

REVISTA ELETRÔNICA



VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
V.10 - n.103 - Setembro/21

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargador
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
CÉLIO HORST WALDRAFF

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargadora
NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

COORDENAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social

EDITORA

Patrícia Eliza Dvorak

DESIGN EDITORIAL

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano X - 2021 - n.103

EDITORIAL

A edição deste mês da Revista trata da vulnerabilidade e hipossuficiência no Direito do Trabalho.

A partir dessa premissa, a autora Camila Dozza Zandonai aborda elementos que integram o trabalho decente preconizado pela Organização Internacional do Trabalho.

O autor Leandro do Amaral D. de Dorneles analisa a desigualdade como fundamento para a incidência do conjunto protetivo juslaboral, a partir da ideia vulnerabilidade do trabalhador, que pode se manifestar sob diversas óticas que não apenas a hierárquica (subordinação).

Amauri Cesar Alves examina o conceito de vulnerabilidade para justificar a ampliação da proteção normativa própria do Direito do Trabalho.

Marcelo Nogueira de Almeida Costa e Marcella Pagani analisam os efeitos socioeconômicos e trabalhistas gerados pela Quarta Revolução Tecnológica sobre o trabalho humano, notadamente em relação aos trabalhadores da gig economy.

Guilherme Sebalhos Ritzel e Marcelo Barroso Kümmel trazem para discussão o conceito teórico importante para o mundo do trabalho contemporâneo, que é o de precariado.

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior investigam a ação estatal para a criação e a manutenção da Inspeção do Trabalho, sob pena de ao contrário, negar-se ao trabalhador as prerrogativas de um ambiente laboral seguro e sadio.

Encerrando a edição, Paulo Ferreira da Cunha apresenta uma análise dos danos não patrimoniais e equidade à luz da jurisprudência portuguesa.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- 06 O papel da Justiça do Trabalho na concretização do trabalho decente nos vínculos laborais atípicos - Camila Dozza Zandonai
- 24 O Direito do Trabalho e a teoria das vulnerabilidades laborais - Leandro do Amaral D. de Dorneles
- 68 Direito, trabalho e vulnerabilidade - Amauri Cesar Alves
- 100 Necessidade de proteção social aos trabalhadores da Gig Economy - Marcelo Nogueira de Almeida Costa e Marcella Pagani
- 117 O conceito de precariado e as relações de trabalho surgidas no Século XXI: uma abordagem sobre a consideração de vínculo empregatício aos trabalhadores de plataformas digitais - Guilherme Sebalhos Ritzel e Marcelo Barroso Kümmel
- 136 O efeito diagonal do direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII da CF/88) como justificante ontológica da Inspeção do Trabalho no Brasil - Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior
- 148 **ARTIGO ESPECIAL** - Danos não patrimoniais e equidade - Brevíssimo contributo especialmente à luz de Jurisprudência Portuguesa - Paulo Ferreira da Cunha

O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA CONCRETIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE NOS VÍNCULOS LABORAIS ATÍPICOS

Camila Dozza Zandonai

RESUMO

O presente estudo pretende debater o papel da Justiça do Trabalho na efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores inseridos em vínculos de trabalho atípicos. A partir de um resgate aos valores e pilares que consolidaram a instituição, é possível verificar que novas tipologias de vínculo de trabalho alteram e reconfiguram determinados pressupostos da relação de emprego, mas mantêm evidente a vulnerabilidade do trabalhador frente ao empregador ou tomador de serviços. Para o estudo, serão inicialmente abordados os elementos que integram o trabalho decente preconizado pela Organização Internacional do Trabalho, postulado reconhecido como oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, o qual possui, entre suas metas, proteger pessoas com emprego precário e alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens. No segundo ponto, a partir do contexto de surgimento da Justiça do Trabalho e da Consolidação das Leis do Trabalho, será analisado que a diretriz principiológica das leis laborais destinou-se, precipuamente, a relações laborais marcadamente subordinadas. As formas atípicas de contrato, no entanto, em razão de suas especificidades, desafiam o sistema normativo e a Justiça do Trabalho a alcançarem proteção a todos os trabalhadores. Desse modo, o terceiro ponto será destinado a ressaltar que a subordinação mais tênue existente em alguns vínculos laborais atípicos não afasta a vulnerabilidade e a dependência do empregado, situação para a qual a Justiça do Trabalho deve estar atenta, a fim de contribuir para a efetivação do trabalho decente, com a diminuição da insegurança laboral.

Camila Dozza Zandonai

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Possui pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Conclusão em 2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009). Atualmente é Analista Judiciário - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Atua como Assistente de Desembargador no TRT da 4ª Região. E-mail: camila.zandonai@trt4.jus.br

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho decente. Justiça do Trabalho. Relação laboral atípica.

ABSTRACT

This study intends to debate the role of the Labor Court in the realization of fundamental rights of workers inserted in atypical employment relationships. From a review of the values and pillars that consolidated the institution, it is possible to verify that new types of employment relationship change and reconfigure certain assumptions of the employment relationship, but maintain the worker's vulnerability. For the study, the elements that make up decent work advocated by the International Labor Organization will be initially addressed, a postulate recognized as the eighth objective of sustainable development of the UN 2030 Agenda, which has, among its goals, to protect people in precarious employment and achieve full and productive employment and decent work for all women and men. In the second point, based on the context of the emergence of the Labor Court and the Consolidation of Labor Laws, it will be analyzed that the main guideline of labor laws was primarily intended for markedly subordinate labor relations. The atypical forms of contract, however, due to their specificities, challenge the normative system and the Labor Court to achieve protection for all workers. Thus, the third point will be intended to emphasize that the more tenuous subordination existing in some atypical employment relationships does not remove the vulnerability and dependence of the employee, a situation to which the Labor Court must be attentive, in order to contribute to the realization of the decent work, with the reduction of job insecurity.

KEYWORDS: Decent work. Labor Court. Atypical employment relationship.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Organização Internacional do Trabalho e Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável: o trabalho decente;
 - 3 Justiça do Trabalho: relações laborais tradicionais X relações laborais atípicas;
 - 4 A concretização do trabalho decente nos vínculos laborais atípicos: o papel da Justiça do Trabalho;
 - 5 Considerações finais;
- Referências.

1 INTRODUÇÃO

Segundo formulação elaborada pela Organização Internacional do Trabalho, o trabalho decente é aquele justamente remunerado e exercido em ocupação produtiva e em condição de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Essa ideia pode ser concebida, no Direito Interno, como trabalho digno, aquele que conceda ao trabalhador um patamar mínimo civilizatório. Na prática, tais formulações são concretizadas, especialmente, na necessidade de auferimento de renda suficiente para uma vida digna, e na existência de proteção social frente aos infortúnios da vida. Sintetizam a necessidade de extinção da pobreza, do atingimento da paz universal e da concessão de justiça a todos aqueles que dependem de seu trabalho para viver. Por isso, o trabalho decente constitui o oitavo objetivo sustentável da Agenda 2030 da ONU, configurando padrão existencial e civilizatório da humanidade.

Considerando o esforço conjunto e solidário dos diversos atores sociais na consecução dos objetivos civilizatórios, entre eles o trabalho decente, a Justiça do Trabalho exerce papel fundamental. Seu surgimento, assim como o da Consolidação das Leis do Trabalho, marca uma época de crescimento do Estado Social, com forte intervenção sobre as relações entre capital e trabalho, tendo em vista a assimetria e a desigualdade evidentes provocadas pelo modo de produção econômico industrial. Em um contexto de expansão das normas trabalhistas e de autonomia dogmática do Direito do Trabalho, com diretrizes principiológicas e institutos próprios, a Justiça do Trabalho voltou sua atenção às relações marcadamente subordinadas, característica que, até o presente, parece integrar a consciência daqueles que lidam com as demandas trabalhistas. Ocorre que a ampla flexibilização das relações de trabalho e do sistema juslaboral, aliada à crise do Direito do Trabalho, inspiraram a formação de novos tipos de vínculos laborais, nos quais elementos da relação de emprego foram reconfigurados e, muitas vezes, atenuados, como é o caso daqueles contratos nos quais os limites entre subordinação e autonomia não são claros.

Essa situação, em um primeiro momento, tende a afastar os postulados clássicos sobre os quais a Justiça do Trabalho foi construída e excluir muitos trabalhadores do acesso real à Justiça Especializada. Ocorre, contudo, que um exame mais pormenorizado das situações laborais permite verificar que elementos próprios da relação de emprego, tais como a subordinação, embora mais tênues em alguns

vínculos, permanecem e caracterizam a dependência do trabalhador. Dessa forma, *a finalidade clássica da instituição Justiça do Trabalho, de efetivar direitos fundamentais dos trabalhadores, deve ser mantida e adaptada à realidade da diversificação das relações de trabalho, nas quais a vulnerabilidade do trabalhador permanece e, em alguns casos, é mais evidente.*

2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E AGENDA 2030 DA ONU PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O TRABALHO DECENTE

A necessidade de conquistar melhores condições de trabalho e o permanente risco da mercantilização da força de trabalho conduz à utilização dos elementos que formam o conteúdo do trabalho decente como parâmetro de qualidade e dignidade laboral. Em termos normativos, as Declarações e Cartas Internacionais promulgadas ao longo do século XX, na esteira de uma agenda civilizatória, elencam o trabalho e sua realização em condições justas como um dos centros da temática de direitos humanos. Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 23, consagra que a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego (ONU, 1948). O mesmo artigo também contempla a necessidade de remuneração equitativa e satisfatória, que permita à pessoa e à sua família uma existência conforme a dignidade humana. Portanto, o direito ao trabalho, como direito humano, está associado à sua execução em condição remuneratória justa e digna.

No contexto internacional específico das relações laborais, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotada em 1919, destaca que a paz, para ser universal e duradoura, deve assentar sobre a justiça social (ORGANIZAÇÃO, 2020, p. 2). Anos mais tarde, em 1944, a Declaração de Filadélfia reafirmou o princípio de que a paz permanente só pode existir se houver justiça social e estabeleceu quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade; que o trabalho não é uma mercadoria; que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos; e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades (ORGANIZAÇÃO, 2015, p. 23).

A definição do trabalho decente foi formalizada pela primeira vez na Memória apresentada pelo Diretor Geral da OIT na 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), realizada em Genebra, em junho de 1999, quando se assentou que a finalidade primordial da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam conseguir um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana (ORGANIZAÇÃO, 1999). Foi salientado, na ocasião, que o trabalho decente é o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT, os quais deveriam orientar suas decisões e definir suas tarefas nos próximos anos: a promoção dos direitos fundamentais no trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social (ORGANIZAÇÃO, 2015, p. 27).

A partir da formalização da noção de Trabalho Decente, a Organização Internacional do Trabalho lançou a proposta de uma Agenda Global de Trabalho Decente como resposta não somente ao desemprego, mas ao fato de grande proporção da população ocupada no mundo trabalhar em condições precárias, inseguras, degradantes e sem proteção social, com auferimento de rendimentos insuficientes. Fundamentava-se em três pressupostos: o trabalho é a via fundamental para a superação da pobreza, das desigualdades e da exclusão social; o trabalho é uma das formas mais diretas pelas quais o desenvolvimento pode favorecer as pessoas; o trabalho é a via fundamental de inclusão social, condição básica para uma vida digna e para o exercício da cidadania e o fortalecimento da democracia (OIT, 2015, p. 35). No Brasil, a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD) foi lançada em maio de 2006 e marcou o início da implementação de ações e programas, especialmente, nas áreas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, combate ao trabalho escravo e promoção da igualdade de gênero e raça (ORGANIZAÇÃO, 2015, p. 36).

Embora com uma definição, em princípio, mais restrita do que o trabalho decente, a doutrina brasileira invoca o conceito de trabalho digno como referencial e parâmetro de um trabalho que envolva segurança física, social e existencial. Nesse sentido, a remuneração recebida pelo trabalhador deve ser suficiente ao atendimento das necessidades básicas enumeradas no artigo 7º, inciso IV, da Constituição.¹ Como leciona Maurício Godinho Delgado, existem parcelas que constituem um patamar

1 Artigo 7º, inciso IV, da Constituição: V - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de afrontarem a própria dignidade humana e a valorização mínima deferível ao trabalho, tais como anotação da carteira de trabalho, o pagamento do salário mínimo e as normas de medicina e segurança do trabalho (2010, p. 1303).

Sobre a repercussão e importância do trabalho decente no mundo, entre as metas do oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, o qual se intitula trabalho decente e desenvolvimento econômico, estão: proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas com emprego precário; e, até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive aos jovens e às pessoas com deficiência, assim como remuneração igual para trabalho de igual valor (ONU, 2015). O documento adotado na Assembleia Geral da ONU em 2015, “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, é uma declaração, um guia para as ações da comunidade internacional nos próximos anos, que visa erradicar a pobreza e promover vida digna para todos.

É com base nesta análise da definição de trabalho decente e trabalho digno que surge a preocupação com as novas formas de relações de trabalho, oriundas de diversos contextos sociais, econômicos e políticos, as quais têm conflitado com os pressupostos da decência e dignidade laboral, em especial no que diz respeito ao fator temporal dos vínculos e à remuneração justa e suficiente. A tendência flexibilizatória das relações da laborais e do seu regime jurídico, com o aligeiramento de garantias jurídico sociais, em que pese inevitável em um mundo globalizado em constante mudança, tem criado insegurança e precariedade laboral. Essa situação tem sido objeto de atenção especial de normativas internacionais, como é o caso da Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de julho de 2017, sobre condições de trabalho e o emprego precário. O documento assinala que o emprego atípico também pode ter efeitos negativos na conciliação entre vida profissional e familiar, devido à irregularidade do tempo de trabalho, dos salários e dos descontos para a pensão, assim como declínio na qualidade do emprego e, em alguns casos, um maior risco de precariedade que de emprego convencional (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

É no contexto de contínua aplicação de uma agenda civilizatória no mundo

laboral que instituições relevantes, como a Justiça do Trabalho brasileira, devem estar atentas ao risco permanente dos vínculos atípicos aviltarem os elementos que formam o trabalho digno e decente, justamente, em razão das particularidades que o envolvem nos aspectos remuneração e tempo de trabalho. Nessa esteira, também é objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU – ODS nº 16 - o acesso à justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas e transparentes, em todos os níveis (ONU, 2015). Portanto, é necessário rememorar os pilares e as razões da existência da Justiça do Trabalho para verificar que, em um cenário de diversificação de relações laborais, seus valores e sua finalidade permanecem vivos e, sua força institucional, é fundamental para destacar a relevância do trabalhador como centro do mundo laboral.

3. JUSTIÇA DO TRABALHO: RELAÇÕES LABORAIS TRADICIONAIS X RELAÇÕES LABORAIS ATÍPICAS

A missão institucional da Justiça do Trabalho brasileira está atrelada à expansão e imperatividade das normas laborais. Seu surgimento e organização entre os anos 30 e 40 do século XX, além de destacar a força e o crescimento do Estado Social à época, deu relevo à autonomia dogmática do Direito do Trabalho, um ramo autônomo que passava a ter uma Justiça especial para interpretá-lo e aplicá-lo. Sua origem é definida a partir da criação do Conselho Nacional do Trabalho, em 1923. A Constituição de 1934, no artigo 122, instituía a Justiça do Trabalho, no intuito de “dirimir questões entre empregadores e empregados”, ainda mantida no âmbito do Poder Executivo (BRASIL, 1934). Organizada por meio do Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939, a Justiça do Trabalho foi oficialmente instaurada 1º de maio de 1941, embora somente na Constituição de 1946 tenha passado a integrar o Poder Judiciário (GOMES e GOTTSCHALK, 1990).

