se tratar de prestação de serviços em ambiente virtual). Ressalta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que a lei do local da contratação é a competente e o direito do trabalho elege a lei que for mais favorável ao trabalhador, isto é, aplicar-se-ia, dentre as leis que possam incidir ao contrato internacional de teletrabalho, aquela que maiores benefícios outorgasse ao teletrabalhador.

Como no teletrabalho a prestação de serviços ocorre em meio virtual, ou seja, sem território físico, constatou-se que o elemento de conexão da territorialidade subsistiria, uma vez que é possível reinterpretar o local da execução da atividade laboral, estendendo-o para o local onde a empresa tem a sua sede. Nesse sentido, como defendem alguns, estar-se-ia efetivando o princípio da igualdade, na medida em que se aplicaria a mesma lei a trabalhadores de uma mesma empresa.

Ocorre que, de acordo com o que foi estudado no trabalho, a nova geração de mão de obra prefere uma maior autonomia na condução dos serviços, e a própria Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) atribui uma maior autonomia de negociação para o empregado considerado hipersuficiente e a alteração no contexto das relações jurídicas trabalhistas, em especial com a flexibilização do tempo e do espaço, fizeram com que um novo direito do trabalho começasse a surgir, em especial no contexto internacional, despertando, assim, novas teorias e teses acerca da regulação e da tutela a serem conferidas ao ser humano, no âmbito trabalhista.

Nesse sentido, a presente tese propôs como uma alternativa aos elementos de conexão já existentes, como solução ao conflito de leis trabalhistas no espaço no teletrabalho transnacional, a doutrina utilitarista, bem como o critério consequencialista de modo a guiar o intérprete na sua tomada de decisão. Assim, o magistrado, diante de um caso concreto, terá de analisar as consequências da sua decisão e o impacto que essas terão no contexto laboral analisado, bem como se a sua decisão atenderá a interesse único ou se trará felicidade para o maior número de pessoas e/ou bem comum aos envolvidos de forma imediata ou mediata.

Com efeito, poderá o intérprete valer-se do critério consequencialista, por meio do qual ele avalia o contexto da relação jurídica trabalhista, analisando o caso concreto em específico, levando em consideração os fatores externos à norma. Não será aplicada a norma

somente, mas serão analisados os fatos e as relações jurídicas que circundam a relação jurídica em análise. Ainda, o intérprete avaliará o bem-estar do trabalhador, dos demais trabalhadores (da empresa), da empresa enquanto tal e da própria sociedade. Se a sua decisão, de acordo com a sua análise, trazer felicidade para o maior número possível de pessoas, pode-se sacrificar um direito fundamental individual em favor dos direitos fundamentais de uma determinada coletividade. Desse modo, no presente estudo defende-se a aplicação do consequencialismo e do utilitarismo (uma versão do consequencialismo) como possíveis mecanismos interpretativos, solucionadores de conflitos no teletrabalho transnacional, em especial por choque de leis trabalhistas no espaço.

O compromisso com as consequências da tomada de decisão, bem como a doutrina utilitarista, guiará o intérprete na escolha dos elementos de conexão. Com o objetivo de solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço no teletrabalho transnacional, o intérprete poderá ainda levar em consideração, para a sua tomada de decisão, o impacto econômico que a sua escolha trará ao contexto laboral em análise. Ademais, os valores externos à norma serão levados em consideração para sua tomada de decisão, de modo a avaliar o contexto da relação jurídica.

Nessa tentativa de propiciar felicidade e prazer para o maior número possível de pessoas (utilitarismo) e de analisar as consequências da escolha do intérprete para a solução dos conflitos (inclusive outros que não o de leis no espaço no teletrabalho transnacional), o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, base do direito do trabalho no Brasil, passa a ser, em razão dessa tese, o princípio da norma mais favorável ao trabalho, isto é, ao contexto, à coletividade envolvida, de modo a favorecer e resguardar (ou com essa intenção) o maior número possível de pessoas.

Portanto, os direitos individuais de um trabalhador podem ser relevados, de forma a atingir a felicidade e beneficiar o maior número possível de pessoas via aplicação da tese utilitarista. A norma a ser aplicada para solucionar os conflitos oriundos de qual lei é aplicável à relação jurídica de teletrabalho transnacional não necessariamente deve ser a mais favorável ao trabalhador, como propõem as normas do direito do trabalho brasileiro, mas ao trabalho (que no texto constitucional anda ao lado da livre iniciativa), a fim de favorecer um número maior de pessoas.

