



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE
ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di

Giuseppe Ludovico e Thereza Christina Nahas

DIRITTI FONDAMENTALI, LAVORO E NUOVE TECNOLOGIE



Milano University Press



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di
Giuseppe Ludovico e Thereza Christina Nahas

DIRITTI FONDAMENTALI, LAVORO E NUOVE TECNOLOGIE



Milano University Press

Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie / a cura di Giuseppe Ludovico e Thereza Christina Nahas. Milano University Press, 2025. (Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale; 4).

ISBN 979-12-5510-277-9 (print)

ISBN 979-12-5510-279-3 (PDF)

ISBN 979-12-5510-280-9 (EPUB)

DOI 10.13130/sdlps.244

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni della collana di Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, sono valutate, riviste e approvate dal Comitato Scientifico, che si fa garante dei contenuti scientifici delle pubblicazioni.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 – CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://libri.unimi.it/index.php/sdlps/index>.

© The Author(s) 2025

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni(www.ledizioni.it).

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Direttori

Prof.ssa Thereza Christina Nahas	Prof. Giuseppe Ludovico
Prof. Luciano Dorea Martinez Carreiro	Prof. Lucio Imberti

Comitato Scientifico

Prof. Alexandre Agra Belmonte	Prof. Ilario Alvino
Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite	Prof. Guido Canavesi
Prof. Georgenor de Souza Franco Filho	Prof.ssa Maria Teresa Carinci
Prof.ssa Yone Frediani	Prof.ssa Silvia Ciucciiovino
Prof.ssa Maria Cristina Irigoyen Peduzzi	Prof. Stefano Giubboni
Prof. Vitor Salino de Moura Eça	Prof. Alberto Levi

Comitato di Redazione

Prof.ssa Alessandra Ingrao
Prof.ssa Naiara Posenato

Volumi della collana

1. G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2020
2. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *I contratti di lavoro flessibile negli ordinamenti italiano e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2023
3. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *Contratos de trabalho flexível nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro*, Milano, Milano University Press, 2023
4. G. LUDOVICO, T.C. NAHAS, *Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie*, Milano, Milano University Press, 2025

Indice

Prefazione di Giuseppe Ludovico e Thereza Christina Nahas	9
PEDRO MANUEL DE ALMEIDA MADEIRA BRITO, Evocação do Professor Doutor Pedro Romano Martinez	11
PAULA VAZ FREIRE, Economia e Mercados Digitais: Desafios para o Direito do Trabalho	15
CHIARA TENELLA SILLANI, Internet e i diritti di espressione della personalità e della libertà di comunicazione	27
PAULO SERGIO JOÃO, O direito ao esquecimento aplicado nas relações trabalhistas	37
NAIARA POSENATO, Tecnologia e Justiça: sobre a aplicação da Inteligência Artificial (IA) no Sistema Judiciário	55
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, Los derechos humanos laborales como objeto de protección del nuevo derecho transnacional del trabajo	77
MAURIZIO FALSONE, La crisi della territorialità delle tutele del lavoro e la sovranità delle nuove tecnologie	97
GIUSEPPE LUDOVICO, A subordinação sem lugar e horário de trabalho	113
ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, Nómadas digitales: una perspectiva jurídico-laboral	125
GUSTAVO MARCELO GAUTHIER GUAZZONI, Trabajo en plataformas digitales y protección de los derechos fundamentales	147
ALBERTO LEVI, I sistemi automatizzati nella disciplina della direttiva europea sulle piattaforme digitali	163
ALESSANDRA INGRAO, IA ACT e GDPR: la garanzia della privacy dei lavoratori in un'era di decisioni automatizzate	173
MARIA TERESA CARINCI, Tutela contro le discriminazioni e intelligenza artificiale nell'ordinamento italiano	185
DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA, RITA MARQUES NOSSA, Desafios Laborais para a IA e Robótica	195
STEFANO BINI, L'informazione algoritmica nel diritto del lavoro spagnolo: orizzonti espansivi di democratizzazione	207

MICHELE SQUEGLIA, Quale impatto avrà l'intelligenza artificiale sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori?	221
GILBERTO STÜRMER, Evolução do direito do trabalho no Brasil: Constituição de 1988, liberdade sindical, reforma trabalhista e novas tecnologias	239
THEREZA CHRISTINA NAHAS, Telemedicina (atestado médico-aceitação) e limbo previdenciário	251
Notizie sugli Autori	267

Prefazione

Il volume ospita gli atti del convegno dal titolo “*Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie*” tenutosi nei giorni 30 e 31 gennaio 2024 presso la Sala Napoleonica dell’Università degli Studi di Milano e organizzato dalla Sezione di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell’ateneo milanese.

Il convegno ha potuto contare sulla partecipazione in qualità di relatori di autorevoli studiosi del diritto del lavoro e della previdenza sociale provenienti da cinque diversi paesi (Brasile, Portogallo, Spagna, Uruguay e Italia) e ha rappresentato l’occasione per un proficuo confronto tra sistemi giuridici diversi, tutti accomunati da analoghi problemi derivanti dalla pressante esigenza di adeguare gli ordinamenti lavoristici alle importanti sfide sollevate dall’evoluzione tecnologica al fine di evitare che la stessa possa pregiudicare il godimento dei diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro.

Per una precisa scelta editoriale dovuta alla vocazione comparatistica della Collana “Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale - Estudos Italo-Brasileiros de Direito do Trabalho e da Previdência Social” i contributi dei diversi relatori, corredati da note bibliografiche e riferimenti giurisprudenziali, sono pubblicati nella lingua con cui sono state pronunciate le relazioni al fine di riprodurre nella maniera più fedele possibile il pensiero giuridico di ciascun Autore.

Questa scelta è stata agevolata dalla considerazione che, trattandosi di lingue latine (italiano, portoghese e spagnolo), la pubblicazione delle relazioni nell’idioma originale non avrebbe pregiudicato eccessivamente la comprensione del relativo contenuto, tenuto anche conto del fatto che le problematiche esaminate sono comuni agli ordinamenti giuridici dei diversi Autori.

La collocazione dei contributi segue l’ordine delle relazioni seguito nel corso del convegno e in questa logica, dopo un’analisi di carattere economico sui mercati digitali affidata a Paula Vaz Freire, il volume prosegue con il contributo dedicato al diritto all’oblio di Paulo Sergio João e l’approfondimento di Naiara Posenato sulle diverse implicazioni dell’utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nell’esercizio della funzione giurisdizionale.

Questa prima parte del volume dedicata a questioni di carattere generale apre la strada ai contributi di contenuto più squisitamente giuslavoristico che muovono dall’analisi di Wilfredo Sanguineti Raymond sui diritti umani lavoristici come oggetto della protezione del nuovo diritto del lavoro transnazionale e di Maurizio Falsone che approfondisce la delicata questione riguardante la crisi della territorialità della norma giuridica e, in particolare, delle norme di tutela del lavoratore dinanzi alla naturale vocazione aterritoriale delle tecnologie digitali.

I successivi contributi si occupano, in linea con i precedenti, degli effetti del superamento o quantomeno dell'affievolimento delle tipiche coordinate spazio-temporali della prestazione lavorativa. In particolare, al contributo dedicato alla subordinazione senza predeterminati vincoli spazio-temporali di Giuseppe Ludovico fa seguito l'analisi dedicata alla disciplina applicabile al rapporto di lavoro dei nomadi digitali di Esperanza Macarena Sierra Benítez.

Alla tematica ampiamente dibattuta della disciplina del lavoro nelle piattaforme digitali sono dedicati i successivi contributi di Gustavo Marcelo Gauthier Guazzoni in materia di protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori delle piattaforme e di Alberto Levi che esamina la regolazione dei sistemi automatizzati nella recente Direttiva UE 2024/2831 sulla tutela del lavoro prestato mediante piattaforme digitali.

L'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sui diritti fondamentali dei lavoratori costituisce una tematica centrale della più recente riflessione giuslavoristica specialmente a seguito dell'approvazione del Regolamento dell'Unione Europea 2024/1689 (AI Act). A questi fondamentali aspetti del problematico rapporto tra diritto del lavoro ed evoluzione tecnologica sono dedicati i contributi di Alessandra Ingrao sulla tutela della privacy dei lavoratori tra AI Act e regolamento UE 2016/679 (GDPR) e di Maria Teresa Carinci sulla tutela contro le discriminazioni generate dall'intelligenza artificiale nell'ordinamento italiano, ai quali si aggiungono le riflessioni di Duarte Abrunhosa e Sousa e Rita Marques Nossa sulle sfide per il diritto del lavoro rappresentate dall'intelligenza artificiale e dalla robotica, di Stefano Bini sull'informazione riguardante gli algoritmi nell'ordinamento spagnolo e di Michele Squeglia sull'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sulla salute e sicurezza dei lavoratori.

Il volume si chiude con l'analisi di Gilberto Stürmer sulla libertà sindacale nell'ordinamento brasiliano e sulle sfide che le organizzazioni sindacali di quel Paese sono chiamate ad affrontare a causa dell'evoluzione tecnologica e con il contributo di Thereza Christina Nahas in tema di telemedicina con particolare riguardo all'efficace ruolo che i moderni strumenti di comunicazione digitale possono giocare nel garantire ai lavoratori brasiliani un più rapido accesso alle cure mediche e alle prestazioni previdenziali in caso di malattia.

Un sentito ringraziamento va a tutti gli Autori per la partecipazione al Convegno e i preziosi contributi pubblicati in questo volume nella consapevolezza che il confronto tra i diversi ordinamenti giuridici diventa imprescindibile nell'analisi delle comuni problematiche generate dagli effetti dell'evoluzione tecnologica sui rapporti di lavoro.

Milano-San Paolo, 12 marzo 2025

Giuseppe Ludovico, Thereza Christina Nahas

Evocação do Professor Doutor Pedro Romano Martinez

Em 23 de outubro de 2023, deixou-nos precocemente o Professor Pedro Romano Martinez.

É ainda com a marca da dor do seu prematuro desaparecimento que escrevo estas singelas linhas de evocação do nome grande da Ciência Jurídica. Poucas ou muitas, as palavras são sempre insuficientes para honrar o legado do Homem, do Jurista e do Académico.

Em primeiro lugar, uma nota pessoal para referir que foi o Professor Pedro Romano Martinez a tornar possível a minha carreira académica. É justo dizer que foi sempre com o seu incentivo e estímulo que fui superando as minhas provas universitárias. O Professor Pedro Romano Martinez foi arguente da minha dissertação de mestrado, meu orientador de doutoramento e tutor ao longo dos anos na Faculdade de Direito de Lisboa, em que tive o privilégio de o acompanhar como seu assistente na leção do Direito do Trabalho, nas atividades do Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa e em muitas iniciativas universitárias. Houve sempre da sua parte uma palavra de estímulo e de apoio, mesmo nos momentos de maior dificuldade. E esteve sempre disponível.

Com rigor absoluto no que fazia, mas igualmente com uma simpatia inextinguível e, acima de tudo, com grande humanidade, o Professor Pedro Romano Martinez cativou aqueles que com ele tiveram o privilégio de conviver e aprender.

A obra do Professor Romano Martinez abrange várias áreas, mas tem especial incidência no Direito dos Contratos, Direito das Obrigações em Geral e Direito das Garantias em especial, Direitos Reais, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, bem como no Direito dos Seguros. E recentemente publicou um manual de introdução do estudo do direito¹ que constitui um importante contributo para a Ciência do Direito.

Em todas estas áreas, deixou importantes contributos doutrinários, com um pensamento claro e de grande profundidade dogmática. Mas mais interessa à presente evocação o Direito do Trabalho, de que Romano Martinez foi um cultor proeminente.

O Professor assumiu nos anos 90 do século passado a responsabilidade pela Disciplina de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito de Lisboa e em torno desse magistério organizou-se um grupo de cultores de Direito do Trabalho que por vezes se identifica com a Escola de Lisboa de Direito do Trabalho².

1 P. ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a ed., Lisboa, 2024.

2 Este desenvolvimento científico tem outros nomes grandes da área juslaboral: António Menezes Cordeiro, Maria do Rosário Palma Ramalho, Luís Menezes Leitão.

Esta influência na Faculdade de Direito de Lisboa é tão intensa que surge, ainda nos anos 90, o primeiro Instituto de Direito do Trabalho e um dos primeiros institutos da Faculdade de Direito vocacionados para o desenvolvimento e estudo de uma disciplina científica. É a mão criadora do Professor Romano Martinez que está por detrás desta iniciativa.

O Instituto do Direito do Trabalho tem hoje uma inegável importância para esta área científica, designadamente por via da publicação da recente, mas já prestigiada, Revista Internacional de Direito do Trabalho.

Para o Direito do Trabalho, o Professor Romano Martinez deixou igualmente o primeiro relatório de uma disciplina desta área científica, no âmbito do concurso para Professor Associado, no ano de 1997³.

Este texto, de carácter pedagógico, estrutura o Direito do Trabalho numa perspectiva mais civilista, reconhecendo contudo a autonomia que aquele adquiriu enquanto disciplina científica.

O relatório é um texto essencial para conhecer a evolução do Direito do Trabalho em Portugal e imprescindível para se compreender a sua estruturação como disciplina universitária. Desse texto sobressai o enquadramento do Direito do Trabalho no Direito Privado sem tibiezas e, bem assim, a perspectiva inovadora de inclusão do Direito Processual do Trabalho no âmbito da disciplina e no seu ensino.

Romano Martinez é um nome incontornável do Direito do Trabalho Português pela obra que deixa, sendo o seu contributo essencial para o desenvolvimento desta área científica.

Esta marca indelével tem ponto alto com o processo de codificação do Direito do Trabalho, que deu origem ao Código do Trabalho de 2003, o qual, justamente, alguns designam por Código Romano Martínez⁴. Nesta evocação, é adequado revelar o contexto do processo de codificação liderado pelo Professor, até porque se comemoram 20 anos sobre o mesmo.

Corria o ano de 2002 e o Professor Pedro Romano Martinez convocou os seus assistentes na Faculdade de Direito de Lisboa e na Universidade Católica para lançar um desafio: dar resposta ao pedido do Governo português para preparar um Código do Trabalho com vista a sistematizar mais de uma centena de diplomas legais que à data regiam o Direito do Trabalho⁵. Este conjunto de diplomas provinha de diferentes épocas, regimes jurídico constitucionais muitos

3 P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* - Relatório, Lisboa, 1998.

4 A designação foi proposta por Menezes Cordeiro numa conferência sobre os 20 anos do Código do Trabalho e explicitado no texto A. MENEZES CORDEIRO, *O Código Romano Martínez*, RIDT, 2024, Especial (Dez 2024).

5 Assumiram o desafio António Nunes de Carvalho, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luis Gonçalves da Silva e José Manuel Vilalonga.

diversos⁶ e constituía um verdadeiro pesadelo interpretativo para os aplicadores do Direito.

A tarefa de codificação era assim exigente, pois para além da sistematização, era preciso fazer investigação de direito comparado, redigir os textos legais e torná-los coerentes e cientificamente corretos. Existiam, de resto, dúvidas sobre a possibilidade de realizar uma verdadeira codificação.

Lembro a primeira reunião em que o Professor Romano Martinez nos apresentou a tarefa e as reservas com que foi acolhido o prazo em que teria de ser cumprida. Como sempre, o Professor Romano Martinez ouviu a opinião de todos, ponderou-a e traçou as diretrizes para o trabalho, que garantiu ser possível. A incumbência foi aceite com entusiasmo, mas com temor quanto à sua exequibilidade.

Foram meses de trabalho intenso, sempre com a supervisão do Mestre e em julho de 2002, foi apresentado um Anteprojeto de Código do Trabalho que esteve na base do projeto de Lei de Código do Trabalho apresentado em 15 de novembro de 2002 à Assembleia da República.

Depois disso, existiram ainda várias vicissitudes legislativas, tendo o primeiro Código do Trabalho Português entrado em vigor no dia 1 de dezembro de 2003. Passam, por isso, mais de vinte anos sobre a conclusão do processo de codificação do Direito do Trabalho em Portugal, cujo nome maior que lhe está associado é precisamente o de Romano Martínez.

O trabalho então realizado deu ainda oportunidade à publicação de um *Código do Trabalho Anotado*, coordenado pelo Saudoso Mestre e com 13 edições publicadas sob a sua orientação, uma das obras de referência, em Portugal, sobre a matéria⁷.

Diga-se ainda que o processo de codificação, apesar de se ter apresentado como uma sistematização da legislação vigente, foi, em muitos pontos, verdadeiramente inovador, tendo marcado definitivamente a cultura juslaboralista portuguesa.

Destacaria deste processo legislativo dois aspetos que tiveram o impulso do Professor Romano Martinez e que constituíram verdadeiras inovações no âmbito do Direito do Trabalho com especial reflexo na aplicação dos Direitos Fundamentais do Trabalhador⁸.

Em primeiro lugar, o Código do Trabalho, com a sua vertente personalista, autonomizou os direitos de personalidade do trabalhador (e também do

6 Existiam inúmeros diplomas de incidência laboral que eram anteriores à Constituição portuguesa de 1976, a começar pelo diploma fundamental em matéria de direito individual, constituído pelo Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969.

7 De que foi recentemente publicada a 14.ª edição, sem o seu magistério, o que se revelou um trabalho difícil de atualização pela delicadeza de não trair o pensamento daquele que era a pedra angular da anotação.

8 Uma perspectiva da reforma foi feita pelo Insigne Mestre em P. ROMANO MARTINEZ, *A Reforma do Código do Trabalho: Perspectiva Geral*, IN *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, 2004, p. 31 e ss.

empregador) de forma original, regulando um conjunto de proteções que hoje abrangem aquilo que muito anos mais tarde se veio a designar como o direito à proteção de dados pessoais dos trabalhadores.

Com efeito, o Código de Trabalho de 2003 incluiu um capítulo relativo a direitos de personalidade com especial enfoque nos direitos do trabalhador:

- Liberdade de expressão e de opinião (artigo 15.º)
- Reserva da intimidade da vida privada (artigo 16.º)
- Direito à proteção de dados pessoais (artigo 17.º)
- Integridade física e moral (artigo 18.º)
- Testes e exames médicos (artigo 19.º)
- Meios de vigilância a distância (artigo 20.º)
- Confidencialidade de Mensagens e acesso a informação (artigo 22.º)

Como o elenco dos direitos revela, tratou-se de um importante avanço em matéria de direitos de personalidade (direitos fundamentais na perspectiva constitucional), o qual ainda hoje se mantém, com algumas alterações, e serve de referência para algumas questões que o trabalho coloca quando envolve novas tecnologias e o a digital.

Um segundo aspeto inovador do Código Romano Martinez foi a inclusão de uma regulação do teletrabalho. Tratou-se de uma das primeiras leis na Europa com vocação para a proteção dos direitos trabalhador que não presta atividade em local pertencente ou determinado pelo empregador e com recurso a tecnologias digitais.

A percepção do Prof. Romano Martinez do futuro que se avizinhava deu corpo a um conjunto de soluções normativas vertidas no Código que estiveram à altura dos desafios do moderno Direito do Trabalho.

Podemos dizer que a visão do Código, impulsionada pelo Saudoso Mestre, esteve à frente do seu tempo e constitui, ainda hoje, um importante instrumento de garantia para os trabalhadores na concretização que fez dos seus direitos fundamentais no domínio laboral.

Evocar o Professor Pedro Romano Martinez é uma grande honra, embora com um sentido de dor, tristeza e sentimento de orfandade.

O tempo dará o devido lugar ao Insigne Jurista, Académico e Homem Bom que nunca deixou de exercer o direito de cumprir o seu dever⁹.

Não é possível substituir o Prof. Romano Martinez e, por isso, este Congresso sentirá, estou certo, a sua ausência.

Embora com sentimento de perda, é com muito orgulho que lhe presto este tributo.

Pedro Manuel de Almeida Madeira Brito

9 Parafraseando António José Moreira – A razão de ser do XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho in Memoriam do Professor Doutor Pedro Romano Martinez in XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho in Memoriam do Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Coimbra, 2024, p. 29.

Economia e Mercados Digitais: Desafios para o Direito do Trabalho

Paula Vaz Freire

SUMARIO: 1. Introdução. – 2. Contributos da teoria económica da empresa. – 3. Plataformas digitais. – 3.1. Plataformas digitais de trabalho. – 4. Direito do Trabalho: questão central e desafios. – 5. Posições jurisprudenciais e legislativas. – 5.1. Portugal e a consagração legal da “presunção de laboralidade” – 6. Algumas conclusões.

1. Introdução

Uma das áreas mais significativas em que se cruzam o Direito Laboral e a economia digital diz respeito às plataformas de trabalho.

As plataformas digitais são modelos de negócio inovadores e disruptivos que colocam à disposição dos consumidores bens e serviços novos, ou a preços significativamente mais baixos. Muitas delas utilizam uma enorme quantidade de recursos humanos, pelo que o fenómeno da “plataformização” do trabalho e da prestação de serviços tem suscitado preocupações entre os juslaboralistas, nomeadamente, por a designação desses trabalhadores como prestadores independentes os excluir da tutela do Direito do Trabalho, bem como por potenciar o recurso a mão de obra barata, à exploração e à precariedade.

A análise destas realidades passa por uma melhor compreensão sobre o conceito e características económicas das plataformas de trabalho digitais, para o que será útil recorrer aos contributos da teoria da empresa uma vez que essas plataformas consubstanciam formas inovadoras de organização da atividade económica.

2. Contributos da teoria económica da empresa

De acordo com a perspetiva económica neoclássica, a empresa é uma estrutura de *coordenação de fatores de produção*, que permite a criação de produtos ou serviços oferecidos nos mercados, fatores esses que, quando combinados da forma mais eficiente, permitem a *maximização do lucro* através da redução dos custos produtivos.

Esta perspectiva estrita de otimização da função de produção foi complementada pela visão da análise económica do direito, que evidencia a essência da empresa como “feixe de contratos”¹, ou seja, de relações jurídicas de longo prazo (não pontuais ou discretas), cuja incompletude inicial² vai sendo superada, ao longo do tempo, através de normas legais supletivas, da renegociação entre as partes, de ajustes relacionais, entre outras possibilidades de modelação.

Por outro lado, a teoria da empresa há muito que se dedica a explicar e a descrever os fatores que determinam tanto a *dimensão vertical* como *horizontal* da empresa. Tais fatores podem decorrer quer da *estrutura de custos*³ de produção, quer dos denominados *custos de transação*⁴. No primeiro caso, o empresário procura maximizar o lucro através da otimização da quantidade produzida o que determina, em certas situações aumentar a produção por forma a beneficiar de economias de escala, assim como tirar partido de economias de produção conjunta e de rede⁵. A redução de *custos de transação* - por exemplo, custos de busca, de negociação e de celebração de contratos - faz com que a empresa internalize algumas atividades, recorra a contratos de longo prazo com terceiros, designadamente, em áreas como o fornecimento de matérias-primas e a distribuição, ou recorra ao mercado para transações pontuais, quando necessário.

Para a questão em apreciação, importa detalhar melhor a organização vertical, ou verticalização da empresa.

-
- 1 A. A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, em *American Economic Review*, 1972, n. 62(5), p. 777 ss.; M. C. JENSEN, W. MECKLING, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, em *Journal of Financial Economics*, 1976, n. 3, p. 305 ss.; E. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, em *Journal of Political Economy*, 1980, n. 88, p. 288 ss.; S. N. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, em *Journal of Law and Economics*, 1983, n. 26, p. 1 ss.. «A maioria das organizações são simplesmente ficções jurídicas, que servem como um nexo de relações contratuais entre indivíduos»: M. C. JENSEN, W. MECKLING, *op. cit.*, p. 311-312.
 - 2 De acordo com esta perspectiva o contrato de trabalho é um contrato incompleto em que o empregador oferece um salário em troca do qual o empregado concorda em aceitar as instruções do primeiro (H. SIMON, *A Formal Theory of the Employment Relationship*, em *Econometrica*, 1951, n. 19, p. 293 ss.). O contrato é incompleto no sentido de que as duas partes são incapazes de redigir um acordo que especifique completamente o que o trabalhador deve fazer em função do estado do mundo. O trabalhador aceita tal contrato por esperar que as instruções que venha a receber estarão dentro da sua “zona de aceitação”.
 - 3 A. YOUNG, *Increasing Returns and Economic Progress*, em *Economic Journal*, 1928, n. 38, p. 523 ss.; G. J. STIGLER, *The Division of Labor Is Limited by the Extent of the Market*, em *Journal of Political Economy*, 1951, n. 59, p. 185 ss..
 - 4 R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, em *Economica*, 1937, n. 4(16), p. 386 ss.; O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York, 1985, p. 103.
 - 5 Nas economias de escala trata-se de reduzir o custo de produção unitário através da diluição de custos fixos, muito elevados em determinados sectores de atividade, por um número maior de unidades produzidas. A quantidade ótima é alcançada no ponto de escala mínima de eficiência. Entre outros, R. N. LANGLOIS, P. L. ROBERTSON, *Explaining Vertical Integration: Lessons from the American Automobile Industry*, em *Journal of Economic History*, 1989, n. 49(2), p. 361 ss..

De um *prisma estritamente económico*, a expansão vertical da empresa reconduz-se à junção de fases sucessivas do processo produtivo - produção em sentido estrito, logística, distribuição grossista e distribuição retalhista -, enquanto o alargamento horizontal se reporta ao aumento da escala de produção numa determinada fase desse processo.

De acordo com uma *perspetiva jurídica* a verticalização pode operar-se de duas formas, a saber: (i) a integração vertical interna ou *internalização* de diversas fases da produção numa mesma entidade jurídica, pelo que a respetiva coordenação e organização assenta em relações hierárquicas de autoridade *versus* subordinação; (ii) a integração vertical externa ou *controlo* de diversas fases com base em contratos de longa duração, modelados por restrições verticais⁶, com fornecedores de matérias-primas, transportadores, distribuidores, etc. Neste último caso, trata-se de integrar numa “rede”, empresas juridicamente autónomas, mas que partilham *objetivos estratégicos* e se auto vinculam a essas finalidades, pelo que *prescindem* da sua liberdade concorrencial em troca da estabilidade e do valor que atribuem a uma relação contratual duradoura⁷.

Sob este prisma da teoria da empresa, qualificar o trabalho em plataformas pressupõe ponderar (i) se existe uma integração na organização empresarial - integração vertical interna -, ou (ii) uma atividade empresarial independente - num quadro de integração vertical externa.

A jurisprudência de vários países europeus tem vindo a considerar que, à ponderação dos elementos mais tradicionais como a *direção* e o *controlo* das tarefas, há que juntar elementos de integração organizacional como fatores-chave para a determinação da natureza do trabalho desenvolvido através de plataformas⁸. O foco destas análises tem-se centrado em apurar se, *perante o mercado*, os prestadores se apresentam como empresas independentes e se estão envolvidos numa atividade empresarial genuína. Assim, para concluir se há ou não uma atividade empresarial autónoma importa ponderar (a) a aparência e perceção criada junto dos clientes (o uso de sinais distintivos identificativos da plataforma reforça a presunção de dependência); (b) a assunção do risco económico, entendido principalmente

6 P. V. FREIRE, *Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, AAFDL, Lisboa, 2008.

7 J. C. JARILLO, *On Strategic Networks*, em *Strategic Management Journal*, 1988, n. 9(1), pp. 31-41: p. 32; V. CHASSAGNON, *Firme (-réseau) et Relations de Pouvoir: Une Analyse Théorique*, em *Économie Appliquée*, 2010, n. 63(2), p. 23 ss.; B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, *The Vertical Network Organization: What are the Challenges for Incomplete Contracts Theories and What are the Theoretical Implications for the Boundaries of the (Hub-) Firm?*, em *Journal of Management and Governance*, 2012, n. 16(2), p. 285 ss.; W. W. POWELL, *Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization*, em *Research in Organizational Behavior*, 1990, n. 12, p. 295 ss.; B. UZZI, *Social Structure and Competition in Interfirm Networks: The Paradox of Embeddedness*, em *Administrative Science Quarterly*, 1997, n. 42(1), pp. 35-67.

8 *Jurisprudence of national Courts confronted with cases of alleged misclassification of platform workers: comparative analysis and tentative conclusions*, ECE, European Commission, 31.8.2022, p. 56.

como investimento na empresa e participação nos ganhos e perdas; (c) a possibilidade de exploração de oportunidades de mercado *versus* a total dependência da plataforma para que a atividade seja exercida; e (d) o uso na respetiva atividade de materiais, infraestrutura produtiva e organização empresarial próprios⁹.

3. Plataformas digitais

As plataformas digitais podem ser, sumariamente, definidas e caracterizadas como formas de organização e criação de valor baseadas na tecnologia digital, e constituem os principais protagonistas dos “novos” mercados. Com efeito, as *plataformas multilaterais*, são os atores mais relevantes dos mercados digitais, tanto por só surgirem neste contexto, como pelo facto de, pela sua dimensão e natureza, a respetiva atuação produzir efeitos globais, ou seja, influenciar o comércio à escala internacional.

Trata-se de modelos de negócio alternativos, aos modelos *lineares* de conversão de *inputs* em *outputs*, e obtêm lucros através da coordenação de grupos distintos de agentes. Agem, portanto, como intermediários que aproximam indivíduos e/ou empresas de acordo com padrões inovadores de interação sendo, por isso, capazes de alterar radicalmente sectores de atividade tradicionais e de criar formas alternativas de geração de valor. Está-se, portanto, perante um modelo *triangular* de negócio, em que as plataformas não produzem bens e serviços diretamente transacionáveis nos mercados, mas sim informação valiosa que possibilita a interação entre os que procuram satisfazer uma necessidade económica e os que dispõem dos meios para alcançar esse resultado¹⁰.

Em suma, as *multisided platforms* partilham como características:

- (i) criar *relações de intermediação* entre grupos, e relações entre mais do que um grupo de consumidores, com diferentes estruturas de procura;
- (ii) gerar *eficiência*, ao reduzir significativamente os custos de transação e de coordenação entre diferentes grupos, criando valor acrescentado para todos. O mesmo é dizer que através da gestão de informação fazem o *matching* e investem no aperfeiçoamento dos algoritmos para melhor responder às expectativas e assegurar o bom funcionamento das transações;
- (iii) promover a *inovação*, a *flexibilidade* e a *interligação* entre novas funcionalidades, formando ecossistemas digitais;
- (iv) gerar efeitos indiretos de *externalidade de rede*, na medida em que a procura de cada lado depende da do outro, criando-se uma dinâmica de autorreforço e

9 *Idem*, pp. 56-59.

10 P. DIEUAIDE, *Grey Zones and Triangulation of the Employment Relationship in Globalisation: A Business Policy Approach*, em *Transfer Eur. Rev. Labour Research*, 2018, n. 24(3), p. 297 ss.; C. BENAVENT, *Plateformes*, FYP Éditions, Limoges, 2016.

de correlativo aumento de dimensão; em função dos baixos custos marginais este crescimento pode conduzir a uma dinâmica de “winner-take-all”;

- (v) não deter *ativos físicos* significativos;
- (vi) ser, em regra, apoiadas por *capital de risco*;
- (vii) não necessitar de uma *conexão local* para funcionar num dado mercado, pois a detenção e domínio da informação permite gerir recursos e organizar tarefas de modo remoto.

3.1. Plataformas digitais de trabalho

As plataformas digitais de trabalho, em especial, são redes digitais que utilizam tecnologia, como algoritmos de *software* e análise de dados, para *conectar trabalhadores com clientes*, atribuir tarefas e gerir transações, monitorizando o seu desempenho.

Dependem de um grande conjunto de pessoas que, mediadas pela plataforma, executam tarefas e prestam serviços sendo, aliás, o volume de indivíduos envolvidos nas transações determinante para o sucesso da plataforma uma vez que é sobre esse fator que assenta a geração de externalidades positivas indiretas. Por outras palavras, quanto maior for o número de motoristas Uber, maior será a satisfação dos clientes e a crescente adesão de novos agentes de ambos os lados do mercado.

Logo, às características anteriores há que juntar dois outros aspetos que tendem a caracterizar as plataformas digitais de trabalho:

- (viii) funcionam com um número mínimo de funcionários permanentes; e
- (ix) não pagam salários aos seus milhares de *crowdworkers* que conectam.

Como facilmente se compreende, a crescente difusão das plataformas digitais teve um profundo efeito transformador no mundo do trabalho.

Por um lado, há inegáveis vantagens associadas ao trabalho intermediado por plataformas digitais, tais como, a *liberdade de entrada e de saída* do mercado, permitindo a obtenção de acréscimos de rendimento, pela cumulação de atividades produtivas com formas tradicionais de trabalho subordinado; o *uso eficiente de recursos*, como horas disponíveis, meios de transporte ou imóveis, antes utilizados apenas num quadro familiar; a realização de atividades remuneradas com um *elevado grau de flexibilidade e de autonomia*; o proporcionar de *oportunidades àqueles que enfrentam discriminação* nos mercados de trabalho tradicionais, uma vez que, frequentemente, os clientes não sabem o género, a idade, a educação, a etnia ou a orientação sexual do prestador.

Por todos estes aspetos positivos as plataformas de trabalho foram inicialmente consideradas como meios notáveis para a consolidação da “economia colaborativa”.

Os aspetos negativos associados às plataformas digitais de trabalho foram sendo gradualmente evidenciados. Assim, chama-se a atenção para o facto de as plataformas digitais não atuarem apenas como mediadores terceiros de

serviços informativos, desempenhando também uma *função prescritiva modeladora dos processos de decisão dos agentes*, tanto consumidores como prestadores. Quanto a estes últimos, foi amplamente demonstrado que nalgumas plataformas existia a intencionalidade em condicionar o respetivo comportamento e em criar dependência¹¹. Ora, esta forma de atuar, para além de eticamente questionável, vai para além da simples *coordenação*, tratando-se mais do desempenho de funções de *direção* sobre a concretização de uma tarefa.

Aponta-se, igualmente, para o facto de a relação jurídica entre as empresas de plataforma e os trabalhadores ser definida através de *contratos de adesão*, determinados unilateralmente pela plataforma e, embora os trabalhadores tenham a opção de rejeitar estes acordos, não têm possibilidade de negociar os seus termos, sendo obrigados a aceitá-los para aceder ao trabalho na plataforma e obter rendimentos.

Outras preocupações respeitam ao controlo através de gestão algorítmica, pois uma vez que os algoritmos se baseiam na recolha e no processamento de grandes quantidades de dados, tal pode representar uma ameaça à *privacidade* dos agentes envolvidos.

No entanto, a grande questão ou problema nuclear reporta-se ao facto de os trabalhadores das plataformas serem, na maioria dos casos, *contratados como prestadores de serviços independentes* – denominados como “parceiros” – o que significa que não lhes é formalmente reconhecida uma relação laboral, pelo que não estão abrangidos por direitos laborais, como subsídios de doença ou férias, salários mínimos, pensões por aposentação, etc.

11 A Uber utilizou formas de incentivos da conduta dos prestadores para alinhar a atuação destes com a estratégia de maximização de lucros da empresa. Identificaram-se três categorias de “nudges”: incentivos para “trabalhar cada vez mais”, como o envio de propostas de antes que os motoristas terminassem o seu período de trabalho; incentivos para superar a “aversão à perda de lucros”, informando-os sobre os locais de elevado rendimento e procura; “nudges” que visam “desenvolver o envolvimento, o prazer ou a diversão no trabalho”, através da criação de um sistema de bónus pela concretização de objetivos definidos diariamente pelos próprios condutores. Os motoristas não tinham a opção de não receber as notificações enviadas pela plataforma. O uso de “nudges” pela gestão da Uber – na fronteira entre a informação e a manipulação – foi objeto de intensas críticas tendo a empresa posto termo a estas práticas. New York Times (2017) “How Uber Uses Psychological Tricks to Push Its Drivers’ Buttons”, <https://www.nytimes.com/interactive/2017/04/02/technology/uber-drivers-psychological-tricks.html>.

B. UZUNCA, J. KAS, *Automated Governance Mechanisms in Digital Labour Platforms: How Uber Nudges and Sludges its Drivers*, em *Industry and Innovation*, 2023, n. 30(6), p. 664 ss.

Na plataforma os prestadores são dominados pela assimetria de informação e por processos invisíveis de atribuição.

4. Direito do Trabalho: questão central e desafios

Para o Direito do Trabalho a questão central, neste domínio, é a da qualificação da relação jurídica entre os que oferecem a sua força de trabalho a plataformas digitais, de intermediação com consumidores finais, e essas mesmas plataformas. Por outras palavras, trata-se de perceber se se está perante uma situação jurídica laboral em que, por definição, a atividade é desenvolvida de forma *subordinada*, ou se o trabalhador desempenha uma atividade *independente*, não havendo, por isso, contrato de trabalho¹². Ora, se esta distinção nem sempre se revela fácil nas situações tradicionalmente analisadas pelo Direito do Trabalho - sendo extenso o labor doutrinal e jurisprudencial neste domínio -, a diferenciação entre trabalho autónomo e trabalho subordinado é ainda mais desafiante no contexto da economia digital.

O contexto digital vem desafiar o Direito do Trabalho a diversos níveis. Desde logo, desafia este ramo do Direito a *reconfigurar conceitos basilares* como a noção de “trabalhador” e o conceito de “estabelecimento”, uma vez que a relação presencial entre empregado e empregador, é substituída por um ambiente aberto - não fisicamente circunscrito ou geograficamente localizado -, não raras vezes global e transnacional. Ou, ainda, as noções de “empresa” e de “ativos” que as normas laborais utilizam para identificar os elementos inerentes à entidade económica que atua como empregador. Outro desafio reconduz-se ao facto destes modelos tenderem a contribuir para o agravamento dos *desequilíbrios de poder* entre empresas e trabalhadores, dado que a mudança para um “local” de trabalho digital e disperso agrava a vulnerabilidade dos trabalhadores, e isola-os de dinâmicas de mobilização e de sindicalização¹³. Acresce que, por aumentarem a concorrência no mercado de trabalho, conduzem, frequentemente, a uma *deterioração* acentuada dos salários e das condições de trabalho¹⁴.

Por estas razões, as plataformas digitais de trabalho têm vindo a ser denunciadas como ameaças ao trabalho assalariado e aos direitos dos trabalhadores. Com efeito, a plataforma ao ter por função gerir grandes quantidades de “força de trabalho” retoma, de algum modo, o modelo clássico de pura análise do

12 P. R. MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10.^a ed. Almedina, Coimbra, 2022, p. 144. Como explica o autor, “a subordinação técnico-jurídica pode ser entendida em sentido amplo, abrangendo três realidades: a alienabilidade; o dever de obediência; e a sujeição ao poder disciplinar do empregador. Estas duas últimas (dever de obediência e sujeição ao poder disciplinar) correspondem à subordinação em sentido restrito, que se pode traduzir na sujeição laboral”, p. 145.

13 S. RAINONE, *Digital and Remote Work: Pushing EU Labour Law beyond its Limits*, em N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, A. PIASNA, S. RAINONE (eds.), *The Future of Remote Work*, ETUI, 2023, pp. 163-164.

14 J. DRAHOKOUPIL, B. FABO, *The Platform Economy and the Disruption of the Employment Relationship*, em *ETUI Policy Brief*, 2016, n. 5, p. 1 ss.. EUROFOUND, *Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

trabalho como outro qualquer fator de produção, cujo preço se encontra exclusivamente dependente da oferta e da procura tanto no mercado de trabalho, como no mercado da prestação de serviços. Assim, o enquadramento institucional de proteção e de garantia de direitos individuais e coletivos associados à pessoa do trabalhador parece ser alheio a este modelo de organização.

5. Posições jurisprudenciais e legislativas

Atentas as questões, dúvidas e preocupações suscitadas pelo trabalho nas plataformas digitais e pela necessidade de proteção daqueles que desenvolvem atividades produtivas nesses contextos, os tribunais de diversos ordenamentos jurídicos foram chamados a pronunciar-se, e os legisladores têm vindo a consagrar soluções normativas específicas. A respeito deste último aspeto, irá analisar-se apenas a alteração introduzida em Portugal.

As decisões jurisprudenciais neste domínio partilham da ideia de que descortinar a existência de subordinação e dependência, no contexto das plataformas digitais de trabalho, pressupõe uma apreciação casuística, o que não raras vezes é uma tarefa complexa pelo facto dessas plataformas não serem uniformes e de estarem em constante mudança.

Diversas decisões judiciais têm vindo a entender que existe uma relação de trabalho dependente e subordinado entre condutores, estafetas (*riders*) e as plataformas digitais que operam na área dos transportes individuais e das entregas. Assim, em 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que a «a Uber exerce uma influência decisiva nas condições da prestação desses motoristas», numa decisão que orientou o foco da atividade desta plataforma para a prestação do serviço subjacente (serviço de transporte) e não para a intermediação digital¹⁵. Em França, no ano de 2018, foi entendido que a existência de um sistema de geolocalização e de um sistema de bónus e penalizações eram duas ferramentas digitais de gestão características de uma relação de subordinação entre uma plataforma e um entregador¹⁶. Em 2019, no Reino Unido, o *Supreme Court* considerou os motoristas da Uber como trabalhadores desta empresa, condenando-a a pagar-lhes o salário mínimo nacional e a atribuir-lhes, pelo menos, 28 dias de férias remuneradas¹⁷. Em Espanha, uma decisão de 2020, também concluiu que a Glovo não era um mero intermediário, mas sim uma empresa que presta serviços de entrega e correio, estabelecendo as condições essenciais dessa prestação e sendo proprietária dos bens essenciais ao exercício

15 Acórdão do TJUE *Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain, SL*, Proc. C-434/15, para. 39.

16 Caso “Take Eat Easy” Cour de Cassation, 28 novembre 2018, em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037787075/>.

17 Case ID: UKSC 2019/0029, *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, em <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>.

da atividade, e pronunciou-se, por isso, pela existência de contratos de trabalho subordinados entre a Glovo e os seus estafetas¹⁸.

Em sentido diverso vai a decisão do *Supremo Tribunal Federal* (STF) do Brasil¹⁹, que concluiu pela não existência de vínculo empregatício entre um aplicativo de transporte e os respetivos motoristas. Revertendo sentenças anteriores, o STF considerou que a relação entre empresas de aplicativos e os motoristas representa uma “nova forma de trabalho” – baseada no princípio constitucional da livre-iniciativa – que possibilita o aumento de emprego e de rendimento, além de promover a liberdade dos trabalhadores.

5.1. Portugal e a consagração legal da “presunção de laboralidade”

No ordenamento jurídico português, em 2023²⁰ o Código do Trabalho introduziu, no artigo n.º 12º-A, uma norma que estatui uma «Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital». Seguiu-se o entendimento das instâncias da União Europeia, à data, neste domínio, constante da Proposta de Diretiva de 2021²¹.

Assim, a lei portuguesa veio estabelecer uma *presunção legal* de existência de relação de trabalho entre a plataforma de trabalho digital e o prestador de atividade, quando se verificarem algumas das seguintes características: (a) a fixação, pela plataforma, da *remuneração* do trabalho ou o estabelecimento de limites máximos e mínimos; (b) o exercício do poder de *direção* da plataforma sobre o prestador, designadamente através da definição de regras específicas; o controlo e fiscalização pela plataforma da prestação da atividade do prestador de atividade; (c) a restrição pela plataforma da autonomia do trabalhador quanto à *organização* do trabalho; e (d) o exercício pela plataforma de *poderes laborais*, como o poder disciplinar sobre o prestador.

A presunção pode ser ilidida, nomeadamente se a plataforma digital fizer prova de que o prestador trabalha com efetiva autonomia, não estando sujeito ao controlo, poder de direção e poder disciplinar de quem o contrata (artigo n.º 12º-A n.º 4).

Quando se conclua pela existência de contrato de trabalho, aplicam-se as normas previstas no Código do Trabalho «que sejam compatíveis com a natureza

18 Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentença N.º 805/2020, de 25 de setembro de 2020, em <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ061667.pdf>.

19 Decisão de 5 de dezembro de 2023, Medida Cautelar na Reclamação 60.347 Minas Gerais, em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL60347.pdf>.

20 Lei n.º 13/2023, de 3 de abril: Altera o Código do Trabalho e legislação conexa, no âmbito da agenda do trabalho digno, em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/13-2023-211340863>.

21 Consagrado na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais (2021); até ao momento, os 27 Estados-Membros não chegaram a acordo para a adoção dessa Diretiva, em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762>.

da atividade desempenhada, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima, férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação» (artigo n.º 12º-A n.º 9).

6. Algumas conclusões

A designada “uberização” do trabalho não pode deixar de causar preocupação nas sociedades contemporâneas e de suscitar a atenção dos respetivos ordenamentos jurídicos.

A conceção própria do capitalismo novecentista e da Economia clássica, que reconduzia o trabalho à dimensão de fator de produção, há muito que foi superada. A indissociabilidade do indivíduo, o reconhecimento dos direitos humanos, a consagração jus constitucional de direitos fundamentais de segunda e de terceira geração, o advento do Estado social, a prossecução de uma “economia social de mercado”, entre outros aspetos, representam um adquirido no sentido da dignificação do trabalho que não pode ser revertido, devendo sim ser aprofundado.

No atual contexto de inovação, o debate sobre o papel a desempenhar pelo Direito e pela política do trabalho não pode ser feito nos moldes tradicionais, quer porque a qualificação como “trabalhador” suscita questões e dúvidas como porque, mesmo classificando as atividades desenvolvidas no âmbito das plataformas digitais como trabalho dependente, daí não pode decorrer uma aplicabilidade estrita do direito do trabalho, mas antes uma adaptação e aplicação de direitos e obrigações específicos para o trabalho em plataformas digitais.

Assim, crê-se que não se pode verificar uma total e acrítica subsunção dos prestadores de atividade em plataformas digitais ao estatuto e regime jurídico de trabalhador subordinado. A ser assim, ficariam rapidamente comprometidas as vantagens e características, associadas a estes modelos de organização inovadores.

Com efeito, a sua expansão e sucesso decorre da geração de *ganhos* para os intervenientes diretos nessas relações triangulares: clientes, prestadores e plataformas. Por outras palavras, as plataformas digitais de trabalho vieram aumentar, muito significativamente, o número de transações, o que, como sabemos, se traduz em benéficos acréscimos de bem-estar total.

Ora, a obtenção de tais vantagens só é possível por se tratar de formas de organização empresarial baseadas na *flexibilidade*. Não será difícil antever que se uma plataforma na área do transporte automóvel, “internalizar” todos os seus motoristas como trabalhadores subordinados, o seu número diminuirá substancialmente em virtude dos maiores custos a suportar pela empresa, os preços para os clientes aumentarão, e nada a passará a distinguir de uma empresa tradicional.

Estas considerações também não significam advogar a ausência de tutela jurídica dos prestadores de atividades, mas sim atender às especificidades da sua situação jurídica e, talvez, explorar o caminho da criação de uma nova modalidade de contrato de trabalho²².

Em cumulação com esta perspectiva, crê-se que a resposta para a proteção desses “trabalhadores digitais” não pode ser alcançada apenas no âmbito do Direito do Trabalho mas, em boa parte, por via da regulação. Pense-se, por exemplo, na criação de modelos de seguro de grupo para acidentes de trabalho, em que sejam tomadores as plataformas e todos os prestadores. Ou, na definição diferenciada dos encargos para a segurança social a suportar pelos agentes envolvidos na “economia de plataforma”.

Em conclusão, para responder ao atual contexto de inovação a doutrina e o legislador terão de encontrar formas também inovadoras de proteção dos direitos dos prestadores.

22 J. L. AMADO, *As Plataformas Digitais e o Novo Art. 12.º do Código do Trabalho: Empreendendo ou Trabalhando*, em *Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça*, 2023, p. 129; M. KENNEY, J. ZYSMAN, *Work and Value Creation in the Platform Economy*, em S. P. VALLAS, A. KOVALAINEN (eds.), *Work and Labor in the Digital Age*, Emerald Publishing, 2019, p. 13 ss..

Internet e i diritti di espressione della personalità e della libertà di comunicazione

Chiara Tenella Sillani

Il tema oggetto del mio intervento riguarda più specificamente il rapporto tra la “Rete” e, in particolare, i cd. “*social*”, e il diritto alla libera manifestazione del pensiero, intrinsecamente correlato al diritto ad una informazione pluralista, a sua volta base necessaria per lo sviluppo e il funzionamento della democrazia¹.

Del ruolo di *Internet*, in tale ambito, si possono evidenziare aspetti positivi e negativi; l'importante è essere consapevoli di come effettivamente esso opera, al fine di evitare facili entusiasmi o radicali opposizioni.

È indubitabile come tale fenomeno abbia profondamente cambiato il nostro modo di comunicare e di esprimere opinioni, consentendo teoricamente a tutti (purché muniti di un *computer*, di un *tablet*, di uno *smartphone*, connessi a *Internet*) di fornire notizie, commentare quelle immesse in rete da altri, proporre idee, formulare critiche, postare foto e video, utilizzando un *social media* o creando un proprio sito o un *blog*.

La “rete” consente, in definitiva, attraverso le potenzialità della cd. *net freedom*, di valorizzare le libertà dell'individuo consentendogli di manifestare il proprio pensiero, espressione più diretta e preziosa della sua personalità (nel senso di cui all'art. 21 della nostra Costituzione o dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e, al contempo, di ricevere l'opinione di altri, in un rapporto virtuale che reciprocamente si alimenta, diffondendo informazioni ed idee a costi irrilevanti, senza barriere geografiche o ricorso ad intermediari politici, dei quali anzi si alimenta un controllo più capillare essendosi moltiplicati i *watchdog* del potere.

Se tali “scambi” possono facilmente realizzarsi negli Stati liberali e democratici, sono viceversa visti con sfavore in quelli totalitari o autocratici, gelosi custodi del “pensiero unico”, per i quali la libera circolazione delle idee e di modelli culturali differenti rappresenta un pericolo: in proposito, è sufficiente pensare

1 La letteratura in materia è già ricchissima; limitandosi a quella italiana più recente, cfr. T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dir. informazione e informatica*, 2017, 4-5, p. 657 ss.; ID., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, *ivi*, 2020, 3, p. 465 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, *ivi*, 2015, 2, p. 275 ss.; M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Media Laws*, 2018, 3, p. 39 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, 1, p. 28 ss.; O. POLLICINO, *Ruoli e responsabilità in rete*, in AA.VV. *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 336 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

all'atteggiamento di quei governi (come, ad esempio, quello russo, cinese, turco) che oscurano siti di diretta derivazione "occidentale" ovvero ne rendono l'accesso controllato², oppure che sfruttano le potenzialità delle nuove tecnologie a fini di propaganda, distrazione, sorveglianza³.

Nella prospettiva dell'esercizio dei diritti di libertà, in effetti, un rilevante ruolo possono avere i *social network* anche nel promuovere o incentivare manifestazioni e rivolte (si pensi alla ormai tramontata "Primavera Araba"; ma anche alle proteste delle donne iraniane oppresse dal regime islamico (soprattutto dopo la morte violenta di Mahsa Amini, avvenuta a seguito dell'arresto condotto dalla polizia religiosa con l'accusa di aver indossato male l'hijab), oppure alla diffusione dei movimenti ambientalisti. Sulla stessa linea si rileva, più in generale, come le tecnologie digitali possano contribuire all'elaborazione di nuove forme di azione politica collettiva, a fronte della crisi dei partiti tradizionali, salvo scoprire (come nel caso del nostro movimento "Cinque Stelle", ormai pienamente integrato nel deprecato "vecchio sistema") che le consultazioni *on-line*, lungi dal dare "voce alle piazze", servono soltanto per formalmente legittimare scelte già adottate da pochi in altra sede⁴.

A parte questi riferimenti a vicende "nostrane", è indubitabile, in conclusione, come *Internet* ampli la sfera di libertà delle persone e ne rafforzi la partecipazione democratica alla vita della propria Nazione e dell'intero Mondo⁵: è questa, invero, la "*ricchezza delle reti*", come definita da uno studioso americano⁶, con riguardo all'attuale assetto dell'informazione e della comunicazione.

A fronte di quest'anima luminosa, *Internet* rivela però molteplici aspetti problematici che ne offuscano grandemente l'aurea di trionfante democraticità o, quantomeno, l'assunto carattere neutrale.

2 Tuttavia, la dottrina evidenzia come i tentativi, da parte di alcuni regimi autoritari, di limitare l'accesso alla rete rischiano di comportare ingenti perdite economiche: «come dimostra il caso del tentativo di oscuramento delle comunicazioni in rete compiuto dal governo egiziano nel febbraio 2011, e conclusosi con la revoca del blocco dopo appena 5 giorni (...): in tal senso, M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 279 s.; in particolare, «i cinque giorni di blocco dell'accesso ad internet – secondo l'organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) – provocarono una perdita di circa 90 milioni di dollari USA di ricavi in seguito all'arresto delle telecomunicazioni e dei servizi di internet, pari a circa 18 milioni al giorno e al 3-4 per cento del PIL annuo egiziano»: cfr. M. CASTELLS, *Reti di indignazione e speranza. Movimenti sociali nell'era di internet*, Milano, 2012, p. 42). In proposito, anche T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, cit., p. 659 ss.

3 Cfr. M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 279 s.; F. PIZZETTI, *Partiti politici e nuove tecnologie (relazione al convegno su "Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione")*, in *Federalismi.it*, n. 21, 5 novembre 2008.

4 M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 290.

5 A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto tra privati e amministrazioni*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 249.

6 YOCHAI BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006.

Se infatti la “rete” è aperta a miliardi di potenziali fruitori, a gestirne gli accessi sono un esiguo numero di multinazionali che operano in regime di oligopolio (tra le più importanti: *Google, Facebook, X ex Twitter, YouTube, Instagram*).

Tali *tech companies* sono soggetti privati la cui finalità principale è il profitto: da ciò consegue che ogni attività che l'utente compie attraverso la rete (informarsi, manifestare la propria opinione, guardare un evento sportivo, cercare lavoro, relazionarsi con amici o sconosciuti, ecc.) viene memorizzata e trasformata in dati e cioè in beni immateriali di natura patrimoniale passibili di commercializzazione.

Come correttamente viene evidenziato, «nel momento stesso in cui l'utente utilizza le tecnologie digitali per esercitare le proprie libertà [costituzionali], diviene contemporaneamente parte (e, talora, anche *oggetto*) di una transazione economica; e riesce difficile credere che questa dimensione economica, che struttura e condiziona integralmente gli strumenti di esercizio delle libertà, non finisca con l'innervare profondamente le stesse modalità di esercizio delle libertà, ciò che da esse ci si attende, i loro effetti e, in ultima analisi, il loro stesso contenuto»⁷.

Esemplare quello che accade con riguardo al diritto ad essere informati che della libertà di espressione costituisce una declinazione, come chiaramente risulta dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui: «Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

È un dato indiscusso come il numero di persone che utilizzano *Internet* per avere accesso alle notizie sia in esponenziale aumento in tutto il mondo; a ciò si correla una diminuzione del ricorso ai media tradizionali e, in particolare, ai giornali (oggi peraltro pubblicati anche *online*), i quali vedono altresì ridurre la loro principale fonte di introiti ovvero la pubblicità, assorbita dai giganti del *web*.

Ma chi offre le informazioni? E come esse giungono all'utente?

La “rete”, si è già detto, consente a chiunque di pubblicare e commentare notizie di carattere politico, economico o sociale, fatti di cronaca lieti o più spesso tristissimi, eventi personali per lo più irrilevanti, ecc.; essa permette, in definitiva, che ciascuno possa farsi “giornalista”, posto che, come sosteneva Luigi Einaudi nel lontano dicembre del 1945 (alla vigilia della Costituente): «Giornalisti sono tutti coloro che hanno qualcosa da dire o che semplicemente sentono di poter dire meglio o presentar meglio la stessa idea che gli altri dicono o presentano male...»⁸. Le parole di Einaudi, uno dei padri fondatori della Repubblica italiana, nonché tra i maestri del liberalismo mondiale, benché finalizzate a chiedere

7 M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 278.

8 L. EINAUDI, *Il buongoverno*, Laterza 1973, Vol. II, p. 627 ss.

l'abolizione dell'Ordine dei Giornalisti (quale inutile eredità di caste chiuse e di corporativismi), sembrerebbero profetiche nell'era dei *blog* e dei *social network*.

La realtà è però oggi completamente diversa e difficilmente può riproporsi quel modello che per Einaudi consentiva di selezionare i giornalisti migliori, perché capaci di offrire le cronache meglio documentate, con fonti attendibili e controllabili, e i commenti più approfonditi ed efficaci per la formazione di una opinione pubblica partecipe e consapevole; e cioè quel modello che affidava ai lettori il compito di selezionare le testate più affidabili (e magari anche coerenti con il proprio credo politico), in un mercato editoriale aperto e concorrenziale a garanzia del pluralismo informativo.

Da un numero limitato, ma verificato e attendibile di notizie diffuse da operatori professionali in competizione tra loro, caratteristico della comunicazione tradizionale che lasciava al cittadino la libertà di scegliere se leggere un giornale oppure un altro o di decidere quale canale radiotelevisivo seguire o non seguire, si è passati, tramite *Internet*, a una produzione totalmente aperta e decentralizzata di un'ininterminabile ed incontrollabile oceano di informazioni, opinioni, valutazioni critiche, rapidamente propagate in rete, grazie alla spinta della condivisione (in particolare tramite i *like*).

Di fronte a questo nuovo e dilagante modello di distribuzione dell'informazione, e, più in particolare, di una "informazione fai da te"⁹, l'utente è – o, meglio, sarebbe – impossibilitato a svolgere la funzione assegnatagli dalla celebre teoria americana del "*mercato delle idee*" (*marketplace of ideas*) (sostanzialmente condivisa dall'evocato Einaudi), secondo cui nella competizione tra differenti opinioni – espressione del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero – ciascuno, quale consumatore razionale del prodotto "informazione", ha la possibilità di valutare e di scegliere quelle ritenute migliori, destinate quindi a prevalere – in un mercato concorrenziale – su quelle di scadente qualità (perché fondate su dati falsati o totalmente inventati, su preconcetti e ignoranza, letture faziose della realtà, ecc.).

Il sistema organizzato dai colossi del *web* opera, infatti, in modo differente da quello tradizionale, per cui la capacità di scelta del fruitore di informazioni è resa inoperante non solo per il numero ingestibile di notizie immesse in rete, ma anche e soprattutto per il fatto che esso viene raggiunto solo da quelle che il sistema ritiene rilevanti e rispondenti ai suoi interessi.

L'informazione immessa in rete viene infatti ordinata e selezionata dai motori di ricerca che funzionano tramite algoritmi (di cui poco sappiamo circa i criteri operativi, essendo ad oggi protetti dalle leggi sulla proprietà intellettuale), i quali sostanzialmente decidono quali notizie devono essere proposte a ciascun utente e in quale ordine di visibilità, sulla base dei suoi atteggiamenti, preferenze, interessi desunti dai dati ricavati dal suo pregresso e variegato operare sul

9 F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Media Laws*, 2017, 1, p. 51.

web (è il noto fenomeno della “profilazione”), il che favorisce, ovviamente, la sua propensione al “consumo” ed all’uso di quella rete¹⁰.

Tale sistema di intermediazione tra chi produce notizie e chi vuole riceverle, consente un indubitabile vantaggio economico per le multinazionali (quali *Google* o *Facebook*), dal momento che, accrescendosi gli accessi alle pagine dove reperire notizie e commenti, aumentano i ricavi ottenuti dalla “vendita” a terzi, a fini di *marketing*, dei dati degli utenti, nonché dalla cessione onerosa di sempre maggiori spazi pubblicitari; senza dimenticare che le notizie e le attività vengono immesse in rete da soggetti pubblici o privati gratuitamente, consentendo così alle imprese del *web* un rilevante risparmio di costi (taluno parla, in proposito, di appropriazione gratuita del lavoro degli stessi utenti)¹¹.

In definitiva, dunque, i *social network provider* non si limitano a svolgere un’attività di *hosting* neutrale, ma intervengono direttamente nell’organizzazione, nella gestione e talvolta anche nell’*editing* dei contenuti, al fine di aumentare i ricavi derivanti dalla raccolta pubblicitaria.

In questa ottica, si stempera grandemente la questione circa il diritto di accesso ad *Internet*, da declamarsi a livello costituzionale a garanzia del principio di uguaglianza (come a suo tempo proposto da Stefano Rodotà)¹², dal momento che è la stessa logica economica a spingere verso l’estensione di tale accesso a fasce sempre più ampie della popolazione¹³.

Assai meno esaltanti sono gli effetti delle descritte modalità di accesso alle notizie sul diritto fondamentale dei cittadini ad essere correttamente informati.

Molteplici studi hanno ormai acclarato come il filtraggio delle notizie, selezionate secondo i gusti, gli interessi, gli orientamenti dell’utente finiscono per isolarlo in una bolla (la cd. *filter bubble*) ovvero in una sorta di comunità chiusa i cui membri condividono stesse idee, medesime inclinazioni, simili orientamenti politici o religiosi, analoghi pregiudizi che si ergono a verità indiscutibili del gruppo e che portano quindi ad ignorare o a considerare infondate o fuorvianti ogni altra opinione o diversa rappresentazione di un evento¹⁴.

10 E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *Media Laws*, 2019, 1, p. 22; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione, in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Media Laws*, 2017, 1, p. 26 ss..

11 P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 2015, 1.

12 S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, p. 337 ss.

13 M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., p. 279.

14 E. PARISER, *“Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think”*, Londra, 2011.

Sul tema cfr. N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un’“Autorità Pubblica della Verità”?*, in *Media Laws*, 2018, 1, p. 12 ss.; W. H. DUTTON, B. REISDORF, E. DUBOIS, G. BLANK, *Social Shaping of the Politics of Internet Search and Networking: Moving Beyond Filter Bubbles, Echo Chambers, and Fake News*, disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2944191>; E. PARISER, *The filter bubble: what the Internet is hiding from you*, Londra, 2011; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, cit., p. 28 ss..

In tale contesto assumono maggiore rilievo e pericolosità le *fake news* (usanza avente peraltro una storia millenaria), che facilmente circolano in rete, non essendoci quei meccanismi di controllo che fungono da barriere nell'informazione tradizionale, ed essendo gli utenti assuefatti all'idea che le informazioni ricevute siano vere e neutrali. Essi, racchiusi nelle proprie rassicuranti galassie virtuali, sono quindi poco incentivati a mettere in discussione le informazioni che ricevono, a verificarne la provenienza e quindi la veridicità¹⁵.

Tralasciando le false notizie per pubblicizzare prodotti commerciali, assumono rilevanza – per l'argomento qui trattato – quelle di carattere politico o scientifico, finalizzate ad indirizzare i processi decisionali dell'opinione pubblica, attraverso l'ampia diffusione che consente la rete, soprattutto tramite la condivisione, definita «una sorta di catena elettronica di S. Antonio potenzialmente pressoché infinita»¹⁶. Occorre altresì tenere presente come parte delle *fake news* sono originate non da *account* corrispondenti a esseri umani, anche anonimi, ma da *account* coordinati e gestiti da *robot* operanti secondo algoritmi appositamente definiti, il che «rende difficilissimo per gli utenti normali distinguere fra notizie false o falsamente riportate e notizie corrette...»¹⁷. Senza dimenticare che alcune piattaforme *online* hanno integrato l'intelligenza artificiale generativa nei loro servizi (come il motore di ricerca *Bing* di *Microsoft* e il *chatbot Bard* di *Google*), il che porta ancora più facilmente «attori malintenzionati» a generare disinformazione.

Tali tecniche – qui descritte con molta approssimazione – sono estremamente insidiose e dannosissime per il dibattito democratico, dal momento che il loro fine è – appunto – quello di condizionare le opinioni e i comportamenti dei cittadini e degli elettori attraverso una falsa o distorta rappresentazione della realtà o, più in particolare, dell'avversario politico le cui opinioni e atteggiamenti sono raccontati in modo da riversarsi a suo danno. Analogo esito hanno le false o distorte informazioni in campo scientifico, in particolare con riguardo ai trattamenti sanitari e alla salute, destinate a dare voce ad improvvisati pseudo esperti o a medici che si credono depositari di indiscutibili verità (ciò che è successo con riguardo ai vaccini per il Covid19 ne è un chiaro esempio)¹⁸.

15 Cfr. H. ALLCOTT e M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, n. 2, 2017, p. 211 ss.; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020; D. O. KLEIN, J. R. WUELLER, *Fake News: A Legal Perspective*, in *Journal of Internet Law*, Vol. 20, n. 10, 2017, p. 6 ss.; C. VALDITARA, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Dir. informazione e informatica*, 2021, 2, p. 257 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Fake news, un falso problema perché non esistono 'notizie vere'*, in *Key4Biz*, 28 novembre 2017.

16 F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale*, cit., p. 51.

17 *Ibidem*.

18 Cfr. A. SANTOS RUTSCHMAN, *The COVID-19 Vaccine Race: Intellectual Property, Collaboration(s), Nationalism and Misinformation*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 64, 2020, disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3656929>; P. GHEZZI,

Si possono altresì menzionare quei siti (i c.d. *website fake*) che sono deliberatamente programmati per diffondere una informazione “orientata” e destinata a sostenere gli interessi dei governi o delle organizzazioni che li creano e alimentano (il *Russia Today* e *Sputnik* appartengono a questo tipo)¹⁹; oppure quelli che «si presentano con home page e altre caratteristiche editoriali volutamente pressoché identiche a quelle di siti ben noti e molto autorevoli»²⁰.

Altro gravissimo fenomeno, amplificato negli esiti dall'uso di *Internet*, è l'*hate speech* ovvero “i discorsi d'odio”, termine che secondo il Consiglio d'Europa ricomprende: «tutte le forme di espressione miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio fondate sull'intolleranza. Tra cui l'intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata». Non credo occorranò esempi concreti – ve ne sono di recenti e tutt'ora in atto – per significare la pericolosità di tale modo di esprimere le proprie opinioni, considerate le modalità – sopra sintetizzate – con cui l'informazione viene veicolata in “rete”.

Posti in evidenza i pericoli insiti nell'uso di *Internet* rispetto al fondamentale diritto ad essere informati, si tratta ora di individuare quali possano essere i possibili mezzi per contrastare i descritti fenomeni degenerativi ovvero la disinformazione, le *fake news*, gli *hate speech*.

La questione è particolarmente delicata, posto che ogni controllo su ciò che viene pubblicato sui *social* o che circola in “rete” impatta sull'altro, correlato, diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero (di cui all'art. 21 della nostra Carta Costituzionale), anch'esso pilastro della democrazia.

Necessario è, in proposito, un breve cenno agli interventi posti in essere a livello di UE, con i quali si sta cercando di regolare il corretto sviluppo dell'economia digitale in Europa, nel difficile equilibrio tra innovazione, concorrenza, tutela degli utenti, difesa dei diritti fondamentali²¹. Nel perseguire tali obiettivi l'Unione ha in parte abbandonato l'orientamento che caratterizzava la direttiva

P. BANNISTER, G. CASINO, A. CATALANI, M. GOLDMAN, J. MORLEY, M. NEUNEZ, A. PRADOS-BO, P. SMEESTERS, M. TADDEO, T. VANZOLINI, L. FLORIDI, *Online Information of Vaccines/ Information Quality, Not Only Privacy, Is an Ethical Responsibility of Search Engines*, 2021, disponibile al seguente indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3827198>

19 F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale*, cit., p. 53.

20 *Ibidem*.

21 Critico circa le modalità di intervento dell'UE nel regolamentare il mercato digitale ed i servizi delle piattaforme, T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giur. cost.*, 2023, 1, p. 377 ss., secondo cui un eccesso farraginoso di norme complicano il quadro regolatorio e rendono assai difficile l'applicazione delle stesse (esemplare, il recente Regolamento sull'intelligenza artificiale, caratterizzato da 89 “considerando”, 85 articoli (di cui, il 4 di 44 paragrafi); l'Autore suggerisce, invece, un ordine giuridico organizzato «sulla base di norme di principio anziché di dettaglio, su norme a prevalenza promozionali anziché sanzionatorie».

sul commercio elettronico 2000/31/CE, la quale esentava gli “*internet service providers*” (ISP), in quanto fornitori di un servizio di *hosting* neutrale, da obblighi di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e di ricerca di fatti o circostanze che configurino attività illegali, in quanto ciò avrebbe rappresentato per essi un onere sproporzionato.

Nel maggio 2016 la Commissione UE e quattro tra le massime società dell’informatica (*Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* (oggi *X*) e *YouTube*) hanno presentato un «Codice di condotta per contrastare l’illecito incitamento all’odio online». Per garantire che *Internet* rimanga un luogo di espressione libero e democratico, le società si sono impegnate – tra l’altro – a proseguire gli sforzi per combattere i discorsi di odio *online*, elaborando «regole o orientamenti per la comunità degli utenti volte a precisare che sono vietate la promozione dell’istigazione alla violenza e a comportamenti improntati all’odio»; predisponendo «procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all’odio nei servizi da loro offerti»; nonché rivedendo le proprie politiche di funzionamento per rimuovere o disabilitare l’accesso ai contenuti vietati in meno di 24 ore. Nel Codice citato si sottolinea, comunque, la necessità di tutelare la libertà di espressione, che, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, si applica non solo alle informazioni o idee accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a tutte quelle che offendono, sconcertano o disturbano lo Stato o una parte della popolazione. Successivamente al varo del Codice, il 28 settembre 2017, la Commissione ha adottato una comunicazione (n. 555) contenente delle linee guida, destinate alle piattaforme *web*, sulle procedure di segnalazione e azione per contrastare i contenuti illegali *online*. In particolare, la Commissione valorizza la cooperazione fra autorità competenti (giudiziarie e amministrative, nazionali ed europee) e gestori delle piattaforme digitali: le prime devono individuare regole chiare, da indirizzare agli operatori del settore, sulla definizione dei contenuti illeciti e sulle corrette procedure da seguire per eliminarli; i secondi devono approntare soluzioni tecniche idonee a raccogliere efficacemente le segnalazioni riguardanti i contenuti illeciti, in modo da poter provvedere alla loro rapida rimozione. La comunicazione suggerisce altresì che il controllo sulle segnalazioni in ordine a contenuti illeciti non sia affidato solo a strumenti di filtraggio automatico, ma preveda l’intervento umano, e che siano approntate garanzie per limitare il rischio di rimuovere materiale lecito, sostenute da una serie di obblighi di trasparenza volti ad aumentare la responsabilità dei processi di rimozione.

Nel 2018 la Commissione ha altresì attivato una serie di azioni (che vedono coinvolti istituzioni UE, Stati membri, privati) atte ad affrontare la disinformazione *online* al fine di garantire comunicazioni corrette e di qualità e, al contempo, una istruzione all’uso consapevole dei *social media*. Nell’ottobre dello stesso anno è stato sottoscritto dalle piattaforme *online*, dai principali *social network*, dagli inserzionisti e dalle industrie pubblicitarie, il primo documento che stabiliva, a livello mondiale, gli standard di auto-regolazione: il c.d. Codice di condotta sulla disinformazione.

Tale Codice è stato poi modificato e rafforzato nel giugno del 2022, ad esito degli orientamenti pubblicati dalla Commissione nel maggio del 2021 per ovviare alle carenze evidenziate con riguardo all'operare del precedente Codice. In particolare, il Codice rafforzato mira a garantire che i fornitori di disinformazione non beneficino dei proventi pubblicitari. Riconoscendo l'importanza della pubblicità politica nel plasmare la vita pubblica, impegna i firmatari a mettere in atto misure di trasparenza più rigorose, consentendo agli utenti di riconoscere facilmente gli annunci politici fornendo un'etichettatura più efficiente e rivelando lo sponsor e la spesa sostenuta; incentiva le misure volte a ridurre il comportamento manipolativo utilizzato per diffondere disinformazione (ad esempio *account* falsi, amplificazione guidata da *bot*, falsi profili), instaurando una cooperazione più forte tra i firmatari; mira inoltre a proteggere gli utenti attraverso strumenti avanzati per riconoscere, comprendere e segnalare la disinformazione, anche attraverso iniziative di alfabetizzazione mediatica; è altresì prevista una *task force* permanente per garantire controlli sull'attuazione degli impegni, per fornire aggiornamenti ed adeguamenti agli sviluppi tecnologici, economici, sociali, legislativi.

Di particolare rilevanza è inoltre il regolamento 2022/2065 CE rivolto ai fornitori di servizi digitali nell'UE: il c.d. *Digital Services Act (DSA)*, già vincolante dal 25 agosto 2023 per le grandi piattaforme o *Big Tech* (ovvero quelle con oltre 45 milioni di utenti unici in Europa) ed estesa a tutti dal 17 febbraio del 2024. Tale regolamento, pur mantenendo la scelta di non addossare, in linea di massima, alle piattaforme la responsabilità per i contenuti diffusi dagli utenti, impone alle stesse di rimuoverli laddove si rivelino illegali, al fine di prevenire attività dannose e quindi, la diffusione di notizie false o di discorsi d'odio.

Per le maggiori piattaforme e motori di ricerca (designate ad aprile 2023) (tra cui anche *Wikipedia*, *TikTok*, *YouTube*, ecc.) sono stati quindi previsti obblighi di controllo più rigorosi, quali, ad esempio, la condivisione dei propri dati chiave e dei propri algoritmi con le autorità e con i ricercatori autorizzati per comprendere l'evoluzione dei rischi *online*, specifici codici di condotta; prevenzione dei rischi sistemici quali la diffusione di contenuti illegali o con effetto negativo su diritti fondamentali, processi elettorali, violenza di genere, salute mentale; abilitazione degli utenti al blocco delle "raccomandazioni" basate sulla profilazione, ecc. La censura è, ovviamente, vietata, ma è consentito alle piattaforme di impostare in modo proattivo i processi di moderazione dei contenuti, il che ha dato adito a dubbi di legittimità rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

Quanto alle sanzioni, è previsto che la Commissione (la quale ha rilevanti poteri investigativi) possa, a partire dal già ricordato 17 febbraio: applicare ammende fino al 6% del fatturato annuo mondiale in caso di violazione degli obblighi in materia di *DSA*, mancato rispetto dei provvedimenti provvisori, violazione degli impegni; possa altresì: applicare sanzioni periodiche fino al 5% del fatturato medio giornaliero a livello mondiale per ogni giorno di ritardo nell'osservanza di misure correttive o di impegni.

Rilevante è, in definitiva, lo sforzo dell'UE per cercare di garantire che i servizi *on line* offrano un'informazione improntata a correttezza, liceità, trasparenza; un impegno non facile da perseguire trattandosi di attività condizionate dal sempre più veloce progresso tecnologico, come ha ricordato anche la vicepresidente della Commissione europea Vera Jourova, segnalando come la capacità della nuova generazione di *chatbot* di intelligenza artificiale di creare contenuti complessi in pochi secondi solleva «nuove sfide per la lotta alla disinformazione»²² (essa invita pertanto le piattaforme ad aggiungere etichette chiarificatrici a testo, foto e altri contenuti generati da AI).

Di certo, la strada è irta di ostacoli ed anche talune scelte possono sollevare dubbi circa la compatibilità con la tutela del diritto fondamentale alla libertà di espressione. Si segnala, in particolare, che il lasciare alle aziende tecnologiche private la sorveglianza sui contenuti delle comunicazioni, in mancanza di definizioni certe delle categorie di comunicazioni da cancellare e di adeguati strumenti di impugnazione delle decisioni, può produrre una compressione dei diritti degli utenti (usuale è il richiamo al caso della sospensione dell'*account* di Trump ad opera di *Twitter*, dopo l'assalto al Congresso dei suoi sostenitori nel gennaio di tre anni fa). D'altra parte, l'eliminazione di messaggi di *hate speech* dai *social* non previene né ostacola la formazione nell'opinione pubblica di idee basate su intolleranza e discriminazione, ma semplicemente ne impedisce o tenta di impedirne la diffusione attraverso *Internet*, strumento di comunicazione di certo potente e capillare, portandone la manifestazione altrove, ove forse tali atteggiamenti sono meno visibili. In altri termini, si ritiene che la cancellazione *on line* di messaggi d'odio o di false notizie attenui ma non risolva un problema che nasce e si esprime comunque anche *off line*.

Quello che occorre – ma sono affermazioni che si ripetono da tempo immemorabile – per contrastare la disinformazione, nel rispetto del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, è operare sul piano culturale, poiché la cultura (in tutti i suoi ricchi rivoli) ci rende liberi, critici, propositivi e capaci di rispetto per le idee (e la vita) degli altri; occorre educare all'uso dei media e del digitale, rendendo maggiormente consapevoli gli utenti circa gli aspetti positivi e negativi della “Rete”; occorre alimentare il pluralismo informativo e le possibilità di accesso alle conoscenze (impedendo – e qui le regole di cui al *Digital Service Act* saranno importanti – la formazione di quelle “bolle virtuali” esito di incontrollate profilazioni ad opera delle piattaforme).

In tale quadro progettuale, ben si inserisce il convegno che per due giorni vede coinvolti illustri studiosi, importanti giudici e noti esperti, italiani e brasiliani, chiamati ad interrogarsi, in prospettiva comparata e multidisciplinare, di “*Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie*”. E di questo non possiamo che essere grati agli organizzatori.

22 Cfr. https://www.ilsole24ore.com/art/commissione-ue-contro-fake-news-servono-etichette-contenuti-ai-AEMoBwaD?refresh_ce=1

O direito ao esquecimento aplicado nas relações trabalhistas

Paulo Sergio João

SUMARIO: 1. Introdução. – 2. Prolegômenos. – 3. Do contexto geral e europeu. – 4. Contexto laboral europeu. – 5. Aspectos legais da proteção de dados e o direito à privacidade. – 6. Privacidade e relações laborais. – 7. Considerações finais.

1. Introdução

As transformações da sociedade e dos meios de produção ao longo da história impuseram a necessidade de que houvesse uma legislação que acompanhasse as demandas quanto à proteção da propriedade privada, à regulação das relações matrimoniais e os direitos delas decorrentes, ao exercício da liberdade de ir e vir, liberdade de expressão e de manifestação, proteção da privacidade, da honra e da intimidade das pessoas e, na relação de trabalho, proteção decorrente do exercício do trabalho, das manifestações coletivas e forma de organização dos trabalhadores em sindicatos. Nos últimos tempos, com o surgimento da internet, a evolução rápida dos meios tecnológicos na forma de comunicação e na obtenção de dados exigiu do legislador, com urgência, regulamentação na forma de tratamento de dados pessoais, impondo limites e permitindo resistência à veiculação de dados pessoais.

Os fatos e episódios que compõem uma certa sociedade dão a ela personalidade cultural própria e são de extrema relevância na identificação de um povo ou de determinado comportamento social local. Por esta razão, a construção da uma sociedade se faz pelos fatos e pelos atos ocorridos e que são capazes de traçar o perfil sociológico e comportamental da população. Dito de outra forma, os atos e fatos ocorridos se incorporam à sociedade de tal modo que não podem ser suprimidos ou alterados como que pretendendo reeditar a história social e cultural de um povo. Neste sentido, o conjunto de valores culturais da Roma antiga, exemplificativamente, a identificam e permite sua compreensão no campo político, religioso e artístico. Portanto, falar no exercício do direito ao esquecimento, em geral, leva a dificuldades e interpretações nem sempre fáceis.

Quando o tema se restringe à aplicação no direito do trabalho o desafio é ainda maior pois a forma de contratação de trabalhadores se alterou, o fornecimento de dados e coleta respectiva é mais ágil e sem controle claro e direto do interessado. As redes sociais divulgam informações com uma velocidade incontrolável.

A preocupação em torno do tratamento de dados é mundial. A União Europeia desde 1995 (Diretiva 46/95) discutiu o assunto e, em 2016, fixou

regulamento que estabelece os limites do tratamento de dados (2016/679). No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709 de 2018, também fixou parâmetros relativamente ao tratamento de dados no sentido de proteger o direito da personalidade, em especial à privacidade.

Desta feita, colhidos os dados, quais direitos o interessado pode exercer sobre a divulgação ou manutenção de dados? A discussão em torno do tema proposto envolve primeiro, de forma acentuada, o reconhecimento indiscutível do direito da personalidade considerados os direitos dela decorrentes como o direito à privacidade, à intimidade e o direito à liberdade de expressão, tendo sido discutida com mais intensidade nas esferas civis e criminais. O avanço das tecnologias de informação e a facilidade na obtenção e guarda de dados evidenciou a relevância do tema.