O nascimento da Justiça do Trabalho caminha junto com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, símbolo da existência de uma heterogeneidade social que exigia a intervenção do Estado em um país, cujo início da industrialização, evidenciava, tardiamente, a chamada questão social, sintetizada por Catharino como os conflitos e controvérsias existentes entre os hipossuficientes e os hiperssuficientes (CATHARINO, 1995, p. 72-73).

Nesse sentido, o contexto de expansão da Justiça do Trabalho como instituição que pacifica conflitos entre capital e trabalho e efetiva direitos sociais está relacionado com o avanço das transformações e do modo de produção econômico, no qual os corpos que trabalham são agredidos pelos sistemáticos prolongamentos de jornada, pela exposição a ambientes de trabalho degradantes em diversos aspectos, pela ausência de segurança social, entre outros aviltamentos à sua dignidade, realidade de dominação dos corpos pelo capital e de total fragilidade do trabalhador. Neste cenário, o domínio do Estado na regulação laboral surge como uma intervenção bastante pragmática: por um lado, é uma intervenção assumidamente em favor do trabalhador, reconhecido como parte mais fraca do vínculo laboral, e, de outra parte, de uma intervenção em moldes imperativos, única forma de coatar efetivamente a liberdade do empregador na fixação do conteúdo do contrato de trabalho (RAMALHO, p. 54).

Em meio ao reconhecimento da chamada questão social², as principais fontes materiais da CLT foram a Encíclica *Rerum Novarum*, que propugnava a valorização do trabalho humano, o corporativismo e a intervenção do Estado como formas de pacificação dos conflitos sociais e de convivência harmônica entre o capital e o trabalho, bem como, segundo Sussekind, o 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, de 1941, as convenções da OIT e os pareceres do Consultor Jurídico do Ministério, Oliveira Viana, e do seu sucessor, Oscar Saraiva (SUSSEKIND, 2009).

Desde a consolidação de um sistema econômico factualmente desigual, a proteção do trabalhador passa a ser a diretriz principiológica a nortear a luta da classe trabalhadora operária, visando a alcançar sempre melhores patamares de condições de trabalho, o que tem assento nas disposições da CLT.³ Este ramo jurídico é finalisticamente determinado a buscar equilibrar as partes da relação de trabalho e a preservar a dignidade do trabalhador, parte mais vulnerável do vínculo. E a Justiça do Trabalho brasileira, cujo nascimento também é fruto dessa desigualdade social e

2 Expressão formulada antes do século XIX, quando os efeitos do capitalismo e as condições da infraestrutura social foram sentidas com intensidade, acentuando-se um amplo empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, com insuficiência competitiva em relação à indústria que florescia³⁶ e, quanto aos empregados das novas indústrias, em razão da situação indigna de trabalho a que estavam expostos (NASCIMENTO, p. 9)

3 Exemplo é o artigo 468 da CLT: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

econômica entre empregado e empregador, tem como escopo a aplicação e efetivação do sistema legal protetivo.

Ocorre que as primeiras relações laborais objeto das demandas do Judiciário trabalhista e que, em grande parte, permanecem no centro das discussões até hoje, concidem com o objeto clássico do Direito Laboral, o qual reflete a hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador no elemento da subordinação. É nesse ponto que as relações marcadamente subordinadas são aquelas para as quais o sistema laboral parece ser, precipuamente, destinado. Como manifestou o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, à época, Alexandre Marcondes Filho, em sua exposição de motivos da CLT, “o Direito Social é, por definição, um complexo de normas e de instituições voltadas à proteção do trabalho dependente na atividade privada” (BRASIL, 1943). Ernesto Krotoschin informa que o Direito do Trabalho é, fundamentalmente, o Direito especial dos trabalhadores dependentes. Para Krotoschin, o Direito do Trabalho se centrou na dependência que, por outro lado, é uma dependência de homens juridicamente livres, e não de escravos, e seu instrumento foi o contrato de trabalho, como relação coordenadora de direitos e deveres recíprocos (KROTOSCHIN, p. 20-21).

No Brasil, a noção legal do objeto do Direito do Trabalho está estabelecida nos artigos 2º e 3º da CLT que, ao conceituarem empregado e empregador, revelam os elementos presentes na atividade regulada pelo Direito do Trabalho: pessoalidade, não eventualidade, dependência e onerosidade (BRASIL, 1943). A subordinação está expressa na lei trabalhista ao se referir à condição de dependência da prestação de serviço. De fato, é a subordinação o traço marcante e principal diferenciador da atividade humana objeto do Direito do Trabalho em relação às demais atividades reguladas pela lei civil. Segundo Maria Palma Ramalho, todavia, a subordinação não se reporta à atividade de trabalho em si, mas à posição relativa das partes no vínculo de trabalho, uma vez que revela o estado jurídico do trabalhador perante o empregador (RAMALHO, p. 27). O elemento da subordinação demonstra que o chamado trabalho subordinado se diferencia das outras formas de atividade laborativa pela posição desigual que as partes ocupam no vínculo: da parte do trabalhador, uma posição de dependência; e da parte do empregador, a correspondente posição de domínio (RAMALHO, p. 27).

Se a subordinação traduz um estado jurídico, significa que possui graus a serem concretamente examinados e os quais traduzem a posição assimétrica das

partes, o poder do empregador ou tomador dos serviços e a necessidade de efetiva tutela, pelas instituições, daquelas relações nas quais sua presença possa não ser tão evidente. Denominam-se, portanto, no presente estudo, relações laborais tradicionais aquelas nas quais a presença da subordinação é nítida e evidente como critério distintivo da relação de emprego. Classicamente, são nestes vínculos de trabalho que assentam a maior parte das demandas trabalhistas, em que pese a cada vez maior diversificação das morfologias dos vínculos de emprego, que conduzem ao surgimento das denominadas relações laborais atípicas.

O contexto de expansão dessas relações atípicas está associado às transformações no mundo do trabalho e do Direito do Trabalho, em razão, principalmente, do cenário de flexibilização das relações e dos sistemas normativos. Flexibilização esta que, para os fins deste estudo, configura a capacidade de as relações laborais se adaptarem às exigências do mundo globalizado e, no campo normativo, a diminuição da rigidez e do garantismo das normas laborais, o que, por vezes, acarreta a redução de direitos trabalhistas.

Os novos contratos e as novas relações contrapõem-se ao modelo sócio econômico de relação laboral que predominou na organização do trabalho da sociedade capitalista industrial de feição fordista, o qual, em suas múltiplas configurações, possui as características recorrentes da duração indeterminada do vínculo contratual, a determinação pessoal ou institucional do empregador, a definição física e jurídica do tempo e lugar da prestação laboral (REDINHA, p. 24).

Ao tratar sobre a atipicidade do emprego e sua noção jurídica, Maria Regina Gomes Redinha atribui razões metajurídicas a essa categoria e leciona que a atipicidade da relação de emprego não significa anomia ou rejeição pela ordem jurídica ou pela consciência ético-social, mas tão só desvio ou falência de um dos caracteres da relação típica. Para a autora, considerar-se-á apenas relação atípica de emprego aquela que, embora possa situar-se na raia da legalidade, não afronta princípios, normas ou regras do sistema jurídico-laboral (REDINHA, p. 30). A autora portuguesa apresenta a seguinte noção de relação atípica de emprego:

Por relação atípica de emprego entende-se, pois, a relação de emprego público ou privado emergente de um contrato válido e eficaz, que, por ausência, falência ou negação, total ou parcial, de um dos caracteres constituintes da relação paradigmática de emprego, tal como ressuma do ordenamento jurídico-

constitucional num determinado momento histórico, apresenta uma diferença específica que a individualiza jurídica e socialmente (REDINHA, p. 63).

Trata-se, portanto, de categoria que, enquanto noção jurídica, representa uma falha em algum atributo próprio da relação típica, seja em aspecto da onerosidade, com alteração na forma de pagamento da remuneração, ou no modo da prestação, com alteração de lugar e horário, ou no atributo da continuidade da relação, com efeitos na temporalidade do vínculo, entre outros.

Nas novas tipologias dos contratos, incide amplamente a maleabilidade do regime do tempo de trabalho, uma vez que o tempo que o trabalhador se dedica à sua atividade impacta diretamente na organização produtiva do empregador. Surgem os contratos de trabalho a termo, a tempo parcial e temporário, trabalho partilhado, trabalho intermitente ou sob chamada e o teletrabalho.

Outras situações, mais associadas às modificações tecnológicas e culturais da sociedade informacional, são os trabalhos intermitentes, ocasionais, nos quais o trabalhador fica à disposição do empregador, aguardando ser chamado, sem determinação prévia das horas trabalhadas, tampouco da remuneração a ser paga, e os trabalhos digitais, cujo exemplo mais emblemático é o motorista de uber ou, como atualmente denominados, trabalhadores uberizados.⁴

O surgimento de novos tipos de contrato responde a novas demandas e necessidades do mundo laboral e empresarial, ao mesmo tempo em que se expandem em meio à crise do Direito do Trabalho, cujas normas tipicamente protetivas, preocupadas em efetivar direitos fundamentais laborais, passam a ser aplicadas a um número cada vez mais restrito de trabalhadores, enquadrados no modelo de relação subordinada. A atipicidade da relação laboral impacta na concretização do modelo referencial de trabalho decente e desafia as instituições a efetivarem os direitos sociais fundamentais. O próximo tópico pretende, assim, analisar como a Justiça do Trabalho

4 As discussões atuais entre os estudiosos do mundo do trabalho são relativas ao enquadramento jurídico destes trabalhadores. As empresas de tecnologia alegam que constituem apenas base de dados e que os trabalhadores são autônomos, em razão da maior liberdade e flexibilidade no modo de prestar o serviço. Assim, são afastadas as proteções trabalhistas e previdenciárias próprias de um trabalhador subordinado. De outra parte, a quem reconheça a subordinação existente entre o trabalhador e o aplicativo, o que atrai a aplicação das proteções do Direito do Trabalho. Por fim, considerando que tais trabalhadores possuem especificidades que não o inserem em nenhuma das categorias citadas, existem formulações a respeito do surgimento de uma nova categoria de trabalhador, que seria protegido por direitos básicos trabalhistas, sem a aplicação, contudo, de todas as disposições que regem a relação de emprego.

deve estar atenta às vulnerabilidades geradas, muitas vezes, pelos vínculos atípicos, e seu papel em cenário no qual despontam novas questões sociais.

4 A CONCRETIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE NOS VÍNCULOS LABORAIS ATÍPICOS: O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A diversificação das relações de trabalho tende a acarretar instabilidade laboral e insegurança ao trabalhador, aspectos que impactam na possibilidade real de os contratos atípicos concretizarem os elementos que formam o trabalho decente. Maria Regina Redinha salienta que nem sempre essa precariedade se deve exclusivamente à existência de relações de emprego não típicas, pois a fragilidade pode atingir o emprego público ou privado, típico ou atípico, duradouro ou temporário, a tempo completo ou parcial, estendendo-se para além da barreira do trabalho subordinado, alcançando o trabalho autônomo e, até mesmo, o exercício da atividade empresarial (REDINHA, p. 26).

Contudo, na prática, comumente os contratos atípicos abalam a previsibilidade (aspecto temporal) e a renda (insuficiência remuneratória). Exemplo é o contrato intermitente inserido na CLT por meio da Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista. No final de 2019, a remuneração mensal média dos vínculos intermitentes foi de R\$ 637,00, o que equivalia a 64% do valor do salário mínimo no ano; 22% dos vínculos intermitentes não geraram trabalho ou renda em 2019; 52% dos vínculos ativos em dezembro não registraram nenhuma atividade naquele mês; os vínculos de trabalho intermitente ativos no final de 2019 tinham, em média, duração de pouco mais de 6 meses (DEPARTAMENTO, 2020).

A Organização Internacional do Trabalho reconhece que os trabalhadores em formas atípicas de emprego, mais frequentemente do que outros, não se beneficiam de proteção laboral na lei ou na prática e, embora não objetive que todo o trabalho se ajuste ao modelo típico, pretende que todo o trabalho seja digno. Preocupa-se com os trabalhadores que têm, normalmente, um controle limitado sobre o seu horário e jornadas variáveis, com implicações no equilíbrio entre o trabalho e a vida pessoal, bem como na segurança do rendimento, uma vez que o pagamento é incerto (ORGANIZAÇÃO, 2016). Por isso, em Relatório da Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho de 2019, a OIT estabelece a necessidade de implementação de uma Garantia

Universal do Trabalho que forneça um piso de proteção a todos os trabalhadores e ressalta a necessidade da expansão da soberania do tempo: necessária a elaboração de arranjos de tempo de trabalho que deem aos trabalhadores maior escolha sobre programação e horário de trabalho, para equilibrar o trabalho e vida privada, sujeito às necessidades da empresa por maior flexibilidade, bem como horas mínimas garantidas (ORGANIZAÇÃO, 2019).

A insegurança gerada em virtude da indefinição quanto ao tempo de trabalho e à expectativa de remuneração em trabalhos intermitentes, ocasionais, uberizados ou, no caso dos trabalhos sob jornada parcial e temporários, a pouca renda gerada e falta de perspectivas a longo prazo, impede a existência de um labor justamente remunerado, produtivo e exercido em condição de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Se grande parte da população, no mundo laboral, exerce ocupações pouco produtivas e que geram renda insuficiente, como consequência, falta segurança social, de modo que os parâmetros protetivos da dignidade e decência laboral são afastados.

Considerando a necessária atuação de todos os atores sociais na busca pelo desenvolvimento sustentável preconizado pela Agenda 2030 da ONU, a qual possui com um dos objetivos a concretização do trabalho decente, a Justiça do Trabalho brasileira deve rememorar os pilares sobre os quais foi construída e resgatar seu objetivo social maior de equilibrar as partes de uma relação que, nos séculos XXI, permanece desigual. Pacificar os conflitos, mas não à custa dos direitos fundamentais mais caros ao trabalhador. É necessário aproximar o “novo” do “tradicional”. A finalidade clássica da instituição deve ser mantida e adaptada à realidade da diversificação das relações de trabalho, nas quais a vulnerabilidade do trabalhador permanece e, talvez, seja até mais destacada. A assimetria da relação, a subordinação e a hipossuficiência do trabalhador, pontos que impulsionaram a necessidade da intervenção do Estado, permanecem presentes, ainda que, muitas vezes, disfarçados sob a forma de trabalho autônomo ou regradados de forma pouco protetiva, como no caso do contrato intermitente.

Alguns meios de fortalecimento dos direitos sociais, no âmbito da Justiça do Trabalho, já são adotados, mas precisam ser ampliados e sedimentados. Passo importante foi dado por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao preceituar que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho”. Desse modo, não apenas relações de emprego, mas relações de trabalho em geral estão sob a alçada da Justiça do Trabalho. Este é importante fundamento a

ser invocado contra aqueles que preconizam a ausência de competência da Justiça Especializada em relações envolvendo trabalhadores de aplicativos e as correspondentes empresas. Toda a relação na qual a energia do trabalhador seja desprendida, em favor do tomador, como força de trabalho inserida em uma organização empresarial, configura relação de trabalho objeto de possível discussão na Justiça do Trabalho. Em um primeiro momento, é importante reforçar a competência da Justiça do Trabalho para avaliar a regularidade e validade de toda relação de trabalho, ainda que não de emprego, sob pena de voltarmos aos primórdios do Direito do Trabalho, quando as relações laborais eram reguladas como locação de serviços.