Desse modo, o presente trabalho reinterpreta o princípio da norma mais favorável no sentido de que a lei aplicável para reger o contrato de teletrabalho transnacional seja aquela que traga bem-estar a todos os envolvidos, como a empresa, a sociedade, o próprio trabalhador da relação jurídica em análise e os demais trabalhadores da empresa, depois de

analisadas as consequências da tomada de decisão e os impactos dela ao caso concreto, tendo de ser favorável num espectro coletivo, e não meramente individual, de modo a concretizar os direitos fundamentais de forma coletiva, garantindo a justiça social.

Conclui-se, com a presente pesquisa, que o princípio da norma mais favorável ao trabalho, com base em uma escolha utilitária, é o elemento de conexão que deve prevalecer de modo a ser escolhida a lei que mais prazer trouxer às pessoas envolvidas no contexto da relação jurídica, dentre as que possam incidir no contrato transnacional de teletrabalho. Assim se estará, por exemplo, garantindo a plena efetividade dos fundamentos – trabalho e livre iniciativa – da República Federativa do Brasil, dos direitos fundamentais coletivos e concretizando a justiça social.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Teletrabalho e a Subordinação Estrutural. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.
- ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004.
- ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. Parâmetros para delimitação do meio ambiente do trabalho na volatilidade da sociedade contemporânea (ciberespaço). **Revista LTr**, São Paulo: LTr, ano 78, n. 4, abr. 2014.
- ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARTUR, Karen. Beyond employment: changes of work and the future of Labour Law in Europe. **Tempo Soc.** vol.16, n.2, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000200017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: mar. 2018.
- BALDWIN, Richard. **The globotics upheaval globalization, robotics, and the future of work**. Nova York: Oxford University Press, 2019.
- BARBOSA, Magno Luiz. **O trabalho, o avanço tecnológico e o direito do trabalhador à desconexão**. Temas contemporâneos de direito empresarial do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROZO, Paulo. Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to Be Adopted. **New York Law School Law Review**. Nova York: New York Law School Law Review, vol. 55, p. 701, nov. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1839477. Acesso em: abr. 2018.
- BARTHÉLÉMY, Jacques; CETTE, Gilbert. **Réformer le droit du travail**. Paris: Terra Nova, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **Vida em Fragmentos**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- _____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Estados Unidos da América: White Dog Publishing, 2010.

_____. **O Panóptico**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia de Bolso

BINENBOJM, Gustavo. **Transformações do poder de polícia**: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais. Mimeografado. Tese de titularidade defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **What's mine is yours**: the rise of collaborative consumption. Nova York: Harper Collins, 2010.

BRANNAN, Matthew. You're not going anywhere: Employee retention, symbolic violence and the structuring of subordination in a UK-based call centre. **Sociological Review**, vol. 63, n. 4, 2015.

BRASIL. Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 – Código de Bustamante. In: BRASIL. **Constituição Federal**: Coletânea de Direito Internacional. Org. por Valério de Oliveira Mazzuoli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Lei 8.212 DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm.

_____. **Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o regulamento da Previdência Social e dá outras providências, Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 2017.

_____. **Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2020.

BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work**. Nova York: Vintage Books, 2011.

CAIRO JUNIOR, José. O local de trabalho virtual como critério definidor da vigência da lei no espaço nas relações de teletrabalho. **Revista Vistos, Etc**. Salvador, AMATRA 5, vol. 01, n. 8, 2008 Disponível em: http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=399. Acesso em: jul. 2012.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

CAGLIARI, Arthur. **Trabalhador de cruzeiro no Brasil poderá ser regido por lei de outro país**. Rio Grande do Sul: Gaúchazh, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/01/trabalhador-de-cruzeiro-no-brasil-podera-ser-regido-por-lei-de-outro-pais-ck52df78101r101ocq9vzuteb.html>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. **História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

CARVALHO, Marcio Mamede Bastos de. Manipulação das preferências de consumo: alienação humana e degradação ambiental nos caminhos de um modelo social insustentável. In: FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Coord). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Niterói: Impetus, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação. **Rev. TST**, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29636/009_castro.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: jul. 2018.

CENTRO DE TELETRABAJO Y TELEFORMACIÓN. **¿Qué es el Teletrabajo?** Facultad de Ciencias Sociales Carrera de Relaciones del Trabajo. [20??] Disponível em: http://caminandoutopias.org.ar/institucional/que_es_el_teletrabajo.php. Acesso em: nov. 2012.