Trata-se de questão de natureza sensível que, de uma maneira resumida, abrange, o direito ao esquecimento, os limites de outrem ao direito à privacidade e à intimidade da pessoa envolvida de se opor a que fatos pretéritos possam ser utilizados com a intenção de reproduzir situações indesejadas, a fim de não trazer mais publicidade a fatos por considerá-los impróprios quanto à sua finalidade ou impróprios quanto ao interesse perseguido.

A este assunto foi atribuída a denominação de direito ao esquecimento, expressão inexistente no direito brasileiro, (*“droit à l’oubli, right to be alone”*) do qual seria titular a própria pessoa envolvida ou familiares que poderiam se sentir desconfortáveis com a divulgação de fatos passados para eles considerados indesejados. É manifestação de um desejo de não ser lembrado por razões pretéritas que trouxeram mácula à sua imagem e honra. Trata-se do direito ao apagamento, segundo legislação portuguesa.

Entre nós, tivemos, mais recentemente, o caso Aida Curi, no RE 1.010.606, que deu ensejo à manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), em voto condutor do Ministro Dias Tóffoli, aprovado por maioria, adotando a tese aprovada para o Tema 786, no sentido de que:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível¹.

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 1010606/RJ. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Órgão julgador: Pleno. Data do Julgamento: 11/2/2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em 20/02/2024.

Assim, abordando a tese de fatos passados e por supostos motivos prejudiciais à personalidade e à privacidade da pessoa, análises são efetuadas para trazer no campo laboral o direito ao esquecimento, cuja aplicação é rodeada de dúvidas e reflexões em torno da efetividade de seu reconhecimento.

Deste modo, coloca-se no campo laboral, primeiro, a questão da importância da discussão do exercício desse direito ao esquecimento e, segundo, se, efetivamente, ele pode ser aplicado nas relações laborais.

Para análise sobre o assunto, serão apresentados alguns casos a título exemplificativos e, pelo método dedutivo, a partir da doutrina e de situações concretas, pretende-se chegar a considerações finais quanto ao direito subjetivo do esquecimento no direito brasileiro aplicado nas relações trabalhistas.

2. Prolegômenos

Há uma percepção geral de que a existência ou a possibilidade de comportamentos indesejáveis, fruto da evolução dos tempos e, no caso de nosso foco, a evolução da tecnologia da informação, exige providências legais para combatê-los ou ajustá-los em prol do bem-estar da sociedade. Não seria diferente quando se trata da proteção de dados pessoais cuja finalidade é a tutela de aspectos fundamentais que identificam cada indivíduo, com características inconfundíveis de sua personalidade, razão que se justifica que a Lei Geral de Proteção de Dados abranja, pelo viés dos dados pessoais o direito da personalidade, tutelados, os dados pessoais, nos mesmos moldes dos demais direitos da personalidade.

Muito embora entre nós, brasileiros, não seja um tema que ocupe com destaque os tribunais, o direito ao esquecimento, caracterizado como reação à exposição de dados pessoais, vem ganhando relevância, em forma de estudos preventivos, a partir do crescimento da veiculação de dados pela *internet*.

A história da casuística relata algumas situações. A guisa de ilustração, assim é o caso da Espanha, chamado caso González, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em que o autor pretendeu que seus dados fossem excluídos de ferramenta de busca. A justificativa do autor na ação movida em 2010 foi no sentido de que as notícias veiculadas pelo jornal *La Vanguardia* e a Google estavam desatualizadas pois eram impertinentes, considerando a evolução dos fatos anteriores. Neste caso a sentença internacional, do Tribunal de Justiça da União Europeia, datada de 13 de maio de 2014, deu ganho de causa ao espanhol, e assegurou o direito de que sejam solicitados a eliminação de dados pessoais inseridos na rede social que, embora sejam verdadeiros, o tratamento dispensado apresenta-se de forma inadequada em relação aos fins pretendidos. Antes de direito ao esquecimento, parece tratar-se de direito à desindexação.

Outros casos são citados para ilustrar o exercício do direito ao esquecimento: caso Lebach, na Alemanha (1973) com duas decisões diversas, sendo na

primeira acolhendo o direito e na segunda julgando improcedente autorizando a exibição de documentário sobre o assassinato de quatro soldados.

A União Europeia decidiu, em 2014, que «em determinadas condições os sites de busca na internet são obrigados a eliminar de sua lista de resultados (obtidos depois de uma busca com o nome de determinada pessoa) os *links* para páginas da *web* publicados por terceiros que contenham informações relativas a essa pessoa».

Trata-se da privacidade e da intimidade em confronto com a liberdade de expressão como problemas graves na sociedade da informação.

Em fevereiro de 2007, Viktor Mayer-Schoenberger formulou o que foi cunhado de “*the right to be forgotten*” e que representaria o exercício de um direito de impor que dados pessoais fossem deletados na rede mundial de computadores, garantindo assim a exclusão definitiva.

Na Europa, a Diretiva de Proteção de Dados nº 46/1995 passou por vários debates e, em maio de 2009, a Comissão Europeia organizou conferência especialmente dedicada ao uso de dados pessoais e sua proteção.

Em 25 de janeiro de 2012, o Conselho e Parlamento europeus propuseram a normatização do direito ao esquecimento em uma diretiva e regulamento.

Em janeiro de 2012, dia 22, a vice-presidente da comissão europeia, Viviane Reding, apresentou duas condições como argumento principal a viabilizar o exercício do direito a ser esquecido:

1. O indivíduo não ter mais interesse de que seus dados pessoais sejam processados e ou armazenados por controlador de dados;
2. Inexistência de razão legítima para o controlador manter os dados.

As discussões evoluíram e outros motivos foram elaborados e são frequentemente invocados como condição para o exercício do direito ao esquecimento:

- a. Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua coleta ou tratamento;
- b. O titular dos dados retirou o consentimento;
- c. O titular dos dados poderá se opor ao tratamento de dados pessoais;
- d. O tratamento não respeita o regulamento por outros motivos.

No bojo da discussão sobre o tema foram inseridos princípios considerados essenciais no âmbito da discussão e da proteção da pessoa titular de dados e que devem ser observados na avaliação das razões do exercício do direito ao esquecimento.

No Brasil não há uma legislação que trate exclusivamente do direito ao esquecimento, tal como faz a União Europeia que, além do Regulamento aprovado em 2016, deixa aos Estados-membros a tarefa de analisar caso a caso a possibilidade do exercício do direito ao esquecimento. Entre nós, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) trata do tema não especificamente, mas permitiria ao ousado intérprete que haveria, por via oblíqua, a possibilidade do exercício do direito em algumas circunstâncias.

Portanto, pode-se afirmar, em linha com o que afirma o Supremo Tribunal Federal, que não há direito absoluto ao esquecimento conforme poderá ser analisado no conjunto deste texto.

Todavia, a fim de enfrentar o tema de modo objetivo, cabe a análise de algumas das disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, enfrentando sua finalidade e indagando de que modo, supostamente, dela poderia, se possível, ser extraído o reconhecimento do direito ao esquecimento aplicado no âmbito trabalhista.

3. Do contexto geral e europeu

Desde 25 de maio de 2018 toda organização que venha a tratar de dados pessoais deve observar o regulamento da União Europeia 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas físicas e em relação ao tratamento de dados de caráter pessoal e à livre circulação desses dados.

A divulgação de dados pessoais pela internet se caracteriza pelo baixo custo e com condições de atingir maior número de pessoas. Tal condição trouxe a privacidade como problema grave na sociedade da informação e obrigou que os países se preocupassem em restringir, conforme anteriormente acentuado, o acesso de dados pessoais, condicionando-o a princípios e direitos fundamentais a serem observados.

Desta feita, coloca-se que a relação jurídica que se estabelece está entre dois sujeitos de direito, ou seja, de um lado, as pessoas naturais que desejam a proteção de dados e informações e, de outro lado, os controladores de dados e informações.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia², concluído em 2015, aplicável a partir de maio de 2018 (art. 99), traz em seu artigo 17, seis (6) hipóteses em que o titular de dados teria direito de obter do controlador a eliminação dos dados pessoais a ele relativos com urgência (sem a devida demora), com a obrigação de o controlador de apagar os dados pessoais:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua coleta ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-

2 UNIÃO EUROPEIA, Regulamento (Eu) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;³

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1⁴.

Todavia, o artigo 17, item 3, traz exceções quando se tratar do exercício da liberdade de expressão e de informação, por cumprimento de obrigação legal ou por motivos de interesse público no domínio da saúde pública.

O direito ao esquecimento, dizíamos acima, pode ser exercido quando houver desrespeito a princípios gerais, enunciados no artigo 6º do regulamento.

Do trabalho extremamente valioso de Maxime BESÈME, em seu Memoire, apresentado na Universidade Católica de Louvain⁵, extrai-se que os princípios a serem observados são os que dizem respeito à limitação do tempo de conservação dos dados; o princípio da finalidade e o princípio da proporcionalidade e da minimização dos dados, cada qual com sua dificuldade prática.

No primeiro, o da conservação de dados, o artigo 6º, §1º, “e”, contém previsão de que os dados de carácter pessoal devem ser conservados *«sous une forme*

3 1. O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6.º, n.º 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6.º, n.º 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

2. Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta.

4 1. Quando for aplicável o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança. Os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

2. Nesses casos, o responsável pelo tratamento envida todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível.

3. O disposto no n.º 1 não afeta o direito contratual geral dos Estados-Membros, como as disposições que regulam a validade, a formação ou os efeitos de um contrato em relação a uma criança.

5 M. BASÈME, *Le droit à l'oubli numérique dans le droit de l'Union Européenne*. Mémoire. Promoteur M. Fallon. Année académique 2015-2016. Master en droit. Disponível em <https://thesis.dial.uclouvain.be/entities/masterthesis/649954ec-6d2d-40b3-9bd4-be3fe2a5c303>. Acesso em 21/02/2024, p. 30 a 33.

permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement».

A crítica feita pelo autor refere-se ao fato de que há uma imprecisão textual quanto ao tempo ou período máximo durante o qual o dado pode ser conservado. Não há definição, mas estima-se que seis meses seria suficiente e um período superior deveria ser justificada quanto à necessidade de preservação de dados.

Neste sentido, o grupo de trabalho encarregado pela União Europeia refere-se ao período mais curto possível e, em relação a isso remete a uma decisão de 4 de dezembro de 2008, da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que julgou que a conservação de dados por período excessivo não satisfaria a condição de “necessidade” numa sociedade democrática e se chocaria com o direito ao respeito à vida privada⁶.

Relativamente ao *princípio da finalidade*, o autor refere-se à necessidade de que o tratamento de dados de caráter pessoal demonstre qual a finalidade de sua conservação, uma vez que foram coletados para finalidades específicas e legítimas e que, posteriormente, os tratamentos devem seguir de forma legítima com as finalidades iniciais. Em palavras outras, deve haver uma razão precisa e legítima que justifique o tratamento.

Neste caso, dada a dificuldade de definição do que é compatível com a finalidade, o autor remete à análise caso a caso.

O *princípio da finalidade* leva em consideração que cada pessoa deve fazer escolha clara e consciente da transferência de dados a fim de que possa decidir de modo claro a respeito.

Sobre o *princípio a proporcionalidade* e da *minimização de dados*, de acordo com o RGPD, artigo 6º, §1º, “c”, os dados de caráter pessoal devem ser «*adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement*».

Adequado, segundo o autor, é que o dado seja útil, adaptado e completo em relação às finalidades pelas quais a pessoa será tratada, observando a minimização de dados. Esta condição impõe ao controlador de dados, no momento da coleta, definição clara dos objetivos e finalidade pretendidos, com transparência à pessoa envolvida a fim de que ela possa decidir sobre o consentimento de forma consciente e sem dúvidas.

Pertinente, exato e se necessário, no sentido de que, deve ser entendido um dado significativo e importante para o atendimento de determinada finalidade. O dado coletado deve ser pertinente à sua finalidade, eliminando-se os dados que se refiram a informações sem relevância e que possam sugerir inexatidão aos fins pretendidos.

6 M. BASÈME, *op. cit.*, p. 30.

Não excessivo no sentido de que os dados devem observar o princípio da minimização de dados, assegurando informações suficientes e necessárias ao cumprimento da finalidade para a qual foram coletados. Nesta condição, os dados coletados devem ser básicos e objetivos para o cumprimento da finalidade pretendida. Deste modo, devem ser eliminados dados que possam se referir a opções políticas, de gênero, religiosa e que poderiam insinuar atos de discriminação.

A legislação francesa, a este propósito da coleta de dados do empregado quando da admissão, é extremamente criteriosa na proteção da intimidade dos candidatos ao emprego. Assim são proibidas investigações contrárias ao princípio da não discriminação. Também as investigações sobre a saúde do candidato ao emprego, convicções políticas, religiosas ou sindicais, origens étnicas, estado de gravidez de candidatas ao emprego.

Igualmente, a legislação francesa limita a liberdade de recrutadores em duas regras de finalidade e de pertinência. Segundo informa Auzero, Bougard e Dockés:

règle de finalità: les informations demand  es, sous quelques forme que ce soit, au candidat    un emploi ne peuvent avoir comme finalit   que d'apprécier sa capacit      occuper l'emploi proposé. Règle de pertinence: les informations recherchées doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé (C. trav. art. L 1.221-6). Si pour des postes de cadres, des informations concernant l'esprit de décision, le dynamisme, la tolérance peuvent être nécessaires et justifier des texts de personnalité, le recrutement de personnel d'éxecution ne doit pas donner lieu    des telles investigations. Et pour les cadres, les informations relatives    leur situation de famille,    leurs g  ts sportifs ou artistiques ne doivent pas être recherchées car eles n'ont pas, sauf exception, de lien direct et nécessaire avec l'emploi    pouvoir⁷.

Observa-se, desse modo, o destaque excepcional de prote  o ao direito da personalidade, com limita  es extremas na coleta de informa  es a fim de que o trabalhador, que se submeta a recrutamento para postos de trabalho, goze de ampla liberdade, limitando ao recrutador, a pesquisa de dados pessoais, àqueles, exclusivamente, necessários ao objetivo proposto.

4. Contexto laboral europeu

O artigo 88 do Regulamento trata da aplica  o das regras de prote  o de dados no contexto laboral.

Segundo previsão regulamentar, as regras sobre tratamento de dados pessoais foram transferidas para os Estados-Membros, podendo constar do ordenamento jurídico ou em conven  es coletivas, com normas específicas. O

7 G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCK  S, *Droit du travail*, Dalloz. 2023, 36a. edition, p. 217.

princípio da finalidade, neste caso, leva em consideração que a coleta de dados seja efetuada de modo a:

garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.

As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho.

Segundo previsão regulamentar, as regras sobre tratamento de dados pessoais foram transferidas para os Estados-Membros, podendo constar do ordenamento jurídico ou em convenções coletivas com normas específicas.

Relativamente à fixação de critérios de tratamento de dados pessoais por meio de normas coletivas, não parece que seja a melhor forma de autorizar o empregador a coleta de dados, supondo que a norma coletiva, aprovada em assembleia dos interessados, estaria autorizando o empregador a tratamento de dados de conteúdo estritamente pessoais e sem autorização direta do trabalhador quanto ao conteúdo, observando-se os princípios acima descritos.

Em outro dizer, a norma coletiva, de natureza abstrata, não estaria autorizada a dispor sobre direitos fundamentais e que envolvem a privacidade e intimidade dos trabalhadores. Portanto, a prática deve ser observada com restrições, ainda que se pudesse discutir a legitimidade do sindicato, em modelo de organização sindical plúrima.

Do ponto de vista da aplicação do Regulamento sobre as relações trabalhistas consideram-se relevantes os dados colhidos pelo empregador no momento da contratação, por exemplo o currículo recebido e os elementos colhidos ao longo da execução do contrato, (exemplificativamente, afastamentos por motivo de doença e informações fiscais) e que possam identificar a pessoa diretamente ou indiretamente ou, ainda, informações de caráter pessoal de gênero ou orientação política e religiosa.

Frise-se que os dados coletados devem ser necessários à finalidade pretendida e a manutenção das informações deve observar pelo tempo dispensado para a execução do contrato de trabalho no âmbito do território da União Europeia.

O impacto da vigência do regulamento europeu impôs aos empregadores medidas necessárias e urgentes que cuidassem de registro e tratamento de dados pessoais: como nomeação de empregado delegado, responsável de tratamentos dos respectivos dados para a gestão das informações e controle de dados sensíveis (orientação sexual, política ou religiosa, vínculo sindical, dados genéticos, por exemplo); informação aos empregados sobre o tratamento de dados pessoais quanto à coleta e atualização durante o contrato de trabalho se as informações forem obtidas indiretamente; aos empregados fica assegurado o direito ao esquecimento (ao apagamento) ou à limitação de tratamento ou o direito à portabilidade dos dados pessoais.

Do que se viu, há uma preocupação de proteção da pessoa contra a evolução dos sistemas de coleta de dados pessoais e no tratamento de armazenamento destes dados com o objetivo de preservar a privacidade e a intimidade das pessoas, impondo aos responsáveis a obrigação de gestão positiva, respeitando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

5. Aspectos legais da proteção de dados e o direito à privacidade

A proteção de dados está afeita, diretamente, ao respeito que se deve dar ao direito da personalidade, à vida privada das pessoas e à sua intimidade. O direito brasileiro consagra o direito de proteção no artigo 5º, X, da Constituição Federal⁸, afirmando ser direito fundamental de todos, além da igualdade perante a lei, que «são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação».

Alexandre de Moraes atribui à intimidade as relações subjetivas e «de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade» e à vida privada todos os demais relacionamentos humanos, sejam comerciais, de trabalho, estudo entre outros⁹.

Em 14 de agosto de 2018, foi aprovada a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados¹⁰ e, posteriormente, em fevereiro de 2022, aprovado o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 115, o artigo 5º, inciso LXXIX, passou a ter a seguinte redação: «É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais». Deste modo, restou incontroverso o direito fundamental à proteção de dados

8 BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

9 A. DE MORAES, *Direito Constitucional*, 24ª ed. 2. Reimp, São Paulo, Atlas, 2009, p. 53.

10 BRASIL. Lei nº 13.409, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 20/02/2024.

personais e, conseqüentemente, engrandece as disposições da LGPD, norma regulamentadora e balizadora do tratamento a ser dispensado pelos meios digitais.

Segundo Guilherme Guimarães Feliciano¹¹, a Lei nº 13.709 «é dotada de inegável transversalidade» com capítulos envolvendo direito constitucional, direito civil, direito processual civil, direito administrativo. Não tratou a lei, especificamente, do direito do trabalho ou da aplicação da lei de proteção de dados nas relações de trabalho.

Tal como ocorre na legislação estrangeira, a partir do RGPD, os compromissos decorrentes da Lei nº 13.709 são semelhantes quanto à organização e controle da proteção de dados.

Não se questiona que a preocupação constitucional e da lei ordinária com a proteção de dados destina-se a assegurar a dignidade da pessoa humana que se encontra instrumentalizada de meios legais para impor tratamento de dados seguindo o respeito aos princípios já materializados: finalidade do tratamento de dados; definição da finalidade na captação de dados; transparência de tratamento em relação ao titular de dados.

Neste sentido dispõe a LGPD no artigo 2º seus fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Para uma abordagem da proteção de dados na relação laboral, dada a ausência de tratamento específico, chama a atenção o conceito trazido pela lei sobre o modo pelo qual se deve considerar o dado pessoal e sua característica.

Assim, de acordo com o disposto no artigo 5º da citada lei, *dado pessoal* é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; *dado pessoal sensível* é o aquele que dispõe sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; *dado anonimizado* é aquele em que o titular não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; *banco de dados* é o conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; *titular*, a pessoa natural a quem se referem

11 G. GUIMARÃES FELICIANO, *Proteção de dados pessoais e os impactos nas relações de trabalho: princípios, aplicações e crítica*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 137.

os dados pessoais que são objeto de tratamento; *controlador* é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; *operador* a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; *i* a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); *agentes de tratamento* são assim chamados o controlador e o operador.

Quanto aos dados ainda, a lei dispõe que deve ser observado que *tratamento* é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; *anonimização* é a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo; *consentimento*, é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; *bloqueio* é a suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados; *eliminação* é a exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado; *transferência internacional de dados* é a transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro; *uso compartilhado de dados* é a comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; *relatório de impacto à proteção de dados pessoais* é a documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; *órgão de pesquisa* é órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; *autoridade nacional* é o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

Da mesma forma que o modelo europeu, o artigo 6º dispõe que o tratamento de dados pessoais deverá observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - *finalidade*: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - *adequação*: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - *necessidade*: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - *livre acesso*: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - *qualidade dos dados*: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - *transparência*: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - *segurança*: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - *prevenção*: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - *não discriminação*: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - *responsabilização e prestação de contas*: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

O tratamento de dados pessoais ficará sempre condicionado ao consentimento expresso do titular, escrito ou por outra forma capaz de demonstrar a manifestação de vontade do titular sempre a finalidade determinadas (art. 8º); ao cumprimento de obrigação legal pelo controlador; execução de políticas públicas pela administração pública; órgão de pesquisa desde que garantida a anonimização de dados pessoais; quando necessário para a execução de contrato a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (art. 7º e incisos).

Além das restrições apontadas, ao titular de dados deverá ser assegurado acesso facilitado a informações do tratamento de seus dados, forma de disponibilização facilitada, adequada e ostensiva, observando a finalidade do tratamento, forma e duração, identificação e contato do controlador entre outras.

6. Privacidade e relações laborais

As relações de trabalho, dada a fidúcia especialíssima que nela se estabelece, apresentam elementos que envolvem a integralidade do ser humano em todos seus aspectos pessoais enquanto envolvimento na execução da prestação de serviços e na forma pela qual o trabalhador se dedica e se entrega na relação de subordinação. No trabalho o empenho do trabalhador não é impessoal, assim como o respeito que o empregador deve dedicar à realização profissional e pessoal de quem ele contrata. Na atualidade é comum afirmar que o exercício da cidadania não se faz apenas fora do ambiente laboral, mas que este é instrumento relevante para a satisfação pessoal ou moral do trabalhador.

Assim, a privacidade é a tônica dos limites de obtenção de dados e no tratamento dos dados recebidos pelo empregador que assume a obrigação de respeito à privacidade, desde o momento dos primeiros contatos para a formação do contrato e na continuidade de sua execução. A privacidade é de natureza dupla porquanto o empregado ou pretendente ao emprego também tem obrigações de guardar respeito à privacidade daquilo que vem a colher de informações quer nas tratativas para a contratação quer na sequência da execução do contrato de trabalho. Não é à toa que os contratos de trabalho acentuam cláusulas de confidencialidade relativamente ao exercício das funções que, de certo modo, carrega obrigações recíprocas e não apenas aquelas que buscam preservar o patrimônio do empregador.

A aplicação nas relações laborais do direito à privacidade e intimidade de situações capazes de alavancar suposto direito à privacidade decorrem da proteção de dados da LGPD e não se trata de tarefa fácil ao intérprete dela extrair que estaria implícito o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento, já se viu acima, está vinculado a proteção de direitos fundamentais da personalidade, da privacidade e da intimidade das pessoas como corolário da proteção da dignidade humana, construindo a doutrina a teoria do direito fundamental implícito.

Ana Paula Didier Studart e Luciano Martinez¹² propõem à tradicional interpretação do direito ao esquecimento, a vertente do direito ao esquecimento nas

12 A. P. DIDIER STUDART, L. MARTÍNEZ, *O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho*, in *Revista de Direito Luso-Brasileira*. Ano 5 (2019), nº 1, Editora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 121.

relações de trabalho, asseverando, contudo, que «Não se trata propriamente de uma vertente totalmente independente e dissociada das três já existentes e abordadas na doutrina e jurisprudência, mas com uma aplicação nova e, até então, pouco mencionada».

Observam os autores que «o direito ao esquecimento pode ser considerado um direito fundamental, seja pelo objetivo de garantir e concretizar a proteção da dignidade da pessoa humana, evitando a “coisificação” do indivíduo, seja por poder ser considerado um desdobramento do direito à privacidade, à intimidade, à honra e a proteção ao nome, seja por derivar de princípios constitucionais, devendo ser sopesado em relação ao direito à informação e à liberdade de expressão. Também é pacífica a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, dentre elas, as relações de trabalho».

O acórdão do STF e que foi objeto de novas discussões em torno do direito ao esquecimento, acentuam de acordo com ensinamentos de Kant que há uma impossibilidade conceitual do direito, afirmando que:

Para que um conceito jurídico se forme, portanto, é necessário que, dentre todas as abstrações de seus elementos, se possa localizar ao menos um que se faça presente em todas as situações nas quais o direito seja invocado, e que esse (ou esses elementos), ademais, lhe confira identidade distintiva em face de outros institutos jurídicos já consagrados (afinal, se seu conceito o tornar identificado a direitos já expressos no ordenamento pátrio, nenhum sentido de existência possuiria, uma vez que as pretensões sob ele estabelecidas já encontrariam adequados meios de satisfação).

Duas são, portanto, as questões a serem respondidas na delimitação conceitual do alegado direito: (i) que elementos essenciais formariam a identidade do pretenso direito ao esquecimento? e (ii) que traço o distinguiria dos direitos já previstos e consolidados no ordenamento brasileiro?

Transportado para as relações trabalhistas, não se encontra, com todo respeito aos que pensam diferentemente, qualquer situação de natureza autônoma para destaque do direito ao esquecimento, sendo na verdade corolário do direito à privacidade já consagrado no texto constitucional.

No campo laboral o que nos chama mais a atenção, diz respeito à forma de tratamento de dados sensíveis e que, no nosso entendimento, vem recebendo um tratamento legal administrativo com certo descuido e que comportaria, em algumas situações, manifestação expressa contrária da pessoa envolvida.

Faço referência expressa ao *dado pessoal sensível*, aquele que dispõe sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Assim, para ficar na seara trabalhista, quando se trata de filiação a sindicato, contrariamente aos dados de caráter religioso, filosófico ou político, parece que o titular dos dados, o trabalhador, tem perdido completamente o controle pois, por força de obrigações administrativas, o empregador controla sua vinculação sindical e pode, portanto, dispor de informações que afetam diretamente a privacidade e a intimidade do trabalhador.

Esta afirmação decorre do fato de que os sindicatos controlam a transferência para seus cofres da contribuição sindical mediante fornecimento de lista de trabalhadores sindicalizados ao empregador que poderá mapear o índice de sindicalizados e medir a capacidade de adesão de trabalhadores às manifestações sindicais. Observe-se que este repasse se faz mediante autorização expressa do trabalhador conforme artigo 582, da Consolidação das Leis do Trabalho¹³, Decreto-lei 5452 de 1º de maio de 1943. Dito em outras palavras, o trabalhador não sindicalizado não está vinculado à obrigação de recolhimento.

No nosso sentir, caberia neste caso ao trabalhador exercer, talvez, não o direito ao esquecimento pois não se trata de fato passado, mas o direito ao bloqueio da informação ou de omissão, ou proibição da entidade sindical de divulgar sua filiação, dado que manifestações de ordem política se referem à intimidade pessoal.

No caso brasileiro, os sindicatos e o próprio STF têm invadido a zona de privacidade do trabalhador impondo-lhe obrigações de recolhimento de contribuições ao sindicato e exigindo manifestação expressa contra o interesse de custeio da entidade sindical que, no caso brasileiro, ainda carrega o carma da entidade sindical única sem qualquer outra opção ideológica aos trabalhadores.

Relativamente à contribuição assistencial aos sindicatos, o STF se posicionou de forma ainda mais invasiva na privacidade dos trabalhadores e, invertendo o critério de autorização de desconto em salário, fixou a tese no tema 935 afirmando: «É constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição».

Observe-se que ao trabalhador não sindicalizado fora transferida a obrigação de se opor ao desconto, presumindo que os trabalhadores, ausentes da assembleia dos sindicalizados participantes da decisão, assumiriam a decisão tomada em assembleia da qual não participam porque não preenchem o requisito da filiação sindical.

Neste aspecto, no nosso sentir, também caberia o exercício do direito de bloqueio de informações relativas aos dados que envolvam condições sindicais dos trabalhadores porquanto são dados considerados sensíveis pela LGPD.

13 BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Nem se sustenta que poderão ocorrer os tratamentos de dados sensíveis pelo controlador pois, filiação política está acima de qualquer permissão legal de controle, que de acordo com o artigo 11, da LGPD, exige o consentimento do responsável legal, «de forma específica e destacada para finalidades específicas» e, ainda, não se trata de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, dada a garantia constitucional de não intervenção do estado na organização sindical (art. 8º, I).

No campo das relações trabalhistas de rotina, algumas situações poderiam dar ensejo, no nosso sentir, à proteção da intimidade e da privacidade e não ao direito ao esquecimento. A referência comum da doutrina a anotações disciplinares na CTPS foi há muito tempo repudiada administrativamente e judicialmente e a previsão remete ao modelo político extremamente autoritário e com normas trabalhistas absolutamente atemporais.

7. Considerações finais

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, em 11 de fevereiro de 2021, que o direito ao esquecimento é *incompatível com a Constituição, aprovando a seguinte tese por maioria*¹⁴:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Transportar para as relações trabalhistas a possibilidade ou a existência de um direito ao esquecimento, parece-nos, com todo respeito, exercício de interpretação extremamente audaciosa e que não poderia ignorar outros princípios fundamentais e que dizem respeito à liberdade de informação e de expressão.

Nesta coalisão de princípios deverá ser considerado o princípio maior que é o da liberdade de expressão e o direito à informação.

No âmbito trabalhista, não se vislumbra hipótese de acolhimento de qualquer manifestação no sentido do exercício do direito ao esquecimento porquanto, antes haverá violação do ato ao direito fundamental de privacidade, de

14 Os ministros Kassio Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes foram parcialmente vencidos nas argumentações.

intimidade, da honra e que, portanto, assumirão a razão fundamental e básica do direito violado.

Que não se olvidem os princípios que envolvem a manifestação contrária quanto ao tratamento de dados, ou seja, as diretrizes dispostas na LGPD quanto a boa-fé e ainda os princípios anteriormente apontados: da finalidade, da adequação e da necessidade, além da garantia do livre acesso, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, da responsabilização e da prestação de contas.

No caso brasileiro, chama-se a atenção aos dados sensíveis dos trabalhadores, repassados aos empregadores, especialmente aqueles de ordem política envolvendo a intimidade do trabalhador quanto à sua opção sindical, tratado de forma simplista na doutrina e pelos julgados do STF, mas que no regime de pluralidade sindical evidencia flagrante violação à liberdade sindical e política dos trabalhadores.

Por tudo que se disse e se apresentou, conclui-se que o exercício do direito ao esquecimento (“*droit à l’oubli*”), encontrado na União Europeia com normas específicas e direcionadas ao seu exercício, entre nós o Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma categórica a negar, a existência do direito absoluto ao esquecimento e, ainda, transferiu a apreciação à casuística, cabendo a análise dos fatos para a adequação do julgamento.

Finalmente, caso haja abusos no tratamento de dados coletados do empregado pelo empregador, caberá o exercício do direito à reparação dos efeitos causados pelo ato praticado. De outro lado, quando se tratar de publicação nas redes sociais, de armazenamento de dados inconvenientes, o ofendido poderá pleitear a desindexação da informação a fim de que sejam excluídos os dados, impedindo que terceiros tenham acesso. Trata-se do exercício do direito ao apagamento, direito à retificação e direito ao bloqueio dos dados.

Tecnologia e Justiça: sobre a aplicação da Inteligência Artificial (IA) no Sistema Judiciário

Naiara Posenato

SUMÁRIO: 1. Introdução e premissas. – 2. Da automação à decisão: as potencialidades da aplicação da IA no sistema judiciário. – 3. Vantagens e riscos apresentados pela IA na seara judicial. – 4. Panorama preliminar das regulamentações sobre o tema. – 4.1. O marco jurídico internacional. – 4.2. O modelo normativo europeu. – 4.3. *Terrae Brasiliis*. – 5. Observações conclusivas.

1. Introdução e premissas

A inteligência artificial (IA) tem gerado importantes impactos no mundo jurídico. A sua incidência interessa, de forma mais ou menos incisiva, todas as áreas do direito: da proteção dos dados pessoais e dos direitos fundamentais, à contratação, ao direito da propriedade intelectual, às novas perspectivas no campo da responsabilidade civil e criminal por condutas atribuídas a autômatos, ao âmbito da prevenção e luta contra o crime, entre muitos outros¹.

Sobre o tema, um dos grandes âmbitos de discussão diz respeito à utilização na AI nos sistemas judiciais. Este fenômeno foi impulsionado por situações conjunturais quais o aceleração da digitalização da justiça durante a Pandemia de COVID-19 e, sobretudo, pela recente evolução e difusão, a partir de novembro de 2022, dos modelos de “Grandes Modelos de Linguagem” (*Large Language Models* ou LLMs).

Os sistemas judiciais em geral, em maior ou menor medida, enfrentam problemas relacionados à administração do acervo de processos e à morosidade na adoção de decisões, que podem se beneficiar pela automação e implementação da IA nos tribunais. De fato, ferramentas algorítmicas potencialmente simplificam e agilizam várias atividades ligadas à gestão e tramitação judicial dos processos nos sistemas de justiça e, segundo alguns, poderiam até elaborar decisões de forma autônoma, em outras palavras substituindo o elemento humano. O tema é atual e controverso, mas sem chegar ao extremo de um futuro

1 A literatura sobre o tema é vastíssima e não pode ser reconstruída, mesmo que de forma sintética, nesta sede. Para um recente e abrangente apanhado sobre tal incidência, consulte-se L. A. DI MATTEO, C. PONCIBÒ, M. CANNARSA, *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge, 2022.

distópico em que um *robot judge* suplantarão completamente o juiz, é oportuno indagar sobre a forma em que os órgãos de justiça podem empregar útil e eticamente na própria atuação a IA, cuja capacidade é destinada a aprimorar-se progressivamente².

Até porque esta utilização já vem acontecendo, de modo desordenado e com efeitos por vezes preocupantes: há episódios de utilização de LLMs para geração de textos jurídicos destinados à *litigation*, que ficaram conhecidos pelo fato de terem incluído referências a precedentes inexistentes a sustentamento das próprias razões. Recentemente, juízes tem admitido recorrer a IA para fundamentar as próprias decisões sem que tal prática seja prevista ou regulamentada³.

Buscando auxiliar os operadores da justiça em geral a empregar ferramentas com tecnologia IA nas próprias atividades, estados e instituições nacionais e internacionais têm adotado marcos regulatórios.

Assim, a presente análise busca apresentar algumas reflexões de natureza introdutiva sobre a utilidade da aplicação da IA no setor judicial, os riscos associados, e sobre algumas tentativas de regulamentação. O foco principal será a utilização da IA pelo Poder Judicial e por juízes, sem considerar detalhadamente outros operadores jurídicos envolvidos no processo, como os advogados. Esta escolha deve-se a que utilização da IA por advogados levanta questões diversas, associadas principalmente à relação profissional-cliente, enquanto o seu emprego em geral no Judiciário e especificamente para a tomada de decisões, pode implicar em temas mais amplos, quais o direito a um processo justo e a própria legitimação do Poder Judicial⁴.

A propósito da aplicação da IA na seara judicial, duas premissas devem ser formuladas. Em primeiro lugar, como é notório, a disponibilidade de dados é uma condição essencial para o funcionamento e desenvolvimento da IA. Quanto mais dados estiverem disponíveis, e quanto mais tais dados serão completos, acurados e especializados, mais a inteligência artificial será capaz de refinar modelos que melhoram sua capacidade de previsão e atuação em um determinado setor. Em outras palavras, o desenvolvimento de sistemas de IA depende, em grande medida, da disponibilidade abrangente de conjuntos de dados estruturados e legíveis. Por outro lado, é essencial treinar os sistemas com dados certificados e oficiais a fim de mitigar riscos associados a vieses, alucinações nos resultados e até mesmo violações de direitos autorais.

2 Neste sentido R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

3 Cfr. J. D. Gutiérrez, *Judges and Magistrates in Peru and Mexico Have ChatGPT Fever*, *Tech Policy Press*, 19 April 2023, disponível em <https://techpolicy.press/judges-and-magistrates-in-peru-and-mexico-have-chatgpt-fever>.

4 Sobre o tema, em geral reenvia-se a G. ALPA, *La difesa dei diritti e il ruolo dell'avvocato nella applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale*, *Contratto e Impresa*, n. 2, 2024, p. 268 e ss..

Em âmbito judicial, naturalmente, os principais dados para o treinamento e criação de soluções eficazes de inteligência artificial são os deduzíveis dos processos e das decisões judiciais. Todavia, a digitalização do acervo histórico judicial é um processo longo, caro e em grande parte ainda não completado pelos sistemas judiciais nacionais. Mesmo em ordenamentos como o brasileiro, que conta com um dos mais completos e integrados sistemas de *data lake* de informações processuais no mundo (Plataforma Codex)⁵, somente um quarto dos tribunais nacionais já integraram os próprios dados processuais à Plataforma⁶. Outra questão a ser esclarecida é a dimensão temporal dos dados necessários a garantir o bom funcionamento do algoritmo: por exemplo, é suficiente que o banco de dados cubra um lapso temporal de 10 anos?

No que concerne especificamente o treinamento da IA para o contexto da emissão de decisões judiciais, outro elemento a ser ter em consideração é o estilo e a qualidade da argumentação jurídica destas decisões. Nem sempre os elementos fornecidos são suficientes para instruir um algoritmo, ou seja, um conjunto de instruções destinado a resolver um problema⁷. Considere-se, a propósito, o padrão das decisões judiciais emitidas por tribunais superiores, em que há escassa ou nenhuma referência aos fatos, essencial à compreensão da norma. No que concerne à fundamentação, em certas jurisdições os tribunais de vértice omitem as razões que determinaram uma interpretação da norma ou, em outras palavras, levaram à adoção de uma solução específica ao invés de outra. É o caso, por exemplo, do estilo das decisões judiciais adotado pela *Cour de Cassation* francesa, e a tradicional omissão “*des motifs des motifs*” das mesmas⁸. Ainda, práticas como as fundamentações “*per relationem*”, que remitem à motivação de outro caso para justificar a própria decisão, podem dificultar a extração de dados estruturados que os algoritmos precisam para identificar padrões. Isso porque tal forma de motivação não expõe de forma completa e explícita os argumentos subjacentes e gera maior complexidade sobre o contexto específico em que aquela fundamentação foi aplicada.

Em suma, para que a inteligência artificial possa ser aplicada de forma eficaz na seara judicial, é imprescindível a prévia criação de um banco de dados abrangente, estruturado e certificado. Os pontos destacados representam somente uma fração das complexidades que essa atividade pode comportar.

5 Cfr. <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-codex/>

6 Cfr. <https://www.cnj.jus.br/um-quarto-dos-tribunais-de-justica-ja-transmitiu-100-dos-processos-ao-codex/> A situação pode ser acompanhada em tempo real através do *Painel de monitoramento da Implantação do Codex*.

7 «Judges do not always detail the reasoning that guided their decisions. It is therefore difficult to use the explanations provided to build an algorithm in the classical sense of the term, that is, a set of instructions designed to solve a problem». F. G'SELL, *AI Judges*, in L. A. DI MATTEO, C. PONCIBÒ, M. CANNARSA, *op. cit.*, p. 348.

8 Cfr. N. POSENATO, *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, Cleup, 2017, p. 37 ss. e 78 ss.

2. Da automação à decisão: as potencialidades da aplicação da IA no sistema judiciário

A IA potencialmente insere-se em muitas etapas do processo judicial, desempenhando uma função de suporte ou apoio do processo decisório, entendido em sentido amplo. Há um amplo espectro de aplicações da inteligência artificial nos sistemas judiciais. Em um extremo, a IA é empregada para automatizar atividades operacionais, como a tramitação processual e a emissão de decisões simples ou interlocutórias (*replacement technology*). No outro, ela pode assumir funções mais complexas, envolvendo o raciocínio jurídico propriamente dito – avaliando fatos e provas para, potencialmente, elaborar julgamentos (*disruptive technology*)⁹.

Naturalmente, a utilização da IA dentro do primeiro contexto das atividades judiciais é muito menos controvertida do que a sua atuação no processo decisório *estricto sensu*, e numerosos são os exemplos da sua aplicação.

Considerando sobretudo a utilização da IA em sistemas de direito romanístico (*civil law*) – e omitindo, portando, a análise da sua ampla aplicação na fase *pre-trial*, ou de *review* de documentação potencialmente relevante para o processo, típica dos sistemas processuais de *common law*, podemos exemplificar o seu emprego atual para diversas atividades. No âmbito da promoção do acesso à justiça, nomeadamente no apoio ao usuário da Justiça, a IA pode fornecer informações sobre os serviços e às oportunidades disponíveis nos sistemas judiciais, até mesmo sobre a posição específica de um requerente, através de assistentes virtuais (*Chatbots*). Por exemplo, em 2022 a Áustria implementou dentro do próprio ordenamento uma ferramenta desta natureza chamada JUSTITIA, destinada a fornecer suporte ao grande público no setor, dotada de assistente virtual que informa os usuários sobre os serviços disponíveis no sistema judiciário austríaco¹⁰.

Nesta mesma direção aponta o uso da IA para gerar informações jurídicas com linguagem simples e mais acessível ao jurisdicionado. Em 2023 Portugal desenvolveu uma ferramenta com esta finalidade, buscando agilizar a interação dos utilizadores com a Justiça, o *Guia Prático da Justiça*, cuja primeira versão é voltada à temática do casamento e do divórcio¹¹.

Outra aplicação interessante da IA nos órgãos de justiça é relativa ao processamento de linguagem natural (vídeo, áudios e imagens), na marca da inclusividade: há soluções capazes de reconhecer e analisar a fala, o texto escrito e a comunicação de retorno. Seu principal uso nos tribunais é associado ao

9 Noções explicadas em E. CALZOLAIO, *Intelligenza artificiale ed autonomia della decisione: problemi e sfide*, in Id. (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Wolters-Kluwer/Cedam, 2020, p. 3 e ss..

10 Cfr. <https://justizonline.gv.at/jop/web/home>

11 Cfr. <https://justica.gov.pt/Servicos/Guia-pratico-da-Justica>

reconhecimento de voz/fala e a transcrição (auditiva) de processos judiciais ou a sua tradução¹². Potencialmente, é capaz de oferecer suporte a pessoas com deficiências visuais, cognitivas e auditivas, por exemplo mediante sistemas de conversão de texto em fala e fala em texto.

O âmbito do processamento de grande volume de dados também vem sendo associados a IA, aplicada a instrumentos de *e-filing*. Em um primeiro momento tratava-se de ferramentas de mera automação para a interação e intercâmbio de dados e documentos eletrônicos entre o usuário e o tribunal, geralmente com a mediação de um advogado. Com a intervenção da IA, neste âmbito é possível, por exemplo, alocar os processos aos juízes de forma automatizada, seguindo critérios pré-definidos, a fim de garantir maior imparcialidade e equilíbrio¹³.

A proteção dos dados pessoais, mediante atividade de anonimização, também vem sendo desempenhada através do emprego de IA em diversos sistemas judiciais europeus, como a Alemanha, a Itália, a Suíça, entre outros¹⁴. Vários elementos assumem relevância quanto a esse ponto, a começar pela acessibilidade das decisões judiciais, variável segundo a jurisdição de origem e o grau de juízo. Na Europa, busca-se dar atuação a uma política de dados judiciais abertos em vistas a garantir o acesso à informação de relevância pública e o princípio da transparência¹⁵. Ao mesmo tempo, de acordo com a normativa europeia relevante (Regulamento Geral sobre a proteção de dados – RGPD)¹⁶, esta política que deve ser equilibrada com a proteção de dados pessoais sensíveis (por exemplo, relacionados à saúde, orientação sexual e questões familiares) ou associados a pessoas vulneráveis (por exemplo, menores ou vítimas de violência sexual), através da anonimização ou pseudoanonimização das sentenças e acórdãos.

- 12 Neste sentido tem atuado o programa *SUVAS - Vidhik Anuvaad* Software na Índia, que traduz decisões e ordens para nove idiomas locais diferentes apresentada pela Suprema Corte em novembro de 2019. Cfr. <https://www.drishtijudiciary.com/current-affairs/supreme-court-vidhik-anuvaad-software-suvass>
- 13 Prática aplicada em diversos ordenamentos do leste europeu, cfr. M. ŠKOP, M. MERÉNYI, TURASHVILI, K. IZDEBSKI, D. KEREKEŠ, V. ILIĆ, *AI GOVritbms 2.0 – State of Play: Usage on Algorithms by the Governments in Czechia, Georgia, Hungary, Poland, Serbia and Slovakia*, ePaństwo Foundation, 2021.
- 14 Veja-se, para uma análise dos instrumentos utilizados para a anonimização, K. TERZIDOU, *Automated Anonymization of Court Decisions: Facilitating the Publication of Court Decisions through Algorithmic Systems*, in *Proceeding of the Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, ICAIL, 2023, p. 297 e ss..
- 15 Veja-se CEPEJ - COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA, *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente*, adoptata pela CEPEJ na sua 31ª Reunião Plenária (Estrasburgo, 3 e 4 de dezembro de 2018), §27 e ss., p. 18 e ss.; e *Guidelines for the online publication of judicial decisions aiming at furthering legal knowledge*, Document adopted by the CEPEJ at its 43rd plenary meeting (Strasbourg, 3 – 4 December 2024).
- 16 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Sem essa garantia, esses dados não podem ser considerados anônimos e, portanto, estão sujeitos às normas de proteção de dados pessoais¹⁷.

Grande parte da utilização da IA nos sistemas judiciais diz respeito à assistência no desempenho das atividades preparatórias à decisão em sentido estrito, por exemplo no âmbito da pesquisa, facilitando o processamento, a classificação e a análise de dados para fins como buscas em documentos jurídicos, em fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Além de tratar grandes quantidades de dados, a novidade é que tais sistemas são capazes, por exemplo, de atuar inclusive formas de pesquisas semânticas e não somente literais, mediante a análise do contexto, dessumindo do mesmo novas palavras-chave¹⁸.

A IA também pode sintetizar documentos e gerar *abstracts* automáticos, extrair referências e identificar metadados, informações essenciais e melhorar a capacidade de pesquisa jurídica, simplificando estas tarefas e aprimorando a eficiência na prestação judicial, inclusive em termos de tempo¹⁹. Em junho de 2023 o juiz argentino José Osvaldo Ledesma utilizou o *ChatGPT* para simplificar a linguagem de uma sentença de direito de família, tornando-a mais compreensível. A sentença, na sua parte final, incluía um resumo de fácil leitura, elaborado pela IA²⁰.

Outro emprego é a identificação e a localização de peças processuais, a fim de verificar a existência de similaridade entre documentos para determinar prevenção ou outros elementos. Os critérios para identificação de tal similaridade podem ser complexos e/ou depender de interpretação, e a atividade é facilitada pela IA. Como será ilustrado adiante, o judiciário brasileiro se destaca pelo amplo uso de ferramentas dessa natureza, tanto na justiça federal quanto na estadual, e inclusive nos tribunais superiores²¹.

Avançando para o próximo nível de complexidade, a IA também pode utilizada na resolução de disputas on-line: é o exemplo das chamadas *Online dispute resolution* (ODR), com emprego de tecnologias para a resolução de controvérsias entre as partes, com intervenção humana limitada²². Várias plataformas e sites já são amplamente conhecidas e utilizadas para a resolução extrajudicial de

17 CEPEJ - COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA, *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente*, cit., § 40.

18 No mesmo sentido, G. FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2024, p. 443.

19 Tarefas que têm sido realizadas com o auxílio da IA, por exemplo, junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia, cfr. CJEU, *Artificial Intelligence Strategy*, 2024, p. 10 e ss.. Cfr. https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-11/cjeu_ai_strategy.pdf

20 Como refere J. D. GUTIÉRREZ, *AI technologies in the judiciary: Critical appraisal of Large Language Models in judicial decision making*, in *Handbook on Public Policy and Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, 2024, p. 323 e ss..

21 Veja-se *infra*, § 4.3.

22 A propósito, veja-se UNCITRAL, *Technology and the Future of Online Dispute Resolution (ODR) Platforms for Consumer Protection Agencies*, 2023, <https://unctad.org/publication/technology-and-future-online-dispute-resolution-platforms-consumer-protection-agencies>

disputas, como as oferecidas pelo setor privado (*Ebay*, *Paypal* ou ainda *Flightright*, para casos de atrasos ou cancelamentos de vôos). Do mesmo modo, alguns ordenamentos nacionais já atuam em tais ambientes totalmente digitalizados em plataformas especiais de ODR e com a utilização de IA para determinadas tarefas, como o Canadá, com o *Civil Resolution Tribunal*²³, o Reino Unido, através do *Money Claim Online*²⁴, ou os Países Baixos, com o *Rechtwijzer* no âmbito das disputas em tema de consumo²⁵.

Os sistemas de ODR (entre outros) tem utilizado a IA em outro importante âmbito de aplicação, na chamada jurimetria ou justiça preditiva: através da *machine learning* com grandes conjuntos de dados, a IA é capaz de identificar padrões que, consequentemente, são usados para visualizar, simular ou prever novos resultados de litígios. Neste viés, pode-se chegar a avaliar as chances de sucesso de um procedimento, o valor de uma condenação futura ou até desenvolver modelos capazes de reproduzir o leque de decisões judiciais emitidas sobre um determinado ponto.

A propósito, a posição adotada pelos legisladores nacionais para a utilização destas ferramentas é diversa e, por exemplo, tendências opostas podem ser identificadas entre os Estados Unidos e a Europa.

Há tempo no sistema judicial americano são utilizados programas – *risk assessment tools* – para avaliar a periculosidade ou o risco de recidiva de condenados. Recentemente, o Departamento de Justiça desenvolveu vários algoritmos voltados para a avaliação do risco de reincidência, incluindo o sistema conhecido como «PATTERN» (*Prisoner Assessment Tool Targeting Estimated Risk and Needs*), bem como programas específicos, como o *Recidivism Forecasting Challenge*, expressamente destinados ao uso de sistemas estruturados de justiça preditiva²⁶.

Contrariamente, mediante a reforma do *Code de l'organisation judiciaire* de 2019, o legislador francês introduziu uma forte limitação para esta atividade, prevenindo a proibição de reutilizar os dados dos magistrados presentes nas decisões judiciais com o escopo de avaliar, analisar, comparar ou prever as suas atuações profissionais, efetivas ou presumidas, pena cominação de multa²⁷. Em direção análoga coloca-se a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 16 de fevereiro de 2023, que declarou a inconstitucionalidade de disposições das

23 Cfr. <https://civilresolutionbc.ca/>

24 Cfr. <https://www.gov.uk/make-court-claim-for-money/make-claim>

25 Cfr. <https://rechtwijzer.nl/>

26 Disponíveis no *web site* do *Department of Justice* <https://bja.ojp.gov/program/psrac/basics/what-is-risk-assessment>.

27 Cfr. *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, art. 33: « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. »

leis de segurança pública dos *Länder* de Hessen e Hamburgo que permitiam a análise automatizada de dados pessoais para fins de prevenção de crimes²⁸.

Segundo o *UNESCO Global's Judges Initiative: Survey on the use of AI Systems by Judicial Operators*, 43% de aproximadamente 36.000 operadores judiciais provenientes de mais de 160 países, entrevistados entre setembro e dezembro de 2023, já utilizam IA para realizar atividades de pesquisa de legislação, jurisprudência, doutrina ou literatura jurídica, informações sobre fatos, significados e definições, e informações técnicas (não jurídicas). A mesma pesquisa aponta que 28% dos mesmos operadores afirmaram ter utilizado *chatbots* para tarefas de natureza diversa, relacionadas à elaboração de documentos. Esta diversa categoria de instrumentos IA tem como objetivo fornecer apoio especificamente à tomada de decisão, resumindo textos, extraindo informações específicas de documentos e/ou modificando-as informações para adaptá-las a formatos ou estilos de apresentação específicos, sugerindo, corrigindo ou ainda redigindo diretamente textos substanciais (como minutas de atos ou de partes de atos a serem adotados como sentença ou parecer jurídico)²⁹.

Neste segundo grupo pode-se incluir a Alemanha, que lançou um projeto piloto baseado em um sistema de assistência IA no Tribunal Distrital de Frankfurt no âmbito da tutela dos direitos dos consumidores. O software utilizado chama-se FRAUKE, ou *Frankfurter Urteils-Konfigurator Elektronisch*, e pode analisar documentos e extrair metadados de textos. Após o juiz humano tomar uma decisão sobre o caso, o FRAUKE permite uma configuração simples e rápida e a redação da sentença por meio de módulos de texto semiautomáticos³⁰.

Diversa das citadas é a hipótese das chamadas *disruptives technologies*, em que a IA desempenha um papel de substituição (ainda que parcial) da atividade decisória um juiz. Um estudo publicado em 2023 pelo professor colombiano J. D. Gutierrez aponta que na América Latina houve vários casos de juízes que declararam ter utilizado a IA para fornecer a própria decisão judicial, em substituição (pelo menos parcial) do próprio aporte.

Um caso apontado ocorreu em janeiro de 2023, quando o juiz colombiano Juan Manuel Padilla Garcia emitiu uma decisão em Cartagena sobre o direito à saúde de uma criança autista³¹. Ele declarou ter consultado o sistema *Open*

28 BVerfG, *Urteil des Ersten Senats vom 16. Februar 2023*.

29 J. D. GUTIÉRREZ, *UNESCO Global's Judges Initiative: Survey on the use of AI Systems by Judicial Operators*, 2024, Paris, p. 8, disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000389786>.

30 A. JASSEN, T. J. VENNMANN, *Decision-Making by AI in Consumer Law Adjudication*, in L. DiMATTEO, C. PONCIBÓ, G. HOWELLS, *The Cambridge Handbook of AI and Consumer Law: Comparative Perspectives*, 2024, p. 286.

31 RAMA JUDICIAL DE COLOMBIA JUZGADO 1º LABORAL DEL CIRCUITO CARTAGENA, Radicado No. 13001410500420220045901, Sentencia No. 032, de 30-01-2023 (disponível em <https://forogpp.com/wp-content/uploads/2023/01/sentencia-tutela-segunda-instancia-rad.-13001410500420220045901.pdf>)

ChatGPT sobre questões centrais necessárias à elaboração da própria decisão, indicando exatamente os *prompts* aplicados, e usou as respostas para ampliar a fundamentação da decisão favorável à criança (pt. 11 da Decisão). Logo após a publicação da sentença de segundo grau, a parte sucumbente decidiu recorrer diretamente à Corte Constitucional, à qual foi submetida tanto a demanda originária quanto a questão superveniente de constitucionalidade do uso de ferramentas automatizadas nos processos judiciais ordinários. Cerca de um ano após o recurso, em 2 de agosto de 2024, foi publicado o pronunciamento da Corte, que se manifestou de maneira significativa para os estudiosos da matéria, mediante acórdão que superou duzentas páginas³². Ao analisar o ato, observa-se que a *Sala Segunda de Revisión* considerou que o direito ao devido processo legal não foi violado pelo juiz de segundo grau, pois «o uso do *Chat GPT* no caso em questão não implicou usurpação da função de administração da justiça atribuída à autoridade judiciária competente». Assim, a decisão não teria sido tomada autonomamente pela máquina, sendo, de fato, a Corte diligente em verificar que a decisão do juiz de segundo grau já havia sido tomada e que a ferramenta tecnológica foi utilizada como auxílio (*ad adiuvandum*). No entanto, a Corte decidiu ir além, e determinou que o Conselho Superior da Magistratura da Colômbia emitisse orientações sobre o uso futuro da inteligência artificial nos processos judiciais, com o objetivo de assegurar a autonomia e independência do poder judiciário frente a ingerências externas e, ao mesmo tempo, garantir o respeito integral aos direitos fundamentais dos cidadãos. Em dezembro de 2024, foi publicado o *Acuerdo* PCSJA24-12243 de 2024 «Por el cual se adoptan lineamientos para el uso y aprovechamiento respetuoso, responsable, seguro y ético de la inteligencia artificial en la Rama Judicial»³³.

3. Vantagens e riscos apresentados pela IA na seara judicial

A aplicação de inteligência artificial no setor judicial tem o potencial de reduzir significativamente o tempo de tramitação dos processos. Sistemas de IA podem automatizar a triagem de processos, classificação de documentos e até mesmo a análise preliminar das petições, acelerando o fluxo de trabalho judicial. Essa eficiência operacional contribui para a celeridade processual e possibilita uma resposta mais rápida ao jurisdicionado.

A implementação de ferramentas de IA no sistema judiciário também pode reduzir consideravelmente os custos operacionais da justiça, ao diminuir

32 Corte Constitucional – República de Colombia, *Sentencia* T-323/24, del 2 agosto 2024 (disponible in <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm>).

33 Cfr. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FAApp_Data%2FUpload%2FPCSJA24-12243.pdf.

a necessidade de intervenção manual em tarefas repetitivas e de baixo valor agregado.

A automação de processos e a agilização dos julgamentos resultam em maior otimização do tempo dos juízes e servidores para tarefas mais complexas, possibilitando indiretamente uma melhoria na qualidade da prestação.

Além dos benefícios práticos evidentes da aplicação da IA no Judiciário para a gestão de grandes volumes de processos, afirma-se que sua utilização pode contribuir significativamente para o progresso da atividade judicial como um todo. Essas melhorias, por vezes expressivas, podem ser relativizadas em determinados contextos. De fato, não obstante o seu grande potencial, diversos riscos ligados à utilização da IA em geral ou especificamente no setor judicial já foram identificados, e muitos ainda podem surgir, visto a velocidade e a potencialidade do seu desenvolvimento.

Por exemplo, afirma-se que o emprego da IA potencializaria a certeza do direito a previsibilidade das decisões judiciais: a inteligência artificial de fato possibilita uma maior estabilidade, ao identificar e aplicar a casos futuros padrões consistentes em grandes volumes de jurisprudência. Isso proporciona maior certeza no direito, permitindo que as partes envolvidas tenham uma ideia mais clara sobre os possíveis resultados de seus litígios. Também proporciona maior uniformidade das decisões judiciais, ao se aplicar os mesmos critérios a casos semelhantes, especialmente necessário para tribunais com grande volume de processos e diversas câmaras, que podem interpretar a lei de forma distinta. Mas, diversas observações podem ser feitas a este propósito: em primeiro lugar, a certeza não é sempre garantida, do momento que é sabido que a maioria dos sistemas de IA generativa incorpora um certo grau de aleatoriedade, o que lhes permite fornecer respostas diferentes para a mesma pergunta. As respostas podem variar conforme o momento em que são solicitadas ou pequenas diferenças na formulação da pergunta. Em segundo lugar, é mister distinguir previsibilidade de calculabilidade, sendo este segundo fenômeno perverso: «*Il calcolo introduce infatti una dimensione matematizzante ed un approccio geometrico, un'idea del diritto come macchina che di per sé mal si attagliano alla specificità del fenomeno giuridico, e ancor più alle sue caratteristiche contemporanee di pluralismo, complessità, porosità*»³⁴. A calculabilidade pode determinar que a AI elabore as decisões judiciais *lato sensu* de acordo com uma lógica (meramente) reprodutiva e gerar o efeito malévolo da cristalização do direito, impedir o seu desenvolvimento. Essa consequência também pode decorrer do distanciamento do juiz das instâncias e sugestões concretas do mundo jurídico, em caso de utilização exclusiva da IA para a tomada de decisões³⁵.

34 G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 293 e ss. Sobre o tema, veja-se ainda A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, *passim*.

35 Veja-se, a propósito, o interessante caso do fracasso da *algorithmic stare decisis policy* chinesa em F. G'SELL, *AI Judges*, cit., p. 358.

Come vantagem da aplicação da IA ao setor judicial, indica-se também a redução do subjetivismo na adoção das decisões judiciais: ao processar informações de forma objetiva e impessoal, a inteligência artificial encontra-se muito mais próxima ao mito da “Justiça cega”³⁶. Isso ocorre porque os algoritmos são projetados para basear as decisões em dados factuais e lógicos, minimizando a interferência de fatores externos como preferências pessoais ou interpretações divergentes, resultando em julgados mais neutros e baseados exclusivamente nos méritos da causa. Na verdade, porém, os resultados oferecidos por esse sistema podem ser condicionados pela chamada “discriminação estatística”, ou seja, podem produzir efeitos discriminatórios determinados pelos dados produzidos por relevações estatísticas previamente realizadas. Um dos primeiros riscos identificados com relação à atuação da inteligência artificial em geral, diz respeito ao possível tratamento discriminatório ou com base em vieses (pré-julgamentos ou ainda BIAS). Os vieses na inteligência artificial são tendências ou distorções indesejadas que geram resultados que reproduzem a discriminação, o preconceito ou a injustiça presentes na sociedade por conta do treinamento com um conjunto de dados ou algoritmos tendenciosos. Ao treinar a máquina com textos e dados coletados da Internet, por exemplo, o modelo pode entender um preconceito arraigado como um padrão e replicá-lo.

Um exemplo muito conhecido é o caso do sistema COMPAS - *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*. Tal sistema foi elaborado em 1998 e vem sendo utilizado desde os anos 2000 nos Estados Unidos. O sistema decide com base em dados estruturados de casos anteriores, além de vários outros *inputs*, qual deverá ser a pena do condenado e qual o seu risco de reincidência, para fins de concessão de livramento condicional. O caso *State of Wisconsin v. Eric Loomis* (2016) foi o primeiro a avaliar a legitimidade do uso de algoritmos preditivos no sistema judicial. Eric Loomis foi condenado a seis anos de prisão, com base na avaliação de alto risco de reincidência, feita pelo software COMPAS. Esse programa, desenvolvido por uma empresa privada, utiliza dados do réu para prever comportamentos futuros, mas sua lógica é protegida por direitos de propriedade, impossibilitando o réu de revisar a aplicação específica do algoritmo em sua condenação. Loomis recorreu, alegando violação do direito a um julgamento justo. No mesmo período, um estudo da organização ProPublica revelou problemas no COMPAS, indicando que o software é tendencioso contra pessoas negras, atribuindo-lhes maior risco de reincidência em comparação com pessoas brancas. Ou seja, o algoritmo criava falsos positivos que atingiam um maior número de pessoas de cor, que por isso tinham uma chance 45% maior do que as pessoas brancas de serem indicados como sendo mais perigosos do que realmente seriam. Já as pessoas brancas e/

36 Sobre o fator “humanidade” na tomada de decisões judiciais, veja-se L. VAGNI, *The role of human judge in judicial decisions. Preliminary remarks on legal interpretation in the age of artificial intelligence*, in E. CALZOLAI, cit., p. 195 e ss..

ou sem origem latina teriam 70,5 % de chance de serem consideradas menos perigosas do que eram na realidade. A Suprema Corte de Wisconsin considerou o uso de algoritmos legítimo, desde que complementado por outros elementos e não como único fator decisório; em outras palavras, como uma ferramenta auxiliar, sempre equilibrada com outros fatores³⁷.

Um LLM também pode produzir informações falsas ou enganosas sobre indivíduos e tais informações imprecisas podem afetar as pessoas não apenas porque prejudicam a sua imagem pública, mas também porque podem levar a decisões que as afetam. De fato, outro problema relativo especificamente aos LLMs são as chamadas alucinações: as alucinações ocorrem, por exemplo, quando tal ferramenta cria textos que parecem plausíveis e convincentes, mas não estão relacionados a fatos reais. Nesse caso, embora as informações geradas pela IA sejam escritas de forma coerente, elas apresentam dados e resultados incorretos ou inexistentes. Mesmo que o sistema de IA seja “alimentado com 100% de informações objetivas e corretas”, a máquina pode ter alucinações e criar textos coerentes com informações inverídicas. Um caso muito conhecido verificou-se na *United States District Court Southern District of New York*, *Mata v. Avianca, Inc.* e culminou na decisão de 22 de junho de 2023, em que o *District Judge* P. Kevin Castel sancionou os advogados dos requeridos com multa de 5.000 dólares por ter «*abandoned their responsibilities when they submitted non-existent judicial opinions with fake quotes and citations created by the artificial intelligence tool ChatGPT, then continued to stand by the fake opinions after judicial orders called their existence into question*»³⁸. Uma situação análoga verificou-se no Reino Unido e foi analisado pela *Tax Chamber* del *First-Tier Tribunal*: ao contestar diante de tal Câmara uma sanção imposta pelo fisco inglês, uma contribuinte havia citado uma série de precedentes judiciais que, após investigação do tribunal, foram considerados inexistentes e gerados por um sistema de inteligência artificial. Embora o tribunal tenha reconhecido que a recorrente, que não contou com assessoria legal, não sabia que os casos eram fictícios, ressaltou a importância de um uso cauteloso das novas tecnologias, especialmente da inteligência artificial³⁹. No Brasil, em junho de 2023, a 7ª Vara Cível de Bauru (SP), proferiu uma decisão liminar nos autos do processo tramitando em segredo de justiça, determinando que a Microsoft retirasse do ar o material que continha informações falsas produzidas por meio da ferramenta

37 Cfr. Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016; a decisão é disponível ao endereço web <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690>. Veja-se ainda A. GIANNACCARI, *Stati Uniti*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Appunti su alcuni profili di digital justice*, Servizi Studi della Corte Costituzionale, 2024, pp. 43-45.

38 Cfr. *Mata v Avianca* 22-cv-1461(PKC), acessível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/55/>.

39 Cfr. *Felicity Harber v. The Commissioners for His Majesty's Revenue and Customs* [2023] UKFTT 1007 (TC), disponível em <https://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2023/TC09010.html>.

de Inteligência Artificial do Bing, acusando falsos crimes de assédio sexual contra um médico da cidade de Bauru⁴⁰.

Ademais dos riscos indicados, muitos outros podem ser identificados especificamente com a atividade judicial: em primeiro lugar, o uso de um modelo de IA treinado em contexto diferente como em outro sistema jurídico ou com uma base de dados em parte estrangeira. Isso pode implicar, por exemplo, a influência de uma cultura jurídica sobre outra através e a atuação de soluções que refletem um comportamento judicial específico diverso daquele local – por exemplo, uma abordagem mais ou menos formalista na interpretação do texto legislativo ou interveniente na dinâmica processual, com diversa autonomia com relação ao ditado de cortes superiores, com específico estilo de decisões, etc.

Também é ínsito à atuação da IA o risco de difusão de dados pessoais sensíveis ou de segredos comerciais. Presente em qualquer utilização de sistemas inteligentes, este risco apresenta especial potencialidade de dano com relação à atividade judicial, pela natureza dos dados pessoais geralmente envolvidos⁴¹.

O perfilhamento de juízes por meio do cruzamento de dados públicos e privados através da IA poderia aumentar a prática de fórum shopping por parte de empresas privadas e seus advogados; isso pode comprometer o princípio da “paridade de armas” e até mesmo gerar uma limitação ao direito de acesso à justiça, sobretudo em caso de ausência de tutela a favor de categorias vulneráveis (consumadores, trabalhadores, etc). Aponta-se que o perfilhamento dos juízes pode restringir sua capacidade de rever posicionamentos à luz de uma análise mais aprofundada e causar maior rigidez, pois a percepção pública de decisões passadas tende a cristalizar uma determinada orientação como “padrão fixo”, dificultando eventuais mudanças⁴².

O direito de acesso à justiça também pode ser comprometido em caso de tomada de decisões relativas à admissibilidade das demandas através da IA. De fato, é mais provável que as decisões referentes a essa fase sejam submetidas a mecanismos de resolução automatizada, uma vez que são consideradas menos complexas do que a análise do mérito, caracterizam-se por padrões decisórios repetitivos e têm como finalidade a gestão de grandes volumes de litígios⁴³.

Há risco de limitação da transparência e *accountability* da atividade judicial e, especialmente em contextos como tomada de decisões, onde é fundamental a compreensão e a análise crítica das previsões geradas pela IA. Este risco é especialmente correlato à utilização de *Black Box Techniques*, onde o processo em

40 Processo digital n. 1014335-85.2023.8.26.0071.

41 Veja-se, a propósito, C. RAST, *Cybersecurity Threats to the Judiciary*, in *Judges Journal*, vol. 62, 3, 2023.

42 A. BALSAMO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2024, p. 8.

43 Cfr. *Infra*, § 4.3.

si de tomada de decisões pelo algoritmo é opaco, baseado em imensas quantidades de dados e por vezes estão protegidas por segredos comerciais⁴⁴. Neste âmbito, porém, cabe ressaltar que *Explainable AI Systems* (XAI) têm sido empregues para mitigar tais riscos.⁴⁵

4. Panorama preliminar das regulamentações sobre o tema

4.1. O marco jurídico internacional

No âmbito das organizações internacionais com jurisdição europeia, o Conselho da Europa vem dedicando grande atenção ao tema da inovação no setor da justiça há vários anos⁴⁶. Desde 2016, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), órgão consultivo desta Organização, tem elaborado importantes diretrizes para a implementação da justiça digital nos sistemas judiciais dos Estados membros do Conselho da Europa. Em 2018 o CEPEJ publicou a “Carta Ética sobre o Uso de Inteligência Artificial em Sistemas de Justiça e Áreas Relacionadas”: o primeiro instrumento adotado no âmbito da Organização que incentiva a utilização destes novos sistemas tecnológicos na área judicial e regula seu uso por meio de certos princípios fundamentais, ainda que de forma não vinculante⁴⁷.

A Carta Ética Europeia, baseia-se em cinco princípios fundamentais. Em primeiro lugar, o respeito aos direitos fundamentais: o desenvolvimento e a implementação de ferramentas e serviços de inteligência artificial devem ser compatíveis com os direitos fundamentais. Neste sentido, no âmbito judicial, devem tutelar especialmente as garantias de acesso à justiça e o direito a um processo justo, com paridade de armas. O segundo princípio é o de não discriminação, a fim de prevenir o desenvolvimento ou a intensificação da discriminação entre pessoas ou grupos de pessoas. Para tanto, a utilização da aprendizagem automática e de análises científicas multidisciplinares para combater esta discriminação deve ser incentivada. O terceiro princípio refere-se à qualidade e à segurança: no processamento de decisões e dados judiciais, devem ser utilizadas

44 Cfr. CEPEJ, *Assessment Tool for the Operationalisation of the European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, cit., p. 4 e ss..

45 F. GALLI, G. SARTOR, *AI approaches to predictive justice: a critical assessment*, in *Human(ities) and Rights*, vol. 5, 2023, 2, p. 204 e ss..

46 Sobre tais atividades veja-se N. OZALP, Y. MENECEUR, *The International Legal Framework. 3.1. The Council of Europe's perspective on Artificial Intelligence*, in JuLIA (101046631) “Justice, fundamental rights and Artificial intelligence” Co-funded by the European Commission (DG Just – JUST-2021-JTRA), 2024, p. 55 e ss..

47 CEPEJ - Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça, *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente*, cit.

fontes certificadas e dados intangíveis, com modelos interdisciplinares e elaborados em um ambiente tecnológico seguro. O quarto princípio, relativo à transparência, imparcialidade e equidade, afirma que deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a propriedade intelectual e a utilização de instrumentos que podem gerar consequências jurídicas na vida das pessoas, a fim de tornar acessíveis e compreensíveis as metodologias de processamento de dados, inclusive permitindo auditorias externas. Enfim, o quinto princípio, ou do controle do usuário, busca garantir que os utilizadores da tecnologia devem ser atores informados e ter o controle de suas escolhas⁴⁸.

Com base neste quadro ético e após a criação, em 2020, do *Cyberjust Working Group*, e da adoção de um *Action Plan 2022-2025*⁴⁹, este órgão tem adotado guias e ferramentas de compartilhamento de boas práticas e auto-avaliação por exemplo, para a própria operacionalização da Carta Ética⁵⁰, ou em caso de *online dispute alternative resolution*⁵¹.

Instrumentos análogos visando orientar através de diretivas não vinculantes a utilização da IA pelos advogados foram adotados por algumas ordens profissionais estadunidenses, quais *American Bar Association*⁵², assim como, no continente europeu, a *Fédération des Barreaux d'Europe*⁵³. Respeitadas as devidas diferenças, tais regulamentações corporativas permitem o uso da IA pelos

48 *Idem*, pp. 7-12.

49 CEPEJ, 2022 – 2025 CEPEJ Action plan: “Digitalisation for a better justice,” CEPEJ(2021) 12Final, December 9, 2021, disponível em: <https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>.

50 CEPEJ, *Assessment Tool for the Operationalisation of the European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*, Document adopted by the CEPEJ at its 41st plenary meeting, 4-5 December 2023, disponível em <https://rm.coe.int/cepej-2023-16final-operationalisation-ai-ethical-charter-en/1680adcc9c>.

51 CEPEJ, *Guidelines on online alternative dispute resolution*, Document adopted by the CEPEJ at its 41st plenary meeting (Strasbourg, 4-5 December 2023), disponível em <https://rm.coe.int/cepej-2023-19final-en-guidelines-online-alternative-dispute-resolution/1680adcc33>.

52 AMERICAN BAR ASSOCIATION, Standing Committee on ethics and professional responsibility, *Formal Opinion 512, Generative Artificial Intelligence Tools*, July 29, 2024, disponível em <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professionalresponsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-512.pdf>. Segundo o documento, «To ensure clients are protected, lawyers using generative artificial intelligence tools must fully consider their applicable ethical obligations, including their duties to provide competent legal representation, to protect client information, to communicate with clients, to supervise their employees and agents, to advance only meritorious claims and contentions, to ensure candor toward the tribunal, and to charge reasonable fees».

53 FÉDÉRATION DES BARREAUX D'EUROPE, *European Lawyers in the Era of ChatGPT: Guidelines on How Lawyers Should Take Advantage of the Opportunities Offered by Large Language Models and Generative AI*, June 2023, disponível em <https://www.fbe.org/wp-content/uploads/2023/06/European-lawyers-in-the-era-of-ChatGPT-FBE-Guidelines-on-how-lawyers-should-take-advantage-of-the-opportunities-offered-by-large-language-models-and-gene-kopia.pdf>. A Comissão identificou sete critérios, que incluem: conhecer a tecnologia, considerar seus limites intrínsecos e utilizá-la apenas como uma ferramenta de apoio, sem

advogados apenas como ferramenta de apoio para a sua atividade exigindo, ao mesmo tempo, uma comunicação transparente com o cliente sobre seu uso a assunção da responsabilidade pelo resultado alcançado.

4.2. O modelo normativo europeu

Quanto à normas cogentes, no âmbito da União europeia, dois importantes instrumentos normativos potencialmente incidem sobre a utilização da IA em âmbito judicial, especificamente com relação à tomada de decisões: o Regulamento (UE) 2016/679 ou RGDP, e o Regulamento (EU) 1689 ou *AI Act*, aprovado em 12 de julho de 2024, que entrou em vigor em 1º de agosto do mesmo ano⁵⁴.

Nos termos do art. 22 do RGDP, que disciplina as decisões automatizadas, «o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base em tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeito na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar»⁵⁵. A proibição prevista na norma não se destina especificamente ao processo judicial, mas também pode se aplicar às decisões judiciais.

Segundo o Considerando n. 71 d RGDP, a norma é passível de exceções, como em caso de expressa previsão pelo direito da UE ou dos estados-membros para efeitos de controle e prevenção de fraudes e da evasão fiscal. Todavia, neste caso, «tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão». Assim, são impostas diversas garantias a favor do destinatário de tais decisões, como por exemplo, a garantia de supervisão da decisão automatizada pela ingerência humana, ou a estratégia *human-in-the-loop*, «por alguém com autoridade e competência par alterar a decisão e que, no âmbito da análise, deverá tomar em consideração todos os dados pertinentes»⁵⁶.

que substitua de forma alguma o julgamento e a capacidade do profissional; manter uma comunicação transparente com os clientes e assumir a responsabilidade pelos resultados.

54 Regulamento (Ue) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n.o 167/2013, (UE) n.o 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial).

55 No caso SCHUFA Holding e Outros (C-634/21), o Tribunal de Justiça da União Europeia avaliou se, e até que ponto, o tratamento de dados por meio de um sistema de IA pode ser qualificado como suporte para um mecanismo de decisão automatizada, conforme o Artigo 22 do RGPD.

56 GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, WP251rev.01, 17/PT, p. 23. Veja-se também D. MARK, T. MCINERNEY, J. MORISON, *Regulating*

A maior novidade no tema da aplicação da IA às decisões judiciais foi introduzida recentemente pelo *AI Act*⁵⁷. Este quadro regulamentar, complexo e abrangente, sobre as tecnologias de IA para uso não militar, vinculará territorialmente tanto aos operadores europeus quanto aos fornecedores de sistemas de IA, públicos ou privados, mesmo aqueles estabelecidos fora da Europa, mas que atuem neste mercado⁵⁸.

Nesta regulamentação, Bruxelas adota uma abordagem baseada no risco que a IA pode causar à saúde e à segurança dos indivíduos bem como aos direitos fundamentais, em consideração da finalidade da sua utilização e do contexto em que a mesma é empregada. De acordo com a disposição geral do Artigo 6(2) do *AI Act*, os sistemas de IA listados no Anexo III são presumidos como de risco elevado. O ponto 8 do Anexo III trata dos sistemas de IA utilizados na área da administração da justiça e dos processos democráticos, incluindo entre os sistemas a risco elevado «(a) sistemas de IA destinados a serem usados por uma autoridade judicial ou em seu nome, para auxiliar na pesquisa e interpretação de fatos e da legislação, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de fatos, ou em um uso similar em métodos alternativos de resolução de conflitos».

Todavia, uma importante exceção é prevista pelo próprio art. 6(3) do *AI Act*, que estabelece que «3. Em derrogação do n. 2, um sistema de IA a que se refere o Anexo III não pode ser considerado de risco elevado se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se *não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões*» (grifei).

Sem afrontar nesta sede a questão da regulamentação da IA de risco elevado conforme o *AI Act* e das garantias adicionais para o uso de tal tecnologia⁵⁹, vale destacar que, de acordo com as regras de classificação de risco estabelecidas pelo instrumento, um sistema de IA utilizado na administração de justiça *e que influencia materialmente a tomada de decisões judiciais* é considerado de alto risco. De fato, segundo o *considerando 61* deste Regulamento «... para fazer face aos riscos de potenciais enviesamentos, erros e opacidade, é apropriado classificar como sendo de risco elevado os sistemas de IA concebidos para serem utilizados por

automated decision-making in the justice system: what is the problem?, in *Handbook on Public Policy and Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, 2024, p. 339 e ss..

57 Em conformidade a quanto estabelecido no art. 1 do instrumento, o seu objetivo principal é melhorar o funcionamento do mercado interno da UE, incentivando o desenvolvimento de uma IA centrada no ser humano e confiável, ao mesmo tempo em que assegura um alto nível de proteção para a saúde, segurança, direitos fundamentais, democracia, o Estado de Direito e a proteção ambiental contra os possíveis efeitos nocivos da IA.

58 Sobre o tema veja-se, *inter alia*, G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella proposta di regolamento EU sull'intelligenza artificiale?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2, 2022, spec. 328 e ss..

59 Para estas e outras reflexões sobre este aspecto da normativa remete-se à I. CARNAT, *Addressing the risks of generative AI for the judiciary: The accountability framework(s) under the EU AI Act*, in *Computer Law & Security Review*, n. 55, 2024, esp. § 3 e ss..

uma autoridade judiciária ou para, em seu nome, auxiliar autoridades judiciárias na investigação e *interpretação de factos e do direito e na aplicação da lei a um conjunto específico de factos*» (grifei).

Observe-se, porém, que nem toda a tecnologia empregada em sistemas judiciais deve ser classificada desta forma: segundo o *AI Act* não são considerados de riscos elevado os «sistemas de IA concebidos para *atividades administrativas puramente auxiliares que não afetam a administração efetiva da justiça em casos individuais*, como a anonimização ou a pseudonimização de decisões judiciais, documentos ou dados, comunicações entre pessoal ou tarefas administrativas»⁶⁰.

4.3. *Terrae Brasilis*

O ordenamento jurídico brasileiro não apenas adotou um quadro principiológico específico de referência para a atuação do Poder Judiciário no uso da tecnologia IA, mas também – e sobretudo – se destaca como um precursor na implementação de experiências concretas nos tribunais.

Cabe evidenciar que neste âmbito, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ desempenha um papel fundamental na contribuição para a modernização do sistema judiciário brasileiro. Para estar alinhado à Agenda 2030 da ONU e à crescente demanda pelo uso da IA, desde 2018 o Conselho vem elaborando diversos atos normativos, entre eles o ‘Programa Justiça 4.0’, resultado de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), bem como resoluções que preveem a ética, a transparência e a governança na produção e no uso da IA para o Judiciário brasileiro⁶¹.