Em um segundo momento, a própria dogmática do Direito do Trabalho e a jurisprudência trabalhista precisam redefinir o objeto do ramo jurídico. Uma vez que as relações laborais atípicas reconfiguram aspectos da relação de emprego e tornam mais tênue alguns de seus pressupostos, como a subordinação, urge assentarem-se as bases sobre as quais estão dispostas as normas laborais. Se o que motivou a criação do ramo juslaboral e da instituição que lhe dá efetividade foi a hipossuficiência e a vulnerabilidade do trabalhador frente ao empregador, simples análise sobre a realidade laboral denota a permanência dessas características nas relações de trabalho atuais. Muitas vezes disfarçadas, em razão da flexibilidade inerente às relações pessoais contemporâneas, as vulnerabilidades dos trabalhadores se concretizam na dependência ao trabalho, como forma de viver da maior parte da população, e na irregularidade das jornadas e da remuneração, existente em muitos vínculos atípicos. A subordinação mais tênue não afasta a assimetria, a dependência e a vulnerabilidade frente ao empregador.

Do debate instaurado, se verifica que o papel da Justiça do Trabalho deve ser fiel aos valores da instituição, como garantidora dos direitos sociais e do sistema de proteção trabalhista. Seja por meio de seu poder normativo, em caso de dissídios coletivos, seja no exame de situações trabalhistas concretas, a análise da relação de trabalho deve estar assentada nos elementos que tornam o vínculo de emprego digno e decente. Em 2021 a Justiça do Trabalho completa 80 anos de existência e permanece viva e atual a lição de Evaristo de Moraes Filho, quando, ao escrever sobre os 40 anos da instituição, disse: “A memória da Justiça do Trabalho está marcada, portanto, por essa perspectiva de libertação, por esse compromisso com a emancipação do homem que trabalha, caminhos cuja preservação se revela imperiosa no presente, para que

possamos alcançar um desenvolvimento sustentado no futuro” (MORAES FILHO, 1981).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização dos elementos que formam o conteúdo do trabalho decente delineado pela Organização Internacional do Trabalho, e que passou a ser objetivo de desenvolvimento sustentável na Agenda 2030 da ONU, é tarefa que incumbe a todos os atores envolvidos no mundo laboral. É oportunidade para a Justiça do Trabalho, instituída em período de forte expansão do Direito laboral, repensar seus valores e princípios que a cercam, mantendo seu olhar sobre as desigualdades externas e assimetrias imanentes às relações de trabalho.

Em contexto diverso da época de formação da Justiça do Trabalho e consolidação da CLT, no presente a flexibilização das relações e das normas trabalhistas se impõe sobre uma realidade cada vez mais complexa e tecnológica, ao mesmo tempo que mantém grande contingente da população vivendo em situação de pobreza, à margem dos progressos da modernidade. Surgem novos modelos de trabalho, nos quais os elementos clássicos da relação de emprego são mais atenuados, acarretando dificuldade em verificar seu enquadramento – se vínculo de emprego ou relação de trabalho autônoma, esta fora do objeto do Direito do Trabalho.

Os vínculos laborais atípicos, quando adotados em sociedades marcadamente desiguais, não raramente acarretam maior insegurança social, uma vez que o trabalhador não tem controle sobre o seu tempo de labor e sua renda, tampouco auferem os benefícios sociais de um trabalhador subordinado aos moldes tradicionais. Por outro lado, o empresário, tomador dos serviços, passa a ter menos responsabilidade sobre aqueles que trabalham em seu benefício, em nítido afastamento da função social da propriedade e dos contratos. É nesse cenário que a Justiça do Trabalho deve estar atenta aos aspectos que, de fato, tornam o trabalhador objeto de sua tutela: a vulnerabilidade e assimetria na relação de trabalho, aspectos mais acentuados nas relações de labor atípicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui.htm.

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul.2021

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 jul.2021

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Exposição de motivos da CLT**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 jul.2021.

CATHARINO, J. M. **Direito constitucional e direito judiciário do trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1995.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Boletim emprego em pauta**, jan. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta17.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, pp 20 e 21.

MORAES FILHO, Evaristo de. Há 40 anos inaugurava-se a justiça do trabalho. **Revista LTr : legislação do trabalho e previdência social**, São Paulo, v. 45, n. 04, p.389-394, abr. 1981.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24 ed. Editora Saraiva, 2009, p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf Acesso em: 15 out.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br>. Acesso em: 15 out.2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Conferência Internacional do Trabalho - Memória do Diretor Geral - Trabalho decente**. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 15 out.2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - 1919**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 12 out.2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **O emprego atípico no mundo: desafios e perspectivas**. Genebra, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/non-standardemployment/publications/WCMS_626383/lang-en/index.htm. Acesso em: 10 jul.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório da Comissão Global da OIT sobre futuro do trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/fow/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 115 jul.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social**. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_467352.pdf. Acesso em: 15 out.2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Zero-hours work in the United Kingdom**. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_624965.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho. Parte I: Dogmática geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

REDINHA, Maria Regina Gomes. **Relações atípicas de emprego**. Editora: Universidade do Porto Reitoria.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Um pouco de história do direito do trabalho. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, vol. 73, n. 6, p. 1-3, jun. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/169981>. Acesso em: 09 mar. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de julho de 2017**. Jornal Oficial da União Europeia, C 334, p. 88-98, 19 set. 2018.. Disponível em: http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/108_Resol_PE_Emprego_precario.pdf. Acesso em: 10 ago.2020.

O DIREITO DO TRABALHO E A TEORIA DAS VULNERABILIDADES LABORAIS*

Leandro do Amaral D. de Dorneles

RESUMO

A teoria geral da relação de emprego desenvolveu-se em meio ao contexto produtivo tipicamente fordista. A operacionalidade do direito do trabalho “tradicional” pode ser traduzida como uma troca entre proteção e subordinação. Nesta dinâmica, as regras protetivas incidem apenas nas relações onde a subordinação típica se faz presente. No entanto, atualmente, o modelo fordista não é mais hegemônico. Em um mundo do trabalho contemporâneo cada vez mais caracterizado pela diversificação das relações de trabalho, esta operacionalidade tradicional baseada no binômio proteção/subordinação muitas vezes revela-se insuficiente para que o direito do trabalho cumpra a sua finalidade precípua, qual seja, a correção de desigualdades. Este artigo aborda uma questão de extrema relevância à teoria geral do direito do trabalho, qual seja, a desigualdade como fundamento para a incidência do conjunto protetivo juslaboral, a partir da ideia vulnerabilidade do trabalhador, que pode se manifestar sob diversas óticas que não apenas a hierárquica (subordinação).

PALAVRAS-CHAVE: relações de trabalho; desigualdade; vulnerabilidade; princípio da proteção.

ABSTRACT

The general theory of employment relationship developed in the midst of the productive context typically fordist. The functionality of “traditional” labor law can

* Este artigo é uma versão atualizada e complementada do texto “Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo”, publicado na Revista da LTr (nº3, março 2013).

Leandro do Amaral D. de Dorneles

Especialista, mestre e doutor em direito. Professor de direito do trabalho junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho (ASRDT).

be translated as a tradeoff between protection and subordination. In this dynamic, the protections rules focus only in relations where the typical subordination is present. However, currently, the fordist model is no longer hegemonic. In a world of contemporary work increasingly characterized by diversification of work relationships, this traditional operability based on binomial protection/subordination often shows insufficient so that the labor law meets its main purpose, which is to say, the correction of inequalities. This article proposes a matter of extreme relevance to the general theory of labor law, which is, the inequality as a basis for the protection of labor law, from the worker's vulnerability idea, which can manifest itself in various optics that not only the hierarchical (subordination).

KEY WORDS: work relationships; inequality; vulnerability; protection principle.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade industrial consagrou a fábrica tipicamente fordista como principal instituição social da dinâmica das relações de trabalho. Com seus parâmetros de racionalização da produção, estruturação vertical e subordinativa com uma clara divisão entre execução e planejamento, tornou-se hegemônico o trabalho livre, produtivo, prestado para o proprietário dos meios de produção, de forma subordinada e não eventual como meio de sobrevivência e ideal de vida para a grande maioria dos indivíduos. É neste contexto que a teoria geral da relação de emprego desenvolve-se e se formulam os seus principais postulados.

O sistema juslaboral brasileiro apresenta claros sinais que demonstram a premissa acima exposta. Em 1943 surgia a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ainda vigente, voltada para regulamentar as relações trabalhistas brasileiras, com base na figura hegemônica do *emprego*. Nas definições de “empregador”¹ e de “empregado”², a norma brasileira utiliza como elementos centrais a subordinação (“dependência”), a pessoalidade, a não eventualidade e a contraprestação salarial.

No entanto, este modelo vem perdendo sua hegemonia. Já de algum

1 Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

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

tempo o capitalismo vem atravessando um processo de profunda reestruturação caracterizada, entre outros aspectos, pela flexibilidade e descentralização produtivas, pela organização empresarial em redes, pelo declínio da influência do movimento sindical, pela individualização e diversificação das relações de trabalho, pela incorporação de novos grupos sociais em condições nem sempre favoráveis no mundo do trabalho, pelo enfraquecimento do papel regulador do Estado, pelo aumento da concorrência econômica global e, ainda, pelo aumento das diferenças sociais nos (e entre os) países³. Mais recentemente, avançamos ao pós-industrialismo digital, onde sobressaem o “neotaylorismo digital”⁴ e o “capitalismo de plataformas”, com suas “retóricas de suavização do avanço do mercado”⁵ (economia de compartilhamento ou de colaboração, nas quais os trabalhadores são substituídos por parceiros e colaboradores etc.), com seu processo de autodestruição da legitimidade institucional e política e com seu potencial desconstrutivo para a democracia, para o Estado Social e para os direitos humanos⁶. As repercussões destas transformações na seara juslaboral, por óbvio, são inevitáveis e extremamente impactantes.

A teoria geral clássica do direito do trabalho tem como uma de suas premissas fundamentais a *universalização da relação de emprego* e, conseqüentemente, a *uniformização (padronização) da hipossuficiência*. Nessa perspectiva, o objeto do direito do trabalho praticamente se circunscreveria à relação de emprego⁷ - cuja característica de maior destaque seria a subordinação – sendo que nesta relação haveria um grau único de hipossuficiência justificador da típica proteção juslaboral. Neste sentido, para o direito do trabalho, a relação de emprego, sob uma ótica instrumental-normativa, identifica-se por um intercâmbio entre proteção e subordinação. Em outras palavras, na relação de trabalho em que o direito laboral identifica a subordinação, incide integralmente a sua proteção típica; já naquela relação em que a subordinação não

3 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 39-40.

4 COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Neotaylorismo digital e a economia do (des)compartilhamento. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília : ESMPU, 2020, p. 417-429.

5 FALCÃO, Thiago; MARQUES, Daniel; MUSSA, Ivan. #BOYCOTTBLIZZARD: capitalismo de plataforma e a colonização do jogo. Revista Contracampo. Niterói, v. 39, nº 2, p. 59-78, ago./nov. 2020.

6 OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Estado social e luta de classes no mundo globalizado: reflexões sobre a autodestruição da legitimidade institucional na era digital. BRAVO, Álvaro Sánchez (editor). Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales. España: AADMDS, 2020, p. 278-297.

7 A tutela a outros tipos de relação de trabalho, quando existente, seria meramente residual e/ou marginal.

é identificada, não há a incidência da proteção, nem mesmo parcialmente⁸. Então, o direito do trabalho não se aplica naquelas relações de trabalho em que a subordinação é ausente, ou ainda, tem dificuldade de incidir nas relações em que a subordinação se faz presente, mas não é aparente ou não se apresenta da forma típica. Isso, mesmo que haja outros tipos de desigualdades na relação, que não a hierárquica. No mundo do trabalho pós-industrial e “4.0”, que se notabiliza cada vez mais pela diversificação e complexificação das relações de trabalho, esses limites recém-descritos tornam-se cada vez mais problemáticos.

Tendo em vista estas premissas, este artigo propõe uma discussão sobre a ideia de desigualdade na teoria geral do direito do trabalho. A pesquisa parte da noção clássica de *hipossuficiência* do empregado, mas, para além do seu engessamento ao conceito de *subordinação*, consagrado pela teoria geral clássica, procura avançar em direção à ideia contemporânea de *vulnerabilidade* do trabalhador. Para tanto, vale-se de fragmentos e releituras das doutrinas juslaborais clássica e contemporânea, perpassando um breve diálogo com o direito do consumidor, onde o tema vulnerabilidade é já há algum tempo objeto de amplos estudos.

2. TEORIA GERAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ESQUEMATIZAÇÃO CLÁSSICA

A primeira ideia proposta pela teoria geral da relação de emprego na descrição de seu objeto é tratar-se de uma relação jurídica entre *sujeitos desiguais*. Assim, a literatura *hipossuficiência* o principal fundamento para a própria existência do direito do trabalho e de seu princípio basilar – o da proteção dos trabalhadores.

Poucos autores, no entanto, atrevem-se a esclarecer o que se deve entender por hipossuficiência. Cesarino Júnior, um dos expoentes deste seleto grupo de autores, dissertando sobre o tema, afirma:

A tendência do Direito Moderno de encarar as diversas circunstâncias em que os homens se apresentam fez sobressair uma diferença fundamental existente entre eles: **a econômica**.

Do ponto de vista econômico, os homens se dividem em proprietários e não proprietários, isto é, ricos e pobres.

8 SUPIOT, Alain, Introductory remarks: between market and regulation: new social regulations for life long security? In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). The future of work, employment and social protection. Geneva: International institute for labour studies (ILO), 2002, p. 149-151.

Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos auto-suficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho.

O Direito Social (Restrito ou Direito Social *tout court*) só cogita da hipossuficiência ou debilidade econômica *absoluta*, que é a por nós definidas acima⁹.

A partir das lições de Cesarino Júnior podemos concluir que a expressão hipossuficiência, recorrente na argumentação juslaboral, em sua acepção técnica originária, remete-nos fundamentalmente às manifestas *desigualdades econômica e social* existentes entre o trabalhador e o seu empregador. Ou seja, a percepção teórica da manifesta *desigualdade* de fato existente entre os sujeitos da relação de emprego consolidou a premissa da *hipossuficiência*, que é explicada por desequilíbrios de raízes econômicas (“ricos e pobres”) e sociais (“proprietários e não proprietários”).

Por sua vez, essa premissa teórica de hipossuficiência, que procurava traduzir a evidente desigualdade existente entre os polos prestador e tomador de serviços, foi normativamente traduzida por “*dependência*” em diversos sistemas jurídicos¹⁰, inclusive no Brasil¹¹: o trabalhador hipossuficiente seria aquele que labora *sob a dependência patronal*. Em que pese a indeterminação do termo “dependência” e as discussões teóricas inicialmente travadas para defini-lo, doutrinariamente restou consagrada a sua adjetivação como “*hierárquica*”¹² ou “*jurídico-pessoal*”¹³, o que nos

9 CESARINO JÚNIOR, Antônio F. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45 (grifo nosso). Nota do pesquisador: Cesarino Jr. define o direito social restrito ou *tout court* como “a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e a terem acesso à propriedade privada” (p. 42), o que se enquadra no que hoje chamamos de direito do trabalho.