CHERRY, Miriam A. **The Global Dimensions of Virtual Work**. Saint Louis: Saint Louis University School of Law, 2010.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: KENNEDY, David; FISHER III, William W. (Org.). **The Canon of American Legal Thought**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Ideologia e Direito**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16649/15221>. Acesso em: 01 set. 2019.

COHEN, Samuel. EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law for Contracts, With Particular Emphasis on the Restatement Second: a Comparative Study. **Maryland Journal of International Law**. v.13, 1989. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol13/iss2/3>. Acesso em: maio 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Conflito de leis trabalhistas no espaço. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre: Síntese, n. 130, abr. 2000.

_____; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 73, p. 26-42, nov. 2018.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na Sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 2010.

DEVENDRA, Anushya. **Technology will radically change the future of employment: it's time for a new dialogue on workers' rights**. London: Oxford Martin School, 2017. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/opinion/view/367>. Acesso em: 08 nov. 2017

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 6. p. 660-673, jun. 2006.

_____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2017.

DICIONÁRIO. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152752/PR, do Plenário**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5346092>. Acesso em: mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 590.415/SC, do Plenário**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>. Acesso em: abr. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 73 da SDI-1- Transitória**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD1_1_Transitoria/n_transitoria.html#Tema73. Acesso em: abr. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. -1000123-** 89.2017.5.02.0038. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>. Acesso em: fev. 2020.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Segurança jurídica, ciência da legislação Laboral e reformas trabalhistas: um diálogo entre clássico e contemporâneo. In: GONÇALVES, Leandro Krebs; LEDUR, José Felipe. **Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. v 2 . 1, n. 1, p. 2, jan./jun. 2019. Porto Alegre: Tribunal Regional da 4ª Região, 2019, p. 121-150.

_____. Teoria Geral Clássica do Direito do Trabalho e Sociedade Pós-Industrial: Faces de uma Crise e Perspectivas para Superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Magister, 2019.

DOWLING JR., Donald C. International Labor and Employment Law. In: LOW, Lucinda A.; NORTON, Patrick M.; DRORY, Daniel M. (Org.). **International Lawyer's Deskbook**. Chicago: American Bar Association, 2002.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO. **Ley 20/2007**, de 11 de julho. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>. Acesso em: abr. 2018.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. **O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho-transfronteiriço-direito-brasileiro>. Acesso em: set. 2011.

ETUC, UNICE; UEAPME, CEEP. **Implementation of the European Framework Agreement on Telework**: Report by the European Social Partners. 2008. Disponível em: http://resourcecentre.etuc.org/linked_files/documents/Telework%20Final%20Implementation%20report%202006%20EN.pdf. Acesso em: 26 set. 2013.

FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

_____; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: A necessária (re) construção do Direito do Trabalho. In: CÁCERES, Claudio Palavecino

(editor). **Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social**. vol. 10, n. 19, p. 1-22, jun. 2019. Chile: Tipográfica, 2019.

_____; STURMER, Gilberto. Globalização 4.0 e futuro do trabalho: o porvir na atuação da ONU e OIT. In: EÇA, Vítor Salino de Moura; STURMER, Gilberto; TEIXEIRA, Sérgio Torres; BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva. **Direito internacional do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. Teletrabalho Transnacional, Dumping Social e a Rerum Novarum: Reflexões. In: ALMEIDA, Ronald Silka de; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Org.). **Rerum Novarum: estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; STÜRMER, Amélia Elisabeth Baldoino da Silva (Org.). **Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Teletrabalho: Aproximações Epistemológicas**. Porto Alegre: Editora Magister, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_1er.php?id=578. Acesso em: set. 2011.

_____; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: De Chappe a Nilles. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, ano 30, n. 358, p. 52-66, out. 2013.

_____. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FOOT, Philippa. Utilitarianism and the virtues. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics**. Nova York: Oxford University Press, 1991.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

FURTADO, Roosevelt Delano Guedes. A influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal referente ao direito social previdenciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3941, 16 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27736>. Acesso em: 1 set. 2019.

GAZZETTA UFFICIALE. **Lavoro Agile**. Italia: Della Republica Italiana, 2017. Disponível em: http://www.gazzettaufficiale.it/gazzetta/serie_generale/caricaDettaglio?dataPubblicazioneGazzetta=2017-06-13&numeroGazzetta=135. Acesso em: jun. 2018.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GOLDEN, Timothy D; FROMEN, Allan. **Does it matter where your manager works? Comparing managerial work mode (traditional, telework, virtual) across subordinate work experiences and outcomes.** Nova York: Sage, 2011, p. 1452. Disponível em: co.uk/journalsPermissions.nav. DOI: 10.1177/0018726711418387. Acesso em: maio 2018.