Nesta linha o CNJ aprovou, em 2020 o Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020, dispondo sobre «a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário»⁶². A normativa estabelece princípios que buscam garantir que a adoção de tecnologias de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro seja realizada de maneira responsável, transparente e ética, alinhada com os direitos fundamentais e o justo processo, a saber: a transparência, ou a adoção de soluções de IA compreensíveis e explicáveis inclusive para os usuários e os jurisdicionados; da ética ou da observância dos valores éticos e dos princípios fundamentais; da responsabilidade e da igualdade quanto ao desenvolvimento e aplicação da IA; da confiabilidade das soluções; da segurança, privacidade e proteção de dados dos usuários e partes envolvidas; e, enfim, da não substituição da decisão humana ou responsabilidade humana final. No momento em que se conclui o presente escrito, o

60 As razões pelas quais tais sistemas são classificados como sistemas de risco elevado encontra-se ilustradas sobretudo nos *Considerando* 59 e 61 do *AI Act*.

61 Para uma lista de todos os atos normativos adotados pelo CNJ que tratam do assunto consulte-se L. F. SALOMÃO, C. S. TAUKE et al., *Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*, 3a ed. Rio de Janeiro: FGV, 2023, p. 19-22.

62 Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>.

CNJ encontra-se discutindo nova resolução para alterar a normativa de 2020 e progredir no detalhamento das diretrizes quanto ao uso de IA pelo Judiciário brasileiro.

Quanto à aplicação concreta da IA pelos tribunais, desde 2018 os sistemas de IA estão bastante difundidos na atuação das mais diversificadas tarefas. Lembrando somente alguns, e reenviando ao sistema Justiça 4.0 para ulteriores informações⁶³, em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), a ferramenta de IA denominada VICTOR, encontra-se em funcionamento desde 2020, é fruto de uma parceria entre o tribunal e a Universidade de Brasília (UnB). Essa ferramenta apoia a atividade de análise de admissibilidade recursal por meio da sugestão de um ou mais temas de repercussão geral, posteriormente sujeita à validação pelos servidores e pelos ministros⁶⁴. Em 2022, o STF também testou uma ferramenta tecnológica denominada “RAFA 2030” (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), que, por meio de comparação semântica, auxilia magistrados e servidores públicos a identificar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 nos textos de acórdãos ou petições iniciais⁶⁵.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), que emite mais de 700 mil decisões por ano segundo dados atuais, com demandas crescendo em complexidades, foram desenvolvidos diversos projetos que utilizam a IA para otimizar o trabalho judicial. Em 2019, implementou-se o sistema ATHOS para permitir a análise de similaridade entre documentos e a identificação de temas repetitivos, a fim de identificar os processos submetidos ao rito dos recursos repetitivos previamente à distribuição aos ministros⁶⁶. Ferramentas ainda mais avançadas, quais o sistema SÓCRATES, também foram implementados. Há pouco, foi lançado no STJ o Sistema LOGOS, uma ferramenta desenvolvida internamente, capaz de desempenhar tarefas como identificar rapidamente argumentos utilizados pelas partes, visto a inexistência de limites dimensionais nos atos no ordenamento brasileiro, gerar relatórios de decisões, analisar a admissibilidade de agravos em recurso especial.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST também possui seu sistema de IA, o *Bem-te-vi*, lançado em outubro de 2018 para gerir o grande acervo de processos judiciais pendentes. Segundo o *Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário – 2023*, que apresenta os resultados do levantamento de 2023 do Conselho Nacional de

63 Em 2023, segundo a Plataforma, 62 tribunais da federação possuem projeto de IA em atuação, nas áreas estadual, federal, eleitoral e trabalhista. Cfr. <https://painéisanalytics.cnj.jus.br/hub/>.

64 Cfr. L. F. SALOMÃO, C. S. TAUKE, et al., *Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*, cit., p. 30.

65 Para maiores informações consulte-se <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>.

66 Veja-se, para maior detalhamento, P. DE T. SANSEVERINO, M. O. MARCHIORI, *O projeto Athos de inteligência artificial e o impacto na formação de precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça*, in R. GUIA SILVA, G. TEPEDINO (Coord.), *O Direito Civil na era da Inteligência Artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

Justiça (CNJ) sobre projetos de Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário, a inteligência artificial permite extrair informações da linguagem jurídica trabalhista diretamente do texto das peças processuais⁶⁷. Os modelos auxiliam os servidores dos Gabinetes na tomada de algumas decisões, como, por exemplo, o agrupamento de processos semelhantes e a análise de transcendência, um critério jurídico para admissibilidade do recurso definido pela Reforma Trabalhista de 2017.

A nível estadual, vários tribunais de justiça já contam com sofisticados sistemas de IA, como é possível verificar sempre a partir do *Painel de Projetos de LA no Poder Judiciário – 2023*.

Alguns pontos gerais de observação a partir da rica experiência brasileira em matéria: em primeiro lugar, merece ser evidenciado e aplaudido o fato de que grande parte da projeção, produção e gestão dos sistemas de IA aplicados ao judiciário brasileiro advém mediante a utilização de infraestruturas e pessoal interno. Naturalmente, não é a economia da solução o aspecto mais positivo, pelo contrário; bem sim o fato de que a projeção e gestão interna de tais ferramentas reduz riscos associados a aplicação de IA “alienígenas” não taradas para o contexto específico cultural e judicial brasileiro, o risco de escassa transparência do funcionamento das mesmas devido à existência de “black boxes” tutelados do ponto de vista comercial/industrial e, enfim, evita a canibalização para uso *profit* das informações e dados contidos no acervo do Judiciário.

Em segundo lugar, há um ponto de atenção: a atividade de interpretação, visceralmente consubstancial à lei, não se exerce somente mediante a tomada de decisão, mas também em atividades colaterais como a classificação. Em outras palavras, a atividade de classificação não é neutra, comporta interpretação de dados e, a interpretação realizada pela IA se realiza com base em critérios elaborados no passado, ao passo que a tecnologia é limitada a prever ou identificar novos critérios de classificação, por exemplo. Quando órgãos judiciais desempenham através de IA tarefas de classificação de processos que se revelam cruciais para o próprio acesso à justiça (por exemplo, admissibilidade de recursos, entre outros), há o risco de que esta tarefa seja desempenhada somente com uma lógica interpretativa repetitiva, sem espaço para o desenvolvimento de leituras diversas ou novos critérios. E essa lógica é particularmente perversa quando atuada nas cortes superiores, que deveriam guiar com a própria atividade nomofilática os órgãos inferiores. Um exemplo para o sistema judicial brasileiro no âmbito da avaliação do critério de

67 Plataforma Sinapses > Inteligência Artificial > Painéis e Publicações > *Painel de Projetos de LA no Poder Judiciário – 2023*, acessível no endereço web <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=43bd4f8a-3c8f-49e7-931f-52b789b933c4&sheet=e4072450-982c-48ff-9e2d-361658b99233&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=Ramo%20da%20Justi%C3%A7a,&select=Tribunal,&select=Seu%20Tribunal/%20Conselho%20possui%20Projeto%20de%20IA?>

“repercussão geral” da questão discutida para a admissibilidade de Recurso Extraordinário ao STF: como a IA baseia-se em padrões de jurisprudência já consolidada para classificar processos, pode falhar em identificar novas teses constitucionais que ainda não possuem uma jurisprudência estabelecida, que refletem demandas jurídicas novas ou temas inéditos, ou ainda com impacto relativamente menor sobre a sociedade, e excluir *a priori* tais casos da análise da repercussão geral. A consequência será duplamente prejudicial: de forma direta ao requerente, que terá o processamento do recurso obstruído, e, de maneira mais ampla, ao desenvolvimento do direito.

5. Observações conclusivas

O uso de ferramentas de IA na esfera jurídica oferece um potencial considerável de otimização de funções, bem como a capacidade de analisar grandes volumes de informações em questão de segundos e de automatizar tarefas repetitivas e rotineiras. É razoável pensar em delegar algumas tarefas ou atribuições dos sistemas judiciais a ferramentas de inteligência artificial, visando permitir que o magistrado possa investir o próprio tempo na realização de funções mais complexas. Sobretudo em sistemas judiciais especialmente sujeitos a problemas de acervo.

Por outro lado, seu uso no processo de construção de decisões judiciais exclusivamente automatizadas pode apresentar problemas concretos para a tutela dos direitos fundamentais e, portanto, para o próprio estado de direito. De fato, a maior parte dos sistemas judiciais analisados parece utilizar algoritmos ou técnicas preditivas em suporte à atividade dos juízes humanos na tomada de decisões, sem substituí-los.

A relação entre IA e direito, apontada no início do presente trabalho, é bidirecional: assim como a IA incide no direito, o direito também incidirá sobre a IA, através de regulamentações a nível internacional e nacional. Uma análise preliminar indica que tais marcos, todavia, são heterogêneos quanto à própria vinculatividade e nem sempre são específicos para a aplicação da IA no setor judicial. Ademais, preveem princípios e critérios notadamente gerais, que demandam maior especificidade para a própria atuação concreta.

No jogo dos prós e contras da aplicação da IA no Sistema Judiciário, além das vantagens e riscos gerais, há elementos específicos a serem considerados. A equilíbrio entre tais benefícios e desafios deve levar em conta as particularidades do setor e do serviço judicial, bem como as especificidades jurídicas e culturais locais. A resposta a tais estímulos já é – e provavelmente continuará sendo – local, adotada a nível nacional ou regional.

De fato, a análise do contexto europeu em geral e da experiência brasileira, mesmo que de forma introdutória, revelou que há importantes diferenças entre ambos os contextos quanto à regulamentação e quanto a experiências concretas

de utilização da IA pelos tribunais. Necessidades, regulamentações e soluções práticas diversas, mas princípios éticos e orientações gerais coincidentes: por exemplo, ressalta-se, em ambas as latitudes, o papel indispensável da supervisão humana – *Human in the Loop* (HTL). Cabe aprofundar como a aplicação concreta deste e de outros princípios pode variar na prática do Poder Judicial.

Trata-se de um âmbito, que tanto na sua dimensão factual quanto naquela regulatória, está em constante evolução, e nessa condição demanda e observação e análise específicas constantes.

Los derechos humanos laborales como objeto de protección del nuevo derecho transnacional del trabajo

Wilfredo Sanguinetti Raymond

SUMARIO: 1. La conformación de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo como premisa. – 2. El núcleo de protección del nuevo Derecho. – 2.1. La convergencia de dos sistemas normativos. – 2.2. Los derechos humanos laborales como bien protegido. – 3. La garantía de los derechos humanos laborales en los instrumentos del Derecho Transnacional del Trabajo. – 3.1. Códigos de conducta y acuerdos marco. – 3.2. Normas estatales e instrumentos internacionales en fase de elaboración. – 4. Una conclusión esperanzadora.

1. La conformación de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo como premisa

A lo largo de las dos últimas décadas se han multiplicado las iniciativas dirigidas a promover el respeto de los derechos humanos, y entre ellos los de contenido laboral, en las actividades empresariales de dimensión global. Este es un proceso que se inició por decisión de las propias empresas, que ante la presión de la sociedad, y en especial de los consumidores, optaron por poner en marcha mecanismos de control de sus proveedores y contratistas distribuidos a lo largo y ancho del planeta, pero que adquirirá fuerza y consistencia a partir de la aprobación en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, así como de diversas leyes nacionales dirigidas a imponer a dichas empresas la puesta en marcha de procesos de diligencia debida dirigidos a prevenir, mitigar y responder de los efectos adversos que el desarrollo de sus actividades, así como las de quienes con ellas colaboran, puedan tener sobre el disfrute de esos derechos.

El resultado ha terminado siendo la conformación de un amplio andamiaje jurídico-institucional, fruto de la convergencia de un vasto número de fórmulas reguladoras de orígenes y naturalezas diversas en torno a un objetivo común: corregir los desequilibrios sociales generados por la globalización¹, utilizando

1 A. BLACKETT, *Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, núm. 4, p. 499.

como herramienta principal el poder de las propias empresas sobre sus cadenas mundiales de producción.

En la actualidad, la amplitud y variedad de las manifestaciones de este nuevo corpus normativo, compuesto por una extensa galaxia de herramientas —mecanismos generados por las empresas multinacionales, tratados e instrumentos internacionales, normas comunitarias europeas y leyes nacionales— así como el hecho de que, más allá de sus diferencias, todas sus manifestaciones interactúen entre sí de forma provechosa y se refuercen recíprocamente con el fin de cumplir una misma función de garantía de ese núcleo de derechos, hace posible considerarlas como las bases de un nuevo *Derecho Transnacional del Trabajo*² de base híbrida y regulación multinivel, cuyas piezas vienen tejiéndose laboriosamente con el fin de dar lugar a una regulación del trabajo en el seno de las actividades empresariales de dimensión global que responda a las reglas básicas de nuestro modelo civilizatorio, que tiene en la garantía del respeto de esos derechos uno de sus componentes fundamentales.

Este es un nuevo Derecho posee un conjunto de elementos configuradores de suficiente entidad como para fundamentar su *autonomía* como disciplina jurídica. De entre ellos, las páginas que siguen están dedicadas a la identificación de los derechos asociados a la prestación de trabajo asalariado a cuya protección se

2 La hipótesis de la emergencia de un Derecho Transnacional del Trabajo vinculado al desarrollo de los procesos productivos globales ha sido sostenida desde perspectivas próximas a la postulada aquí por diversos autores. Puede verse en esta dirección los estudios de A. BLACKETT, *op. ult. cit.*, p. 499-500; M. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del Derecho Transnacional del Trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2015, núm. 70, p. 202 y 206; K. KOLBEN, *Transnacional Labor Regulation and the Limits of Governance*, en *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, vol. 2, p. 672-673; S. NADALET, *Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro*, en *Lavoro e Diritto*, 2005, núm. 4, p. 672-673; y S. SCARONI, *Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese transnazionali*, en *Lavoro e Diritto*, 2006, núm. 1, p. 151. Más recientemente, entre nosotros, véase también J. A. BAZ TEJEDOR, *Acercas de la certidumbre jurídica del trabajo decente en las cadenas globales de valor*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 97-98; y J. M. GOERLICH PESET, L. E. NORES TORRES, *Deslocalización de la producción y estándares laborales: un reto para el siglo XXI*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2019, núm. 439, p. 63. Para una visión más amplia, atenta a todas las manifestaciones de transaccionalidad asociadas al mundo del trabajo, véase A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24-25 y 37-39, y *Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 43-44, p. 22-23. Los pasos dados para la construcción de la tesis, cuya versión más acabada se encuentra en la obra que se cita al inicio de este artículo, pueden seguirse en mis estudios *Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales españolas: una realidad poliédrica en construcción*, en W. SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Madrid, Eds. Cinca, 2015, p. 17-18; y *Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras*, en AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, p. 73-77.

encamina, así como a dar cuenta del tratamiento que los mismos revisten en sus distintas clases de instrumentos.

2. El núcleo de protección del nuevo Derecho

Uno de los rasgos que con más propiedad identifica a la disciplina transnacional de las relaciones de trabajo en fase de construcción está representado por el singular *núcleo de derechos* sobre los que se proyecta y la manera como estos son identificados.

El Derecho Transnacional del Trabajo no cuenta con una fuente propia que proclame, defina y regule de manera autónoma los derechos que deben ser respetados al interior de los procesos de producción global. Antes bien, el Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen, de manera conjunta, tanto el “núcleo normativo” a partir del cual este configura su espacio de protección como la base sobre la que reposa su legitimación formal y axiológica³. Como veremos inmediatamente, el mismo extrae de la conjunción de ambos un núcleo o base de derechos, cuya aplicación trata de proyectar hacia todo su espacio de aplicación. Esto supone que su propósito no es dar lugar a una nueva regulación que sustituya, se adicione o complemente la contenida en las normas laborales nacionales e internacionales, sino operar “desde el exterior” de ambas, como una herramienta dirigida a promover la aplicación de ese privilegiado bloque en el espacio global. Su función es, desde este punto de vista, una de carácter *instrumental o auxiliar* respecto del Derecho Internacional del Trabajo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los que sirve.

2.1. La convergencia de dos sistemas normativos

Dicho lo anterior, es importante advertir de manera inmediata que el espacio de protección del Derecho Transnacional del Trabajo no coincide de forma plena con el perímetro de las dos disciplinas jurídicas de las que se alimenta. En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, lo que a través de él se persigue no es promover, de forma acumulativa, la aplicación de todos y cada uno de los derechos reconocidos por los convenios internacionales del trabajo y los instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino exclusivamente de una *base común*, compuesta por aquellos derechos que pueden ser considerados esenciales para la protección de los trabajadores de todos los países, cuyo catálogo se extrae del encuentro entre ambos.

3 La expresión y el comentario son, nuevamente, de A. BLACKETT, *ibidem*, p. 499, aunque en referencia exclusivamente al Derecho Internacional del Trabajo y sin aludir a su valor desde el punto de vista axiológico.

Esta idea, que es el resultado de un dilatado proceso de maduración, se expresa en los Principios Rectores de las Naciones Unidas a través de la declaración de que «los derechos humanos internacionalmente reconocidos» a los que «se refiere» la «responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos», abarcan «como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo»⁴. Se incluyen aquí, de tal modo, los derechos proclamados tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales de 1966, que componen la referida Carta Internacional, como por los convenios fundamentales de la dicha organización⁵. Ocho en su versión de 1988 y diez en la de 2022⁶.

De esta forma, los Principios Rectores marcan el encuentro entre dos sistemas normativos que habían recorrido en paralelo sus caminos hasta entonces⁷. Si bien es cierto que la Declaración de Filadelfia de 1944 sobre los fines y objetivos de la OIT puede ser considerada, con carácter previo incluso a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la primera declaración internacional de derechos con vocación de universalidad⁸, antes y después de su aprobación la dinámica y los contenidos de las normas internacionales del trabajo discurrirían por vías distintas de las del Derecho de los Derechos Humanos, marcadas no solo por la existencia de fórmulas de aprobación y

4 Principio 12. El comentario a este principio destaca, con todo, que en determinadas circunstancias es posible que las empresas deban tener en cuenta igualmente otros instrumentos internacionales, en particular en relación con la protección de las personas pertenecientes a grupos específicos o colectivos especialmente vulnerables. Esta referencia remite a otro bloque de tratados dentro de los cuales es posible encontrar también cláusulas que reconocen derechos humanos de contenido laboral. Este es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

5 Conforme señala el comentario al Principio 12.

6 Luego de la aprobación el pasado 6 de junio de 2022 por la Conferencia Internacional del Trabajo de su *Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Sobre esta declaración, véase C. ARESE, *Impactos de la incorporación de la seguridad y la salud a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT*, en *Revista Jurídica del Trabajo*, 2022, núm. 8, p. 23-42.

7 J. BELLACE, B. TER HAAR, *Perspectives on labour and human rights*, en J. BELLACE, B. TER HAAR (Eds.), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, p. 2.

8 De acuerdo con A. SUPLOT, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Eds. Península, Barcelona, 2011 (1ª ed. francesa de 2010), pág. 11.

sistemas de control autónomos, sino por su singular propósito, que no es tanto proclamar de manera solemne uno o más derechos como «establecer normas mínimas para las condiciones de trabajo y relaciones laborales», dando lugar a «una regulación sustantiva de la materia sobre la que tratan», que sea capaz de operar como un “piso mínimo” en relación con los ordenamientos laborales de los países miembros⁹. De ahí que se haya dicho que los convenios de la OIT «no suelen redactarse en la lengua de los derechos humanos» ni buscan «atribuir derechos fundamentales a los trabajadores»¹⁰. Unas afirmaciones que, aunque puedan ser puestas en cuestión en relación con algunos de ellos, tanto de otras etapas como sobre todo en la más reciente¹¹, se acomodan a la configuración histórica de estos instrumentos.

La OIT iniciará, con todo, una aproximación hacia la lógica y el sistema de protección de los derechos humanos, especialmente a partir de 1998, cuando tuvo lugar la aprobación de la Declaración antes referida. Aun así, el propósito de esta declaración no fue dar lugar a la inclusión de los principios o derechos a los que atribuyó la condición de fundamentales en el acervo de los derechos humanos, sino promover la ratificación universal de los convenios internacionales en los que aparecen recogidos¹², por considerar que se trata de derechos que resultan esenciales para reivindicar una participación justa de los trabajadores en los beneficios generados por la globalización¹³, dado su carácter de derechos habilitantes o derechos-condición para la realización de los demás¹⁴. De ahí que

-
- 9 O. ERMIDA URIARTE, *Derechos laborales y comercio internacional*, en W. SANGUINETI RAYMOND, A. GARCÍA LASO (Eds.), *Globalización económica y relaciones laborales*, Eds. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 123-124.
 - 10 J. L. GIL Y GIL, *Globalización y universalidad del derecho: la lex mercatoria y el Derecho Internacional del Trabajo en el mercado global*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2016, núm. 2, p. 22.
 - 11 Piénsese, por ejemplo, en la formulación de los Convenios núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación o núm. 100 sobre la igualdad de remuneración, a los que se refieren J. BELLACE, B. TER HAAR, *op. cit.*, p. 7-8, destacando cómo «esta forma diferente de redactar los convenios» emergerá especialmente luego de la segunda guerra mundial. Más recientemente, constituye un buen ejemplo el Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso, cuyo punto de partida se encuentra en el reconocimiento, llevado a cabo en el preámbulo, del «derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género» con base en las principales normas internacionales en materia de derechos humanos.
 - 12 Conforme destaca M. CANESSA MONTEJO, *Derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3ª ed., 2020, p. 316.
 - 13 Véase, M. CANESSA MONTEJO, ahora en *Empresa y derechos humanos: el debate del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro en la OIT*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO (Dir.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 319-321.
 - 14 J. L. GIL Y GIL, *op. cit.*, p. 22. Esta lectura en clave “procedimental o habilitante” de la Declaración es destacada especialmente por M. CANESSA MONTEJO, *op. ult. cit.*, p. 321, con especial referencia al papel nuclear que dentro de ella cumplen la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

el término «derechos humanos» no aparezca en la Declaración¹⁵, que prefiere utilizar para referirse a ellos una categoría distinta y más restringida, referida al “núcleo duro” de los derechos y principios recogidos por las normas internacionales del trabajo, como es la de «derechos fundamentales en el trabajo»¹⁶.

No obstante, a partir de este momento la OIT iniciará un viraje en su tradicional estrategia de apuntalamiento de la singularidad de su sistema normativo y pondrá en marcha una cuidadosa política de promoción de la incorporación de los aspectos más relevantes de su corpus normativo, y en particular dichos principios y derechos fundamentales, en todos los instrumentos dirigidos a promover el respeto de los derechos humanos en las actividades empresariales. Los efectos de esta política se dejarían sentir inicialmente en la formulación del Pacto Mundial de las Naciones Unidas del año 2000, que incluyó entre sus diez principios los cuatro proclamados por la OIT en 1998, bien que agrupándolos en una sección distinta de la asignada a los «principios relativos a los derechos humanos», titulada «principios laborales», dando así la impresión de que estos no son derechos humanos¹⁷. La brecha entre los dos sistemas terminaría por cerrarse en 2011 con la aprobación de los Principios Rectores, que permitirá la armonización o “maridaje” entre ambos¹⁸. Además de marcar una pauta o estándar internacional que luego seguirían las Líneas Directrices de la OCDE¹⁹ y los instrumentos de concreción de las recomendaciones de ambos a los que se hará alusión más adelante.

2.2. Los derechos humanos laborales como bien protegido

El corolario de esta evolución será la consolidación de los *derechos humanos laborales* como categoría jurídica de naturaleza híbrida, en la que es posible encuadrar todos aquellos derechos que, siendo de naturaleza laboral por los sujetos y el contexto en el que han de ser ejercidos, se encuentran reconocidos por las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, además de estarlo por lo general también por las normas internacionales del trabajo²⁰.

15 Conforme subrayan J. BELLACE, B. TER HAAR, *op. cit.*, p. 3.

16 Así, destacando el significado de esta categoría, M. CANESSA MONTEJO, *Derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 43-44.

17 Nuevamente, destacando este trato singular, J. BELLACE, B. TER HAAR, *loc. cit.*

18 Además de su recepción en el Pacto Global y los Principios Rectores, debe destacarse como un logro fundamental de la Declaración de la OIT de 1998 haber convertido su contenido en referente para la formulación de diversos instrumentos reguladores del comercio internacional, como los tratados de libre comercio, los instrumentos de regulación de los procesos de integración regional entre Estados o los sistemas generales de preferencias, como apunta M. CANESSA MONTEJO, *Empresa y derechos humanos: el debate del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro en la OIT*, cit., p. 321.

19 De acuerdo con el comentario núm. 30 de la parte IV dedicada a los Derechos Humanos, que recoge de forma prácticamente literal el contenido del Principio 12.

20 Sobre los derechos humanos laborales como categoría jurídica y la razón de la preferencia de su empleo sobre otras fórmulas y denominaciones posibles, M. CANESSA MONTEJO, esta vez

El catálogo de los derechos que están en condiciones de ser incluidos dentro de este privilegiado bloque abarca, por supuesto, los cinco derechos o principios proclamados como fundamentales por la OIT por constituir el marco esencial para el desarrollo de los demás derechos laborales presentes en sus restantes instrumentos. Todos estos son derechos o principios que se encuentran recogidos también en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que ostentan sin lugar dudas de forma simultánea la condición de derechos humanos laborales²¹.

A esta limitada lista se añade, no obstante, un segundo grupo de derechos laborales regulados por las normas internacionales del trabajo a los que las declaraciones y tratados sobre la materia confieren paralelamente la condición de derechos humanos, al incluirlos de forma explícita en su contenido. El espacio de protección de la disciplina transnacional de las relaciones de trabajo trasciende, de tal forma, la garantía de la libertad sindical y el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, para extenderse a una base más amplia de derechos, que tienen atribuida también esa condición.

Dentro de los instrumentos internacionales de carácter universal, estos derechos no aparecen recogidos de manera dispersa o asistemática, sino articulados en torno a dos *derechos marco*, íntimamente relacionados entre sí, como son el «derecho al trabajo» y el derecho «a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo», consagrados de forma coincidente por el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²². El objetivo de estos dos derechos, cuya vinculación funcional con la noción de *trabajo decente* impulsada inmediatamente después de la Declaración de 1998 por la OIT salta a la vista²³, es ofrecer una visión articulada del conjunto de prerrogativas, libertades y garantías jurídicas necesarias para asegurar a las personas que trabajan un trato

en *Derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 41-48. En sentido coincidente, C. ARESE, *Derechos humanos laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, págs. 19-21; y O. ERMIDA URIARTE, *Derechos laborales y comercio internacional*, cit., p. 126-128.

- 21 Véase, dentro de los instrumentos universales, los artículos 2, 4, 7, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 8, 22 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7, 8 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- 22 La importancia de estos dos derechos es destacada especialmente por N. BUENO, *Mutlinalional enterprises an labour rights: concepts and implementation*, en J. BELLACE, B. TER HAAR, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, págs. 423-424.
- 23 J. L. MONEREO PÉREZ, B. M. LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un 'trabajo decente*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 177, p. 28 ss., quienes optan por conferir a la conjunción de ambos esa denominación.

conforme a la dignidad humana que constituye el fundamento de los derechos humanos y la razón de ser de sus instrumentos de protección. Ambos son, por ello, *derechos sociales de estructura compleja*, que comprenden, a su vez, un conjunto de derechos funcionalmente anudados entre sí²⁴, que en conjunto expresan el espacio global de tutela asignado al trabajo dentro del sistema de los derechos humanos.

¿Cuáles son esos derechos, encuadrables dentro de los dos de alcance general antes mencionados, cuya identificación es capaz de aproximarnos de manera más precisa al catálogo de los derechos humanos de contenido laboral?

La Declaración de 1948 y el Pacto de 1966 coinciden en utilizar para su descripción una doble técnica jurídica, basada en la combinación de una cláusula general dirigida a la definición global de sus alcances con un conjunto de especificaciones encaminadas a dar cuenta de sus manifestaciones más importantes²⁵.

Así, el reconocimiento del derecho al trabajo²⁶ viene acompañado de indicaciones expresas que permiten entender incluidos en su contenido los derechos «a la libre elección» del mismo, de acuerdo con la primera, y «a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado», de acuerdo con el segundo. Pudiendo entenderse comprendidos asimismo dentro de este, dada su finalidad, los derechos «a decidir libremente aceptar o elegir trabajo», «a no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo», al «acceso a un sistema de protección que garantice al trabajador su acceso al empleo» y «a no ser privado injustamente de empleo», de acuerdo con la Observación General núm. 18 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dedicada a este derecho²⁷.

El desarrollo es más exhaustivo por lo que se refiere al derecho «a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo»²⁸, que comprende, de acuerdo con su versión más avanzada, contenida en el segundo de los referidos instrumentos, los derechos «a una remuneración que proporcione como mínimo» un «salario equitativo e igual por trabajo de igual valor» y unas «condiciones de existencia dignas» para los trabajadores «y para sus familias», a «la seguridad y la higiene en el trabajo», a la igualdad de oportunidades para la promoción profesional, «al descanso», a «la limitación razonable de las horas de trabajo», a las «vacaciones periódicas pagadas y a la remuneración de los días festivos»²⁹. Es más, dentro de este derecho se encuadran también los derechos de libre formación de

24 *Ibidem*, p. 36.

25 *Idem*.

26 O del “derecho a trabajar”, según se trate del primer o el segundo instrumento.

27 Documento E/C.12/GC/18, párrafo 6.

28 O “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, nuevamente según uno u otro instrumento.

29 Conforme al texto del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla y amplía los contenidos inicialmente postulados para este derecho por la Declaración Universal.

sindicatos y realización de las actividades sindicales, así como el derecho de huelga, que son objeto de reconocimiento en un precepto distinto³⁰, en la medida en que constituyen «medios fundamentales para instaurar, mantener y defender unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias», conforme a lo indicado en su Observación General núm. 23 (2016), centrada en la reconstrucción del contenido de este derecho, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³¹. Debiendo entenderse, además, que la recién apuntada representa «una lista no exhaustiva de elementos básicos para garantizar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias», toda vez que «también son importantes otros elementos a los que no se hace referencia expresa»³².

Con esta dilatada configuración, los derechos humanos de carácter universal al trabajo y al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias están en condiciones de dotar de cobertura protectora a los principales elementos del desarrollo de las relaciones laborales, tanto a nivel individual como colectivo. Desde su libre constitución, pasando por las condiciones de determinación del salario, la limitación del tiempo de trabajo, la promoción dentro del mismo, la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores o su extinción no arbitraria, hasta llegar al ejercicio de los derechos colectivos de libre sindicación y huelga. Esto supone que los más relevantes contenidos de los convenios internacionales del trabajo se encuentran reconocidos y forman parte del acervo de los derechos humanos de contenido laboral³³. Debiendo, por tanto, ser conside-

30 No en la Declaración Universal, que reconoce el «derecho a fundar sindicatos y a sindicarse» en el apartado 4 del propio artículo 23, pero sí en el Pacto Internacional, que dedica a estos derechos su artículo 8.

31 Documento E/C.12/GC/23, párrafo 1.

32 Véase el párrafo 6 de la referida Observación General, que se basa en la inclusión de los términos “en especial” antes de la enumeración de los derechos comprendidos llevada a cabo por el artículo 7 del Pacto Internacional. Y con alusión a continuación, como parte de esos elementos adicionales, a «la prohibición del trabajo forzoso y la explotación social y económica de niños y adolescentes; la protección contra la violencia y el acoso, incluido el acoso sexual; y las licencias de maternidad, de paternidad y parental remuneradas».

33 De hecho, la Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, luego de indicar en su apartado 1 que «muchos convenios de la OIT se refieren directa e indirectamente a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias», identifica como «importantes» a los efectos de la determinación del contenido del derecho en cuestión nada menos que los siguientes veintidós: «Convenio sobre las Horas de Trabajo (Industria), 1919 (núm. 1); Convenio sobre el Descanso Semanal (Industria), 1921 (núm. 14); Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos, 1928 (núm. 26); Convenio sobre las Horas de Trabajo (Comercio y Oficinas), 1930 (núm. 30); Convenio sobre las Cuarenta Horas, 1935 (núm. 47); Convenio sobre la Protección del Salario, 1949 (núm. 95); Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos (Agricultura), 1951 (núm. 99); Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre el Descanso Semanal (Comercio y Oficinas), 1957 (núm. 106); Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la Fijación de Salarios Mínimos, 1970 (núm. 131); Convenio sobre las Vacaciones Pagadas (Revisado), 1970 (núm. 132); Convenio sobre la Edad Mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre

rados los elementos incluidos en los convenios que desarrollan cada una de las dimensiones de esos derechos como una herramienta básica para la determinación del contenido protegido por estos³⁴. Además de poder ser calificados esos mismos convenios como normas de derechos humanos, al menos en lo que al tratamiento de esas materias se refiere³⁵.

La garantía de los derechos humanos laborales a la que se vincula la aplicación de los instrumentos del Derecho Transnacional del Trabajo de las cadenas de valor es, de este modo, más amplia y completa de lo que en principio hubiera podido pensarse. Y está en condiciones de incluir, al lado de aquellos derechos que son el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás, también los principales aspectos del tratamiento de las condiciones de trabajo susceptibles de ser utilizados como fuente de ventajas competitivas tanto por los Estados como por las empresas³⁶. Sin que sea relevante, además, en relación con los Estados, el hecho de que hayan ratificado o no los convenios de la OIT que regulan las respectivas materias, ya que su fuente de legitimación no procede directamente de ellos, sino de los instrumentos universales en materia de derechos humanos. Ni tampoco, respecto de las empresas, las deficiencias de las legislaciones de los

Duración del Trabajo y Períodos de Descanso (Transportes por Carretera), 1979 (núm. 153); Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155); Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155); Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, 1981 (núm. 156); Convenio sobre el Trabajo Nocturno, 1990 (núm. 171); Convenio sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, 1994 (núm. 175); Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000 (núm. 183); Convenio sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2006 (núm. 187); y Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189)).

34 De manera que, por ejemplo, la delimitación del contenido del derecho «a fundar sindicatos y a sindicarse» reconocido por el artículo 23.4 de la Declaración y el artículo 8.1 del Pacto Internacional no podrá prescindir de las indicaciones aportadas por el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

35 Así, apoyándose en el criterio de H. H. BARBAGELATA, O. ERMIDA URIARTE, *Derechos laborales y comercio internacional*, cit., p. 127, destaca que son derechos humanos laborales «asimismo, los previstos en convenios internacionales del trabajo que desarrollan algunos de los proclamados en los instrumentos de derechos humanos». Más amplio es el criterio mantenido por J. L. GIL Y GIL, *Globalización y empleo: propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible*, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, 2014, núm. 1, p. 27, para el cual «existe un argumento sólido para defender que la mayoría de las normas que establece la OIT pertenecen a la categoría de los derechos humanos: los artículos 6 a 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966, constituyen una reafirmación abreviada de las normas que la OIT había aprobado hasta ese momento». De forma coincidente, véase también D. LANTARÓN BARQUÍN, *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El “trabajo decente” como telón de fondo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 91.

36 La idea es formulada por M. CORREA CARRASCO, *Acuerdos marco internacionales. De la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 65, aunque en relación a la necesidad de que estas cuestiones sean abordadas por los acuerdos marco internacionales.

Estados en los que actúan. Como ha indicado también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación núm. 24 (2017) sobre las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, ya citada, «de conformidad con las normas internacionales», las empresas deben respetar los derechos enunciados en este instrumento «independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica»³⁷.

El que se acaba de destacar es un resultado de inmensa relevancia al menos por dos razones. Antes que nada, porque permite atribuir a los derechos humanos laborales una función limitadora de las prácticas de *dumping* social, tanto de matriz estatal como empresarial, que tan necesaria resulta dentro del escenario de competencia exacerbada abierto por la globalización³⁸. Pero también porque, por la vía que acaba de ser descrita, la tutela de los principales derechos reconocidos y regulados por las normas internacionales del trabajo ha terminado por encontrarse indisolublemente unida a la garantía de los derechos humanos, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Esto supone que el Derecho Internacional del Trabajo, e incluso el Derecho del Trabajo en general, se han visto en la necesidad de “refugiarse” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para “recobrar fuerzas” y tratar de asegurar su efectividad frente a los embates de la globalización económica y productiva³⁹. No obstante, tampoco puede dejar de destacarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha encontrado en la praxis de control de sus cadenas globales de valor, desarrollada inicialmente por las empresas multinacionales en relación con los derechos laborales básicos consagrados por las normas internacionales del trabajo, la principal herramienta para la promoción de su aplicación en el terreno de las actividades empresariales.

Es importante observar, en fin, que esta atracción de buena parte de los derechos laborales reconocidos por las normas internacionales del trabajo al espacio de los derechos humanos está conduciendo a una silenciosa pero efectiva mutación, si no de su naturaleza, al menos sí de la manera como son tutelados al interior de los procesos globales de producción. En el ámbito del Derecho Transnacional del Trabajo, los derechos laborales no son ya objeto de protección como derechos de crédito que se ostentan frente a un empleador, sino en

37 Apartado 5.

38 Nuevamente M. CORREA CARRASCO, *op. ult. cit.*, con respecto al papel que podrían cumplir los acuerdos marco internacionales de acoger contenidos como los apuntados.

39 Como destacaría M. R. FERRARESE en su intervención en el coloquio *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, organizado por la Università Ca’Foscari de Venecia y celebrado el 7 de mayo de 2021.

tanto derechos humanos, que participan de la naturaleza absoluta propia de estos, con los efectos consiguientes⁴⁰.

3. La garantía de los derechos humanos laborales en los instrumentos del Derecho Transnacional del Trabajo

Sentado lo anterior, cabe interrogarse por la manera cómo los instrumentos de base privada dirigidos al regular el trabajo en las cadenas globales valor, así como las normas y declaraciones de fuente pública, tanto nacional como internacional, que buscan incidir sobre ellos, llevan a cabo la delimitación de sus espacios de protección. Y en particular si recogen en toda su amplitud la garantía de los derechos humanos laborales.

3.1. Códigos de conducta y acuerdos marco

Aquí es importante empezar por destacar que la puesta en marcha por la OIT de una estrategia de impulso de la recepción de los cuatro derechos fundamentales en el trabajo proclamados por su Declaración de 1998 en los instrumentos privados, a la que sumará un paralelo proceso de promoción de la inclusión de esos derechos en los acuerdos marco internacionales desarrollada por las federaciones sindicales mundiales⁴¹, han hecho posible que su presencia se haya convertido en una suerte de “núcleo duro” o “mínimo común denominador”⁴², presente tanto en los de carácter unilateral como pactado⁴³, descartando con ello cualquier pretensión de “elección a la carta” entre los mismos⁴⁴ o de uso de

40 De acuerdo con la tesis desarrollada por M. MURGO, *Riflessioni di sistema sulla due diligence quale tecnica di tutela della persona-lavoratore*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, versión digital, comunicación núm. 3.

41 Sobre la que llaman la atención F. GUARRIELLO, L. NOGLER, *Violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro: un itinerario di ricerca tra rimedi nazionali e contrattazione collettiva transnazionale*, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2020, núm. 66, p. 183.

42 M. CORREA CARRASCO, *Acuerdos marco internacionales. De la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, cit., p. 54, respecto del contenido de los acuerdos marco internacionales.

43 Además del autor citado en la nota anterior, *ibidem*, p. 54-72, véase, respectivamente, R. MORATO GARCÍA, *Los códigos de conducta para socios comerciales y su contribución a la mejora global de las condiciones laborales*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 375-379; y G. ROJAS RIVERO, *La gobernanza sindical de las cadenas mundiales de suministro*, en W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO, *op. cit.*, p. 425-426.

44 Denunciada en su día por I. DAUGAREILH, *Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, núm. 27, p. 91.

estas herramientas para “anticiparse” o “prevenir” la formación de sindicatos, como llegó a ocurrir en el pasado⁴⁵.

A esta tendencia se añade, luego de la tragedia de Rana Plaza, la presencia, prácticamente unánime también, de referencias a la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, bien que no siempre dotadas de la misma profundidad⁴⁶. Con lo que la cobertura de los cinco derechos fundamentales recogidos en la versión de 2022 de la referida Declaración parece haber sido alcanzada, al menos en lo que atañe a la última generación de estos instrumentos.

El balance es algo más modesto por lo que se refiere a la recepción de los elementos del derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias no integrados dentro de ese privilegiado núcleo. Las referencias a estos elementos, y en particular a las cuestiones relacionadas con la determinación de los salarios y la limitación del tiempo de trabajo, están cada vez más presentes en los acuerdos marco globales, y además con un contenido progresivamente más minucioso⁴⁷, al lado de otras estipulaciones vinculadas con la gestión de los recursos humanos, como la anticipación del cambio, la gestión de las competencias o las reestructuraciones⁴⁸, dada su naturaleza de pactos dirigidos principalmente al personal de las empresas integradas en los grupos multinacionales⁴⁹.

El tratamiento es más detenido y completo en el caso de los códigos de conducta. Y en particular de los impulsados por empresas que cuentan con extensas redes de proveedores y contratistas. Estos códigos suelen incluir la mayor parte de los elementos del derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, desde la prohibición del trabajo forzoso o el empleo de mano de obra infantil, pasando por la garantía de un salario adecuado o de respeto de la duración máxima de la jornada, los descansos obligatorios y las vacaciones, hasta llegar a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y el respeto de la

45 Así, D. GALLIN, *Acuerdos marco internacionales: una nueva valoración*, en K. PAPADAKIS (Ed.), *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*, Ministerio de Trabajo e Inmigración-OIT, Madrid, 2008, p. 59, citando ejemplos como los del *Código de Conducta de Caterpillar*, de acuerdo con el cual esta empresa declara que desea «dirigir el negocio de tal forma que los empleados no sientan la necesidad de que los representen los sindicatos», o del *Código de Conducta de Sara Lee Knit Products*, que indica que esta empresa «cree en un entorno sin sindicatos excepto cuando la ley y la cultura exijan hacer lo contrario».

46 Véase, respecto de los acuerdos marco, M. CORREA CARRASCO, *op. ult. cit.*, p. 67-71, y R. MORATO GARCÍA, *op. cit.*, p. 385-387, en relación con los códigos de conducta.

47 Nuevamente, M. CORREA CARRASCO, *ibidem*, p. 64.

48 G. ROJAS RIVERO, *op. cit.*, p. 425-426.

49 La excepción está representada por los acuerdos marco globales diseñados para ser aplicados a las cadenas de valor de las empresas que los suscriben, de los que se ha dado cuenta en *supra* Cap. II.2, que centran su atención, como se dejó dicho entonces, en el diseño de fórmulas de participación sindical en el control de la aplicación de los códigos de conducta de las empresas que los adoptan, en los que encuentran fijadas las condiciones laborales a cuyo respeto se comprometen estas.

libertad de sindicación⁵⁰. La regla suele venir marcada en estos casos, no obstante, por la exigencia de respeto de lo dispuesto por los convenios internacionales sobre la materia, pero de acuerdo con el desarrollo que de estos hagan las leyes vigentes en el país del contratista. Esto supone que lo dispuesto en estas leyes, por limitado que sea, termina actuando como el estándar requerido a estos últimos, sin que se prevean por lo general exigencias adicionales ni se introduzca mejora alguna de sus contenidos. De la misma forma que tampoco es habitual que se incluyan indicaciones sobre la necesidad de que las empresas respeten lo dispuesto por dichos convenios cuando las normas nacionales no recojan de forma adecuada sus mandatos.

Existen, con todo, códigos de conducta que introducen regulaciones que van más allá de las exigencias previstas por las normas internas e incluso por las normas internacionales⁵¹. Y también ejemplos de instrumentos de este tipo

50 La referencia es, nuevamente, el trabajo de R. MORATO GARCÍA, *op. cit.*, p. 375-389, a partir de un detenido estudio de los principales códigos de conducta de las multinacionales españolas. Con carácter previo puede verse, apuntando ya en la misma dirección, mi estudio *Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas*, en W. SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Eds. Cinca, Madrid, 2014, p. 218-222.

51 El *Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores del Grupo Inditex* representa el mejor ejemplo de esta orientación, a la luz de las precisiones que introduce en relación con los «estándares mínimos de comportamiento» exigidos a estos. Así, la «prohibición de trabajo forzado» se acompaña de la prohibición de «exigir» a los trabajadores «ningún ‘depósito’ ni realizar retenciones de documentación acreditativa de su identidad» y del reconocimiento del derecho de estos «a abandonar su puesto de trabajo previo aviso con una antelación razonable»; la «prohibición de trabajo infantil» parte de entender que «Inditex define menor de edad a aquella persona con edad inferior a 16 años cumplidos» aunque la edad mínima para trabajar prevista por la legislación local sea inferior; la «prohibición de discriminación» alcanza a las prácticas de este tipo basadas «la raza, casta, credo, nacionalidad, religión, edad, discapacidad física o mental, género, estado civil, orientación sexual y/o afiliación sindical o política»; la «prohibición de abuso o trato inhumano» proscribе «el acoso sexual o racial, el abuso verbal o de poder» cualquier «otra forma de acoso o intimidación»; la protección de la «seguridad e higiene en el trabajo» exige la adopción de «las medidas necesarias para prevenir accidentes y daños para la salud de los trabajadores, minimizando, en la medida de lo posible, los riesgos inherentes al trabajo», así como la impartición de «formación regular» sobre la materia; la garantía de «pago del salario» establece que este será «al menos, igual al mínimo legal o al establecido por convenio, si este es superior», debiendo «ser siempre suficiente para cubrir, al menos, las necesidades básicas y aquellas otras que pudieran ser consideradas necesidades adicionales razonables de los trabajadores y sus familias», sin que puedan realizarse «retenciones y/o deducciones» por «por motivos disciplinarios ni por ninguna otra causa distinta de las establecidas en la legislación aplicable» sin autorización de los trabajadores, debiéndose en todo caso proporcionar a estos «en el momento de su contratación, información comprensible y por escrito sobre sus condiciones salariales y en el momento de la liquidación periódica del salario, información sobre sus particularidades»; la exigencia de «horas de trabajo no excesivas» impide exigir a los empleados «trabajar, como regla general, más de 48 horas a la semana» y conlleva el reconocimiento «de media, al menos, un día libre por cada

que aseguran la aplicación de los derechos que promueven, y en particular de la libertad sindical, incluso cuando estos no se encuentren garantizados por la legislación de los Estados de destino⁵². Los códigos de conducta asumen en estos casos el rol de instrumentos dirigidos no solo a solventar los problemas de efectividad y suplir las deficiencias de las legislaciones de los Estados de destino, sino a promover una mejora de los estándares laborales exigibles dentro de ellos. Las cadenas de valor están entonces en condiciones de convertirse en cadenas de mejora de las condiciones de trabajo, como es deseable que ocurra.

3.2. Normas estatales e instrumentos internacionales en fase de elaboración

¿Qué ocurre si centramos la lente en las normas estatales reguladoras de la puesta en marcha por las empresas de procesos de diligencia debida obligatoria y los instrumentos internacionales actualmente en fase de construcción? ¿Se aproximan estas fuentes al estándar de tutela deseable o muestran carencias de relieve?

Si se descarta la necesidad de prestar atención a las leyes que limitan su espacio de protección a un derecho o una práctica ilícita, como sucede en el caso de la *Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil de los Países Bajos* aprobada en 2019, los sistemas puestos en marcha por los Estados con ese propósito basculan entre dos expedientes técnicos básicos: bien introducir una cláusula general que defina con carácter amplio el núcleo de derechos protegidos o bien llevar a cabo una enumeración de estos últimos o los tratados de los que pueden ser extraídos, acompañada, de ser el caso, de un listado de las vulneraciones prohibidas.

La primera es la opción de la *Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas que ejercen el control*, aprobada en marzo de 2017, que vincula la puesta en práctica de los planes de vigilancia a la identificación y prevención del riesgo de «violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente».⁵³ El reenvío destaca por su amplitud, que se extiende al entero espacio de los

periodo de 7 días naturales», debiendo las horas extras «ser voluntarias», no exceder «de 12 por semana», no ser requeridas «de manera habitual» y «ser liquidadas en cuantía superior a la hora normal».

52 Este es el caso de la *Política de Sostenibilidad en la Cadena de Suministro del Grupo Telefónica*, de acuerdo con la cual «en caso de que la legislación limite el derecho a la libertad de asociación y negociación colectiva, el empleador deberá considerar facilitar, y no entorpecer, el desarrollo de medios jurídicos paralelos para la asociación libre e independiente y para la negociación». En la misma dirección, el recién citado código de conducta de Inditex dispone que «cuando los derechos de libertad de asociación y negociación colectiva estén restringidos por ley, deberán diseñarse cauces adecuados que garanticen su razonable e independiente ejercicio». La importancia de estas disposiciones es destacada por R. MORATO GARCÍA, *op. cit.*, p. 380, citando también el ejemplo del *Código de Conducta para proveedores de Calvo*.

53 Artículo L 225-102-4 del Código de Comercio, introducido por esta ley.

derechos humanos, incluyendo dentro de ellos los laborales, guardando relación la decisión de incluir una referencia expresa a la salud y la seguridad con la tragedia de Bangladesh, que se encuentra en el origen del proceso de gestación de esta ley⁵⁴. Con todo, no puede dejar de apuntarse, esta vez en el saldo deudor, el hecho de que la obligación de vigilancia se limite a las hipótesis de vulneración grave de esos derechos en vez de referirse a todo tipo de atentados contra ellos⁵⁵. El texto presenta además el inconveniente de no ofrecer a las empresas ninguna orientación adicional sobre los derechos protegidos o los atentados cuya prevención deberán llevar a cabo.

Una vía intermedia ha sido la elegida por la *Ley noruega relativa a la transparencia de las empresas y a la actuación en materia de derechos humanos fundamentales y condiciones laborales dignas*, aprobada en junio de 2021 y en vigor desde el 1 de julio de 2022, que busca promover el respeto por las empresas de los «derechos humanos fundamentales», incluyendo dentro de estos los consagrados, entre otros instrumentos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1988, así como de «condiciones de trabajo decente», entendiendo por tales las propias de un trabajo que salvaguarde los derechos humanos fundamentales, definidos de la manera antes indicada, y la salud, la seguridad y el medio ambiente en el lugar de trabajo, además de proporcionar un salario adecuado⁵⁶. La mayor precisión en cuanto a las fuentes de los derechos tutelados se combina aquí con una expresa referencia al trabajo decente como estándar de protección, de momento única en su género, que resulta especialmente útil para asegurar que los derechos laborales reciban una atención que se corresponda con la relevancia que tienen dentro de las actividades empresariales de dimensión global⁵⁷. Lo fundamental aquí es, sin embargo, que a través de esta referencia y la amplia definición que se hace de lo que por trabajo decente debe entenderse se hace posible que la ley proyecte sus alcances a todos los elementos que integran el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que como hemos visto representa el patrón internacional de tutela.

54 I. DAUGAREILH, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas*, en W. SANGUINETI, J. VIVERO SERRANO (Dir.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 362-363, quien añade que «la adición de las libertades fundamentales confiere una flexibilidad suplementaria al intérprete y permite ampliar el espectro de los derechos humanos».

55 C. BRIGHT, *Mapping human rights due diligence regulations and evaluating their contribution in upholding labour standards in global supply chains*, en G. DELAUTRE, E. ECHEVERRÍA MANRIQUE, C. FENWIC (Eds.), *Decent work in a globalized economy. Lessons from public and private initiatives*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021, p. 90, destacando la inseguridad jurídica que la falta de definición de lo que por tales debe entenderse puede generar.

56 Artículos 1 y 3, apartados b) y c).

57 Como destaca especialmente C. BRIGHT, *loc. cit.*

En el extremo opuesto se sitúa la *Ley alemana sobre la diligencia debida de las empresas en las cadenas de suministro*, aprobada en julio de 2021, que introduce un listado de once prohibiciones asociadas a la vulneración de los derechos protegidos por once convenios internacionales de derechos humanos⁵⁸, en relación con las cuales las empresas deberán poner en marcha las medidas por ella previstas. Se recurre con este fin a la noción de “riesgo para los derechos humanos”, entendido como aquella situación en la que, debido a las circunstancias, existe una probabilidad suficiente de que se viole una de dichas prohibiciones⁵⁹. Es importante destacar que dentro de dicho listado de doble entrada tienen atribuido un protagonismo de primer orden los derechos humanos laborales. En primer lugar, porque la relación de tratados de los que derivan las “posiciones jurídicas protegidas” está compuesta por los ocho convenios fundamentales de la OIT junto al Protocolo relativo al Convenio núm. 129 sobre el trabajo forzoso, que reciben de tal forma el tratamiento de instrumentos de derechos humanos, con el único añadido de los dos pactos internacionales de 1966⁶⁰. Y, en segundo término, porque prácticamente todas las actuaciones prohibidas son de naturaleza laboral. En concreto, ocho de ellas⁶¹. Vinculándose estas con la vulneración de los derechos y principios fundamentales proclamados por la OIT, incluyendo las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo, así como con la obligación de pago de un salario adecuado. Fuera de este catálogo queda, no obstante, el desconocimiento de las demás dimensiones del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, cuya garantía se encuentra también cubierta por los tratados a los que remite esta ley. Esta es una omisión que se salda, bien que solo en parte, por medio de la introducción de una cláusula de cierre que incluye cualquier otra acción u omisión infractora, pero únicamente en caso de que «pueda perjudicar directamente a una posición jurídica protegida de forma especialmente grave» y su «ilicitud sea evidente»⁶².

Ahora bien, pasando al terreno internacional, es importante observar cómo, entre estas tres posibilidades, la recientemente aprobada *Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, se inclina por el recurso a una técnica similar a la introducida por la ley alemana, seducida seguramente por la mayor seguridad que parece ofrecer.

58 Identificados, respectivamente, por el apartado 2 del artículo 2 y el Anexo.

59 Artículo 2, apartado 2, párrafo primero.

60 Fuera quedan, con todo, los derechos humanos de contenido laboral que puedan venir consagrados por los instrumentos internacionales dirigidos a la protección de personas y grupos vulnerables, a los que se ha hecho alusión al inicio de este apartado.

61 Identificadas a través de los números 1 a 8 del apartado 2 del artículo 2. La cifra puede elevarse a nueve si se tiene en cuenta que la prohibición relativa al empleo de fuerzas de seguridad para la protección de la empresa, prevista por el número 11, se vincula con la posible afectación de la libertad sindical, además de con otras cuestiones. Por lo demás, las dos no consideradas se relacionan directa o indirectamente con la tutela ambiental.

62 Artículo 2, apartado 2.12.

Se recurre para ello a la noción de efecto adverso para los derechos humanos asociada al incumplimiento de una serie de derechos y prohibiciones que son enumerados de manera singularizada junto a una relación nominal de los convenios internacionales que los consagran⁶³.

Aun así, la conformación de ambos listados se distancia de la norma que les sirve de inspiración. El primero de ellos, antes de nada, por incluir una relación más completa de los incumplimientos prohibidos, que combina una mayor atención hacia los que afecten a los derechos civiles y políticos, con un amplio recuento de los vinculados al desconocimiento de los derechos humanos laborales, que son definidos además a partir del contenido de los convenios fundamentales de la OIT que los regulan. Pero, sobre todo, porque incorpora la «violación del derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias», incluyendo dentro de estas últimas «un salario equitativo, unas condiciones de existencia dignas, la seguridad e higiene en el trabajo y una limitación razonable de las horas de trabajo», de acuerdo con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Se recogen, de tal forma, todos los elementos relevantes de este derecho, incluyendo aquellos que de forma más notoria pueden cumplir una función preventiva del *dumping* social.

Debe añadirse, por último, que el tercer borrador de tratado de las Naciones Unidas relativo a las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos recurre a una cláusula general, de acuerdo con la cual se declaran comprendidos en su espacio de protección «todas las libertades fundamentales y los derechos humanos reconocidos internacionalmente» que vinculen a los Estados parte⁶⁴. Aunque añadiendo que estos derechos incluyen los reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 y los convenios fundamentales de esta organización, junto a «todos los tratados internacionales de derechos humanos fundamentales» y el «derecho consuetudinario internacional». La vocación de extender la protección no puede ser aquí mayor.

Nuevamente se postula, de esta forma, el carácter de instrumentos de derechos humanos de los convenios fundamentales de la OIT, a la vez que se exalta su importancia al hacer referencia a ellos pese a que las menciones a los instrumentos de alcance general permiten entender incluidos los derechos y principios de los que se ocupan.

4. Una conclusión esperanzadora

El balance de los instrumentos privados y públicos hasta aquí presentados apunta claramente hacia la consolidación de los derechos humanos laborales

⁶³ De acuerdo con las partes I y II del Anexo.

⁶⁴ Artículo 3, apartado 3.

como categoría aglutinadora de la esfera de protección del trabajo en el espacio global, así como en dirección al progresivo perfilamiento de una garantía amplia de estos últimos, capaz de ir más allá de los derechos habilitantes y presupuestos elementales en los que decidió centrar sus esfuerzos la OIT a finales del pasado siglo, para proyectarse hacia todos los elementos necesarios para el acceso a un trabajo dotado de condiciones equitativas y satisfactorias. Incluyendo dentro de estos los de una más clara vocación *antidumping*, como son los asociados a la garantía de un salario adecuado y suficiente y a la limitación del tiempo de trabajo. Asimismo, en el horizonte parece perfilarse la consideración de los convenios de la OIT que desarrollan el contenido de derechos humanos laborales, y en especial los convenios fundamentales, como instrumentos de derechos humanos, sellando de tal modo el encuentro entre ambos sistemas normativos.

La crisi della territorialità delle tutele del lavoro e la sovranità delle nuove tecnologie

Maurizio Falsone

SOMMARIO: 1. Dalla sovranità (territoriale) della normazione alla sovranità (a-territoriale) delle nuove tecnologie. – 2. Lo stato dell'arte della normazione e dell'interpretazione riguardo alla “vecchia” questione della mobilità fisica e alla “nuova” questione della mobilità virtuale. – 3. I primi approcci regolativi ai fenomeni di mobilità virtuale del lavoro. – 3.1. La disciplina (di liberalizzazione parziale) sui lavoratori nomadi. – 3.2. La disciplina (di promozione) sui lavoratori impatriati. – 3.3. La disciplina (di adattamento) sui lavoratori transfrontalieri. – 3.4. La disciplina (di adattamento) sulla sicurezza sociale per i lavoratori dell'UE. – 4. Quali *trend* e prospettive normative sono individuabili in materia di mobilità virtuale del lavoro?

1. Dalla sovranità (territoriale) della normazione alla sovranità (a-territoriale) delle nuove tecnologie

La questione della territorialità delle tutele del lavoro è particolarmente difficile da sviscerare perché da un lato poggia su un valore storico-politico ancora molto forte, dall'altro è esposta a fenomeni di rilievo globale che ne mettono in crisi la funzione e il funzionamento.

Il valore storico-politico forte è la sovranità statale su base territoriale. Si tratta, forse, del più resistente baluardo politico/istituzionale dell'era moderna e ruota attorno all'idea che lo stato legifera (oltre ad esercitare tutti gli altri poteri sovrani) per e su uno specifico territorio e non può legiferare per e su territori diversi da quello su cui esercita sovranità, sul presupposto della tendenziale stanzialità della comunità (nazionale o multinazionale) di riferimento. Tanti miti sono crollati dalla pace di Westfalia del 1648 in poi, ma quello della sovranità statale/territoriale è il più duro a morire, come dimostrano, ad esempio, le politiche migratorie restrittive dei paesi occidentali, il faticosissimo percorso di unità politica europea e, in generale, i tortuosi percorsi di cessione di porzioni di sovranità nazionale (pure auspicabili ed auspicati in un'ottica di pace e giustizia globale, cfr. art. 11 Cost.)

La forza e la resistenza di questo valore sono ancora più forti se si guarda specificamente alle tutele lavoristiche. Gli stati a livello nazionale e trans-nazionale, infatti, hanno cercato di garantire efficacia ed efficienza alle tutele

lavoristiche attraverso la regola-valore (variamente positivizzata) della *lex loci laboris*, in modo da garantire alla persona che lavora il trattamento spettante nel luogo della prestazione, ed ammettendo deroghe ad essa con una certa cautela e *restraint* interpretativo.

I fattori che mettono in crisi funzione e funzionamento della sovranità territoriale, ad onta del vigore valoriale che ancora essa presenta, sono molteplici, ma posso essere fatti rientrare tutti entro due macro-fenomeni: la globalizzazione e le nuove tecnologie¹.

La globalizzazione, in primo luogo, ha dato adito ad una formidabile mobilità fisica dei fattori produttivi. Prima dei capitali, il più mobile dei fattori della produzione, poi degli altri mezzi di produzione e delle imprese stesse², infine degli stessi lavoratori, anche se in misura minore perché – a differenza del capitale e delle merci – la mobilità del lavoro dipende da quella del lavoratore; quindi è una mobilità dipendente, da un lato, dall'ineliminabile necessità di quest'ultimo di vivere la propria territorialità, cioè di esprimersi nello spazio anche come persona, a prescindere dal suo *status* di lavoratore e, dall'altro, dalle politiche migratorie degli stati, solitamente molto più restrittive delle politiche per l'importazione di capitali o prodotti³. Comunque, questa mobilità fisica non rompe definitivamente l'unità "aristotelica" di tempo, spazio ed azione attorno a cui il lavoro ha ruotato sin dagli albori del capitalismo⁴. Piuttosto, essa produce continue ri-territorializzazioni delle fattispecie che, senza mettere in discussione il carattere territorialista della normazione (anzi, valorizzandolo a bella posta), possono sabotarne la funzione originaria. Prendendo a riferimento la regola *lex locis laboris* che incarna il carattere territorialista della normazione del lavoro sia nel diritto

1 Ma la crisi della territorialità del diritto non è recente. La territorialità come elemento costitutivo del diritto, tipica delle tesi istituzionalistiche (cfr. S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1902, I, p. 1), viene criticata già da Kelsen e dagli studiosi che osservano come il territorio sia un *prins* logico della normazione e, tutt'al più, un elemento qualificatorio della norma, ma non un elemento costitutivo/validante. Se le norme, infatti, regolano la vita di una comunità umana devono poter svolgere la loro funzione a prescindere dalla stabilità territoriale della stessa (come accade, ad esempio, in sistemi particolari come il diritto canonico, quello sportivo ma anche quello israelitico). Cfr. per tutti i riferimenti essenziali G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 8; C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, p. 304.

2 Grazie alla logistica dei trasporti e/o alle delocalizzazioni (G. PROIA, *Le misure per il contrasto alla delocalizzazione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2019, n. 1, p. 3, G. ZAMPINI, *Delocalizzazioni e tutela dell'occupazione nel governo multi-livello del mercato globale. Problemi e prospettive*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 5/2019, 1, p. 980).

3 ILO, *Temporary labour migration: Unpacking complexities*, ILO, 2022, consultabile al seguente link: https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_858541/lang-en/index.htm.

4 B. VENEZIANI, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. HEPPEL (a cura di), *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, Oxford, 1986, p. 31 e ss.

interno che in quello internazionale privato, i fenomeni di *social dumping* e il c.d. *law shopping* resi possibili e vantaggiosi dalla globalizzazione e dalla mobilità dei fattori produttivi rappresentano gli esempi più noti e clamorosi di come tale principio possa essere oggi manipolato e piegato agli interessi dei Paesi sovrani (ad attrarre capitali) o di potenti imprese multinazionali (a risparmiare sul costo del lavoro), mortificando le sue funzioni originarie, che erano quelle di tutela della parte debole del rapporto e di garanzia di efficienza ed effettività dei diritti.

Il carattere territorialista della normazione è entrato definitivamente in crisi quando alla mobilità fisica si è affiancata la digitalizzazione e quindi la remotizzazione delle relazioni umane. Inizialmente, ancora una volta, l'ondata tecnologica digitale ha riguardato più il capitale e i mezzi di produzione che il lavoro. Tuttavia, anche in virtù della c.d. terziarizzazione dell'economia, il rapporto fra lavoro necessariamente *location-based* e lavoro *web-based* si è assestato verso valori più favorevoli a quest'ultimo, soprattutto nel c.d. mondo sviluppato. Questa evoluzione ha reso possibile una più ampia mobilità del lavoro di tipo virtuale; potenzialità che la pandemia da Covid-19 ha trasformato in realtà quotidiana e diffusa globalmente⁵.

Ebbene, la mobilità virtuale del lavoro – perché no, eventualmente combinata con la mobilità fisica dei lavoratori – ha veramente rotto la suddetta unità “aristotelica”, trasformando la corrispondenza fra luogo, tempo ed azione di svolgimento della prestazione (così come la corrispondenza fra luogo, tempo ed azione dell'attività di impresa) in un fatto eventuale e trascurabile sotto il profilo organizzativo. In sostanza, se la mobilità fisica produce continue ri-territorializzazioni geografiche, la mobilità virtuale produce de-territorializzazioni⁶. Ne deriva che ad essere sfidata ed ostacolata non è solo la funzione originaria del carattere territoriale della normazione, ma anche il funzionamento pratico. Tornando di nuovo all'esempio del principio *lex loci laboris*, infatti, è chiaro che la sua applicazione concreta può diventare problematica se non impossibile quando la fattispecie complessivamente considerata è radicalmente frammentata dal punto di vista geografico. Per questo è significativo oggi affiancare al concetto di sovranità (territoriale) della normazione quello di sovranità (a-territoriale) delle nuove tecnologie.

5 J. STEFAN, K. M. CONROY, A. McDONNELL, *From Travel to Virtual Work: The Transitional Experiences of Global Workers during Covid-19*, in *International Business Review*, 31(6), 2022, 102052, p. 1 e ss.

6 Cfr. G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, spec. p. 7 secondo cui «sembrano così arrivare a definitiva maturazione quei segnali di disgregazione delle coordinate spazio-temporali del lavoro subordinato che erano già emerse in passato».

2. Lo stato dell'arte della normazione e dell'interpretazione riguardo alla “vecchia” questione della mobilità fisica e alla “nuova” questione della mobilità virtuale

L'aumento della mobilità transnazionale dei capitali, dei servizi, dei lavoratori e delle persone, ha prodotto un ampio dibattito dottrinale⁷ e politico, delle interpretazioni adattive dei giudici della CGUE⁸ e nazionali⁹ e, infine, delle riforme del diritto UE e nazionale (cfr. *infra*). Tuttavia, queste ultime sono chiaramente focalizzate solo sul fenomeno della mobilità fisica dei lavoratori, ancorché nella sua versione più radicale, come quella impersonata dai lavoratori c.d. peripatetici¹⁰.

Il Reg. Roma I approvato nel 2008, ad esempio, è il frutto del suddetto dibattito dottrinale e di quella giurisprudenza “adattiva” della CGUE laddove ha precisato che, ove non sia individuabile un Paese «nel quale (...) il lavoratore (...) svolge il lavoro», la *lex loci laboris* è quella del Paese «a partire dal quale il lavoratore (...) svolge abitualmente il suo lavoro»¹¹. Allo stesso modo, il legislatore UE ha previsto diverse discipline particolari per adattare e aggiornare il quadro normativo del distacco transnazionale, prendendo atto dei problemi posti (anche ai giudici) dalla sempre più spinta mobilità fisica del lavoro e cercando di non creare fratture radicali rispetto ai compromessi normativi già individuati in passato¹². Perciò, anche queste più recenti novità normative non affrontano di petto la mobilità virtuale del lavoro a livello transnazionale. Ancora oggi, infatti, la direttiva sul distacco «si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro

7 Cfr. L. MERRETT, *New Approaches to Territoriality in Employment Law*, in *Industrial Law Journal*, 44(1) 2015, pag. 53, A. IOSSA, *Posting Highly Mobile Workers: Between Labour Law Territoriality and Supply Chains of Logistics Work*, in *Industrial Law Journal*, 51(1), 2022, p. 138.

8 Da ultimo C. Giust. UE, 19 dicembre 2019, *Dobersberger*.

9 Cfr. i riferimenti in E. MCGAUGHEY, *A Casebook on Labour Law*, Hart publishing, Oxford, 2019, p. 194 nell'ambito del diritto UK.

10 Lo evidenziano già M. T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via “web” con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4/2019, p. 1041, anche in *European Labour Law Journal*, 12(2), 2022, p. 134, spec. p. 148, richiamando anche Corte giust. UE, 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox* e Corte giust. UE 9 gennaio 1997, C-383/95, *Rutten*. U. GRUSIC, *Remote Work in Private International Law*, in N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO (ed.), *The Future of Remote Work*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2023, p. 193 evidenzia che si tratta comunque di lavoratori che svolgono attività da remoto. In ogni caso, risulta dai dispositivi delle decisioni della Corte di Giustizia che il fenomeno preso direttamente in considerazione non è il lavoro remotizzato e/o da casa, ma il fatto che nell'esecuzione del contratto il lavoratore si muovesse, per le più svariate ragioni, fra diversi stati.

11 Cfr. la formulazione precedente del principio *lex loci laboris* contenuta nella Conv. 19 giugno 1980 c.d. Roma I (80/934/CEE). Lo stesso identico discorso può farsi in relazione al foro competente (cfr. il Reg. 44/2001/CE e il vigente Reg. 1215/2012/UE, cd. Bruxelles I *bis*).

12 Cfr. la dir. 2020/1057/UE sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada recepita con d.lgs. 27/2023.

che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori (...) nel territorio di uno Stato membro», precisando che per lavoratore distaccato «si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente». Sembra piuttosto chiaro che il presupposto logico dell'applicazione della disciplina sia ancora oggi la mobilità fisica della persona¹³.

Riguardo alla mobilità virtuale del lavoro può dirsi che il dibattito dottrinale giuslavoristico è in corso di sviluppo¹⁴, ma che la giurisprudenza e i legislatori nazionali ed UE non hanno ancora preso posizioni chiare¹⁵. È comprensibile che le questioni di diritto transnazionale relative al lavoro da remoto necessitino di tempo per giungere fino alle più alte corti; invece, può sorprendere che importanti provvedimenti recenti di livello ultra-statale in materia di lavoro digitalizzato ignorino la questione. Ad esempio, colpisce che il Reg. 2019/1149/UE che istituisce l'Autorità Europea del Lavoro assegnandole una serie di compiti, dia rilievo alla questione della mobilità dei lavoratori senza considerare la questione della sua mobilità virtuale o remotizzazione. Allo stesso modo colpisce che l'Accordo europeo sulla digitalizzazione sottoscritto dalle parti sociali nel 2020 faccia ovviamente riferimento alla remotizzazione del lavoro, ma senza affrontare le problematiche specifiche poste dalla remotizzazione *cross-border*¹⁶.

La ragione dell'astensione normativa può dipendere dal fatto che la remotizzazione del lavoro, come si è in parte anticipato, è un fenomeno ancora più variegato e ambiguo di quello della mobilità fisica dei lavoratori e cela interessi che si intrecciano e/o che confliggono in modo piuttosto variegato. Fino a che la

13 Peraltro, tale disciplina non ricomprende l'intero fenomeno della mobilità – fisica o virtuale che sia – dei lavoratori: essa, infatti, presuppone una prestazione di servizi transnazionale da parte del datore di lavoro.

14 Oltre alla letteratura già citata, cfr. A. A. H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, in *Erasmus Law Review*, 3, 2014, p. 157 e M. MENEGOTTO, M. MARIANI, *Il lavoro agile all'estero. Profili lavorativi e previdenziali*, in *Working Paper ADAPT*, n. 10, 2022. Più avanzato pare lo stato dell'arte in altri ambiti giuridici, come quello fiscale/tributario (Cfr. i riferimenti in F. FRANCONI, A. GIACOBBE, *Lavoro da remoto transnazionale e stabile organizzazione dopo la circolare sullo smart working*, in *Rivista di Diritto Tributario* – supplemento online, 4 novembre 2023, E. DELLA VALLE, *Brevi riflessioni sulla fiscalità del lavoro "ibrido"*, in *Rassegna tributaria*, 1/2022, p. 44).

15 Lo riconosce anche l'ILO nel report del novembre 2021 «*Working from home: From invisibility to decent work*» secondo cui «*For digital platform homeworkers, the crossborder nature of their activities raises particular issues on the applicable law (...). Policymakers should pay most attention to ensuring that the law is being applied, including by increasing legal awareness among teleworkers themselves. In particular, attention needs to be given to ensuring equal treatment between homeworkers and similar employees working on employers' premises*».

16 Cfr. <https://www.cisl.it/wp-content/uploads/2021/06/Accordo-quadro-parti-sociali-europee-sulla-digitalizzazione.pdf>. Lo stesso dicasi per l'accordo quadro sul telelavoro del 2002 che non considera le fattispecie transnazionali.

mobilità del lavoro ha provocato ri-territorializzazioni (cfr. § 1), infatti, le imprese avevano discreti margini di azione organizzativa per far corrispondere la *lex loci laboris* imposta dalle leggi con la legge del luogo di stabilimento dell'impresa (nel peggiore dei casi anche attraverso strategie elusive). Con la mobilità virtuale del lavoro, tali margini si sono ristretti a danno della comunanza di interesse all'applicazione di uno specifico diritto territoriale: infatti la remotizzazione, da un lato, comporta per antonomasia la divaricazione fra luogo di lavoro e luogo di stabilimento dell'impresa, ma dall'altro, paradossalmente, può provocare un'incontrollata moltiplicazione dei luoghi di stabilimento dell'impresa, nella misura in cui il luogo da cui lavorano uno o più dipendenti da remoto assuma i caratteri di una stabile organizzazione aziendale (cfr. da ultimo circ. Agenzia delle Entrate 18 agosto 2023 n. 25/E). Trovare in queste condizioni un criterio condiviso sulla legge applicabile (del lavoro, come di quella tributaria, etc.) che soddisfi gli interessi delle parti e quelli generali è quindi una sfida piuttosto difficile ed è comprensibile che il legislatore si riservi un tempo non breve di ponderazione.

3. I primi approcci regolativi ai fenomeni di mobilità virtuale del lavoro

Anche se non esistono interventi normativi dedicati a governare a tutto tondo il fenomeno della mobilità virtuale del lavoro a livello transnazionale, sono rintracciabili nelle trame dell'ordinamento nazionale ed europeo delle previsioni di origine legislativa, convenzionale o amministrativa che affrontano specifici profili della questione e che forse indicano già un indirizzo politico e tecnico sul modo di affrontare la questione. Si tratta di interventi che non riguardano direttamente la disciplina dei rapporti di lavoro in senso stretto, e che hanno una funzione (non solo lavoristica) di liberalizzazione, di promozione/sostegno o di adattamento del fenomeno. Come vedremo meglio, in certi casi, la questione della mobilità virtuale del lavoro (*rectius*, remotizzazione) è intrecciata con quella della mobilità fisica – è il caso della disciplina sui lavoratori nomadi e sui lavoratori impatriati – in altri la questione della mobilità virtuale del lavoro esclude quella fisica (è il caso della disciplina dei lavoratori transfrontalieri e quella UE per la sicurezza sociale).

3.1. La disciplina (di liberalizzazione parziale) sui lavoratori nomadi

Il primo intervento normativo riguarda il diritto dell'immigrazione ed è stato realizzato per liberalizzare il fenomeno sotto il profilo della sua liceità. Come è noto, l'accesso delle persone migranti in un territorio sovrano è oggetto di una disciplina solitamente molto più illiberale di quella che gli Stati (anche quelli sedicenti liberali) riconoscono agli altri fattori economici/produttivi (capitali, imprese, etc.). Tuttavia, poiché anche il lavoro o, meglio, certi tipi di lavoro, sono

un bene prezioso per i sistemi economici che competono a livello globale, la regolazione restrittiva degli accessi nel territorio di persone provenienti da Paesi extra-UE è costellata di tante eccezioni volte a favorire l'ingresso «per lavoro in casi particolari», ovvero nei casi socialmente meno allarmanti¹⁷.

Ebbene, fra le ultime eccezioni al regime di restrizioni all'accesso rileva quella sui c.d. nomadi digitali, che accomuna oramai alcune decine di Paesi nel mondo¹⁸. Secondo la lett. q-*bis* (sic!) dell'art. 27, comma 1, 1 del d.lgs. 286/1998 – introdotta dal d.l. 4/2022, conv. con l. 25/2022 – le «particolari modalità e termini per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato» sono ora estese anche in favore di «nomadi digitali e lavoratori da remoto, non appartenenti all'Unione europea». Queste persone, in particolare, vengono qualificate dalla stessa legge come «cittadini di un Paese terzo che svolgono attività lavorativa altamente qualificata attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici che consentono di lavorare da remoto, in via autonoma ovvero per un'impresa anche non residente nel territorio dello Stato italiano» (art. 27, comma 1-*sexies*, d.lgs. 286/1998). La disciplina, chiaramente rivolta sia al lavoro subordinato che a quello autonomo (ad onta della collocazione in una disposizione dedicata solo al lavoro dipendente, come si deduce anche dalla rubrica), prevede che per l'ingresso in Italia non sia necessario il nulla osta al lavoro e che per ottenere il permesso di soggiorno sia sufficiente che il titolare abbia la disponibilità di un'assicurazione sanitaria, a copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale, e che siano rispettate le disposizioni di carattere fiscale e contributivo vigenti nell'ordinamento nazionale. Gli unici requisiti riguardano il fatto che tale permesso non può avere durata superiore ad un anno e può essere rilasciato a lavoratori altamente qualificati, con un reddito minimo e che accettino le procedure di verifica dell'attività lavorativa da svolgere, secondo le indicazioni più specifiche e le modalità che definite da un decreto ministeriale, ancora non pubblicato (cfr. per il resto il d.m. 29 febbraio 2024).

Per quel che conta in questa sede, va evidenziato che, a differenza di quanto possa sembrare superficialmente, la disciplina si riferisce a due categorie distinte anche se sovrapponibili di lavoratori, ovvero i c.d. nomadi e i lavoratori da remoto. Infatti, l'accesso facilitato nel territorio italiano è riconosciuto ai lavoratori che dal punto di vista tecnologico e organizzativo siano in condizioni di lavorare a distanza, anche se in concreto non lo fanno o lo fanno solo in parte. La disposizione, non a caso, si rivolge sia a lavoratori interessati a lavorare

17 Cfr. per l'Italia l'art. 27 d.lgs. 286/1998 (c.d. Bossi-Fini) su cui W. CHIAROMONTE, *Immigrazione e contratto di lavoro*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI, F. SCARPELLI (a cura di), *Contratto di lavoro*, Vol. VI, *I tematici, Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 707.

18 Cfr. J. I. SÁNCHEZ-VERGARA, M. OREL, I. CAPDEVILA, "Home Office Is the Here and Now". *Digital Nomad Visa Systems and Remote Work-focused Leisure Policies*, in *World Leisure Journal*, 65(2), 2023, p. 236.

(più o meno temporaneamente) per un'impresa stabilita all'estero, sia per un'impresa italiana.

3.2. La disciplina (di promozione) sui lavoratori impatriati

La seconda disciplina che impatta sulla remotizzazione *cross-border* del lavoro ha una funzione di promozione, ed è dedicati ai c.d. lavoratori “impatriati”. Inizialmente formulata per favorire il c.d. “rientro dei cervelli” italiani attraverso un regime fiscale temporaneo molto favorevole (art. 16 d.lgs. 147/2015), oggi essa riguarda lavoratori di qualunque cittadinanza (UE o extra-UE) che trasferiscono la residenza in Italia almeno per un certo periodo di tempo, in ottica di contrasto alla crisi demografica e di sostegno alle attività economiche qualificate¹⁹ (cfr. ora l'art. 5 d.lgs. 209/2023). Ebbene, senza necessità di riformulazioni legislative o di interventi giurisdizionali, tale regime fiscale di favore è stato applicato dalla stessa Agenzia delle Entrate anche ai lavoratori che trasferiscono in Italia la loro residenza fiscale, pur svolgendo la propria attività lavorativa da remoto per un datore di lavoro o un committente stabilito all'estero²⁰. L'interpretazione è di per sé condivisibile anche se non chiarisce espressamente se debba trattarsi di lavoro esclusivamente da remoto o se sia necessario raggiungere una soglia temporale minima di lavoro a distanza: si chiarisce, infatti, solo che sporadiche attività svolte all'estero non ostano al regime di beneficio. Inoltre, questa disciplina, per quanto ragionevole e condivisibile, non è coordinata con altri ambiti disciplinari, come quello lavoristico. Attualmente, quindi, essa può condurre, da un lato, all'applicazione del regime fiscale italiano, dall'altro all'applicazione della disciplina lavoristica e/o della sicurezza sociale di un Paese terzo (come quello del luogo in cui è stabilita l'impresa e/o lavora seppure solo periodicamente il lavoratore). Situazione tecnicamente non problematica, ma politicamente discutibile.