10 Romita, em estudo realizado e publicado nos anos 1970, aponta o uso da expressão “dependência” como referencial para caracterizar a relação de trabalho objeto do direito laboral, de então, em diversos países, tais como Argentina, Espanha, Guatemala, Venezuela, entre outros. ROMITA, Arion Sayão, Conceito objetivo de subordinação, Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, out./dez. 1978, p. 78-80. Cabanellas, em estudo semelhante, também faz referência aos marcos regulatórios da Itália, Equador e México. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 198-199.

11 Art. 3º da CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços (...) sob a dependência (...).

12 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 202-204.

13 KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma,

remete à ideia triunfante de *subordinação* como elemento fundamental na relação de emprego. E aqui temos o postulado fundamental consagrado pela teoria geral da relação de emprego clássica: *o trabalhador beneficiário da proteção juslaboral, por sua hipossuficiência, é aquele subordinado (dependência hierárquica ou jurídico-pessoal) a um empregador.*

No entanto, diante da nova configuração do mundo do trabalho – caracterizado entre outros aspectos pela diversificação e complexificação das relações de trabalho – pode-se dizer que a teoria geral do direito laboral demanda uma reformulação deste postulado básico. Afinal, o descompasso entre o jurídico e o social pode levar àquilo que Deveali denominava “reatividade da vida econômico-social”¹⁴, uma perda da eficácia instrumental¹⁵ e, por conseguinte, ao questionamento sobre a sua própria legitimidade¹⁶. O modelo de subordinação consagrado pela teoria da relação de emprego tradicional diz respeito à chamada “subordinação subjetiva”¹⁷, evidenciada na existência de um “chefe”, “gerente” ou superior hierárquico emitindo ordens e fiscalizando o seu cumprimento, inclusive, valendo-se eventualmente de prerrogativas punitivas¹⁸. Nas relações em que o direito do trabalho não visualiza claramente essa configuração típica da relação de emprego, há dificuldades para a incidência de sua proteção jurídica. Nas relações em que essa configuração subordinativa não existe, não se cogita de sua incidência. Trata-se de uma lógica de incidência baseada no binômio subordinação/proteção: identificada a subordinação típica, incide a proteção jurídica; não identificada a subordinação típica, não há incidência de proteção juslaboral.

Essa arquitetura teórica consagrada pela doutrina clássica, ao bem da verdade,

.....
1968, p. 34-37.

14 DEVEALI, Mario L. Lineamentos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 129-130.

15 A eficácia simbólica de um ramo jurídico diz respeito à sua aptidão para gerar expectativas por parte do grupo social ao qual se destina; já a eficácia instrumental diz respeito à sua aptidão para gerar mudanças efetivas de comportamento.

16 No Brasil, pode-se tranquilamente afirmar que a legislação trabalhista é uma das mais descumpridas pelos atores sociais.

17 Estamos adotando a expressão “subordinação subjetiva”, em contraponto à “subordinação objetiva”, na medida em que se verifica a partir de um sujeito emitindo ordens, o superior hierárquico. Outros (Delgado, p. ex.) preferem a expressão “subordinação clássica” para fazer frente ao mesmo fenômeno, e reservam o adjetivo “subjetivo” como referência ao estado de sujeição pessoal presente em algumas relações de trabalho já rechaçadas pelo direito do trabalho – como no caso da escravidão. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 293-295.

18 PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 29-36.

Atenta a este fenômeno, Camino propõe a noção de *vulnerabilidade* para fundamentar a proteção juslaboral²², cujos contornos são mais amplos que a tradicional hipossuficiência²³, como veremos na sequência. Por “contornos mais amplos” entendamos de *maior complexidade*: abrange um maior número de variáveis na sua definição, tornando-a mais complexa, porém mais maleável e adequada, conforme entendemos, para retratar o diversificado mundo do trabalho atual.

3. A NOÇÃO DE VULNERABILIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO E SUA PERTINÊNCIA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

Mais do que uma medida voltada à preservação da instrumentalidade e legitimidade do direito do trabalho – pois, enquanto as suas bases e premissas teóricas pouco avançaram nos últimos anos, a realidade sobre a qual este ramo jurídico incide é atualmente muito diversa da que se apresentava nas primeiras décadas no século passado – a adoção do postulado da vulnerabilidade no âmbito juslaboral visa preservar uma das facetas do princípio fundamental de igualdade: o *respeito às diferenças*. “Realmente, no pluralismo (...) do direito privado atual, a tendência (...) é identificar a diferença e respeitá-la (...). Isto é, identificar os grupos em que há uma ‘unidade diferencial’ coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em ‘igualdade’ ou ‘normalidade’”²⁴.

Desdobramento do princípio de igualdade, embora com ele não se confunda, “(...) a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses (...), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”²⁵. Trata-se da noção instrumental que guia a aplicação de

22 CAMINO, Carmen. Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público (Tese de doutorado). UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD): Porto Alegre, 2011.

23 No mesmo sentido, NISHIYAMA, Adolfo M.; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In MARQUES, Cláudia L.; MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II, p. 435.

24 MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 178-179.

25 MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.197.

normas protetivas, visando à igualdade e à justiça equitativa²⁶. Enquanto o princípio da igualdade decorre de uma visão mais abstrata do indivíduo e da sociedade, estabelecendo contornos objetivos de equilíbrios ou desequilíbrios entre as relações humanas, a vulnerabilidade é uma noção “flexível” que apresenta “traços de subjetividade”, eventualmente necessitando, embora não sempre, de uma comparação entre situações e sujeitos²⁷.

Em tempos de diversificação das relações e demandas sociais, fenômeno que para alguns marca o surgimento de um direito *pós-moderno*, emergem inúmeros grupos sociais, novos sujeitos de direito reivindicando atendimento específico para suas demandas particulares, “leis especiais subjetivas e protetivas do diferente, do vulnerável”. Assim ocorre, por exemplo, no Brasil em relação ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor²⁸), ao adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹) ao idoso (Estatuto do Idoso³⁰), ao “deficiente” (Estatuto da Pessoa com Deficiência³¹), entre outros. Trata-se de uma tendência do direito contemporâneo, “que não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição”. O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade configura uma “necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco”³². Atualmente, devemos entender por igualdade a “proteção sistemática e eficaz dos vulneráveis, que (...) acaba por formar um instrumental de normas compensatórias e de proteção”. Dessa condição surge uma tendência de “qualificar a própria vulnerabilidade, *em uma cumulação de*

26 MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

27 MARQUES, Cláudia L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 320.

28 Lei 8.078/90.

29 Lei 8.069/90.

30 Lei. 10.741/2003.

31 Lei 13.146/2015.

32 MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15-21.

fraquezas, agora juridicamente relevantes³³.

Conforme Marques, Benjamin e Miragem, em relação ao direito do consumidor, que sabidamente guarda semelhanças com o direito do trabalho, é possível apontar, pelo menos, três tipos de vulnerabilidades, quais sejam: (i) a *técnica* (decorre da ausência de conhecimentos específicos sobre o objeto de consumo); (ii) a *fática* (“aquela desproporção de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”); (iii) a *jurídica* (diz respeito à presumida falta de conhecimentos técnico-jurídicos por parte do consumidor, a não consciência plena sobre seus direitos)³⁴. Marques, em outra oportunidade, ainda faz referência à vulnerabilidade *informativa* (déficit de acesso à informação), além de citar outras tantas eventualmente lembradas pela doutrina consumerista³⁵.

A ideia segundo a qual a vulnerabilidade comporta desigualdades das mais diversas naturezas é aplicável ao direito do trabalho, desde que realizadas as devidas adaptações. Nas relações de emprego em geral, pode-se identificar um conjunto de desigualdades, ao menos, nos planos *negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo* (ou informacional). Como já expunha Moraes Filho, por exemplo, a produção capitalista é “obtida mediante trabalho alheio, ou em outras palavras, o empresário recruta, organiza, fiscaliza, retribui e dirige o trabalho para fins de produção”³⁶. Ora, fato de ser *recrutado* por outrem é um indicativo da *vulnerabilidade negocial* do trabalhador; o de ser *fiscalizado e dirigido*, da *vulnerabilidade hierárquica ou jurídica*; o de ser *remunerado*, da *vulnerabilidade econômica*; e o de *se inserir em uma organização*, da *vulnerabilidade técnica*. La Cueva³⁷, por sua vez, afirmava que o direito laboral nasceu da necessidade de defender a classe trabalhadora frente à classe patronal, necessidade esta radicada na distinta posição das classes sociais, pois a primeira se vê forçada a por sua força de trabalho à disposição da outra, ideia que

33 MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184. Grifo nosso.

34 MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.198.

35 MARQUES, Cláudia L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 320/329-334.

36 MORAIS FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, p. p. 94.

37 LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 482.

claramente indica a *vulnerabilidade social* do trabalhador. Apostólides³⁸, em análise ao dever pré-contratual de informar no direito do trabalho, destaca o caráter “mais alargado e agravado” deste dever quando imputado ao empregador, o que se justifica pelo desequilíbrio informacional entre as partes da relação de emprego, à medida que “um dos sujeitos da relação contratual se encontra numa situação de desigualdade nas capacidades de obtenção da informação relevante” – indicativo da *vulnerabilidade informacional*. Essas são variáveis que equacionam a noção de vulnerabilidade nas relações laborais. O padrão geral das relações de emprego gera a premissa de que, *a priori*, as diversas desigualdades que compõem a noção de vulnerabilidade estão ali presentes; no entanto, no caso concreto, circunstancialmente, um ou outro desdobramento pode não se apresentar, apresentar-se de forma minimizada ou mesmo maximizada (maior ou menor poder negocial do trabalhador, maior ou menor dependência econômica do emprego etc.), dando maleabilidade à definição de vulnerabilidade e, conseqüentemente, à real demanda protetiva.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a vulnerabilidade, nas situações da vida, não é estática. Existem *graus de vulnerabilidade*. Retornando à análise de Marques, Benjamin e Miragem em relação às relações de consumo, determinados grupos de indivíduos, por suas características ou circunstâncias, podem ser identificados como *hipervulneráveis*³⁹. Essa ideia pode ser transportada ao direito do trabalho, em relação, por exemplo, às mulheres, jovens e deficientes físicos. Conforme já explanava Dominguez:

(...) não considera igual a mulher e o homem, a criança e o adulto, o são e o enfermo etc.

O (...) direito do trabalho conserva as distinções entre todos eles; estabelece categorias; assinala diferenças de tratamento; cria estatutos especiais (...); singulariza as relações laborais (...); individualiza as empresas (...).

Verifica-se assim a fórmula da igualdade: tratar desigualmente os desiguais oferecendo a todos idênticas oportunidades, e se a liberdade implica em não constranger a atividade humana por cânones rígidos ou absolutos, não cerceando as iniciativas dos indivíduos mediante uma política ativa que mate seus estímulos, o direito do trabalho deve conter (...) em seu seio amplas doses de liberdade e igualdade.

Não se produz uma intervenção uniforme aos trabalhadores nem um aplainamento

38 APÓSTOLIDES, Sara Costa. Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho. Coimbra: Almedina, 2008, p. 289-293.

39 MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

das empresas. Distinguem-se categorias e classes de trabalhadores; de modo igual, classes e categorias diferentes de empresas, desenvolvendo uma discriminação de forças político-econômicas⁴⁰.

Justamente em razão disso o direito do trabalho prevê um *padrão básico de proteção para os empregados em geral* (presumidamente vulneráveis), mas a este padrão somam-se proteções específicas, conforme a vulnerabilidade se suponha acentuada (hipervulnerabilidade). É o caso, no sistema brasileiro, das mulheres, beneficiárias de proteções adicionais como as previstas no art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (estabilidade no emprego da empregada gestante) e no art. 9º, § 2º, II, da Lei 11.340/2008 (direito da empregada ao afastamento temporário do emprego quando vítima de violência doméstica), entre outras. Da mesma forma, os empregados adolescentes e o art. 440 da CLT (não fluência do prazo prescricional contra menor de dezoito anos), bem como os portadores de “deficiência” e o disposto no art. 93 da Lei 8.213/91 (contratação obrigatória de empregados reabilitados ou portadores de “deficiência”).

Ainda, a partir de 2017, o legislador propôs uma graduação de níveis protetivos em relação a empregados que, segundo presumiu a partir da estipulação de determinados critérios objetivos, apresentam menor *vulnerabilidade negocial* em comparação aos empregados típicos. Por conta disso, estabeleceu mitigações na incidência do princípio da indisponibilidade a tais contratos de trabalho, em prol de uma valorização da sua autonomia negocial. Em uma leitura inicial, podemos identificar no texto celetista pós 2017 pelos menos três níveis de graduação protetiva para os empregados de menor vulnerabilidade negocial presumida.

Uma primeira escala de mitigação protetiva pode ser verificada na sistemática da prescrição dada pela nova redação do art. 11, §2º, da CLT⁴¹. A redação propõe que direitos negociados (sem origem legal) estejam submetidos à prescrição total ou de fundo de direito. Supostamente, se os direitos são “pactuados”, presumiu o legislador (e, antes disso, o TST, com a Súmula 294) que tais trabalhadores já dispõem de maior

40 DOMINGUEZ, Jose F. Curso de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Libreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I, p. 223-224.

41 Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de *alteração ou descumprimento do pactuado*, a **prescrição é total**, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei (grifamos).

poder negocial (menor vulnerabilidade negocial) em comparação aos empregados típicos, intensificando os efeitos da prescrição a tais contratos. Em outros termos, o empregado típico não tem poder negocial suficiente para estipular ou ampliar direitos trabalhistas, por isso, em geral, seus contratos se atêm ao padrão básico estipulado legalmente, onde a repercussão prescricional é menos intensa. Aparentemente, o legislador está assemelhando a *inação* do trabalhador que considera hipovulnerável negocialmente a uma espécie de *consentimento tácito* ao não reagir celeremente contra alterações ou descumprimentos patronais do pactuado (vinculação do poder de negociação ao poder de reação), responsabilizando-o, assim, por intermédio de restrições à sua margem de insurgências posteriores⁴².

Uma segunda escala de graduação protetiva através da mitigação do princípio da indisponibilidade pode ser observada no art. 507-A da CLT⁴³. Aqui, como podemos observar, o legislador conjugou a menor vulnerabilidade negocial à suposta menor vulnerabilidade *econômica*, objetivada no patamar salarial *superior* a duas vezes o teto para benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Para tais trabalhadores é concedida a possibilidade de compor conflitos laborais pela via da arbitragem, condicionada esta possibilidade exclusivamente à sua manifestação expressa de vontade. Como é sabido, a Lei 9.307/96, referida no dispositivo, faculta a arbitragem para dirimir “litígios relativos a direitos *patrimoniais disponíveis*” (art. 1º), trazendo uma presunção geral de disponibilidade ulterior aos direitos de tais trabalhadores. É importante destacar que esta disponibilidade de direitos pela via da arbitragem é,

42 Nesta leitura inicial, entendemos precipitado afirmar que esta intensificação dos efeitos prescricionais nos direitos firmados por empregados presumidamente menos vulneráveis negocialmente representaria uma variação ou aporte da teoria conhecida no universo civilista por “duty mitigate the loss”, ou dever de a parte mitigar o próprio prejuízo, que em geral é invocada para balizar montas indenizatórias (vide, p. ex., FRADERA, Véra M. J. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 19, p. 109-119, jul./set. 2004; SCALETCKY, Fernanda S. A interpretação... Cadernos do Programa de Pós-graduação em direito/UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, v. VIII, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881>. Acesso em 4 set. 2017). Entretanto, dela aparentemente se aproxima, ao inculcar ao credor (o trabalhador cujo direito contratual fora lesado) um determinado ônus ou comportamento (não juridicamente obrigatório) razoavelmente exercitável (resistência imediata ao descumprimento ou alteração contratual não consentida, cuja razoabilidade está a presumir o legislador em razão da suposta menor vulnerabilidade do trabalhador) sob pena de algum prejuízo à sua posição jurídica (prescrição total de sua pretensão). O diálogo mais intenso que deverá ser travado com o direito privado contemporâneo haverá de esclarecer a questão.