HABERMAS, Jurgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARDT, Michael. **An Apprenticeship in Philosophy.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993, p. 16. Disponível em: <http://philosophersdesk.blogspot.com.br/2008/04/hardt-m-gilles-deleuze-apprenticeship.html#sthash.kUssgoJL.dpuf>. Acesso em: out. 2013.

HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional da 4ª Região.** Ano 13. n. 205. jul. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: jul. 2018.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.** São Paulo: Loyola, 2014.

HOWE, Jeff. **Crowdsourcing.** Nova York: Crown Business, 2020.

IBRAHIM, Yasmin. Temporality, space and technology: time-space discourses of call centres. **New Technology, Work and Employment**, v. 27, n. 1, p. 27-28, fev. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **O número de trabalhadores por conta própria.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26978-taxa-de-desocupacao-e-de-11-2-e-taxa-de-subutilizacao-e-23-2-no-trimestre-encerrado-em-janeiro-de-2020>. Acesso em: abr. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors.** Geneva: ILO, 2016. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf. Acesso em: abr. 2017.

ISAAC, Joe. The deregulation of the Australian Labour Market. In: ISAAC, Joe; LANSBURY, Russell D (Org.). **Labour market deregulation: essays in honour of Keith Hancock.** Sidney: The Federation Press, 2005.

JEAMMAUD, Antoine. Droitdu travail et capitalisme. In Le droitdu travail à l'épreuve de l'économie. JEAMMAUD, A.; PÉLISSIER, J., coord. Actes de la "1.e Journée Gérard Lyon-Caen", organisée par l'AFDTDAlloz, **CollectionThèmes et comentaires**, 2006.

JOHNSON, David R; POST, David G. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**, vol. 48, 1996. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=535>. Acesso em: nov. 2013.

KENNEDY, Duncan. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/the-new-law-and-economic-development/three-globalizations-of-law-and-legal-thought/18502000/95DADE9D6DF22A4FEAF1B99AA9896135>. Acesso em: fev. 2018.

KEYNES, John Maynard apud RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

Lineamentos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, San Diego. vol. 89, n. 07-27. nov. 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>. Acesso em: jan. 2018

LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do Conglobamento – Conflito de Normas no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

LYONS, David. **Forms and Limits of Utilitarianism**. Nova York: Oxford University Press, 2002.

MACHADO, Jorge Alberto. O Ciberespaço como Arquitetura da Liberdade – Tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespaço: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global**. Bauru: Document Arminda, 2002.

MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O futuro do trabalho na perspectiva da organização Internacional do trabalho: uma análise das transformações do mercado de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, vol. 166, nov./dez. 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGANO, Octavio Bueno. Conflito de leis trabalhistas no espaço (lineamentos). **Revista LTr**, São Paulo: LTr, ano 51, n. 8, ago. 1987.

MANNRICH, Nelson. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, n. 58, jan.-jun., 2016.

MANTOUVALOU, Virginia. **The right to work**: Legal and philosophical perspectives. Oxford: Hart, 2015.

MASSANI, Túlio Oliveira. Novas tecnologias no processo jurisdicional do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, ano 69, n. 10, out. 2005.

MASSONI, Túlio de Oliveira; COLUMBU, Francesca. Tempo de Trabalho e Teletrabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Cecilia Perez. **Where Will the Case Be Heard? Which Is the Applicable Law? Approach to Selected Problems of Transnational Employment Relationships**. Washington: Labor & Employment Law Forum, vol. 5, n. 1, 2015.

MAYANS, Joan. Ciberespacio: notas para la utilización de un concepto analítico en ciencias sociales. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespaço: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global**. Bauru: Document Arminda, 2002.

MCCALLUM, Ron. Industrial Citizenship. In: ISAAC, Joe; LANSBURY, Russell D (Org.). **Labour market deregulation: essays in honour of Keith Hancock**. Sidney: The Federation Press, 2005.

MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. **Direito internacional privado e relação jurídica de trabalho: aspectos da legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 2005.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Nova York: Heritage Illustrated Publishing, 2014.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**. Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em: http://dgz.org.br/jun07/Art_03.htm. Acesso em: nov. 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVARES, Raquel Serrano. Reflexiones en torno a la ley aplicable al ciberempleo transnacional. In: GUANTER, Salvador Del Rey; PARRA, Manuel Luque (Coord.) **Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías**. Madrid: La Ley, 2005.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado.

Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, vol. 126, abr-jun 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINK, Daniel H. **Free agent nation:** the future of working for yourself. Nova York: Warner Books, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2009.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** Nova York: Aspen Publishers, 2011.

RAILTON, Peter. Alienation, Consequentialism, and the Demands of Morality. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics.** Nova York: Oxford University Press, 1991.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho.** Coimbra: Almedina, 2000.

RAWLS, John. Classical Utilitarianism. In: SCHEFFLER, Samuel (Org.). **Consequentialism and Its Critics.** Nova York: Oxford University Press, 1991.

_____. **Uma teoria da justiça.** 2 ed. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REED, Chris. **Making Laws for Cyberspace.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de Transporte e Plataforma de Controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano.** São Paulo: LTr, 2017.

REIS, Jair Teixeira. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância.** São Paulo: LTr, 2007.

RESTATEMENT SECOND OF CONTRACTS. **Restatement (Second) of Conflict of Laws.** Colombia: Columbia University, 1981. Disponível em: www.columbia.edu/~mr2651/.../2nd/statutes/Rest2Confl6.doc. Acesso em: maio 2018.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos:** o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

RIBEIRO, Ailana Santos; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A relação trabalho-consumo na modernidade líquida. In: LÓPEZ, Carlos; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo.** Florianópolis: Conpedi, 2016.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIBEIRO, Ailana Santos. **A lógica produtiva flexível e o adoecimento mental nas relações laborais**. Disponível em: <http://dimensoesdotrabalho.blogspot.com.br/2016/07/a-logica-produtiva-flexivel-e-o.html>. Acesso em: maio 2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Novo conceito de proteção: direitos humanos no trabalho. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba: Anima, ano IV, n. 9, jan.-jun. 2013.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, vol. 68, n. 11, nov. 2004.

_____. Visão Crítica da principiologia trabalhista. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). **Principiologia**: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios. São Paulo: LTr, 2016.

RUIZ, Luis Miguel Camps. **Derecho del trabajo**. [s.l.]: Aranzadi -Thomson Reuters, 2016.

SAKO, Emília Simeão Albino. Teletrabalho Subordinado, Dependente e Por Conta Alheia: reengenharia dos requisitos da relação empregatícia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 78, n. 03, jul.set. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34300/001_sako.pdf?sequence=3. Acesso em: jul. 2018.

SANDEL, Michael J. **Justice: a reader**. Nova York: Oxford University Press, 2007.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Il Lavoro Parasubordinato**. Milano: Franco Angeli, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese de Doutorado em Direito da Seguridade Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2566>. Acesso em: maio 2019.

SIGNES, Adrian Todolí. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tradução de Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José

Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

SHIELDS, Rob. **The virtual**. Nova York: Routledge, 2003.

SILVA, Pâmella. **Outsourcing e Gestão de Fornecedores: conceito e prática**. São Paulo: Amazon editora, 2017.

SMITH, Adam. **Liberalismo**. São Paulo: LeBooks, 2017.

SOUSA, Fernando de. Portugal e União Europeia. **Revista brasileira de política internacional**, Brasília, v. 43, n. 2, p. 192-200, Dez. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: dez. 2019.

SOUSA, Francisco Kegenaldo Alves de. **Just in time: o impacto provocado pela sua implantação**. Campina Grande: ePUB, 2014.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de; GASPAR, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. Covid-19 e os impactos na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**. White Paper Gratuito, 2020.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 1996.

STURMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUPIOT, Alain. **Beyond employment: Changes in work and the future of labour law in Europe**. Oxford University Press. New York, 2001.

SYMEONIDES, Symeon. The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 2015, n. 2, fev. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2568175>. Acesso em: maio 2018.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: Senai, 2016.

TAYLOR, Frederick Winslow. **The Principles of Scientific Management**. Overland Park: Digireads, 2011.

TRAVIS, Michelle A. Equality in the Virtual Workplace. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**. São Francisco, v. 24, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851568. Acesso em: fev. 2018.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; NUNES, Denise Silva. O Teletrabalho sob o enfoque da sustentabilidade multidimensional. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares; NUNES, Talita Camila Gonçalves. Tecnologia da Informação e seus Impactos nas Relações Capital-Trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

WEBER, Thadeu. Justiça: Ética, Direito e Moral. In: MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (Coord.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015.

WINOGRAD, Morley; HAIS, Michael. **How millennials could upend Wall Street and corporate America**. Washington: Governance Studies at Brookings, 2014, p. 02. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Brookings_Winogradfinal.pdf. Acesso em: abr. 2018.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br