3.3. La disciplina (di adattamento) sui lavoratori transfrontalieri

Il terzo intervento normativo che impatta sul lavoro da remoto transnazionale interessa i c.d. lavoratori transfrontalieri. Esso ha una funzione regolativa (non tanto di liberalizzazione o di *favor*), anche se è inerente ai profili tributari più che giuslavoristici. Come è noto, si tratta di persone residenti in un Paese che lavorano in un altro Paese confinante “pendolando”, ovvero senza abbandonare il luogo di vita non lavorativa. Non è possibile essere più precisi perché non esiste una definizione normativa unitaria di lavoratore frontaliere, piuttosto

19 Siccome questa disciplina è applicabile a condizione di mantenere la residenza per quattro anni in Italia (prima erano due), è chiaro che i lavoratori nomadi extra-UE con permesso annuale non possono beneficiarne. Cfr. A. MONDINI, “Remote working” e regimi fiscali dei redditi di lavoro, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, 2023, p. 864.

20 Cfr. da ultimo la risposta ad interpello dell'Agenzia delle Entrate del 27 aprile 2022 n. 223.

ve ne sono diverse a seconda dei punti di vista normativi²¹. Le discipline di settore più rilevanti sono quella UE sulla sicurezza sociale e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione fiscale sui redditi di lavoro²².

La prima stabilisce che è lavoratore frontaliero «qualsiasi persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro e che risiede in un altro Stato membro, nel quale ritorna *in linea di massima ogni giorno o almeno una volta la settimana*» (corsivo mio) (cfr. l'art. 1, comma 1, lett. f) del Reg. 883/2004/CE); le discipline convenzionali bilaterali negoziate e ratificate dall'Italia sono fra loro diverse naturalmente, ma sono spesso accomunate dal fatto che nemmeno definiscono la fattispecie di lavoro transfrontaliero, in particolare rispetto alla cadenza minima del pendolarismo²³. La mancanza è significativa del fatto che in passato non v'era l'urgenza di chiarire i confini della fattispecie, perché si supponeva che i lavoratori interessati dalla disciplina fossero agevolmente identificabili (in ragione del pendolarismo sostanzialmente quotidiano). Da un po' di tempo, però, la mancanza di definizioni espresse si è fatta sentire a causa delle sempre più diversificate modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative nello spazio: le autorità amministrative o i giudici, quindi, si sono addossate l'arduo compito di colmare la lacuna²⁴.

In questo contesto normativo già frammentato (per la eterogeneità delle fonti) e incerto (per la mancanza di definizioni e/o di definizioni omogenee soprattutto sulla cadenza minima di pendolarismo) si è inserito un fatto nuovo che rende ancora più precaria la situazione. Anche se il fenomeno era certamente presente già prima, infatti, con le misure restrittive necessarie a frenare la diffusione del Covid-19 è accaduto in modo sistematico e forzato che i lavoratori frontalieri impiegati in attività remotizzabili smettessero di “pendolare” oltre confine e lavorassero per l'impresa straniera da casa, invece di subire la sospensione del rapporto. Questa nuova situazione metteva in discussione la natura transfrontaliera dei rapporti di lavoro e quindi la certezza di non subire una doppia imposizione fiscale sui redditi da lavoro guadagnati²⁵. Perciò, nel 2020 l'Italia ha stipulato una

21 R. NUNIN, *Legalità e regolarità nel lavoro transfrontaliero*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016, p. 251 e ss.

22 Per i riferimenti essenziali, cfr. R. BELKACEM, F. CLÉMENT, I. PIGERON-PIROTH, C. WILLE, *Cross-border work in Europe. Realities and challenges*, Intersentia, Cambridge, 2023.

23 Cfr. l'accordo fra Italia e Svizzera del 3 ottobre 1974, ratificato con l. 386/1975, oppure l'accordo fra Italia e Francia del 5 ottobre 1989 ratificato con l. 20/1992.

24 Spesso le autorità amministrative e i giudici prendono a prestito le definizioni di altri ambiti disciplinari come quello della sicurezza sociale per decidere il contenzioso (cfr. Comm. trib. prov. le Sondrio, sez. I, 13.1.2021, n. 27 secondo cui «per lavoratore frontaliero (...) si deve intendere qualsiasi lavoratore occupato sul territorio di uno Stato membro e residente sul territorio di un altro Stato membro dove torna, di regola, ogni giorno o almeno una volta alla settimana»).

25 Per una analisi sul caso della regione frontaliere del SaarLorLux, cfr. I. PIGERON-PIROTH, R. BELKACEM, *Le travail frontalier “à distance”: les enjeux du télétravail et des espaces de coworking dans un espace transfrontalier*, 58è colloque ASRDLF Transitions, gouvernance territoriale et

serie di accordi internazionali di deroga o di interpretazione delle convenzioni bilaterali per garantire il mantenimento del titolo di frontaliere a tutti coloro che, impossibilitati a superare il confine nazionale nel vigore delle limitazioni alla circolazione delle persone, lavoravano da remoto per il proprio datore di lavoro stabilito oltre confine²⁶.

Cessate le restrizioni alla libertà di movimento, però, il problema della natura transfrontaliera dei rapporti di lavoro ha continuato a porsi perché, come è noto, la tragica esperienza pandemica ha fatto da volano per la diffusione del lavoro da remoto quale strumento di flessibilità organizzativa/logistica nell'interesse dell'impresa e/o di *welfare* organizzativo nell'interesse dei lavoratori, naturalmente anche in contesti transfrontalieri. Perciò i Paesi hanno preso a discutere di soluzioni normative non emergenziali: l'Italia e la Svizzera, in riferimento ad uno dei più rilevanti contesti frontalieri, stanno ora perfezionando una soluzione normativa al problema, che potrebbe essere significativa anche in contesti non frontalieri.

Il 23 dicembre 2020, infatti, i due Paesi hanno sottoscritto un nuovo accordo internazionale contro la doppia imposizione fiscale dei lavoratori frontalieri, ratificato dal Parlamento con la l. 83/2023. Tale accordo, innanzitutto e finalmente, definisce il lavoratore frontaliere. Si tratta di colui che «è fiscalmente residente in un Comune il cui territorio si trova, totalmente o parzialmente, nella zona di 20 km dal confine con l'altro Stato contraente», «svolge un'attività di lavoro dipendente nell'area di frontiera dell'altro Stato contraente per un datore di lavoro residente, una stabile organizzazione o una base fissa di detto altro Stato» e «*ritorna, in linea di principio, quotidianamente al proprio domicilio principale nello Stato di residenza*» (corsivo mio).

Questa definizione, più rigorosa di quella UE applicabile alla sicurezza sociale (che fa riferimento sia al pendolarismo giornaliero che settimanale, come abbiamo visto), comporterebbe di per sé l'esclusione dei lavoratori da remoto dalla categoria dei frontalieri, con il rischio di subire pretese tributarie sia dal Paese di residenza che dal Paese ove è stabilita l'impresa del datore di lavoro.

Tuttavia, a questa definizione è stata affiancata una previsione di legge transitoria (l'art. 12 l. 83/2023) secondo cui «nelle more dell'entrata in vigore delle intese conseguenti all'accordo ratificato in materia di telelavoro e comunque non oltre» il 31 dicembre 2023²⁷ «i giorni di lavoro svolti nello Stato di residenza in modalità di telelavoro, fino al 40 per cento del tempo di lavoro, dai lavoratori

solidarités, Jun 2022, Rennes, France, consultato al seguente link: <https://hal.univ-lorraine.fr/hal-03816341>.

26 Tali accordi sono consultabili al seguente link: <https://www.finanze.gov.it/it/Fiscalita-dellUnione-europea-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>.

27 Il termine era fissato al 30 giugno 2023 ma è stato prorogato al 30 dicembre 2023 dall'art. 24, comma 5-ter, d.l. 75/2023.

frontalieri che rientrano nel campo di applicazione dell'Accordo» tra l'Italia e la Svizzera «si considerano effettuati nell'altro Stato».

In effetti – ai sensi del punto 3 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Italia/Svizzera secondo cui «in relazione ad un potenziale ulteriore sviluppo del telelavoro, gli Stati contraenti si consulteranno periodicamente per verificare se si rendono necessarie modifiche o integrazioni» alla definizione di lavoratore frontaliere – i due Paesi hanno da poco raggiunto un accordo amichevole efficace per il 2024 e il 2025 (cui seguirà un vero e proprio accordo di modifica della Convenzione da ratificare con legge) secondo cui 1) «il lavoratore frontaliere può svolgere al massimo il 25 per cento della sua attività di lavoro dipendente in modalità di telelavoro presso il proprio domicilio nello Stato di residenza, senza che ciò comporti alcuna modifica dello status di lavoratore frontaliere ai sensi dell'Accordo frontalieri del 2020» e 2) «i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe ricevute dai lavoratori frontalieri e pagate da un datore di lavoro quale corrispettivo di un'attività di lavoro dipendente, svolta in modalità di telelavoro presso il proprio domicilio nello Stato di residenza, fino a un massimo del 25 per cento del tempo di lavoro, sono considerati, ai fini dell'imposizione, dei giorni di lavoro svolti nell'altro Stato contraente presso il datore di lavoro».

Come si vede, si tratta di una soluzione che, adottando un criterio quantitativo tendenzialmente certo, potrebbe essere adoperato anche in altri contesti al fine di stabilire delle soglie convenzionali per l'applicazione o meno di una disciplina territorialmente competente.

3.4. La disciplina (di adattamento) sulla sicurezza sociale per i lavoratori dell'UE

Infine, un intervento normativo simile si è verificato proprio nell'ambito della disciplina UE sulla sicurezza sociale, già citata a proposito della definizione di lavoratore transfrontaliero, ma che riguarda il lavoro transnazionale anche fra Paesi UE non confinanti²⁸. Il reg. UE 883/2004/CE, infatti, prevede che la gran parte della disciplina sulla sicurezza sociale sia quella del Paese in cui il lavoratore esercita la propria attività (anche se residente altrove)²⁹. A questa regola generale (art. 12) segue una serie di regole particolari che ruotano sempre attorno alla *lex loci laboris*, adattandola o derogandola parzialmente³⁰.

28 Non è possibile approfondire il tema, ma si deve evidenziare che la mobilità fisica dei lavoratori oggi è talmente facilitata dal sistema dei trasporti che il fenomeno del lavoro transfrontaliero può riguardare anche Paesi non confinanti.

29 W. CHIAROMONTE, *Attività lavorative transnazionali e legislazione applicabile: recenti orientamenti dei giudici di Lussemburgo*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4/2014, p. 595.

30 La più nota regola particolare è quella dei lavoratori in distacco transnazionale che beneficino della disciplina di sicurezza sociale del Paese di origine (invece che di quello in cui lavorano in qualità di distaccati) fino a 24 mesi (cfr. le critiche alla disciplina di A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2019, n. 1, p. 141).

Per quel che importa in questa sede, si deve considerare l'art. 13 del Reg. 883/2004/CE secondo cui «la persona che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza, se esercita una parte sostanziale della sua attività in tale Stato membro», altrimenti la persona è soggetta alla disciplina del luogo di stabilimento dell'impresa del datore di lavoro. Ora, la diffusione del lavoro da remoto potrebbe spostare il baricentro normativo dal Paese dell'impresa a quello di residenza e viceversa, a seconda che il lavoro a distanza venga introdotto o superato, in tutto o in parte³¹.

Siccome l'art. 16 del Regolamento autorizza due o più stati membri a derogare tali regole nell'interesse di specifiche categorie di persone (non delle imprese, quindi), molti stati membri (per il momento 20), fra cui l'Italia, hanno approfittato di questo strumento per fare chiarezza sulla legge applicabile alla sicurezza sociale dei lavoratori che prestano “abitualmente” lavoro da remoto, al fine di evitare che la diffusione del fenomeno e le sue evoluzioni provocassero dei cambiamenti di disciplina non desiderati (da una o da entrambe le parti)³². Tale accordo-quadro, infatti, prevede che quando una persona esercita abitualmente un'attività subordinata da remoto, lavorando in parte nel Paese sede del datore di lavoro e in parte nel Paese di residenza (l'accordo non si applica se il lavoro da remoto è svolto da un Paese diverso da quello di residenza, come potrebbe essere per un lavoratore nomade), è soggetto alla legislazione del Paese sede del datore di lavoro a condizione che il lavoro da remoto svolto nello stato di residenza non superi il 50% dell'orario di lavoro complessivo.

Non si tratta, in effetti, di un'eccezione al Reg. 883/2004/CE, ma di un modo di anticipare il legislatore UE nella precisazione di requisiti di applicazione delle legislazioni territorialmente competenti che risultano oggi piuttosto vaghi, ovvero i riferimenti all'esercizio “abituale” di lavoro e a quello di “parte sostanziale della sua attività” contenuti nel citato art. 13 del Regolamento.

4. Quali *trend* e prospettive normative sono individuabili in materia di mobilità virtuale del lavoro?

Gli interventi normativi per i lavoratori transfrontalieri e sulla sicurezza sociale dei lavoratori UE, in particolare, prevedono in sostanza una *fiction iuris*, attraverso la quale il sistema tollera, entro una certa soglia quantitativa, che il lavoro svolto in un luogo (come quello di residenza) si intenda come svolto in un altro Paese (quello in cui è stabilita l'impresa datrice). Come si vede c'è

31 Cfr. M. BIASI, M. MURGO, *The virtual space of the Metaverse and the fiddly identification of the applicable labor law*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 16(1), 2023, spec. p. 7.

32 L'accordo è stato sottoscritto il 1° luglio 2023 ma l'Italia ha aderito solo dal 1° luglio 2024. L'accordo è applicabile solo se sottoscritto da tutti i Paesi in cui si svolge il rapporto transnazionale *de quo* (cfr. art. 2). Cfr. i testi al seguente link: <https://socialsecurity.belgium.be/en/internationally-active/cross-border-telework-eu-eea-and-switzerland>.

una discrasia nei parametri quantitativi scelti nei diversi ambiti disciplinari: l'accordo bilaterale Italia/Svizzera fa riferimento alla soglia massima del 25% del tempo di lavoro da remoto per mantenere lo status di frontaliere ed evitare la doppia imposizione; il Reg. UE, invece, fa riferimento alla soglia massima del 50% del tempo di lavoro per garantire l'applicazione della disciplina del Paese del datore di lavoro, invece che di quella del Paese di residenza. Il che non deve stupire perché diversi sono gli interessi in gioco e gli equilibri da garantire, ma ciò potrebbe rappresentare un problema per gli interpreti chiamati a districarsi in un groviglio normativo poco omogeneo.

In ogni caso, questi primi interventi normativi confermano quanto abbiamo già evidenziato (cfr. § 1 e 2), ovvero che la territorialità della normazione e il principio della *lex loci laboris* che la incarna rischiano di sgretolarsi senza un intervento legislativo che consideri e abbracci i fenomeni di mobilità virtuale del lavoro. Come il raggio di luce che attraversa un prisma, infatti, il concetto di luogo di lavoro, attraverso la remotizzazione, si rifrange in quello "in cui, da cui e/o per cui" si svolge l'attività lavorativa, uscendo dal raggio d'azione delle regole preesistenti.

È fondamentale, dunque, orientare il sistema verso soluzioni che, rispettose dei differenti interessi, presentino una loro omogeneità di fondo.

Più in generale, questa situazione impone anche di domandarsi quale possa essere il destino della territorialità della normazione (anche) lavoristica, sia dal punto di vista del diritto internazionale privato, che di quello interno.

Quanto al diritto internazionale privato, si tratta di capire se il criterio della *lex loci laboris* possa essere reinterpretato o se vada riformato o addirittura sostituito con altri³³. Come abbiamo visto, esso, dopo le riforme finalizzate a considerare i fenomeni di più radicale mobilità fisica dei lavoratori, fa ora riferimento al «paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore (...) svolge abitualmente il suo lavoro», precisando che «il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo» (cfr. art. 8 Reg. Roma I, ma lo stesso vale per il Reg. Bruxelles I *bis*). È difficile, anche se non assurdo, ipotizzare che il concetto del Paese "a partire dal quale" si lavora possa essere quello da cui si lavora da remoto, visto che le intenzioni del legislatore sono state chiaramente quelle di regolare il fenomeno dei lavoratori fisicamente mobili. Inoltre, anche ammettendo un'interpretazione così audace, rimarrebbe in piedi il problema della regolazione del lavoro ibrido, ovvero quello svolto in parte da remoto, in

33 Il problema del criterio di collegamento è rilevante per individuare la legge applicabile (che non può essere in linea di principio più d'una); è meno drammatico, invece, in relazione al foro competente, perché le regole per l'individuazione di quest'ultimo posso agevolmente condurre alla giurisdizione di più Paesi (come già normalmente accade).

parte presso le unità produttive del datore di lavoro: una formula organizzativa sempre più diffusa anche a livello transnazionale³⁴.

Perciò, una soluzione adeguata potrebbe essere quella di individuare una definizione specifica di “abitudine” e di “temporaneità”, eventualmente valevole solo in caso di lavoro da remoto, in modo da individuare delle soglie di tolleranza nell’applicazione extraterritoriale del diritto ed evitare problematici e/o inopportuni cambiamenti del diritto altrimenti applicabile. Se questa strategia fosse percorribile, l’individuazione di soglie temporali di lavoro da imputare, tramite *fictio iuris*, ad un Paese diverso da quello in cui si trova fisicamente il lavoratore, potrebbe essere una soluzione tecnica adeguata, proprio come si è cominciato a fare con i lavoratori transfrontalieri in Italia e con i lavoratori dei paesi UE in materia di sicurezza sociale (§ 3).

Pertanto, vale la pena di evidenziare che, in caso di riforma del principio *lex loci laboris* nel senso appena evidenziato, diventerebbe opportuno operare delle differenziazioni in base alla natura dei diritti. Certe aree di tutela dei lavoratori, infatti, possono tollerare delle parziali/temporanee deviazioni dalla *lex loci laboris*, altre meno. Si pensi, da un lato, alle tutele della salute e della sicurezza delle persone che lavorano, il cui godimento e la cui effettività dipendono dalla collocazione degli spazi fisici in cui la persona lavora e, dall’altro, al diritto ad un salario dignitoso, il cui godimento effettivo dipende più che altro dal luogo in cui il lavoratore svolge la sua vita privata³⁵.

Un’altra più radicale ipotesi potrebbe essere quella di ipotizzare un nuovo criterio di collegamento principale (almeno per certi diritti, volendo avallare l’idea di una differenziazione per natura delle tutele). Non è possibile soffermarsi sul punto, ma è opportuno segnalare fra le più autorevoli suggestioni, quella secondo cui la legge applicabile potrebbe essere, in linea di principio, quella del luogo in cui si trovano i beneficiari effettivi della prestazione o del servizio (criterio della c.d. *beneficial ownership*)³⁶.

Quanto al diritto interno, infine, si tratta di valutare se esso, pur nella sua genetica territorialista³⁷, dia spazio o possa darne *de iure condendo* a fatti e/o ad effetti anche extra territoriali inerenti al lavoro da remoto *cross-border*.

De iure condito, innanzitutto, si deve menzionare la disciplina sui cittadini italiani che lavorano all’estero³⁸. In Italia, infatti, il d.l. 317/1987 prevede l’applicazione di

34 Cfr. IMPACT ECONOMIST, *Making hybrid work human*. Global survey report 2021 consultabile al seguente link: <https://impact.economist.com/projects/make-work-human/2021-global-survey-report/>.

35 L. MERRETT, *New Approaches to Territoriality in Employment Law*, in *Industrial Law Journal*, 44(1) 2015, pag. 70.

36 G. MUNDLAK, *De-Territorializing Labor Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 3, 2009, n. 2, p. 204 e ss.

37 R. FORD, *Law's Territory (A History of Jurisdiction)*, in *Michigan Law Review*, 97, 1999, p. 843.

38 Cfr. G. ORLANDINI, *Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP CSDLE D’Antona*, it, 2012, n. 137, p. 45, M. MARAZZA, *Lavoro italiano all’estero*, in *Diritto del lavoro* a cura di P.

tutele minime nel rapporto e in ambito previdenziale in favore di cittadini assunti all'estero o trasferiti all'estero per ivi svolgere un'attività lavorativa anche, ma non solo, per lo svolgimento di opere e servizi del datore. Ebbene, tale disciplina si applica, da un lato, ai datori di lavoro italiani/UE o extraeuropei e, dall'altro, ai lavoratori italiani che lavorano fisicamente all'estero. Pertanto, essa riguarda anche lavoratori italiani che lavorano all'estero da remoto per un'impresa italiana od anche per un'impresa estera (stabilita nello stesso Paese estero o in un terzo Paese) e a cui perciò potrebbe applicare un diritto terzo meno tutelante di quello italiano. Questo strumento è poco noto, forse anche agli stessi lavoratori italiani all'estero, ma è significativo nel nostro discorso perché si fonda su una logica extraterritoriale che sfida il presupposto della *lex loci laboris*, sovrapponendosi ad esso per garantire il migliore standard di tutela. Tuttavia, deve evidenziarsi che esso ruota attorno al requisito soggettivo della cittadinanza italiana (oggi anche UE), quindi riconosce una tutela specifica sulla base di uno *status* che, nel luogo in cui il lavoratore si trova fisicamente, potrebbe creare disparità di trattamento fra lavoratori in base alla cittadinanza e quindi frammentare il diritto applicabile da parte delle medesime imprese.

De iure condendo, invece, va segnalata la disciplina sulla *due diligence* delle imprese verso la loro catena del valore diffusa nel mondo. Si può osservare, infatti, una recente tendenza ad applicare la leva del diritto interno per favorire l'applicazione di determinati standard minimi di tutela oltre il territorio di riferimento della normazione stessa; ciò, anche in risposta ai non sempre brillanti risultati delle esperienze di diritto sovranazionale dotate di scarsa effettività o che ruotano attorno a strumenti di *soft law*³⁹. L'Italia, a differenza di altri paesi UE, non si è ancora attrezzata su questo fronte, ma dovrà farlo presto per recepire la nuova direttiva UE su questo tema⁴⁰. Ebbene, di questa tendenza normativa recente si discute principalmente a proposito dei rapporti fra società che compongono la catena delle attività di produzione, al fine di garantire almeno il rispetto di standard internazionali ovunque si collochi geograficamente tale catena di produzione. Ma, in effetti, essa assume rilievo anche rispetto al fenomeno della remotizzazione transnazionale del lavoro nella misura in cui la *lex loci laboris* dovesse condurre ad esiti peggiorativi per le tutele dei lavoratori. È possibile quindi che sia proprio questo nuovo trend normativo a fare da volano per riconsiderare la mobilità virtuale del lavoro a livello transnazionale, quanto meno per mettere in sicurezza il rispetto dei diritti fondamentali del lavoro.

LAMBERTUCCI, in *Dizionario del diritto privato*, promossi da N. IRTI, Giuffrè, Milano, 2010, p. 365.
B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in *Commentario di Diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI, II, Utet, Torino, 2007, p. 2092 ss.

39 F. GUARRIELLO, L. NOGLER, *Violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2020, p. 178.

40 Dir. 2024/1760/UE del 13 giugno 2024 pubblicata in GUUE il 5 luglio 2024. Cfr. V. BRINO, *Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 2, anche per ulteriori riferimenti.

A subordinação sem lugar e horário de trabalho

Giuseppe Ludovico

SUMARIO: 1. Evolução tecnológica e subordinação. – 2. O significado do conceito de subordinação na época do trabalho digital. – 3. O conceito de subordinação na disciplina italiana do chamado trabalho “ágil”. – 4. As pluralidades de subordinações entre heterodireção e heterorganização.

1. Evolução tecnológica e subordinação

Diferentemente do que se pode imaginar, o progresso tecnológico é um fator que não é estranho de forma alguma ao direito do trabalho. Pelo contrário, o progresso tecnológico representou a sua principal característica genética se consideramos a primeira revolução industrial como um momento fundamental de evolução tecnologia dos meios de produção¹.

Nesse sentido o progresso tecnológico – como destacado na doutrina – representa o «eterno companheiro de viagem» do direito do trabalho² que é caracterizado pelo «destino singular» de poder somente «responder em vez de antecipar as mudanças sociais» trazidas pelas transformações tecnológicas³.

Uma confirmação dessa relação genética e constante entre evolução tecnologia e direito do trabalho pode ser deduzida do fato que até a década de 1960, a posição predominante dos sindicatos era fundada na confiança na «positividade do progresso técnico»⁴ como ferramenta de aprimoramento dos níveis de segurança no trabalho.

Então a novidade verdadeira da revolução digital é a sua velocidade exponencial que está produzindo transformações radicais no tecido econômico e social, gerando muitas dúvidas e incertezas na elaboração jurídica e na individuação de regras apropriadas a disciplinar estes novos fenômenos.

-
- 1 Para uma análise da literatura econômica ver F. MALERBA, *Un'introduzione all'economia dell'innovazione*, em F. MALERBA (coord.), *Economia dell'innovazione*, Carrocci, Roma, 2000, p. 22 ss.
 - 2 J. CRUZ VILLALÓN, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione della economia*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2018, p. 465 ss.
 - 3 B. VENEZIANI, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1987, p. 4.
 - 4 G. GIUGNI, *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, em F. MOMIGLIANO (ed.), *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milão, 1962, Vol. I, p. 301-302.

Em verdade, alguns sinais das mudanças que hoje são bem evidentes já surgiram no começo da terceira revolução industrial quando muitos doutrinadores começaram a falar da “crise dos paradigmas”, provocadas pela perda da centralidade das chamadas «regras aristotélicas do direito do trabalho’ das sociedades pré-tecnológicas», ou seja, «a unidade do lugar-trabalho (trabalho nas instalações da empresa), do tempo-trabalho (trabalho dentro de uma única sequência temporal), da ação-trabalho (uma única atividade profissional)»⁵. A difusão dos computadores, redes de telecomunicações, sistemas de automação industrial e microprocessadores já na época começavam a afetar as chamadas coordenadas fundamentais da atividade de trabalho subordinado do período industrial, dissolvendo o progresso tecnológico os «autênticos mitos» representados pelo «paradigma do lugar e horário de trabalho» e do «como’ do desempenho” através de “concepções mais elásticas e dúcteis do tempo de trabalho»⁶.

Começam assim a surgir algumas dúvidas sobre a compatibilidade com essas mudanças do significado tradicional do conceito de subordinação identificado na heterodireção, e isso em razão da “principal característica” do “salto evolutivo” que marcou a transição da sociedade industrial para a pós-industrial, ou seja, «a centralidade do conhecimento como recurso econômico» e «como fonte central da produtividade»⁷. Com a difusão da tecnologia da informação, o «recurso essencial [é] a própria informação»⁸, no sentido de que «o conhecimento é comercializado como qualquer outro produto industrial» e «o verdadeiro núcleo, isto é, o pólo coesivo da empresa torna-se a tecnologia, a inovação, o *know-how*, o ‘conhecimento’ do qual os trabalhadores são cada vez mais os depositários»⁹. Assim «nessa nova sociedade tecnológica, de *know-how* e conhecimento, precisamente a posse do conhecimento está se tornando um instrumento de poder»¹⁰.

Em particular, o maior desvio das coordenadas espaço-temporais tradicionais do trabalho subordinado surgiu com as primeiras formas de teletrabalho, que, percebido como uma forma evoluída de descentralização produtiva, começou a revelar uma subordinação com um conteúdo sempre mais evanescente, reabrindo o debate doutrinal sobre o significado do conceito de subordinação¹¹.

5 Assim, B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 54.

6 M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, em *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p. 199.

7 U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Turin, 2000 (ed. original 1999), p. 58-59.

8 F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, em AA.VV., *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Napoli, 12-14 April 1985*, Giuffrè, Milão, 1986, p. 5.

9 P. ZANELLI, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milão, 1985, p. 13.

10 A. CESSARI, *Diritto d'informazione e "conoscenza"*, em A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milão, 1987, pp. 197 ss.

11 R. DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1986, pp. 461 ss.

O principal fator por trás da mudança está na desmaterialização progressiva dos processos de produção, com a consequência de que o desempenho do trabalho foi gradualmente despojado das conotações tradicionais de fisicalidade e materialidade do trabalho industrial para assumir um significado que tende a ser relativo e virtual e não objetivo e material.

Não podemos, porém, cair na chamada «sinédoque trabalhista»¹², que é representada pelo hábito de confundir uma parte com todas as relações de trabalho, acreditando que todas as relações que implicam o uso de ferramentas tecnológicas implicam um afastamento da heterodireção.

Na verdade, o efeito principal da tecnologia é a polarização na subordinação no sentido que assistimos assim a um abismo cada vez maior entre trabalhadores com alto nível de formação que por meio da tecnologia desempenham a prestação com maior autonomia, emancipação dos vínculos da heterodireção e diminuição da importância do tempo e lugar do trabalho como critério de cumprimento da obrigação, e os trabalhadores que em razão da maior invasividade da mesma tecnologia vão sofrendo um aumento da intensidade da heterodireção¹³.

Essas tendências assumiram conotações radicais com a quarta revolução industrial, sendo bastante claro que as mudanças trazidas pela revolução digital provocaram uma tensão contínua «no modo tradicional de ser do trabalho dentro da empresa»¹⁴ e na «configuração rigidamente binária das categorias de trabalho subordinado e autônomo»¹⁵.

Em poucas palavras a clássica linha divisória entre subordinação e autonomia está sujeita sempre mais a uma «dupla torção»¹⁶: do lado da autonomia em razão do surgimento de relações de trabalho autônomo caracterizadas por elementos de fraqueza socioeconômica; e do lado da subordinação, devido à atenuação das características típicas do trabalho subordinado na empresa.

12 M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1998, p. 516.

13 B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 28.

14 Assim, P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, p. 525-526.

15 A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, em G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (coord.), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padua, 2018, p. 45.

16 A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Turin, 2021, p. 74.

2. O significado do conceito de subordinação na época do trabalho digital

A crescente polarização do mercado de trabalho demonstra que não é a inovação tecnológica que altera as conotações tradicionais de subordinação, mas a capacidade do trabalhador de controlar o processo tecnológico¹⁷, tornando cada vez mais evidentes as «contradições internas do conceito de subordinação»¹⁸ resultantes do desvio do trabalhador digital do modelo típico do trabalhador na empresa que, na unidade aristotélica de tempo, lugar e ação, encontrou sua conotação descritiva predominante.

No mesmo tempo não podemos não destacar que as razões da “crise” da subordinação, com a qual a doutrina vem lidando desde a década de 1980¹⁹, derivam sobretudo da suposta natureza unitária do conceito mesmo de subordinação. Em particular, diante da perda de centralidade das chamadas regras aristotélicas do trabalho subordinado da época industrial, a doutrina não hesitou a elaborar propostas para ultrapassar o conceito de subordinação como «caso único e invariável»²⁰, destacando que a figura codificada pelo artigo 2094 do Código Civil italiano que define o trabalhador subordinado como aquele que realiza o seu trabalho «sob a direção do empregador», representa apenas que um, entre muitos casos concretos de subordinação, cuja característica mais autêntica seria, portanto, a «pluralidade» do próprio conceito²¹.

Segundo outras opiniões no sistema jurídico «não existe uma noção jurídica geral de subordinação, mas várias noções particulares»²² que confirmam o fato de que a pluralidade de subordinação tem sido uma característica constante do sistema jurídico assim que o «engano»²³ da concepção tradicional foi de atribuir a fatispécie do artigo 2094 do Código Civil a função de qualificar todas as relações de trabalho subordinado. Não há dúvida, portanto, de que, ao definir o trabalho subordinado, o legislador do Código realizou apenas uma «operação característica de tipificação normativa do modelo social mais representativo», ou seja,

17 Cfr. J. RIFKIN, *La fine del lavoro*, Mondadori, Milão, 2002 (ed. orig. 1995), p. 284 ss.

18 M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 198.

19 Entre os primeiros M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, em M. PEDRAZZOLI (ed.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 43 ss. Sobre o ponto ver P. TOSI, *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, em *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n° 21, *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, 1998, pp. 33 ss.

20 M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispécie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milão, 1985, p. 318.

21 M. PEDRAZZOLI, *loc. ult. cit.*

22 Assim, M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, em B. CARUSO, S. SCIARRA (eds.), *Massimo D'Antona. Opere*, Vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 209.

23 Assim, L. MENGONI, *loc. ult. cit.*

do trabalho inserido em uma organização empresarial²⁴, mas isso não permite de atribuir ao tipo geral o «papel de identificar a qualificação de todos os subtipos»²⁵.

Essas leituras pluralistas da subordinação, porém, têm sido contrastadas no debate doutrinário italiano pelas opiniões da doutrina majoritária que tende a enfatizar a unidade do conceito descrito pelo artigo 2094 do Código Civil, reconhecendo ao mesmo tempo que a categoria unitária do trabalho subordinado convive com uma pluralidade de tipos caracterizados por algumas variações em relação ao tipo geral²⁶.

Depois de mais de trinta anos, chegou o momento de verificar se a interpretação tradicional do conceito de subordinação, entendida como um tipo unitário e exclusivo de aplicação da disciplina trabalhista, deve ser confirmada ou se essa leitura deveria ser revisitada de acordo com a evolução da realidade.

Na verdade, é evidente que a matéria tenha evoluído no sentido da extensão das proteções trabalhistas a relações que tecnicamente não seriam de natureza subordinada, colocando ainda mais em dúvida a unicidade do conceito, e essa tendência se manifestou mais recentemente sobretudo na área mais expostas aos efeitos da evolução tecnologia ou seja no âmbito do chamado teletrabalho.

3. O conceito de subordinação na disciplina italiana do chamado trabalho “ágil”

Com a terceira e atual geração de teletrabalho a mobilidade espaço-temporal do período anterior chegou a um ponto de completa ilimitação, sendo possível, graças aos modernos meios de comunicação, trabalhar a qualquer hora e em qualquer lugar (“*working anytime, anywhere*”²⁷), transmitindo quaisquer informações por meio de dispositivos pequenos que têm conectividade e capacidade de processamento de dados²⁸.

Na fase atual a esfera privada bem como a esfera do trabalho se caracteriza pela «conectividade onipresente»²⁹ que não implica apenas uma transformação

24 M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, em *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, 1987, p. 331.

25 M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 322-323.

26 M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, em A. OCCHINO (a cura di), *Rileggendo “Contratto e rapporti di lavoro oggi” di Mario Napoli*, Vita e Pensiero, Milão, 2017, p. 35 ss.

27 EUROFOUND, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Serviço de Publicações da União Europeia, Luxemburgo, e OIT, Genebra, 2017, p. 3.

28 Sobre a distinção da evolução do teletrabalho em três diferentes gerações ver J.C. MESSENGER, L. GSCHWIND, *Three generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, em *New Technology, Work and Employment*, 2016, n° 3, p. 195 ss.

29 Assim, U. HOLTGREWE, *New new technologies: The future and the present of work in information and communication technology*, em *New Technology, Work and Employment*, 2014, Vol. 29, No. 1, p. 13 ss.

na forma do desempenho da prestação, mas sobretudo uma mudança histórica na organização das atividades econômicas e, de forma mais geral, da sociedade.

Assim o teletrabalho não é mais somente externo como nas épocas anteriores, mas se torna também «onipresente e atemporal»³⁰.

Antes da epidemia o legislador italiano introduziu com a lei 81 de 2017 uma disciplina interessante para o teletrabalho de terceira geração, o chamado trabalho “ágil”, que abrange na mesma categoria tanto os trabalhadores que não têm controle algum sobre a prestação bem como os trabalhadores que podem decidir modalidades e colocação espaço-temporal da prestação.

A definição contida no primeiro parágrafo do artigo 18 da Lei n. 81 de 2017 torna explícita a intenção legislativa de «promover» o trabalho ágil «com o objetivo de aumentar a competitividade e facilitar a conciliação entre trabalho e tempo de vida».

Além disso, os aspectos mais controversos da definição de trabalho ágil encontram-se na parte do artigo segundo o qual o trabalho ágil representa um «modo de execução da relação de emprego por acordo entre as partes», confirmando sua colocação na esfera da subordinação sem, porém, fazer referência ao artigo 2094 do Código Civil.

O artigo continua indicando as características essenciais do trabalho ágil, que, além de implicar o «possível uso de ferramentas tecnológicas», pode ser realizado «também com formas de organização por fases, ciclos e objetivos», «sem limitações precisas de horário ou local de trabalho», «parcialmente dentro das instalações da empresa e parcialmente fora, sem uma estação de trabalho fixa» e «dentro dos limites do tempo máximo de trabalho diário e semanal, decorrentes da lei e de acordos coletivos».

A lei exige um acordo entre empregador e empregado para disciplinar as modalidades da atividade e exatamente nesse ponto que se encontram as verdadeiras novidades da disciplina do trabalho ágil com respeito ao significado tradicional da subordinação.

O artigo 19, além de prever que o «acordo sobre o trabalho ágil» deve ser celebrado «por escrito para fins de regularidade administrativa e prova», confia ao acordo individual a regulamentação da «prestação de trabalho» fora da empresa «também no que diz respeito às formas de exercício do poder de direção do empregador». E em termos análogos o artigo 21, confia ao acordo individual não apenas a regulamentação do «exercício do poder de controle do empregador» sobre a prestação externa (parágrafo 1º), mas também a identificação da «conduta, ligada ao desempenho do trabalho fora das instalações da empresa, que dá origem à aplicação de sanções disciplinares» (parágrafo 2º).

30 T. TREU, *Introduzione*, em A. OCCHINO (ed.), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milão, 2018, p. XIV.

Então, enquanto os elementos indicados pelo artigo 18 não expressam um conteúdo verdadeiramente inovador com relação ao artigo 2094 do Código Civil, as indicações dos artigos 19 e 21 assumem, ao contrário, um significado evidentemente desviante em relação ao conceito tradicional de subordinação, na medida em que implica a possibilidade de negociar os poderes do empregador; o que obviamente pode-se verificar quando o empregado tem uma força contratual suficiente para contratar condições diferente com respeito ao conteúdo tradicional da subordinação.

A questão levantou muitas dúvidas no debate doutrinário, falando alguns autores de uma contradição interna à subordinação pois os poderes do empregador, tornando-se consensuais, perderiam a natureza unilateral que deriva da posição hierárquica do empregador³¹. No intento de conciliar a subordinação do trabalho ágil com o conceito clássico do artigo 2094 do Código Civil então esses autores afirmaram que o legislador quis confiar ao acordo individual apenas a regulação das “formas” do exercício do poder, ou seja, apenas as modalidades extrínsecas pelas quais são indicadas as instruções para a execução do serviço, permanecendo assim inalterada sua natureza unilateral³². Nessa perspectiva a autonomia individual seria, portanto, autorizada a intervir apenas no *quomodo* do poder, sem qualquer possibilidade de afetar o *an* e o *quantum*, que permaneceriam deixados para a determinação unilateral do empregador³³.

31 R. CASILLO, *La subordinazione “agile”*, em *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 540 ss.; A. ANDREONI, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, I, p. 108; F. FERRARO, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, em M. VERZARO (org.), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale*, Jovene, Nápoles, 2018, p. 182; G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, em L. FIORILLO, A. PERULLI (org.), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Turim, 2018, p. 192; R. SCIOTTI, *Tecnologia digitale e rapporto di lavoro*, em *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2018, I, p. 181; E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 77 ss.; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, p. 269 ss.; A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, em M. MARTONE (org.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 58 s.; S. GIUBBONI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, em *Variazioni di temi di diritto del lavoro*, 2020, p. 269; M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, em *Labor*, 2021, p. 32 ss.; M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2021, p. 219; A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disegnanze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, em *Federalismi.it*, 2022, no. 9, p. 174; O. RAZZOLINI, *Lavoro agile e orario di lavoro*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 375 ss.

32 Assim, G. PROIA, *loc. ult. cit.*

33 R. CASILLO, *op. cit.*, p. 543; O. RAZZOLINI, *loc. ult. cit.*

Embora compartilhada por muitos dos autores, essa leitura não parece convincente por muitas razões que outra parte da doutrina destacou, considerando impossível ignorar o texto normativo³⁴.

Em primeiro lugar, a leitura mencionada acima segundo a qual a referência às formas do poder diretivo confirmaria a impossibilidade da autonomia individual de intervir no conteúdo do poder, não considera que a forma de exercício do poder diretivo é livre com a consequência que a intervenção da autonomia individual apenas sobre a forma não se refere a «um elemento marginal» do poder diretivo, já que a «forma», nesse contexto, significa, mais do que nunca, ‘substância’³⁵.

4. As pluralidades de subordinações entre heterodireção e heterorganização

Parece non entanto mais fundamentada a leitura que reconhece a inequívoca vontade legislativa de diferenciar o trabalho ágil do conceito tradicional de subordinação, reafirmando, ao mesmo tempo, a centralidade deste último.

Em primeiro lugar o intento legislativo de diferenciar o trabalho ágil do conceito tradicional de subordinação para assumir uma dimensão consensual se coloca na perspectiva já acolhida pelo Acordo Quadro Europeu sobre o teletrabalho de 2002 que afirmou a necessária consensualidade dessa modalidade de desempenho do trabalho que, referindo-se à execução da prestação, deveria caber unilateralmente ao empregador³⁶, assim que a consensualidade do teletrabalho já implica, por si só, uma limitação do poder diretivo do empregador.

E na lei italiana a consensualidade do teletrabalho abrange tanto o momento genético bem como a esfera funcional do vínculo.

34 Nesse sentido G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 784; F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 975 ss.; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 56; A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018, p. 37; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2019, I, p. 35 ss.; F. LAMBERTI, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, Nápoles, 2020, p. 249-250; L. ZAPPALÀ, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Turim, 2020, p. 304 ss.; L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 332-333; B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 439/2021, p. 44-45. Para uma análise desse ponto ver G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milão, 2023.

35 Assim, A. LEVI, *op. cit.*, p. 37.

36 Sobre esse ponto, A.R. TINTI, *Travestimenti. Potere e libertà nel lavoro agile*, em *Lavoro e diritto*, 2022, p. 158.

Embora possa parecer um “oxímoro”³⁷, a regulação consensual dos poderes constitui nesse sentido uma escolha indicativa da vontade legislativa de apoiar a tendência à superação dos esquemas hierárquicos do modelo fordista, a fim de permitir às partes definirem o esquema mais adequado aos seus interesses³⁸.

A perspectiva que parece mais correta então é configurar o trabalho ágil como «um caso especial de trabalho subordinado, que apresenta um claro desvio causal do tipo legal, enriquecido com aspectos incompatíveis com o sintagma contratual normal a que se refere o artigo 2094 do Código Civil», no sentido que «a primazia do poder diretivo deixa espaço para um programa negociado acordado entre as partes»³⁹ com a consequência de que o trabalho ágil «amplia ou, de qualquer forma, modifica a noção de subordinação a que se refere o artigo 2094 do Código Civil»⁴⁰, acentuando a tendência ao «pluralismo normativo e à diferenciação funcional» por meio de uma forma «especial» de subordinação que se torna, em parte, «compartilhada»⁴¹.

Ao mesmo tempo, porém, o desvio do esquema causal tradicional que implica a heterodireção da prestação através o exercício unilateral dos poderes do empregador, não pode representar a única opção das partes, que assim podem confirmar o esquema tradicional com todos os poderes do empregador ou limitar até excluir esses poderes, mudando o conteúdo da obrigação do empregado que nesse caso não seria mais se submeter aos poderes do empregador, mas trabalhar para realizar os objetivos programados.

Surge assim uma noção de subordinação que podem incluir a heterodireção (para a maioria dos trabalhadores), mas ao mesmo tempo pode se afastar dela e isso evidentemente acentua a tendência do sistema ao pluralismo das subordinações. E essa pluralidade parece bastante coerente com a polarização crescente entre os trabalhadores que – como já vimos – representa o efeito mais evidente das recentes transformações tecnológicas implicando assim uma divisão dentro da subordinação entre um extremo constituído pelo modelo hierárquico clássico baseado no binômio heterodireção/subordinação e o extremo oposto representado por um equilíbrio diferente entre as posições das partes marcado pela colaboração do trabalhador que nessa lógica desempenha a prestação «por fases, ciclos e objetivos», o que evidentemente alude a uma dimensão colaborativa em que o desempenho é medido com base em resultados, sem «limitações precisas de horário ou local de trabalho»⁴².

A função do pacto individual é, então, explicitar a escolha das partes não apenas no que diz respeito ao momento genético do trabalho ágil, mas também

37 A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 40-41.

38 G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 783.

39 Assim, A. PERULLI, *op. cit.*, p. 40.

40 G. SANTORO-PASSARELLI, *loc. ult. cit.*

41 A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 38-41.

42 V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 1, p. 11.

ao esquema causal adotado no plano funcional do vínculo que deve ser coerente com os interesses deduzidos no acordo, e essa questão leva diretamente para outra questão que é representada pela identificação do conteúdo mínimo essencial da subordinação ágil.

Na famosa sentença do Tribuna Constitucional italiano n. 30 de 12 de fevereiro de 1996 do Tribunal Constitucional italiano, foi reconhecida uma noção “sintética”⁴³ de subordinação, afirmando-se que o significado da subordinação se identifica não tanto com o «modo de ser» da prestação, mas com o «tipo de interesses aos quais a atividade é funcionalizada e o correspondente conjunto de situações jurídicas em que está inserida» e numa perspectiva pluralista da subordinação essa noção corresponde a «um conceito mais pregnante e, ao mesmo tempo, qualitativamente diferente da subordinação encontrada nos contratos que envolvem a capacidade de trabalho de uma das partes», sendo que tal diferença resulta da «simultaneidade de duas condições que, em outros casos, nunca são encontradas juntas: a alienidade (no sentido de destinação exclusiva a terceiros) do resultado da prestação de serviços, e a alienidade da organização produtiva da qual o desempenho é inserido»⁴⁴.

Quando «complementada por essas duas condições», a subordinação «é uma qualificação do serviço decorrente do tipo de regulação de interesses escolhido pelas partes»⁴⁵ que se caracteriza pela inserção do serviço em uma organização produtiva sobre a qual o prestador de serviços não tem algum poder.

Nesse esquema evidentemente não são mais os poderes unilaterais a identificar o conteúdo mínimo essencial da subordinação, mas simplesmente a alienidade do resultado da prestação junto com a alienidade da organização produtiva, ou seja, a heterorganização.

Pode-se dizer então que a heterorganização representaria «algo a menos» se comparada com a heterodireção e «algo a mais» se comparada com a autonomia que caracteriza o trabalho autônomo.

Pode ser útil esclarecer que algumas referências ao conceito de heterorganização podem ser encontradas na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁶, a ponto que segundo uma parte da doutrina o conceito de subordinação usado pelos tribunais europeus é frequentemente «um critério de ‘heterorganização’ em vez de ‘heterodireção’»⁴⁷.

43 Assim, entre os primeiros, F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, Vol. II, Utet, Turim, 1998, p. 26.

44 Tribunal Constitucional 12 de fevereiro de 1996, n° 30, em *Diritto del lavoro*, 1996, II, p. 52 e ss., cujo relator foi o mesmo L. Mengoni.

45 Tribunal Constitucional. 12 de fevereiro de 1996, n° 30, cit.

46 Tribunal de Justiça da União Europeia, 4 de dezembro de 2014, C-413/13.

47 S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, em *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2018, p. 213-214.

E o mesmo conceito foi utilizado pelo legislador italiano com o artigo 2 do decreto legislativo n. 81 de 15 de junho de 2015 segundo o qual a partir de 1º de janeiro de 2016, a disciplina das relações de trabalho subordinado «também» «se aplica» às relações de colaboração que «se concretizam em prestações de trabalho contínuas, exclusivamente pessoais, cuja forma seja organizada pelo comitente também com referência ao tempo e ao local de trabalho»⁴⁸. Em seguida o âmbito de aplicação da norma foi ampliado pelo artigo 1, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n. 101, de 3 de setembro de 2019, convertido na Lei n.º 128, de 3 de setembro de 2019, que substituiu o advérbio «exclusivamente» com «prevalentemente», eliminando a referência ao «tempo e local de trabalho» e especificando que o artigo 2 também se aplica quando «o modo de execução do serviço seja organizado através de plataformas, incluindo plataformas digitais».

Então não é possível aqui analisar detalhadamente o debate que até agora tem se concentrado, também na jurisprudência⁴⁹, no problema da qualificação do trabalho em plataformas digitais⁵⁰, mas é sem dúvida compartilhável a opinião que considera a disciplina do trabalho ágil e a definição de colaborações hetero-organizadas como «unidas por um *fil rouge*»⁵¹, na medida em que são inspiradas pela intenção de ampliar o conceito de subordinação para adaptar seu significado à realidade social através o conceito de heterorganização⁵², e na mesma perspectiva pode ser colocada a opinião que interpreta o artigo 2 como uma presunção de subordinação⁵².

48 Sobre o conteúdo original da regra, entre os primeiros, ver: L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 267/2015; V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 280/2015; M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 1257 ss.; A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, em L. FIORILLO, A. PERULLI (org.), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Turim, 2015, p. 279 ss.; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP Csdle "Massimo D'Antona".IT - 282/2015; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 266/2015; G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 278/2015; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 978 ss.; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 1117 ss.; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2015, p. 155 ss.

49 A referência é às primeiras decisões sobre o *rider* pelo Trib. Torino 7 de maio de 2018, no. 778; Trib. Milano 10 de setembro de 2018, no. 1853, App. Turim, 4 de janeiro de 2019, n.º 26 e sobretudo Corte de Cassação 24 de janeiro de 2020, n.º 1663.

50 Entre os muitos P. LOI (coord.), *Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2021; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bonomia University Press, Bologna, 2019; A. PERULLI (ed.), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018.

51 A. FENOGLIO, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, em *Labour&Law Issues*, 2022, n.º 1, p. 202; G. LUDOVICO, *op. cit.*, p. 200-201.

52 O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 4-5.

Nómadas digitales: una perspectiva jurídico-laboral

Esperanza Macarena Sierra Benítez

SUMARIO: 1. Nómadas digitales y regulación. – 2. La perspectiva económica del trabajo nómada en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre. – 3. La perspectiva subjetiva: diferencia entre el teletrabajador internacional y el nómada digital. – 4. La perspectiva social: breve referencia sobre la legislación aplicable y la protección social de los nómadas digitales. – 5. La perspectiva localista y temporal: la subordinación sin lugar ni horario de trabajo de los nómadas digitales. – 6. La perspectiva objetiva del trabajo nómada digital: el talento. – 7. La perspectiva de la salud en el trabajo nómada digital. – 8. Valoración final.

1. Nómadas digitales y regulación

Los nómadas digitales son un fenómeno relativamente reciente, que se identifica con un estilo de vida o con un nuevo modelo de trabajo remoto que no cuenta con una regulación jurídico-laboral propia. Ser nómada digital puede ser una forma viable de vivir mientras se trabaja en línea para aquellas personas que desean tener más libertad y flexibilidad en su trabajo¹. La normativa vigente identifica el trabajo a distancia con un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías². El carácter dinámico de la disciplina del Derecho del Trabajo está directamente relacionado con el progreso tecnológico y con la ruptura de la tradicional identificación del lugar y del tiempo de trabajo³. En España el trabajo a distancia se identificaba con el trabajo a domicilio y, en su modalidad más moderna, con el teletrabajo. La reforma laboral del año 2012 modificó la tradicional regulación del trabajo a domicilio (art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET) para introducir el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías⁴. El teletrabajo se reconoce como una forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico, al favorecer la flexibilidad

1 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. SEPE, *Nómadas digitales: ¿es viable viajar por el mundo y vivir de un trabajo que te gusta?*, en <https://coemelilla.sepe.es/coe-melilla/servicios/recursos/Nomadas-digitales-es-viable-viajar-por-el-mundo.html>.

2 Exposición de Motivos III de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2021).

3 G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazione*, G. Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 7 ss.

4 A. DE HERAS GARCÍA, *El teletrabajo en España; un análisis crítico de normas y prácticas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, p. 38 ss.

de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar⁵. En este sentido, se modifica la regulación del trabajo a domicilio (ex art. 13 ET) por el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las tecnologías⁶. Más recientemente, la norma del trabajo a distancia del año 2021 (Ley 10/2021) identifica con claridad esta ruptura del trabajo a domicilio tradicional con el «trabajo remoto y flexible que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo» y el «teletrabajo como una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías»⁷. Con posterioridad, una vez superada la fase de la regulación del teletrabajo tras la implantación durante el período de la pandemia mundial COVID 19 del teletrabajo forzoso como medida alternativa que permitía continuar la realización de las prestaciones de servicios cuando la población debía permanecer en una situación de aislamiento para, de esta manera, evitar los riesgos de contagio ocasionados por la crisis sanitaria⁸, en el año 2022 se publica la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes para dar cobertura a una realidad incipiente de movilidad internacional de carácter flexible. Esta norma equipara a los nómadas digitales con los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas en un entorno internacional, para hacer referencia a un estilo de vida que permite a las personas trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia. Y, por lo tanto, equipara al nómada digital con el teletrabajador internacional de forma vaga e imprecisa, por lo que en nuestro estudio nos centraremos en la caracterización de los nómadas digitales dentro del trabajo remoto, pero considerando a estos como una especie de teletrabajadores internacionales⁹ con peculiaridades.

5 L. MELLA MÉNDEZ, *El nuevo trabajo a distancia en España: configuración general*, en L. MELLA MÉNDEZ (Dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y comparado*, Delta, Madrid, 2015, p. 484 s.

6 Preámbulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012). E.M. SIERRA BENÍTEZ, *La nueva regulación del trabajo a distancia*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1, pp. 1-38.

7 Preámbulos III y I, Ley 10/2021, de trabajo a distancia.

8 El art. 5 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE, núm. 73, de 18 de marzo de 2020), declara el carácter preferente del trabajo a distancia.

9 AAVV, *Desplazamiento de trabajadores y teletrabajo internacional*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2024, p.107.

2. La perspectiva económica del trabajo nómada en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre

La normativa española ha abordado el tema del nomadismo digital desde la perspectiva económica para incluirlo como un fenómeno novedoso dentro del fomento del ecosistema de las empresas emergentes¹⁰ y, en concreto, del emprendimiento basado en la innovación. El legislador entiende que con el auge de las empresas tecnológicas y del trabajo digital en la economía globalizada, atraer el talento e inversión a través de los nómadas digitales cobra cada vez más importancia¹¹. En este sentido, identifica a los nómadas digitales con emprendedores o trabajadores a distancia que están al margen de la protección del trabajo asalariado o industrial recogido en el texto del Estatuto de los Trabajadores elaborado en el siglo pasado. El propio Preámbulo de la Ley menciona que la intención es favorecer el establecimiento en España de los emprendedores y trabajadores de empresas emergentes, así como de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas para incluirlos en el término nómadas digitales, y definirlos como: «personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia»¹² (Preámbulo IV, Ley 28/2022).

España presenta importantes activos para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas y otros factores (buena conectividad, buen clima, excelentes Universidades, la forma de vida, la cultura, etc.), que hacen que este país sea un destino atractivo para los teletrabajadores¹³. Atraer este tipo

10 La Ley 28/2022 define la empresa emergente como toda persona jurídica que reúne simultáneamente una serie de condiciones como, por ejemplo, ser de nueva creación o, cuando no siendo de nueva creación, no hayan transcurrido más de 5 años desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil, o Registro de Cooperativas competente; no haber surgido de una operación de fusión, escisión o transformación de empresas que no tengan la consideración de empresas emergentes; y otras más.

11 Unas reflexiones sobre las normas nacionales sobre la movilidad del talento poco respetuosas con las exigencias de competencia leal, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La movilidad geográfica del talento*, L. MELLA MÉNDEZ, R. DE MUÑAGORRI (Dir.), *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, p. 493 ss.

12 Preámbulo IV de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento de ecosistemas de las empresas emergentes (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 2022).

13 La Ley 28/2022 modifica el art. 70 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización para hacer referencia a la posibilidad que tienen las empresas de poder solicitar una autorización de residencia para profesionales altamente cualificados. Estos profesionales deben ser profesionales extranjeros graduados o postgraduados de universidades y escuelas de negocios de profesionales de reconocido prestigio, titulados de formación profesional de grado superior, o especialistas con una experiencia profesional de un nivel comparable de al menos 3 años. Igualmente, la Ley 11/2023, de 8

de perfiles tiene efectos económicos positivos en su nuevo lugar de residencia, ya que contribuyen a activar el consumo y permiten generar una red y oportunidades de valor para otros profesionales como, por ejemplo, los del sector audiovisual¹⁴.

El objeto de la norma es establecer un marco regulatorio específico que sirva como apoyo a la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España (por ejemplo, de microempresas y pequeñas y medianas empresas, fijando las condiciones que favorezcan su capacidad de internacionalización) incluidas las empresas de base tecnológica, es decir, aquellas cuya actividad requiere la generación o un uso intensivo de conocimiento científico-técnico y tecnologías para la generación de nuevos productos, procesos o servicios y para la canalización de las iniciativas de investigación, desarrollo e innovación y la transferencia de sus resultados. Hay que tener en cuenta que entre las condiciones que deben reunir este tipo de empresas se encuentran, por un lado, que tengan al 60% de la plantilla con un contrato laboral en España y, por otro lado, que estén al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. No obstante,

de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, introduce modificaciones a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización en cuanto que la autorización para estos profesionales puede ser de dos tipos: a) Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados, es decir, para aquellos que sean titulares de una Tarjeta azul-UE y la actividad laboral que vayan a desempeñar requiera contar con una cualificación derivada de una formación de enseñanza superior de duración mínima de tres años y equivalente al menos al Nivel 2 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (...); o acrediten un mínimo de cinco años de conocimientos, capacidades y competencias avalados por una experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, y que sea pertinente para la profesión o sector especificado en contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo; y b) Autorización de residencia nacional para profesionales altamente cualificados, es decir, trabajadores extranjeros que vayan a desempeñar una actividad laboral o profesional para la que se requiera contar con una titulación equiparable al menos al nivel 1 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior, (...), o conocimientos, capacidades y competencias avaladas por una experiencia profesional de al menos tres años que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación.

- 14 Véase la Orden PCM/1238/2021, de 12 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo del Consejo de ministros de 2 de noviembre de 2021, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países que ejercen actividad en el sector audiovisual (BOE 13 de noviembre de 2021, núm. 272). Hay que tener en cuenta que los procedimientos de entrada y permanencia de los profesionales de este sector son burocráticos, dispersos y establecen requisitos diferentes, generando por tanto cierta inseguridad jurídica a las empresas y a los propios profesionales. Por ello, la Orden pretende homogeneizar los criterios, y agilizar y simplificar los procedimientos en un mismo instrumento jurídico, y eliminar aquellos requisitos innecesarios y burocráticos

como afirmamos con anterioridad es una norma de un contenido económico importante en cuanto establece: 1) incentivos fiscales (en materia de Impuestos sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes mediante establecimiento permanente situado en territorio español de empresa emergente y el aplazamiento de la tributación); 2) unas medidas de atracción de inversión extranjera destinadas, por ejemplo, a las personas físicas extranjeras que no residan en España y decidan invertir en empresas emergentes españolas (no están obligadas a obtener un número de identidad de extranjero).

En general, es una norma que incorpora importantes modificaciones normativas: Impuesto sobre la Renta de no Residentes; Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. En este último caso, el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español contempla la posibilidad de que las personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español puedan optar por tributar por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, con las reglas especiales previstas en la misma Ley 28/2022, manteniendo la condición de contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, durante el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco períodos impositivos siguientes y se cumplan una serie de condiciones: 1) no haber sido residentes en España durante los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que se produzca su desplazamiento a territorio español; 2) que el desplazamiento a territorio español se haya realizado como consecuencia: a) de la adquisición de la condición de administrador de una entidad; b) de la realización en España de una actividad económica calificada como actividad emprendedora; c) de una realización en España de una actividad económica por parte de un profesional altamente cualificado que preste servicios a empresas emergentes o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente en conjunto más del 40% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal¹⁵; d) que no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español; y, por último, e) como consecuencia de un contrato de trabajo, con excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

15 Profesionales extranjeros graduados o postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio, titulados de formación profesional de grado superior, o especialistas con una experiencia profesional de un nivel comparable de al menos 3 años. La autorización de residencia para profesionales altamente cualificados será de tres años o igual a la duración del contrato, en caso de que la duración de éste sea inferior. Una vez cumplido dicho plazo se podrá solicitar la renovación de la autorización de residencia por dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años.

Esta condición se entenderá cumplida cuando se inicie una relación laboral o estatutaria con un empleador en España. O bien cuando el desplazamiento sea ordenado por el empleador y exista una carta de desplazamiento de éste o cuando, sin ser ordenada por el empleador, la actividad laboral se preste a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En nuestro estudio sólo nos vamos a detener en este último supuesto de las personas trabajadoras por cuenta ajena que cuenten con el visado para teletrabajo de carácter internacional previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, reformada por la Ley 28/2022, y que nos permite identificar una modalidad del trabajo remoto: el nomadismo digital.

3. La perspectiva subjetiva: diferencia entre el teletrabajador internacional y el nómada digital

De acuerdo con la Ley 28/2022, para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos y de telecomunicación, los extranjeros no pertenecientes a la UE deben solicitar una residencia por teletrabajo de carácter internacional. En el primer caso, el titular de esta visa nómada solo podrá teletrabajar para empresas radicadas fuera del territorio español. En el segundo caso, el ejercicio de una actividad profesional se permitirá al titular de esta visa teletrabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20% del total de su actividad profesional.

La norma contempla dos tipos de permisos para residir y trabajar en nuestro país de la forma que hemos visto más arriba: el visado y la autorización de residencia. El primero es un permiso de duración hasta un 1 año. Y el segundo de hasta 3 años para el extranjero que se encuentra legalmente en España. Estos permisos, que se conocen como visas nómadas, son el instrumento que permite trabajar y residir temporalmente a un extranjero para teletrabajar en nuestro territorio. No obstante, entendemos que, dado que el legislador permite que la autorización de residencia de teletrabajo internacional por 3 años sea renovable por otros 2, periodo tras el cual puede y, conseguir la residencia permanente pasados los 5 años, en el momento en que el nómada digital obtiene la residencia permanente deja de ser nómada digital, para pasar a la categoría de teletrabajador internacional propiamente dicho¹⁶. Por este motivo, consideramos que el verdadero nómada digital sería el ciudadano al que se le permite teletrabajar por

16 Véase la página web del MINISTERIO DE ECONOMÍA, COMERCIO Y EMPRESA. PORTAL PRIE, *Nómadas digitales (Teletrabajadores de carácter internacional)*, en <https://prie.comercio.gob.es/es-es/Paginas/Teletrabajadores-caracter-internacional.aspx>.

un máximo de 1 año (visa nómada). Entendemos que si el nómada digital opta por la nueva categoría de visado y de autorización de residencia de teletrabajo internacional porque quiera elegir España como un lugar de teletrabajo más estable, dejaría de ser un nómada digital¹⁷.

En el caso de las personas con pasaporte europeo pueden trabajar de forma remota hasta 3 meses sin necesidad de registro oficial, gracias a la libre circulación de trabajadores¹⁸. Junto a este incentivo migratorio hay que añadir otro incentivo fiscal¹⁹, que por razones de espacio no tratamos, y que para poder disfrutarlo el legislador exige el cumplimiento de una serie de requisitos: a) necesidad de acreditar la condición de ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio, o bien acreditar una experiencia profesional mínima de tres años; b) existencia de actividad real y continuada por parte de la empresa con que contrate el solicitante; c) documentación acreditativa de que la relación laboral o profesional se puede realizar en remoto; d) acreditación de que la relación laboral o profesional entre el solicitante y trabajador existe desde al menos 3 meses, así como documentos que acrediten los términos y condiciones de la actividad a distancia²⁰.

En definitiva, nos encontramos ante un entorno regulatorio favorable no sólo a la inversión sino también a la atracción del talento, que constituye uno de

17 M.D. CARRASCOSA BERMEJO, *Seguridad social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital*, en *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n. 1, 2023, p. 69.

18 Art. 6 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007). La libre circulación de trabajadores permite que todo ciudadano de la UE tiene derecho a trasladarse a cualquier otro país miembro para trabajar, estudiar, buscar empleo o jubilarse. Para ello cuenta con un plazo de hasta tres meses, siempre que disponga de un documento de identidad o pasaporte válido. En algunos casos pueden exigir notificar la presencia en el ese país. Pasado el período máximo pueden exigir la inscripción en la administración correspondiente y solicitar un certificado de registro.

19 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. El art. 93 hace referencia al régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español (BOE n. 285, 29 de noviembre de 2006)

20 No obstante hay que tener en cuenta que la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y a su internalización dedicada a la movilidad internacional, modificada por la Ley 11/2023 de 8 de mayo y por la Ley 28/2022, de 21 diciembre se contempla que tanto para los supuestos de visados de residencia de larga duración, así como las autorizaciones de residencia, el extranjero deberá acreditar: 1) no encontrarse irregularmente en territorio español, 2) ser mayores de 18 años, carecer de antecedentes penales en los últimos cinco años, 3) no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, 4) contar con un seguro público o privado de enfermedad para operar en España, 5) contar con recursos suficientes y abonar una tasa por la autorización o visado.

los principales objetivos de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internalización, con unas condiciones para la entrada y permanencia en España por razones de interés económico de las personas extranjeras que acrediten su condición, por ejemplo, de profesionales altamente cualificados que efectúen movimientos interempresariales. No obstante, el actual marco normativo del teletrabajo internacional no facilita que las empresas posibiliten este tipo de prestaciones, entre otros motivos, por las dificultades para mantener el estatus jurídico originario²¹. Por otro lado, la normativa carece de una regulación específica para las empresas españolas que puedan contratar a teletrabajadores internacionales. No se trata de una prestación transnacional de servicios, por lo que no se aplica la normativa europea de desplazamiento internacional de trabajadores, ni tampoco la coordinación de los sistemas de la seguridad social, salvo que existan convenios específicos²².

4. La perspectiva social: breve referencia sobre la legislación aplicable y la protección social de los nómadas digitales

Como hemos visto, el nómada digital es una persona que no tiene una residencia permanente y, por este motivo, la identificación del lugar habitual de trabajo puede ser problemática para definir la legislación aplicable. Sin duda alguna es un tema de máxima complejidad que no podemos abordar en este trabajo, y que nos obliga a recurrir a la regulación del Reglamento Roma I para determinar la legislación aplicable en el ámbito de la Unión Europea²³. En este sentido, la doctrina ha señalado que en el supuesto de los nómadas digitales sería de aplicación dicho Reglamento, pero ante la imposibilidad de definir la habitualidad del lugar de la prestación de servicios, como es obvio, habría que acudir a «la legislación elegida por las partes en el contrato de trabajo *versus* la legislación aplicable en función de los vínculos más estrechos que el nómada digital pueda tener con un determinado país distinto de aquél cuya legislación fue elegida por las partes en el contrato». Por otro lado, en el ámbito extracomunitario, «se tiene

21 J.M. GOERLICH PESET, *Una descentralización de lujo: nomadismo digital en la Ley 28/2022, de empresas emergentes*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 476, p. 39.

22 J. CASTELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, H. GALÁN, *Nómadas digitales, ¿un cambio de paradigma en la naturaleza del teletrabajo?*, en *Revista AJA*, n. 997, p. 2.

23 Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (DOUE, n. 177, de 4 de julio de 2008). Sobre las dificultades en la aplicación de la norma de conflicto en los supuestos de teletrabajo internacional a instancias del trabajador, A. GARICANO, J. ALONSO DE ARMIÑO RODRÍGUEZ, *Retos legales del teletrabajo internacional*, en *Documentación Laboral*, n. 124, 2021, p. 103 ss. En general, A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. P. 53 a 88.

que analizar la legislación de cada país, teniendo en cuenta, en todo caso, que la legislación laboral española es de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo – dichos trabajadores tienen, al menos, los derechos económicos que les corresponden de trabajar en territorio español» (art. 1.4 ET)²⁴.

Por otro lado, en relación con la protección social y en el caso del nómada digital extracomunitario la situación dependerá de si éste proviene o no de un Estado con el que España tenga o no convenio internacional de Seguridad Social (transcurridos 5 años y gozando de residencia permanente deberá asegurarse al régimen de Seguridad Social de España que corresponda). Es decir, en el caso que el nómada digital sea extracomunitario la situación dependerá de si proviene de un Estado con el que España tenga o no firmado un convenio internacional de Seguridad Social. En el primer caso (es decir que el nómada digital provenga de un Estado con el que España tiene firmado un convenio internacional de Seguridad Social) podrá seguir dado de alta en la Seguridad Social en su país de origen y, en el segundo caso, (que no le sea de aplicación convenio internacional de Seguridad Social), deberá darse de alta en la Seguridad Social española y presentar un compromiso de alta de la empresa extranjera²⁵. En el supuesto de que el nómada digital mantenga la inclusión en el sistema de Seguridad Social del Estado de origen, con el alcance y la duración que se establezca en el convenio bilateral, multilateral o instrumento internacional de Seguridad Social aplicable suscrito por España, se hará constar esta circunstancia en la declaración responsable que debe acompañar a la solicitud, y se acompañará del certificado de legislación aplicable expedido por el organismo de seguridad social correspondiente²⁶.

Respecto de los ciudadanos comunitarios nómadas digitales la cuestión migratoria desaparece, gracias a la Libre Circulación de Trabajadores (LCT). En materia de Seguridad Social habría que atender a las soluciones adoptadas en el marco del Derecho de la UE (Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social). Y, en su caso, al Acuerdo Marco sobre aplicación del art. 16.1 Reglamento 883/2004 en los supuestos de teletrabajo

24 AAVV, *Desplazamientos de trabajadores y teletrabajo internacional*, cit., p. 108.

25 M.D. CARRASCOSA BERMEJO, *Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital*, cit., p. 71.

26 Instrucción conjunta del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes, visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional, en https://www.inclusion.gob.es/documents/410169/0/report_report_2301+Instrucci%C3%B3n+conjunta+Teletrabajadores+de+car%C3%A1cter+internacional_rev13_FIRMADAS.pdf/d6c8533a-c98e-6157-da03-a598f0e1c017?t=1681813834808 (Instrucción sexta).

transfronterizo habitual por cuenta ajena²⁷. Este acuerdo establece excepciones a la regla general *Lex loci laboris*, es decir, la posibilidad de mantener la cobertura de Seguridad Social dentro del país del empleador cuando el trabajador realiza teletrabajo desde otro país por menos del 50% de sus horas de trabajo (teletrabajo híbrido)²⁸.

No obstante, este tema no es pacífico, puesto que la normativa vigente (Reglamento 883/2004) no contempla la modalidad de trabajo remoto de los nómadas digitales, como tampoco lo hace el Acuerdo Marco que establece excepciones a la regla general en materia de Seguridad Social. Es cierto que el teletrabajo internacional puede presentar problemas relacionados con el ámbito de la determinación aplicable en materia de seguridad social. En primer lugar, debemos distinguir si el teletrabajo es puro, es decir, si el teletrabajador presta la totalidad de sus servicios mediante esta forma de trabajo, sin acudir presencialmente a la sede empresarial. En esta categoría de teletrabajo se encuentran los nómadas digitales, caracterizados por no tener un lugar de trabajo habitual puesto que teletrabajan en países diferentes, y están sujetos a cambios continuos de residencia. Por lo tanto, en este caso no sería de aplicación el Acuerdo Marco en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, puesto que está pensado para los supuestos de teletrabajo híbrido. Como se ha afirmado este «Acuerdo marco debería haber optado por una interpretación flexible del lugar donde se entiende el teletrabajo, de forma que todos los empleados quedaran sujetos al régimen de Seguridad Social del Estado empleador, con indiferencia del lugar en que trabajen»²⁹. Esta idea en favor de que la legislación competente sea la del Estado sede de la empresa y no el Estado de residencia del trabajador impediría ciertos supuestos de *dumping social*, y nos proporciona la necesidad de establecimiento de un principio básico de una empresa, una única legislación, si bien con ciertas matizaciones para tratar casos que procure una homogeneidad para todos en materias laborales y de Seguridad Social³⁰.

Como hemos adelantado más arriba la normativa española, Ley 28/2022, que incorpora la figura migratoria de teletrabajo internacional, no ha introducido cambios en materia de Seguridad Social. Es decir, se han regulado los instrumentos que permiten hacer realidad el teletrabajo internacional (visas nómadas) sin que se haya previsto una adaptación de la normativa de la UE acorde con

27 Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual (BOE n. 185, de 4 de agosto de 2023).

28 Este tema ha sido ampliamente estudiado por M.D. CARRASCOSA BERMEJO, *Seguridad social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital*, cit. p. 68 a 72.

29 F. M. EXTREMERA MÉNDEZ, *El novedoso Acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo habitual: problemas de ley aplicable de Seguridad Social*, en CEF. *Laboral Social*, diciembre 2023, p. 21.

30 C. GARCÍA DE CÓRTAZAR Y NEBREA, *Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol., IX, n. 1, 2024, p. 30.

estas nuevas realidades que permita que, de forma generalizada, los nómadas digitales mantengan el estatuto originario.

Finalmente, debemos tener en cuenta la diferencia con respecto al teletrabajador internacional cuya modalidad del trabajo a distancia experimenta cierta vocación de permanencia en un lugar determinado y, por lo tanto, un estilo de vida y obligaciones legales diversos, aun cuando utilizan la tecnología para realizar el trabajo remoto³¹. Esta diferencia es importante, ya que nos obliga a identificar el elemento que caracteriza esta modalidad de organización de subordinación flexible entre el empleador y el nómada digital, puesto que el lugar y el horario de trabajo dejan de ser elementos esenciales del contrato de trabajo en su vertiente tradicional. Como ha afirmado la doctrina, en «el ámbito del trabajo técnicamente dominante y especializado, las transformaciones conducen a una mayor autonomía individual, una emancipación de los vínculos de subordinación y una disminución de la importancia del tiempo y el lugar de trabajo como criterio para el cumplimiento de la obligación, que son sustituidos por el criterio de consecución del resultado»³².

5. La perspectiva locativa y temporal: la subordinación sin lugar ni horario de trabajo de los nómadas digitales

Conforme hemos dicho anteriormente, la normativa contempla un entorno regulatorio favorable a la inversión y a la atracción del talento y, en concreto, favorece condiciones para la entrada y permanencia en España por razones de interés económico de, entre otras personas, trabajadores o trabajadoras que efectúen movimientos intraempresariales. En este sentido, la norma dota de flexibilidad a la posibilidad de que las personas trabajadoras acuerden con su empleadora realizar la misma prestación de servicios remota en otro lugar, y nos indica que para las partes del contrato de trabajo el lugar de trabajo y el horario de trabajo dejan de ser un elemento esencial de dicho contrato, y que dicho elemento se sustituye por la cualidad personalísima de la persona que realiza la prestación: el talento.

Si hablamos de trabajo remoto en la era digital podemos hablar de la diversidad de manifestaciones del trabajo: trabajo a distancia (con o sin conexión online); teletrabajo (en su variante nacional y transnacional); y trabajo nómada (variante internacional) y trabajo nómada digital. Esta última modalidad de trabajo remoto es la forma más flexible de trabajo transnacional que aparece en la

31 OpenAI, *ChatGPT, Copilot*, 2024.

32 G. LUDOVICO, *Tecnologías, hetero-dirección y hetero-organización: pluralidad de las subordinaciones en el escenario laboral italiano*, en *Revista Derecho del Trabajo, La Ley Uruguay*, n. 42, 2024, p. 151. Y, por lo tanto, el concepto de subordinación tiende a identificarse más bien con la inclusión del servicio en la organización de la empresa (hetero-organización), en G. LUDOVICO, *Lavoro agili e subordinazioni*, cit., p. 83.

actual era digital y, por lo tanto, constituye un ejemplo del trabajo subordinado y hetero-organizado, aun a sabiendas de que la autonomía es la nota que puede prevalecer, dependiendo del acuerdo que las partes implicadas asuman en el intercambio de trabajo-servicio-retribución³³.

En este sentido, siempre que ha habido cambios en la organización del trabajo por la aparición de nuevas tecnologías se ha originado el mismo debate sobre la existencia de la subordinación entre las partes cuando, como en el caso del trabajo nómada, se acuerda la realización de una prestación de servicios remota, como por ejemplo en el teletrabajo y en el trabajo en plataformas³⁴. Todo esto es consustancial a una realidad económica que intenta eludir la regulación del derecho del trabajo y busca el abaratamiento de los costes derivados del servicio que se recibe y, en general, la responsabilidad que genera la existencia de un vínculo laboral³⁵.

Si atendemos tanto a los sinónimos de la palabra talento según el diccionario de RAE “inteligencia, perspicacia, agudeza, ingenio, entendimiento, *intelecto*, razón, juico, etc.”, como a su significado material “moneda de cuenta de los griegos y de los romanos”, podemos decir que el talento se identifica con el valor monetario de la inteligencia de la persona que trabaja o presta servicios en un lugar y en un tiempo digital, en un mundo en que el trabajo no es la única razón para alcanzar los valores de dignidad de acuerdo con los estándares del trabajo decente. Como se ha afirmado el concepto de trabajo decente no es una creación abstracta y dogmática, desconectada de la realidad. Se desarrolla en un contexto histórico, marcado por el fenómeno de la globalización, de ahí la necesidad reiterada por la OIT de adaptación de las economías e instituciones nacionales al cambio mundial, así como la de este a las necesidades humanas³⁶.

33 E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Subordinación sin lugar y horario de trabajo: los nómadas digitales*, en *Noticias Cielo*, n. 2, 2024, p. 1.

34 J.L. MONEREO PÉREZ, *Trabajo subordinado y ciudadanía*, en *Revista derecho del trabajo, La Ley Uruguay*, n.37, 2022, p. 7 ss.; A. OJEDA AVILÉS, *Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico*, en *Revista de trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 464, p. 23 ss.; M. AGÍS DASILVA, *Una revisione dei contorni della subordinazione. Alcune riflessioni*, en G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (drs.), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milán, 2021, p. 171 ss.; T. C. NAHAS, *Qualificazione del rapporto e subordinazione*, en G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS, *op. cit.*, p. 319.

35 Unas reflexiones sobre los nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo ante la digitalización y el desarrollo tecnológico desde la vertiente subjetiva y locativa E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Del trabajador a su avatar y del centro de trabajo al metaverso. La variante subjetiva y locativa de la digitalización en el trabajo*, en I. MARÍN ALONSO, M.T. IGARTUA MIRÓ, C. SOLÍS PRIETO, *Digitalización, desarrollo tecnológico y derecho del trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27 a 62.

36 T. USHAKOVA, *El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT*, ADAPT University Press, 2023, p. 147. No obstante «la globalización es fruto de un nuevo orden económico que se produce a escala mundial dominado por el sistema financiero y la inversión global, que, en realidad, son las relaciones de trabajo. Especial muestra por la falta de barreras al

Esto significa que el trabajo para estas personas nómadas digitales tiene un valor distinto al tradicional y, por lo tanto, esos servicios digitales que ofrecen al mercado no requieren la presencia física en un lugar tradicional de trabajo, como tampoco esencialmente en un tiempo determinado. Y es que, como se ha afirmado, la digitalización y la tecnología, como por ejemplo ocurre en el trabajo en plataformas, han desafiado las nociones tradicionales de subordinación y autonomía laboral. Y, en todo caso, «la tecnología digital ya no requiere siempre la hetero-dirección en el sentido tradicional, ya que se trata fundamentalmente de un sistema de hetero-organización del trabajo»³⁷. Esto nos conduce a estudiar el elemento objetivo que caracteriza esta modalidad de subordinación flexible que permite a las personas desplazarse a otros países distintos al de su residencia, principalmente para vivir o residir en otros lugares temporalmente y, a su vez seguir realizando las prestaciones de servicios por medios digitales desde cualquier lugar que reúna los medios tecnológicos necesarios.