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

supostamente, plena, ou seja, não se circunscreve ao rol de matérias previstas no art. 611-A⁴⁴ da CLT – a não ser que a jurisprudência futuramente venha a consolidar algum tipo de argumentação sistemática que conjugue os dois dispositivos (507-A e 611-A da CLT), algo que reputamos possível de ser arquitetado.

Uma terceira escala de graduação protetiva através da mitigação do princípio da indisponibilidade pode ser observada pelo acréscimo do parágrafo único ao art. 444 da CLT⁴⁵. Ao que tudo indica, o dispositivo em comento revela influências doutrinárias de Catharino na sua composição. O autor ainda parte da ideia de que a subordinação deva ser considerada o elemento único e indispensável para determinar a incidência protetiva juslaboral, mas admite a interferência (mediata, é verdade) de outros tipos de assimetrias nesta equação. Segundo expõe, “a dependência econômica serve de substrato à subordinação jurídica, pois o empregador é subordinante por ser economicamente mais forte” e “a especialização e a prevalência do trabalho intelectual também podem concorrer para a redução da subordinação”; na sequência, conclui: “altos empregados, fracamente subordinados e melhor remunerados, não devem ser tratados da mesma maneira que os simples empregados, intensamente remunerados e pior retribuídos”⁴⁶.

44 Art. 611-A: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa”.

45 Com a seguinte redação: “A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (grifamos).

46 CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 203/210/211. Grifos originais.

Seja como for, no parágrafo único do art. 444, a presumida hipovulnerabilidade negocial está conjugada a supostas hipovulnerabilidades *econômica* (“perceba salário mensal *igual ou superior* a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”) e *técnica* (“portador de diploma de nível superior”)⁴⁷. A partir destas presumidas hipovulnerabilidades econômica e técnica, concluiu o legislador que tais trabalhadores apresentam maior poder negocial em comparação ao empregado “típico” ou, em outras palavras, menor (ou nenhuma) *vulnerabilidade negocial*. Com base nisso, temos aquele que, possivelmente, seja o grau mais intenso de modulação do princípio da indisponibilidade trazido pela reforma celetista de 2017, dotando tais trabalhadores de amplo poder negocial sobre as matérias arroladas no art. 611-A da CLT.

Ainda, a noção de vulnerabilidade apresenta-se *em uma relação jurídica*, ou seja, entre dois sujeitos desiguais. O empregado isolado é presumidamente vulnerável, mas o desdobramento jurídico desta presunção pode ter maior ou menor repercussão quando se analisa *o empregado em relação ao seu empregador*. Assim como um trabalhador pode, em uma determinada circunstância real, apresentar um maior ou menor nível de vulnerabilidade, o mesmo, tem teoria, pode ocorrer em relação à presumida *não-vulnerabilidade* patronal. O próprio Cesarino Júnior, já citado, explicava que a teoria da hipossuficiência poderia ser concebida em acepção *absoluta* ou *relativa* e, neste caso, em relação aos empregadores, poderia haver os *autossuficientes* e os *hipersuficientes*, conforme seu poderio econômico fosse menor ou maior⁴⁸.

47 Na medida em que, por suposição, estamos identificando no critério “diploma de curso superior” uma tentativa de mensurar objetivamente a menor vulnerabilidade técnica, fica subentendido que esta ampla disponibilidade negocial prevista no parágrafo único do art. 444 somente se aplica nas situações em que o trabalhador efetivamente exerce, na empresa, o ofício ou profissão para os quais esteja diplomado.

48 Para o autor, entretanto, a acepção relativa da teoria da hipossuficiência não teria lugar no direito laboral. Vide CESARINO JÚNIOR, Antônio F. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45. Do ponto de vista normativo, a “relativização da não-vulnerabilidade patronal” sempre foi escassa e, nos últimos tempos, algumas das poucas situações que existiam foram sendo revogadas pelo legislador. Vejamos dois exemplos, começando pela relação de emprego doméstica. É inegável que o empregado doméstico, dentre o universo de trabalhadores que compõem o mundo laboral, em geral representa um tipo caracterizado pela vulnerabilidade extrema, seja pela pouca qualificação de seu ofício, seja pelas grandes vulnerabilidades econômica e social características desta profissão. No entanto, apesar disso, a legislação trabalhista, até 2015, concedia a esta categoria um menor grau protetivo (rol menor de direitos trabalhistas) em relação aos demais empregados. Isso decorria não de uma suposta menor vulnerabilidade do empregado doméstico – muito pelo contrário – mas sim, entre outros aspectos, de uma suposta menor não-vulnerabilidade do empregador doméstico – necessariamente pessoa física ou família, conforme expunha o revogado art. 2º da Lei 5.859/72. Em outras palavras, presumia o legislador pátrio, até então, que o patronato doméstico seria menos capaz de suportar os ônus técnicos

Em síntese, é possível e mesmo necessário estabelecer um padrão de vulnerabilidade, por abstração, tomando-se como referência o vínculo empregatício típico, como historicamente fez o direito do trabalho. A este padrão de vulnerabilidade caberia a incidência protetiva juslaboral plena. Mas também é possível ou mesmo necessário graduar a incidência protetiva conforme as vulnerabilidades se acentuem ou se atenuem, de forma a se minimizar eventuais distorções causadas pelo direito do trabalho em sua concepção clássica. Trata-se do que podemos chamar de *análise relacional da vulnerabilidade*.

Tomando-se como referência, por abstração, o empregado típico “médio”, cujo labor caracteriza-se pela presença de todas as vulnerabilidades referidas e, conseqüentemente, pela incidência protetiva plena, seria possível, por comparação, graduar o nível de proteção aplicável, seja em relação a um mesmo universo de trabalhadores (*análise relacional interna ou intraclasses vertical*), seja em relação a grupos distintos de trabalhadores (*análise relacional interna ou intraclasses horizontal*), seja em relação ao tomador de serviços (*análise relacional externa ou extraclasses*). Por mais estranheza ou impacto que possa causar esta classificação, não é demais recordar que *a própria legislação trabalhista já realiza esta graduação*, ao menos no Brasil, embora timidamente e talvez inconscientemente, como nos seguintes casos:

A) *Análise relacional interna ou intra-classe vertical* – seriam as situações em que, diante da ponderação e incidência dos princípios de proteção e de igualdade, o legislador (*in abstracto*) ou o julgador (*in concreto*), conforme o caso, amplia ou mitiga alguns institutos protetivos para segmentos de um mesmo grupo (*empregados, por exemplo*) de uma mesma classe social (trabalhadores, por exemplo). Assim, por exemplo, quando relacionamos os empregados adultos e os adolescentes, embora pertencentes ao mesmo grupo laboral (ambos são empregados), percebemos facilmente que estes últimos demandam medidas protetivas adicionais em razão da sua condição impúbere (hipervulnerabilidade). Ou ainda, no exemplo invertido, é também o caso dos empregados hipovulneráveis previsto no artigo 444, parágrafo

.....
e econômicos inerentes ao padrão geral da relação de emprego regida pela CLT. Outro exemplo análogo em seus fundamentos, este revogado em 2017, podia ser encontrado em relação ao que dispunha o § 3º do art. 58 da CLT. Ao permitir a flexibilização das regras pertinentes à atualmente revogada jornada in itinere nas micro e pequenas empresas (e tão somente para estas), o legislador brasileiro, talvez inconscientemente, estivesse acatando a tese da menor não-vulnerabilidade de determinadas classes patronais.

único da CLT, que tiveram, em 2017, seu arcabouço protetivo atenuado (mitigações do princípio da indisponibilidade) em razão de suas supostas menores vulnerabilidades econômica e técnica.

B) Análise relacional interna ou intra-classe horizontal – seriam as situações em que, diante da ponderação e incidência dos princípios protetivos e isonômicos, o legislador (*in abstracto*) ou o julgador (*in concreto*), conforme o caso, estende total ou parcialmente a regulação laboral a grupos distintos de *trabalhadores* (ainda pertencentes à mesma *classe social* dos trabalhadores, mas situados além dos contornos empregatícios). É o que ocorreu, por exemplo, quando o legislador constituinte utilizou-se da “técnica da assimilação”⁴⁹ para equiparar integralmente empregados e trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV, da Constituição); ou ainda, quando o legislador valeu-se da “técnica do alargamento”⁵⁰ para estender determinados direitos tipicamente empregatícios aos trabalhadores cooperativados (art. 7º da Lei 12.690/2012). Aqui também merece referência a “regra de abertura” dada pelo art. 17 da Lei 5.889/73 (trabalhador rural), que se por um lado traz um enorme potencial inclusivo ao sistema juslaboral pátrio, por outro lado é pouquíssimo explorada pela doutrina e jurisprudência⁵¹.

C) Análise relacional externa ou entreclasses – seriam situações em que, diante da ponderação e incidência dos princípios protetivos e isonômicos, o legislador (*in abstracto*) ou o julgador (*in concreto*), conforme o caso, amplia ou mitiga alguns institutos protetivos em determinadas relações de trabalho, mas enfatizando não a suposta maior ou menor vulnerabilidade do polo prestador (empregado), e sim a maior ou menor não-vulnerabilidade (“autossuficiência”) do tomador (empregador). É o que ocorria tempos atrás nas relações dos trabalhadores domésticos, que eram beneficiários de menos direitos, em comparação aos demais empregados típicos, fundamentalmente, em razão de uma então suposta menor não-vulnerabilidade

49 REIS, João Carlos Simões dos. O conflito colectivo de trabalho. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 262.

50 REIS, João Carlos Simões dos. O conflito colectivo de trabalho. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 262.

51 Art. 17. As normas da presente Lei são aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do art. 2º, que prestem serviços a empregador rural.

("autossuficiência") do *empregador* doméstico.

Essa *análise relacional* da vulnerabilidade pode ser feita *a priori*, em tese, pelo legislador, ou até mesmo *a posteriori* e *in concreto*, pelo julgador. Neste caso, valer-se-ia de ações ponderativas das circunstâncias fáticas presentes, delimitadas por postulados como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, entre outros. Os exemplos normativos recém-apontados (itens "A", "B" e "C" supra) ilustram a primeira hipótese. O julgado a seguir – incomum na jurisprudência brasileira – ilustra a segunda:

Relação de trabalho doméstico. Não caracterização. Ausência da figura do empregador. Hipossuficiente não pode ser empregador de hipossuficiente. Apelo improvido. (...). Na relação em tela e, ao que tudo indica corresponder a verdade dos fatos, tanto o pretense empregador como a pretensa empregada são hipossuficientes. (...) Esta *relação fática que aparentemente indicaria uma relação de trabalho doméstico*, em verdade não a tipifica ante a evidência de que ambos são hipossuficientes⁵².

Com isso, de forma alguma se pretende deslegitimar o intuito protetivo tão característico do direito do trabalho. A demanda por proteção ao trabalhador, conforme entendemos, ainda é um dado inegável e inquestionável ao direito do trabalho. *Mas a definição dos contornos protetivos clássicos do direito do trabalho, ocorrida no início do século passado, tinha por base uma relação então predominante e padronizada – a relação de emprego típica – que não se apresenta mais onipresente.* Atualmente *nem sempre* podemos identificar um padrão único de vulnerabilidades (e, conseqüentemente, uma demanda protetiva uniforme) comum a todos os empregados, da mesma forma que podemos perceber a combinação de diferentes vulnerabilidades em outras relações de trabalho não enquadradas nos contornos dos arts. 2º e 3º da CLT. *A ideia de vulnerabilidade como fundamento do direito do trabalho tem por intuito aproximar a operacionalidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam em um novo mundo do trabalho, reconciliando (ou impedindo o divórcio entre) a instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda inegavelmente calcadas*

52 TRT/AL – RO 00804.2007.007.19.00-4, 24/03/2008. Grifo nosso. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=AUS%C3%84NCIA+DA+FIGURA+DO+EMPREGADOR&c=>>.

na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas de base.

4. AS DIVERSAS VULNERABILIDADES LABORAIS

4.1. *Vulnerabilidade negocial do trabalhador*

Em que pese a presença de uma regra estipulando a *livre estipulação das partes* na fixação das condições de labor⁵³, podemos afirmar que a vulnerabilidade negocial é uma das mais evidentes desigualdades que caracterizam as relações de trabalho em geral. La Cueva já expunha que o próprio surgimento do direito do trabalho justificou-se para suprimir o que chamava de “falsa liberdade de contratação”⁵⁴. Trata-se de uma constatação corrente tanto entre doutrinadores não contratualistas típicos – o próprio La Cueva é um exemplo deles – como também entre aqueles que defendem a natureza contratual da relação de emprego⁵⁵.

A relação de trabalho, segundo posição doutrinária predominante, é juridicamente traduzida como uma relação de natureza contratual, o que nos remete ao problema do desequilíbrio marcante existente entre os seus sujeitos. O trabalhador dificilmente tem condições reais de discutir, por si só, o conteúdo de seu contrato, limitando-se a aceitá-lo nas condições previamente oferecidas pelo empregador. Barassi, ao defender a natureza contratual da relação de emprego, ressaltava não se tratar de uma “contratualidade plena”, uma vez que “o empregado ou operário que deseje ingressar [na empresa] não tenha senão que ler o regulamento já predisposto e assinar um formulário sem ter absolutamente a possibilidade de uma discussão”⁵⁶.

Conforme Marques, ao proteger o contratante frágil, os dois grandes princípios da justiça moderna – liberdade e igualdade – combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual em favor de outro (*favor debilis*), compensando a fragilidade de um com normas protetivas, controladoras da atividade do outro, e

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

54 LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 463.

55 BARROS, Alice M. de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 219.

56 BARASSI, Ludovico. Tratado de derecho del trabajo. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953, p. 306-307.

resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica⁵⁷. Segundo Dominguez, o fim jurídico primordial do direito do trabalho é assegurar a autonomia da vontade dos sujeitos que contratam sua atividade pessoal (os trabalhadores), proporcionando a uma das partes um tratamento diferencial, para o qual se introduzem no ordenamento jurídico quantas modificações sejam necessárias para garantir uma justa regulação do trabalho e a efetiva proteção dos interesses dos trabalhadores⁵⁸.

Embora seja evidente que a vulnerabilidade negocial do empregado apresentasse na grande maioria das relações de trabalho, justificando-a como presunção geral, igualmente não se pode negar que, *in concreto*, existem circunstâncias que minimizam ou ampliam este grau de vulnerabilidade. Já Cotrim Neto referia a distinção entre *contratos de livre discussão* e *contratos de adesão* no direito do trabalho:

Aqueles, serão os contratos de altos-empregos, em que intervêm, geralmente, técnicos indispensáveis ao mecanismo das empresas e que, por essa indispensabilidade, podem impor as condições de trabalho (...); estes, são a multidão dos contratos de emprego (...) “Nestes (...) predomina exclusivamente uma só vontade, obrando como vontade unilateral, que dita a lei, não a um indivíduo, mas à coletividade indeterminada, que se compromete adiantadamente, unilateralmente”⁵⁹.