6. La perspectiva objetiva del trabajo nómada digital: el talento

Conforme a lo señalado más arriba, donde identificamos el talento con el valor monetario de la inteligencia del nómada digital, deducimos que el trabajo tiene otro valor para estos sujetos que realizan esta modalidad de trabajo remoto. La era de la pandemia de la COVID-19 ha introducido cambios en las personas, que adquieren una mayor relevancia cuando aquéllos afectan al *status* del trabajador. De todos es conocido el movimiento de la “Gran Renuncia” surgido tras la experiencia mundial de la COVID-19 en los EE.UU. La Gran Renuncia es el fenómeno social mediante el cual hay un cambio de comportamiento de los trabajadores de diversos sectores y profesiones, que renuncian de manera masiva a sus lugares de trabajo o empleo (entre los meses de marzo y julio del año 2021, casi 4 millones de personas renunciaron en los EE.UU. cada mes, con un total de 12 millones en ese período)³⁸. En este sentido, «la Gran Renuncia es una deserción de la estructura afectiva del trabajo en la sociedad neoliberal: constituye la revolución efectiva del siglo XXI que no aspira a satisfacer nuestros deseos neoliberales ni nuestro emprendedurismo. Antes bien, es

capital», en T. C. NAHAS, *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 179.

37 G. LUDOVICO, *Tecnologías, hetero-dirección y hetero-organización: la pluralidad de las subordinaciones en el escenario laboral italiano*, *cit.*, p. 162.

38 WOLTERS KLUWER TAA ESPAÑA, *La Gran Renuncia o Gran Dimisión: ¿qué es y cómo gestionarla?*, 16 de noviembre, 2022 en <https://www.wolterskluwer.com/es-es/expert-insights/la-gran-renuncia-o-gran-dimision-que-es>.

la exigencia de transformar el modo en que deseamos»³⁹. La gente seguirá trabajando porque no tiene más remedio, pero su deseo estará en otro lugar y «esa reorientación del deseo es el motor de un cambio profundo que anima a pensar la sociedad y las ciudades más allá de la familia, más allá del trabajo, más allá de la conectividad»⁴⁰. Esto es un fenómeno que plantea la necesidad de implantar en las empresas más cultura y prestar más atención a las personas⁴¹, puesto que las personas trabajadoras tienen conciencia de la gran dificultad que tienen las empresas para gestionar el talento de acuerdo con otros estándares distintos a los utilizados tradicionalmente como, por ejemplo, el establecimiento del denominado salario emocional o el establecimiento de planes de conciliación entre la vida laboral y personal⁴². La reciente Directiva 2019/1158 incluye dentro de su campo de aplicación personal expresamente «a los contratos relacionados con el empleo» y, en este sentido, identifica una nueva categoría que no existe en el Derecho español ni en el Derecho comparado y que «podría englobar contratos atípicos y nuevas formas de trabajo cuando quienes los realizan cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para ser calificados como trabajadores»⁴³.

El salario emocional consiste en aquellos «conceptos asociados a la retribución de un empleado en los que se incluyen cuestiones de carácter no económico y cuyo fin es satisfacer las necesidades personales, familiares y profesionales del trabajador, mejorando la calidad de vida del mismo y fomentando la conciliación laboral»⁴⁴, es decir, implican que la persona trabajadora reciba unos beneficios tangibles o ventajas intangibles del puesto de trabajo que no quedan reflejados en la nómina⁴⁵. La realidad es que las personas trabajadoras dan más importancia a otros valores más relacionados con sus vidas personales, y esto conlleva que los departamentos de recursos humanos deban identificar con mayor precisión cuáles son sus necesidades⁴⁶.

39 J.E. VALLS BOIX, *Break My Soul (please don't)*. El acontecimiento de la Gran Renuncia y la política de los afectos, en *Labos*, vol. 5, n. 2, p. 205.

40 J.E. VALLS BOIX, *op. cit.*, p. 204.

41 M. DE LA SOSA, *Cómo retener el talento ante “la Gran Renuncia”*, en *Capital Humano*, *La Ley*, n. 369, noviembre 2021, web, p. 3.

42 Véase la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DOUE, n. 188. 12 de julio de 2019).

43 C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n. 38, 2024, p. 53.

44 ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CALIDAD, en <https://www.aec.es/conocimiento/centro-del-conocimiento/salario-emocional/>

45 OPEN ACADEMIA. SANTANDER, en <https://www.santanderopenacademy.com/es/blog/salario-emocional.html>.

46 WOLTERS KLUWER TAA ESPAÑA, *La Gran Renuncia o Gran Dimisión: ¿qué es y cómo gestionarla?*, *cit.*, enlace web.

Es evidente que la movilidad interempresarial nos plantea nuevos desafíos dado, que estos cambios o vicisitudes en el contrato de trabajo no son debidos a razones de trabajo propiamente dichas, sino para satisfacer las necesidades personales de la persona trabajadora. Por lo tanto, son el resultado de un acuerdo de voluntades, bastando el mismo para el perfeccionamiento del contrato. El Derecho del Trabajo tiene como referencia una parcela de la realidad social que conlleva la intervención transversal del conjunto del ordenamiento jurídico sobre las relaciones laborales, en donde se aplican multiplicidad de instituciones de otras ramas del ordenamiento jurídico al específico campo de las relaciones laborales. En concreto, el Derecho del Trabajo se integra, entre otros, en el ámbito del Derecho Privado, en la medida en que aborda unas relaciones entre trabajadores y empresarios como sujetos privados para establecer entre ellos relaciones contractuales privadas⁴⁷. Y, por lo tanto, aunque tradicionalmente se ha identificado Derecho del Trabajo con Derecho Estatal del Trabajo, debemos reconocer la importancia del contrato de trabajo «porque el declive del plano colectivo, o sindical, y el amplio debate de las últimas décadas sobre los derechos individuales de los trabajadores, en especial de los derechos fundamentales, se asientan en el contrato de trabajo más allá del convenio colectivo o, incluso, de la ley ordinaria»⁴⁸.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la tecnología ha sido capaz de unir dos ámbitos desconectados: mundo físico y mundo digital (4ª Revolución Industrial: fábrica inteligente), y que esta transformación afecta a las personas y a la nueva manera de trabajar en un mundo digital cuya principal materia prima son ahora los datos (y no los materiales ni los bienes producidos). Esto significa que las empresas necesitan reforzar el derecho a recibir formación en el contrato ordinario de trabajo como medio para alcanzar una transición digital justa⁴⁹. Las empresas para las que realizan las prestaciones de servicios los nómadas digitales requieren un perfil profesional digitalizado y, por lo tanto, un personal con competencias digitales cuya instrucción implica el desarrollo de las *hard skills* (habilidades duras, relacionadas con las responsabilidades profesionales a desarrollar, generalmente técnicas) y las *soft skills* (competencias blandas que, pese a no estar relacionadas con el puesto de trabajo concreto, ayudan al trabajador a adaptarse de manera positiva al nuevo puesto de trabajo, al nuevo contexto laboral implantado y a gestionar con éxito todo lo que esto supone). El desarrollo de estas competencias debe estar adaptado a las particularidades del

47 J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 61.

48 A. OJEDA AVILÉS, *Las cien almas del contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, Thomson Reuter Proview, p. 12.

49 A. VILLALBA SÁNCHEZ, *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Tirant lo Blanch, Valencia, p.183 ss.

puesto de trabajo concreto que desempeñe la persona trabajadora que realiza una prestación de servicios en remoto⁵⁰.

No obstante, las acciones de promoción del talento, en particular del talento digitalizado, pueden insertarse, de una u otra forma, por un lado en la corriente de política económica conocida del decrecimiento económico que aplicado a la empresa plantea trabajar menos para vivir mejor⁵¹; y por otro lado, en las políticas de prevención de riesgos laborales. La teoría del decrecimiento económico se sustenta en la idea de la reducción deliberada y planificada de la producción y el consumo económico en la sociedad. La finalidad es mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas en lugar de simplemente aumentar la producción de bienes y servicios. Es un movimiento que propone un cambio en la forma en que la sociedad persigue el bienestar y el progreso como alternativa al paradigma de crecimiento ilimitado, en busca de un futuro más sostenible. «Para ello se proponen diversas políticas y prácticas, como la reducción de la jornada laboral, el impulso de la economía local, la promoción del consumo responsable, el fomento de la agricultura sostenible y la inversión en energías renovables. Estas medidas buscan cambiar la forma en que la sociedad produce, consume y valora el progreso»⁵². Por otro lado, las acciones de promoción del talento pueden insertarse también en las políticas de prevención de riesgos laborales, en tanto que el derecho a la protección de la salud en el trabajo constituye un derecho humano fundamental del trabajador⁵³. Un derecho que tiene su correlativo deber moral para consigo, hacia la propia persona que lo ejecuta, en que bastaría con asociarlo al más primario de otros deberes (de autoconservación, de temperancia, de sexualidad, de veracidad, de humildad o de desarrollar de los propios talentos), «y definir el trabajo como una conducta imprescindible para la atención de las necesidades vitales de cada persona. También se podría sin dificultad asociar el trabajo al deber de desarrollar los propios talentos – o deber de perfeccionamiento individual»⁵⁴. En definitiva, como se ha afirmado, debemos

50 T. CORRÊA GOMES CARDIM, O. REQUENA MONTES, *Los contratos formativos y la formación profesional ante el teletrabajo subordinado*, en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 11, núm. 4, p. 297 ss.

51 Un reciente estudio de FEDEA (Fundación de Estudios de Economía Aplicada) demuestra que retrasar la edad de jubilación provoca un 38% más de mortalidad entre los 60 y los 69 años por jubilarse más tarde. Por ello se propone flexibilizar la jubilación parcial para mejorar la calidad de vida al final de la etapa laboral, en XATAKA, *El riesgo oculto de retrasar la jubilación: un 38% más de mortalidad entre los 60 y los 69 años por jubilarse más tarde*, 29/08/2024 (web).

52 J. GUINNOT REINDERS, Z. BARGHOUTI ABRINI, *El decrecimiento aplicado a la empresa: trabajar menos para vivir mejor*, en F. TRUJILLO PONS, *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 397-398.

53 B. TORRES GARCÍA, *Los retos de la seguridad y salud laboral ante la digitalización de la empresa. Especial atención a la prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia y teletrabajo*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2023, p. 43 ss.

54 F. VIGO SERRALVO, *El deber de trabajar. Significado constitucional y proyección legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 98-99.

reflexionar sobre qué actitud debe tener el Derecho del Trabajo del siglo XXI y, en su caso, si una de las prioridades debe ser la libertad de las personas para organizar su vida. «Para ello hay que distinguir las distintas dimensiones del trabajo y sus efectos, que no se limitan a la satisfacción personal o felicidad, sino que alcanzan otros aspectos como la salud laboral, la satisfacción de necesidades de cuidado o la atención a dependientes»⁵⁵. En nuestro estudio nos vamos a detener en aquellos aspectos relacionados con la salud laboral, por ser un factor que asociamos a la felicidad de la persona trabajadora nómada digital. «La falta de salud por enfermedad o por emociones negativas genera una falta de compromiso por falta de energía, porque la felicidad en el trabajo es una fuente de energía clave para conseguir grandes resultados. El bienestar es una herramienta de atracción del talento, además de que facilita la generación de ideas al reducir las preocupaciones»⁵⁶.

7. La perspectiva de la salud en el trabajo nómada digital

Como hemos indicado anteriormente, la tecnología ha sido capaz de unir dos ámbitos tradicionalmente desconectados: el mundo físico y el mundo digital. Esta transformación afecta a las personas trabajadoras y a la nueva manera de trabajo en remoto porque supone un cambio sustancial en cuanto la principal materia prima son ahora los datos, y no los materiales ni los bienes producidos. En el marco de la UE, la rápida revolución tecnológica y la globalización de la economía han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales y, en general, de los derechos digitales de las personas trabajadoras⁵⁷. Entre estos últimos se encuentran los derechos fundamentales (protección de datos, protección de las personas trabajadoras frente a los avances de la Inteligencia Artificial, véase el Reglamento de Inteligencia Artificial UE 2021 y la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital)⁵⁸.

55 M. RODRÍGUEZ PINERO ROYO, *La gran dimisión. Perspectivas jurídicas*, en *Labos*, vol. 5, n. 2, p. 185.

56 A. SALAS VALLINA, J. ALEGRE VIDAL, R. FERNÁNDEZ GUERRERO, *La medición de la felicidad en el trabajo y sus antecedentes: un estudio empírico en el área de alergología de los hospitales públicos españoles*, en *Trabajo*, n. 28, 2023, p. 108.

57 E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras en la Unión Europea y su configuración en el ordenamiento jurídico español*, M.A. MORALES RAMÍREZ, *Los derechos digitales laborales en América Latina y España*, Tirant lo Blanch, México, 2024, pp. 195-238.

58 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (DOUE, n- 119, de 4 de mayo 2016); Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), (DOUE n. 1689, de 12

Sin embargo, y tras los cambios producidos a consecuencia de la pandemia (con movimientos ya citados, como por ejemplo “La Gran Renuncia”), estos derechos deberán convivir con otro derecho proclamado recientemente como fundamental por la OIT: la seguridad y salud en el trabajo⁵⁹ y, en concreto, la salud psíquica y mental o la felicidad de las personas que trabajan en un espacio remoto nómada sin lugar ni horario de trabajo fijos. Al respecto nos debemos preguntar que implica que la seguridad y salud en el trabajo se incluya dentro de los principios y derechos fundamentales de la OIT. Éstos se encuentran reconocidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). En la actualidad se conoce como “Declaración de 1988, enmendada en 2022”, que incorpora el quinto principio fundamental: el de un entorno de trabajo seguro y saludable. Por ello, aunque consideramos que esta inclusión del derecho a la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental es muy importante, debemos tener cierta cautela puesto que la Declaración de 1998 tiene naturaleza declarativa y, por consiguiente, no tiene los efectos de la ratificación de los convenios de la OIT. La inclusión de las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo no supone ni más ni menos que reconocer esa importancia⁶⁰. La doctrina duda sobre la naturaleza de este derecho laboral, tras la declaración de la OIT, por cuanto es necesario replantearse sus esquemas básicos, adaptándolos a las nuevas necesidades y realidades. En este sentido, se afirma que los arts. 43 y 40.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) que contempla para la Administración Pública un deber de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, mediante el desarrollo de la legislación en esta materia (Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 1997 -LPRL), son más que un medio de protección público del derecho fundamental del art. 15 CE (derecho fundamental a la vida, a la integridad física y moral de toda

de julio 2024); Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), DECLARACIÓN CONJUNTA DEL PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE, C. n. 23, de 3 de enero de 2023).

59 La OIT ha incluido el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable de Declaración de los Principios y derechos fundamentales en el trabajo en una decisión histórica de la 110ª Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, celebrada en Ginebra y clausurada el 11 de junio de 2022.

60 INSTT, *La Seguridad y Salud en el Trabajo: nuevo derecho fundamental según la OIT*, 15 de junio de 2022, <https://www.insst.es/noticias-insst/la-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-nuevo-derecho-fundamental-segun-la-oit> “Como señaló antes de su adopción en 1998, «los derechos fundamentales no son fundamentales porque la Declaración lo diga, sino que la Declaración lo dice porque lo son»”.

persona) del que es titular la persona trabajadora. Por lo tanto, «cualquier conducta empresarial que sea considerada contraria al art. 15 CE, por no adoptar las correspondientes medidas preventivas o promocionar la calidad del trabajo, será declarada vulneradora del mencionado derecho fundamental»⁶¹.

Por ello, con independencia de los problemas de técnica-jurídica que puedan plantearse a nivel nacional, «la inclusión de las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo implicaría el compromiso de los Estados Miembros de respetar, promover y hacer realidad el principio y derecho fundamental en el trabajo relativo a las condiciones de trabajo seguras y saludables, aun cuando no hayan ratificado los convenios correspondientes»⁶².

Dada la entidad de este derecho debemos entender que un entorno de trabajo que promueve la salud laboral contribuye a la retención y desarrollo del talento. Los empleados que se sienten valorados y cuidados son más propensos a permanecer en la empresa y a rendir al máximo de sus capacidades⁶³. La digitalización puede mejorar las condiciones laborales y reducir riesgos, pero también introduce nuevos desafíos como el estrés y problemas de salud mental. La inteligencia artificial y la robótica avanzada están cambiando la naturaleza del trabajo, aumentando tanto la productividad como los riesgos. Esto obliga a las empresas a implementar marcos éticos, y a la participación de los trabajadores y la colaboración entre sectores para gestionar y maximizar las oportunidades del trabajo remoto digitalizado⁶⁴. En definitiva, consideramos que el acuerdo de movilidad internacional que las partes adopten debe diseñar un modelo de seguridad y salud acorde con el cambio de modelo de la prestación de servicios. Sin embargo, consideramos que aunque el foco de atención en esta materia se centra en los riesgos psicosociales ligados al uso de las nuevas tecnologías⁶⁵, éstos pueden ser menores dada la característica de esta movilidad internacional: la opción del trabajador de movilidad temporal. Entendemos por consiguiente que aquéllos no deben ser significativos ante la libre elección del trabajador del lugar y del horario de trabajo. En líneas generales podemos decir que los

61 B. TORRES GARCÍA, *El derecho a la protección de la salud y seguridad en el trabajo: su naturaleza de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico*, en L. MELLA MÉNDEZ, R. DE MUÑAGORRI (Dir.) *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, obra cit. p. 687.

62 S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La configuración del derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables en el ámbito internacional*, en L. MELLA MÉNDEZ, R. DE MUÑAGORRI (Dir.) *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, cit., p. 643.

63 OpenIA, ChatGPT, Copilot, 2 de septiembre de 2024.

64 AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA* en https://osha.europa.eu/sites/default/files/Digitalisation_and_OSH_ES.pdf.

65 S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La prevención de los riesgos psicosociales ante las transiciones digital y climática*, en J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ (Dir.), *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, REUS Editorial, Madrid, 2023, p.156.

problemas de salud mental no deben ser considerados como consecuencia del trabajo, sino en todo caso como consecuencia de la movilidad internacional, siempre y cuando el empleador cumpla con sus obligaciones de prevención de riesgos laborales diseñando medidas preventivas de los riesgos emergentes en las nuevas actividades remotas⁶⁶. En materia de responsabilidad, entendemos que no cabe exigir al empresario aquélla que no pueda ser controlada o verificada por él mismo, porque el único responsable de las condiciones materiales efectivas de la ejecución de la prestación de servicios sigue siendo el propio trabajador nómada digital⁶⁷. En general y para concluir, entendemos que es necesario que los empleadores no sólo adopten sus estructuras y estrategias en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también que cultiven una cultura abierta, de confianza y resiliencia y, por lo tanto, «un cambio de mentalidad que promueva la colaboración, la transparencia y la participación»⁶⁸, acorde con este modelo de flexibilidad del trabajo remoto.

8. Valoración final

Aunque somos conscientes de que la temática que hemos tratado no ha sido regulada y abre muchos interrogantes para la disciplina jurídico-laboral, nos arriesgamos a vaticinar que en los próximos años aquéllos van a ser estudiados si prospera este tipo de movilidad internacional de trabajo remoto. El Derecho del Trabajo es una disciplina dinámica y el trabajo atípico está experimentando una evolución que debe ser regulada para garantizar la sostenibilidad del sistema de protección de social y de la seguridad social que caracteriza a la Unión Europea como una institución internacional próspera y respetuosa con los principios y derechos de la OIT y, en general, con los objetivos del trabajo decente. El trabajo nómada digital representa una evolución significativa en el ámbito laboral, impulsada por la tecnología y la globalización. La normativa española ha intentado adaptarse a esta realidad, pero aún existen desafíos importantes, especialmente en la regulación jurídico-laboral y, en general, en la protección social de estos trabajadores.

66 Así, por ejemplo, los empleadores tienen la obligación de controlar la operación de los sistemas algorítmicos para asegurar que funcionen como se espera y conduzcan a decisiones sesgadas cuando se apliquen en el lugar de trabajo, en H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales: una perspectiva desde la Unión Europea*, en J. FERNÁNDEZ-COSTALES MÚÑIZ (Dir.), *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, obra cit., p. 254.

67 E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Sevilla, 2011, p. 379.

68 J. F. MARTÍNEZ-LOSA TOBIAS, *Condiciones psicosociales para una experiencia del teletrabajo (y de las nuevas formas de trabajo) saludable, en el marco del desarrollo resiliente en las organizaciones*, en F. TRUJILLO PONS (Dir.), *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 228.

Desde el punto de vista subjetivo, aunque los nómadas digitales comparten características con los teletrabajadores internacionales, su estilo de vida y la naturaleza de su trabajo requieren un enfoque regulatorio distinto. La normativa actual no siempre refleja estas diferencias de manera adecuada. Entendemos que el talento es el elemento objetivo caracterizador que justifica este modelo de movilidad internacional temporal dotado de una amplia flexibilidad: el tiempo y el horario de trabajo dejan de tener la consideración de sustancial en el contrato de trabajo entendido de manera tradicional. En realidad, los nómadas digitales buscan un nuevo modo de vida en donde la salud y el bienestar laboral ocupan un papel central. Por ello, la inclusión de la salud y seguridad en el trabajo como derecho fundamental es un avance importante. En concreto, en materia de salud mental, a la que identificamos con la búsqueda de la felicidad, la normativa debe adaptarse para abordar los riesgos psicosociales y garantizar un entorno de trabajo saludable para los nómadas digitales, considerando sus particularidades o especialidades: la movilidad, la flexibilidad y el talento en un modelo de subordinación hetero-organizado.

En resumen, aunque se han dado pasos importantes para regular el trabajo nómada digital, aún queda mucho por hacer para garantizar una protección adecuada y fomentar un entorno laboral seguro y justo para estos trabajadores. Esperamos continuar el estudio de esta materia conforme vayan apareciendo posibles respuestas a los desafíos que presenta el trabajo nómada digital.

Trabajo en plataformas digitales y protección de los derechos fundamentales

Gustavo Marcelo Gauthier Guazzoni

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Organización del trabajo a través de plataformas digitales. – 3. ¿Cómo abordar la protección de los derechos fundamentales? – 4. El diálogo social y la regulación del trabajo a través de plataformas digitales. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El avance del conocimiento y la irrupción de nuevas tecnologías en nuestras sociedades, están generando una serie de cambios en la economía, en el consumo, en los negocios y en el mundo del trabajo, cuya profundidad y trascendencia nos coloca frente al surgimiento de una nueva época signada por el avance exponencial e incesante del conocimiento.

Como afirma Grompone, «En el momento actual la sociedad capitalista vive una revolución en el manejo de la información semejante a la que ocurrió con la imprenta y un cambio en la economía de la misma importancia que la revolución industrial... el problema tiene un alcance mucho mayor que un mero ajuste de las ideas para regular las nuevas formas económicas que aparecen todos los días»¹.

Mercader Uguina, por su parte, sostiene que «Los cambios que sirven de base a este progresivo nuevo modelo se sitúan en la desmaterialización de la economía debido a la importancia creciente de la producción, el consumo, el empleo y la inversión en actividades no materiales sino informacionales. La empresa, como la propia economía, deviene ingrátida e intangible. El espacio de trabajo se transforma en su interior, se deslocaliza por intermediación tecnológica, se trabaja a distancia y las relaciones se establecen a través de redes. Las redes neuronales, los robots y aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental de la producción: procesos enteramente gestionados por máquinas. La toma de decisiones debe realizarse en ambientes donde coexisten máquinas cognitivas y personas»².

1 J. GROMPONE, *Prólogo*, in G. GAUTHIER (Coord.) *Disrupción, economía compartida y Derecho*, FCU, Montevideo, 2016, p. 7 y 10.

2 J. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 30 y 31.

Es más, se ha planteado que las nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, han dejado de constituir meros medios o herramientas que el ser humano puede utilizar de tal o cual manera para determinados fines, para bien o para mal, sino que han pasado a constituir *el* Medio donde nos desenvolvemos incluso sin ser plenamente conscientes de ello.³

La profundidad de estos cambios supone en muchos casos, romper radicalmente con los modelos anteriores y ello genera todo tipo de incertidumbres y debates en todos los campos y donde el Derecho no resulta ajeno.

En las postrimerías del siglo XX se inició el debate teórico sobre los cambios disruptivos que comenzaron a producirse en el campo económico, en los modelos de negocios y con la tecnología, para referir a aquellas innovaciones que producen una ruptura brusca con lo que había antes. También suele considerarse disruptivo aquello nuevo que genera nuevos negocios, nuevos mercados y consumidores.

El concepto de “disrupción” fue plasmado en el libro *The Innovator’s Dilemma* (1997) de Clayton M. Christensen, profesor de Harvard Business School, quien distingue aquella innovación continuada que está en manos de las grandes empresas y que busca la mejora de un producto, servicio o proceso, para el que ya tiene clientes, con el objetivo de seguir generando beneficios y la innovación disruptiva, en la que trabajan principalmente pequeñas empresas y que desarrolla productos o servicios más sencillos de utilizar, menos costosos de producir y más baratos de comprar.⁴

En el campo tecnológico es donde en los últimos años se han producido las innovaciones más trascendentes, aunque conviene advertir que no toda innovación tecnológica es disruptiva, ni toda disrupción tiene que ser tecnológica. Se puede ser disruptivo en cualquier parte de un modelo de negocio y puede o no que esa disrupción se apoye en la tecnología.

Por lo general las innovaciones disruptivas son posibles a partir de tres factores: la identificación de una necesidad del consumidor que no estaba satisfecha hasta el momento por ningún producto o servicio o la solución de un problema que hasta el momento no tenía solución, el diseño de un modelo de negocio sostenible que permita obtener ganancias y financiamiento y la existencia de una solución o negocio nuevo que no existían antes y que den una ventaja competitiva sostenida en el tiempo.

Pero quizás sea a nivel de la economía, o del consumo más específicamente, donde se viene produciendo un cambio disruptivo que supone romper con el paradigma clásico de que es necesario poseer – en términos de derecho de propiedad – un determinado bien o servicio para poder usufructuar del mismo.

3 L. VALERA, *Espejos. Filosofía y nuevas tecnologías*, Herder, Barcelona 2022, p. 20.

4 <http://www.emprendedores.es/gestion/como-ser-un-negocio-disruptivo>

Estamos asistiendo a un cambio de concepto entre el poseer un determinado bien y el acceder al mismo. Ahora ya no importa tanto el poseer un determinado producto o servicio, sino lo que importa es poder acceder a su disfrute, y basándose en este concepto muchos emprendedores han creado y desarrollado las más diversas plataformas de nuevos negocios⁵.

Y mientras todo esto ocurre, en la actualidad asistimos a la irrupción de la inteligencia artificial o “época post-app”, como la definía Peter Sondergaard en 2015, cuando 30 mil millones de cosas se conectan con las empresas y con 3 mil millones de personas con sus teléfonos inteligentes, comiencen a producir grandes cantidades de datos que las empresas comienzan a traducir a través de algoritmos para maximizar la oportunidad que presenta el negocio digital. Para Sondergaard es en los algoritmos donde radica el valor real y son los que definen la acción, en la era digital de hoy los algoritmos dinámicos digitales son el núcleo de las nuevas interacciones con los clientes. Hoy en día, el motor de recomendación de Amazon impulsa a la gente a comprar más productos, o los algoritmos Waze dan a los conductores mejores rutas en base a miles de entradas independientes, el cambio de los patrones de tráfico de forma dinámica en tiempo real.

En el futuro, las empresas se valorarán no sólo por sus grandes bases de datos, sino por los algoritmos que transformen esos datos en acciones de impacto para los clientes⁶.

En el campo del trabajo, surge una nueva forma de prestación de trabajo humano intermediado por plataformas digitales, que en principio presenta dificultades para ser encasillado en las regulaciones del trabajo tradicional o subordinado.

Una primera dificultad que aparece se vincula con el encuadramiento de reglas de un trabajo – el dependiente o subordinado –, concebidas para otro tipo de realidades o negocios y donde a menudo los desajustes son de tal entidad que se ha admitido la imposibilidad de su aplicación.

Un segundo desafío, vinculado con el anterior, radica en la necesaria relectura del ordenamiento jurídico vigente a la luz de la nueva realidad, a efectos de determinar en qué medida las normas vigentes amparan o resultan aplicables a la actividad y al trabajo que se presta a través de plataformas digitales.

El tercer desafío, también vinculado a los anteriores y dependiendo de las conclusiones a las que se pueda arribar en cada caso, consiste en determinar si las peculiaridades del trabajo a través de las plataformas digitales no tornan necesario una regulación nueva que recoja la especialidad de esta nueva forma de prestación del trabajo humano.

5 G. GAUTHIER, *El Derecho Laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano*, en *Revista Derecho del Trabajo*, n. 9, diciembre 2015, ed. La Ley, Montevideo, p. 8.

6 Discurso de apertura en el Simposio ITxpo Orlando, 2015.

Como sostiene Alvarez de la Rosa, «reflexionar sobre el futuro del trabajo es ayudar a construirlo, el momento actual, lleno de incertidumbres, exige tomar decisiones que encaminen hacia un trabajo que forme parte de una vida digna y evite situaciones incontrolables (o controladas por uno pocos) que aniquilarían nada menos que a una parte considerable de seres humanos que, de no remediarlo, serán “los excluidos”»⁷.

2. Organización del trabajo a través de plataformas digitales

Sobre finales del siglo XX y en los inicios del siglo XXI, asistimos a una metamorfosis del trabajo marcada por la disgregación y la atomización de un modelo aparentemente monolítico, en el pasaje desde la producción en masa estandarizada hasta el llamado posfordismo, es decir, hasta una dimensión productiva y social molecular, reticular, horizontal, que parece derribar radicalmente el paradigma anterior⁸.

Tan profundo es el cambio, que según la OIT «el modelo de empleo estándar es cada vez menos representativo de mundo del trabajo actual, ya que menos de uno de cada cuatro trabajadores está empleado hoy en condiciones que corresponden a ese modelo»⁹.

En el contrato social clásico el trabajador resigna porciones importantes de su libertad personal para poner a disposición de un empleador un determinado número de horas al día, normalmente 8, a cambio de determinadas protecciones y de una remuneración por ese tiempo de trabajo, tiempo que incluye una serie de situaciones como descansos, vacaciones, reuniones de personal, capacitaciones, distintos tipos de pausas (alimentación, pausas para ir al baño o para tomar agua, etc.), donde el trabajador no está cumpliendo efectivamente con una tarea.

El denominador común que suele aparecer en los nuevos negocios es el uso innovador de internet y de plataformas virtuales basadas en aplicaciones para conectar a compradores y vendedores de bienes, de trabajo y de servicios, que está desatando una profunda crisis existencial en cómo se define el trabajo¹⁰,

7 M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Prólogo*, in J. MERCADER UGINA, *El Futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, ob. cit., p. 15.

8 J.L. MONEREO PEREZ, *Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la “era de la flexibilidad”*, en *Revista Derecho del Trabajo*, n. 10, La Ley, Montevideo, enero/marzo 2016, p. 41.

9 OIT, *Resumen ejecutivo*, 2015, p. 3.

10 S. HILL, *Raw Deal*, en <https://truthout.org/articles/runaway-capitalism-is-crushing-american-workers/>.

al punto de sostenerse que se encuentra en marcha un cambio del contrato social¹¹.

3. ¿Cómo abordar la protección de los derechos fundamentales?

La protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas en estos “nuevos” trabajos, enfrenta una serie de dificultades para el Derecho del trabajo.

Una primera dificultad estriba en la forma en que se organizan y prestan los servicios, la cual no encaja en un entorno regulatorio que reconoce, en principio, solo dos tipos de trabajadores: los empleados en una relación laboral tradicional y los contratistas independientes o trabajadores autónomos. Algunas características de la nueva forma de trabajar, dificultan su inclusión lisa y llana dentro de una relación de empleo tradicional; solo por mencionar algunos ejemplos: es el trabajador o el prestador el que decide cuándo y cuánto tiempo trabaja; no existen controles directos en la forma en que se cumple el trabajo, sin perjuicio del potencial control existente a través de la plataforma; es el trabajador que aporta las herramientas fundamentales para el trabajo (un ordenador o teléfono inteligente, la conexión a internet, el vehículo y los gastos asociados, etc.), en algunos casos el trabajador puede sustituirse por otra persona¹².

Una segunda dificultad aparece al momento de analizar los indicios que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han utilizado para determinar la existencia de una relación de empleo, pues si bien es posible detectar algunos indicios de subordinación, también existen otros que tradicionalmente se han utilizado para caracterizar a las relaciones independientes¹³.

Una tercera dificultad estriba, como acertadamente señala Rodríguez-Piñero Royo, en la existencia de una demanda de regulación no satisfecha, porque el legislador laboral está demostrando su incapacidad de reacción, dejando toda la responsabilidad por el momento a los jueces y a la administración del trabajo que suele aplicar las normas sectoriales o laborales tradicionales¹⁴.

11 K. STEINMETZ, *Qué tan grande es la “Gig” economía*, Time, 6 enero 2016, <http://time.com/4169532/sharing-economy-ppl/>.

12 La dificultad de aplicar los indicios tradicionales de dependencia respecto de los choferes de Uber por parte de la jurisprudencia del Distrito Norte de California, puede verse en la sentencia del caso “O’Connor vs. Uber Technologies Inc.”, comentada por el autor en *Economía compartida, “crowdworking” y Derecho del Trabajo*, en G. GAUTHIER (Coord.), *Disrupción, economía compartida y Derecho*, FCU, Montevideo 2016, p. 120 ss.

13 Sobre estas cuestiones ver: E. MALLET, *La subordinación como elemento del contrato de trabajo*, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año IV, n. 12, Montevideo, julio-setiembre 2016, p. 7 ss.

14 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Trabajo en plataformas digitales y regulación: ¿una respuesta colectiva?*, en M. HERNÁNDEZ BEJARANO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (Coord.), *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa*, Valencia,

Esto último, ha llevado a que, por el momento, las “soluciones” o las respuestas que se han ensayado a lo largo y ancho del mundo, muchas veces contradictorias incluso, provengan de pronunciamientos de la jurisprudencia en variadas instancias y de decisiones de las inspecciones o administraciones del trabajo.

En forma concomitante, la doctrina ha venido acompañando este proceso y se han producido interesantes debates entorno al problema de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre las plataformas digitales y los prestadores de servicios y donde comienzan a distinguirse algunas tendencias en cuanto a la calificación jurídica y también acerca de cuál sería la mejor forma de proteger el trabajo humano involucrado.

En un primer grupo pueden ubicarse aquellas posiciones doctrinarias que sostienen la validez y vigencia de las categorías de la subordinación y del trabajo por cuenta ajena para calificar como laboral el vínculo existente entre las plataformas y los prestadores, donde solo sería necesario revisar los criterios de interpretación del concepto de subordinación en el caso de los trabajadores vinculados a empresas de aplicaciones tecnológicas para aplicarles la totalidad de las normas del derecho del trabajo y de la seguridad social como trabajadores subordinados.

Aloisi y de Stefano proponen la conveniencia de volver a calibrar el enfoque de la discusión sobre el futuro del trabajo, tratando de descifrar las consecuencias de la automatización, la digitalización y de la plataformización desde un punto de vista cualitativo, para lo cual es necesario abandonar cualquier visión ideológica de la promesa tecnológica, ya sea ésta apologetica o apocalíptica, para realizar un esfuerzo analítico para evaluar los elementos de continuidad y discontinuidad, antes de emprender acciones judiciales o regulatorias, concluyendo que «las diferentes categorías del derecho laboral pueden ser interpretadas en forma elástica y ofrecen herramientas flexibles para organizar los servicios modernos, pero esta función de apoyo a la innovación a menudo se deja de lado en aras de un enfoque ingenuo, si no tecno – determinista, que a menudo acaba por avalar prácticas de dumping social y arbitraje legal»¹⁵.

Tirant lo Blanch, 2020, p. 171 y 172. Como excepciones pueden citarse la presunción de laboralidad establecida en España exclusivamente para los denominados “riders”, la regulación italiana del “lavoro agile” y la chilena donde se regulan el trabajo a través de plataformas tanto en sus formas autónomas como dependientes.

15 A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Maquinas, algoritmos, plataformas digitales: facultades ampliadas y libertades virtuales. Notas sobre el futuro (del Derecho) del Trabajo*, en M. HERNÁNDEZ BEJARANO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (Coord.), *ob. cit.*, p. 25-26. En la misma línea puede verse H. FERNÁNDEZ BRIGNONI, *Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno “Uber”. La llamada “Economía disruptiva”*, en *Derecho Laboral*, Tomo LIX, n. 261, Montevideo, enero-marzo 2016, p. 46-47, L. DE LEON, N. PIZZO, *Trabajo a través de plataformas digitales*, FCU, Montevideo 2019, p. 45 ss.; Y M. BIRGILLITO, (“Au-dela de”) *La calificación jurídica de los conductores de Uber. ¿Nuevos paradigmas sociales u operaciones de ingeniería jurídica?*, en A. TODOLÍ

Palomo Vélez, Contreras Vásquez, Jofré Bustos y Sierra Herrero, no vislumbran una categoría jurídica dotada de mejores atributos que la subordinación para delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo al trabajo a través de plataformas; lo que debe redefinirse, afirman, «son sus técnicas, sus características específicas, con vocación de adaptabilidad a las nuevas realidades del trabajo, y con suficiente amplitud y determinación para alcanzar los supuestos de simulación y fuga. En el caso del trabajo vía plataformas (especialmente en aquellas de servicios *on demand*), es sencillo encontrar diversos patrones comunes que apuntan hacia la laboralidad, a través de una reinterpretación de la noción funcional de subordinación: los incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de servicios, el control a través de GPS, la existencia de algoritmos y otras herramientas digitales de control de desempeño, entre otros que se han explicado en este estudio»¹⁶.

No obstante, estos autores proponen la necesidad de definir fórmulas jurídicas de protección del trabajo vía plataformas digitales, a través de una intervención estatal – legal, jurisprudencial o mixta – que otorgue certeza jurídica a estas nuevas formas de trabajo y les asegure debida protección, haciendo las distinciones que procedan. En este sentido, afirman, la estrategia «debe presuponer que la expansión del trabajo prestado a través de plataformas podrá ser detenida con fórmulas laborales clásicas (como la uniformidad o la inderogabilidad). Por ilusoria, dicha respuesta devengaría en ineficaz. Y tal (re)definición exige considerar las peculiaridades de los sistemas jurídicos en que irrumpen las nuevas formas de trabajo, de modo de distinguir los problemas de cumplimiento y aplicación de la normativa laboral y de protección social, de las genuinas nuevas exigencias regulación y protección»¹⁷.

Entre los que consideran que podría llegar a configurarse una relación de trabajo entre las plataformas y los prestados, pero desde una perspectiva diferente, Rosenbaum Carli ha propuesto «un desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo», en virtud de que dicho «análisis desenfoca el elemento que constituye el punto de referencia para la resolución y determinación definitiva del vínculo jurídico que une al prestador del servicio subyacente y las plataformas digitales. Ciertamente, si se desentrañara en los hechos la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario de ese prestador que es atribuida formalmente por las plataformas digitales, sería posible superar las barreras inherentes a dicho proceso clásico de calificación», y ello por cuanto «la comprobación de la

SIGNES, M. HERNÁNDEZ-BEJARANO (dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 261 ss.

16 R. PALOMO VELEZ, P. CONTRERAS VAZQUEZ, M.S. JOFRE BUSTOS, Y A. SIERRA HERRERO, *El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 35, p. 91.

17 *Idem*.

autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios y la revalorización del elemento de la ajenidad se erigen como el criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo»¹⁸.

Los autores que entienden posible la configuración de una relación de trabajo entre las plataformas y los prestadores suelen plantear nuevas lecturas de los requisitos o características del contrato de trabajo o de empleo o, también, una forma diferente de valoración de los indicios a efectos de determinar cuál es su función dentro del vínculo y el papel que cumplen para la satisfacción de los intereses respectivos de las partes y en especial del empresario, como propone Sanguinetti Raymond¹⁹.

Así, en algunos casos el concepto de ajenidad en los frutos del trabajo ha dado paso o ha evolucionado hacia el concepto “ajenidad en la marca” que implica que los prestadores – choferes o lo *riders* – en todos los casos, obtienen la posibilidad de prestar los servicios solo por estar vinculados o identificados con por la plataforma donde sus servicios son ofrecidos; en otros términos, los consumidores no contratan a tal o cual persona con nombre y apellido sino a un chofer o a un repartidor de una determinada plataforma y por el prestigio o la calidad del servicio que ésta le asegura. También se ha hecho referencia a la ajenidad en el mercado, en mérito a que los prestadores no manejan las variables fundamentales del negocio para poder incrementar sus ingresos, salvo el trabajar más horas²⁰.

En relación con el poder de dirección, que comprende tanto la potestad de dictar órdenes o instrucciones como de controlar la forma en que se desarrolla la prestación, Ginès y Fabrellas, ha señalado que las plataformas digitales utilizan formas de dirección y control algorítmico que se identifican con la existencia de subordinación, ya que si bien es cierto que los trabajadores tienen libertad para determinar su tiempo de trabajo e incluso para aceptar o rechazar encargos, lo cierto es que mediante el uso de sofisticados algoritmos, las plataformas toman decisiones que premian y perjudican a los trabajadores en función de su actuación en la plataforma; es más «resultaría erróneo pensar que estas nuevas formas de dirección y control son más sutiles o menos efectivas que las tradicionales. ¡Al contrario! Los trabajadores en plataformas están más controlados que los trabajadores en empresas tradicionales, al estar toda su actividad monitorizada mediante sistemas de geolocalización y dispositivos digitales»²¹.

18 F. ROSENBAUM CARLI, *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Aranzadi, Pamplona 2021, p. 262-263.

19 W. SANGUINETI RAYMOND, *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía*, en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *Nuevas tecnologías, derechos humanos y negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia 2023, p. 223 ss.

20 Jurisprudencia del Reino Unido: “Mr. Y. Aslam, Mr. J.Farrar and Others v/Uber”.

21 A. GINÈS Y FABRELLAS, *La (des) protección social de los trabajadores en plataformas digitales*, en M. HERNÁNDEZ BEJARANO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (Coord.), *ob. cit.*, p. 225-226.

En un segundo grupo pueden mencionarse aquellas posiciones doctrinarias que sostienen la inexistencia de un vínculo de tipo laboral, en tanto no se verifican los extremos que caracterizan a esta figura.

Mercader Ugina, afirma que entre las plataformas y los prestadores existen una serie de particularidades que impiden la consideración de una vinculación de tipo laboral y ello en base a que no se verifica el carácter personalísimo de la relación laboral desde que es posible, por contrato, que los prestadores subcontraten el desarrollo de los servicios encomendados; existe plena voluntariedad en el tiempo y lugar de la prestación de servicios, la decisión de prestar el servicio depende en exclusiva del prestador; la transparencia de las operaciones y la delegación del pago y la trazabilidad digital del encargo que comprende la reputación del profesional y la valoración de cliente²².

Godínez, por su parte, sostiene que las principales características del trabajo a través de plataformas no se ajustan a la definición tradicional de trabajo subordinado, «Bastaría con recordar, al menos, la más importante y reivindicada como diferencia comparativa con la relación de trabajo subordinado, a saber, que el prestador de servicios puede conectarse cuando lo desee y por tanto negarse a prestar sus labores en los días y horas requeridos por la empresa, que puede desconectarse cuando lo desee, aunque la empresa requiera de sus servicios continúen y que puede rechazar las asignaciones que le realice la plataforma, sin tener que justificarlo.

En efecto, esta “libertad de conexión, desconexión y rechazo”, resulta contraria al deber que todo trabajador subordinado se compromete a realizar en un contrato de trabajo, aunque se trate de una relación que debe ejecutarse por horas o de manera discontinua.

De igual forma, aunque la delegación de la dirección puede hacerse en un tercero, que es normalmente la empresa usuaria en las relaciones de tercerización, el hecho de que en el trabajo por medio de plataforma, esas instrucciones también se realicen por medio del usuario, que le puede sancionar con sus evaluaciones, tampoco termina de tener un encuadramiento típico; porque el diseño de los algoritmos de la plataforma si bien permiten cierto seguimiento del prestador del servicio, sin la participación del cliente no se concretiza la efectiva fiscalización y supervisión que garantiza la calidad del servicio. Por

22 J. MERCADER UGUINA, *La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. HERNÁNDEZ-BEJARANO (dir.), *ob. cit.*, p. 158-163. En el mismo sentido, M. RODRIGUEZ-PEINERO ROYO, *Trabajo en plataformas digitales y regulación: ¿una respuesta colectiva?*, en M. HERNÁNDEZ BEJARANO, M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (Coord.), *ob. cit.*, p. 147 ss., L. A. TRIGUERO MARTINEZ, *Gig economy y prestación de servicios profesionales: puntos críticos*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. HERNÁNDEZ-BEJARANO (dir.), *ob. cit.*, p. 211 y A. GONCALVES ZIPPERER, *A intermediação de trabalho via plataformas digitais*, Ltr, Sao Paulo 2019, p. 160 ss.

consiguiente, no reúne las condiciones de un trabajador subordinado, de acuerdo con la descripción legal estrictamente típica»²³.

En un tercer grupo, pueden incluirse aquellas posiciones doctrinarias que señalan que el enfoque tradicional resulta insuficiente para resolver o abordar las nuevas realidades que distan bastante de las que originaron el surgimiento de la disciplina del Derecho del trabajo.

Entre los autores que consideran insuficiente el enfoque tradicional para resolver nuevas realidades, puede mencionarse a Monereo Pérez, para quien sería aconsejable «que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Ciertamente, los nuevos modos de trabajar profesionalmente en la sociedad contemporánea están situando en un lugar próximo a trabajadores no asalariados a ciertos trabajadores autónomos. Ello plantea la dificultad de pensar en términos de reglas estándar el trabajo profesional y el reto de la diferenciación dentro y fuera del trabajo subordinado o dependiente. Es posible que sea necesario en tal sentido extender ciertos ámbitos de protección a los trabajadores autónomos o semi-autónomo, jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes de su contratante, lo que a menudo se traduce también en la estricta dimensión jurídica al contratar como contratantes más débiles en un contrato de adhesión. Esto significa la valoración de una opción de política del Derecho que diversifique en el “círculo interno” los estatutos del trabajador dependiente (algo que ya ocurre) y “externamente”, en el “círculo externo”, establezca otros “estatutos profesionales” para la tutela diversificada de trabajadores no asalariados... Es la edad de la diversidad y disgregación de esquemas de regulación jurídica del trabajo objeto de nuestra disciplina»²⁴.

Por su parte, Todolí Signes, aboga por «la creación de una relación laboral especial» a efectos de «extender el ordenamiento laboral a todo tipo de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en que se preste», de esta manera sostiene este autor «sería relativamente sencillo incluir a los trabajadores de la “Uber economy” en el contrato de trabajo, pero modificando aquellos preceptos que son incompatibles con este nuevo modelo de relaciones laborales y adaptándolos a las especialidades de la nueva industria.... A partir de ahí, vistas las características del modelo de negocio, habría que proteger aquellos derechos básicos que no impidieran el desarrollo normal de la industria, garantizando especialmente procedimientos de representación de los trabajadores con el objetivo de permitir, en definitiva, la autorregulación vía negociación colectiva»²⁵.

23 A. GODINEZ, *La regulación del trabajo en las empresas de plataformas virtuales en Costa Rica*, Naciones Unidas – CEPAL, Santiago 2020, p. 102.

24 J.L. MONEREO PEREZ, *ob. cit.*, p. 47-48.

25 A. TODOLÍ SIGNES, *El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, en *Iuslabor*, 2015, p. 21.

No obstante, tampoco existe unanimidad en la doctrina acerca de la pertinencia o conveniencia de recurrir a una intervención estatal a nivel de fuentes heterónomas para regular el trabajo mediante plataformas. Aloisi y de Stefano, sostienen que «es necesario realizar un esfuerzo analítico para evaluar secularmente los elementos de continuidad y discontinuidad, antes de emprender acciones judiciales o regulatorias»²⁶; Rosenbaum Carli, por su parte, afirma que las propuestas de modificación normativa desenfocan el punto jurídicamente relevante de necesaria respuesta como es la calificación del vínculo jurídico en tanto «ha de entenderse que el tema objeto de análisis se inscribe en una necesaria determinación de categorías jurídicas, en tanto que en definitiva, el epicentro lo constituye la interrogante surgida alrededor de si estas formas de prestación de actividad laboral se configuran en el ámbito de una relación de trabajo dependiente o si por el contrario quedan fuera de ella. Por ende, cabría considerar que no es posible, ni tampoco debería ser admisible, buscar una solución normativa nueva sin antes verificar en qué categoría jurídica se inscribe la situación concreta analizada. En función de ello, el ser y el deber ser imponen la resolución de la cuestión desde el análisis previo y necesario de los hechos en función del derecho vigente; y sólo en virtud de dicho contraste, y siempre y cuando el derecho fuere insuficiente, correspondería decantarse por aportar soluciones propositivas aconsejables»²⁷.

Si bien la calificación jurídica del vínculo, como piedra angular, para determinar el tipo de normas aplicables no es un extremo sencillo de resolver por medio de una regulación heterónoma porque en gran medida se trata de una situación muy vinculada a los extremos fácticos en los que se desenvuelve una prestación determinada, no es menos cierto que la situación de desprotección en la que se encuentran actualmente los prestadores no puede continuar a la espera de una decantación de criterios doctrinarios y jurisprudenciales que por el momento parecen lejos de contar con unanimidades.

De ahí la importancia que posee «normativizar buena parte de los aspectos de la transformación digital en el ámbito laboral, sin escudarse únicamente en las decisiones jurisdiccionales, cuyo papel se ha evidenciado importante, desde luego, pero insuficiente, incluso ya agotado», como sostiene Estefanía González Cobaleda²⁸.

En el mismo sentido, se ha pronunciado Godínez, quien sostiene que «Entre regular o esperar la decisión judicial, la mejor opción sigue siendo la primera. La resolución judicial tiene grandes limitaciones, pues solo se referirá a una modalidad concreta de trabajo en plataformas y si su decisión es que se trata de un trabajo autónomo, no resolverá la necesidad de establecer un mínimo *minimorum*

26 A. ALOISI, V. DE STEFANO, *ob. cit.*, p. 32.

27 F. ROSENBAUM CARLI, *ob. cit.*, p. 152.

28 E. GONZALEZ COBALEDA, *La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg*, en *Revista Trabajo y Seguridad social*, CEF, n. 459, junio 2021, Madrid 2021, p. 52.

o un piso mínimo ampliado de beneficios sociales, ni siquiera para ese colectivo específico. Incluso, aunque reconozca la existencia de un trabajo subordinado, ello no soluciona las condiciones de precariedad con la que un contingente aun mayor, presta sus servicios en la economía de plataformas»²⁹.

Finalmente, corresponde mencionar la iniciativa en curso a nivel de la OIT, a partir del Informe sobre el Futuro del Trabajo y de una reunión de Expertos en materia de regulación del trabajo en la economía de plataformas, donde el Consejo de Administración en su 346.^a reunión (octubre-noviembre de 2022), decidió inscribir en el orden del día de la 113.^a reunión de la Conferencia (2025) un punto sobre el trabajo decente en el sector y pidió a la Oficina que le presentara, en su 347.^a reunión (marzo de 2023), un análisis de las lagunas normativas que sirviera de base para tomar una decisión sobre la naturaleza del punto que se ha de inscribir en el orden del día de la reunión de la Conferencia de 2025 y, si procede, de 2026³⁰.

El documento del Consejo concluye que existen dos tipos de lagunas: las relativas al ámbito de aplicación personal de las normas internacionales del trabajo y las denominadas lagunas temáticas, relativas a cuestiones pertinentes para la economía de plataformas a las que no parece darse respuesta en las normas existentes de la OIT. (por ejemplo, en materia de gestión algorítmica del trabajo)

La Oficina de la OIT, seleccionó una serie de normas de la OIT relativas a una amplia gama de temas que parecían particularmente pertinentes y aplicables en el ámbito de la economía de plataformas.

El documento del Consejo de Administración contiene un análisis de las lagunas normativas relativas al trabajo decente en la economía de plataformas y considera que resultarían de aplicación al mismo los siguientes instrumentos internacionales³¹:

4. El diálogo social y la regulación del trabajo a través de plataformas digitales

La experiencia de la OIT muestra que las reformas a la legislación laboral que han sido elaboradas mediante un proceso efectivo de consulta tripartita resultan ser más sostenibles, ya que toman en consideración el complejo conjunto de intereses en juego en el mercado de trabajo.

Concretamente y en referencia a la producción normativa, la Recomendación 158 de la OIT, establece que «Los organismos competentes dentro del sistema de administración del trabajo, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y en la forma y según las condiciones que fijen la

29 A. GODINEZ, *ob. cit.*, p. 129.

30 GB.346/INS/PV, párr. 92, b).

31 https://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB347/pol/WCMS_869166/lang-es/index.htm.

legislación o la práctica nacionales, deberían participar activamente en la preparación, desarrollo, adopción, aplicación y revisión de las normas del trabajo, inclusive las leyes y los reglamentos pertinentes».

También la Recomendación previene que se deberían poner los servicios de la OIT a disposición de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las condiciones que permitan la legislación y la práctica nacionales, a fin de promover la regulación de las condiciones de empleo y de trabajo mediante la negociación colectiva. Asimismo, y en materia de relaciones de trabajo, los organismos competentes dentro del sistema de administración del trabajo deberían participar en la determinación y aplicación de las medidas que sean necesarias para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación de los empleadores y de los trabajadores.

Un primer desafío que se presenta para el diálogo social entre las partes sociales y los gobiernos en la antesala de la creación de una regulación que aborde el trabajo a través de plataformas digitales, está dado por la resistencia de las empresas titulares de las plataformas a reconocer a los propios gobiernos y a los colectivos de prestadores o trabajadores como interlocutores para discutir una regulación del trabajo de los prestadores de servicios, porque en el fondo prefieren que no existan regulaciones que limiten su accionar, incrementen sus costos o pongan en riesgo el negocio.

No obstante, y a efectos de lograr el involucramiento de estas empresas, la Recomendación podría servir de apoyo, a partir de que resulta bastante claro que cuando la misma refiere a la participación en la preparación, desarrollo, adopción y aplicación de las normas “del trabajo” su ámbito de aplicación no debe entenderse como acotado al trabajo dependiente, sino que es susceptible de aplicarse respecto a cualquier tipo de trabajo, aún el trabajo independiente o autónomo.

Un segundo desafío que puede señalarse y que no es posible soslayar, está dado por el poder que detentan y ejercen las empresas de plataformas más importantes y que posee varias aristas o vertientes:

i.- El poder económico: que permite ingresar a los distintos mercados y mantener durante un tiempo, tarifas agresivas o ultra competitivas respecto de servicios similares para imponer la marca, desplazando eventuales competidores tradicionales; hacer frente a distintos tipos de sanciones, multas y/o condenas por no cumplir con la normativa local para continuar operando de todos modos y a pesar de ello; desplegar una estrategia de defensa contra la caracterización del vínculo con los prestadores como laboral, a nivel de judicial, dilatando o evitando lo más posible que ello llegue a ser reconocido por los máximos tribunales en cada una de las jurisdicciones; y también financiar campañas para dejar sin efecto o derogar aquellas regulaciones que atenten contra el negocio

En este sentido, en noviembre de 2020, las empresas Uber, Lyft, DoorDash e Instacart, lograron que se aprobara mediante un referéndum en el Estado de

California la Proposición 22, consistente en una propuesta de ley por la cual las empresas van a poder seguir considerando a sus conductores como profesionales autónomos. Tanto la iniciativa como la campaña implicó el desembolso de más de 200 millones de dólares por parte de las referidas empresas (la iniciativa más cara en la historia de los EEUU, según el New York Times) y que supone un revés para el Estado de California en su intento de regular la industria tecnológica y ofrecer una mayor protección laboral a los llamados *gig workers* o trabajadores a demanda. La Proposición 22 surgió como contrapropuesta a la ley aprobada en California y que entró en vigor el 1 de enero de 2020, en virtud de la cual aquellos profesionales que realizaban tareas propias de la actividad principal de la empresa y eran controlados por ésta –sin operar desde su propia empresa– debían ser considerados como trabajadores y no como profesionales autónomos, lo que comportaba que los conductores de Uber y Lyft pasaran a considerarse trabajadores asalariados.

ii.- El poder de adaptación del negocio: que permite sortear o eludir las regulaciones de países y ciudades para que la actividad no encaje en la normativa existente y que regulan, básicamente, los servicios subyacentes; hacer lo propio respecto a los argumentos o indicios en los que se basan los fallos jurisprudenciales que han reconocido la naturaleza laboral del vínculo entre los prestadores y las plataformas, también en este caso, para que las características del negocio no encaje en el ámbito de la relación de empleo; y todo ello a una velocidad muy superior a los tiempos que suelen demandar los procesos de elaboración de las normas y/o los procesos judiciales, de manera que cuando se establecen determinadas regulaciones o fallos en función de determinados requisitos o fundamentos, las plataformas rápidamente pueden adaptar el negocio para modificar una característica particular del negocio, eludiendo directamente las mismas. Por ejemplo, en el *leading case* O'Connor vs. Uber, la demanda de los choferes de Uber del Estado de California se originó porque en sus inicios Uber prohibía a los conductores percibir propinas de parte de los clientes, extremo que luego modificó y actualmente los clientes pueden optar por dejar o no propina a través de la propia aplicación. Otro ejemplo que puede mencionarse ocurrió en el año 2017 cuando Tribunal Laboral de Apelaciones de Londres, falló que la empresa debía respetar los derechos de los choferes como empleados en el caso planteado por James Farrar y Yaseen Aslam, quienes reclamaban, entre otras reivindicaciones, vacaciones pagadas, descansos remunerados y la concesión de un salario mínimo. En ese momento, el director general de Uber en el Reino Unido, Tom Elvidge, negó que los choferes tuvieran la obligación de aceptar el 80% de las carreras que se les enviaban y que «Durante el pasado año, hemos efectuado varios cambios en nuestra aplicación para dar a los conductores más control. También hemos invertido para dar cobertura por enfermedad y accidentes y seguiremos introduciendo modificaciones para mejorar».

iii.- El poder que supone constituirse en una fuente regular de ingresos para miles de personas y que suele hacerse valer fundamentalmente ante los gobiernos y administraciones locales, muchas veces como la posibilidad o amenaza de retirarse del país, de las regiones o de las ciudades donde las regulaciones supongan trabas de tal magnitud que tornen menos lucrativo o directamente inviable el negocio y con ellos miles de prestadores se queden sin un ingreso. En España y como consecuencia de la aprobación de la denominada “ley rider” una de las principales plataformas de reparto de mercaderías que nucleaba a alrededor de 3.700 repartidores como Deliveroo, concretó su amenaza de retirarse del país y así lo hizo en el año 2021. Algo similar ocurrió en California tras la entrada en vigor de la ley de 1 de enero de 2020, en virtud de la cual aquellos profesionales que realizaban tareas propias de la actividad principal de la empresa y eran controlados por ésta –sin operar desde su propia empresa– debían ser considerados como trabajadores y no como profesionales autónomos, cuando las empresas Uber y Lyft, advirtieron públicamente con dejar de operar en California si la justicia las obligaba a contratar a los conductores como empleados.

Si bien siempre es deseable y además constituye un objetivo explícito de la Recomendación 158 que las normas que disciplinan y protegen el trabajo cuenten con la mayor participación y consenso de las partes sociales a través de los procesos de consulta y participación en los procesos de elaboración de las normas, en el caso de la regulación del trabajo a través de plataformas digitales y por los motivos que se vienen de reseñar, el objetivo pasa a ser casi una condición “*sine qua non*” o necesaria si se pretende que la misma tenga chances de ser aplicada en la práctica y no eludida por las empresas.

5. Conclusiones

La irrupción de nuevas formas de prestación del trabajo humano a través de plataformas digitales que comenzó en las postrimerías de la primera década del presente siglo, no parece ser un fenómeno ni pasajero ni poco significativo desde el punto de vista cuantitativo y todo indica que seguirá en expansión con nuevos negocios o formas de prestación de servicios que ni siquiera hoy podemos imaginar.

La dimensión del fenómeno no se acota a las actividades de las plataformas más visibles, como las de reparto de mercaderías o transporte privado de personas, sino que comprende también a toda una gigantesca multitud de personas que prestan diariamente, y a nivel global, micro tareas en línea para corporaciones de internet o para empresas que requieren servicios que pueden ser prestados enteramente en línea.

A pesar del tiempo transcurrido, no existe aún un consenso acerca del tipo de vínculo existente entre las empresas de plataformas digitales y los prestadores de servicios que trabajan por su intermedio y ello se puede relevar en

fallos jurisprudenciales contradictorios, en la ausencia de opiniones doctrinarias pacíficas y en incipientes regulaciones que no terminan de resolver el problema de fondo. Es más, tampoco existe unanimidad de opiniones acerca de si resulta apropiado o conveniente que exista una regulación particular o especial de estas nuevas modalidades de trabajo.

Si bien la calificación jurídica del vínculo, no es un extremo sencillo de resolver por medio de una regulación, porque en gran medida se trata de una situación estrechamente vinculada a los extremos fácticos en los que se desenvuelve una prestación determinada, no es menos cierto que la situación de desprotección en la que se encuentran actualmente los prestadores no puede continuar a la espera de una decantación de criterios doctrinarios y jurisprudenciales que por el momento distan mucho de ser pacíficos.

En este sentido, una importante corriente doctrinaria y la propia acción normativa emprendida por la OIT, apuntan a la protección del trabajo humano involucrado más allá de la consideración del tipo de vínculo existente entre las plataformas y los prestadores de los distintos servicios, en línea con las conclusiones de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo y la necesidad de la existencia de una garantía laboral universal.

A estos efectos, el análisis de las posibles lagunas normativas en las normas internacionales aprobada por la OIT y las lagunas temáticas provocadas por las nuevas tecnologías, tienen como objetivo la adopción de algún tipo de norma internacional en el futuro próximo que sea capaz de alcanzar el objetivo del trabajo decente para los trabajadores que prestan servicios para plataformas digitales.

Una vez más, el papel del diálogo social y la búsqueda de consensos será fundamental, sea en el ámbito internacional tripartito de la Organización Internacional del Trabajo, como en los ámbitos nacionales donde se pretendan establecer regulaciones para la prestación de servicios a través de plataformas digitales, si se pretende que las mismas sean eficaces y sostenibles en el tiempo y no se conviertan, rápidamente, en letra muerta.

I sistemi automatizzati nella disciplina della direttiva europea sulle piattaforme digitali

Alberto Levi

SOMMARIO: 1. Una premessa: il ruolo dell'azione legislativa euro-unitaria in materia di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati. – 2. Una riflessione giuridica sulla tecnica di tutela del lavoratore fatta propria dalla cosiddetta Direttiva Piattaforme. – 3. Il canone della trasparenza e la garanzia del monitoraggio e del riesame umani. – 4. Diritto del lavoro, etica e sostenibilità sociale del cambiamento tecnologico.

1. Una premessa: il ruolo dell'azione legislativa euro-unitaria in materia di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati

Alla legislazione euro-unitaria è unanimemente riconosciuto il merito di una sorta di primogenitura regolativa dei nuovi diritti della persona che lavora, connessi alle ricadute dell'innovazione digitale. Tra questi, i diritti riconosciuti al lavoratore in relazione all'utilizzazione dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati nella gestione delle risorse umane¹.

Si tratta, infatti, di una esigenza di tutela che l'Europa ha intercettato fin da subito e che ha sviluppato in una pluralità di fonti regolative che si intersecano tra loro, a partire dal regolamento UE 2016/679 (ossia il GDPR, che tutela il trattamento dei dati della persona fisica di fronte ai processi decisionali automatizzati) e dalla Direttiva UE 2019/1152 (su condizioni di lavoro trasparenti), fino ad arrivare alla recentissima Direttiva UE 2024/2831 sulla tutela del lavoro prestato mediante piattaforme digitali e al regolamento UE 2024/1689, vale a dire la cosiddetta legge sull'Intelligenza Artificiale², a proposito della quale, non

1 In argomento, si vedano: M. MAGNANI, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Bollettino ADAPT* 9 maggio 2022, n. 18, p. 1; E. MENEGATTI, *Prefazione*, in F. LUNARDON, E. MENEGATTI (a cura di), *I nuovi confini del lavoro: la trasformazione digitale*, *Italian Labour Law e-Studies*, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2024, p. 2.

2 Si tratta dell'*Artificial Intelligence Act*, a proposito del quale si vedano: S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, pp. 573 e ss.; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023.

a caso, quando è stato raggiunto l'accordo di Consiglio e Parlamento europeo è stato sottolineato a tutti i livelli che si trattava del primo quadro normativo in materia, nel mondo.

Dunque, con riguardo al piano delle fonti, la materia a livello europeo è caratterizzata da una regolazione intersecata e multilivello, nell'ambito della quale la Direttiva sulle piattaforme, come ha osservato la dottrina, rappresenta una disciplina speciale, benché oggi se ne auspichi un'adeguata estensione applicativa a tutti i lavoratori (anche non di piattaforma digitale) che interagiscano con un sistema decisionale (o di controllo) automatizzato³. È questa, del resto, una dinamica che si verifica frequentemente per i nuovi diritti digitali della persona che lavora, come ad esempio è avvenuto per il diritto alla disconnessione, di cui, appunto, in prima battuta se ne è avvertita la necessità nell'ambito di un contesto specifico (nel caso italiano, la disciplina legale del lavoro agile), per poi rilevare quasi immediatamente l'opportunità di una sua estensione anche a tutti i casi ulteriori in cui ne ricorrono i presupposti applicativi.

Il tema delle tutele relative ai sistemi automatizzati si lega a doppio filo con il principio generale della trasparenza nella gestione dei rapporti di lavoro, nel senso che il legislatore europeo mira ad un uso più trasparente degli algoritmi, pur riconoscendo esplicitamente che si tratta di una trasparenza limitata, nel senso che le piattaforme non possono essere obbligate a rendere pubblico il funzionamento dettagliato degli algoritmi decisionali⁴.

È questo un primo punto cruciale, in relazione al quale vengono a contrapporsi fin da subito le ragioni dell'impresa, da un lato e la necessità di tutelare la persona che lavora, dall'altro lato⁵. L'algoritmo, del resto, non è fatto soltanto di un freddo meccanismo di calcolo, ma presuppone scelte di fondo che – nell'impresa tradizionale – rappresentano il *know how* della gestione delle risorse umane. Di qui, ad esempio, il dibattito formatosi in ordine al legittimo accesso alle logiche generali di funzionamento dell'algoritmo e non al cosiddetto “codice

3 Così C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 2, pp. 14-15. Nello stesso senso, si vedano: M. CORTI, *Intelligenza artificiale e partecipazione dei lavoratori. Per un nuovo umanesimo del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, p. 632; A. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 25, p. 191, il quale osserva che «le vicende del lavoro su piattaforma hanno avuto il merito di farci “scoprire” l'algoritmo», ma occorre prendere atto di come l'*Algorithmic Decision Making* «assuma un rilievo trasversale che investe, al di là delle piattaforme, tutti i contesti lavorativi».

4 In argomento, si veda P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro agile*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, p. 53.

5 Così A. BELLAVISTA, *La questione del potere “trasparente” nei rapporti di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2023, pp. 587-588. In argomento, si veda G. SIGILLÒ MASSARA, *Lavoro autonomo, parasubordinato e su piattaforma alla prova della privacy*, in R. PESSI, R. FABOZZI, P. MATERA, G. SIGILLÒ MASSARA, a cura di, *Diritto, lavoro e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 142-143.

sorgente»⁶, a tutela, appunto, della proprietà intellettuale di cui è espressione il *software* del sistema di intelligenza artificiale⁷.

Il bilanciamento di tali contrapposte esigenze realizzato nell'ambito della Direttiva si concretizza principalmente nella previsione di specifici obblighi di informazione a favore dei lavoratori, oltre che dei sindacati⁸.

Tali obblighi di informazione nei confronti dei lavoratori hanno ad oggetto una serie di elementi, differenziati a seconda che si tratti di sistemi di monitoraggio automatico oppure di sistemi decisionali.

In riferimento ai primi, è necessario informare innanzi tutto che tali sistemi sono in uso o in fase di introduzione. È necessario inoltre dare un'apposita informazione in ordine: alle categorie di dati e di azioni supervisionati o valutati da tali sistemi; all'obiettivo del monitoraggio e le modalità esecutive; ai destinatari dei dati personali trattati⁹.

Con riguardo ai sistemi decisionali, invece, si impone di comunicare: l'eventuale utilizzazione di tali sistemi automatizzati; le categorie di decisioni adottate; le categorie di dati ed i parametri di cui i sistemi tengono conto; i motivi alla base di alcune decisioni specificamente indicate¹⁰.

Per questa via, «le scelte che ispirano l'organizzazione del lavoro, anche quelle che solitamente si formano e restano custodite nella sfera di riservatezza degli *interna corporis* dell'impresa, si trovano oggi ad essere sottoposte ad un obbligo di piena "*disclosure*" quando quelle scelte vengono incorporate nei criteri di impostazione e di funzionamento dei sistemi automatizzati di decisione o di monitoraggio»¹¹.

Dunque, a fronte della possibile insidiosità dei sistemi automatizzati, il pilastro fatto proprio dal legislatore euro-unitario nella regolazione della materia è quello della trasparenza¹², declinata innanzi tutto attraverso la previsione degli obblighi di informazione di cui si è detto, a carico dell'imprenditore.

6 Sul punto, cfr. Trib Torino, decr. 5 agosto 2023, in *Arg. dir. lav.*, 2024, p. 111, con nota di A. A. SCELSI, *L'informativa sui sistemi automatizzati, se lacunosa, integra gli estremi della condotta antisindacale*. In argomento, si veda M. PERUZZI, *Questioni probatorie e processuali nella proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2 del 2022, p. 6.

7 In proposito, si veda D. PALIAGA, *L'algoritmo nel processo del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, pp. 218-219.

8 In proposito, si vedano: A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour & Law Issues*, 2022, n. 1, pp. 19 e ss.; M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 2021, n. 2, pp. 15-16; A. SARTORI, *Intelligenza artificiale e gestione del rapporto di lavoro. Appunti da un cantiere ancora aperto*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2024, p. 830.

9 Così l'art. 9, par. 1, lett. a, della Direttiva.

10 Così l'art. 9, par. 1, lett. b, della Direttiva.

11 Così G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto Trasparenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2022, p. 586.

12 In proposito, si veda M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro*, cit., pp. 28 e ss.

La trasparenza, tra l'altro – in considerazione anche delle sue intrinseche connessioni con una gestione responsabile delle risorse umane – evoca il tema più generale dell'etica di impresa, con cui, a fronte di evoluzioni così epocali come il processo di innovazione digitale, il diritto non può fare a meno di confrontarsi (su tale aspetto, peraltro, si tornerà nel par. 4).

L'approccio regolativo prescelto dal legislatore euro-unitario è dunque molto netto, sol che si pensi alla comprensibile ritrosia dell'azienda ad esplicitare gli elementi oggetto dell'informativa, anche in relazione alla tutela della riservatezza aziendale e della concorrenza delle altre imprese. Non è un caso del resto, che l'art. 1-*bis* del decreto legislativo n. 152 del 1997¹³, il quale in un certo senso aveva recepito con anticipo le indicazioni della proposta di Direttiva sulle piattaforme digitali¹⁴, imponendo al datore di lavoro di dare ai lavoratori e ai sindacati una serie di informazioni quando sono utilizzati sistemi integralmente automatizzati (tra cui le logiche di funzionamento dei sistemi medesimi)¹⁵, sia stato modificato dal cosiddetto decreto Lavoro del 2023 (il decreto legge n. 48 del 2023, convertito nella legge n. 85 del 2023)¹⁶. Il richiamato decreto Lavoro, infatti, ha precisato che gli obblighi informativi di cui all'art. 1-*bis* del decreto n. 152 «non si applicano ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale»¹⁷.

2. Una riflessione giuridica sulla tecnica di tutela del lavoratore fatta propria dalla cosiddetta Direttiva Piattaforme

La Direttiva piattaforme evidenzia una scelta di campo del legislatore euro-unitario che, in buona sostanza, può considerarsi molto aperta nei confronti

13 In argomento, si vedano M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza")*: quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?, in *Labor*, 2022, pp. 7 e ss.; M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto Trasparenza)*, giustiziacivile.com, 8 novembre 2022.

14 Si tratta, come noto, della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final. In proposito di veda A. ZILLI, *La trasparenza nel rapporto di lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, p. 143.

15 In proposito, si vedano G. SMORTO, A. DONINI, *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali: prima lettura*, in *Labour & Law Issues*, 2024, n. 1, p. 37, i quali evidenziano come a seguito della Direttiva l'art. 1-bis del decreto n. 152 debba essere adeguato «per ciò che riguarda nello specifico le regole per le piattaforme digitali: ad esempio, in relazione all'obbligo di fornire le informazioni nei confronti delle persone che partecipano ad una procedura di assunzione o di selezione (art. 9, co. 5), allo stato escluse dal campo di applicazione della normativa nazionale».

16 In argomento, si vedano: D. GAROFALO, *La trasparenza nel settore privato. Genesi – ambito – tecniche della tutela*, in *Lav. prev. oggi*, 2024, pp. 316-317; S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, pp. 305-306.

17 Sul punto, ancora S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, cit., p. 308.

dell'utilizzo dei sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati nell'ambito del lavoro prestato mediante piattaforma digitale, seppure con la cautela del cosiddetto *human oversight* (del quale si dirà nel successivo par. 3).

Tale piena apertura non deve apparire scontata, nel senso che talvolta i timori delle possibili storture applicative generate dai sistemi automatizzati ha portato a vietarne l'utilizzo.

In particolare, si intende fare riferimento ad un diverso modello regolativo dei sistemi automatizzati che il nostro legislatore interno ha già avuto modo di adottare in materia di trasporto aereo, pur sempre con l'obiettivo della trasparenza delle tariffe relative ai voli nazionali.

Il cosiddetto decreto *Asset* (ossia il decreto legge n. 104 del 2023, convertito nella legge n. 136 del 2023) ha stabilito, appunto, che per le rotte nazionali e per i picchi di domanda dovuti a stagionalità «è vietato l'utilizzo di procedure automatizzate di determinazione delle tariffe basate su attività di profilazione *web* dell'utente o sulla tipologia dei dispositivi elettronici utilizzati per le prenotazioni, quando esso comporta un pregiudizio al comportamento economico dell'utente»¹⁸.

Si tratta, come è dato vedere, di una tecnica regolativa esattamente opposta a quella fatta propria dalla Direttiva sulle piattaforme digitali.

In particolare, in considerazione della necessità di tutelare anche in questo caso un contraente debole (il consumatore), si agisce a monte, vietando le procedure automatizzate su determinati elementi decisionali, piuttosto che agire a valle, come fa invece la Direttiva sulle piattaforme digitali, ammettendo ogni decisione automatizzata, pur sottoponendola ad informazione preventiva (oltre che a monitoraggio ed eventuale riesame umano successivo).

A questo proposito, invero, potrebbe replicarsi che – a ben vedere – anche la Direttiva Piattaforme adotta la stessa tecnica di tutela con riguardo agli stati emotivi e psicologici, alle conversazioni private e ai momenti in cui il prestatore non sta svolgendo un lavoro tramite le piattaforme o non si sta offrendo per svolgerlo, ipotesi nelle quali, appunto, si vieta *a priori* il trattamento dei dati da parte di sistemi automatizzati¹⁹.

In realtà, a parere di chi scrive, le ipotesi degli stati emotivi e psicologici, o delle conversazioni private (ricavabili, nonostante il lavoratore presti la propria attività da remoto, ad esempio dalla reattività del lavoratore agli *input* della piattaforma: si pensi all'uso di un determinato linguaggio che l'intelligenza

¹⁸ Così l'art. 1 del decreto legge n. 104 del 2023, convertito nella legge n. 136 del 2023.

¹⁹ Si veda l'art. 7, par. 1, della Direttiva. Ciò del tutto analogamente a quanto previsto nel Regolamento UE 2024/1689, che vieta, appunto, «l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza» (art. 5, lett. f, del Regolamento).

artificiale è in grado di interpretare e di catalogare), o ancora dei momenti in cui il lavoratore non sta svolgendo il proprio lavoro, rappresentano elementi estrinseci al rapporto di lavoro, non valutabili nemmeno per le decisioni integralmente umane assunte dal datore, per principio oramai assolutamente acquisito nel diritto del lavoro.

Situazione completamente diversa, invece, è quella che accade nel cosiddetto decreto *Asset*, in cui le limitazioni riguardano elementi intrinseci rispetto alla determinazione delle tariffe.

Il cosiddetto decreto *Asset*, dunque, dà piena dimostrazione che un intervento normativo teso a limitare direttamente la possibilità di utilizzo degli algoritmi o a contenerne gli effetti non è un tabù.

In altri termini, ciò che si intende sottolineare è che probabilmente, in sede di recepimento della Direttiva, vale la pena di esplorare anche nell'ambito del lavoro mediante piattaforma l'opportunità di disciplinare (limitando o vietando per via normativa) le decisioni automatizzate su alcuni elementi specifici che risultano fondamentali nella gestione del rapporto di lavoro, come ad esempio i licenziamenti, o la progressione di carriera o anche gli affidamenti di incarichi che possono determinare variazioni della retribuzione oltre certi limiti. Vale a dire le decisioni più rilevanti che incidono in modo profondo e spesso irreversibile sul rapporto di lavoro. Decisioni, appunto, della cui rilevanza il legislatore euro-unitario ha piena contezza, ma in riferimento alle quali si limita a prevedere il diritto del lavoratore ad una motivazione scritta ed al riesame umano della decisione algoritmica²⁰.

3. Il canone della trasparenza e la garanzia del monitoraggio e del riesame umani

Tornando al canone della trasparenza posto dal legislatore euro-unitario a fondamento della propria azione regolativa dei sistemi automatizzati, esso si declina attraverso due fondamentali linee direttrici.

La prima riguarda, come già si è detto, la previsione di una serie di diritti di informazione nei confronti dei singoli lavoratori, oltre che dei loro rappresentanti sindacali²¹ (art. 9 della Direttiva).

20 Si tratta, appunto, delle decisioni «di limitare, sospendere o chiudere l'account della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, qualsiasi decisione di non retribuire il lavoro prestato dalla persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, qualsiasi decisione in merito alla situazione contrattuale della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, qualsiasi decisione con effetti analoghi o qualsiasi altra decisione che incida sugli aspetti essenziali del rapporto di lavoro o di un altro rapporto contrattuale» (art. 11, par. 1 e par. 2, della Direttiva).

21 La previsione di diritti di informazione a favore dei rappresentanti sindacali costituisce – insieme al tema della consultazione – uno *step* ovviamente fondamentale nel percorso della

Quanto alla seconda linea direttrice, invece, il legislatore euro-unitario prevede un *set* di diritti del lavoratore, pensati come ragionevoli cautele rispetto all'intrinseca imperscrutabilità funzionale dell'algoritmo. Tra questi, assumono un'assoluta centralità il diritto al monitoraggio umano e alla valutazione di impatto delle decisioni assunte (art. 10 della Direttiva), il diritto a poter interloquire con una "persona di contatto", oppure ancora il diritto al riesame umano di decisioni significative (art. 11 della Direttiva medesima).

La prima linea direttrice, relativa all'introduzione di specifici diritti di informazione, si radica con tutta evidenza nell'asimmetria informativa tra le parti del rapporto e tende a compensare il *gap* inevitabile attraverso una comunicazione scritta, resa in modo trasparente e chiaro.

Con riguardo alla seconda linea direttrice, sintetizzabile nella garanzia della supervisione umana sul sistema decisionale o di monitoraggio, merita senz'altro di essere sottolineata l'importanza della previsione della cosiddetta "persona di contatto", che potrebbe incarnarsi in una figura nuova dell'organizzazione aziendale della piattaforma, l'*Algorithmic Management Officer*²², oppure nel responsabile del sistema di gestione della qualità, così come previsto dal Decreto Trasparenza.

A questo proposito, le piattaforme debbono garantire che tale persona di contatto disponga «della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie per esercitare tale funzione» (art. 11, par. 1, della Direttiva). Il che lascia intuire che questa figura non possa che incarnarsi in un esperto della gestione delle risorse umane, individuato secondo il principio dell'*accountability*, tanto caro al legislatore euro-unitario, quanto distante dalla nostra cultura giuridica classica e peraltro così fortemente responsabilizzante in termini di effettività dei diritti²³.

partecipazione sindacale nella costruzione di un processo di cambiamento tecnologico così epocale come quello indotto dal lavoro mediante piattaforma. Sul punto, si vedano: M. AIMO, *Trasparenza algoritmica nel lavoro su piattaforma: quali spazi per i diritti collettivi nella proposta di Direttiva in discussione?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2024, n. 2, pp. 5 e ss.; M. CORTI, *Intelligenza artificiale e partecipazione dei lavoratori. Per un nuovo umanesimo del lavoro*, cit., p. 635, il quale sottolinea che il diritto europeo, nella regolazione del *management* algoritmico, ha con riguardo al tema della partecipazione dei lavoratori un approccio molto *soft*, non spingendosi «fino agli istituti partecipativi veri e propri, imperniati sui diritti di codecisione»; E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 195; M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 25, pp. 174 e ss.; R. FABOZZI, *Il diritto del lavoro alla prova delle piattaforme digitali*, in R. PESSI, R. FABOZZI, P. MATERA, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Diritto, lavoro e nuove tecnologie*, cit., p. 47.

22 Così C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, cit., p. 10 (nt.7).

23 In proposito, si veda G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'«umanesimo digitale»*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 1, pp. 10 e ss.

In dottrina, proprio per sottolineare la centralità di questa figura, è stato evidenziato il rischio che il validatore/decisore umano possa «incorrere nella comprensibile tentazione di conformarsi alla decisione algoritmica, al fine di scongiurare le conseguenze negative che egli dovrebbe poter fronteggiare a seguito di un'eventuale divaricazione»²⁴. Non è un caso, del resto, che lo stesso legislatore euro-unitario abbia concretamente previsto questo rischio, stabilendo, appunto, che «le persone incaricate dalla piattaforma di lavoro digitale di svolgere la funzione di supervisione e valutazione (...) godono di protezione contro il licenziamento o equivalenti, contro l'adozione di misure disciplinari e altri trattamenti sfavorevoli per aver esercitato le loro funzioni»²⁵.

4. Diritto del lavoro, etica e sostenibilità sociale del cambiamento tecnologico

In un contesto di trasformazioni così epocali per la società nel suo complesso, oltre che per l'impresa, per il lavoro e la sua organizzazione, è fin troppo evidente che il diritto, in generale, ed il diritto del lavoro, in particolare, debbano fare necessariamente i conti con la prospettiva dell'etica²⁶, che non a caso il tema della trasparenza evoca in modo esemplare, intersecandosi ancora una volta in quel *mix* di fonti euro-unitarie di cui si è detto nel precedente paragrafo n. 1.

Il diritto del lavoro, del resto, ha il compito non facile di gestire il cambiamento attraverso la predisposizione di regole che contemperino in maniera equilibrata le esigenze (talora contrapposte) dello sviluppo economico e della tutela della persona che lavora, o, da altra prospettiva più ampia, le esigenze del progresso tecnologico, da un lato e della sua sostenibilità sociale in termini di costruzione del benessere e della qualità di vita delle persone, dall'altro²⁷.

D'altra parte, come è stato osservato, da sempre le trasformazioni della tecnologia costituiscono «un fattore per nulla estraneo al diritto del lavoro, avendone rappresentato anzi il principale tratto genetico», considerando che proprio la prima rivoluzione industriale ha rappresentato uno dei presupposti della nascita del diritto del lavoro²⁸, materia per sua stessa natura orientata alla continua ricerca di un bilanciamento delle tensioni giuridiche tra libertà di impresa e tutela della persona del lavoratore.

24 Così A. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit., p. 200.

25 Art. 10, par. 2, della Direttiva Piattaforme.

26 In generale, sull'argomento si veda L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022.

27 In proposito, si vedano I. PICCININI, M. ISCERI, *Valori, scenari e nuove sfide: appunti per un lavoro sostenibile*, in *Lav. prev. oggi*, 2024, pp. 374 e ss.

28 Così G. LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 1-17.

Ancora una volta, a livello europeo, il dibattito relativo alla centralità dell'etica è stato fondamentale per la definizione dei valori da porre a base dello sviluppo dell'intelligenza artificiale²⁹. Ne è un segno tangibile la Dichiarazione Europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale del 23 gennaio 2023 (2023/C 23/01), con la quale il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione Europea hanno intercettato fin da subito l'esigenza di individuare una sfera valoriale a cui fare riferimento, a partire dal presupposto, appunto, che l'UE è innanzi tutto un'unione di valori (considerando n. 1), e così promuovendo un «modello europeo per la trasformazione digitale, (...) basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, (che) riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso»³⁰.

In piena sintonia con tutto questo, nell'*IA Act* sono stati individuati sette orientamenti «per una IA affidabile, etica ed antropocentrica, richiamati dal considerando 27 del Regolamento UE»³¹, tra cui, appunto la trasparenza³² ed il benessere sociale³³. Si tratta – è stato osservato – di principi che «in verità toccano diritti fondamentali affermati dalla Carta dei diritti fondamentali e valori essenziali su cui si fonda l'Unione».

Tali principi, benché siano da ricondurre «al terreno dei valori etici, senza farli assurgere al rango di regole giuridiche da rispettare, (...) sono comunque da osservare almeno come canoni interpretativi delle norme europee e del regolamento pertinenti in materia di IA»³⁴.

La definizione concordata di una sfera valoriale cui ispirarsi assume dunque un comprensibile significato innanzi tutto fondativo, che giuridicamente evoca le esigenze di «salvaguardia dei diritti fondamentali della persona in un'epoca di

29 In argomento, si vedano: F. LUNARDON, *Innovazione digitale e diritto del lavoro*, in F. LUNARDON, E. MENEGATTI, a cura di, *I nuovi confini del lavoro: la trasformazione digitale*, cit., 2024, p. 13; L. TEBANO, *Poteri datoriali e dati biometrici nel contesto dell'AI Act*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 25, p. 201.

30 In proposito, si veda S. VILLANI, *Luci ed ombre degli strumenti di tutela dei diritti nell'architettura dell'AI Act basata sul rischio*, in F. LUNARDON, E. MENEGATTI, a cura di, *I nuovi confini del lavoro: la trasformazione digitale*, cit., p. 138-139.

31 Così S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, cit., p. 591.

32 Nel considerando 27 si precisa che per “trasparenza” «si intende che i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati in modo da consentire un'adeguata tracciabilità e spiegabilità, rendendo gli esseri umani consapevoli del fatto di comunicare o interagire con un sistema di IA e informando debitamente i *deployer*» (cioè, ad esempio, i datori di lavoro) delle capacità e dei limiti dei sistemi di IA e le persone interessate dei loro diritti.

33 Gli altri orientamenti richiamati sono: l'intervento e la sorveglianza umani; la robustezza tecnica e la sicurezza; la vita privata e la *governance* dei dati; la diversità, la non discriminazione e l'equità; la responsabilità (si veda, appunto, il considerando 27 del Regolamento UE 2024/1689).

34 Così, ancora, S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 591.

sovranità digitale che come tutte le sovranità non può fare a meno di una sua Costituzione»³⁵.

Invece, passando dal terreno della definizione dei principi a quello funzionale dell'applicazione dei principi medesimi, gli attori principali della realizzazione di un approccio etico alla materia in questione sono il sindacato e l'impresa, la quale anche attraverso il sistema della responsabilità sociale è chiamata ad una implementazione dei principi del Regolamento sull'IA attraverso propri codici di condotta, di natura volontaristica ma non per questo meno efficaci, specie in un settore così delicato come quello della gestione delle risorse umane³⁶.

D'altra parte, di fronte a transizioni così epocali e al fisiologico disorientamento interpretativo che ne deriva, diviene opportuno ricorrere alla definizione di una scala di valori sociali e di impresa condivisi che possano fungere da elementi valutativi di fondo per districare nodi cruciali, come la perimetrazione tra ciò che deve essere considerato "lecito", da un lato e ciò che è socialmente "giusto", dall'altro lato.

Il ruolo dell'etica, nella definizione di un'equilibrata scala valoriale diventa dunque fondamentale, dando al diritto un supporto insostituibile, di fronte a ribaltamenti come quello del tradizionale rapporto uomo-macchina che prende corpo con i sistemi automatizzati³⁷, tenuto conto del fatto che, come è stato osservato, i «sistemi algoritmici cambiano non solo le modalità ma la logica stessa della gestione dei rapporti di lavoro»³⁸.

35 In questi termini, A. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit., p. 204.

36 In proposito, si veda S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 592.

37 In argomento, si vedano: S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2024, n. 1, p. 8; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, 2018, p. 239; L. Zappalà, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro; algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore dell'era dell'intelligenza artificiale*, WP CSDL E "Massimo D'Antona", n. 446/2021, p. 15.

38 Così T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 201.

IA ACT e GDPR: la garanzia della privacy dei lavoratori in un'era di decisioni automatizzate

Alessandra Ingrao

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema. – 2. L'IA e il diritto del lavoro. – 3. L'AI ACT visto da vicino. – 3.1. Il problema dell'applicazione territoriale dell'AI ACT. – 3.2. La piramide del rischio costruita dall'AI ACT. – 4. I dispositivi ad alto rischio. – 5. La disciplina dei sistemi di IA ad alto rischio tra obblighi del fornitore e del *deployer*. – 6. Interrelazioni tra Reg. AI e GDPR. – 6.1. Obblighi di trasparenza e diritti di informazione individuali e sindacali. – 6.2. La tensione tra principio di minimizzazione ed esigenze tecniche dell'IA. – 6.3. Un particolare diritto d'accesso finalizzato al riesame umano: l'art. 22 GDPR. – 7. La prospettiva futura: l'AI Act e il GDPR.

1. Introduzione al problema

Negli ultimi anni, lo sviluppo accelerato dell'intelligenza artificiale (IA) ha suscitato un crescente dibattito su questioni cruciali relative alla privacy e alla protezione dei dati personali. È fondamentale comprendere le interrelazioni tra la normativa vigente, rappresentata principalmente dal Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati 2016/679 (GDPR) e dalla normativa di attuazione, il d.lgs. 101/2018 (Codice della Privacy), e il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale dell'Unione Europea 2024/1689 (AI ACT).

Entrambi i regolamenti sono essenziali per garantire un uso etico e responsabile delle tecnologie, permettendo ai “*deployers*” – siano essi datori di lavoro o committenti – di attuare processi decisionali automatizzati. Tali processi possono includere trattamenti di dati personali con diverse finalità, tra cui: a) profilazione del lavoratore: questo implica l'analisi delle caratteristiche personali del lavoratore al fine di prevedere comportamenti o *performance* future; b) decisioni umane basate sulla profilazione: un esempio è la promozione di un lavoratore che viene valutato sulla base di profili di rendimento generati tramite sistemi automatizzati; c) decisioni esclusivamente automatizzate: qui si fa riferimento a situazioni in cui un algoritmo decide, ad esempio, se ingaggiare un rider sulla base di metriche come la velocità di consegna.

L'interazione tra GDPR e AI ACT solleva questioni significative riguardo alla protezione dei diritti dei lavoratori e alla necessità di trasparenza nei processi

decisionali automatizzati. Come sottolineato in dottrina¹, l'adozione dell'IA nei rapporti di lavoro non solo amplifica i poteri decisionali dei datori, ma crea anche nuove forme di asimmetria informativa, rendendo necessario un attento monitoraggio e una chiara regolamentazione.

Il presente lavoro intende effettuare un esame della intersezione di queste normative che si reputa cruciale per garantire che l'innovazione tecnologica non comprometta i diritti fondamentali dei lavoratori, creando un ambiente di lavoro equo e rispettoso delle norme di protezione dei dati.

2. L'IA e il diritto del lavoro

Fino a qui, il diritto del lavoro è stato un osservatorio privilegiato per indagare alcuni degli impatti negativi che l'IA può avere sui diritti delle persone che lavorano². L'immissione nelle organizzazioni lavorative di alcune sue applicazioni – che, volendone trovare il tratto comune, puntano a ridurre o a eliminare l'intervento umano nel processo di produzione della conoscenza, mediante il conferimento alla macchina della capacità di imitazione di facoltà umane (apprendimento, selezione, decisione ecc.) – ci ha permesso di considerare “robusti” gli anticorpi che il diritto del lavoro può produrre come reazione agli effetti negativi dell'IA, in una serie di ambiti differenti³.

Si va dai limiti dello Statuto dei lavoratori al potere di indagine e di controllo a distanza del datore di lavoro⁴, intesi come raccolte di informazioni personali mediante apparecchiature tecnologiche sul lavoratore e sulla prestazione resa⁵, ai rimedi garantiti dal diritto antidiscriminatorio al *disparate impact* prodotto dagli

1 S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e Intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, p. 573 ss.

2 C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, Cacucci, 2019; A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, Giappichelli, 2022; S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ (a cura di), *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, Giappichelli, 2022; M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022.

3 Un'ampia casistica è esaminata in L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, *Biblioteca “20 maggio”*, 2021, n. 2, 98 ss. Sia consentito rinviare al più ampio A. INGRAO, voce *Contratto di lavoro e digitalizzazione*, in *Enc. Dir.*, *Contratto di lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA, R. ROMELI, F. SCARPELLI, p. 245 ss. e ivi bibliografia correlata.

4 R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative* a cura di A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI e G. MARI, Firenze, Firenze University Press, 2018, p. 225 ss. Recentemente su controllo a distanza e algoritmi L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, in *Federalismi*, 2023, p. 192 ss.

5 Sia consentito rinviare a A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018.

algoritmi⁶; dalle potenzialità del modello integrato di protezione della salute e della sicurezza nei confronti di robot e cobot (che incorporano IA) collaborando fianco a fianco con il lavoratore⁷, alla perdurante capacità qualificatoria del tipo lavoro subordinato che ha saputo attrarre nel suo ambito anche il potere direttivo, esercitato per il tramite di algoritmi che scelgono *just in time* il “miglior” rider da ingaggiare sulla base del *rating*, per conto delle piattaforme digitali della cd. *gig economy*⁸.

Vien d'oltreoceano, poi, la notizia che l'epilogo degli scioperi ad oltranza dei lavoratori dello spettacolo a *Hollywood* si sostanzia in un contratto collettivo che obbliga le aziende a rinunciare all'impiego di IA, impegnandosi nella causa sociale di non contribuire all'estinzione di lavori umani come il doppiaggio o la sceneggiatura. Ma a ciò si potrebbero aggiungere i doveri informativi individuali e collettivi (alla RSA/RSU o in sua assenza ai sindacati territoriali) introdotti dal decreto trasparenza⁹ circa l'impiego di sistemi integralmente automatizzati. E di esempi se ne potrebbero fare molti altri.

Di fronte a questo panorama composito, allora, una domanda su altre pretese una risposta. Se infatti gli strumenti del diritto del lavoro, integrati altresì dall'approccio immancabile in materia di *data protection*, sembrano essere così articolati da garantire una tutela individuale e/o collettiva, si sentiva davvero la necessità di un nuovo corposo Regolamento europeo, con efficacia diretta, e con un approccio regolatorio orizzontale volto a introdurre nuovi obblighi – in larga misura di tipo procedimentale – in capo *anche* al datore di lavoro o al committente?

3. L'AI ACT visto da vicino

Nonostante l'Unione Europea abbia voluto per prima affermare la propria *leadership* mondiale nella regolazione, guidata dall'idea centrale di una intelligenza artificiale antropocentrica e «*trustworthy*», è noto che tale regolamentazione non è accompagnata però da altrettanta primazia e avanguardia mondiale nella sua produzione e brevettazione¹⁰.

6 M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Lab. Law Issues*, VII, n. 1, p. I.1 ss. M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Lab. Law Issues*, 2021, VII, n. 1, p. I.50

7 V. MAIO, *Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore aumentato*, in *Giorn. dir. lav.*, 2020, p. 513 ss.

8 M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Labour & Law Issues*, 2019, n. 2, spec. p. 23-24. *Amplius* A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019.

9 M.T. CARINCI, S. GIUDICI, G. PERRI, *Obblighi di informazioni e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis “Decreto Trasparenza”): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2023, n. 1, p. 5 ss.

10 G. RESTA, *Cosa c'è di “europeo” nella proposta di regolamento Ue sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. informaz. Informatica*, 2022, n. 2, p. 325.

3.1. Il problema dell'applicazione territoriale dell'AI ACT

Da ciò deriva un primo aspetto problematico e preliminare dell'AI Act che riguarda il suo ambito applicativo territoriale. Va considerato infatti che la delocalizzazione della produzione tecnologica in Paesi come Stati Uniti e Cina incide notevolmente sulla effettività della Regolazione europea, e tale problema s'era già posto con l'applicazione del GDPR in Paesi terzi.

L'AI ACT si applica a fornitori e operatori di IA sia nell'UE sia in Paesi terzi, anche quando l'output del sistema è destinato a circolare nel territorio dell'Unione¹¹.

L'estensione dell'applicazione territoriale del Regolamento in questi termini solleva preoccupazioni riguardo all'ineffettività delle norme, richiedendo un attento monitoraggio da parte delle autorità competenti.

Inoltre, gli emendamenti del Parlamento Europeo hanno ampliato l'ambito di applicazione includendo anche le persone la cui salute e diritti fondamentali possono essere influenzati negativamente dall'uso di sistemi di IA nell'Unione.

3.2. La piramide del rischio costruita dall'AI ACT

È stato sottolineato in dottrina che il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale è parte di un'ampia strategia dell'Unione Europea articolata in ambiti noti ai giuslavoristi, come quello del GDPR e della Direttiva sul lavoro su piattaforma¹².

Gli obiettivi strategici si desumono dalle basi giuridiche della proposta ossia gli art. 114 e 16 TFUE: la creazione di un mercato digitale unico europeo che consenta ai paesi dell'Unione lo sviluppo e l'immissione in questo mercato di un'intelligenza artificiale etica, sostenibile e rispettosa dei diritti fondamentali dell'uomo¹³; assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione oltre che prevenire la frammentazione del mercato¹⁴.

11 Un esempio riguarda un datore di lavoro italiano che utilizza un sistema di IA statunitense per lo screening dei CV, il che solleva interrogativi sulla validità delle norme, dato che l'IA non è direttamente utilizzata nell'UE.

12 *Funditus* M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e diritto. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023.

13 A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?* In *Federalismi*, 2023, 138, Dove si rammenta che all'originaria base giuridica di cui all'articolo 114 TFUE («*misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*»), il parlamento europeo attraverso i suoi emendamenti, tenendo in considerazione i rilievi della CES ha aggiunto l'articolo 16 TFUE che garantisce il diritto alla protezione dei dati personali. CFR. *ETUC Resolution Calling for an EU Directive on Algorithmic Systems at Work* Adopted at the ETUC Executive Committee of 6 December 2022.

14 Si veda la relazione della Commissione europea che accompagna la proposta di regolamento, p. 2-3.

È previsto altresì che gli Stati membri, posti di fronte all'efficacia diretta del Regolamento, abbiano un margine di manovra che consente di mantenere o introdurre disposizioni (legali e amministrative) più favorevoli ai lavoratori in termini di tutela dei loro diritti in relazione all'uso di sistemi di intelligenza artificiale; o, ancora, di incoraggiare l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli ai lavoratori.

Vale la pena di notare il parallelismo con l'articolo 88 del GDPR che autorizza lo Stato membro a dettare (o a consentire ai contratti collettivi di dettare), in ambito lavorativo, norme settoriali «più specifiche» e che, ai sensi del par. 2, siano anche norme «di garanzia» per i lavoratori, con la conseguenza che la disposizione nazionale in *pejus* in contrasto debba essere disapplicata dal giudice nazionale in virtù del Primato del diritto Ue¹⁵.

L'AI ACT disciplina l'immissione nel mercato, la messa disposizione e in servizio e altresì l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale, secondo la definizione molto ampia che è data a questa famiglia di dispositivi.

Il modello prescelto dalla Commissione e confermato dal PE è basato sul rischio¹⁶ e differenziato tra usi dell'intelligenza artificiale vietati poiché creano rischi inaccettabili, sistemi che sono sottoposti a un elevato tasso di proceduralizzazione e che comportano un rischio alto e IA che provocando, rischi bassi o minimi, può essere prodotta e utilizzata nel rispetto di codici di disciplina.

4. I dispositivi ad alto rischio

Poiché l'analisi che ci proponiamo di sviluppare concerne il campo del diritto del lavoro, è importante da subito sottolineare che il regolamento nell'allegato III, al punto 4, include i sistemi utilizzabili a) «per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per inserire annunci di lavoro mirati, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove» e b) «per adottare decisioni o influenzare materialmente le decisioni riguardanti l'avvio, la promozione e la cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, l'assegnazione dei compiti sulla base dei comportamenti individuali, dei tratti o delle caratteristiche personali, o il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di rapporti di lavoro».

Da un canto, quindi, il Regolamento sull'intelligenza artificiale demanda alla valutazione del legislatore la costruzione della piramide del rischio che i sistemi

15 Di recente C. giust. 30 marzo 2023, causa C- 34/21, *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium c. Minister des Hessischen Kultusministeriums*, in *Dir. rel. ind.*, 2023 con nota di A. INGRAO, *Il Regolamento privacy e la discrezionalità dello Stato membro nella disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*.

16 P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi*, n. 4, 2023, p. 239.

di IA procurano in astratto ed in base a presunte finalità di successivo impiego del dispositivo.

D'altro canto, diversamente dalla proposta di regolamento, è previsto che la classificazione come sistema ad alto rischio può anche derivare da una valutazione effettuata dal fornitore circa la sussistenza di un rischio significativo di danno alla salute, alla sicurezza o ai diritti fondamentali (art. 6, §3). Si deve trattare di casi in cui il sistema proceda a una vera e propria automatizzazione della decisione e non si limiti invece a svolgere compiti procedurali o preparatori. Spetterà alla commissione europea pubblicare linee guida per concretizzare i criteri che devono essere seguiti dai fornitori per la classificazione ad alto rischio. È altresì fondamentale che il fornitore registri in un'apposita banca dati dell'UE il sistema per sottoporlo ad eventuali specifiche istruttorie e procedure correttive dell'autorità di vigilanza nazionale.

5. La disciplina dei sistemi di IA ad alto rischio tra obblighi del fornitore e del *deployer*

Quanto alla disciplina, i sistemi di IA ad alto rischio sono soggetti a obblighi rigorosi prima di poter essere immessi sul mercato europeo, obblighi di natura amministrativa che gravano sui produttori riguardanti certificazioni, notifiche produzione di documentazione tecnica, marcatura CE, che in parallelo con la normativa sulla responsabilità da prodotto, dovrebbero assicurare maggiore dominio tecnico e sicurezza a chi li utilizzerà – con tutti i dubbi che assillano la dottrina civilistica sul fatto che i requisiti di sistema definiti normativamente sono rimessi ad un giudizio di conformità svolto dagli stessi produttori e non da attori terzi e imparziali¹⁷ –, ma che poco aggiungono alle garanzie dei lavoratori sottoposti all'IA¹⁸.

Nondimeno è in questa logica che il regolamento prevede che il datore di lavoro che ricopra la posizione di *deployer* era creditore di informazioni e di una adeguata formazione da parte del fornitore.

Quest'ultimo deve progettare il sistema affinché sia sufficientemente trasparente per consentire al *deployer* di utilizzarlo in conformità agli usi configurati dal fornitore e di poterne interpretare i ragionamenti. Ma non solo, il fornitore deve predisporre il sistema di gestione dei rischi (art. 9) e in particolare dei rischi noti e ragionevolmente prevedibili in condizioni di utilizzo normale del sistema di

17 G. RESTA, *op. cit.*, 341 che opportunamente aggiunge che «il vero ruolo nomotetico finirà per essere assunto dalle *standard setting organization* europee (...)».

18 A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento Ue sull'Intelligenza Artificiale e i lavoratori*, su <https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori>.

IA: è in questo contesto che il fornitore è gravato di addestrare il sistema con dataset di input messi al riparo dai *bias*, fin dalla progettazione (art. 10).

Tale sistema di gestione dei rischi è soltanto una parte del più ampio obbligo del fornitore di istituire un sistema di gestione della qualità che garantisca il rispetto del regolamento e sostanzialmente la immissione nel mercato europeo di IA antropocentrica (art. 17).

Va evidenziato per quanto qui interessa che per «i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punti da 2 a 8» i fornitori seguono la procedura di valutazione della conformità «basata sul controllo interno di cui all'allegato VI, che non prevede il coinvolgimento di un organismo notificato». I sistemi prodotti per essere impiegati nei sistemi lavorativi sono quindi soggetti ad un *self assessment* del produttore circa la conformità al Regolamento, senza che gli organismi notificati siano autorizzati a esercitare un controllo esterno.

Dal canto suo, il *deployer* è obbligato ad attuare le misure di sorveglianza umana che il fornitore avrà indicato nelle istruzioni per l'uso del sistema.

Questi non è più soggetto ad un obbligo ampio ed esteso di istituire la cosiddetta valutazione di impatto sui diritti fondamentali, un adempimento oggi circoscritto esclusivamente ad enti che forniscono servizi pubblici in favore dei diritti fondamentali dell'utenza.

Ciò non toglie che il datore di lavoro che utilizza un sistema sia tenuto a garantire che i dataset di input siano pertinenti e sufficientemente rappresentativi, ma soltanto nella misura in cui esercita il controllo sugli stessi. Deve inoltre monitorare il funzionamento del sistema e sospenderne l'uso, informando il fornitore o il distributore e l'organismo di vigilanza nazionale, qualora ritenga che il suo uso possa arrecare una lesione alla salute e alla sicurezza o ai diritti fondamentali dei soggetti sottoposti.

Prima di utilizzare il dispositivo, dovrà fornire un'adeguata informazione sia alle organizzazioni sindacali sia ai singoli lavoratori del suo impiego, delle sue finalità e degli usi che ne saranno fatti.

6. Interrelazioni tra Reg. AI e GDPR

Le interrelazioni tra il regolamento sull'intelligenza artificiale e quelle sulla privacy sono parecchie.

Alcune nemmeno riguardano l'ambito lavorativo, concernendo questioni di ordine generale che riguardano la costruzione dei dataset di input che servono alle *software house* ad allenare i modelli di IA. La creazione e l'utilizzo dei dataset pongono infatti questioni legali e etiche. Ad esempio, molti modelli sono addestrati su dati raccolti da fonti pubbliche (come social media o dati governativi), ma è vivo un dibattito su come trattare le informazioni tutelate dai diritti di proprietà industriale dei dati e sul necessario rispetto della privacy degli individui

i cui dati sono stati inclusi in questi set che potrebbero essere scambiati in un mercato globale¹⁹.

L'interazione tra il Regolamento sull'intelligenza artificiale e il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) nell'ambito lavorativo solleva problematiche complesse, che toccano questioni di privacy, trasparenza e diritti fondamentali dei lavoratori.

Il GDPR, adottato nel 2018 per regolare il trattamento dei dati personali delle persone fisiche, trova applicazione in qualsiasi contesto in cui i dati personali vengano trattati, incluso l'ambito lavorativo. Tuttavia, l'uso sempre più diffuso dell'IA in questo contesto introduce nuove sfide che richiedono un'attenzione particolare, soprattutto quando l'IA è utilizzata per monitorare, valutare e prendere decisioni sui dipendenti, ossia quando le raccolte dei dati dei lavoratori (legittime) siano serventi all'esercizio del potere direttivo automatizzato.

Innanzitutto, il GDPR stabilisce una serie di principi per il trattamento dei dati personali che mirano a garantire il rispetto dei diritti e delle libertà degli individui da parte del titolare del trattamento che si presume essere rispettoso del principio di accountability di cui all'art. 5 GDPR.

In ambito lavorativo, data l'implicazione della persona nell'organizzazione altrui, i dati personali includono non solo dati personali (come nome, indirizzo o email aziendale), ma anche informazioni sensibili, come quelle relative alla salute, o a particolari caratteristiche personali, come l'etnia o l'orientamento religioso. La raccolta e l'uso di questi dati devono sempre essere giustificati da una base legale adeguata, come il consenso esplicito o la necessità del trattamento per l'esecuzione di un contratto di lavoro e nel rispetto di particolari cautele che sono riassumibili nel concetto di proporzionalità del trattamento.

6.1. Obblighi di trasparenza e diritti di informazione individuali e sindacali

Uno degli obblighi fondamentali posti dal GDPR è quello della trasparenza del trattamento e specialmente del trattamento automatizzato²⁰. Il singolo lavoratore, in primis, è titolare di un diritto all'informazione *ex ante*, che corrisponde all'obbligo del titolare del trattamento di fornire informazioni significative riguardo alla logica utilizzata, nonché all'importanza e alle conseguenze previste per l'interessato, prima della raccolta dei dati e senza necessità di una richiesta esplicita da parte dell'interessato. Tale diritto è sancito dagli articoli 13, paragrafo 1, lettera f, e 14, paragrafo 2, lettera g del GDPR, che impongono la divulgazione di queste informazioni in merito ai dataset iniziali utilizzati.

In secondo luogo, è centrale il diritto di accesso *ex post* al trattamento (art. 15), che consente al lavoratore di verificare la correttezza e la liceità del trattamento

19 S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Pearson, 2020.

20 Sulla trasparenza nella legge italiana M.T. CARINCI, S. GIUDICI, G. PERRI, *op. cit.*, p. 5 ss.

dei dati. Questo diritto è duplice: da un lato, funge da strumento di responsabilizzazione per l'impresa processante, che, essendo sottoposta a una potenziale revisione dei suoi processi interni, è incentivata a rispettare le norme vigenti; dall'altro, rappresenta la condizione preliminare per l'esercizio di ulteriori diritti, come la possibilità di contestare una decisione algoritmica e richiedere un riesame umano in caso di decisioni automatizzate, in conformità con l'art. 22, paragrafo 3 del GDPR.

La trasparenza è rafforzata dall'art. 26, paragrafo 7, del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (IA) che prevede l'obbligo per il *deployer* – ossia il datore di lavoro o il committente – di informare i lavoratori interessati, che saranno soggetti all'uso di un sistema classificato come «ad alto rischio». Tale categoria include, di fatto, tutti i sistemi utilizzati nei luoghi di lavoro dotati di capacità inferenziali, indipendentemente dal grado di autonomia decisionale.

Inoltre, il *deployer* è tenuto a informare anche i rappresentanti sindacali dei lavoratori. Questo obbligo deve essere adempiuto prima che il sistema venga messo in servizio, e deve avvenire in conformità alle norme e alle procedure previste dal diritto dell'Unione e dalle prassi nazionali in materia di informazione e consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti.

La finalità di tale previsione normativa è duplice: da un lato, si mira a garantire la trasparenza nell'uso di sistemi IA che potrebbero influenzare in modo significativo la vita lavorativa; dall'altro, si rafforza la responsabilizzazione del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti e dei loro rappresentanti, creando un meccanismo di tutela preventiva per i diritti dei lavoratori.

6.2. La tensione tra principio di minimizzazione ed esigenze tecniche dell'IA

Inoltre, il GDPR (art. 5) impone il rispetto del principio della minimizzazione dei dati, secondo cui devono essere raccolti solo i dati strettamente necessari per raggiungere lo scopo prefissato e predeterminato nella informativa.

Nondimeno, va considerato che i sistemi di IA, specialmente quelli basati su algoritmi di *machine learning*, richiedono spesso grandi quantità di dati per funzionare in modo efficace²¹, creando una tensione tra il principio di minimizzazione e le esigenze tecniche dell'IA²². Questi algoritmi apprendono dai dati storici, raffinando continuamente le loro previsioni e decisioni in base ai *pattern* riconosciuti nei dati. Di conseguenza, maggiore è la quantità di dati disponibili, migliore è la capacità del sistema di effettuare inferenze precise e affidabili.

21 R. BINNS, *Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy*, in *Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2018.

22 T. ZARSKY, *The Trouble with Algorithms: An Analysis of the Ethical Issues Associated with Algorithms*, in *Harvard Law Review*, 2016.

Ciò crea, come detto, una tensione con il principio di minimizzazione che allo stato può essere “ammorbidita” attraverso alcune pratiche, ma non risolta in radice.

Nell’ambito di una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati (DPIA, cfr. art. 35 GDPR) – che è strumento obbligatorio quando l’uso dell’IA comporta trattamenti di dati che possono presentare rischi elevati per i diritti degli interessati, come accade nel caso dei trattamenti di dati personali in ambito lavorativo²³ – il titolare del trattamento può identificare, valutare e mitigare i rischi, trovando un punto di equilibrio tra necessità tecniche e protezione dei dati personali e adottando misure di mitigazione del rischio per i diritti fondamentali.

Si pensi alla pseudonimizzazione e anonimizzazione²⁴. Inoltre la *data minimization* andrebbe adottata *by design*, ciò significa strutturare l’architettura e i processi decisionali degli algoritmi in modo tale che l’efficacia del sistema sia massimizzata anche utilizzando una quantità di dati il più ridotta possibile.

Sono altresì misure opportune gli *audit* degli algoritmi: un controllo periodico dei sistemi di IA e dei dataset utilizzati per l’addestramento che consente di verificare se i dati raccolti rispettano il principio di minimizzazione e se il sistema funziona correttamente con quantità ridotte di informazioni. Gli audit possono inoltre garantire che non vi siano elementi di *bias* nei dati raccolti, riducendo i rischi di discriminazione.

Del pari indispensabili risultano le procedure di cd. *Data lifecycle management*. Esse servono a gestire il ciclo di vita dei dati definendo quando i dati devono essere raccolti, per quanto tempo devono essere conservati e quando devono essere cancellati. Questo approccio consente di evitare l’accumulo di dati inutili e di garantire che il trattamento avvenga sempre in conformità al GDPR.

6.3. Un particolare diritto d’accesso finalizzato al riesame umano: l’art. 22 GDPR

Nel contesto lavorativo, l’IA è impiegata in molteplici processi, tra cui la selezione del personale, il monitoraggio delle performance, la gestione delle risorse umane e la valutazione dei dipendenti. Gli algoritmi possono essere utilizzati per analizzare grandi volumi di dati relativi ai candidati o ai dipendenti, filtrare curriculum, condurre colloqui automatizzati, o addirittura prendere decisioni su promozioni e licenziamenti basandosi su analisi predittive.

L’uso dell’IA per prendere decisioni in questi contesti, tuttavia, comporta rischi significativi. Secondo l’articolo 22 del GDPR, le persone hanno il diritto di non essere sottoposte a decisioni basate esclusivamente su trattamenti automatizzati che producano effetti giuridici o similmente significativi sulla loro vita, come nel caso delle promozioni o dei licenziamenti.

23 Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA), 2017.

24 D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2021.

Questo implica che, nei processi decisionali automatizzati, il lavoratore abbia diritto ad esercitare un particolare diritto d'accesso al trattamento automatizzato e opporsi allo stesso. L'art. 22 prevede il diritto dell'interessato del trattamento di domandare ed ottenere un intervento umano che possa rivalutare la decisione e garantire che essa sia equa e non viziata da errori o pregiudizi del sistema informatico.

Il GDPR, dunque, tutela i lavoratori rispetto al rischio di essere soggetti a decisioni prese da sistemi di IA che, se non adeguatamente regolamentati, potrebbero compromettere i loro diritti fondamentali.

Un ulteriore problema riguarda la profilazione automatizzata. L'IA può essere utilizzata per raccogliere e analizzare i dati dei dipendenti, costruendo profili che prevedono, anche per il futuro, comportamenti o comunque hanno l'ambizione di predire la regolarità delle future prestazioni lavorative. Tuttavia, la profilazione può facilmente degenerare in discriminazione, se gli algoritmi sono influenzati da *bias* impliciti o se sono addestrati su dataset non rappresentativi²⁵. Il GDPR stabilisce che i trattamenti dei dati personali debbano essere imparziali, ma garantire l'imparzialità in sistemi di IA richiede *audit* e controlli regolari, volti a identificare ed eliminare eventuali pregiudizi nascosti.

Infine, i prestatori in qualità di interessati dal trattamento automatizzato hanno il diritto di richiedere la cancellazione dei propri dati personali quando questi non sono più necessari. Tuttavia, quando un modello di IA è stato addestrato utilizzando tali dati, la loro eliminazione potrebbe compromettere il funzionamento dell'intero modello. Questa difficoltà tecnica solleva interrogativi su come il diritto all'oblio possa essere effettivamente garantito in un contesto dove i dati personali influenzano il comportamento dei sistemi automatizzati.

7. La prospettiva futura: l'AI Act e il GDPR

A fronte delle sfide poste dall'IA, l'Unione Europea ha avviato un percorso di regolamentazione specifica per l'intelligenza artificiale, nell'AI Act che troverà applicazione a partire dal 2026. Questo nuovo quadro normativo mira a stabilire regole comuni per l'uso dell'IA nei diversi settori, inclusi quelli a rischio elevato come l'ambito lavorativo. L'AI Act si affiancherà al GDPR, integrandone le disposizioni con una regolamentazione specifica volta a garantire la sicurezza, la trasparenza e l'*accountability* dei sistemi di IA, contribuendo così a proteggere i diritti fondamentali.

L'interazione tra l'intelligenza artificiale e il GDPR in ambito lavorativo evidenzia la necessità di un quadro regolamentare robusto, anche per il tramite di

25 Sia consentito rinviare a A. INGRAO, *Voce Contratto di lavoro e digitalizzazione*, in *Enc. Dir., Contratto di lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA, R. ROMELI, F. SCARPELLI, 245 ss. e ivi bibliografia correlata.

codici di condotta e ricorso a *soft law*, che sappia bilanciare l'innovazione tecnologica con la protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Le sfide che emergono in termini di trasparenza, minimizzazione dei dati e gestione delle decisioni automatizzate richiedono misure concrete e proattive da parte delle aziende, volte a garantire la conformità alle normative vigenti. In questo contesto, l'evoluzione della regolamentazione europea, con l'introduzione dell'AI Act, rappresenta un passo fondamentale verso la creazione di un ecosistema digitale etico e sicuro.

Tutela contro le discriminazioni e intelligenza artificiale nell'ordinamento italiano

Maria Teresa Carinci

SOMMARIO: 1. Premessa: i divieti di discriminazione costituiscono un potente strumento per indurre il datore di lavoro a “dischiudere” l’algoritmo. – 2. Gli algoritmi possono discriminare? Un esempio famoso. – 3. In che modo gli algoritmi possono discriminare? – 4. L’attuale nozione di discriminazione può intercettare anche le discriminazioni algoritmiche. – 5. La giurisprudenza italiana in materia di discriminazioni algoritmiche: il caso di una discriminazione diretta per motivi sindacali (Trib. Bologna 20 dicembre 2020) e il caso di discriminazioni potenziali multifattoriali (Trib. Palermo 17 novembre 2023). – 6. Conclusione.

1. Premessa: i divieti di discriminazione costituiscono un potente strumento per indurre il datore di lavoro a “dischiudere” l’algoritmo

La domanda intorno alla quale ruota il mio contributo è: gli algoritmi – che oggi sempre più sono utilizzati per gestire i lavoratori, per es. a fini di selezione del personale, di attribuzione dei compiti, di valutazione delle *performance* ecc. – possono discriminare il lavoratore e, ove la risposta sia positiva, il nostro sistema è attrezzato per evitarle?

Si tratta di una domanda conseguente a quella che caratterizza altri contributi del presente volume, che si soffermano, invece, sulla questione della tutela preventiva del lavoratore rispetto alla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro; contributi che si pongono il problema di come evitare, sul piano tecnico-giuridico, che algoritmi, i cui meccanismi di funzionamento risultino “opachi”, possano ledere i diritti della persona che lavora.

La tutela antidiscriminatoria, infatti, è di tipo essenzialmente rimediale: interviene, cioè, quando la posizione individuale risulta già lesa (cd. *disparate impact*).

Tuttavia, essa opera anche quale strumento preventivo. Infatti, il datore di lavoro, che voglia evitare le conseguenze sanzionatorie che l’ordinamento ricollega alla discriminazione, deve dimostrare in giudizio che nel caso concreto la discriminazione non sussiste; deve, cioè, dimostrare che la ragione posta a base della decisione (anche se automatizzata) è lecita (cioè è una ragione di tipo tecnico-organizzativa) e non invece una ragione proibita dal sistema (cioè una

ragione di sesso, razza, lingua, religione, di tipo politico, sindacale ecc.). Proprio per questo il divieto di discriminazione – in virtù del meccanismo probatorio previsto dal legislatore – spinge il datore di lavoro, che voglia evitare le conseguenze sanzionatorie della discriminazione, a spiegare quali siano i criteri sulla base dei quali l'algoritmo assume le decisioni destinate ad incidere sui lavoratori.

2. Gli algoritmi possono discriminare?

Un esempio famoso

Nel 2015 gli esperti di *machine learning* di Amazon si resero conto di un problema: l'algoritmo che avevano progettato da appena un anno per automatizzare il processo di reclutamento del personale discriminava le donne.

Ciò accadeva perché l'algoritmo era stato addestrato ad individuare i migliori candidati per la posizione di ingegneri informatici osservando però i *curricula* ricevuti dai candidati all'impiego nei dieci anni precedenti; la maggior parte di tali *curricula* era stato presentato, però, da uomini, dal momento che nel settore richiesto da Amazon per ricoprire quel ruolo, di fatto, il gruppo storicamente prevalente era costituito, appunto, da uomini.

Nel caso specifico, dunque, l'algoritmo utilizzato da Amazon per selezionare i migliori candidati all'impiego *non* era stato addestrato per selezionare solo uomini, cioè ad utilizzare il sesso come criterio selettivo (il che avrebbe determinato un'ipotesi di discriminazione algoritmica diretta).

Tuttavia, l'algoritmo aveva ugualmente posto a base delle proprie decisioni il criterio del sesso (in via diretta o indiretta), in quanto correlato ad altre informazioni (estraibili dai *curricula* presentati dai lavoratori), e lo aveva poi utilizzato per selezionare i candidati ritenuti migliori.

Dalle analisi condotte a posteriori sulle decisioni dell'algoritmo, per es., era risultata una correlazione abbastanza chiara fra esclusione del candidato e sesso femminile (discriminazione diretta), laddove l'algoritmo aveva escluso la candidata facente parte del club di scacchi "femminile" (così risultava dal *curriculum*) oppure la candidata che aveva frequentato una scuola riservata a sole "donne" (sempre traendo tale informazione dal *curriculum*). In altri casi invece il criterio selettivo non era stato il sesso di per sé, ma un altro elemento apparentemente neutro, ma statisticamente correlato in prevalenza al sesso del candidato: per es. l'algoritmo aveva favorito i candidati che avevano utilizzato nei loro *curricula* determinati termini che sono, statisticamente, più spesso usati dal genere maschile (per es. verbi in forma attiva), piuttosto che i candidati che prediligevano costrutti diversi.

In tal modo l'algoritmo – fotografando la realtà della forza-lavoro in un determinato momento storico – non faceva che consolidarla e moltiplicarla, impedendo che le trasformazioni avvenute nel gruppo sociale di riferimento

(gli ingegneri informatici che, in tempi più risalenti, erano solo uomini e poi, sempre più numerose, anche donne) si ripercuotesse positivamente anche sul reclutamento di una importante azienda come Amazon.

Una volta constatata tale situazione, Amazon aveva interrotto la sperimentazione dell'algoritmo quale strumento di selezione dei candidati, decidendo di adottarne una versione depotenziata deputata ad eseguire solo compiti preparatori rispetto alla vera e propria selezione (come per es. eliminare i *curricula* duplicati nel database).

3. In che modo gli algoritmi possono discriminare?

Esistono, come è noto, diverse tipologie di algoritmi: da una parte gli algoritmi basati su regole “chiuse”, che operano in virtù di istruzioni predefinite ed il cui output è prevedibile *ex ante*; dall'altra gli algoritmi di *machine learning*, che operano sulla base di regole statistico-probabilistiche e che imparano e si ricalibrano continuamente in base ai dati che processano¹. Tale secondo modello di algoritmo produce *output* non prevedibili *ex ante*, in quanto conseguenti alle relazioni statistico-probabilistiche inferite dall'algoritmo stesso nel corso del suo funzionamento sulla base dei dati a disposizione; solo *ex post*, ricostruendo a ritroso le inferenze realizzate dall'algoritmo (*reverse engineering*), è possibile capire le ragioni della decisione assunta².

Avendo in mente queste due tipologie di algoritmi, come può dunque ciascuno di essi discriminare?

Almeno tre fattori possono determinare una discriminazione.

In primo luogo può essere rilevante il fattore umano: l'algoritmo può discriminare perché è stato programmato dall'uomo in modo errato, cosicché le regole sulla base delle quali opera, in modo rigido, non neutralizzano i fattori discriminatori come invece dovrebbero (per es. l'algoritmo può essere programmato per valutare il numero di assenze complessive del lavoratore a fini di calcolo della retribuzione, senza dare peso in generale alle ragioni di assenza del lavoratore – per es. lo sciopero o la maternità – così penalizzandolo per una ragione discriminatoria, di tipo sindacale o di sesso).

In secondo luogo l'algoritmo può discriminare in ragione dei dati selezionati: soprattutto con riferimento agli algoritmi di *machine learning* la selezione dei dati è questione molto rilevante, perché i dati utilizzati per allenare l'algoritmo possono indurlo a discriminare (per es. un algoritmo che si nutra

1 V. anche Cons. n. 12 del Regolamento (UE) 1689/2024 sull'intelligenza artificiale. V. anche G. SANGUINETTI, *Machine Learning: accuratezza, interpretabilità e incertezza*, Ithaca: Viaggio nella Scienza, 2020, 16, p. 74; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 7, p. 1657 ss.

2 M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour&Law Issue*, 2021, 1, p. 56-57.

dei *feed back* dei clienti e questi ultimi giudichino l'attività dei lavoratori sulla base di pregiudizi, per es., razziali – giudicando per es. le performance dei lavoratori di colore meno soddisfacenti di quelle dei lavoratori bianchi – non possono che indurre l'algoritmo a perpetrare discriminazioni di tipo razziale).

In terzo luogo, la discriminazione può essere la conseguenza di correlazioni probabilistiche collegate a fattori “*prox*”. Come anticipato, gli algoritmi di *machine learning* stabiliscono correlazioni probabilistiche fra variabili e, dunque, correlazioni che non necessariamente corrispondono anche a relazioni di tipo causale; inoltre, tali algoritmi sono in grado di stabilire correlazioni statistiche anche fra dati che di per sé neutri, ma di fatto storicamente collegate in modo più frequente a fattori discriminatori. Si tratta dei cd. fattori “*prox*”: è il caso riportato sopra di Amazon e dell'uso nel *curriculum* da parte dei candidati di certi termini o di alcune strutture sintattiche, piuttosto che di altri.

Quest'ultima ipotesi è quella più difficile da scoprire.

4. L'attuale nozione di discriminazione può intercettare anche le discriminazioni algoritmiche

La nozione di discriminazione presente nel sistema italiano – benché elaborata da dottrina già in epoca risalente, sulla scorta di una legislazione molto avanzata in materia (mi riferisco prima al divieto del solo licenziamento discriminatorio *ex art.* 4 l. 604/1966 e poi al generale divieto previsto dall'art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300, di atti e comportamenti discriminatori posti in essere in ogni fase del rapporto dal datore di lavoro – dalla assunzione alla promozione alla retribuzione fino al licenziamento – ai sensi dell'art. 15 St. lav., *cit.*)³ – è stata poi portata ai suoi massimi sviluppi in attuazione di una serie di direttive comunitarie⁴.

La disciplina italiana in materia è molto complessa, a causa dell'intensa stratificazione normativa⁵.

Tuttavia, i vari divieti di discriminazione presenti nel nostro sistema ricalcano, tutti, uno stesso modello che si articola nel modo seguente: a) è vietato

3 G. GHEZZI, *Commento agli artt. 15 e 16*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1972, p. 206 ss.

4 Si consenta di rinviare a M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) quale limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, p. 163 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991.

5 Si vedano almeno i d. lgs. 9 luglio 2003, nn. 215 e 216, di attuazione delle direttive (CE) 2000/43 e 2000/78; la direttiva (CE) 2006/54 e il d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

al datore porre in essere atti, patti o comportamenti, discriminatori; b) tale divieto opera in ogni fase del rapporto (dalla fase preassuntiva, alle promozioni, sanzioni disciplinari fino al licenziamento); c) l'atto, patto o comportamento del datore è discriminatorio quando alla base vi sia un fattore vietato perché discriminatorio, che ne costituisce la ragione; d) i fattori discriminatori sono previsti dalla legge (ragioni di sesso, orientamento sessuale, di razza, lingua, per ragioni politiche, sindacali, religiose ed anche opinioni personali), ma si discute se l'elenco sia tassativo o esemplificativo. In ogni caso la giurisprudenza interpreta in modo elastico ed espansivo i fattori discriminatori previsti dalla legge.

Il divieto di discriminazione si articola poi in due sotto-varianti: 1) il divieto di discriminazione diretta⁶; 2) il divieto di discriminazione indiretta.

La discriminazione diretta si realizza quando, per le ragioni vietate dal sistema, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga. In altre parole, perché la discriminazione si realizzi è richiesto che il lavoratore venga penalizzato da una decisione datoriale in ragione proprio del fattore vietato (per es. esclusione da un beneficio economico del lavoratore perché iscritto al sindacato)⁷.

La discriminazione indiretta, invece, si realizza quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono le persone portatrici del fattore protetto in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. Dunque, perché la discriminazione si realizzi, è richiesto in questo secondo caso che il lavoratore venga penalizzato da un atto datoriale in considerazione di un fattore in sé neutro, ma statisticamente collegato con quello vietato (per es. esclusione dal godimento di un beneficio economico in conseguenza delle frequenti assenze dal lavoro, senza però considerare le assenze che costituiscono esercizio di un diritto quali il diritto di sciopero).

L'ordinamento equipara poi all'atto discriminatorio anche l'ordine di discriminare posto in essere dal datore.

A ben vedere, in tutte queste ipotesi specifiche si è sempre in presenza di un concetto unitario di discriminazione.

In particolare, sia nel caso della discriminazione diretta che della discriminazione indiretta la legge ammette sempre che il datore possa porre in essere un atto, che si basa su un fattore vietato⁸, purché ne sia fornita "ragionevole giustificazione". Tramite il concetto di "ragionevole giustificazione", dunque, la legge

6 V. art. 2, d. lgs. n. 215/2003; art. 2, d. lgs. 216/2003; art. 25, d. lgs. 198/2006.

7 Rileva la nozione oggettiva di discriminazione, v. Cgue, 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker* e Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, in banca dati *DeJure*.

8 L'unica eccezione è costituita dalle discriminazioni per sesso: per la discriminazione diretta per ragioni di sesso non è ammessa alcuna causa di giustificazione se non quelle tassativamente previste dalla legge che consistono nel dare valore al sesso del lavoratore per

ammette che in certi casi il fattore discriminatorio possa essere posto a base della decisione datoriale (in via diretta o indiretta) e ciò può avvenire quando quel fattore è requisito essenziale e determinante per svolgere attività lavorativa (si pensi al caso della necessità che il lavoratore condivida l'ideologia del sindacato per essere funzionario dello stesso e, in conseguenza della possibilità di licenziare legittimamente il lavoratore-sindacalista, svolga attività di propaganda contraria alle posizioni del sindacato suo datore di lavoro)⁹.

Per completare il quadro è da porre in luce come per reprimere più efficacemente le discriminazioni, il legislatore abbia anche introdotto una parziale inversione dell'onere della prova: la legge prevede infatti che il ricorrente-lavoratore possa limitarsi a fornire «elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori»; se tale inizio di prova è fornito spetta allora al convenuto-datore di lavoro l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione¹⁰.

Ai sensi di legge il lavoratore deve quindi fornire solo un inizio di prova, mentre è il datore che deve fornire la prova piena della ragione lecita, non discriminatoria che ha determinato la sua decisione¹¹.

L'alleggerimento dell'onere della prova ha giocato un ruolo cruciale nella casistica giurisprudenziale già intervenuta in punto delle discriminazioni algoritmiche.

l'assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo «quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro o della prestazione».

- 9 Si è discusso se in tale contesto possa essere dato rilievo direttamente al profitto o alle preferenze della clientela. Ed in alcune discusse pronunce la Corte di Giustizia ha avallato questa lettura. Larga parte della dottrina ha espresso però disaccordo: i divieti di discriminazione sono stati introdotti per imporre all'impresa una organizzazione rispettosa delle caratteristiche della persona, salvo il caso in cui quelle caratteristiche protette dalla legge siano assolutamente imprescindibili per raggiungere il fine lecito che l'organizzazione si prefigge. Tale fine non può essere quello di profitto perché ragionare in questi termini vorrebbe semplicemente dire annullare i divieti di discriminazione, si veda Cgue, 14 marzo 2017, C-157/15, *Samira Achbita* e C-188/15, *Boungaoui*.
- 10 V. art. 40, d. lgs. n. 198/2006; art. 28, d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150. *Funditus* O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Futura, Roma, 2017, p. 351 ss.
- 11 V. Cgue, 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*; Cgue, 24 aprile 2013, C-81/12, *Accept*; Cass. SS. UU., 21 luglio 2021, n. 20819, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 3, p. 889 ss.

5. La giurisprudenza italiana in materia di discriminazioni algoritmiche: il caso di una discriminazione diretta per motivi sindacali (Trib. Bologna 20 dicembre 2020) e il caso di discriminazioni potenziali multifattoriali (Trib. Palermo 17 novembre 2023)

La giurisprudenza in Italia ha già affrontato e deciso alcuni casi in cui ha rilevato la sussistenza di discriminazioni attuate attraverso gli algoritmi.

Il primo – e forse più famoso – caso è quello deciso dal Tribunale di Bologna nella pronuncia del 20 dicembre 2020¹². La questione riguardava la piattaforma di *food delivery* Deliveroo, che svolge attività di consegna di pasti avvalendosi della collaborazione di *riders*.

La piattaforma – in virtù di un algoritmo denominato “Frank” – monitorava la performance dei *riders* ed in particolare permetteva loro di prenotare le fasce orarie in cui svolgere il servizio (*slot*) dando preferenza ai *riders* che avessero avuto alti punteggi; tali punteggi a loro volta discendevano dalla mancata assenza dei *riders* nei 14 giorni precedenti rispetto alle sessioni di lavoro già prenotate e non disdettate con almeno 24 ore di anticipo. Il *rider* che nei 14 giorni precedenti invece fosse risultato assente a sessioni di lavoro perdeva punti, con la conseguenza di venire postergato nella scelta degli *slot* orari della settimana successiva.

Il Tribunale pertanto riconosce in questa ipotesi la sussistenza di una discriminazione indiretta collettiva per ragioni sindacali: l'algoritmo Frank in quanto “cieco” – non dava infatti rilievo alle ragioni dell'assenza del lavoratore – penalizzava senza una ragionevole giustificazione coloro che partecipavano ad uno sciopero.

Infatti, la piattaforma Deliveroo non fornisce alcuna prova in giudizio della ragione tecnico-organizzativa alla base dell'algoritmo, ma si limita, con una affermazione tautologica, a dichiarare che «esso è sistema di tracciamento che deve ritenersi legittimo».

Riconosciuta dunque la discriminazione, il Tribunale di Bologna condanna Deliveroo alla sua eliminazione ed altresì al risarcimento del danno nei confronti dei ricorrenti.

Nel caso esaminato – è opportuno sottolinearlo – i ricorrenti erano le organizzazioni sindacali¹³.

12 Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, ordinanza, in banca dati *DeJure*, su cui v. M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 1, p. 104ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour&Law Issue*, 2021, 1, p. 3 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1, p. 204 ss.

13 Azione ex art. 28, l. n. 300/1970.

Il secondo caso è quello deciso dal Tribunale di Palermo con la pronuncia del 17 novembre 2023¹⁴. Anche in questo caso l'azione in giudizio è proposta dalle organizzazioni sindacali¹⁵.

La vicenda riguardava la piattaforma Foodinho – che come Deliveroo effettuava un servizio di consegna di pasti a domicilio –, la quale utilizzava un sistema di prenotazione degli *slot* ad opera di corrieri, legato al punteggio raggiunto dagli stessi ed elaborato da un algoritmo. I criteri utilizzati dall'algoritmo, però, erano più complessi del caso Deliveroo sopra esaminato, in quanto qui il sistema automatizzato teneva conto di diversi fattori, quali: le recensioni dei clienti, il numero di consegne effettuate negli ultimi 28 giorni, il lavoro prestato nelle ore a più alta domanda (nei *week end* e all'ora di cena), nonché le assenze dei lavoratori (come l'algoritmo Frank).

In questo caso il Tribunale riconosce la sussistenza di una discriminazione collettiva indiretta per una molteplicità di ragioni, non solo sindacali (quali l'età, l'handicap, i carichi familiari, le convinzioni religiose), ritenendo i lavoratori, in possesso di tali caratteristiche, svantaggiati rispetto ai colleghi, essendo loro precluso di prenotare gli *slot* orari in cui si concentrano per lo più le richieste della clientela e dunque di prestare la propria attività nelle fasce orarie più redditizie.

Insomma, il giudice ritiene che l'algoritmo realizzi una discriminazione potenziale, dal momento che, non tenendo conto, senza alcuna ragionevole giustificazione, di una molteplicità di condizioni personali dei *riders*, finisce per penalizzare (nell'assegnazione degli *slot* orari) quei *riders* che pongono in essere assenze nell'esercizio di precisi diritti.

D'altra parte, neppure in questo caso la società aveva fornito in giudizio la prova della sussistenza di ragioni di tipo organizzativo atte a giustificare il funzionamento dell'algoritmo, ma si era litata a richiamare genericamente «esigenze di tutela dei corrieri».

Il giudice di Palermo condanna dunque Foodinho a porre fine alle potenziali discriminazioni, ad adottare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate ed a risarcire il danno.

6. Conclusione

Giunti alla fine di questo intervento, mi sembra importante ribadire come in entrambi i casi decisi dai Tribunali italiani siano stati non i singoli

14 Su cui v. A. INGRAO, *Critica della ragione artificiale. La discriminazione algoritmica intersezionale e gli obblighi di parità di trattamento in ipotesi di impiego di sistemi decisionali automatizzati*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, 2, p. 170 ss.

15 V. anche Trib. Palermo, 21 giugno 2023, in banca dati *DeJure* e G. A. RECCHIA, *Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva*, in *Labour&Law Issue*, 2023, 1, p. 34 ss.

lavoratori, ma le organizzazioni sindacali a proporre azioni contro le discriminazioni algoritmiche.

Ugualmente importante è mettere in luce come in entrambi quei giudizi un ruolo centrale abbia giocato il mancato assolvimento da parte della piattaforma dell'onere della prova della ragionevole giustificazione. In effetti la piattaforma per soddisfare il proprio onere probatorio – fornendo una ragionevole giustificazione del trattamento peggiorativo riservato ad un lavoratore o ad un gruppo di lavoratori da parte dell'algoritmo – significa essenzialmente “disvelare” i meccanismi di funzionamento dell'algoritmo, spiegando di quali dati esso si nutra, quali siano le modalità del suo operare, quali specifici fini esso persegua.

L'onere della prova della discriminazione svolge dunque un ruolo cruciale per indurre le piattaforme a spiegare – seppur *a posteriori* – le modalità di funzionamento degli algoritmi. Per tal via, dunque, la normativa antidiscriminatoria diviene un utile strumento per il consolidarsi di un circolo virtuoso che veda da una parte l'implementazione *effettiva* degli obblighi d'informazione – verso i singoli lavoratori, ma anche verso le organizzazioni sindacali – e dall'altra la possibilità per i soggetti collettivi di incidere, in sede di contrattazione collettiva, nella scelta di algoritmi che non abbiano impatti negativi sui diritti delle persone.

Desafios Laborais para a IA e Robótica

Duarte Abrunhosa e Sousa

Rita Marques Nossa

SUMARIO: 1. Introdução à robótica, IA e discriminação em contexto laboral. – 2. Preconceitos nos sistemas de IA. – 3. Exemplos de Discriminação em IA e respetivos impactos. – 4. A Importância da programação. – 5. Aspetos Legais da IA e discriminação. – 6. Conclusões.

1. Introdução à robótica, IA e discriminação em contexto laboral

a) Robótica versus IA

Em primeiro lugar, impõe-se uma análise prévia que visa identificar o verdadeiro objeto do presente estudo. Robótica e inteligência artificial (IA) são dois conceitos distintos, embora frequentemente confundidos, dentro do campo da tecnologia.

A robótica¹ está principalmente preocupada com o design, construção e operação de robôs – que podemos identificar como máquinas programáveis capazes de realizar uma variedade de tarefas de forma autónoma ou semiautónoma. Essas tarefas podem variar desde ações repetitivas simples até sequências complexas que exigem precisão e adaptabilidade. A robótica abrange vários ramos do saber, tal como a engenharia mecânica, engenharia elétrica e ciência da computação para criar máquinas que podem interagir com o mundo físico. Portanto, aqui temos a materialização clássica da interação da máquina com o exterior.

Já a inteligência artificial tem sido entendida como «um sistema baseado em máquinas que, para objetivos explícitos ou implícitos, infere, a partir das informações que recebe, como gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões, que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais»². Pelo que, em contraste com a robótica, a IA está focada na criação de sistemas que podem realizar tarefas que tipicamente requerem inteligência humana. Isso inclui capacidades como aprender com dados que lhe são

1 Sobre o tema, D. ABRUNHOSA E SOUSA, *São os robots um mero instrumento de trabalho ou verdadeiros “trabalhadores”?*, em *Revista de Direito do Trabalho* – Edição Especial, versão eletrónica, 2019, p. RR-5.1-RR-5.7.

2 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico [OCDE], 2023 (OECD Legal Instruments), p. 7.

disponibilizados, estabelecer um raciocínio, resolver problemas, entender a linguagem natural e percepção. Os sistemas de IA podem ser puramente baseados em software, como algoritmos de aprendizagem de máquina e redes neurais, ou podem ser integrados em sistemas robóticos para aprimorar sua funcionalidade. Ou seja, IA é perfeitamente compatível com a robótica, mas é independente da relação com o mundo físico. Assim, compreender a distinção entre robótica e IA é crucial por vários motivos. Em primeiro lugar, ajuda a definir expectativas realistas sobre o que cada tecnologia pode alcançar. A robótica, por exemplo, destaca-se em tarefas físicas, enquanto a IA é mais adequada para tarefas cognitivas. Em segundo lugar, distinguir entre as duas permite esforços de pesquisa e desenvolvimento mais direcionados, garantindo que os avanços de um campo não ofusquem o outro. Por fim, auxilia na formulação de políticas e regulamentações que abordem os desafios únicos apresentados por cada tecnologia, promovendo inovação e implementação responsáveis. A robótica pode, portanto, externalizar as ações impostas pela IA.

b) Introdução da IA no local de trabalho

Ao longo dos últimos anos tem-se assistido à paulatina introdução da IA nos locais de trabalho, transformando-os quer por via da automatização de processos, melhorando a eficiência operacional e produtividade ou mesmo auxiliando na tomada de decisões, como também aumentar a eficiência e a produtividade, e até desempenhar um papel nos processos de recrutamento e avaliações de desempenho. Por exemplo, ferramentas com recurso a IA podem analisar grandes volumes de dados para identificar padrões que seriam difíceis de discernir para os seres humanos. Esta capacidade é particularmente valiosa em áreas como finanças, saúde e atendimento ao cliente, onde a tomada de decisões rápida e precisa é essencial. Basta pensar na influência que a IA pode desempenhar na investigação científica médica e/ou farmacêutica garantindo uma análise rápida de toda a literatura e experiências realizadas. Podemos ter aqui uma influência *game changer*. Vejamos alguns exemplos.

A implementação de *chatbots* e assistentes virtuais tem revolucionado o atendimento ao cliente. Estas ferramentas utilizam algoritmos de processamento de linguagem natural para interagir com os clientes, responder a perguntas frequentes e resolver problemas simples de forma autónoma. Tal não se afigura uma alteração capaz de melhorar apenas a experiência do utilizador, como também é um poderoso aliado na redução do volume de trabalho destas equipas.

Por outro lado, no âmbito da análise de dados, a análise preditiva suportada por técnicas de *machine learning* permite às empresas a agilização e sustentação dos processos de tomada de decisão, considerando a capacidade de análise de um grande volume de dados, permitindo, desta forma, identificar certos padrões e tendências. A mesma análise preditiva apresenta-se como uma

ferramenta interessante para a gestão de processos, prevendo o risco e otimizando os cronogramas definidos.

Uma das maiores vantagens da introdução da IA nos locais de trabalho está relacionada com uma maior viabilização do trabalho remoto, recorrendo a ferramentas de colaboração virtual e automatização de tarefas administrativas, considerando que os trabalhadores adstritos às mesmas ficam libertos para se dedicarem a atividades de maior valor e estratégicas, potenciando não só o aumento da produtividade da empresa, como o próprio desenvolvimento do trabalhador.

No que respeita à gestão de recursos humanos, os algoritmos de IA permitem a triagem automática de currículos, identificando os candidatos que melhor se adequam ao perfil pretendido, agilizando o processo de recrutamento. Refira-se, ainda, a importância que a IA pode representar no âmbito da formação profissional dos trabalhadores, potenciando a criação de programas de formação adequados, eficazes e direcionados para cada trabalhador, bem como, no âmbito da segurança e saúde no trabalho, permitindo a monitorização da saúde dos trabalhadores, sugerindo intervenções por forma a melhorar o seu bem-estar e a produtividade³.

No entanto, a integração da IA no local de trabalho não está isenta de desafios. Existem preocupações sobre a substituição de postos de trabalho devido à automação, a necessidade de requalificação e atualização de competências dos trabalhadores⁴, e as implicações éticas da tomada de decisões pela IA. Abordar estes desafios requer uma abordagem equilibrada que maximize os benefícios da IA enquanto mitiga os seus potenciais inconvenientes.

O relatório Draghi⁵ destaca que a IA está a transformar profundamente o mundo do trabalho e as relações laborais. A automação de tarefas rotineiras e repetitivas, possibilitada pela IA, está a levar a uma reestruturação significativa

3 Neste sentido, EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, *Impacto da Inteligência Artificial na Segurança e Saúde no Trabalho*, 2021, p. 3 (disponível em: Policy-brief-Impact-AI-OSH_PT.pdf). Apesar de a IA se apresentar como uma importante ferramenta neste domínio, a verdade é que 60% dos trabalhadores inquiridos num estudo da Accenture temem que a IA aumente o stress e o *burnout*, sendo que apenas 37% dos líderes vêem este avanço como um problema (vd. ACCENTURE, *Work, workforce, workers Reinvented in the age of generative AI*, disponível em Work, Workforce, Workers Age of Generative AI Report | Accenture. Nesse sentido, os empregadores deverão mitigar de forma adequada os riscos identificados que os sistemas de IA apresentam e que possam direta ou indiretamente impactar na saúde dos trabalhadores, avaliando regularmente estes efeitos (vd. U.S. DEPARTMENT OF LABOR, *Artificial Intelligence And Worker Well-Being – Principles And Best Practices For Developers And Employer*, p. 13 (disponível em: AI-Principles-Best-Practices.pdf).

4 Estima-se que Portugal tenha de requalificar 1,3 milhões de trabalhadores para aproveitar a IA e automação [cfr. Portugal vai ter de requalificar 1,3 milhões de trabalhadores para aproveitar IA e automação – ECO (consultado a 21.10.2024).

5 Vd. *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, p. 21 (disponível em 97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en).

dos empregos. Muitos postos de trabalho tradicionais estão a ser substituídos por sistemas automatizados, o que pode resultar em desemprego para trabalhadores que não possuem habilidades técnicas avançadas. No entanto, o relatório também aponta que a IA cria novas oportunidades de trabalho em setores emergentes, como o desenvolvimento de software, análise de dados e manutenção de sistemas de IA. A chave para mitigar os impactos negativos da automação está na requalificação e na educação contínua dos trabalhadores, preparando-os para as necessidades do mercado de trabalho do futuro.

Para além disso, o relatório Draghi sublinha que a IA está a alterar as dinâmicas das relações laborais. A implementação de sistemas de IA nas empresas pode melhorar a eficiência e a produtividade, mas também levanta questões sobre a privacidade e a vigilância dos trabalhadores. A capacidade da IA de monitorizar o desempenho e o comportamento dos funcionários em tempo real pode criar um ambiente de trabalho mais controlado e menos autónomo. Este novo contexto pode afetar a moral e a satisfação dos trabalhadores, levando a um aumento do stress e da ansiedade. Portanto, de acordo com este relatório, é essencial que as empresas adotem políticas transparentes e éticas no uso da IA, garantindo que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e que haja um equilíbrio entre a eficiência tecnológica e o bem-estar humano. Portanto, apesar de tudo, Draghi prefere identificar as oportunidades que a IA pode assegurar a futuro, pese embora critique, de uma forma geral, o excesso de regulamentação da EU e o problema que pode desencadear na inovação.

2. Preconceitos nos sistemas de IA

Apesar de tudo, o estudo do impacto nas relações laborais está essencialmente focado em temas relacionados com a automatização das decisões. É aqui que aparece com maior destaque a análise das questões relacionadas com o preconceito e o aumento de decisões discriminatórios suportadas em IA.

a) Questão principal: Sistemas de IA podem fomentar a discriminação?

Os sistemas de inteligência artificial (IA) aprendem a partir dos dados usados para programá-los. Conforme acima identificado, esses dados refletem preconceitos existentes na sociedade. Por este motivo, os sistemas de IA podem aprender e perpetuar esses preconceitos. Esta é uma preocupação significativa porque estas ferramentas estão a ser cada vez mais utilizada em processos críticos de tomada de decisão, como recrutamentos e aplicação das normas laborais⁶. A título de exemplo num contexto não laboral, um estudo da ProPublica revelou

6 A Autoridade para as Condições de Trabalho tem já recorrido a análises automatizadas de dados para punir empregadores em sede contraordenacional. No entanto, também aqui existe alguma crise quanto excesso de meios a que acede o Estado enquanto agente punidor, sendo desejável a dinamização de princípio de transparência (cfr., D. ABRUNHOSA E SOUSA,

que um sistema de IA usado no sistema de justiça criminal era tendencioso contra afro-americanos, prevendo taxas de reincidência mais altas para eles em comparação com réus brancos com perfis semelhantes⁷. Isso demonstra como a IA pode perpetuar e até exacerbar preconceitos sociais existentes se não for cuidadosamente gerida. A sua utilização nas relações laborais não terá um contexto diferente.

b) Viés originário

Podemos identificar diferentes tipos de viés associados a IA. Assim, entendemos que o viés pode originar-se através da própria criação do sistema de IA. Neste caso, referimo-nos ao preconceito introduzido, ainda que de forma não intencional, pelos autores do sistema ou ferramenta que recorre a mecanismos de IA. Vejamos o exemplo de uma plataforma de IA que é projetada para fazer previsões com base em certos tipos de dados, mas esses dados não são representativos de todos os grupos demográficos, o sistema pode tornar-se preconceituoso. Este tipo de viés é frequentemente introduzido durante as fases iniciais do desenvolvimento do sistema, pelo que deve ser identificado como “viés a montante” ou “viés originário”. Assim, se um sistema de reconhecimento facial for treinado principalmente com imagens de indivíduos de pele clara, pode ter um desempenho imprevisível com indivíduos de pele escura. Esta falta de representatividade nos dados pode levar a resultados preconceituosos, destacando a responsabilidade dos programadores em garantir conjuntos de dados diversos e inclusivos.

Um exemplo deste comportamento é o estudo de Buolamwini e Gebru, que descobriu que os sistemas comerciais de IA tinham taxas de erro significativamente mais altas para rostos de pele escura e femininos em comparação com rostos de pele clara e masculinos. Isso sublinha a importância de usar conjuntos de dados diversos na preparação de IA⁸.

Deste modo, torna-se importante identificar as situações onde o preconceito é originário da própria ferramenta de IA adquirida e não em resultado da sua utilização por parte do empregador. Este fator é relevante para aferir a existência de culpa na conduta discriminatória identificada.

Agenda do Trabalho Digno – aspetos procedimentais e processuais quanto à fiscalidade e controlo de normas laborais, XIII Colóquio de Direito do Trabalho, 2024, p. 50-51 – no prelo).

- 7 ProPublica. “Machine Bias”. Sobre a necessidade de proteção das empresas face ao poder público no âmbito das infrações laborais face à interconexão de dados vd. D. ABRUNHOSA E SOUSA, *op. cit.*, p. 46-51.
- 8 J. BUOLAMWINI, T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018.

c) Viés superveniente

Mesmo que um sistema de IA seja programado com dados imparciais, ainda assim pode ser usado de forma preconceituosa. Podemos designar esta conduta como “viés a jusante” ou “viés superveniente”. Um sistema de IA usado para decisões de recrutamento pode ser aplicado de forma mais rigorosa a candidatos de certos grupos demográficos. Isso pode acontecer se os resultados do sistema forem interpretados ou aplicados de maneira tendenciosa por utilizadores humanos. O viés a jusante sublinha a importância não só de projetar sistemas de IA justos, mas também de implementá-los de maneiras que promovam a equidade. Isto requer monitorização e avaliação contínuas para garantir que as aplicações de IA não perpetuem inadvertidamente a discriminação. Quanto a este aspeto, o uso de IA no recrutamento pode ser crítico. No entanto, pese embora seja relevante haver cuidado na elaboração dos algoritmos de apoio, convém ter em conta que existe maior risco de discriminação em decisão realizadas por pessoas do que por IA.

3. Exemplos de Discriminação em IA e respetivos impactos

Apesar dos inúmeros benefícios, os sistemas de IA também podem tornar-se facilitadores de discriminação se não forem devidamente projetados e implementados. A discriminação pode ocorrer quando os sistemas de IA são inadequadamente programados ou quando perpetuam inadvertidamente os preconceitos existentes nos dados em que foram treinados. Por exemplo, um sistema de IA usado em processos de recrutamento pode favorecer candidatos de certos grupos demográficos se os dados refletirem preconceitos históricos. Todavia, este risco existe mesmo que não haja recurso a este tipo de ferramentas, uma vez que o ser humano tem, por natureza, vários vieses que influenciam as suas decisões.

Ora, o impacto de tais preconceitos pode ser profundo, levando a um tratamento injusto dos candidatos ou trabalhadores e a possíveis desafios legais para as organizações. No entanto, temos de ter em conta que é essencial reconhecer que os sistemas de IA não são inerentemente tendenciosos; em vez disso, eles refletem os preconceitos presentes nos dados e as suposições feitas durante o seu desenvolvimento. O viés na IA pode manifestar-se de várias formas, como algoritmos, dados e resultados tendenciosos. Analisar estes preconceitos requer uma abordagem abrangente que inclua dados diversos e representativos, técnicas de deteção e mitigação de preconceitos, e monitorização e avaliação contínuas dos sistemas de IA. Deste modo, quando existe uma preocupação sobre a discriminação que possa ser promovida pela IA, não podemos deixar de ter em conta que as ações adotadas com base

na decisão humana têm um risco muito mais elevado de manifestarem preconceitos. Portanto, pese embora se reconheça os riscos, admite-se que esses riscos já são correntes quando não se recorre a, por exemplo, algoritmos. Na verdade, acaba por ser muito fácil de identificar e corrigir uma conduta discriminatória baseada em preconceito numa ferramenta suportada em IA do que aquela praticada através de um ser humano⁹.

A título de exemplo, em 2014, a *Amazon* desenvolveu um algoritmo de recrutamento para ajudar os RH na contratação de novos trabalhadores que filtrava de forma automática os currículos enviados pelos candidatos para certas posições¹⁰. Após algumas queixas e uma análise aprofundada, verificou-se que o algoritmo era “discriminatório contra mulheres”. Foi descoberto que eram rejeitados currículos perfeitamente aceitáveis (apenas de mulheres), com base em certas características (por exemplo, hobbies das candidatas). O problema surgiu, desde logo, devido à sub-representação feminina no armazenamento dados da *Amazon*, referentes aos currículos recebidos pela empresa ao longo de dez anos. Ora, a maioria dos currículos recebidos no decurso desse período eram de homens, pelo que o algoritmo acabou por criar uma tendência de seleção enviesada, favorecendo o sexo masculino. Ou seja, ainda que a *Amazon* não utilizasse o género como variável no seu modelo, o algoritmo captou certas características relacionadas com um determinado conjunto de dados. Neste caso, o referido algoritmo de contratação distorceu as decisões de seleção, com base num conjunto de dados não representativos – a falta de mulheres em áreas de liderança em empresas de tecnologia –, prejudicando grupos sub-representados, dando origem a este preconceito estrutural¹¹.

Assiste-se, ainda, à “contaminação” de certas ofertas de empresas por estereótipos de género. Em 2020, a organização *AlgorithmWatch* publicou no *Facebook* dois anúncios fictícios de emprego. Uma vaga era para motorista de camião e a outra para um educador. Os próprios algoritmos de IA do Facebook decidiram para quem exibir cada anúncio. Como resultado, o anúncio da vaga para motorista de camião foi exibido para 4.864 homens e apenas 386 mulheres, enquanto o anúncio para educador, que foi postado simultaneamente, foi exibido para 6.456 mulheres, mas apenas 258 homens. Assim, se um sistema de IA usado

9 Daí a importância do “direito à supervisão humana” (sobre o tema, vd. J. ADAMS-PRASSL, S. RAKSHITA, H. ABRAHA, M. SIX SILBERMAN, *Towards an international standard for regulating algorithmic management: a blueprint*, in M. MOCELLA, E. SYCHENKO (ed.), *The quest for labour rights and social justice Work in a changing world*, F. Angeli, Milan, 2024, p. 245 (disponível em: PDF view of the file 10300.3 MOCELLA OA.pdf).

10 Sobre o tema, veja-se G. M. DE LIMA VIANA, C. SPERANDEO DE MACEDO, *Inteligência Artificial E A Discriminação Algorítmica: Uma Análise Do Caso Amazon*, em *Revista Eletrônica Direito & TI*, [S. l.], 2024, v. 1, n. 19, p. 39–62, Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/212>. E ainda, J. DASTIN, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Reuters. 10/10/2018, em: <https://www.reuters.com/article/idUSKCN1MK0AG/>.

11 Vd. *The Greenlining Institute, Algorithmic Bias Explained*, 2021, p. 13.

para triagem de currículos ou contratação tem um viés, ele pode favorecer certos grupos em detrimento de outros, poderá suceder que pessoas qualificadas ignoradas para oportunidades de emprego com base em seu gênero, raça, idade ou outros fatores discriminatórios.

Consideramos ainda que a IA também pode perpetuar as diferenças salariais existentes. Por exemplo, se um sistema de IA é usado para determinar salários ou aumentos e é programado com dados que refletem a atual disparidade salarial de gênero ou racial, pode continuar com essa tendência. É aqui que está a janela de oportunidade para os legisladores.

4. A Importância da programação

Para mitigar o risco de discriminação, é absolutamente crucial que os sistemas de IA sejam projetados e utilizados de maneiras que minimizem o viés e promovam a equidade no local de trabalho. Para alcançar estes objetivos, é importante ter em conta algumas boas práticas.

Em primeiro lugar, deve recorrer a dados diversos e representativos. Assim, pretende-se garantir que os dados usados para treinar os sistemas de IA sejam diversos e representativos da população onde vão estar integradas. Este fator ajuda a reduzir a probabilidade de resultados tendenciosos e promove a justiça na tomada de decisões da IA. Por outro lado, deve ser assegurado um sistema de detecção e mitigação de viés. Desta forma, devem ser implementar técnicas para detetar e mitigar vieses nos algoritmos de IA. Isso inclui o uso de métricas de justiça, a realização de auditorias e a aplicação de métodos de correção de viés. Este autocontrolo pode afastar desconformidades de forma eficaz.

Relativamente à transparência e responsabilidade, devem ser desenvolvidos sistemas de IA transparentes onde os processos de tomada de decisão sejam compreensíveis e responsáveis. Para este efeito deve fornecer explicações para as decisões da IA, documentar o processo de desenvolvimento e estabelecer linhas claras de responsabilidade¹². Por fim, é fundamental garantir auditorias regulares. A realização de auditorias regulares dos sistemas de IA garante que continuem a operar de forma justa e equitativa. Isso inclui monitorizar novos vieses, avaliar o impacto das decisões da IA e fazer os ajustes necessários nos algoritmos e dados.

Com a adesão a estas práticas, as organizações podem aproveitar as potencialidades da IA enquanto protegem contra seu potencial de perpetuar a discriminação. Esta abordagem não só promove um local de trabalho mais justo, mas também aumenta a credibilidade e a eficácia das aplicações de IA. Além disso,

12 Neste sentido, vd. U.S. DEPARTMENT OF LABOR, *Artificial Intelligence And Worker Well-Being – Principles And Best Practices For Developers And Employer*, p. 13 (disponível em: AI-Principles-Best-Practices.pdf).

promover práticas éticas de IA pode levar a uma maior confiança e aceitação das tecnologias de IA entre os trabalhadores e partes interessadas, contribuindo, em última análise, para o sucesso a longo prazo das iniciativas de IA.