Empregados altamente especializados ou cujas habilidades sejam raras no mundo do trabalho, geralmente, são menos vulneráveis do ponto de vista negocial, em comparação aos empregados com menor nível de instrução ou cujas habilidades sejam abundantes ou cujos ofícios sejam banais na organização empresarial. Há que ser frisado, **isso não torna necessariamente aquele trabalhador não-vulnerável** – pois se a vulnerabilidade negocial é minimizada, talvez não o sejam a hierárquica, a econômica, a social ou mesmo a técnica – **apenas vulnerável em menor grau**. Essas diferenciações podem ser úteis para que, em uma determinada situação concreta, seja possível justificar uma maior ou menor rigidez na aplicação de princípios clássicos como o da irrenunciabilidade, o da indisponibilidade ou o da condição mais benéfica⁶⁰,

57 MARQUES, Cláudia L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 318-319.

58 DOMINGUEZ, Jose F. Curso de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Libreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I, p.217.

59 COTRIM NETO, A. B. Contrato e relação de emprego. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 52.

60 Essa dosagem, no entanto, não deve ser tão ampla como equivocadamente se poderia

caso considerarmos estes mecanismos protetivos desdobramentos diretos da vulnerabilidade negocial.

4.2. Vulnerabilidade hierárquica do trabalhador

Um dos grandes traços distintivos da relação de emprego em comparação a outras relações de trabalho é a subordinação jurídica, o que nos remete a noção de vulnerabilidade hierárquica. Na relação de emprego, ao longo da execução contratual, os sujeitos assumem papéis hierarquicamente distintos, em razão da subordinação jurídica: ao empregador compete o exercício legítimo do poder patronal; ao empregado resta o dever de obediência. A vulnerabilidade hierárquica é potencial fonte de situações de extremo prejuízo, ao ensejar verdadeiros processos de *coisificação* do trabalhador. Conforme expõe Alonso Olea:

A especial singularidade do trabalho como objeto de uma relação jurídica consiste em que, não confundindo-se com a pessoa que o executa, é no entanto algo pessoal e íntimo, uma emanção, por assim dizer, da personalidade do trabalhador. O trabalho-objeto está indissolúvelmente ligado ao trabalhador-sujeito, de forma que, ao fazer-se daquele um objeto da relação jurídica, em certa medida se está objetivando o sujeito da própria relação⁶¹.

Reiterando esse aspecto, como bem explica Supiot, há um paradoxo intrínseco às relações de emprego, ao menos quando traduzidas sob a ótica contratual. O trabalho, enquanto expressão da própria personalidade humana e de suas necessidades, instrumentaliza-se por meio a uma relação jurídica cujo objeto é um *dar-se a si mesmo*⁶². Na ótica contratualista, o empregado exerce sua liberdade (autonomia da vontade)

.....
entender. Como reiteradamente temos defendido neste artigo, desigualdade e proteção ainda devem ser tidas como premissas inquestionáveis do direito do trabalho. A graduação referida deve ser aplicada em situações pontuais corretivas, como, por exemplo, de altos empregados (gerentes etc.) que, no exercício de sua autonomia da vontade, acordam o pagamento não antecipado da remuneração de férias, confrontando o disposto no art. 145 da CLT. Para situações como estas, a solução corrente parte das premissas de irrenunciabilidade e de presunção de coação ou vício no acordo firmado, e o conseqüente pagamento em dobro (art. 137 da CLT e Súmula 450 do TST), o que, a nosso ver, pode configurar, dependendo das circunstâncias, uma distorção pontual da essência protetiva juslaboral.

61 ALONSO OLEA, Manuel. Introdução ao direito do trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 142.

62 SUPIOT, A. Crítica do direito do trabalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 61-144.

para renunciar (ou mitigar significativamente) a sua autonomia da vontade. Em outras palavras, o sistema jurídico vale-se de uma igualdade e de uma liberdade formais para legitimar uma hierarquia (não-igualdade) e uma subordinação (não-liberdade)⁶³.

O poder patronal está destinado à adequação da energia laboral (o trabalho) às reais necessidades da atividade empresarial; no entanto, esta energia é de fato inseparável do trabalhador, por isso se pode dizer que a subordinação é também pessoal, embora não se confunda com a ideia de *sujeição*⁶⁴. Afinal, não podemos esquecer que a relação de emprego, além da subordinação, também é caracterizada pela pessoalidade. Essa característica dos contratos de trabalho traz uma proximidade muito grande entre o *objeto* do contrato (trabalho) e um dos seus *sujeitos* (empregado), e aqui emergem as possíveis situações referidas como de *coisificação*, cujo combate configura uma das funções principais do direito do trabalho. A submissão pessoal do empregado às ordens patronais para que *algo seja feito por ele* pode tornar muito tênue o limite entre o comando legítimo e a afronta aos direitos de personalidade do trabalhador. Aliás, a jurisprudência brasileira é farta na tentativa de corrigir estas distorções⁶⁵.

É inegável que a vulnerabilidade hierárquica está necessariamente presente em todas as relações de emprego. No entanto, conforme as circunstâncias concretas, pode haver variações no grau subordinativo. Em outras palavras, *in concreto*, o empregado pode ter maior ou menor autonomia na execução de seus serviços. Sobre isso, aliás, já alertava Catharino:

Como é sabido, quer se trate de subordinação jurídica (...) o grau é sumamente variável. De um máximo até a um mínimo. De um simples servente, *hiperempregado*, a um gerente ou superintendente, *hipoempregado*, e, por conseqüência, quase empregador, a distância é grande.
(...)

63 SUPIOT, A. Crítica do direito do trabalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 147-164.

64 DELGADO, Maurício Godinho. O poder empregatício. São Paulo: LTr, 1996, p. 104.

65 Por exemplo: Dano moral. Operador de telemarketing. Utilização de banheiro. Comprovado por meio da prova testemunhal que a utilização do banheiro era limitada a 5 minutos por jornada e, ainda assim, mediante expressa autorização do superior hierárquico, que nem sempre a concedia, fica caracterizada a conduta reprovável do empregador, extrapolando todos os limites do seu poder diretivo, em detrimento do respeito e da dignidade do seu empregado. Indenização por dano moral que se mantém (RO TRT/SP – Proc. 02046000420075020051 – Ac. 20120811426, 25/07/2012). Disponível em: < http://www.aasp.org.br/aasp/boletins/boletins_email/2808/cad3_jurisprudencia.asp >.

A proteção legal deve ser diversificada, segundo o princípio: *mais e melhor proteção na razão direta do grau de subordinação*. Sem isso, o Direito do Trabalho contradiz-se consigo próprio, pois converte-se em instrumento agravante de desigualdade, adotando um conceito abstrato de empregado, “individualista”, artificial, involutivo e anti-social⁶⁶.

Historicamente o trabalho subordinado foi eleito como beneficiário por excelência do regime protetivo próprio do direito laboral. Como bem ilustrou Vilhena, “Imagine-se uma pirâmide de cabeça para baixo e ver-se-á, em seu plano superior, todo o Direito do Trabalho e em sua ponta inferior a subordinação”⁶⁷. Afinal, quem labora nestas circunstâncias, em geral, reúne o maior número das vulnerabilidades que podem ser verificadas no mundo do trabalho. Nesse contexto, o caráter tuitivo do direito do trabalho visa delimitar o legítimo exercício do comando patronal, preservando os direitos de personalidade e a dignidade inerente ao sujeito que presta os serviços. Assim, na relação de emprego (trabalho pessoal e subordinado), o conjunto protetivo, em princípio, justifica-se de forma plena, e eventuais gradações somente poderiam ser realizadas *in concreto*, conforme as circunstâncias fáticas apresentem-se. Em outras palavras, conforme a máxima de Catharino, a intensidade protetiva vinculada à vulnerabilidade hierárquica deve observar uma relação direta ao grau subordinativo. Seguindo esta premissa, nos trabalhos ditos *parassubordinados* a potencial ameaça aos direitos de personalidade do trabalhador, decorrente do poder patronal, *a priori*, é menor e, conseqüentemente, a incidência de mecanismos delimitadores do legítimo exercício deste poder pode ser diferenciada. Da mesma forma, no trabalho autônomo típico, embora possa haver outras espécies de vulnerabilidades, a hierárquica, presumidamente, não se apresenta; logo, os mecanismos de proteção voltados a corrigir este tipo de vulnerabilidade, em princípio, não se justificam.

4.3. Vulnerabilidade econômica do trabalhador

A vulnerabilidade econômica do trabalhador frente ao seu empregador esteve à frente do processo que impulsionou o próprio surgimento do direito do trabalho:

66 CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 209/211.

67 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 511.

Numa altura em que a ‘questão social’ passava, no seu aspecto mais doloroso e grave, por uma acentuada e dramática dependência económica dos produtores directos, trazendo para a ribalta o crucial problema dos meios de subsistência, é de crer que o direito do trabalho, o mais social de todos os direitos, pretendesse abranger todos os que necessitam de protecção legal e, nesta óptica, assentasse seus alicerces na ideia básica de dependência económica⁶⁸.

Já vimos anteriormente, inclusive, que ente nós, Cesarino Júnior, consagrava a “teoria da hipossuficiência” – cuja raiz traz à baila uma desigualdade econômica entre os sujeitos da relação de emprego. Não obstante isso, com o passar do tempo, a teoria geral da relação de emprego acabou por consagrar o critério subordinativo para delimitar o objeto do direito do trabalho e praticamente sepultar o critério da dependência econômica.

Essa opção teórica, no entanto, não anula *per si* a pertinência e a validade do critério econômico. Não é necessário um maior esforço investigativo para que seja constatada a vulnerabilidade econômica do trabalhador como traço inerente às relações de trabalho. Não se trata aqui de verificar se o empregado tem mais ou menos bens econômicos, ou se é mais ou menos dotado patrimonialmente. Em sentido lato, vulnerabilidade econômica sempre existe *na medida em que o trabalhador retira do dispêndio de seu labor a remuneração necessária para a sua subsistência*. Há, geralmente, em qualquer relação de trabalho, a exceção dos trabalhos voluntários (benéficos, p. ex.), o que se pode chamar de dependência econômica do trabalhador em relação ao seu tomador. Essa dependência econômica nos trabalhos por conta alheia nos parece um dado inquestionável em sua dimensão absoluta ou *per si* e, sob a ótica relacional, é tanto maior quanto menos forem os tomadores do serviço, entre outras circunstâncias que podem atenuar ou ampliar essa espécie de vulnerabilidade.

Cuche, nos primórdios evolutivos do direito do trabalho, identificou a dependência econômica quando “de um lado, aquele que fornece o trabalho dele tira seu único, ou, pelo menos, seu principal meio de existência, e, de outro, aquele que paga o trabalho utiliza regularmente e inteiramente a atividade daquele que o fornece”⁶⁹. Alonso Olea complementa a ideia, ao afirmar “mesmo que se suponha que o contrato se celebre livremente e que haja liberdade quanto à fixação da remuneração,

68 REIS, João Carlos Simões dos. O conflito colectivo de trabalho. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 271.

69 Apud LACERDA, Dorval de. A renúncia no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 25.

a relação de trabalho para terceiros implica numa situação jurídica de dependência do trabalhador relativamente ao empresário⁷⁰.

Aqui cabe uma distinção entre os binômios *trabalho por conta alheia/trabalho por conta própria* (que diz respeito à *quem pertencem*, desde a origem da atividade laboral, os frutos oriundos do trabalho) e *trabalho subordinado/trabalho autônomo* (que diz respeito ao *grau de ingerência* de um terceiro na obtenção do fim laboral). O empregado típico labora por conta alheia e de forma subordinada, enquanto o prestador clássico de serviços labora por conta alheia, mas de forma autônoma. A partir dessa distinção é possível verificar que a dependência econômica (alteridade) não se apresenta apenas nos trabalhos subordinados. Em outros termos, as vulnerabilidades econômica e hierárquica não são obrigatoriamente correlatas, embora, em geral, estejam presentes (em maior ou menor grau) em todas as relações empregatícias típicas⁷¹.

Por melhor que seja a condição econômica do trabalhador, o fato é que, se ele trabalha com alteridade (por conta alheia), cria um valor que será, desde já, economicamente explorado por outra pessoa, mesmo que obtido sem ou com mínima subordinação. Isso sempre vai revelar uma situação de dependência econômica: o trabalhador, desde o momento em que a relação jurídica de trabalho se constitui, tem os frutos do seu trabalho explorados economicamente por outrem, de quem obviamente passa a depender. Portanto a vulnerabilidade econômica, pode-se dizer, é tanto maior nos serviços prestados em caráter de exclusividade a um tomador.

Parte da doutrina clássica do direito do trabalho já apontava a importância da dependência econômica como elemento, autônomo⁷² ou complementar⁷³ para delimitar a incidência das normas juslaborais. No entanto, com o passar dos anos, a doutrina em geral relegou a um segundo plano a noção de dependência (ou vulnerabilidade) econômica, elegendo a subordinação (dependência ou vulnerabilidade hierárquica) como epicentro justificador do sistema protetivo característico do direito do trabalho.

70 ALONSO OLEA, Manuel. Introdução ao direito do trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 31-32.

71 Nesse sentido, Krotoschin já qualifica o trabalhador objeto do direito do trabalho a partir da confluência, entre outros elementos, da “dependência jurídico-pessoal” e do “trabalho por conta alheia”. KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 20-37.

72 LACERDA, Dorval de. A renúncia no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 03-87.

73 KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 34-37.

Conforme bem sintetiza Oliveira, as noções de dependência econômica e hierárquica (subordinação) não eram inicialmente tidas como antitéticas, mas com o passar dos anos a doutrina foi enclausurando a noção de dependência ao aspecto subordinativo e, assim, a “importância inicial da dependência econômica logo adiante foi descartada, em nome de uma concepção mais segura, pura e objetiva”⁷⁴.

No entanto, atualmente, já se percebe um movimento de resgate da noção de dependência econômica por parte da literatura contemporânea⁷⁵, por razões já abordadas em outro estudo⁷⁶, o que se reflete, por exemplo, no uso, em algumas legislações estrangeiras, da chamada “técnica da equiparação”⁷⁷. Os diplomas legais atuais, pelo que podemos perceber, têm assimilado a opção doutrinária contemporânea pela definição restrita da dependência econômica (em contraposição ao sentido lato acima referido), qualificando-a a partir de determinadas circunstâncias existentes quando do envolvimento do trabalhador formalmente autônomo em uma dada organização produtiva⁷⁸. Em Portugal, por exemplo, o Código do Trabalho (2009) determina que “As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade” (art. 10). Na Espanha, a Lei 20/2007, adotando uma definição mais precisa ou restrita em comparação à portuguesa, prevê a figura do “trabalhador autônomo economicamente dependente”, entendido como aquele que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal e direta para outrem, do qual depende economicamente por receber, pelo menos, 75%

74 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista (Tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2011, p. 25/27-28.

75 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista (Tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2011, p. 167-168.

76 Vide DORNELES, Leandro do Amaral D. de, Teoria geral da relação de emprego e sociedade pós-industrial: algumas reflexões. In OLIVEIRA, Cíntia M. de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de (orgs.). Temas de direito e processo do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, v. 1, p. 25-58.

77 REIS, João Carlos Simões dos. O conflito colectivo de trabalho. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 262-270.