5. Aspetos legais da IA e discriminação

Em Portugal, a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, alterou o Código do Trabalho¹³ (doravante, CT), no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, regulando, entre outras matérias, o uso de algoritmos e sistemas de inteligência artificial nas relações de trabalho.

O CT passou a prever, na al. o) do art. 3.º, que quando se trate «[d]o uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente no âmbito do trabalho nas plataformas digitais», as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Adicionalmente, prevê-se, expressamente, no art. 24.º do CT, que os direitos à igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso ao emprego, na formação e promoção ou carreira profissionais e nas condições de trabalho, não podem ser prejudicados pela «tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial» (n.º 3).

No plano do dever de informação, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional passam a integrar o rol de matérias sobre as quais aquele é devido, aos trabalhadores (art. 106.º, n.º , al. s), comissão de trabalhadores (art. 424.º, n.º 1, al. j) e delegados sindicais (art. 466.º, n.º 1, d), prevendo-se neste caso também o direito à consulta).

Note-se que, sem prejuízo da bondade e pertinência da regulamentação desta matéria no âmbito laboral, o empregador encontrava-se já vinculado, no âmbito da proteção de dados pessoais, à obrigação de informação aos trabalhadores, bem como, restrições relativamente à existência de decisões automatizadas.

O enquadramento legal da IA no Código do Trabalho português foi recentemente reforçado com a implementação do Regulamento da Inteligência Artificial da União Europeia, que entrou em vigor a 1 de agosto de 2024.

As novas regras estabelecem obrigações para os fornecedores e utilizadores em função do nível de risco da IA (inaceitável, elevado, limitado e mínimo).

O Regulamento distingue dois grupos dentro dos sistemas de risco elevado: os sistemas ligados à legislação harmonizada sobre segurança dos produtos

13 Alteração legislativa que entrou em vigor a 1 de maio de 2023.

(Anexo I) e os sistemas incluídos no Anexo II, que, devido ao âmbito em que são utilizados e ao uso específico a que se destinam, apresentam, em princípio, risco elevado. Temas relacionados com emprego, gestão dos trabalhadores e acesso ao trabalho por conta própria serão considerados como de risco elevado¹⁴. São práticas de IA proibidas: a utilização de sistemas de IA concebidos para reconhecer emoções nos locais de trabalho, de categorização biométrica para inferir dados sensíveis (raça, filiação sindical, orientação sexual). Nesse âmbito, são de risco elevado os sistemas de IA para selecionar ou contratar pessoal, anunciar empregos, analisar e filtrar candidaturas e avaliar candidatos; tomar decisões sobre condições de trabalho ou promoção ou extinção da relação laboral; atribuir tarefas com base no comportamento, traços ou características da pessoa; assim como supervisionar e avaliar o desempenho e comportamento dos trabalhadores.

Não obstante, a classificação dos sistemas de IA no âmbito laboral como sendo de risco elevado pode ser excepcionada, na ausência de um risco significativo, suscetível de causar danos à saúde, segurança ou aos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como se não influenciarem significativamente a tomada de decisões¹⁵.

O regulamento impõe aos empregadores ainda o dever de informar os trabalhadores e os seus representantes quando seja implementado ou utilizado um sistema de IA de risco elevado no local de trabalho¹⁶, bem como formá-los, por forma a garantir que exista alguma literacia neste âmbito¹⁷.

Os responsáveis pela implantação são organismos de direito público ou operadores privados que prestam serviços públicos e operadores que fornecem sistemas de risco elevado, devendo realizar uma avaliação de impacto sobre os direitos fundamentais e notificar os resultados à autoridade nacional. A referida avaliação deve consistir numa descrição dos processos dos responsáveis pela

14 «Os sistemas de IA de risco elevado, como os utilizados em diagnósticos de doenças, condução autónoma e identificação biométrica de pessoas envolvidas em atividades criminosas ou investigações criminais, devem cumprir requisitos e obrigações rigorosos para entrarem no mercado da UE. Estes requisitos incluem testes rigorosos, transparência e supervisão humana» (vd. Regulamento Inteligência Artificial - Consilium).

15 Ponto a ser desenvolvido pela Comissão Europeia, com exemplos práticos de utilizações de sistemas de IA de risco elevado.

16 As informações devem ser fornecidas nos termos do direito e das práticas da UE ou nacionais. Sobre o tema vide *Regulamento (UE) LA – Um Quadro Jurídico Pioneiro sobre Inteligência Artificial – Guia prático*, julho de 2024 (disponível em: regulamento-ia-guia-pratico-669119a-441de4920253896.pdf).

17 Na mesma linha, Draghi: «(...) fornecer aos trabalhadores as competências e formação adequadas para utilizar a IA pode ajudar a tornar os benefícios da IA mais inclusivos. Num estudo recente, foi constatou-se que o acesso à assistência de IA aumentava a produtividade para todos os trabalhadores, mas que seriam os funcionários menos experientes ou de baixa qualificação beneficiavam mais» (vd. *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, p. 21).

implantação em que o sistema de IA de risco elevado será utilizado, (ii) do período de tempo e frequência em que o sistema de IA de risco elevado se destina a ser utilizado, (iii) das categorias de pessoas singulares e grupos suscetíveis de serem afetados pela sua utilização no contexto específico, dos riscos específicos de danos suscetíveis de afetar as categorias de pessoas ou grupos de pessoas afetadas, (iv) numa descrição da aplicação de medidas de supervisão humana e das medidas a tomar em caso de materialização dos riscos.

Ora, conforme menciona Cristina Romariz¹⁸, é importante que os empregadores adotem um plano de ação por forma a perceber qual é a sua posição no caso em específico e quais as obrigações que terá de adotar por forma a evitar potenciais coimas conforme especificado no próprio Regulamento na legislação laboral nacional ou eventuais indemnizações por violações dos direitos fundamentais das pessoas afetadas (p. ex., privacidade, proteção de dados, discriminação algorítmica e liberdade sindical)¹⁹.

Quanto a nós, a regulamentação comunitária recente surge ainda a tempo de acompanhar a evolução da IA, designadamente, no âmbito das relações de trabalho. No entanto, acompanhamos Aloisi A., De Stefano²⁰, ao referir que o instrumento legislativo segue uma lógica de mitigação de riscos, ao invés de seguir um paradigma predominantemente preventivo e dinâmico, o qual nos parece mais adequado.

6. Conclusões

1. A IA é uma ferramenta poderosa, mas não é perfeita: A IA tem o potencial de transformar o local de trabalho de forma positivas, mas também pode perpetuar e amplificar a discriminação se não for cuidadosamente projetada e implementada.
2. A necessidade de regulamentação: Existe uma necessidade urgente de legislação mais forte para prevenir a discriminação na IA. Isso pode incluir requisitos para auditorias de viés e transparência na tomada de decisões da IA. Algum tem sido feito em Portugal e na UE com vista a criar um enquadramento legal equilibrado.

18 C. ROMARIZ, *A 1 de Agosto entra em vigor o Regulamento da Inteligência Artificial. Já o conhece? E que impacto laboral terão as obrigações e proibições?*, disponível em A 1 de Agosto entra em vigor o Regulamento da Inteligência Artificial. Já o conhece? E que impacto laboral terão as obrigações e proibições? – Human Resources.

19 As queixas podem ser apresentadas por representantes dos trabalhadores, sindicatos, pelos próprios trabalhadores, pela Autoridade para as Condições do Trabalho ou pela autoridade de controlo que supervisiona o Regulamento da IA.

20 A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Between risk mitigation and labour rights enforcement: Assessing the transatlantic race to govern AI-driven decision-making through a comparative lens*, em *European Labour Law Journal*, 2023, 14(2).

3. O papel dos seres humanos na IA: Os humanos desempenham um papel crucial na prevenção da discriminação na IA. Isso inclui a responsabilidade de projetar sistemas de IA de maneira justa, bem como a necessidade de os utilizadores humanos entenderem e questionarem as decisões da IA. Este aspeto está claro não só quando nos referimos à sua fase originário, como superveniente. No entanto, o risco é sempre maior quanto menor for a intervenção automatizada, uma vez que todas as pessoas têm os seus vieses.
4. O caminho regulatório está em curso na UE: vamos esperar que a regulação seja eficaz para lidar com os desafios futuros, pesa embora ainda não seja possível identificar do impacto que o novo regulamento irá ter nas relações de trabalho no espaço da EU.

L'informazione algoritmica nel diritto del lavoro spagnolo: orizzonti espansivi di democratizzazione¹

Stefano Bini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo. – 3. Il ruolo centrale della contrattazione collettiva, nel prisma del *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* (V AENC). – 4. Dall'informazione alla consultazione e oltre. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In quello che è stato opportunamente definito come l'«arduo cammino della regolazione»² del lavoro nell'economia digitale, lo studio di alcuni aspetti dell'esperienza normativa spagnola può apportare utili elementi interpretativi di carattere generale, ben al di là dei confini tra ordinamenti giuridici.

Ebbene, nelle pagine che seguono si intende riflettere attorno alla regolazione del diritto di informazione per così dire “digitale” o “algoritmico”, di cui all'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo, al fine di ricostruire brevemente il relativo quadro normativo di riferimento e, successivamente, proporre un ragionamento d'insieme attorno alle traiettorie di democratizzazione del lavoro digitale che pare opportuno esplorare.

1 Il presente studio fa parte della produzione scientifica elaborata nell'ambito dei seguenti progetti di ricerca: *Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España”* (PID2022-141201OB-I00); *Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco sociolaboral”* (PID2022-1394880B-I00); *Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”* (PDI2021-122537NB-I00); *Proyecto financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Comunitat Valenciana, sobre “La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición Digital, Ecológica, Territorial y hacia la Igualdad en la diversidad”* (CIGE/2022/171).

2 P. TULLINI, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 2018, pp. 171-195.

2. L'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo

Come si è accennato, il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dall'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo: si tratta di una norma relativamente recente, che è stata introdotta solamente nel 2021, per mezzo della c.d. “*Ley Rider*”, cioè il Regio Decreto-legge 9/2021, dell'11 maggio, «mediante il quale si è proceduto a modificare il testo consolidato della Legge dello Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 di ottobre, al fine di garantire i diritti delle persone che si dedicano alle consegne nell'ambito di piattaforme digitali».

Si tratta di un intervento normativo particolarmente significativo, frutto del dialogo sociale, come moltissimi nella stagione riformatrice recente, caratterizzata in ambito lavoristico (e non solo) da importanti progressi condivisi con le parti sociali, vere coprotagoniste dello sviluppo normativo in materia. Ebbene, oltre che l'aspetto per così dire metodologico cui si è appena fatto cenno, la “*Ley Rider*” riveste una certa importanza in ragione di ciò, che interviene lungo due linee di regolazione particolarmente significative: da una parte, perché introduce la «presunzione di subordinazione nel campo delle piattaforme digitali di distribuzione»³, ponendo così fine a una *vexata quaestio*, sulla quale – in Spagna come in altri ordinamenti, com'è noto – ricco è il panorama di pronunce giurisprudenziali⁴; dall'altra parte, il Regio Decreto-legge 9/2021 è degno di

3 Il Regio Decreto-legge 9/2021, dell'11 maggio (*«por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales»*) introduce nello Statuto dei Lavoratori la *Disposición Adicional 23ª*, secondo la quale: *«Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma»*.

4 Tra le altre, si segnalano le pronunce di seguito indicate, con esclusivo riferimento al panorama giurisprudenziale spagnolo: *in primis*, STS, *Pleno* y *sin votos particulares*, 25 settembre 2020 (rec. 4746/2019). Nel senso del riconoscimento del carattere subordinato della prestazione svolta dai *riders*, SSTSJ Cataluña (*Pleno*) 21 febbraio 2020 (rec. 5613/2019); 7 e 12 maggio 2020 (rec. 6774/2019; rec. 5613/2019); 16 giugno 2020 (rec. 5997/2019); SSTSJ Madrid 3 febbraio 2020 (rec. 749/2019); 18 dicembre 2019 (rec. 714/2019); (*Pleno*) 27 novembre 2019 (rec. 588/2019); 17 gennaio 2020 (rec. 1323/2019); STSJ CyL/Valladolid 17 febbraio 2020 (rec. 2253/2019); STSJ Asturias 25 luglio 2019 (rec. 1143/2019). In senso contrario al riconoscimento del carattere subordinato della prestazione di lavoro resa dai *riders*, si veda invece: STSJ Madrid 19 settembre 2019 (rec. 195/2019).

nota anche perché inserisce nello Statuto dei Lavoratori spagnolo un'innovativa "versione digitale" del diritto di informazione dei rappresentanti dei lavoratori⁵.

E invero, introducendo la lettera d) nel comma 4 dell'art. 64 dello Statuto dei Lavoratori, il Legislatore spagnolo ha contemplato un diritto di informazione avente ad oggetto «i parametri, le regole e le istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di intelligenza artificiale che influiscono sui processi decisionali che possono incidere sulle condizioni di lavoro, l'accesso e la conservazione del lavoro, compresa la profilazione»⁶.

In altri termini, attraverso la previsione di uno specifico diritto di informazione algoritmica, il Legislatore ha inteso facilitare la comprensione e la conoscenza delle dinamiche di funzionamento dei processi di digitalizzazione del lavoro nell'impresa, mettendo così i rappresentanti delle persone lavoratrici nelle condizioni di "sapere" come funzionano gli algoritmi impiegati, come si "incastrano" gli ingranaggi che stanno dietro la loro attività e, dunque, quali codici, parametri, "metriche" e "logiche" governano i meccanismi digitali che consentono l'automazione delle decisioni che incidono sui rapporti di lavoro e, quindi, sui diritti delle persone che lavorano.

Chiaramente il "sapere" deve implicare necessariamente il "comprendere", il "capire" e, quindi, condurre al "controllare": precisamente l'esercizio di un controllo di legalità sulle decisioni del datore di lavoro che incidono sulle persone che lavorano rappresenta il fulcro della *ratio* dell'intervento normativo, pionieristico in Europa.

In altre parole, attraverso tale specifica previsione normativa, il Legislatore spagnolo contribuisce in un certo senso a "sollevare il velo" e dipanare l'alone di mistero che avvolge i processi, intrinsecamente complessi, di digitalizzazione del lavoro e nel lavoro, così dirompenti e pervasivi.

5 Cfr. articoli 5, 114, 115, 151 e 153 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nonché la Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori - Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori. Nell'orizzonte dottrinale, si vedano tra gli altri: A.J. VALVERDE ASENCIO y S. GÁLVEZ DURÁN, *Comentario al artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores "Derechos de información y consulta y competencias"*, in S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2022; F. NAVARRO NIETO, *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del Trabajo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; D. ÁLVAREZ ALONSO, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

6 Traduzione dell'art. 64, comma 4, lettera d), Testo Consolidato dello Statuto dei Lavoratori: «El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: (...) d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

E invero, «gli sviluppi dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi si inseriscono, in modo progressivo e quasi naturale, nel processo decisionale sul lavoro, per influenzare l'insieme degli eventi che configurano la dinamica dei rapporti di lavoro. Le decisioni in materia di assunzione, promozione, modifica delle condizioni di lavoro e risoluzione del contratto possono essere prese dall'impresa sulla base dei dati ottenuti in modo automatizzato e senza l'intervento umano»⁷.

Di talché, come si legge nello stesso preambolo (letteralmente nell'«Esposizione dei motivi») del Regio Decreto-legge 9/2021, «Gli algoritmi meritano la nostra attenzione e analisi, per i cambiamenti che stanno introducendo nella gestione dei servizi e delle attività aziendali, in tutti gli aspetti delle condizioni di lavoro e soprattutto perché tali alterazioni si stanno verificando in modo estraneo al modello tradizionale di partecipazione dei lavoratori all'impresa (...)»⁸.

Ecco, dunque, che la riforma del 2021 del diritto di informazione nell'ordinamento spagnolo dimostra chiaramente che, nell'approccio al «come» si costruiscono i processi di digitalizzazione del lavoro nell'impresa, occorre porre al centro dell'attenzione «*el tema del control digital de la dirección de la organización del trabajo en el espacio del interés colectivo*», superando e correggendo così la tendenza espansiva che sta sperimentando il «*dominio unilateral por parte del empleador de las medidas de control del proceso de producción y la determinación de las condiciones de trabajo*»⁹.

Non v'è dubbio, infatti, che solamente attraverso un rilancio degli spazi partecipativi e delle dinamiche collettive di informazione (e consultazione, come meglio si dirà in appresso), potrà realmente conseguirsi il complesso obiettivo di contribuire al riequilibrio dell'asimmetria informativa che caratterizza ontologicamente il rapporto di lavoro subordinato, ma che, proprio per effetto della trasformazione digitale, sta subendo un'espansione senza precedenti, con una pericolosa tendenza individualistica alla disintermediazione.

In questo senso, pare imprescindibile promuovere percorsi orientati alla promozione della partecipazione delle parti sociali all'elaborazione prima e al funzionamento poi dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nelle imprese: in questo senso, è ai contratti collettivi che occorre volgere lo sguardo, in ottica attuativa della previsione di cui all'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori, ma anche e soprattutto in ottica espansiva del relativo perimetro partecipativo.

Così, al fine di garantire l'effettiva ed efficace informazione dei rappresentanti delle persone che lavorano, evitando così – *in primis* – profili di discriminatorietà

7 Traduzione di R. GÓMEZ GORDILLO, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, in *Temas Laborales*, 2021, n. 157, p. 162.

8 *Exposición de motivos* (II), *Real Decreto-ley* 9/2021, dell'11 maggio.

9 A. BAYLOS GRAU, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, in *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 maggio 2021, <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html> (data ultima visita: 14 agosto 2024).

nell'assunzione di decisioni automatizzate, si reputa indispensabile la condivisione di informazioni da parte dell'impresa circa elementi cruciali del processo algoritmico, quali quelli che si indicano di seguito: la stessa esistenza di un processo decisionale automatizzato nell'ambito della gestione dell'impresa e del lavoro, gli specifici algoritmi utilizzati, nonché i criteri e i parametri impiegati nella dinamica di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, i dati che "alimentano" i sistemi di intelligenza artificiale elaborati e usati (unitamente all'indicazione della loro origine e provenienza), le conseguenze e gli "output" della decisione automatizzata.

3. Il ruolo centrale della contrattazione collettiva, nel prisma del *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* (V AENC)

A conferma della centralità della dimensione collettiva nella costruzione dei processi di digitalizzazione del lavoro nell'impresa e, quindi, dell'indispensabile protagonismo delle parti sociali nell'orientare la transizione tecnologico-digitale verso mete che siano realmente "human-centric", merita volgere lo sguardo – rimanendo sempre nell'ambito dell'ordinamento spagnolo – al *V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva* (V AENC), sottoscritto nel maggio 2023 tra i sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale CCOO e UGT e le organizzazioni datoriali CEOE e CEPYME.

Invero, tra i differenti profili tematici presi in considerazione dalle parti sociali e, quindi, selezionati per la loro rilevanza, nell'ottica della loro trattazione nella contrattazione collettiva nell'orizzonte temporale di vigenza dell'accordo (2023-2025), un ruolo di grande rilievo è rivestito dalla "Transizione tecnologica, digitale ed ecologica". Ad essa è, infatti, dedicato il capitolo XVI del V AENC, che presenta così una visione intrinsecamente unitaria di quelle che sono state – a ragione – definite come le "twin transitions", le transizioni "gemelle"¹⁰.

Ebbene, guardando alla struttura del capitolo in questione, merita evidenziare che le parti firmatarie del V AENC delineano un profilo abbastanza nitido di "Transizione tecnologica e digitale" (paragrafo 1 del capitolo XVI), richiamando l'"Accordo quadro europeo sulla digitalizzazione" (paragrafo 2 del capitolo XVI), per poi focalizzare l'attenzione su "Intelligenza artificiale (AI) e garanzia del principio di controllo umano e diritto all'informazione sugli algoritmi" (capitolo XVI, paragrafo 4).

10 S. MUENCH, E. STOERMER, K. JENSEN, T. ASIKAINEN, M. SALVI, F. SCAPOLO, *Towards a green and digital future*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022. V. C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental. Un compromiso social y ecológico*, Bomarzo, Albacete, 2018.

Andando direttamente al cuore della questione, dopo aver riconosciuto il carattere strategico per il futuro delle imprese e per l'incremento della produttività e della competitività, le parti sociali evidenziano che, «al fine di favorire una transizione equa, inclusiva e vantaggiosa per tutte le parti, è fondamentale che i contratti collettivi settoriali e aziendali incorporino misure volte a far fronte a queste sfide, in linea con quanto stabilito nell'Accordo Quadro Europeo sulla Digitalizzazione e nel presente AENC, adattando queste misure alle realtà di ogni settore, attività e impresa e anticipandone gli impatti sui luoghi di lavoro»¹¹.

Risulta così evidente che *«las partes expresan así una clara opción axiológica, presentando una puntual visión de que transición digital consideran oportuno construir de manera participativa: una visión fundada en la justicia, la inclusividad y el carácter beneficioso de la misma “para todas las partes”. Así, en una lógica teleológica, de cara a la consecución de este objetivo clave, se destaca – de una manera totalmente compartida – la importancia de la inserción, en los convenios colectivos, tanto sectoriales como de empresa, de medidas que, en concreto, a la luz del específico contexto de referencia, sean capaces de permitir hacer frente a los retos planteados por la revolución digital»*¹².

In altri termini, prevedendo l'inserimento nei contratti collettivi, di misure che, tenendo in conto le specificità proprie del contesto di riferimento, siano in grado di consentire di far fronte alle sfide poste dalla rivoluzione digitale, le parti definiscono la rotta da seguire in concreto, al fine di rendere effettivamente condiviso, da un punto di vista sociale, il processo di digitalizzazione.

Invero, si legge nel V AENC: «i contratti collettivi di settore e aziendali devono promuovere e stimolare la trasformazione digitale sul posto di lavoro nel quadro di processi partecipativi e riteniamo opportuno che stabiliscano procedure concrete di informazione preventiva della rappresentanza legale delle persone che lavorano, circa i progetti aziendali di digitalizzazione e del loro impatto sull'occupazione, sulle condizioni di lavoro e sulle esigenze di formazione e adattamento professionale dei lavoratori, puntando sulla formazione continua per il miglioramento delle competenze digitali dei lavoratori, che faciliti questa transizione in azienda»¹³.

Risulta, dunque, essenziale stabilire procedure concrete e puntuali, attraverso le quali i rappresentanti legali delle persone lavoratrici siano efficacemente messi nelle condizioni di esercitare pienamente ed effettivamente il loro diritto di informazione, conoscendo tempestivamente – e, quindi, *ex ante* – i codici di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale progettati e/o utilizzati nell'impresa per l'organizzazione del lavoro.

11 Traduzione di *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

12 S. BINI, *Sindacato y algoritmo: apuntes en el prisma del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, in Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2023, n. 108, pp. 67-68.

13 Traduzione di *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

E invero, proprio dall'efficace procedimentalizzazione dei percorsi di informazione algoritmica passa la realizzazione di una visione della digitalizzazione del lavoro che sia realmente costruita come processo sociale condiviso.

Così, proprio a partire dalla premessa secondo la quale i processi di automizzazione e digitalizzazione del lavoro e di organizzazione dello stesso non possono prendere forma per impulso esclusivamente unilaterale del datore di lavoro, occorre «*garantizar la presencia del sindicato en la gestión de los procesos de innovación tecnológica*»¹⁴.

Ebbene, proprio al fine di garantire l'effettiva presenza del sindacato e, più in generale, della rappresentanza delle persone lavoratrici, nella gestione dei processi di innovazione digitale, si considera indispensabile progettare e implementare percorsi condivisi di partecipazione democratica nell'impresa: solo attraverso l'attivazione di dinamiche partecipative efficaci, costruite attorno al protagonismo dei rappresentanti delle persone lavoratrici, si potrà invero contribuire, almeno in parte, alla correzione/riduzione dell'asimmetria informativa che caratterizza ontologicamente e strutturalmente il rapporto di lavoro e che, però, per effetto dei processi di trasformazione digitale, risulta ampliata a dismisura.

Così, proprio nell'ottica di contribuire al riequilibrio di tale asimmetria informativa digitalmente accentuata, occorre promuovere l'instaurazione di un circolo informativo continuo, per così dire "ancorato" alla contrattazione collettiva, che costituisce il naturale e imprescindibile approdo di un percorso partecipativo realmente efficace e di impatto.

Si è invero convinti della necessità di concepire il diritto di informazione digitale *ex art.* 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo, in una logica strutturale e continuativa e non già meramente sporadica: l'imprevedibile e incessante evolversi del progresso tecnologico-digitale determina, infatti, la necessità di attivare processi di monitoraggio continuo sulle traiettorie algoritmiche di trasformazione dell'impresa e del lavoro¹⁵.

Proprio in quest'ottica, il V AENC sancisce che «la contrattazione collettiva deve svolgere un ruolo fondamentale nella definizione di criteri che garantiscano un uso adeguato dell'IA e nello sviluppo del dovere di informazione periodica alla rappresentanza dei lavoratori»¹⁶. Solamente così, infatti, potrà tradursi in realtà l'idea – di per sé astratta – di una digitalizzazione concepita e sviluppata attorno alle esigenze e alle specificità proprie della persona, nell'ambito di un

14 J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, in *Revista de Trabajo, Economía i Societat*, 2019, n. 92, p. 6: los «*procesos de automatización no pueden desarrollarse sobre la base de un impulso empresarial exclusivo y excluyente*».

15 A.J. VALVERDE ASENCIO, *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020.

16 Traduzione di *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

«*proceso social en construcción*»¹⁷, cooperativo e collaborativo¹⁸, intrinsecamente bilaterale e non già meramente unilaterale impulsato e gestito solamente dal datore di lavoro¹⁹.

Al riguardo, il V AENC afferma la centralità del contratto collettivo, come strumento chiave per «incoraggiare la collaborazione tra le imprese, i lavoratori e i loro rappresentanti per affrontare questioni quali competenze, organizzazione del lavoro e condizioni di lavoro»; «incentivare gli investimenti nelle competenze digitali e nel loro aggiornamento»; «promuovere un approccio orientato alle persone, in particolare sulla loro formazione e qualificazione, le modalità di connessione e disconnessione, l'uso di sistemi di intelligenza artificiale sicuri e trasparenti, nonché la tutela della privacy e della dignità delle persone che lavorano»²⁰.

In altri termini, già dal frammento di accordo testé richiamato, emerge nitidamente la chiara volontà delle parti sociali di porre al centro della transizione digitale il fondamentale principio del controllo umano sui meccanismi di funzionamento dei processi e dei sistemi algoritmici di intelligenza artificiale²¹.

In questo senso, «*las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones*»²².

Così, la dimensione imprescindibilmente collettiva dei processi di digitalizzazione del lavoro affonda le sue radici nel terreno di un'informazione completa, trasparente e intelligibile, per proiettarsi poi in quello della consultazione e sfociare infine nella contrattazione collettiva, delineandosi così una traiettoria partecipativa ben definita e orientata alla sostenibilità della transizione algoritmica²³.

4. Dall'informazione alla consultazione e oltre

Ponendo a sistema la previsione di cui all'art. 64, comma 4, lettera d) dello Statuto dei Lavoratori spagnolo e i paragrafi selezionati del capitolo XVI del V Accordo per l'Occupazione e la Contrattazione Collettiva, emerge l'indiscutibile protagonismo del diritto di informazione come "spazio" di partecipazione dei rappresentanti delle persone che lavorano.

17 P. RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Transición digital en Andalucía: realidades y desafíos. Informe*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2020, p. 30.

18 Accordo Quadro delle Parti Sociali Europee sulla Digitalizzazione, 2020, p. 5.

19 *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

20 Traduzione di *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

21 S. BINI, *Sindacato y algoritmo: apuntes en el prisma del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, in Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2023, n. 108, p. 69.

22 *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC)*, maggio 2023.

23 S. BINI, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021.

Ad ogni modo, si ritiene opportuno volgere lo sguardo anche ad altri livelli di partecipazione, non potendosi trascurare un dato evidente, rappresentato dall'intrinseca "debolezza" che caratterizza il diritto di sola informazione, opportunamente definito in dottrina, appunto come «il livello di partecipazione più debole»²⁴.

Affermando ciò, non si intende tuttavia in alcun modo sminuire l'importanza e anche l'adeguatezza dell'obbligo di informazione introdotto nell'ordinamento spagnolo dalla c.d. "*Ley Riders*", che costituisce anzi uno strumento pienamente idoneo ad intervenire in ottica correttiva – o, come detto, quantomeno riduttiva – dell'asimmetria informativa accentuata dall'effetto della digitalizzazione²⁵.

Del resto, merita evidenziare che la c.d. "informazione algoritmica" in senso ampio, rappresenta un passaggio e un contributo essenziale, solo a condizione che da essa scaturisca, poi, una partecipazione più attiva dei rappresentanti delle persone lavoratrici, soprattutto nella prospettiva della contrattazione collettiva. Si tratta cioè sì del livello partecipativo più debole, tuttavia lo stesso acquista piena utilità – perdendo, quindi, questa debolezza – se integrato e completato da altri strumenti partecipativi: essenziale è, dunque, il carattere prodromico e strumentale dell'informazione rispetto alla consultazione e alla contrattazione collettiva.

Come posto in luce in dottrina, «nei rapporti di lavoro, specie se connotati da relazioni di autorità e assoggettamento a poteri giuridici del datore di lavoro, l'informazione è considerata uno strumento volto a ridefinire il bilanciamento e il coordinamento degli interessi in gioco, a tutela del contraente debole»²⁶.

E proprio a tutela del contraente debole, pare opportuno rafforzare l'obbligo datoriale di informazione sui sistemi di intelligenza artificiale e i processi decisionali algoritmici che producono un impatto sui rapporti di lavoro, per così dire "ancorandolo" ad un relativo obbligo di consultazione sui processi di digitalizzazione e, auspicabilmente, alla negoziazione collettiva sul punto²⁷.

24 A. BAYLOS GRAU, *A vueltas con el algoritmo: derechos de información y negociación colectiva*, en *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, 20 de mayo de 2021, <https://acortar.link/knrTA0> (data ultima visita: 14 agosto 2024): «el reconocimiento de este derecho se sitúa en el nivel de participación más débil, el que se refiere a los derechos de información, sin que por consiguiente se haya intentado establecer un deber de iniciar un proceso de consultas sobre este particular, como sucede en supuestos más importantes como la modificación de condiciones de trabajo, traslados de empresa, sucesión de empresas o despidos colectivos, por ejemplo». Cf. F. NAVARRO NIETO, *Los derechos de participación de los trabajadores en el nuevo escenario del Derecho del trabajo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 9-18.

25 Tra gli altri, si veda M.L. MOLERO MARAÑÓN, F. VALDÉS DAL RÉ, *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, p. 312.

26 A. PERULLI, T. TREU, "*In tutte le sue forme e applicazioni*". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 81.

27 M.E. CASAS BAAMONDE, J. CRUZ VILLALÓN, *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 19.

E invero, senza tale ancoraggio, la sola “passiva” informazione – sebbene *ex ante* – sarebbe priva di reale ed efficace impatto nella costruzione dei processi di digitalizzazione del lavoro, derubricando la stessa partecipazione dei rappresentanti delle persone che lavorano a mero adempimento formale, rimanendo così in un piano solamente astratto e documentale la visione di una digitalizzazione del lavoro concepita come processo sociale condiviso, sotto il controllo umano.

Ebbene, lo “spazio” per l’esercizio di tale controllo umano in ambito lavorativo non può che essere quello collettivo e plurale delle relazioni industriali intese in senso ampio e animate dal protagonismo dalla rappresentanza delle persone che lavorano²⁸.

Certamente, affinché il controllo possa essere efficace è imprescindibile che l’informazione sia completa, esaustiva, fruibile, tempestiva e, soprattutto, preventiva rispetto all’implementazione e/o modifica di codici/parametri e algoritmi/sistemi di intelligenza artificiale.

E invero, solamente così, potrà colmarsi il *gap* cognitivo attorno ai processi di digitalizzazione, preparando il terreno per una successiva fase negoziale, che conduca a una contrattazione collettiva consapevole dei rischi e delle opportunità degli algoritmi a lavoro e che disciplini in maniera condivisa i sentieri di automatizzazione dei processi decisionali²⁹.

Come è stato molto opportunamente evidenziato in dottrina con specifico riferimento al metaverso, sebbene analogo ragionamento si attagli perfettamente alla digitalizzazione nel suo insieme, la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori e delle lavoratrici deve situarsi necessariamente «nella fase di progettazione (...), in modo tale da limitare le potenzialità invasive della tecnologia in parola»³⁰.

Effettivamente, proprio il dato “temporale” dell’informazione rappresenta un elemento indubbiamente cruciale ai fini dell’effettività e dell’efficacia dell’informazione algoritmica e, più in generale, dello stesso meccanismo partecipativo dei rappresentanti delle lavoratrici e dei lavoratori. Sul punto, si condivide pienamente la tesi che “ancora” l’informazione algoritmica già alle fasi di

28 S. BINI, *Reflexiones sobre smart working y autonomía individual*, in F.J. CALVO GALLEGGO, M. HERNÁNDEZ BEJARANO, M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO (Dirs.), *La revolución de las formas de empleo en el siglo XXI*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 147-170.

29 F. BUTERA, *Industria 4.0 come progettazione partecipata di sistema socio-tecnici di rete*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 81; F. PÉREZ AMORÓS, *¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto*, in *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, n. 1, pp. 173-187.

30 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2023, n. 1, p. 14; v. anche M. MARTONE, *Prime riflessioni su lavoro e metaverso*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, n. 6, p. 1131.

«iniziale configurazione dei programmi informatici»³¹, risultando invero essenziale la c.d. «funzionalità preventiva» dell'informazione medesima³²: è questo il punto nodale della questione³³.

In termini generali, se è vero che «*no existe la obligación de negociar el algoritmo con la representación legal de la plantilla*», è altrettanto vero che «*es posible que el Estatuto de los Trabajadores sea objeto de mejoras por la negociación colectiva, por ejemplo, introduciendo la obligación de la empresa de no solo de informar, sino también de negociar con la representación legal de la plantilla las variables, parámetros u otras características del algoritmo o sistema de decisión automatizada que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*»³⁴.

In altre parole, in linea con quella che è la «funzione tradizionale di miglioramento delle condizioni di lavoro», che caratterizza ontologicamente la contrattazione collettiva³⁵, quest'ultima può prevedere un ampliamento del perimetro e della portata dell'obbligo aziendale di trasparenza nell'utilizzo degli algoritmi. Del resto, alla luce del ruolo centrale della contrattazione collettiva nella regolazione delle condizioni di lavoro, se l'impatto dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale (in senso lato) si esprime – tra le altre cose – nella produzione di conseguenze sulle condizioni di lavoro, lo stesso utilizzo dovrà essere oggetto di contrattazione collettiva³⁶.

31 V. DE STEFANO, *Negotiating the algorithm*, in *Working paper ILO*, 2018, n. 246, pp. 21-22; L. PERO, A.M. PONZELLINI, *Il nuovo lavoro in digitale fra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (Eds.), *La partecipazione incisa*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 45-68.

32 R. GÓMEZ GORDILLO, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, in *Temas Laborales*, 2021, n. 157, p. 178.

33 S. DE SPIEGELAERE, A. HOFFMANN, R. JAGODZINSKI, S. LAFUENTE HERNÁNDEZ, Z. RASNACA, S. VITOIS, *Democracy at work, in Benchmarking Working Europe 2019*, ETUI, 2019, p. 70: «*At which point in the decision-making process are the workers involved? Is it prior to the decisions, during their implementation or only afterwards for the purposes of evaluation?*». Si veda anche S. LAFUENTE HERNÁNDEZ, *Democracia real en el trabajo como respuesta a la crisis democrática*, in B. ESTRADA, G. FLORES (a cura di), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, Barcelona, 2020, pp. 68-72.

34 AA.VV., *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 17: «*También el convenio colectivo podría introducir el test del uso responsable, en el caso de que el uso de algoritmos pueda afectar al empleo, por ejemplo, con el empleo progresivo de robótica. Dicho test se recomienda en la Declaración de los agentes sociales europeos del sector de seguros sobre inteligencia artificial de 16 de marzo de 2021 y obligaría a las empresas a preguntarse: ¿logrará la implementación de la inteligencia artificial mejorar las condiciones de trabajo y la satisfacción de las personas consumidoras de una manera ética y transparente, y sin pérdidas (desproporcionadas) de puestos de trabajo?*».

35 A.V. SEMPERE NAVARRO, *Epílogo. La negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021/2022*, in M.E. CASAS BAAMONDE, J. CRUZ VILLALÓN, *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 324.

36 AA.VV., *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y

Ad ogni modo, va detto che, in termini generali, non esiste attualmente nell'ordinamento spagnolo un obbligo legale di «negoziare l'algoritmo»³⁷ con i rappresentanti legali dei lavoratori e delle lavoratrici, tranne che in una fattispecie meritevole di essere considerata con attenzione.

Si tratta, invero, dei casi in cui i sistemi di intelligenza artificiale siano implementati e utilizzati nell'ambito di un licenziamento collettivo *ex art.* 51 dello Statuto dei Lavoratori (si pensi all'utilizzo di algoritmi per la determinazione delle persone lavoratrici interessate dallo stesso licenziamento collettivo), o nel contesto di misure collettive di modifica o sospensione del contratto, com'è nel caso della modifica sostanziale delle condizioni di lavoro *ex art.* 41, comma 4 dello Statuto dei Lavoratori spagnolo; la mobilità geografica *ex art.* 40, comma 2 dello Statuto dei Lavoratori spagnolo; i cc.dd. ERTE *ex art.* 47, comma 3 dello Statuto dei Lavoratori spagnolo.

Ebbene, di fronte all'assenza di un obbligo generale di “negoziare l'algoritmo”, le nuove frontiere e prospettive di digitalizzazione del lavoro suggeriscono di considerare, come proposta per migliorare il quadro normativo di riferimento, la possibilità di un rafforzamento delle dinamiche partecipative, con il ruolo dei rappresentanti delle persone lavoratrici, *in primis*, attraverso l'ampliamento del perimetro ermeneutico-interpretativo dell'obbligo imprenditoriale di consultazione *ex art.* 64, comma 5 dello Statuto dei Lavoratori e, *in secundis*, attraverso il rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva nei casi di installazione di sistemi complessi di intelligenza artificiale.

Infatti, come è stato molto opportunamente messo in luce in dottrina, proprio «*la implantación de sistemas inteligentes, junto a las posibles implicaciones que conlleva, debiera ser objeto de la autonomía colectiva. Si la negociación colectiva no atiende a estos nuevos requerimientos supondrá que abandona un ámbito de actuación natural y que lo hace en favor de la autonomía individual y de la propia actuación discrecional de la empresa*»³⁸.

In particolare, si ritiene che una via da esplorare per ampliare il perimetro delle dinamiche partecipative in materia di digitalizzazione del lavoro sia quella del citato articolo 64, comma 5 dello Statuto dei Lavoratori, che riconosce al *Comité de empresa* il diritto di informazione e consultazione, tra le altre cose, «*sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto*

Economía Social, Madrid, 2022, pp. 17-18 indica, come esempio di interesse, il Contratto Collettivo *Just Eat*, sottoscritto da CCOO e UGT il 17 dicembre 2021 nel *Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje FSP (SIMA-FSP)*: «*El artículo 68 del convenio garantiza la supervisión humana en el uso de los algoritmos y prohíbe el uso de datos (por ejemplo, el sexo y la nacionalidad) que puedan producir discriminación. Se acuerda, como refuerzo de la transparencia, la posibilidad de que la representación legal de la plantilla pueda pedir a la empresa que comparezca la persona responsable de la supervisión del algoritmo*».

37 A. GRAMOLATI, G. SATERIALE (a cura di), *Contrattare l'innovazione digitale. Una cassetta degli attrezzi 4.0*, Ediesse, Roma, 2019.

38 A.J. VALVERDE ASENCIO, *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 113.

a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa»; sempre il *Comité de empresa* «tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo»³⁹.

Infatti, non c'è dubbio che l'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale di ultima generazione impone cambiamenti straordinari nell'organizzazione e nelle condizioni di lavoro, ponendo nuove esigenze di protezione delle persone che lavorano e, dunque, nuove sfide regolative⁴⁰.

5. Conclusioni

In definitiva, alla luce di quanto sin qui argomentato, può dirsi che la riforma dell'articolo 64, comma 4, dello Statuto dei Lavoratori spagnolo, con l'introduzione di una lettera d), specificamente dedicata all'informazione algoritmica coglie nel segno, contribuendo significativamente all'effettiva concretizzazione di un progetto di digitalizzazione del lavoro “sotto il controllo umano”.

Come evidenziato in dottrina, «i diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori stabiliti dalle norme europee e nazionali andrebbero rafforzati nei contenuti e precisati nell'oggetto per adattarli al controllo di questi strumenti. Inoltre, dovrebbe essere precisata la formula normalmente utilizzata secondo cui le informazioni necessarie da parte aziendale devono essere fornite “in tempo utile” ai rappresentanti dei lavoratori»⁴¹.

Ebbene, la disciplina spagnola del diritto di informazione algoritmica va in questa direzione⁴², contribuendo ad una necessaria reintermediazione (correttiva della tendenza alla disintermediazione che caratterizza intrinsecamente i processi di digitalizzazione⁴³).

39 Articolo 64, comma 5, Statuto dei Lavoratori spagnolo.

40 M. BIASI, *Il decent work e la dimensione virtuale: spunti di riflessione sulla regolazione del lavoro nel Metaverso*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2023, n. 1, p. 11: «alla luce del passaggio da uno spazio bidimensionale ad uno tridimensionale, le regole sull'utilizzo dei videoterminali, elaborate per garantire la salute e la sicurezza dei telelavoratori, dovrebbero essere rimate e aggiornate, anche in considerazione dell'evoluzione della scienza medica, sia per chi opera all'interno di una realtà interamente virtuale (Virtual Reality), sia per chi presta la propria attività in una realtà fisica potenziata (Augmented Reality), che consente alla persona, la quale pure si muove nel mondo “reale”, di ottenere, mediante un'apparecchiatura visiva, di informazioni aggiuntive sull'ambiente circostante (ad esempio, il livello di benzina di un'auto o l'altezza di un individuo)».

41 T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it – Focus Lavoro, Persona, Tecnologia*, 2022, n. 9, p. 205.

42 C. SÁEZ LARA, *Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales*, in *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, n. 40, pp. 283-300.

43 S. BINI, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 55-79; P. TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *Labour & Law Issues*, 2018, n. 1; M.L. RODRÍGUEZ COPÉ, *El difícil papel del sindicato de clase en la gig-economy: viejas y nuevas fórmulas*.

Come evidenziato in dottrina, «*los procesos de automatización no pueden desarrollarse sobre la base de un impulso empresarial exclusivo y excluyente*»⁴⁴.

Può dunque dirsi che, nell'ambito della sfida della digitalizzazione del lavoro – concepita, come detto, in un'ottica collettiva partecipativa – la valorizzazione del diritto di informazione “algoritmica” costituisce un punto di partenza essenziale, che tenda alla consultazione, nell'ambito di un complessivo rafforzamento del sistema di relazioni industriali, delle dinamiche partecipative e, più in generale, di democratizzazione del lavoro⁴⁵.

E invero, di fronte al concreto rischio di un'incontrollata espansione dei poteri datoriali per effetto della digitalizzazione, si avverte la necessità di promuovere l'espansione del perimetro dei diritti delle persone che lavorano, rafforzando le dinamiche partecipative e democratiche⁴⁶, nell'ottica di una piena valorizzazione della contrattazione collettiva.

Come posto in luce in ambito sindacale, «*La democratización de la empresa y la participación de los trabajadores en ella es una de las mayores aspiraciones desde una perspectiva del interés social de la economía. El movimiento sindical y el conjunto de la sociedad no pueden renunciar a que las decisiones de inversión privada se tomen teniendo en cuenta el interés general*»⁴⁷.

para crear comunidad ante la dispersión, la diversificación y el conflicto, in J.M. GÓMEZ MUÑOZ (Dir.), *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 227-272.

44 J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, in *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92, p. 6.

45 I. FERRERAS, J. BATTILANA, D. MÉDA, *Il Manifesto del Lavoro. Democratizzare. Demercificare. Disinguinare*, Castelveccchi, Roma, 2020, p. 29. A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Collège de France, Parigi, 2019; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Parigi, 2010.

46 R. GÓMEZ GORDILLO, *Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras*, in *Temas Laborales*, 2021, n. 157, p. 163.

47 U. SORDO, *Repensar la economía con las trabajadoras y trabajadores*, in B. ESTRADA e F. FLORES (Coords.), *Repensar la economía desde la democracia*, Catarata, Barcelona, 2020, 13.

Quale impatto avrà l'intelligenza artificiale sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori?

Michele Squeglia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Prove di conoscenza (e di coscienza) dei sistemi di intelligenza artificiale. – 3. L'ingresso dell'intelligenza artificiale nella protezione della salute e della sicurezza dell'ambiente di lavoro. – 4. Il nodo critico della tutela della riservatezza e della dignità del lavoratore. – 5. Qualche conclusione sul tema.

1. Introduzione

Il tema dell'intelligenza artificiale sta occupando sempre più spazio a causa delle ripercussioni che è in grado di generare nella gestione delle risorse umane e nell'impiego di macchinari e attrezzature di lavoro. Le nuove tecnologie interessano oramai ogni tipo di attività di produzione e di consumo ed hanno decisamente sconvolto quasi tutti i settori con un ritmo vorticoso. Negli ultimi anni diversi studi hanno esaminato i rischi e i profili critici che originano dallo svolgimento di attività lavorative svolte su piattaforme digitali oppure dall'utilizzo di sistemi intelligenti di gestione del lavoro o dalla collaborazione in *team* virtuali quando la maggior parte dei lavoratori opera da remoto¹.

È convincimento comune che lo sviluppo (e l'utilizzo massivo) dell'intelligenza artificiale è in grado di determinare conseguenze mai sperimentate in precedenza sul sistema sociale ed economico. Siamo di fronte ad una sempre maggiore smaterializzazione e decostruzione della nozione di persona e, dunque, ad una modifica poliedrica dei suoi rapporti con il mondo esterno: siamo ad un passo dal passaggio dal regno dell'umano al regno dell'artificialità².

In tale mutata prospettiva, il diritto della sicurezza del lavoro ha il compito di costruire uno quadro normativo coerente con la novità dei tempi, dove i valori e principi inviolabili della dignità, dell'eguaglianza e della salute (sanciti dagli artt. 2 e 3 e 32 Costituzione) non possono non tracciare il perimetro di una riflessione rispetto a cosa il diritto può fare, cosa il diritto deve fare e cosa, invece,

1 Cfr. Eu-Osha, *Strategies for safety and health in automated world*, 2024; EUROFOUND. *Human-robot interaction: What changes in the workplace?*, 2024; OCSE, *Employment Outlook. The net-zero transition and the labour market*, 2024.

2 M. FORD, *Il dominio dei robot*, Milano, Il Saggiatore, 2022.

deve astenersi dal fare, pur governando i rischi congeniti insiti nell'intelligenza artificiale.

Nel perseguire tale scopo a fronte di questa nuova consapevolezza³, il diritto della sicurezza del lavoro, sgombrato il campo dalla fascinazione per la tecnologia e per la sua capacità di autoregolarsi, non può esimersi dall'interrogarsi sulla tutela e sulla protezione dei dati personali del prestatore d'opere dalla manipolazione o dalle decisioni di una macchina, che potrebbe essere chiamata anche a dirigerne le mansioni e valutarne la produttività, dal momento che tale tutela si presenta come l'irrinunciabile ed ultimo presidio per salvaguardarne la dignità. Del resto, il trattamento di dati personali è funzionale all'alimentazione dei sistemi d'intelligenza artificiale in vista del loro apprendimento automatico.

Non si tratta, all'inverso, di un compito agevole, e di questo bisogna essere consapevoli, perché una normazione eteronoma delle nuove tecnologie comporta almeno due tipologie di problemi. Il primo è quello di una sua rapida obsolescenza e, forse (anche) della sua inservibilità, dal momento che potrebbe produrre una regolazione inefficace, perché vetusta, ma anche, presumibilmente, di ostacolo allo sviluppo della tutela della salute e della sicurezza⁴. La velocità alla quale progredisce l'intelligenza artificiale e la complessità delle questioni che essa comporta rischiano di far diventare subito obsoleta qualsiasi normazione che non preveda meccanismi di adeguamento capaci di offrire una risposta pronta alle esigenze di intervento.

Il secondo attiene alla necessità di collegare gli effetti prevenzionistici dell'intelligenza artificiale nell'ambito dei vari settori merceologici e di servizi, per poi distinguere all'interno di ciascuno di essi le varie fasi (predittive e valutative) di quella specifica attività. In altri termini, tanto più un tipo di lavorazione è caratterizzato da modalità operative automatizzate, standardizzate e soprattutto ripetitive, tanto più pervasivi saranno gli effetti dell'intelligenza artificiale; tanto più si riscontreranno settori nei quali la creatività e la manodopera individuale è fortemente prevalente, tanto più modesti nella fase dell'esecuzione saranno gli effetti generati dalle nuove tecnologie.

3 Si veda F. FAINI, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchine*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 2, p. 1 ss.; M. FAIOLI, *Robot Labor Law: Linee di ricerca per una nuova branca del diritto del lavoro e in vista della sessione sull'intelligenza artificiale del G7 del 2024*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 8, p. 182 ss.; C. FRASCHERI, *Gestire il cambiamento*, Roma, Edizioni Lavoro, 2023; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, n. 6, p. 1414 ss.; T. TREU, *Intelligenza Artificiale. Intelligenza Artificiale (IA): integrazione o sostituzione del lavoro umano?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2024, n. 487, p. 15.

4 Dopo una prima fase di "regolazione delle opportunità" in cui l'obiettivo era quello di indirizzare la digitalizzazione per garantire l'accesso a nuovi strumenti tecnologici, si è passati ad una fase di "regolazione difensiva" che può essere descritta come un'attività di governo nel senso di contenimento e argine ai poteri privati: sul punto, approfonditamente, M. PIETRANGELO, *Spazio Digitale e modelli di regolazione*, Ed. Consulta online, 24 ottobre 2023; S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politiche del diritto*, 2010, p. 337 ss.

In questo lavoro si intende porre l'attenzione sui sistemi basati sull'intelligenza artificiale impiegati ai fini dell'automazione di compiti tanto cognitivi quanto fisici sul luogo di lavoro. Lo spunto è offerto, da un lato, dalla lettura di alcune recenti ricerche elaborate dall'Agenzia Europea EU-OSHUA⁵ – nell'ambito del “Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2021-2027- Sicurezza e salute sul lavoro in un mondo del lavoro in evoluzione”⁶ – e, dall'altro, dalle norme contenute nel primo Regolamento europeo sull'*Artificial Intelligence Act*⁷, il cui obiettivo è «promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione (...)».

Senza addentrarsi nella lettura fuori dal perimetro di questo lavoro, occorre considerare che con l'espressione «sistemi di intelligenza artificiale per la gestione del personale» (anche con l'acronimo AIWM, *Artificial Intelligence for Worker Management*), secondo la definizione fornita dalla Commissione europea del 2018, si ricomprendono «i sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi». Il Consiglio dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), aggiornando il 3 maggio 2024 la Raccomandazione del Consiglio sull'Intelligenza Artificiale (AI) adottata nel 2019, definisce un sistema di AI come «(...) un sistema basato su una macchina che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dagli input ricevuti

5 Eu-Osha, *Worker management through AI - From technology development to the impacts on workers and their safety and health*, 2024; in precedenza, si veda anche Eu-Osha, *OSH and the future of work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces*, 2019.

6 Trattasi della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 28 giugno 2021 nella quale «(...) si invita gli Stati membri ad aggiornare ed elaborare le loro strategie nazionali in materia di SSL in linea con tale quadro strategico, in cooperazione con le parti sociali, al fine di garantire che le nuove misure siano applicate nella pratica (...)».

7 La Commissione europea il 21 aprile 2021 aveva presentato – sulla base degli approfondimenti preliminari curati dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'IA, confluiti, tra l'altro, negli “*Orientamenti etici per un'IA affidabile*”, pubblicati l'8 aprile 2019, nonché all'esito della consultazione pubblica sul “*Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final*”, del 19 febbraio 2020 – al Parlamento e al Consiglio una proposta di regolamento per una normativa armonizzata sull'intelligenza artificiale denominata “*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council; Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts 21/4/2021, Com (2021) 206 final*”. La proposta di Regolamento, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), è stata approvata in data 13 giugno 2024.

come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali. I diversi sistemi di AI variano nei loro livelli di autonomia e adattabilità dopo l'implementazione»⁸.

Il Regolamento UE 2024/1689 qualifica all'art. 3 lo strumento di intelligenza artificiale come «(...) un sistema automatizzato progettato per funzionare con diversi livelli di autonomia e che può mostrare capacità di adattamento dopo l'installazione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce, dagli input che riceve, come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Una nozione che ha l'ambizione di essere resistente agli sviluppi futuri⁹, provando a coprire tutte le forme di intelligenza artificiale e, quindi, non solo quelle più recenti di *machine learning*, ma anche i sistemi più tradizionali.

Ad ogni modo, queste definizioni paiono escludere, seppur lasciando ampie maglie di interpretazione, sistemi software tradizionali “più elementari” e quegli algoritmi di programmazione che non determinano un certo grado di capacità di adattamento e livello di autonomia. In altri termini, e più semplicemente, per parlare di sistemi di intelligenza artificiale, come inteso dalla fonte unionale, occorre che essi siano in grado di analizzare una grande quantità di dati al fine di prendere decisioni, di fornire suggerimenti, ed elaborare previsioni molto più speditamente e con maggiore precisione rispetto agli esseri umani.

A seconda degli scopi che si intendono perseguire, i sistemi di intelligenza artificiale possono costituire un efficace (e puntuale) ausilio per migliorare i dispositivi di protezione individuali, la gestione delle attrezzature di lavoro e dei macchinari complessi (specie nel trasporto su ferro¹⁰) oppure possono rappresentare uno strumento per raccogliere dati e informazioni al fine di rendere il lavoro meno pericoloso e meno gravoso. Entrambi questi impieghi presentano più di un profilo critico, ma è indubbio che è la seconda applicazione, sulla quale si soffermerà questo scritto, a suscitare più di una preoccupazione per lo studioso di diritto della sicurezza del lavoro.

8 OCSE, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 2024.

9 Cfr. M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro: l'impatto dell'AI Act nella ricostruzione del sistema regolativo Ue di tutela*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2024; S. CIUCCIOVINO, *Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2024, n. 3, p. 574 ss.; G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2021.

10 In tale ambito i sistemi di intelligenza artificiale possono prevedere “il tempo residuo” di funzionamento dei componenti elettrici, quali i sistemi di apertura e di chiusura dei treni. L'operatore ferroviario francese (SNCF) ha recentemente comunicato che la “manutenzione predittiva” – e, dunque, non la manutenzione correttiva – ha permesso di ridurre gli incidenti nel trasporto su ferro del 30 per cento che coinvolgono gli scambi ferroviari.

2. Prove di conoscenza (e di coscienza) dei sistemi di intelligenza artificiale

L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per la gestione del personale è in costante crescita in tutte le organizzazioni (di tutti i settori) dell'UE. Alla base di questi sistemi – che raccolgono dati, spesso in tempo reale, sulla persona del lavoratore, sulle attività che svolge, sugli strumenti che utilizza – vi è un software di automazione che utilizza un algoritmo al fine di migliorare la produttività, l'efficacia e l'efficienza dei lavoratori o allo scopo di supportare il processo decisionale nell'organizzazione. Gli algoritmi sembrano complessi e difficili da comprendere, ma all'inverso si presentano come un insieme di istruzioni che espongono all'intelligenza artificiale come risolvere un problema specifico o come raggiungere uno particolare obiettivo. Si conoscono diverse tipologie di algoritmi nella gestione delle risorse umane: algoritmi di allocazione dei turni, algoritmi del percorso di consegna, algoritmi di movimento dei magazzinieri, algoritmi di prestazioni continue, algoritmi di produttività del lavoro¹¹. Ebbene, ciò che si conosce degli algoritmi è l'uso spesso distorto che di essi si è fatto, come è avvenuto nel caso dei magazzinieri di Amazon dove è utilizzato la metrica del “rate” o “make the beat” in base alla quale ogni volta che un dipendente non raggiunge lo specifico “rate”, l'algoritmo attiva un *alert* destinato tanto al lavoratore quanto ai sistemi di analisi dei dati e ai suoi responsabili per le valutazioni del caso. Troppi *alert* possono portare ad ammonizioni e, se rivolti a lavoratori con contratti a termine, anche al mancato rinnovo. Viene misurata la velocità di prelievo e stoccaggio delle merci (disporre gli articoli sugli scaffali, rimuovere gli articoli dagli scaffali, imballare gli articoli nelle scatole, organizzare la spedizione e così via) e in base ai calcoli derivanti dalle prestazioni complessive e aggregate di ogni lavoratore, viene determinato lo standard di resa ottimale, adeguato a quella particolare struttura del magazzino. In Italia la consapevolezza su tali vicende è esplosa nel 2021, nel pieno dell'emergenza sanitaria da Covid-19, allorché i lavoratori di Amazon hanno scioperato, rivendicando condizioni di lavoro più sicure e ritmi di lavoro meno frenetici¹². Altri esempi di impiego esasperato di tali sistemi si riscontrano nell'altrettanto noto algoritmo di consegna del cibo a domicilio, sviluppato dalle piattaforme digitali che prende in considerazione i tempi di consegna, la determinazione del

11 E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Modena, ADAPT University Press, 2019; L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 446/2021.

12 Qualche anno prima si era palesata la vicenda dei bracciali di rilevamento tattili, brevettato dalla medesima Società: sul punto, si v. R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *Labour & Law Issues*, 2018, n. 1, p. 1 ss.; A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, n. 3, p. 895 ss.

compenso, l'organizzazione dei turni di lavoro, il *ranking* assegnato da ciascun cliente in relazione al servizio offerto¹³.

Gli esempi sono emblematici delle indubbie potenzialità che gli algoritmi sono in grado di offrire in termini di riduzione dei costi di esercizio, di massimizzazione dei profitti, di pianificazione delle attività, di controllo dei lavoratori. Allo stesso tempo, rivelano l'esistenza di una sorgente di pericolo che si può trasformare in un danno (non solo fisico, ma anche) psicologico, a causa della tensione determinata dal rispetto di orari e consegne, dalla monotonia e dalla ripetitività delle mansioni, dalle procedure non chiare e/o contraddittorie, dalla reperibilità ininterrotta, dai rumori molesti, dai comportamenti aggressivi, ecc. D'altra parte, il pericolo – come è stato efficacemente osservato – può assumere molte forme: essere una sostanza, una fase di processo, un'attrezzatura oppure, come nel caso dell'intelligenza artificiale, un software. Nella regolazione dei processi algoritmici, la giurisprudenza domestica ha avuto già modo di elaborare una vera e propria perimetrazione dell'ambito di applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale, anticipando, sotto questo profilo, i contenuti dei diritti e dei principi enunciati nel Regolamento UE.

La Corte di Cassazione, in tema di *rating* reputazionale, ha stabilito che per il trattamento di dati personali il consenso del lavoratore è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato: il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati¹⁴. Il Consiglio di Stato¹⁵, nell'ambito di una controversia riguardante la vittoria di una gara d'appalto per la fornitura di dispositivi medici, ha distinto efficacemente l'algoritmo e i sistemi di intelligenza artificiale. In particolare, ha evidenziato che ciò che differenzia l'algoritmo dall'intelligenza artificiale non è l'automazione del procedimento, ma il fatto che l'AI utilizza «(...) tecniche che non applicano regole preimpostate, ma (...) elaborano costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assumono decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo

13 Sulla regolamentazione del lavoro mediante piattaforme digitali, si richiamano gli scritti di A. PERULLI, *La presunzione di subordinazione: profili di diritto comparato*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2024, I, p. 173 ss.; P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2022, n. 1, p. 43 ss.; M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 2021, n. 2, p. 1.

14 Corte di Cassazione civile, sezione I, 25 maggio 2021, n. 14381.

15 Trattasi della sentenza della sez. III n. 7891/2021. In precedenza, il Consiglio di Stato aveva evidenziato che l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può essere motivo di elusione dei principi che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa, dovendo considerare l'algoritmo come un "atto amministrativo informatico" da ritenersi pienamente ostensibile (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270). Sul tema, tra gli altri, F. COSTANTINO, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti. Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, p. 1507 ss.

un processo di apprendimento automatico». In altri termini, l'intelligenza artificiale costituisce un ulteriore passo evolutivo degli algoritmi, considerato che il semplice utilizzo del termine algoritmo non implica il concetto di automazione delle funzioni.

Sulla valutazione da riferire unicamente alla correttezza del dato che alimenta il sistema, rilevandone, nello specifico, l'inefficienza a sostenere il processo decisionale, si è invece soffermato il Tribunale di Bologna¹⁶, secondo cui l'algoritmo elaborato dalla società datore di lavoro, al fine di stabilire le modalità di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, non deve produrre effetti di natura discriminatoria.

Questi approdi giurisprudenziali hanno finito per anticipare le soluzioni che il legislatore europeo ha prospettato nel Regolamento UE 2024/1689. Difatti, la nuova disciplina mutua dal GDPR (vale a dire, dal Regolamento UE 2016/679) gli assi portanti, costituiti: dall'approccio fondato sul rischio, modulato secondo una piramide di gravità ascendente; dai doveri di trasparenza nei confronti degli utenti; dalle certificazioni e dai codici di condotta in funzione co-regolativa; dalla modulazione del trattamento sanzionatorio secondo il fatturato; dalla comunicazione obbligatoria dei casi potenzialmente pregiudizievoli; dal coordinamento tra le autorità nazionali nell'ambito del Comitato europeo per l'IA.

Sullo sfondo di questa regolazione e senza alcuna pretesa di esaustività, il Regolamento UE 2024/1689 (segnatamente l'art. 6 e il Titolo III) elenca i settori specifici nei quali i sistemi di IA sono considerati "a rischio alto"¹⁷. Con questa espressione, il provvedimento indica i sistemi utilizzati: a) come componenti di sicurezza di un prodotto; b) quelli da considerare essi stessi un prodotto, coperto dalla legislazione UE in materia di salute e sicurezza; c), i sistemi *stand alone*, che non rientrano nel novero dei prodotti, ma vengono utilizzati singolarmente rientrando nelle aree riservate elencate nell'allegato III del medesimo Regolamento¹⁸. Se un sistema AI rientra in una di queste casistiche, viene

16 Tribunale Bologna, sezione lavoro, ord. 31 dicembre 2020.

17 L'approccio del Regolamento 1689/2024 è quello già noto basato sul rischio. I sistemi di AI sono divisi in quattro macrocategorie: a rischio minimo, limitato, alto ed inaccettabile. Le ultime due categorie presentano le questioni applicative più rilevanti sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali. Sulle finalità e sulle definizioni del Regolamento, si veda P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, Luiss University Press, 2022, p. 135 ss.

18 Precisamente, i settori individuati nell'allegato III come ad alto rischio riguardano: (i) la biometria; (ii) le infrastrutture critiche (digitali, traffico stradale, forniture essenziali); (iii) l'istruzione e la formazione professionale; (iv) l'occupazione, la gestione dei lavoratori e l'accesso al lavoro autonomo; (v) i servizi privati e pubblici essenziali; (vi) l'attività di contrasto di condotte criminose; (vii) la migrazione, l'asilo e la gestione del controllo delle frontiere; nonché (viii) l'amministrazione della giustizia e processi democratici.

Con particolare riferimento ai rapporti di lavoro, si vedano M. BARBERA, "La nave deve navigare". *Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2023, n. 2, p. 2 ss; P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*,

classificato come “ad alto rischio” e, dunque, si ritiene possa potenzialmente avere ripercussioni negative sulla sicurezza delle persone o sui loro diritti fondamentali, la cui tutela è riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

La classificazione di un sistema di IA ad “alto rischio” è desunta sulla base di una presunzione semplice, integrando un apprezzamento di fatto che dipende non solo dalla funzione da essa svolta, ma anche dalle finalità e dalle modalità specifiche di utilizzo di tale sistema¹⁹. La preoccupazione del legislatore eurounitario non è di intervenire mediante un controllo a monte sulla tecnologia, bensì di regolare le modalità di utilizzo della stessa. I requisiti di utilizzabilità dei sistemi ad alto rischio sono i seguenti: dati per addestramento, convalida e prova che soddisfino i criteri di qualità e liceità stabiliti dal Regolamento; requisiti di documentazione tecnica; trasparenza e informazione; supervisione umana; *cyber security*. L’obbligo del rispetto di tali requisiti ricade sulla figura del *provider*, con riferimento alla fase di *design* e di *development* e, quindi, prima dell’immissione sul mercato. Inoltre, spetta allo stesso *provider* condurre un sistema di gestione del rischio inteso come un processo iterativo, continuo, pianificato ed eseguito nel corso dell’intero ciclo di vita del sistema di IA ad alto rischio, che richiede un riesame e un aggiornamento costante e sistematico.

Ciò che ha destato forti perplessità tra i primi commentatori, all’indomani dell’emanazione del Regolamento UE 2024/1689, è stato rilevare la mancata indicazione nell’Allegato III – tra le finalità che un sistema IA deve perseguire per essere classificato come ad alto rischio –, l’area della tutela della salute e della sicurezza del lavoro²⁰.

Segnatamente è stato evidenziato che trattasi «(...) di un aspetto di non poco conto visto che esattamente dalla finalità perseguita dal sistema discende la classificazione del rischio (...) e che tale esclusione potrebbe comportare una maggiore facilità di immissione sul mercato di sistemi IA che, seppur rischiosi, qualora fossero pubblicizzati come strumenti volti a garantire la protezione della sicurezza non sarebbero classificati come altamente pericolosi e di conseguenza non dovrebbero sottostare agli obblighi stringenti previsti per essi dal Regolamento»²¹.

Da tale assenza sembrerebbe emergere dunque una contraddizione della fonte unionale: a fronte di prevedibili lesioni dei diritti del lavoratore, la disciplina, anziché porre una serie di vincoli e restrizioni, parrebbe autorizzare «(...) sistemi che ben si presterebbero ad essere pubblicizzati come misure prevenzionistiche

in *Federalismi.it*, 2023, n. 4, p. 241 ss.; L. TEBANO, *La digitalizzazione del lavoro tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica*, in *LANUS*, 2021, n. 24, p. 43 ss.

19 Cfr. anche S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*

20 S. MARASSI, *Intelligenza artificiale e sicurezza del lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2024 n. 4, p. 12; M.G. ELMO, *Sistemi IA e rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori: riflessioni a margine della regolamentazione europea*, in *Ambiente Diritto*, 2024, n. 4, p. 14.

21 M.G. ELMO, *op. cit.*, p. 14; precedentemente anche S. MARASSI, *op. cit.*, p. 12.

potrebbero al contrario, costituire un fattore di rischio per i lavoratori al quale potrebbe essere riconosciuto un nesso di causalità con le condizioni di lavoro»²².

Tali conclusioni meritano di essere condivise solo in parte.

In primo luogo, quand'anche poi venisse immesso sul mercato un sistema di IA qualificato formalmente a rischio basso nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza, nel bilanciamento dei principi correlati alla regolazione di un fenomeno così complesso come quello in esame occorrerà allora attribuire prevalenza a quello di "trasparenza", giacché l'algoritmo deve essere "spiegabile" nel suo funzionamento e nel regime delle sue responsabilità, al fine di generare un ragionevole affidamento sul fatto che non si pongano in essere pratiche discriminatorie. Ove, invece, il sistema IA presentasse rischi minimi, il suo uso sarebbe sì consentito senza alcun tipo di restrizioni, ma andrebbe, in ogni caso, conformato al GDPR.

In secondo luogo, la lettura del Regolamento UE 2024/1689 esige di considerare che «(...) non osta a che l'Unione o gli Stati membri mantengano o introducano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori in termini di tutela dei loro diritti in relazione all'uso dei sistemi di IA da parte dei datori di lavoro, o incoraggino o consentano l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli ai lavoratori» (art. 2, comma 11). L'utilizzo del verbo "introdurre" consente al legislatore domestico di valutare, in sede di integrazione, possibili modifiche al vigente modello prevenzionistico, anche per il tramite della contrattazione collettiva, tenendo in considerazione la prospettiva orizzontale di alcune attività a forte rischio endemico, rispetto ad altre nelle quali i sistemi di IA si presentano meno compenetrati. D'altra parte, come si è in precedenza riferito, le peculiarità di ciascuna realtà imprenditoriale impongono di ponderare differentemente l'impatto che i sistemi di intelligenza artificiale potranno avere sulla fase previsionale della valutazione del rischio e sulla sua protrazione nel tempo.

In ultimo, al fine di beneficiare dei vantaggi che il sistema di intelligenza artificiale promette nel futuro in ordine alla tutela della salute e della sicurezza, è necessario studiare come gestirne efficacemente i rischi sul piano della privacy e della riservatezza dei dati raccolti. È questo il punto di maggiore caduta sul quale occorre adeguatamente riflettere, al di là delle enucleazioni formali della fonte unionale.

L'equivoco è, ad avviso di chi scrive, di pensare che l'approccio del Regolamento UE 2024/1689 sia di intervenire mediante un controllo a monte sulla tecnologia e, dunque, di regolare le modalità di utilizzo della stessa, quando, all'invivo, la sua finalità è di proteggere senza "bloccare" ove utile, con la previsione di regole diversamente graduate rispetto al livello di "rischio" (quale combinazione tra gravità e probabilità) e conseguentemente individuate

22 M.G. ELMO, *op. cit.*, p. 14 e 15.

con il ricorso all'”allegato” in modo da permetterne il progressivo aggiornamento senza necessità di modificare nuovamente il provvedimento normativo (cfr. l'art. 7, comma 1, *lett. b*).

Se si riflette con maggiore impegno, i sistemi di intelligenza artificiale, tanto vituperati e più spesso demonizzati, possono essere impiegati in modo responsabile, contribuendo a garantire una forza lavoro sana. Essi, a seconda di come vengono ponderati e sviluppati, possono rendere il lavoro meno gravoso e meno pericoloso, dipendendo tale scelta esclusivamente dall'etica dell'impresa che li sviluppa e li applica sia pure nel rispetto dei principi sanciti dalla disciplina sulla privacy che assumono un valore determinante nella regolazione dei processi algoritmici.

Ove integrati nei sistemi sul posto di lavoro, gli algoritmi di intelligenza artificiale possono presentare una tassonomia unica di rischi non identificabile tramite i tradizionali approcci di gestione dei rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro di un'organizzazione complessa. Secondo alcuni studi in materia elaborati da Eu-Osha, questi sistemi di IA possono mostrare al datore di lavoro o al servizio di prevenzione e protezione: a) cosa è successo (sistemi descrittivi); b) perché è successo (sistemi diagnostici); c) cosa potrà accadere (sistemi predittivi); d) come supportare il processo decisionale, tenendo presenti le condizioni presenti e future (sistemi prescrittivi); e) in che modo intraprendere le azioni fisiche (sistemi semi-autonomi e autonomi).

La capacità di queste informazioni di mettere in relazione dati differenti, analizzati da specifici algoritmi, dovrebbe permettere di valutare meglio i rischi futuri, offrendo un efficace supporto all'impresa rispetto ad uno degli obblighi non delegabili, vale a dire la redazione del documento di valutazione dei rischi.

3. L'ingresso dell'intelligenza artificiale nella protezione della salute e della sicurezza dell'ambiente di lavoro

È noto che i datori di lavoro, ricorrendo agli strumenti offerti dalle nuove tecnologie, possono monitorare l'attività dei lavoratori mediante videosorveglianza; tracciare i movimenti fisici attraverso algoritmi di geolocalizzazione; controllare l'utilizzo di e-mail, social media e navigazione web dei dipendenti; valutare la produttività, il livello di impegno, la propensione a lasciare l'organizzazione e l'aderenza ai comportamenti di sicurezza sul posto di lavoro; esaminare e valutare, nel processo di *recruiting*, *curriculum*, video colloqui e dati disponibili riguardanti i candidati, consentendo, in questo modo, di individuare i profili più adeguati alle esigenze aziendali. La raccolta di questo volume di dati e di informazioni, se operata illecitamente e illegittimamente, incontra diversi

divieti, limiti e precauzioni nel nostro ordinamento del lavoro e, ora, anche nel Regolamento europeo²³.

Tuttavia, non si può non rilevare che una tale raccolta (almeno parte di essa), se fosse operata con finalità diverse, potrebbe generare indubbi e notevoli benefici per la sicurezza e la salute del lavoratore. Alcuni esempi possono meglio chiarire quanto si vuole sostenere.

Diversi sistemi di IA consentono di monitorare la postura incongrua in modo da verificare se un lavoratore, che opera con attrezzature o in ambienti pericolosi, è concentrato sulle attività lavorative in corso, così da intervenire sulle sempre più frequenti patologie di discopatia sulla colonna vertebrale²⁴. Sotto questo profilo, i noti esoscheletri attivi forniscono specifico supporto ai lavoratori nei movimenti manuali di carichi, contribuendo a ridurre il rischio di disturbi muscolo-scheletrici²⁵. Ulteriori strumenti potrebbero essere utilizzati per personalizzare le postazioni di lavoro in base alle esigenze dei lavoratori creando una più efficace corrispondenza tra la mansione attribuita e le attività da svolgere. È il caso dei lavoratori che accumulano alti livelli di affaticamento perché diversamente abili²⁶ o prossimi al pensionamento.

I dati raccolti sul luogo di lavoro dai sistemi di intelligenza artificiale potrebbero poi supportare la progettazione e la realizzazione di programmi sulla formazione sulla sicurezza, indipendentemente dall'esperienza professionale maturata dal lavoratore (ad esempio, ricorrendo alla formazione immersiva con occhiali, caschi e visori intelligenti)²⁷ oppure potrebbero suggerire lo sviluppo di strategie intese alla pianificazione di compiti o alla programmazione dei tempi

23 Si richiamano le puntuali annotazioni della dottrina sul tema: M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2024; U. GARGIULO, *Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 29, p. 171 ss.; M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza")*: quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?, in *Labor*, 2023, p. 36 ss.; E. GRAGNOLI, *I controlli sul lavoratore e i cosiddetti sistemi di intelligenza artificiale*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2024, n. 3, p. 1 ss.; M. PERUZZI, *L'impatto dell'AI nella selezione del personale, negli annunci di lavoro e negli altri momenti genetici del rapporto*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2024, n. 3, p. 2 e dello stesso autore, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, Giappichelli, 2023; F.V. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Torino, Giappichelli, 2024.

24 Cfr. Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 7 marzo 2022, n. 7390.

25 In materia di esoscheletri, si v. lo studio elaborato dall'INAIL dal titolo *Innovazione per la sicurezza, ecco i prototipi degli esoscheletri di Inail e IIT per i lavoratori e le lavoratrici del futuro* del 15 giugno 2022. In dottrina, si v. M. DELFINO, *Lavoro e realtà aumentata: i limiti del potenziamento umano*, in M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 601 ss.; V. MAIO, *Diritto del lavoro e potenziamento umano: i dilemmi del lavoratore aumentato*, in *Diritto delle relazioni Industriali*, 2020, n. 3, p. 167 ss.

26 Cfr. Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 9 marzo 2021, n. 6497 in un caso di licenziamento del soggetto disabile in assenza di "accomodamenti ragionevoli".

27 V. Corte di Cassazione penale, 19 ottobre 2022, n. 39489 secondo la quale l'omessa formazione del lavoratore in materia antinfortunistica non può mai ritenersi compensata dalla professionalità acquisita negli anni dal medesimo.

di lavoro. Simulando scenari critici, coloro che partecipano a corsi di questo tipo possono sviluppare le loro competenze e capacità reattive in un ambiente controllato, riducendo così il rischio di lesioni in caso di infortuni sul lavoro.

Senza trascurare che alcuni sistemi IA potrebbero monitorare l'ambiente di lavoro al fine di ridurre al minimo l'esposizione dei lavoratori alle sostanze chimiche, alle vibrazioni, agli agenti biologici. L'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), ad esempio, ha sviluppato per le attività svolte nei servizi sanitari (ospedali, ambulatori, studi dentistici, servizi di assistenza), che rientrano tra quelle che possono comportare un notevole rischio di esposizione ad agenti biologici, un *software* avente quale obiettivo l'applicazione di un percorso metodologico uniforme di valutazione del rischio occupazionale.

Nondimeno gli organi di vigilanza con funzioni ispettive potrebbero selezionare, servendosi dei sistemi IA, con maggiore efficacia i propri obiettivi e identificare le imprese ad alto rischio²⁸.

Un capitolo a sé stante deve essere invece riservato al possibile monitoraggio della salute mentale, valutando i livelli di disagio psicologico, identificandone lo stress per il tramite di sistemi di linguaggio o di scrittura oppure, ad esempio, stimando le probabilità che accusino *burnout*²⁹. Oppure alla previsione di dispositivi di monitoraggio delle informazioni biomediche, utilizzati al fine di accertare che i lavoratori non si presentino affaticati o sfiniti durante lo svolgimento delle mansioni. Un tale sistema IA contribuirebbe indubbiamente alla prevenzione dei danni da super lavoro che sempre più frequentemente causano infarto o gravi patologie cardiache³⁰.

Certo, si è consapevole della mole dei dati immagazzinati da tali sistemi, la quale se non prudentemente ed eticamente gestita, potrebbe ritorcersi contro lo stesso lavoratore, ove venissero utilizzati per verificarne la produttività, per violarne la privacy, per controllarne le attività di lavoro.

Tale è la ragione per la quale l'art. 3, comma 39, del Regolamento UE 2024/1689, oltre ad offrire una puntuale definizione del sistema di riconoscimento delle emozioni come «(...) un sistema di IA finalizzato all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici»³¹, identifica "la biometria" come area "ad alto rischio". Ciò

28 Cfr. EU OSHA, *The future role of big data and machine learning in health and safety inspection efficiency*. 15 maggio 2019.

29 Tra le tante, Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 14 luglio 2015, n. 14710 in un caso che ha riguardato un autotrasportatore che non riusciva a godere dei riposi giornalieri; Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 10 agosto 2015, n. 16665 in un caso di mancato rispetto dei turni di lavoro.

30 Cfr. Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 8 maggio 2014, n. 9945 o, ancora più recentemente, ord. Corte di Cassazione civile, sezione lavoro, 28 febbraio 2023, n. 6008.

31 Sul ricorso al riconoscimento delle emozioni facciali al fine di monitorare lo stato emotivo del lavoratore, si v. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Techdispatch #1/2021 - Facial*

significa che per tali sistemi IA, occorrerà rispettare i requisiti rigorosi stabiliti dalla fonte unionale (conformità, valutazione di impatto, ecc.) ai fini della loro introduzione.

Alla base di tale evoluzione e indipendentemente dalla qualificazione del rischio nella disciplina eurounitaria, resta il fatto che i sistemi di intelligenza artificiale, applicati nel campo della tutela della salute e della sicurezza del lavoro, devono presentarsi trasparenti e affidabili. Difatti, se l'assenza di trasparenza algoritmica può essere un grave ostacolo alla valutazione e al controllo dei nuovi rischi per la sicurezza e la salute sul lavoro, l'inaffidabilità del sistema, che può derivare dalla distorsione dei dati raccolti e dalla presenza di errori di progettazione, può alimentare la diffidenza sui processi e sugli effetti dell'uso delle tecnologie digitali e, quindi, produrre un senso di rassegnazione che può essere altrettanto fonte di pericolo nello svolgimento delle attività lavorativa³².

4. Il nodo critico della tutela della riservatezza e della dignità del lavoratore

I probabili benefici arrecati dall'intelligenza artificiale alla salute e alla sicurezza dei lavoratori devono tenere conto della presenza di norme nell'ordinamento del lavoro sul trattamento dei dati personali, le quali sembrano porre un argine alla possibilità, per il datore di lavoro, di acquisire dati sui lavoratori, utilizzandoli per "fini differenti" da quelli legati alla prestazione lavorativa. In altri termini, i dati raccolti sul luogo di lavoro dai sistemi di intelligenza artificiale potrebbero essere impiegati non come strumenti di tutela ai fini dell'integrità psicofisica e della personalità morale del prestatore d'opere, bensì come strumenti di controllo e, quindi, rientranti nei divieti stabiliti dal legislatore. Il punto allora cruciale diventa comprendere se i dati raccolti dai sistemi di intelligenza artificiale possono essere considerati "legati all'attività lavorativa" e, dunque, escludere che il datore di lavoro incorra nella violazione, oltre che delle norme contenute nel Codice della privacy, delle disposizioni contenute nello Statuto dei Lavoratori (responsabilità penale e condotta antisindacale).