78 Assim, por exemplo, Ramalho reporta-se à integração do trabalhador “num processo produtivo alheio que o envolva de modo exclusivo”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do trabalho – situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2006, parte II, p. 70-71.

de seu rendimento (art. 11). Ao trabalhador autônomo economicamente dependente espanhol são assegurados direitos básicos, como férias, descansos semanais e horas extraordinárias (art. 14), entre outros.

4.4. Vulnerabilidade técnica do trabalhador

Outra espécie de vulnerabilidade que, em geral, apresenta-se nas relações de emprego é a que podemos identificar como técnica. Tradicionalmente, a doutrina juslaboral desprestigia a desigualdade técnica havida entre empregado e empregador, não apenas por entendê-la insuficiente para ser utilizada como critério caracterizador da relação de emprego – com o que concordamos – mas também por entendê-la ausente em grande parte das relações empregatícias contemporâneas – com o que discordamos. Conforme Plá Rodriguez:

Chama-se subordinação técnica porque supõe a direção efetiva das tarefas por parte do empregador que não somente sabe desempenhá-las, mas indica como devem cumprir-se (...)

Esta concepção parte do pressuposto de que o empregador está capacitado tecnicamente para executar as tarefas que confiou ao empregado e que vigia efetivamente o trabalho realizado.

À medida que as modalidades de prestação de serviço se foram diversificando, porém, e o avanço tecnológico foi exigindo a aquisição de níveis de preparação cada vez mais elevados, verificou-se que não era necessário que a tarefa se executasse no local da empresa nem era possível que o empregador tivesse sempre competência técnica superior à do trabalhador⁷⁹.

Embora devamos admitir que em determinados postos de trabalho o grau de conhecimento técnico-profissional do trabalhador supera em muito o do empregador – especialmente nos postos de trabalho que exigem maior nível de qualificação – também não podemos cair no erro de pressupor que esta realidade se faz presente na maior parte das relações existentes. O mundo do trabalho ainda se caracteriza pela coexistência dos postos de trabalho qualificados com os não qualificados, e inegavelmente nestes últimos casos o grau de vulnerabilidade do empregado se amplia. Portanto, conforme entendemos, a crítica usualmente trazida pela doutrina juslaboral

79 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1984, p. p. 30.

em relação à dependência técnica é, apenas, parcialmente válida: é aplicável em serviços muito especializados ou que demandam um maior grau de qualificação do trabalhador, mas não a todas as relações de trabalho. Agregue-se a este argumento o fato de o legislador pátrio ter se valido (também) do grau de vulnerabilidade técnica para demarcar e diferenciar os empregados típicos dos empregados hipovulneráveis⁸⁰, no parágrafo único do art. 444 da CLT.

Além disso, conforme entendemos, a vulnerabilidade técnica não abrange apenas o maior ou menor conhecimento técnico-profissional do trabalhador em relação às tarefas a serem desempenhadas ao longo da execução contratual (*vulnerabilidade técnica como menor instrução profissional do trabalhador*). O fenômeno “vulnerabilidade técnica” pode ser percebido sob outras perspectivas, tais como:

A) *vulnerabilidade técnica como limitação à execução do labor* – aqui as vulnerabilidades técnica e hierárquica se aproximam e até mesmo, eventualmente, se confundem. Técnica é um substantivo que nos remete ao conjunto de métodos e/ou procedimentos necessários ao desenvolvimento de uma arte, ofício ou profissão. Do ponto de vista da gestão empresarial, o ofício do empregador é gerir o seu empreendimento, por isso a ele compete a prerrogativa de organizá-lo, podendo fazê-lo de forma a conceder maior ou menor autonomia aos seus empregados. Conforme explica Alonso Olea:

No caso (...) de bens ou resultados complexos, provenientes de um trabalho conjunto, o poder de coordenar a produção de cada trabalhador com os demais é, também, poder reservado ao empresário. Fica, destarde, bem claro que a dependência é inconcebível sem a prestação de trabalho para terceiros (...) e que, em consequência, o ponto básico a ser destacado na realidade social, quer em sua estruturação jurídica, quer sob o ponto de vista doutrinário, reside (...) no desvio da atividade para terceiros⁸¹.

80 A doutrina, em geral, vem chamando esta nova modalidade de empregado de “hipersuficiente”. São empregados que, em razão de uma suposta vulnerabilidade atenuada, demandariam um nível protetivo menor, comparativamente ao empregado médio. O termo “empregado hipersuficiente” é, no entanto, uma expressão tecnicamente contraditória – da mesma forma que “empregado hipossuficiente” seria uma redundância. Para a teoria do direito do trabalho – e este é um de seus pressupostos mais caros – todo empregado é necessariamente hipossuficiente, em maior ou menor grau; do contrário, não demandaria a proteção tipicamente juslaboral. Em direito do trabalho, o sujeito autossuficiente (ou suficiente), ou o sujeito “mais do que suficiente” (hipersuficiente), é sempre o empregador, que por essa razão é onerado pela proteção trabalhista e não beneficiado por ela.

81 ALONSO OLEA, Manuel. Introdução ao direito do trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora,

O empregado executa aquilo que for determinado por seu empregador ou superior hierárquico, não apenas por ele ser o detentor do poder de comando, mas também porque lhe compete coordenar os trabalhos individuais, visando um resultado conjunto. “A organização da empresa exige uma ação de comando continuativa e centralizada na pessoa do empregador, à qual se subordinam, em maior ou menor grau, todos os dependentes”⁸². Conforme expunha Perez Botija, a “dependência (...) é uma submissão funcional, em virtude da qual se unificam ou coordenam atividades diversas”⁸³. Mesmo em relação aos empregados com mais autonomia (menor vulnerabilidade hierárquica) – o que é determinado pelo empregador a partir da técnica de gestão empresarial utilizada – ao trabalhador cumpre fazer aquilo que for necessário ou útil ao empreendimento econômico, e não o que bem entender. Para tanto, em geral, dispõe o empregador de uma estrutura especificamente estabelecida para lhe disponibilizar os meios tecnicamente necessários para a melhor execução da atividade empreendedora. Essa situação, por si só, traz à relação de emprego uma desigualdade que podemos caracterizar como técnica. Em outras palavras, por maior que seja a autonomia do trabalhador, ele só a tem em razão de um modelo (técnica) de gestão empresarial escolhido pelo empregador, e não por uma escolha pessoal. Há, portanto, em regra, vulnerabilidade técnica das relações de trabalho, sob este ponto de vista.

B) vulnerabilidade técnica como alienação do trabalhador - um fator importante para se entender o trabalho objeto do direito do trabalho foi a separação entre o planejamento e a execução de um objeto, consolidada pelo paradigma de organização produtiva fordista/taylorista, já a partir do início do século XX. Taylor propôs uma mudança substantiva na organização do trabalho baseada na separação entre aqueles que executam e aqueles que planejam o trabalho. Pelos seus propósitos, cada tarefa deveria ser meticulosamente estudada antes de ser adjudicada ao trabalhador. O departamento de planificação, assim, passaria a concentrar todos os poderes e todos os conhecimentos tradicionais que possuíam os trabalhadores. Estes conhecimentos, após a sedimentação das ideias de Taylor, passariam a ser tabulados e quantificados até serem reduzidos a regras e procedimentos fixos. Houve, portanto, uma *fragmentação* e

.....
1969, p. 33.

82 ROMITA, Arion Sayão, Conceito objetivo de subordinação. Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, out./dez. 1978, p. 85.

83 PEREZ BOTIJA, Eugenio. Curso de derecho del trabajo. Madrid: Editorial Tecnos, 1948, p. 29.

uma *especialização* das tarefas na produção. Em outras palavras, com a consolidação do modo de produção fordista, houve também a separação entre o agente produtor, a técnica de produção e o *objeto produzido*. Dessas mudanças, pode-se apreender o processo de *alienação* ou *estranhamento* da força de trabalho pelo trabalhador a partir da *mercadorização* do trabalho:

A alienação objetiva do homem do produto e do processo de seu trabalho é uma consequência da organização legal do capitalismo moderno e desta divisão social do trabalho. Em primeiro lugar, é uma auto-alienação: o trabalhador vende seu tempo, sua energia, sua capacidade a outrem. (...) A empresa impessoal aliena o pessoal no indivíduo. Se em cada pedaço da produção um trabalhador faz o seu trabalho, o processo total sendo indivisível, o produto e o mesmo trabalho são alienados do produtor⁸⁴.

Com o processo de divisão e de especialização de tarefas na produção capitalista, o fim da execução laboral passa a ser não o produto final, mas uma tarefa específica – que, somada a outras, comporá o produto final. Esta característica, aliada à necessidade de expansão de um mercado consumidor com vistas a atender as necessidades de concentração e de centralização⁸⁵ próprias do sistema capitalista, tornam o trabalho *não eventual*, pois o fim último do trabalho deixa de ser o produto em si mesmo, e passa a ser a execução de uma tarefa específica inserida naturalmente no contexto de uma produção contínua de larga escala (produção em massa). Ou seja, o trabalhador é contratado visando à prestação do trabalho em si mesma (o mero desprendimento da energia humana como objeto do contrato), não o seu produto final (mercadoria).

Segundo os ensinamentos de Alonso Olea:

(...) é claro que o interesse do empresário não está no trabalho em si, como atividade, mas nos seus frutos ou resultados.
Resta explicar, então, porque, estando a causa do contrato nos frutos (nitidamente objetos), e sendo o contrato de trabalho um título jurídico com base no qual se

84 ALBORNOZ, S. O que é Trabalho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 35-36.

85 “A concentração é um processo que consiste no aumento do capital das unidades empresariais, pela capitalização da mais-valia ali produzida. Ao passo que a centralização é o processo através do qual se realiza a reunião de capitais individuais diversos em um só. São duas tendências fundamentais na acumulação capitalista.” IANNI, Octávio. Estado e Capitalismo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 18.

opera a transferência de titularidade dos frutos resultantes do trabalho, não são os próprios frutos e sim o trabalho de que resulta, o objeto do contrato. (...) a causa da transposição frutos-trabalho como objeto do contrato, se encontra na divisão do trabalho. Quando o resultado que se considera como causa do contrato é, por sua vez, tecnologicamente simples e de processo de produção muito rápida, o fruto pode ser o objeto do contrato (e o é sob o ponto em que se confundem (...) a execução da obra e o arrendamento de serviços). Tratando-se, porém, de um resultado tecnologicamente complexo, no sentido de que exige a atividade coordenada de vários trabalhadores (...), a atividade produtiva global necessária à obtenção divide-se entre os vários trabalhadores e prolonga-se no tempo, de forma tal (...) que a contribuição de cada trabalhador no processo produtivo e a unidade de tempo por cada um deles despendida não é mais que uma operação parcial, destituída de valor em si mesma e enquanto fruto, e valiosa tão-somente quando somada a outras muitas operações parciais realizadas, ao longo do tempo, por um e por outros trabalhadores. A divisão do trabalho determina a perda de valor do fruto (...) isolado do trabalho de cada trabalhador. É neste momento que se realiza a transposição, do resultado do trabalho, ao trabalho mesmo como objeto do contrato, pedindo-se através deste ao trabalhador uma operação parcial, uma atividade produtiva, uma “participação no processo produtivo”, enfim⁸⁶.

Nesta perspectiva, quanto mais complexidade houver na organização do trabalho, maior será a vulnerabilidade técnica do trabalhador e, conseqüentemente, *menor a sua consciência em relação ao produto final de seu esforço*. E não há que se objetar o fim deste processo de alienação ou estranhamento com o advento dos modos de produção pós-fordistas ou flexíveis. Afinal, a consolidação do modo de produção toyotista não se faz necessariamente em um sentido emancipatório da classe laboral. A concepção efetiva dos produtos não pertence aos trabalhadores. Da mesma forma, em última análise, as decisões sobre *o que* e *como* produzir permanecem com o empregador. Em suma, tem-se que o resultado do processo de trabalho corporificado no produto permanece estranho ao produtor. É com base em todas estas características que Lojkine afirma que o modo de produção flexível e a tecnologia que o acompanha estão longe de se tornarem uma força social rompedora da “tripla alienação” do trabalhador (submissão a um instrumento estranho, a um produto separado e a uma classe social adversa)⁸⁷. Na mesma direção, Antunes afirma que o comando da cadeia produtiva ainda permanece atrelado ao capital e que o resultado do trabalho permanece “estranho” e

86 ALONSO OLEA, Manuel. Introdução ao direito do trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 143-144.

87 LOJKINE, Jean. A Revolução Informacional. São Paulo: Cortez, 1995, p. 42.

“alheio” ao trabalhador⁸⁸. Também Touraine concorda que a sociedade pós-industrial ainda é caracterizada pela alienação do trabalhador, embora não necessariamente nos mesmos moldes do que ocorria na sociedade industrial⁸⁹.

Ao que tudo indica, os atuais modelos digitalizados de relações laborais aprofundam a vulnerabilidade técnica (assim como a informacional, vista adiante), além de remodelar a clássica vulnerabilidade hierárquica⁹⁰. Acentuadamente desde o início do século XXI estamos observando uma intensa reconfiguração no modelo de organização corporativa que altera radicalmente o cenário das relações de trabalho, desenvolvendo-se a partir de inovações tecnológicas disruptivas fomentadas pela “quarta revolução industrial”. Neste contexto, é certo que as alterações tecnológicas geradas estão transformando os modelos de liderança, organização e administração da empresa, com o objetivo de minimizar seus custos e ampliar os lucros. As plataformas digitais permitem essa reorganização das atividades e *a fragmentação destas em tarefas menores e menos complexas*, facilitando a prestação remota de serviços e permitindo o deslocamento dos custos de produção e o aumento da concorrência, além de reduzirem as barreiras geográficas e entre o ambiente de trabalho e o ambiente doméstico, acentuando a vulnerabilidade técnica do trabalhador em suas três acepções acima descritas. O *crowdsourcing* permite que plataformas digitais tenham cadastrado um grande número de trabalhadores à espera de uma demanda. Neste modelo de organização corporativa, o trabalhador encontra-se inserido de forma indefinida no processo de produção. Observa-se, enfim, que as plataformas de intermediação podem reduzir o custo de períodos improdutivos ao mesmo tempo em que mantêm total controle sobre a organização e o processo de produção⁹¹.

88 ANTUNES, R.. Adeus ao Trabalho? 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 34.

89 TOURAINE, Alain. A sociedade post-industrial. Lisboa: Moraes editores, 1970, p. 13.

90 Hoje em dia também já se faz alusão à “subordinação algorítmica”, “aquela em que o controle, o comando, a supervisão do trabalho e até mesmo a escolha do trabalhador são exercidos de forma automatizada, utilizando-se de técnicas como ‘machine learning’ e ‘deep learning’ e por meio de uma sequência lógica e definida de instruções ordinatórias”.Vide FINCATO, Denise; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica nas relações de emprego: o chefe robô. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/subordina%25C3%25A7%25C3%25A3o-algor%25C3%25ADtmica-nas-rela%25C3%25A7%25C3%25B5es-de-emprego-o-chefe-fincato>. Acesso em 20 ago 2020.

91 DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JANZ, Roberta Philippsen. Vulnerabilidade, proteção juslaboral e o trabalho no sistema crowdsourcing. MEIRELES, Edilton (org.). Direito e processo do trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador: Paginae, 2021, p. 859-887.