La regolazione dei sistemi di intelligenza artificiale nella fonte unionale ha come obiettivo quello di dettare una disciplina organica della materia, assumendo, tuttavia, la disciplina di protezione dei dati del GDPR come paradigma di riferimento, da considerarsi indiscutibilmente come l'avanguardia nella regolazione del digitale.

Ad avviso di chi scrive, occorre non confondere i due differenti ambiti. Un aspetto è la tutela del lavoratore nella disciplina del rapporto di lavoro; altro è la tutela della salute del lavoratore nell'ambiente di lavoro. Perché nel diritto della

Emotion Recognition. 26 Maggio 2021.

32 Si veda anche T. TREU, *op. cit.*, p. 15.

sicurezza del lavoro la necessità di operare un contemperamento tra opposte esigenze – quali, da un lato, la tutela della salute del lavoratore e, dall'altro, l'assolvimento dell'obbligo di protezione del datore di lavoro e, quindi, dell'obbligazione securitaria, autorizza una risposta affermativa, sempreché alla radice sia salvaguardata la dignità del lavoratore o della lavoratrice. D'altra parte, non si può ridimensionare il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza alla stregua dell'art. 28, comma 2, *lett. c)*, Decreto Legislativo n. 81/2008, divenuto parte integrante degli obblighi inderogabili (e non delegabili) in capo al datore di lavoro; e, nemmeno, si può minimizzare il contributo che la scienza e la tecnica hanno progressivamente introdotto, in un flusso costante, nei contesti lavorativi, rappresentando una soglia di cui garantire il minimo certo raggiungimento, sulla base delle differenti valutazioni e delle misure ritenute “necessarie”.

Volgendo lo sguardo alla disciplina domestica, occorre soffermarsi sinteticamente non tanto sulla tutela riconosciuta ai lavoratori contro forme di monitoraggio continuo e pervasivo dell'attività lavorativa alla stregua del novellato art. 4, comma 1, della legge n. 300/1970, dal momento che è ammissibile per il datore di lavoro effettuare controlli a distanza dell'attività lavorativa “esclusivamente” per la sicurezza del lavoro – oltre che per esigenze organizzative e produttive e per la tutela del patrimonio aziendale – quanto sul comma 3 della medesima norma che pone una ulteriore condizione per l'utilizzo delle informazioni e dei dati dei lavoratori raccolti: il rispetto delle norme contenute nel Decreto Legislativo n. 196/2003, cui essa fa ora espresso rinvio³³. Sul piano tecnico-giuridico, il comma 3 dell'art. 4 della legge n. 300/1970, distingue due ipotesi: la prima, riferita alla “raccolta” di dati e informazioni sull'attività lavorativa; la seconda, inerente “all'utilizzo” di tali informazioni per tutte le finalità connesse al rapporto di lavoro³⁴.

Se per la raccolta di informazioni, il trattamento dei dati è sempre consentito, nell'ipotesi di utilizzo delle informazioni sui lavoratori, la condizione posta al datore di lavoro ai fini del trattamento dei dati è che sia stata fornita al lavoratore un'informativa circa le modalità d'uso degli strumenti di registrazione di tali dati. La norma, come è noto, parla di “adeguata informativa” lasciando intendere la non rilevanza, ai fini dell'utilizzo delle informazioni, del consenso espresso in qualsiasi forma dal lavoratore.

33 Ai sensi del terzo comma dell'art. 4, legge n. 300/70, come aggiunto dall'art. 23, Decreto Legislativo n. 151/2015, «Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

34 Sul tema si vedano, tra gli altri, i contributi di A. MARESCA, *Lavoro e Previdenza: Jobs Act, come conciliare potere di controllo e tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, Ipsa Wolters Kluwer, 22 febbraio 2016; I. ALVINO, *Nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto di lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issue*, 2016, 2, 1, p. 22.

Ne deriva, condivisibilmente³⁵, che anche un mero atto unilaterale può essere sufficiente ad informare il lavoratore circa le modalità con le quali gli strumenti sono utilizzati ed i controlli effettuati. L'informativa resa al lavoratore è considerata il presupposto che legittima il trattamento dei dati personali non essendo necessaria la "preventiva acquisizione del consenso" del lavoratore interessato³⁶. Ai fini dell'utilizzo delle informazioni, non è sufficiente la semplice "conoscibilità" dei dati e delle informazioni da parte del lavoratore ma deve essere fornita dal datore di lavoro una prova della "conoscenza diretta" di tale elemento³⁷. Il datore di lavoro può, dunque, utilizzare le informazioni per fini legati unicamente al rapporto di lavoro e all'assolvimento della sua obbligazione di garanzia, purché i lavoratori interessati siano adeguatamente informati sulle modalità d'uso degli strumenti impiegati al fine di non arrecare danni alla compromissione del diritto alla loro salute e sicurezza³⁸.

Ebbene, restano aperte due questioni alla luce del Regolamento UE 2024/1689, cui non sembra tenere conto la disciplina domestica. La prima è quello della trasparenza, dal momento che occorre stabilire in prima battuta quali informazioni dovranno essere messe a disposizione del lavoratore e, in seconda, fino a che livello può spingersi la capacità dell'interessato di comprendere tali informazioni³⁹. Invero, sotto questo profilo, deve tenersi conto che, con gli artt. 22 del GDPR e 11 della direttiva 2016/680, l'UE, già nel 2016, ha introdotto uno strumento giuridico diretto a disciplinare l'intelligenza artificiale, con particolare riferimento proprio al processo decisionale automatizzato, rispetto al quale la disciplina di protezione dati ha sancito il diritto alla spiegazione e alla revisione umana della decisione automatizzata, nonché il divieto di discriminazione⁴⁰. Non si può non convenire sulla presenza di una generale clima di sfiducia con specifico riferimento ai sistemi di trattamento dei dati molto complessi

35 Così P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in CSDLE "Massimo D'Antona".It-255, 2015, p. 23.

36 Così M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in CSDLE "Massimo d'Antona. It"-300, 2016, p. 25 ss.

37 I. ALVINO, *op. cit.*, p. 35.

38 Secondo la Corte di Giustizia europea (17 ottobre 2019 n. 1874/13 e n. 8567/13) il requisito essenziale perché i controlli sul lavoro siano legittimi resta la loro rigorosa "proporzionalità" e "non eccedenza": capisaldi della disciplina di protezione dati la cui "funzione sociale" si conferma sempre più centrale perché capace di coniugare dignità e iniziativa economica, libertà e tecnica, garanzie e doveri.

39 Sul trattamento dei dati, A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali e azione collettiva nell'economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, Cacucci, 2019, p. 151 ss.; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lavoro e Diritto*, 2018, n. 3, p. 453 ss.

40 Cfr. Memoria del Garante per la protezione dei dati personali sulla proposta di regolamento (UE) sull'intelligenza artificiale – COM 2021(206), 9 marzo 2022.

e sofisticati, i quali non paiono garantire alcuna capacità di autodeterminazione del singolo individuo.

La seconda questione attiene alle caratteristiche dell'informativa, del principio di minimizzazione dei dati e dell'individuazione *ex ante* delle finalità del trattamento, giacché esse sembrano apparire disfunzionali rispetto a taluni sistemi di intelligenza artificiale, qualora essi, pur operando nell'area della tutela della salute e della sicurezza, presentano elementi di opacità tali da rendere inesplicabili gli *output* dagli stessi prodotti.

A ben guardare, in relazione a tali applicazioni, ad esempio, non vi è il rispetto del principio di minimizzazione dei dati, in quanto taluni sistemi di intelligenza artificiale riescono a ricavare dagli stessi dati, anche attraverso meccanismi di incrocio, altre informazioni che il titolare non avrebbe voluto fornire; non vi è neppure la possibilità di individuare *ex ante* le finalità del trattamento, giacché il sistema potrebbe deviare dalle finalità predeterminate e comunicare inizialmente al lavoratore.

Ebbene, constatato che il problema sussiste, una soluzione va cercata dal legislatore nazionale. Così, ad esempio, facendo leva sull'art. 2, comma 11, del Regolamento UE 2024/1689, il legislatore potrebbe ricollegarsi, con qualche accomodamento, a quanto indicato nell'art. 14 del medesimo Regolamento, nel quale si legge che, nel caso in cui i sistemi di IA presentino un alto rischio, essi debbono essere «(...) progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso».

5. Qualche conclusione sul tema

Sono diverse le opportunità che i sistemi di intelligenza artificiale possono arrecare alla tutela della salute e della sicurezza del lavoratore in un'ottica di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. La predisposizione, suggerita dall'Agenzia Europea EU-OSHUA, di elaborare un "solido quadro etico" che definisca con precisione come i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero essere sviluppati, attuati e impiegati, nel rispetto delle disposizioni legislative esistenti, è una proposta condivisibile, specie nel nostro modello partecipativo di salute e sicurezza nel quale la mediazione sindacale non è conflittuale ed esterna alle regole, ma è inglobata nel sistema di prevenzione e protezione.

Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Regolamento UE 2024/1689 auspica la redazione di "codici di buone pratiche", su base volontaria, al fine di aumentare la fiducia nei sistemi stessi e, conseguentemente, la loro diffusione sul mercato (cfr. sezione IV, artt. 56 ss.).

Se l'obiettivo è quello di servirsi dell'intelligenza artificiale al fine di consentire ai datori di lavoro e ai servizi di prevenzione e protezione di individuare e di pianificare gli interventi migliorativi da attuare e di individuare la loro scala

di priorità, allora due sono i punti chiave sui quali, a mio avviso, non si può prescindere.

In primo luogo, oltre alla diffusione— sia a livello nazionale che internazionale — di linee guida, buone prassi e indicazioni operative, occorre identificare uno standard minimo di riferimento per ciascun dispositivo di intelligenza artificiale che arrechi benefici alla tutela della salute e della sicurezza al fine di scongiurare la difformità di valutazione e l'impossibilità di comparazione dei risultati in ambito contrattuale. Ciò significa affrontare consapevolmente (anche) il pericolo di applicazione inappropriata o di interpretazione errata o deviata degli *output* o delle decisioni del sistema di intelligenza artificiale.

In secondo luogo, occorre garantire la trasparenza dei sistemi IA riferibili alla tutela della salute dei lavoratori e la partecipazione attiva di questi ultimi alla progettazione, allo sviluppo e, finanche, alla valutazione di tali sistemi. Quando il lavoratore non ha informazioni o comprensione di quali dati l'algoritmo di intelligenza artificiale sta raccogliendo, come vengono utilizzati i dati e per quale scopo, ciò inevitabilmente conduce all'intensificazione del lavoro, allo stress lavoro-correlato e, dunque, finisce per comprometterne la salute fisica e organizzativa. Non è sufficiente che il datore di lavoro assolve ad obblighi di informazione, ma deve essere consentito ai rappresentanti dei lavoratori della sicurezza e alle rappresentanze sindacali, riesumando anche l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori dalle ceneri nelle quali è stato frettolosamente ricacciato, di "spiegare" l'algoritmo nel suo funzionamento e il regime delle sue responsabilità, al fine di generare un ragionevole affidamento sul fatto che non si pongano in essere pratiche discriminatorie o ingannevoli.

Infine, il dialogo deve essere incentrato non esclusivamente sulla promozione dell'innovazione tecnologica, bensì anche sulla "sensibilizzazione alla cultura del dato", servendosi della privacy come strumento a protezione del lavoratore e/o della lavoratrice e non come ostacolo alla ricerca e alla tutela della loro salute.

Il punto è che abbiamo bisogno di una bussola che tenga conto non solo del momento della progettazione tecnologica, ma anche della ricerca, dello sviluppo e della conoscenza empirica dell'utilizzo della tecnologia. Diviene, pertanto, evidente quanto non sia più procrastinabile non solo agire al fine di cogliere le opportunità e i benefici che offre il progresso tecnologico, a partire dalla prevenzione e dal miglioramento delle condizioni di lavoro, ma anche garantire un adeguato livello di consapevolezza e di relative tutele.

Evolução do direito do trabalho no Brasil: Constituição de 1988, liberdade sindical, reforma trabalhista e novas tecnologias

Gilberto Stürmer

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Constituição Brasileira de 1988 e o Direito do Trabalho. – 2.1. Princípios Fundamentais. – 2.2. Direitos Sociais e Trabalhistas. – 2.3. Organização Sindical. – 3. Liberdade Sindical. – 3.1. Histórico e Implementação. – 3.2. Convenção n. 87 da OIT. – 4. Reforma Trabalhista e Sistema Sindical. – 4.1. Contribuição Sindical. – 4.2. Negociado vs. Legislado. – 5. Novas Tecnologias e o Futuro do Sindicalismo. – 5.1. Desafios e Oportunidades. – 5.2. Adaptação e Inovação. – 6. Conclusão.

1. Introdução

O direito do trabalho no Brasil tem passado por transformações significativas ao longo das últimas décadas, particularmente desde a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou uma série de direitos trabalhistas fundamentais. A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, não apenas ampliou os direitos dos trabalhadores, mas também reforçou a importância da liberdade sindical, da proteção social e da negociação coletiva como pilares essenciais para a construção de um ambiente de trabalho justo e equitativo.

Neste contexto de contínua evolução, a Reforma Trabalhista de 2017 representou um dos maiores marcos na legislação trabalhista brasileira desde a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. A reforma trouxe consigo mudanças profundas, buscando modernizar a legislação para adaptá-la às novas realidades do mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que levantou questões sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores e a sustentabilidade das entidades sindicais.

Além das reformas legislativas, o avanço acelerado das novas tecnologias tem desafiado as formas tradicionais de organização e representação sindical. A digitalização, a automação e a *gig economy* estão remodelando as relações de trabalho, exigindo que sindicatos e outras entidades representativas se adaptem rapidamente para continuar desempenhando seu papel na defesa dos direitos dos trabalhadores.

Este artigo explora a evolução do direito do trabalho no Brasil, focando em três eixos principais: a liberdade sindical, as reformas trabalhistas e o impacto das novas tecnologias. Por meio de uma análise detalhada da legislação nacional e internacional, bem como das práticas sindicais emergentes, o estudo busca identificar os desafios e oportunidades para o futuro das relações de trabalho no país, propondo caminhos para a construção de um ambiente laboral mais justo e inclusivo no século XXI.

2. Constituição Brasileira de 1988 e o Direito do Trabalho

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco significativo no Direito do Trabalho, ao consolidar e ampliar os direitos dos trabalhadores. Ela estabelece princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, buscando equilibrar os interesses de trabalhadores e empregadores.

Dedicando um capítulo específico aos direitos sociais, a Constituição assegura direitos trabalhistas essenciais, como a jornada de trabalho de até 44 horas semanais, o descanso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, o direito ao salário-mínimo e a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Além disso, a Constituição fortaleceu as entidades sindicais, garantindo a liberdade de associação e o direito à negociação coletiva, ambos fundamentais para a defesa dos interesses dos trabalhadores, embora a liberdade sindical plena ainda não seja uma realidade no Brasil.

2.1. Princípios Fundamentais

A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso IV, estabelece os «valores sociais do trabalho e da livre iniciativa» como princípios fundamentais. Este avanço reflete a importância do trabalho como um valor essencial na construção da sociedade brasileira.

Conforme Silva¹, a valorização do trabalho humano e a busca pelo pleno emprego são diretrizes essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana. A inclusão do trabalho como valor social fundamental na Constituição de 1988 marca uma mudança de paradigma, reconhecendo o papel central do trabalho na promoção do bem-estar social e econômico.

A ênfase nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como previsto no artigo 1º, IV, da Constituição, evidencia a interdependência entre desenvolvimento econômico e justiça social. Segundo Delgado², ao reconhecer esses valores, a Constituição caminha para uma sociedade “pluralista”, com a solução

1 J. AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 288-292.

2 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 18. ed. São Paulo, LTr, 2019. p. 144.

pacífica de conflitos e a participação ampla dos grupos sociais na geração de normas jurídicas, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente.

Esses princípios fundamentais são a base para políticas públicas que buscam promover o desenvolvimento sustentável e a justiça social. A relação entre trabalho e livre iniciativa sugere um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos trabalhadores e a promoção do empreendedorismo e da inovação. A promoção do pleno emprego é um objetivo central das políticas públicas, pois o desemprego não apenas afeta a subsistência dos trabalhadores, mas também prejudica o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, a valorização do trabalho humano e a busca pelo pleno emprego são cruciais para construir uma sociedade mais justa e equitativa.

2.2. Direitos Sociais e Trabalhistas

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição, abrangendo o direito ao trabalho, à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

O artigo 7º elenca os direitos dos trabalhadores, como a garantia de um salário-mínimo, repouso semanal remunerado, décimo terceiro salário, proteção do trabalho da mulher e do menor, e a redução dos riscos inerentes ao trabalho. A Constituição também assegura a irredutibilidade do salário, exceto por acordo coletivo, a proteção do salário, constituindo crime sua retenção dolosa, e a participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração.

A inclusão desses direitos na Constituição eleva a proteção ao trabalhador ao status de direitos fundamentais. Como ensina Sarlet³, a expressão direitos fundamentais «[...] se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]». Logo, a fundamentalidade deste direito está relacionada ao país que se estuda, não à matéria propriamente dita. Assim, a Constituição de 1988 não apenas assegura condições mínimas de trabalho, mas também reconhece a necessidade de proteger a dignidade do trabalhador em todas as suas dimensões.

A proteção dos direitos dos trabalhadores é central para promover a justiça social e o desenvolvimento econômico. A irredutibilidade do salário, por exemplo, garante a estabilidade financeira dos trabalhadores, permitindo-lhes planejar o futuro com mais segurança. A participação nos lucros alinha os interesses de empregados e empregadores, incentivando a produtividade e o crescimento econômico.

Além disso, a proteção ao trabalho da mulher e do menor é crucial para garantir condições de trabalho justas e equitativas. A redução dos riscos inerentes ao trabalho é essencial para promover um ambiente seguro e saudável,

3 I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

prevenindo acidentes e doenças ocupacionais. Dessa forma, a Constituição de 1988 marca um importante avanço na proteção dos direitos dos trabalhadores no Brasil, assegurando condições dignas e justas para todos.

2.3. Organização Sindical

O artigo 8º da Constituição trata da organização sindical, garantindo a liberdade de associação profissional ou sindical.

A Constituição também assegura que a lei não pode exigir autorização para a fundação de sindicatos, exceto o registro no órgão competente, vedando ao Poder Público qualquer interferência ou intervenção na organização sindical. Essa liberdade é um pilar fundamental da democracia e da defesa dos direitos dos trabalhadores, permitindo uma representação autônoma e eficaz.

A liberdade sindical é um direito fundamental que fortalece a democracia e a justiça social. Permitir que os trabalhadores se organizem livremente em sindicatos garante que suas vozes sejam ouvidas nas negociações coletivas, promovendo condições de trabalho mais justas e equitativas. Além disso, a autonomia sindical impede interferências indevidas do governo e das empresas, protegendo a independência e a integridade das organizações de trabalhadores.

A liberdade de organização sindical é também crucial para a promoção da igualdade de gênero e da inclusão social. A possibilidade de organização em sindicatos permite que grupos marginalizados, como mulheres e trabalhadores informais, defendam seus direitos e promovam a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Além disso, a liberdade sindical fortalece a solidariedade entre os trabalhadores, permitindo a construção de um movimento sindical forte e coeso, capaz de lutar por melhores condições de trabalho.

3. Liberdade Sindical

A liberdade sindical no Brasil é um princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988, que assegura aos empregados e empregadores o direito de se organizarem livremente em sindicatos, sem interferência do Estado. Este direito é fundamental para a defesa e promoção dos interesses coletivos e individuais das categorias profissionais e econômicas.

Seguindo nessa linha, Brito Filho⁴ entende que a liberdade sindical:

[...] consiste no direito de trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, na forma que desejarem, ditando suas regras de funcionamento e ações que devam ser empreendidas, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade.

4 J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, *Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – Proposta de inserção da comissão de empresa*, 2 ed. São Paulo, LTr, 2007, p. 73.

Para além de um direito fundamental, expresso na Constituição Federal de 1988, a liberdade sindical é um direito humano, previsto em uma pletora de documentos de direito internacional. Veja-se, abaixo, apanhado geral feito por Stürmer e Miranda⁵:

Como já mencionado de forma breve no início do presente estudo, a constituição da OIT, em 1919, já trazia o princípio de liberdade sindical como um ideal a ser implementado para o alcance de melhores condições de trabalho. A Declaração de Filadélfia, que foi adotada como seu anexo e até hoje constitui a carta de princípios e objetivos da Organização, estabelece, no seu artigo I, alínea “b”, que «a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto».

A partir daí, esse postulado de liberdade foi irradiado para outros diplomas internacionais, como, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que traz, em seu artigo 20º, uma ideia de liberdade associativa; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que traz, em seu artigo 8º os ditames da liberdade sindical; o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, também de 1966, que traz, em seu artigo 22, os preceitos sobre a liberdade sindical e, por fim, a Convenção n.º 87 da OIT, de 1948, deixada como último não por conta do ano de sua elaboração, mas por conta de sua importância: certamente o documento internacional mais relevante no que se refere aos conceitos e pressupostos da liberdade sindical.

Portanto, a liberdade sindical deve ser tratada com a devida importância, pois não é apenas um direito fundamental no Brasil, mas também um direito humano amplamente reconhecido.

3.1. Histórico e Implementação

A Constituição da OIT de 1919 e a Declaração de Filadélfia de 1944 são marcos fundamentais para a liberdade sindical no cenário internacional. A Declaração de Filadélfia reafirma que o trabalho não é uma mercadoria e que todos os seres humanos, independentemente de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar seu bem-estar material e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

No Brasil, a liberdade sindical ainda enfrenta desafios legais e políticos. Embora a Constituição garanta esse direito, sua implementação efetiva é limitada por práticas que restringem a autonomia dos sindicatos. O país é signatário de diversas convenções da OIT, mas a ratificação e internalização dessas normas frequentemente encontram resistência no Congresso Nacional e entre setores empresariais.

5 G. STÜRMER, D.A. PEREIRA MIRANDA, *A liberdade sindical como direito fundamental: breve análise do modelo brasileiro*, em E. MEIRELES, S.I. RIBEIRO TEIXEIRA DO VALE; M. CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA, *Direito coletivo do trabalho e direito sindical*, Curitiba, Editorial Casa, 2023. p. 35-36.

A implementação da liberdade sindical no Brasil é um processo contínuo que exige a superação de desafios históricos e estruturais. A centralização do sistema sindical, a obrigatoriedade da contribuição sindical e a unicidade sindical são práticas que limitam a autonomia dos sindicatos. A ratificação de convenções internacionais, como a Convenção n.º 87 da OIT, é crucial para alinhar a legislação brasileira aos padrões internacionais de direitos humanos e trabalhistas.

Além disso, a resistência à liberdade sindical no Brasil é influenciada por fatores culturais e econômicos. A cultura corporativista que prevaleceu durante grande parte do século XX incentivou a intervenção do Estado na organização sindical, restringindo sua autonomia. A globalização e a competição econômica também impõem desafios à liberdade sindical, pois as empresas podem pressionar os trabalhadores a aceitarem condições de trabalho menos favoráveis para garantir a competitividade.

3.2. Convenção n. 87 da OIT

A Convenção n. 87 da OIT assegura que trabalhadores e empregadores têm o direito de constituir organizações de sua escolha sem necessidade de autorização prévia. A convenção também garante que essas organizações possam elaborar seus próprios estatutos e regulamentos, eleger livremente seus representantes, organizar sua administração e atividades, e formular seus programas de ação.

A Convenção n.º 87 da OIT é um marco na proteção dos direitos sindicais e na promoção da justiça social. Essa Convenção, entretanto, não foi ratificada pelo Brasil por conta dos já mencionados entraves internos. Para uma ideia de futuro, sua ratificação e implementação no Brasil são essenciais para garantir que os trabalhadores possam se organizar e negociar coletivamente de forma livre e independente. A autonomia sindical fortalece a democracia e a justiça social, permitindo que os trabalhadores defendam seus direitos e melhorem suas condições de trabalho.

Conforme Stürmer⁶, a ratificação da Convenção n.º 87 da OIT pela via do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (aprovação em dois turnos, por três quintos de cada uma das Casas do Congresso Nacional) poderia trazer esse regramento com status de Emenda Constitucional, o que daria vida ao conceito de liberdade sindical plena no Brasil (ainda que, obviamente, não acontecesse do dia para a noite).

A implementação da Convenção n.º 87 no Brasil também promoveria a harmonização das normas trabalhistas brasileiras com os padrões internacionais, fortalecendo a competitividade do país no cenário global. Além disso, a liberdade sindical é um direito humano fundamental que contribui para a dignidade e

6 G. STÜRMER, *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua Relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p. 145-146.

bem-estar dos trabalhadores, fortalecendo a coesão social e a justiça econômica. A ratificação da Convenção 87 é, portanto, um passo essencial para a promoção de um ambiente de trabalho mais justo e democrático no Brasil.

4. Reforma Trabalhista e Sistema Sindical

A Reforma Trabalhista de 2017, promulgada pela Lei nº 13.467, representou uma das mais significativas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) desde sua criação em 1943, com impactos profundos no sistema sindical brasileiro. A reforma visou modernizar a legislação trabalhista, adaptando-a às novas dinâmicas do mercado de trabalho e oferecendo maior flexibilidade nas relações entre empregadores e empregados. No entanto, uma das mudanças mais controversas e debatidas foi a alteração no financiamento e na estrutura de funcionamento dos sindicatos.

Antes da reforma, a contribuição sindical, conhecida como “imposto sindical”, era obrigatória para todos os empregados, independentemente de serem filiados ao sindicato de sua categoria. Esse imposto, correspondente a um dia de salário do trabalhador por ano, era uma das principais fontes de financiamento dos sindicatos, garantindo sua atuação e representatividade. Com a Reforma Trabalhista, a contribuição sindical tornou-se facultativa, exigindo a autorização expressa do empregado para seu desconto.

Essa mudança gerou um impacto significativo nas finanças das entidades sindicais, resultando na necessidade de reestruturação e redefinição das estratégias de atuação dos sindicatos. Muitos passaram a buscar outras formas de financiamento, como a cobrança de mensalidades dos associados e a ampliação dos serviços oferecidos aos filiados para atrair e manter a adesão voluntária.

Além da questão financeira, a Reforma Trabalhista também reforçou o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado, permitindo que acordos e convenções coletivas firmados entre sindicatos e empregadores possam, em muitos casos, prevalecer sobre a legislação trabalhista. Essa mudança visa promover maior autonomia e flexibilidade nas relações de trabalho, mas também levanta preocupações sobre o possível desequilíbrio nas negociações, especialmente em categorias profissionais menos organizadas ou em setores onde os sindicatos têm menor poder de barganha.

O sistema sindical brasileiro, tradicionalmente baseado na unicidade sindical, ou seja, na existência de apenas um sindicato por categoria em cada base territorial, também foi desafiado pela Reforma Trabalhista. Embora a reforma não tenha alterado a unicidade sindical, o enfraquecimento financeiro das entidades sindicais e a maior autonomia nas negociações coletivas criaram um cenário onde a representatividade e a eficácia dos sindicatos passaram a ser questionadas.

4.1. Contribuição Sindical

A Reforma Trabalhista de 2017 trouxe mudanças significativas para o sistema sindical brasileiro. Uma das principais alterações foi a exigência de autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical, conforme estabelecido nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587, 602 e 611-B, inciso XXVI da CLT.

Antes da reforma, a contribuição sindical era obrigatória e descontada diretamente da folha de pagamento dos trabalhadores. Essa mudança conferiu maior autonomia aos trabalhadores para decidirem sobre a contribuição, mas também trouxe desafios para a sustentabilidade financeira dos sindicatos. A reforma visa fortalecer a autonomia individual, permitindo que o trabalhador decida se deseja ou não contribuir com o sindicato, ao mesmo tempo em que questiona a capacidade dos sindicatos de manter suas atividades.

A obrigatoriedade da contribuição sindical era uma importante fonte de financiamento para os sindicatos, permitindo-lhes oferecer serviços e suporte aos trabalhadores. Com a mudança, os sindicatos precisam encontrar novas formas de financiamento e engajamento dos trabalhadores. A sustentabilidade financeira dos sindicatos é crucial para a defesa dos direitos dos trabalhadores e para a promoção da justiça social.

Além disso, a reforma trabalhista trouxe mudanças na estrutura e na atuação dos sindicatos. A exigência de autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical obriga os sindicatos a desenvolverem estratégias mais eficazes de comunicação e mobilização para garantir a adesão voluntária dos trabalhadores. A reforma também promove a transparência e a prestação de contas, uma vez que a sustentabilidade financeira dos sindicatos passa a depender diretamente da confiança e do apoio dos trabalhadores.

4.2. Negociado vs. Legislado

Outra mudança importante foi a prevalência do negociado sobre o legislado em determinadas condições, conforme estabelecido nos artigos 611-A e 611-B da CLT. Essa alteração permite que acordos e convenções coletivas prevaleçam sobre a legislação em temas específicos, desde que respeitados os direitos mínimos garantidos pela Constituição.

A prevalência do negociado sobre o legislado visa oferecer maior flexibilidade nas relações de trabalho, permitindo que as partes ajustem suas condições conforme as necessidades específicas, mas também exige um equilíbrio para não comprometer a proteção dos trabalhadores. Conforme posicionamento adotado por Delgado⁷, a permissão trazida pelo art. 611-A da CLT resulta numa exacerbação dos poderes da negociação coletiva.

A negociação coletiva é uma ferramenta importante para adaptar as condições de trabalho às realidades específicas de cada setor e empresa. No entanto,

7 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 18. ed., São Paulo, LTr, 2019, p. 77.

a flexibilização das normas trabalhistas deve ser acompanhada de mecanismos de proteção para garantir que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam preservados. Uma representação sindical forte e atuante é essencial para garantir que os acordos coletivos sejam justos e equilibrados.

A prevalência do negociado sobre o legislado também pode incentivar a inovação e a competitividade no mercado de trabalho, permitindo que as empresas adotem práticas mais flexíveis e adaptáveis às mudanças econômicas e tecnológicas. No entanto, é fundamental garantir que essa flexibilização não comprometa a segurança e o bem-estar dos empregados. A implementação de mecanismos de monitoramento e avaliação dos acordos coletivos é crucial para assegurar que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e que as condições de trabalho sejam justas e equitativas.

5. Novas Tecnologias e o Futuro do Sindicalismo

O avanço das novas tecnologias está transformando profundamente o cenário laboral, influenciando não apenas a forma como o trabalho é realizado, mas também as estruturas de representação coletiva, como o sindicalismo. Em um mundo cada vez mais digitalizado, marcado pela automação, inteligência artificial e plataformas digitais, o futuro do sindicalismo enfrenta desafios significativos, mas também novas oportunidades de atuação.

As novas tecnologias trouxeram consigo a flexibilização das relações de trabalho, com o crescimento do trabalho remoto, temporário e de plataformas digitais. Esse cenário fragmenta a tradicional relação de emprego, dificultando a organização coletiva dos trabalhadores, uma vez que muitos se encontram em regimes de trabalho atípicos, sem vínculos formais, o que enfraquece a base de atuação dos sindicatos. A *gig economy*, por exemplo, caracteriza-se por contratos temporários ou autônomos, onde trabalhadores atuam sob demanda, frequentemente sem acesso aos direitos trabalhistas tradicionais, como seguro-desemprego ou férias remuneradas. Essa realidade desafia o modelo sindical tradicional, que se baseia em categorias profissionais bem definidas e relações empregatícias estáveis.

Contudo, as mesmas tecnologias que desafiam o sindicalismo também podem ser ferramentas poderosas para sua revitalização. Plataformas digitais e redes sociais oferecem novas maneiras de organizar e mobilizar trabalhadores, facilitando a comunicação, a disseminação de informações e a coordenação de ações coletivas. Além disso, as tecnologias digitais podem ajudar os sindicatos a se aproximarem das novas gerações de trabalhadores, que estão mais conectados e exigem representações que compreendam suas realidades e necessidades específicas.

O uso de *big data* e inteligência artificial também pode permitir que os sindicatos analisem tendências no mercado de trabalho, identifiquem demandas

emergentes entre os trabalhadores e planejem estratégias de negociação mais eficazes. Ferramentas digitais de gestão podem auxiliar na administração das entidades sindicais, tornando-as mais eficientes e transparentes, o que pode ajudar a reconquistar a confiança e a adesão dos trabalhadores.

Além disso, a digitalização pode favorecer a globalização do sindicalismo, permitindo a formação de redes internacionais de sindicatos que possam atuar em conjunto para enfrentar desafios comuns, como a precarização do trabalho ou a automação. Essa articulação global é particularmente relevante em um cenário onde as grandes corporações atuam em escala mundial, e as decisões tomadas em uma parte do mundo podem ter impactos significativos em outra.

No entanto, para que o sindicalismo se mantenha relevante no futuro, será necessário que as entidades sindicais se adaptem às novas realidades do mercado de trabalho e explorem as possibilidades oferecidas pelas tecnologias digitais. Isso inclui repensar suas estratégias de mobilização, negociação e representação, bem como investir na formação e capacitação de seus líderes e membros para o uso eficaz dessas tecnologias.

5.1. Desafios e Oportunidades

As novas tecnologias têm um impacto profundo no mercado de trabalho e, conseqüentemente, no sindicalismo. A era digital exige uma reinvenção dos sindicatos para atender às novas demandas dos trabalhadores. A digitalização e a automação estão transformando as relações de trabalho, criando desafios, como a proteção dos direitos dos trabalhadores em plataformas digitais, e ao mesmo tempo oferecendo oportunidades para a inovação sindical.

Harari⁸ destaca que a automação e a inteligência artificial estão mudando radicalmente a natureza do trabalho, exigindo novas habilidades e criando novas formas de emprego. Os sindicatos precisam se adaptar a essas mudanças para continuar relevantes e eficazes na representação dos trabalhadores. A tecnologia não apenas transforma a maneira como o trabalho é realizado, mas também redefine as competências e qualificações necessárias, exigindo uma adaptação constante dos sindicatos para atender a essas novas demandas.

As novas tecnologias oferecem oportunidades para a inovação sindical, permitindo que os sindicatos utilizem ferramentas digitais para se comunicar e organizar seus representados. A digitalização pode facilitar a mobilização e a participação dos trabalhadores, tornando os sindicatos mais ágeis e eficientes. No entanto, a adaptação às novas tecnologias também apresenta desafios, como a proteção dos direitos dos trabalhadores em plataformas digitais e a garantia de condições de trabalho justas e equitativas.

Além disso, as novas tecnologias impactam a estrutura e a organização dos sindicatos. A automação e a inteligência artificial podem reduzir a demanda por

8 Y.N. HARARI, *21 Lições para o Século 21*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018, n.p (ebook).

trabalho humano em certos setores, exigindo que os sindicatos se adaptem a essas mudanças e encontrem novas formas de representar e proteger os trabalhadores. A globalização e a digitalização também permitem a criação de sindicatos transnacionais que possam representar trabalhadores em diferentes países e regiões, promovendo a solidariedade e a cooperação internacional.

5.2. Adaptação e Inovação

Os sindicatos precisam se adaptar às novas realidades tecnológicas, utilizando ferramentas digitais para se comunicar e organizar seus representados. O sindicato necessita estar mais próximo de seus representados de modo a fomentar a sua participação. As tecnologias (uso de aplicativos e redes sociais, por exemplo) podem auxiliar essa aproximação.

A digitalização também oferece a oportunidade de criar novas formas de organização sindical, como sindicatos virtuais e transnacionais, capazes de representar trabalhadores em diferentes regiões e setores, superando barreiras geográficas e jurisdicionais. Além disso, a tecnologia pode ser uma aliada na promoção da transparência e da democracia interna dos sindicatos, fortalecendo a confiança e o engajamento dos trabalhadores.

A adaptação às novas tecnologias exige uma mudança de mentalidade e a adoção de novas práticas pelos sindicatos. O uso de ferramentas digitais pode facilitar a comunicação e a organização dos trabalhadores, promovendo a transparência e a democracia interna. A inovação sindical é essencial para garantir a relevância e eficácia dos sindicatos na defesa dos direitos dos trabalhadores em um mundo cada vez mais digitalizado.

Essa adaptação também envolve a capacitação e a formação dos trabalhadores para as novas competências exigidas pelo mercado de trabalho. Os sindicatos podem desempenhar um papel importante na promoção da educação e da formação profissional, ajudando os trabalhadores a se adaptarem às mudanças tecnológicas e a se manterem competitivos no mercado de trabalho. Além disso, os sindicatos podem promover a inovação e a sustentabilidade no trabalho, incentivando práticas justas e sustentáveis e promovendo a responsabilidade social e ambiental.

6. Conclusão

A evolução do direito do trabalho no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, revela um cenário em constante transformação. A liberdade sindical, as reformas trabalhistas e o impacto das novas tecnologias são temas centrais para o futuro das relações de trabalho no país. A adaptação dos sindicatos às novas realidades e a efetiva implementação da liberdade sindical são essenciais para garantir a representação e proteção dos direitos dos trabalhadores no século XXI.

A promoção da liberdade sindical e a adaptação às novas tecnologias são desafios cruciais para o movimento sindical no Brasil. A implementação de

reformas trabalhistas justas e equilibradas, que promovam flexibilidade e competitividade sem comprometer os direitos dos trabalhadores, é vital para garantir um ambiente de trabalho justo e equitativo. A inovação sindical e a promoção da transparência e da democracia interna são fundamentais para fortalecer a confiança e o engajamento dos trabalhadores, assegurando a relevância e eficácia dos sindicatos na defesa dos direitos dos trabalhadores em um mundo cada vez mais digitalizado.

Telemedicina (atestado médico-aceitação) e limbo previdenciário

Thereza Christina Nabas

SUMARIO: 1. Considerações iniciais. – 2. Telemedicina. – 3. Teleperícia. – 4. AtestMED. – 5. Questões polemicas. – 6. Limbo previdenciário. – 7. Conclusões.

1. Considerações iniciais

Não obstante o tema da telemedicina não se confunda com o do limbo previdenciário, não seria leviano afirmar que constituem grandes motes polêmicos. Além disso, o uso das tecnologias da informação e da comunicação deveriam servir para facilitar o acesso e a inclusão das pessoas ao sistema de saúde, reduzindo custos públicos e privados e o tempo de avaliações e reavaliações do estado de saúde do trabalhador, viabilizando um atendimento à saúde mais eficiente. Além disso, o tempo na demora das perícias acaba por caracteriza a situação do limbo previdenciário em que o trabalhador se vê desprovido do pagamento do salário, pois o medido da empresa atesta sua incapacidade; e do seguro acidente, tendo em conta a negativa do Instituto Nacional do Seguro Social (daqui por diante pela sua sigla, INSS) ou a demora no tempo do atendimento necessário para a liberação do benefício.

As longas filas para realização de perícias e atendimento médico, levou a aprovação da lei destinada ao “Programa de Enfrentamento a Fila da Previdência Social” nome este que expressa a preocupação do Governo Federal com os congestionamentos da Seguridade Social.

Todavia, há que considerar aspectos importantes destes relevantes temas, sendo o primeiro deles uma das grandes conquistas social e econômica, em cumprimento ao disposto nos arts. 193 e seguintes da Constituição Federal (daqui por diante pela sua sigla, CF) que trata da Ordem Social. O segundo, além de ser uma questão que provoca grandes dilemas sobre a divisão da competência em matéria trabalhista e previdenciária, é fator de insegurança jurídica, ao trabalhador porque muitas vezes, se vê situações indignas diante da negação da justiça das decisões e do acesso à previdência social. O trabalhador sofre a angústia com o dilema entre dois pareceres médicos distintos e contraditórios sobre seu estado de saúde: o da seguridade social, que lhe confere a alta médica antes conferida em razão de afastamento por acidente do trabalho ou doença (ou simplesmente recusa o benefício por entender inexistente a situação de

incapacidade); e do médico da empresa que entende que o trabalhador não tem condições de reassumir o posto de trabalho.

O limbo previdenciário coloca o trabalhador numa situação muito complexa, resultante das contradições entre o parecer médico da empresa e do Instituto Nacional de Seguridade Social (daqui por diante, por sua sigla INSS) a respeito do seu estado de saúde e a consequente negativa quanto ao pagamento do benefício ou salário, respectivamente. Tal cenário se constitui em razão de doença ou acidente do trabalho que é acometido o trabalhador.

Há que observar que a alta médica conferida pela seguridade social ou a negativa do benefício, implica em que o trabalhador retorne ao trabalho, sendo obrigação da empresa promover a avaliação (ou reavaliação) médica, remetendo o trabalhador ao médico da empresa, o qual não coincide com o médico da seguridade social e que opina no sentido contrário, atestando a impossibilidade de o trabalhador retornar ao trabalho. O “duelo” entre a persistência (ou existência) e não persistência (ou não existência) da incapacidade para o trabalho leva o trabalhador ao *limbo*: não recebe o benefício da seguridade social e nem do salário devido por seu empregador. Diante desta incerteza e da necessidade de obter recursos para sua subsistência, o trabalhador acaba por acionar judicialmente não só a seguridade social, mas o ex-empregador e, em razão daquilo que chamaria *insensatez da competência* em razão da divisão de matérias atribuídas a duas esferas judiciais distintas, quando, na verdade, o fundamento e o fato das pretensões são idênticas ou apresentam um grau de similitude que demandaria uma decisão uniforme sobre a questão principal: a incapacidade do trabalhador e o seu direito fundamental de gozar de saúde e atendimento médico.

A separação jurídica determinada pela CF entre a previdência social e o direito do trabalho, cria maiores custos ao Estado além de representar um altíssimo prejuízo à vida e à saúde do próprio trabalhador. Além disso, viola o princípio da segurança jurídica e da necessária confiabilidade nas decisões judiciais.

A implantação de atendimentos na seguridade social com uso das tecnologias, viabiliza respostas mais rápidas e eficientes, servindo para, quiçá, permitir um melhor diálogo entre empresa e INSS ou, ao menos, reduzindo o tempo em que as respostas serão prestadas, permitindo ao trabalhador e empregador buscarem soluções mais eficientes as suas necessidades.

2. Telemedicina

Pode-se dizer que o marco do uso da telemedicina no Brasil é a resolução CFM nº 2.314/2022 que oficializou a incorporação da teleconsulta entre os atendimentos de forma remota. Cumpre lembrar que a consulta à distância foi autorizada durante a pandemia, de forma extraordinária justamente com o intuito de permitir o atendimento médico em uma época que os hospitais estavam saturados e havia ordem de isolamento social. Mas, há que ponderar,

que a telemedicina e a teleconsulta não são frutos da pandemia, isto é, como instrumento tecnológico não surgiu em razão da pandemia. O uso da tecnologia para conferir acesso à saúde tiveram início na década de 70, período este que coincide com a disrupção de uma fase em que tudo dependia das relações físicas diretas para um mundo absolutamente digital e tecnológico, cujo caminho não teria volta atrás.

O fenômeno da tecnologia na área médica e de saúde, surgiu na década de 60 e, desde então, vem se aprimorando. Foi na década de 90 que se logrou fazer a transmissão de dados virtuais, permitindo sua distribuição e progresso.

No Brasil, desde 1989, a rede nacional de ensino e pesquisa do Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação viabilizou a formação de núcleos de pesquisa e estudos de modo que, em 2007, foi criado pelo Ministério da Saúde o projeto piloto intitulado “Programa Nacional de Telessaúde”, através das Portarias nº 24/2007 e nº 2546/2011.

Lisboa, Hajjar, Sarmiento, Sarmiento e Gonçalves, retratando a evolução da telemedicina no Brasil, dando conta que teve início em 1989 com a criação da rede nacional de ensino e pesquisa que teve por fim a construção de uma infraestrutura de rede de internet em âmbito nacional e voltado à academia. Em 2002 o conselho federal de medicina regulamentou o uso da telemedicina e estabelecer os sistemas automatizados para guardar e manusear os prontuários médicos. A evolução seguiu por 2003 até 2007 com o estabelecimento de uma série de políticas voltadas à informação e informática em saúde projetos de lei e programas até que finalmente se criou um projeto piloto do programa nacional de telessaúde componente da estratégia do e-Saúde, em 2007. Em 2011 foram aprovadas 2 portarias responsáveis por instituir o sistema de informatização da tele saúde no Brasil e definir os padrões de interoperabilidade (Portaria 2554/2011) informação em saúde para o SUS (Portaria 2.73/2011). Em 2014, outras 2 portarias publicadas pelo Ministério da saúde criaram os núcleos de telessaúde estaduais e intermunicipais (Portarias 2859 e 2860) e, em 2018, houve a tentativa de atualização da telemedicina através da resolução nº 2227/2018. Mas foi em 2020 que em razão da pandemia se autorizou de forma definitiva uso da pela medicina, o que se deu através, inclusive, da promulgação da lei 13.989 E desde então a cada dia o programa da telemedicina está em uma evolução ascendente, especialmente, na prestação do serviço público de atendimento e acesso a saúde da população¹.

O primeiro projeto concebido pelo governo, visou acudir a atenção primária nas áreas mais necessitadas no País. Foi concretizado na cidade de Paritins (AM)

1 K. OLIVEIRA LISBOA, A. C. HAJJAR, I. PERIN SARMENTO, R. PERIN SARMENTO, S. H. RESENDE GONÇALVES, *A história da telemedicina no Brasil: desafios e vantagens*, em *Saude Soc.*, 2023, n. 32, disponível em SciELO – Brasil, <https://doi.org/10.1590/S0104-12902022210170pt>.

em 7/7/2006² e teve como meta a formação dos profissionais da atenção básica para atendimento à população.

Em janeiro de 2007, já se tornou possível a instituição do programa nacional de telessaúde no Ministério da Saúde envolvendo nove núcleos de telessaúde localizados nas universidades que estavam envolvidas no projeto. Em 2009 através da Portaria GM/MS nº 402, de 24/02/2010, estabeleceu-se de forma definitiva o programa *Telessaúde Brasil* que viabilizou a implantação de mais de 1000 pontos de telessaúde espalhados por 18 estados brasileiros. Foi a Portaria MS nº 2546/2011, que revogou a Portaria 402/2010, visando justamente melhorar e alargar o programa, além de ser o documento responsável pela denominação *Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes*.

Tal programa oferece os seguintes serviços através dos núcleos: (i) teleconsultoria, realizada de forma síncrona ou assíncrona (ferramenta de retaguarda assistencial para profissionais da atenção básica de todo o Brasil); (ii) telediagnóstico («serviço de apoio ao diagnóstico em que os exames são realizados em uma localidade remota e enviados pela via da tecnologia da informação e comunicação (TIC) para a emissão de laudo a ser emitido por um especialista vinculado aos Núcleos do Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes»³); (iii) Tele-educação (tem por principal função transmitir informações por e-mail de cursos e encontros à distância); e, (iv) Segunda Opinião Formativa («o Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes que conseguiu formar um robusto banco de respostas padrão aos questionamentos originados das atividades de Teleconsultoria, que está disponível a profissionais da área da saúde de todo o país. A Segunda Opinião Formativa permite que seja organizado o material a partir de critérios de relevância e pertinência em relação às diretrizes do Sistema Único de Saúde (daqui por diante pela sua sigla, SUS), com base em revisão bibliográfica e em evidências científicas e clínicas»⁴)⁵.

A regulamentação sobre a digitalização de dados e armazenamento de prontuários foi regulada em 2018 pela lei nº 13.787. Neste momento, também foi possível definir o sistema do padrão da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil) para o certificado digital.

O Conselho Federal de Medicina (daqui por diante por sua sigla, CFM) desde 2007 já havia aprovado a resolução com normas técnicas concernentes a digitalização e uso de sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca dele por informações identificadas em saúde.

2 REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA, *Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes: uma década de inovação*, 2017, disponível em Livro - Telessaúde.pdf (rnp.br), acesso em setembro de 2024.

3 *Ibidem*, p. 26.

4 *Ibidem*, p. 25.

5 *Ibidem*, pp. 24-29.

Com o procedimento de digitalização adiantada, não foi difícil que, entre as medidas de urgência durante a pandemia, houvesse a aprovação da lei nº 13.898, de 15/4/2020 autorizando o uso da telemedicina durante a crise da COVID-19. Estabeleceu-se, ainda, por lei, o conceito de telemedicina de uma forma elástica, fato este que se vê na redação da norma quando estabelece «que por telemedicina se deve entender o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção da saúde entre outros».

Em 2021 a resolução CFM nº 2299, permitiu a utilização de tecnologias digitais para emissão de documentos médicos como prescrição, atestado, relatório, solicitação de exames, laudo e parecer técnico.

Em 2022, nova resolução do CFM, de nº 2311/2022, regulamentando a cirurgia robótica no Brasil.

Por fim, cumpre, ainda, trazer alguns conceitos importantes que se poderá encontrar na doutrina destinados ao grande leque das modalidades da telemedicina. São eles:

- «1. Teleconsulta: é a consulta entre médico e paciente que se encontram em diferentes localidades, feita por meio de tecnologias como a internet
2. Teleconsultoria: ato de consultoria que pode envolver médicos, profissionais de saúde ou administração, servindo para orientar sobre questões administrativas e ações mais amplas de saúde
3. Teleinterconsulta: é a consulta realizada entre médicos que tem como objetivo oferecer suporte diagnóstico ou terapêutico, clínico ou cirúrgico. Viabiliza a avaliação de casos complexos por profissionais experientes, que oferecem uma segunda opinião
4. Telediagnóstico: é definido como emissão de laudo ou parecer de exames, por meio de gráficos, imagens e dados enviados pela internet. A determinação de que o laudo médico só pode ser elaborado por especialistas na área do exame (com RQE ativo) foi mantida
5. Telecirurgia: corresponde a operações feitas com o auxílio de um robô, que é controlado à distância pelo cirurgião
6. Televigilância ou telemonitoramento: ato realizado sob coordenação, indicação, orientação e supervisão de parâmetros de saúde ou doença, por meio de avaliação clínica ou aquisição direta de imagens, sinais e dados de equipamentos ou dispositivos agregados ou implantáveis nos pacientes
7. Teleriagem: avaliação de sintomas e condição clínica a distância, com a finalidade de encaminhar o paciente ao serviço de saúde ou especialista adequado»⁶.

6 J. ALDAIR MORSH, *Regulamentação da telemedicina no Brasil: regras e diretrizes de atendimento* (5/7/2022), disponível em Regulamentação da telemedicina no Brasil e no mundo (telemedicinamorsch.com.br), acesso em agosto de 2024.

Não se pode negar que a telemedicina vem ganhando cada vez um espaço maior entre médicos e pacientes, e deve ser vista como um recurso a mais de inclusão e acesso a saúde. Serve, não somente, para os atendimentos médicos, mas também para facilitar a documentação e os trâmites dos serviços vinculados aos atendimentos desta natureza, tanto no campo da prevenção como no tratamento das enfermidades. Com isso, amplia-se consideravelmente o acesso da população ao atendimento, além de permitir o armazenamento das informações relacionadas ao paciente.

Não cabe aqui analisar de modo detalhado o sistema da telemedicina ou telessaúde no contexto do seu funcionamento. O que é inegável é que a tecnologia, também no campo da atenção médica e da preservação da saúde, permite a imensa abertura da proteção e acesso especialmente a população mais vulnerável economicamente.

É com esse espírito que o SUS tem se dedicado exaustivamente a promover o teleatendimento para inúmeros serviços que devem ser prestados à população. Em um país cujo crescimento populacional aumentou no período de 2010 a 2022 em 6,5% chegando a uma população de mais de 203 milhões de habitantes, com uma expectativa real de envelhecimento populacional e uma mudança evidente no perfil epidemiológico, é inquestionável a necessidade de se reestruturar o sistema público de saúde afim de que possa promover o atendimento da população não somente na cura de doenças, mas principalmente na prevenção e na garantia da saúde.

Importa frisar, que esta abertura de acesso ao atendimento à saúde encontra-se respaldado, não somente pela Constituição Federal (sessão II, capítulo II, título VIII destinado a ordem social), mas, também, impõe ao Estado o dever de garantir mediante políticas sociais e econômicas a redução dos riscos de doença e outros agravos à saúde, assegurando o acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Esta garantia positivada Constitucionalmente pelo Estado brasileiro, vem respaldada pela ordem Internacional, especialmente no que concerne ao compromisso assumido pelo Brasil no âmbito da Organização dos Estados Americanos (daqui por diante por sua sigla, OEA). O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (daqui por diante pela sua sigla, SIDH) atribui à saúde e seguridade social a natureza de direitos humanos, proibindo o retrocesso e determinando a progressividade destes direitos sociais.

Por fim, ainda no âmbito internacional das Américas, o art. 6º, do Capítulo 3 da Carta Social das Américas, reafirma que a saúde é um direito fundamental garantido a todo o ser humano sem discriminação, prevendo que esta condição é necessária para inclusão, coesão social, desenvolvimento integral e crescimento econômico com equidade.

Vencidas estas rápidas referências a respeito da natureza do direito à saúde e a necessária obrigação de o Estado em garantir o acesso de todo ser humano às

instituições competentes para concretizar o desenvolvimento eficiente da seguridade social, é que concluo afirmando que a telemedicina, no seu sentido mais amplo, é uma das formas mais inclusivas e um importante instrumento para garantir a igualdade e a não discriminação, permitindo o atendimento de todos.

3. Teleperícia

Intencionando a inclusão e eficiência de atendimento à população a Lei 8213/1991, avançou no sentido de permitir o exame médico pericial com o uso da telemedicina ou mediante análise de documentos que possam servir de fundamento para concessão de benefícios previdenciários como a aposentadoria por invalidez, o auxílio acidente e o auxílio-doença, conforme previsto nos artigos 42, par. 1º-A, 60 e 101 alterados pela Lei 14724 de 14.11.2023 que instituiu o “Programa de Enfrentamento a Fila da Previdência Social”.

Os objetivos desta regulamentação foi justamente reduzir o tempo da análise de processos administrativos de reconhecimento inicial, manutenção, revisão, recursos, monitoramento operacional de benefícios, e avaliação social de benefícios administrativos a cargo do INSS; cumprir decisões judiciais em matéria previdenciária; realizar exame médico pericial e análise documental relativo a benefícios previdenciários ou assistenciais, administrativos ou judiciais, realizar exame médico pericial de servidor público federal nos termos da Lei 8.112 de 1990 que regula esta profissão (art. 1º).

Mais além de a Lei 14724/2023 tratar da transformação de cargos efetivos no âmbito do poder executivo federal, abriu um importante caminho para a consolidação efetiva das perícias médicas com o uso da tecnologia da comunicação e da informação, bem como para análise documental que possa servir para embasar os pedidos de benefícios previdenciários.

O programa visa principalmente atingir as áreas do país que não contam com profissionais e estruturas organizadas para atendimento das pessoas que necessitam, além de priorizar os locais que contam com ausência de peritos e com tempo elevado para a realização das perícias. Conforme noticiado pelo INSS:

Ministério da Previdência Social atendeu, entre os meses de abril e maio deste ano, mais de 15 mil segurados com o uso da telemedicina. Os atendimentos com perícia conectada foram realizados em 104 Agências da Previdência Social, sendo 96 localizadas na região Nordeste, três em Rondônia (Ariquemes, Vilhena e Ji-Paraná), duas no Rio Grande do Sul (São Jerônimo e Santo Antônio da Patrulha), duas em Mato Grosso (Colíder e Guarantã do Norte) e uma no Amapá (Oiapoque) (...) O ministro da Previdência Social, Carlos Lupi, ressalta que a perícia por telemedicina está encurtando distâncias e aproximando o atendimento ao cidadão, já que os segurados não precisam se deslocar até uma capital para passar por atendimento, por exemplo. «A telemedicina já é uma realidade para atendimentos médicos em geral. E nós estamos trazendo esse avanço tecnológico para

a Previdência Social. O atendimento por telemedicina aumenta nossa capacidade operacional e reduz nosso custo. Conseguimos atender mais pessoas e gastando menos», diz. O uso da Telemedicina para realização de perícia médica foi instituído em março deste ano (Portaria nº 674). O normativo autoriza as perícias por telemedicina para o benefício por incapacidade permanente, benefício por incapacidade temporária e Benefício de Prestação Continuada à pessoa com deficiência (BPC), além das perícias de reavaliação e de avaliação biopsicossocial da deficiência (em atendimento à Lei n.º 13.146)⁷.

O atendimento por meio de telemedicina ganhou um novo cenário com as novas regulamentações que viabilizam o atendimento do Segurado no Sistema Único de Saúde (daqui por diante por sua sigla, SUS). A grande demanda de perícia bem como a ausência de estrutura em vários lugares de difícil acesso estimularam a mudança da lei para permitir que os atendimentos sejam feitos por meio da telemedicina. Por outras palavras, usar a tecnologia avançada para auxiliar o desenvolvimento humano.

Reitero que, a teleperícia, está autorizada pela Lei 14.727, sancionada em 2023. A lei foi mais além da autorização para a avaliação médica de forma remota e análise documental, abrangendo os requerimentos de benefícios de prestação continuada de pessoas com deficiência; autorizando os municípios com difícil provimento de médicos e deficiência administrativa estrutural e a analisar os casos de incapacidade temporária. A tecnologia e a teleperícia servem como aliadas ao programa do governo de reduzir a fila de atendimento do INSS, bem como serve para desafogar as análises de pedidos de concessões de benefícios. Considerou, especialmente, as dimensões do Estado brasileiro e o fato de que muitas agências não contam com médicos-peritos e em muitas situações as pessoas encontram-se impossibilitadas de locomover-se às agências onde o exame deverá ser realizado. Não se trata de eliminar a perícia presencial, mas constitui uma via adicional para permitir o atendimento à saúde.

Auxílio-doença, aposentadoria por incapacidade permanente e benefício de prestação continuada constituem os objetos da telemedicina, cujas perícias médicas poderão ser realizadas de forma *on line*. Tais perícias são implantadas, especialmente, em locais considerados de difícil acesso de perito médico ou que conte com insuficiência de recursos e estruturas administrativas para o atendimento.

7 GOVERNO DO BRASIL, *Ministro da Previdência e presidente do INSS destacam avanços da autarquia* (5/7/2024) disponível em *Ministro da Previdência e presidente do INSS destacam avanços da autarquia – Instituto Nacional do Seguro Social - INSS* (www.gov.br).

4. AtestMED

Aqueles que pretendam solicitar um benefício por incapacidade temporária (auxílio-doença) devem veicular seu pedido pelo AtestMED que nada mais é que um meio de solicitação de análise de concessão do benefício, evitando a burocracia e deslocamento do segurado até uma agência do INSS⁸. A concessão do benefício é feita por meio de análise documental e dispensa a emissão de parecer conclusivo da perícia médica federal quanto a incapacidade. Tudo é feito mediante a utilização da via remota. Nos termos da Portaria conjunta MPS/INSS nº 38, de 20/7/2023, os canais de atendimentos serão: (i) autoatendimento, a) aplicativo MeuINSS; b) central de teleatendimento 135; (ii) canais assistidos, (a) agência da previdência social; b) entidades conveniadas, como os correios⁹.

O procedimento é simples. O interessado deverá protocolizar o requerimento por qualquer das vias e apresentar os documentos médicos ou odontológicos necessários de forma física ou digitalizada, sem rasuras e legível respeitado os seguintes requisitos: a) nome completo; b) data da emissão do documento cuja emissão não poderá superar 90 dias; c) assinatura do profissional que poderá ser física ou eletrônica e será passível de validação; d) identificação do profissional emitente com nome e registro no Conselho Regional de Medicina ou Conselho Regional de Odontologia, no Ministério da Saúde ou carimbo legíveis; e) data de início do repouso ou de afastamento das atividades habituais; f) prazo estimado necessário, preferencialmente em dias (art. 3).

Caso o benefício seja concedido, não poderá ultrapassar a 180 dias, ainda que de forma não consecutiva. Além de o benefício concedido não poder ultrapassar este prazo, será possível que a mesma pessoa goze de mais de um benefício por incapacidade, fato este que não implicará em supostamente exceder o prazo máximo de 180 dias, isto é, não poderá haver prorrogação em razão do acúmulo de benefícios.

O fato de o segurado apresentar os documentos acima elencados, não quer dizer que o requerente terá o benefício automaticamente concedido, uma vez que estará pendente da análise pericial. Após a apresentação dos documentos o procedimento é encaminhado à perícia médica federal e se houver pendência

8 Todas as informações do AtestMED podem ser obtidas na página <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/atestmed>. Nesta página, há referência, ainda, um manual (<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/atestmed/passo-a-passo-atestmed.pdf>) com a indicação de todos os passos para pedir o benefício. Todos os acessos foram realizados em 07/3/2025, data de fechamento deste artigo.

9 Os correios firmaram convenio com o INSS para recebimento do Atestmed em março de 2023, conforme notícia disponível em [https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/Inss-e-correios-firmam-para-requerimento-via-atestmed#:~:text=O%20Instituto%20Nacional%20do%20Seguro%20Social%20\(INSS\)%20e%20os%20Correios](https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/Inss-e-correios-firmam-para-requerimento-via-atestmed#:~:text=O%20Instituto%20Nacional%20do%20Seguro%20Social%20(INSS)%20e%20os%20Correios), acesso em setembro de 2024.

administrativa haverá comunicação ao segurado de modo que, se os documentos não preencherem os requisitos mínimos para a concessão do benefício haverá o indeferimento cuja revisão poderá ser feita através da submissão a perícia médica presencial. Tudo será comunicado ao segurado através do MeuINSS, sendo responsabilidade dele providenciar o agendamento da perícia médica presencial por não conformação da documentação médica. Nesta hipótese será necessário que leve consigo todos os documentos médicos comprobatórios do problema de saúde que fundou seu requerimento. Caso o interessado não providencie o agendamento no prazo de 30 dias será entendido que houve desistência do pedido.

Se houver necessidade de afastamento por período superior a 180 dias o segurado deverá agendar a perícia presencial.

Quando o requerimento do benefício de incapacidade temporária estiver fundado em acidente do trabalho será necessário, além dos documentos já mencionados, a apresentação da Comunicação de Acidente do Trabalho (por sua sigla, CAT) a ser emitida pelo empregador (art. 2º, par. 3º).

Cumpre frisar que análise de documento, teleperícia e perícia presencial são institutos distintos. A análise de documentos concerne ao procedimento inicial e desburocratizado para requerer o benefício; se houver necessidade segundo o parecer médico avaliativo, o segurado poderá ser submetido a perícia que poderá ser realizada de forma tele presencial ou presencial dependendo da situação e da indicação médica da previdência social. Caso o benefício seja prorrogado por mais que 180 dias necessariamente o segurado deverá passar pela perícia que poderá ocorrer em qualquer das formas acima mencionadas. Tudo será determinado consoante o parecer médico e a necessidade por ele atestada.

5. Questões polemicas

Conforme noticiado no MundoRH:

A falsificação de atestados médicos tornou-se um problema crescente no Brasil, gerando perdas significativas para as empresas e impactando negativamente a economia. De acordo com dados da Fecomércio, cerca de 30% dos atestados emitidos no país são falsos, adquiridos por valores baixos, como R\$ 50, por meio de esquemas online. Um simples carimbo e uma assinatura fraudulenta são suficientes para criar um documento falso, facilitando a fraude tanto para justificar faltas no trabalho quanto para a compra de medicamentos que exigem receita. Essa prática não afeta apenas a produtividade das empresas, mas também eleva os custos operacionais, conforme explica o Dr. Ricardo Pacheco, médico e presidente da Associação Brasileira de Empresas de Saúde e Segurança no Trabalho (ABRESST). «Quando um colaborador apresenta um atestado falso, a empresa é forçada a arcar com gastos inesperados, como a contratação de substitutos temporários, pagamento de horas extras e readequação de equipes, resultando em

custos que poderiam ser evitados», ressalta Pacheco. Além disso, a fraude contribui para criar um ambiente de desconfiança, «afetando a moral da equipe e a colaboração entre os trabalhadores»¹⁰.

Em razão das inúmeras fraudes e da necessidade, inclusive de se proteger a dignidade dos profissionais da medicina é que o CFM lançou uma plataforma que beneficiará os médicos que contarão com a proteção aos seus trabalhos profissionais. Foi lançado pelo Conselho o Atesta CFM, o que constitui uma plataforma online que oferecerá à sociedade «serviços gratuitos de validação e chancela de atestados médicos emitidos no País. Com isso, a Autarquia cria mecanismos efetivos para combater fraudes e outras irregularidades na emissão desses documentos»¹¹.

O Atesta CFM além de proteger os profissionais da saúde, oferece proteção aos trabalhadores que poderão contar com a segurança de terem a emissão de atestados verdadeiros e assinados por médicos profissionais e não por fraudadores, isto é, “médicos de fato”. Igualmente, as empresas poderão detectar qualquer tipo de irregularidade de documentos que lhes chegarem às mãos.

Tudo foi criado pela Resolução CFM nº 2.382/24, que entre os seus *considerandos*, após afirmar e reafirmar a ética e dever do CFM zelar pela profissão, moralidade e disciplina do ofício, considera relevante a inovação e o desenvolvimento tecnológico para facilitar o intercâmbio entre os médicos e pacientes. Reconhece que é possível a existência dos atestados falsos e profissionais que faltam com a verdade e, sendo necessário a segurança jurídica para os médicos, pacientes e pessoas que recebem os atestados, dedica-se a ações que possam primar pela transparência e necessidade de controlar a situação de emissão de atestados falsos.

Em decorrência destes propósitos e com fundamento no princípio da ética, é que o CFM criou a plataforma *Ateste CMF*¹² como o *sistema oficial e obrigatório para emissão e gerenciamento de atestados médicos, inclusive de saúde ocupacional, em todo o território nacional, sejam em meio digital ou físico*.

Os testes terão início no dia 05/11/2024 e a entrada em vigor em 5/3/2025. É importante considerar que o sistema é «oficial e obrigatório para emissão e

10 MUNDORH, *Fraude em atestados médicos falsos prejudica empresas e impacta a economia nacional* (12/09/2024), disponível em <https://www.mundorh.com.br/fraude-em-atestados-medicos-falsos-prejudica-empresas-e-impacta-a-economia-nacional/#:~:text=Fraudes%20em%20atestados%20m%C3%A9dicos%20falsos%20aumentam%20custos%20operacionais,para%20as%20empresas%20e%20impactando%20negativamente%20a%20economia>, acesso em 07/3/2025.

11 CFM, *CFM lança plataforma online para combater a emissão de atestados médicos falsos no Brasil* (5/09/2024), disponível em <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-lanca-plataforma-online-para-combater-a-emissao-de-atestados-medicos-falso-no-brasil/?lang=en>, acesso em 10/09/2024.

12 A conexão ao Portal pode ser realizada através de: <https://portalservicos.cfm.org.br/portal/>, acesso em 07/03/2025.

gerenciamento de atestados médicos, inclusive de saúde ocupacional, em todo o território nacional, sejam em meio digital ou físico», nos termos estabelecidos pelo CFM. Além disso, os «atestados médicos, inclusive de saúde ocupacional, deverão ser emitidos obrigatoriamente por meio da plataforma *Atesta CFM* ou por sistemas integrados a esta, e preferencialmente de maneira eletrônica». Assevera-se, ainda, que «para os atestados de saúde ocupacional (ASO), devem-se considerar adicionalmente as normas vigentes estabelecidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego» (art. 2º), estabelecendo um vínculo direto com as normas trabalhistas, demonstrando a grande preocupação com as reclamações dos empregadores que contabilizam altos prejuízos com os afastamentos fundados na clandestinidade e na fraude, além das consequências quanto as rescisões contratuais por justo motivo ao trabalhador¹³.

Uma vez que a plataforma verifique a validade dos atestados emitidos, o documento emitido pelo médico, passa a produzir todos os efeitos legais esperados (art. 3º).

O atestado médico e odontólogo, fazem parte da consulta e trabalho prestado por estes profissionais e é um direito do paciente. A resolução vai além indicando que são requisitos necessários dos atestados fornecidos:

Art. 7º Os atestados médicos emitidos com fundamento nesta Resolução deverão conter: I - identificação do médico: nome e CRM/UF; II - tempo concedido de dispensa à atividade necessário para a recuperação do paciente; III - Registro de Qualificação de Especialista (RQE), quando houver; IV - identificação do paciente: nome e número do CPF, quando houver; V - informação da CID (Classificação Internacional de Doenças) e sua apresentação no atestado mediante autorização do paciente ou de seu representante legal; VI - data de emissão; VII - assinatura qualificada do médico, quando documento eletrônico, ou assinatura e carimbo ou número de registro no Conselho Regional de Medicina, quando manuscrito; VIII - dados de contatos profissionais (telefone e/ou e-mail); IX - endereço profissional ou residencial do médico.

O empregador que receba um atestado do seu empregado deverá certificar-se de que tais documentos estejam redigidos com todos os requisitos indicados no dispositivo supramencionado, além de terem sido emitidos pela plataforma respectiva ou *por outras plataformas digitais somente serão considerados válidos quando integrados ao barramento do ecossistema Atesta CFM, a ser disponibilizado gratuitamente*

13 Tribunaonline, *Atestados falsos dão prejuízo de até R\$2milhoes por ano a empresas* (25/08/2024), disponível em

por este Conselho, conforme regras a serem definidas por Instrução Normativa do CFM (art. 12).

A pergunta que pode ser feita é se o atestado não estiver de acordo com as normas dispostas na Atesta CFM e no sistema AtestMed, poderá ser recusado por seu destinatário? A resposta somente pode ser afirmativa, pois não preenchidas as formalidades legais, evidentemente que poderá haver recusa. Além disso, o receptor do atestado ou qualquer pessoa que tenha conhecimento da emissão o uso do atestado falso promover a denúncia criminal e, também, ao Conselho Federal de Medicina, especialmente com vistas a (i) denunciar um ato criminoso; (ii) contribuir para que, em havendo erro no sistema, o paciente ter direito a usufruir do benefício por outros meios. O que visa a regulamentação é evitar que se abuse de um instrumento que é destinado a garantia de um serviço público eficiente voltado ao atendimento aqueles que efetivamente dele necessitam.

Com isso, espera-se que não subsista as fraudes que vêm sendo perpetradas e que tem causando milhões de prejuízos ao erário público, as empresas e a sociedade em geral.

6. Limbo previdenciário

Como já disse, o limbo previdenciário se caracteriza pela situação em que o trabalhador vendo recusada a baixa previdenciária e, também, o retorno ao trabalho em razão da negativa da empresa em considerá-lo apto para reassumir as funções ainda que de forma adaptada, provoca uma situação em que não recebe nem pagamento previdenciário e tampouco os salários. Esta situação jurídica se caracteriza pela ausência de diálogo entre o sistema previdenciário e trabalhista. Não parece razoável que um o trabalhador que reclame a proteção a sua saúde, obtenha uma declaração de aptidão pela previdência social e de inaptidão pelo serviço médico da empresa ou particular.

A reflexão ponderada sobre tal situação é de que tal situação deveria ganhar uma solução adequada e regulamentada, ao menos no sentido de que a conclusão da perícia médica realizada pelo INSS deve vincular ou dispensar a renovação do exame médico a que a empresa obrigatoriamente deve realizar. Parece evidente que quando a previdência social confere ao trabalhador alta médica este deve assumir imediatamente as suas funções, ainda que seu retorno seja feito com as adaptações que devem ser sugeridas pelo médico da seguridade social. Todavia, o retorno ao trabalho exige que a empresa providencie o exame médico periódico e especialmente de retorno ao trabalho. Não se pode entender que a lei tenha regulado a matéria de modo inócuo. O fato é que se a empresa não promove esta avaliação médica do trabalhador cometerá uma falta administrativa podendo ser punida por ela. Isto quer dizer que não basta a empresa considerar válido o atestado emitido pela previdência social. Tal situação é

no mínimo esdrúxula e coloca o empregador em uma situação de absoluta insegurança; e a previdência social numa suposta situação de falta de credibilidade.

A questão não foi solucionada, e o governo parece fazer vistas grossas com uma situação tão tormentosa. Poderia ser afirmado que a omissão legislativa em se regulamentar esta situação acaba por promover uma violação a dignidade do trabalhador além de aumentar os custos do estado com ações judiciais propostas em duas esferas judiciais distintas: (i) a trabalhista em que o trabalhador reclama indenizações a cargo da empresa pela recusa desta em recebê-lo de volta somada ao pagamento de salários, ainda que este trabalhador não tenha a menor condição de retornar segundo o relatório médico sob a responsabilidade da empresa; (ii) a previdenciária contra o órgão previdenciário e que tramitará na justiça federal, em razão da não concessão da renovação do benefício e nos termos da competência estabelecida na Constituição Federal.

É possível, e assim se espera, que os novos procedimentos que prometem acelerar o andamento dos processos previdenciários e melhorar o atendimento a saúde do trabalhador possam reduzir o tempo em que o “trabalhador fica na fila” aguardando análise de documentos e de perícia médica previdenciária para reavaliação do seu estado de saúde, viabilizando uma atualidade mais eficaz na análise do seu caso em concreto. Quiçá o sistema de digitalização e virtualização de atendimentos médicos, permitirá que acabar com as opiniões médicas absolutamente contraditórias, trazendo segurança jurídica e permitindo que o trabalhador incapacitado possa efetivamente ter o atendimento médico que necessita.

Espera-se que o avançado sistema que está sendo criado possa servir para resolver as controvérsias e desajustes entre os exames médicos divergentes e o que se espera é que o governo se sensibilize para produzir uma ação estatal similar ao *programa de encurtamento das filas* que possa solucionar tais divergências e, assim, permitir o atendimento digno ao trabalhador que se encontra na linha cinzenta do limbo previdenciário ignorado e marginalizado.

7. Conclusões

Não há como ignorar as inúmeras vantagens que a tecnologia é capaz de proporcionar para viabilizar a dignidade humana permitindo que as pessoas possam gozar de comodidades e benefícios capazes de tornar a vida mais prazerosa com menos sacrifícios físicos e mentais, permitindo que a linha do tempo de trabalho que se desenha desde o início da formação primária até o tempo pós aposentadoria, autorizem usufruir de uma vida saudável e feliz.

Em todas as críticas que se faz contra o sistema de telemedicina, teleperícia e documentação digital, a resistência que se assiste não é por um defeito dos instrumentos dispostos, mas sim pela falta de ética e seriedade com que as pessoas

tentam manipular o sistema para o sofrer benefícios privados em prejuízo à coletividade e ao patrimônio público.

Estas ações imorais e ilegais é que devem ser combatidas. As ações do governo e do Conselho Federal de Medicina utilizando a inteligência artificial para rastrear e condenar as ações criminosas e antiéticas são a evidente constatação de que o administrador não pretende sacrificar a coletividade que necessita do atendimento e é beneficiada por ele, sob o fundamento de evitar o progresso para tentar impedir as ações maliciosas.

Manter o sistema e lutar por tudo aquilo que se progrediu em benefício do desenvolvimento sustentável da sociedade demonstra a inteligência e o comprometimento que o Estado tem em realizar uma boa administração. A tecnologia deve servir para beneficiar o ser humano, pois é ele o centro de todo o entorno que se desenvolve para garantia da vida digna.

Notizie sugli Autori

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA, Centro di Ricerca Giuridica della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Porto

STEFANO BINI, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università di Córdoba

MARIA TERESA CARINCI, Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Milano

PEDRO MANUEL DE ALMEIDA MADEIRA BRITO, Professore Associato di Diritto del Lavoro della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Lisbona

MAURIZIO FALSONE, Professore Associato di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Venezia

PAULA VAZ FREIRE, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Lisbona

GUSTAVO MARCELO GAUTHIER GUAZZONI, Professore di Diritto del Lavoro dell'Università di Montevideo

ALESSANDRA INGRAO, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Milano

PAULO SERGIO JOÃO, Professore di Diritto del Lavoro della Pontificia Università Cattolica di San Paolo

ALBERTO LEVI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

GIUSEPPE LUDOVICO, Professore Associato di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Milano

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Professoressa dell'Universitat Oberta de Catalunya

RYTA MARQUES NOSSA, Dottoranda di ricerca in diritto del lavoro nell'Università di Siviglia

NAIARA POSENATO, Professoressa Associata di Diritto Privato Comparato dell'Università degli Studi di Milano

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro dell'Università di Salamanca

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, Professoressa di Diritto del Lavoro dell'Università di Siviglia

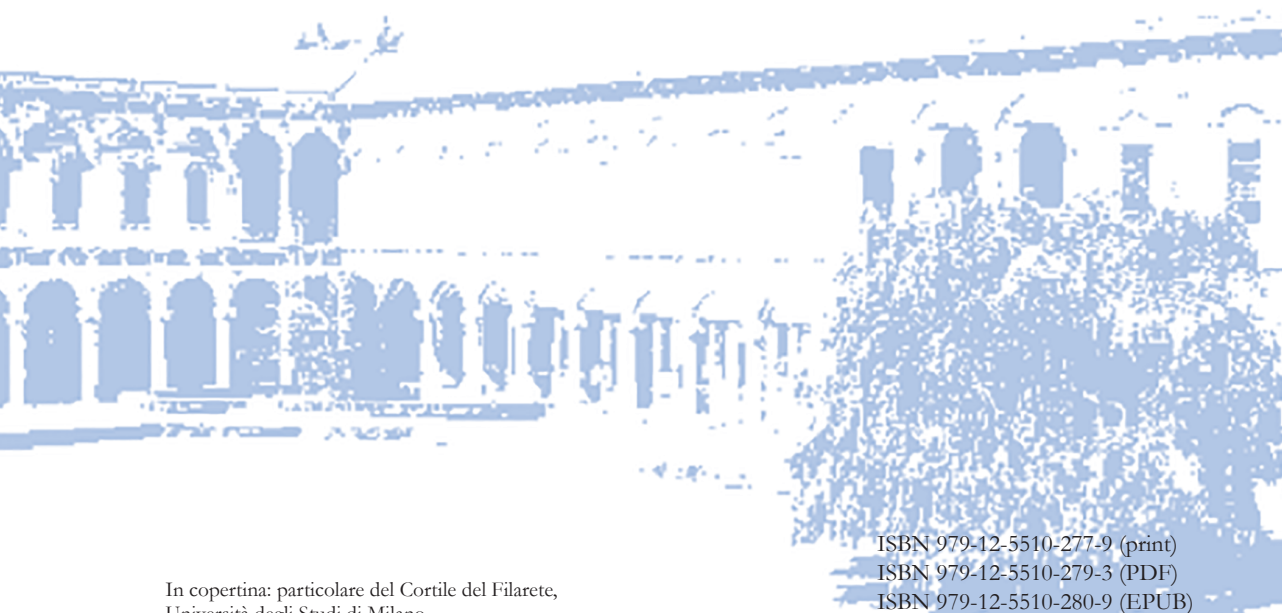
MICHELE SQUEGLIA, Professore Associato di Diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Milano

GILBERTO STÜRMER Professore di Diritto del Lavoro della Pontificia Università Cattolica di Rio Grande do Sul

CHIARA TENELLA SILLANI, Professoressa ordinaria di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Milano

In un'epoca dominata da profonde trasformazioni tecnologiche il diritto del lavoro e, più in generale, i diritti fondamentali della persona sono destinati inevitabilmente a subirne gli effetti, sollevando importanti questioni di carattere teorico e applicativo che non risparmiano alcun ordinamento giuridico.

A queste tematiche è stato dedicato il convegno dal titolo “Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie” tenutosi nei giorni 30 e 31 gennaio 2024 presso la Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano e il volume ospita nella lingua originale le relazioni svolte durante il convegno da giuristi provenienti da cinque paesi diversi (Brasile, Portogallo, Spagna, Uruguay e Italia).



In copertina: particolare del Cortile del Filarete,
Università degli Studi di Milano.
Immagine tratta da <https://lastatalenews.unimi.it/campus-mind-piu-vicino>

ISBN 979-12-5510-277-9 (print)
ISBN 979-12-5510-279-3 (PDF)
ISBN 979-12-5510-280-9 (EPUB)
DOI 10.13130/sdlps.244