4.5. Vulnerabilidade social do trabalhador

As repercussões da vulnerabilidade técnica como alienação do trabalhador em relação ao processo produtivo remetem-nos à noção de vulnerabilidade social. A vulnerabilidade não decorre necessariamente de um traço característico do indivíduo – embora esta circunstância possa ser averiguada para se abordar, *in concreto*, o grau de vulnerabilidade – mas sim de um *status* que o mesmo assume a partir de uma relação jurídica. Essa noção possibilita com mais clareza a identificação da vulnerabilidade social dos trabalhadores. Moraes Filho já apontava ao direito do trabalho uma *finalidade político-social* – “elevação e dignificação das classes trabalhadoras, permitindo-lhes melhores condições de vida, de conforto, de bem-estar, fazendo-as partícipes da civilização contemporânea e não meros escravos marginais, construtores de um bem alheio que lhes é estranho e de cujas benesses não são chamados a partilhar”⁹² – que acaba por expor a precária condição social geral dos trabalhadores.

A vulnerabilidade social se estabelece a partir do papel que os trabalhadores, invariavelmente, desempenham no espaço produtivo, *enquanto classe social*. O trabalhador, por não possuir a propriedade dos meios de produção, vale-se da disponibilidade de sua energia laboral para conquistar a sua subsistência:

O direito do trabalho nasceu da necessidade de defender o homem frente ao Capital, ou melhor, nasceu da necessidade de defender a classe trabalhadora frente à classe patronal. A razão desta defesa radica *na distinta posição das classes sociais*, pois uma delas, a classe trabalhadora, se vê forçada a por sua força de trabalho à disposição de outra⁹³.

E os eufemismos contemporâneos que procuram dar ao trabalhador um *status* (meramente retórico) diferenciado – “colaborador”, “parceiro”, “trabalhador-empresendedor” e afins – não alteram, a nosso ver, esta realidade social/política/econômica. Nesta definição de papéis entre o capital e o trabalho, em geral a dinâmica social empresta maior prestígio ao primeiro grupo. Por isso, exemplificando, um mesmo indivíduo é presumidamente o polo vulnerável em sua relação de trabalho com

92 MORAIS FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, p. 239.

93 LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 482. Grifo nosso.

a empresa, para a qual atua profissionalmente e retira a sua subsistência, ao mesmo tempo em que é presumidamente o polo *não-vulnerável* na relação privada em que figura como empregador doméstico. Neste caso, embora seja o mesmo indivíduo, os papéis sociais desempenhados nas duas relações jurídicas alteram, em cada uma, o *status* de vulnerável na primeira relação, para *não-vulnerável* na segunda.

4.6. Vulnerabilidade informacional do trabalhador

Marques, como referido, ao abordar as vulnerabilidades nas relações de consumo, chama ainda a atenção para a vulnerabilidade informacional, ideia também aplicável ao direito do trabalho. Conforme expõe, “se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”⁹⁴. O modelo de sociedade em que vivemos é abundante em informações, mas o acesso às mesmas não é uniforme. O maior poderio econômico, técnico e social que se apresenta aos empregadores lhes possibilita, em geral, maior acesso à informação, ao conhecimento, ao exercício da sua cidadania consciente de seus direitos. Trata-se, portanto, de uma vulnerabilidade que, embora presumível, deve ser apurada a partir das circunstâncias concretas que se apresentam ao empregado e ao empregador.

Apostólides, ao analisar o dever pré-contratual de informar no direito do trabalho português, destaca o caráter “mais alargado e agravado” deste dever quando imputado ao empregador. Segundo a autora, isso se justifica também pelo desequilíbrio informacional entre as partes da relação de emprego, à medida que “um dos sujeitos da relação contratual se encontra numa situação de desigualdade nas capacidades de obtenção da informação relevante”. Ainda, aduz que a assimetria de informações, somada à vulnerabilidade negocial, é particularmente agravada em um contrato de trabalho, “porque, para além da possível preterição dos interesses do trabalhador, verifica-se também, por força da implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral, uma especial vulnerabilidade do trabalhador e dos seus direitos fundamentais, representando a contratação um aspecto por vezes vital não só na vida

94 MARQUES, Cláudia L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

profissional do trabalhador, mas também na sua vida pessoal, familiar e social”⁹⁵. Nesse sentido, o dever de informar – que não está expressamente consagrado na legislação trabalhista brasileira, mas pode ser facilmente extraído a partir da incidência do princípio da boa-fé nas relações de trabalho – também atuaria, casuisticamente, como um dos mecanismos corretivos do desequilíbrio contratual⁹⁶.

5. REFLEXÕES FINAIS

O objetivo destas reflexões não é a crítica ao critério clássico da subordinação como elemento definidor da relação de emprego. A discussão que procuramos propor diz respeito à vinculação exclusiva da incidência tuitiva à caracterização da relação de emprego, a partir, especialmente, da visualização da subordinação típica. Afinal, como bem expunha Lacerda, “o acastelamento no conceito de subordinação como único elemento diferenciador do contrato de trabalho, gera terríveis confusões e piores injustiças”⁹⁷. Trata-se de uma reflexão mais ampla sobre um dos postulados fundamentais na teoria geral do direito do trabalho, qual seja, a *desigualdade*, esta sim, devendo constituir-se na premissa justificadora do arcabouço protetivo juslaboral, quanto mais em um mundo do trabalho “4.0”. De fato, a subordinação pode ser identificada como um relevante indicativo de desigualdade, mas com ela não se confunde.

Conforme explica Ramalho, o princípio protetivo tem um papel essencial no desenvolvimento do direito do trabalho em dois planos. No dogmático, o intuito protetivo destaca-se como princípio fundamental (“fundamentante”), viabilizando a autonomia juslaboral em relação ao direito civil. No plano sistemático, o princípio protetivo orienta a produção normativa em busca de propósito *vertical* (ampliação de direitos) e *horizontal* (progressiva extensão da tutela laboral a um universo cada vez maior de trabalhadores). Conforme explica a autora:

95 APÓSTOLIDES, Sara Costa. Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho. Coimbra: Almedina, 2008, p. 289-290/292-293.

96 MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira, CARBONE, Paolo (coord.). Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 393.

97 LACERDA, Dorval de. A renúncia no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 14. Lembre-se que o citado autor era um dos integrantes da comissão de alto nível responsável pela formatação da nossa CLT.

Inicialmente dirigidas às categorias de trabalhadores mais vulneráveis (...), as normas laborais foram estendendo progressivamente a sua incidência (...).

No limite, este desenvolvimento horizontal do princípio da proteção do trabalhador vai justificar a expansão da tutela laboral mesmo para fora das fronteiras do trabalho subordinado de dois modos: favorecendo a qualificação laboral das situações de fronteira entre o trabalho dependente e o trabalho autônomo; e criando um regime especial ou mesmo estendendo a tutela laboral às situações de trabalho juridicamente autônomo, mas em que o trabalhador seja economicamente dependente do credor⁹⁸.

A ideia de um propósito horizontal decorrente do princípio protetivo – outrora denominado “caráter expansionista do direito do trabalho”⁹⁹ ou sua “força expansiva”¹⁰⁰ – é extremamente relevante em um contexto de diversificação das relações de trabalho, como o que experimentamos atualmente. Em outras palavras, se a relação de emprego ainda é fenômeno central do direito do trabalho, não pode mais ser tida como exclusiva. Cada vez mais se apresentam relações de trabalho que, se não demandam a proteção integral tradicionalmente operacionalizada pelo direito do trabalho nas relações de emprego, igualmente carecem, legitimamente, de algum tipo de incidência protetiva, pois também são caracterizadas por vulnerabilidade, em maior ou menor grau.

Segundo Deveali, uma vez superada a discussão sobre a necessidade de uma intervenção protetiva do Estado nas relações de trabalho, o que nos parece um dado irrefutável, a ciência juslaboral deve se ater à fixação dos princípios que devem nortear esta intervenção. Para tanto, propõe o autor, de forma “exemplificativa, parcial e provisória”, alguns princípios, dos quais destacamos: (a) *da generalidade e igualdade* no tratamento jurídico entre os iguais, o que torna necessária a distinção entre um tratamento igualitário das situações ou relações sociais que sejam idênticas ou análogas, e um tratamento desigual das situações ou relações sociais diferenciadas; (b) *da progressão racional* da instrumentalidade protetiva, levando-se em conta que as demandas dos trabalhadores, infinitas, devem ser integralmente atendidas, embora

98 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do trabalho – dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005, p. 48-50.

99 GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 62-64.

100 DEVEALI, Mario L. Lineamentos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p.27-31.

na medida de sua urgência, pois os recursos do legislador social são limitados¹⁰¹.

Claro está que as conclusões obtidas por Deveali a partir da aplicação dessas ideias devem ser contextualizadas ou mesmo, em parte, refutadas¹⁰²; mas, enquanto método ou proposta metodológica para a instrumentalidade protetiva, entendemos aplicáveis, mesmo que parcialmente, ao contexto atual. A premissa da hipossuficiência cumpriu seu papel histórico de legitimar o direito do trabalho e seu intuito de proteção, mas deve ser ampliada para contemplar outras demandas contemporâneas igualmente legítimas (vulnerabilidades), em observância ao princípio da progressão racional. Dentre os vulneráveis, necessários beneficiários da proteção juslaboral, há que se diferenciar os *trabalhadores hipervulneráveis* (aqueles que reúnem as vulnerabilidades negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional, sendo que uma ou algumas delas em caráter agravado), *tipicamente vulneráveis* (aqueles que reúnem todas as vulnerabilidades recém apontadas, sem o caráter agravado) e *parcialmente vulneráveis ou hipovulneráveis* (aqueles que não reúnem todas as vulnerabilidades recém arroladas; bem como, aqueles que reúnem todas, mas alguma ou algumas em grau atenuado). Também dentre os tomadores de serviços, que necessariamente devem suportar a proteção juslaboral em favor dos trabalhadores, é possível constatar uma maior ou menor *não-vulnerabilidade*, e tais gradações (da vulnerabilidade e da *não-vulnerabilidade*) remete-nos ao referido princípio da generalidade e igualdade.

A relação de emprego deve ainda ser considerada o epicentro de incidência normativa do direito do trabalho, pois o empregado, em geral, reúne a totalidade das vulnerabilidades apontadas ao longo deste texto. O empregado de “chão de fábrica” é inegavelmente vulnerável do ponto de vista negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informacional. Mas a manutenção desta constatação como uma premissa excludente e universal pode deturpar o intuito protetivo e comprometer a legitimidade social deste ramo jurídico em um mundo do trabalho de complexidade (e demandas) crescente. A plena conjunção das vulnerabilidades em torno do trabalho subordinado

101 DEVEALI, Mario L. Lineamentos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 95-122.

102 O atual estágio ético-jurídico civilizatório não nos permite, em absoluto, recepcionar acriticamente, por exemplo, a observação de Deveali relativa à igualdade salarial entre homens e mulheres, suposta “igualdade dissimulada” por valores humanitários, tendo em vista que os primeiros teriam maior resistência no trabalho, seriam menos suscetíveis às doenças e ausências decorrentes dos partos. Mas isso não invalida, a nosso ver, a proposta metodológica do autor, que obteve suas conclusões em conformidade com os ditames culturais vigentes à época de seus escritos. DEVEALI, Mario L. Lineamentos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 107.

não deveria impedir a incidência protetiva em outras relações caracterizadas por distintos tipos de vulnerabilidades. La Cueva, analisando a questão, já destacava que o objeto principal da proteção juslaboral é o trabalho subordinado, mas “esta conclusão não significa que o trabalho, em outras formas, não deva ser objeto de proteção; somente que a lei está obrigada a distinguir as situações e a outorgar a proteção que cada um exija”¹⁰³.

Essa afirmação deste clássico juslaboral, contudo, não nos torna refém de um legislador de intenção e capacidade nebulosas. Às instituições juslaborais – acadêmicos, magistrados, advogados, procuradores, sindicalistas – compete rebelarem-se contra uma inércia ou até mesmo involução normativa que cada vez mais compromete a própria legitimidade do direito laboral. O próprio La Cueva nos lembra de um importantíssimo instrumental hermenêutico que, infelizmente, não obteve, entre nós, o mesmo *status* de outros postulados como a máxima do “contrato-realidade”. Segundo preconiza o autor, em se tratando de situações jurídicas estabelecidas em razão da prestação de labor (*lato sensu*), **o direito do trabalho, desde o seu surgimento, deve ser considerado o direito comum**. Em outras palavras, *a regra* é aplicar o direito do trabalho nas controvérsias envolvendo relações de trabalho e, portanto, a sua não incidência pela aplicação de regras civilistas ou extra juslaborais deve ser vista como exceção. Assim, em situações nebulosas quanto ao estatuto legal aplicável, a tendência será de aplicação da norma juslaboral, a não ser que reste claramente demonstrada, mediante o devido esforço argumentativo, a impropriedade de sua aplicação. Trata-se do que classifica como “generalidade do direito do trabalho”, propriedade relacionada ao seu “caráter expansionista”¹⁰⁴.

A vulnerabilidade plena do empregado é inquestionável enquanto premissa teórica do sistema normativo juslaboral. A questão é que esta premissa não mais encerra a diversidade dos fatos sociais. *Assim como pode haver empregados mais ou menos vulneráveis, há trabalhadores vulneráveis fora da relação de emprego*. Podemos especular, a partir das premissas aqui levantadas, que um “alto empregado” ou um “empregado de chão de fábrica” sejam igualmente vulneráveis do ponto de vista hierárquico, mas talvez não apresentem esta paridade em relação aos seus poderes

103 LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 482.

104 LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 437-440.

negociais. Também é plausível concluir que um empregado em regime de dedicação exclusiva possa ser mais vulnerável do ponto de vista econômico do que aquele vinculado a mais de uma empresa, embora ambos sejam igualmente vulneráveis do ponto de vista hierárquico e social.

Da mesma forma, prestadores de serviços (no caso de pessoas físicas) realmente autônomos que contratam com grandes empresas, a nosso ver, podem ser classificados como vulneráveis do ponto de vista negocial, embora possamos discutir se desta circunstância deveria ser extraída uma presunção geral, pois neste caso o grau de vulnerabilidade, se houver, não chega a se equiparar ao dos trabalhadores subordinados (empregados). Se aceitarmos estas premissas, podemos concluir, ao menos enquanto ponto de partida para uma argumentação teórica, que os empregados são mais vulneráveis do que os prestadores de serviços, pois a vulnerabilidade dos primeiros é plena (negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional). Já nos segundos, é apenas parcial (não há subordinação e as vulnerabilidades negocial, técnica, social e econômica, se houver, poderão ser em menor grau), *mas existente*. De qualquer forma, *alguma* vulnerabilidade *pode* haver nas relações de trabalho não caracterizadas pelo vínculo empregatício e, conseqüentemente, neste caso, *deveria* haver algum mecanismo protetivo desta legítima demanda, nem que seja uma abertura dada pelo sistema para que o julgador aplique o grau de proteção adequado a partir das circunstâncias concretas.

No Brasil, embora ainda de forma residual, podem ser percebidos alguns mecanismos voltados ao alargamento e à gradação da incidência protetiva juslaboral, já citados ao longo deste estudo. Assim sendo, cumpre à doutrina e à jurisprudência, em conclusão, uma efetiva e aprofundada reflexão sobre o tema, de modo a reafirmar, no atual contexto produtivo complexo e diversificado, a verdadeira essência do direito do trabalho, qual seja, a correção de desigualdades.

6. REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, S. **O que é Trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969.

ANTUNES, R.. **Adeus ao Trabalho?** 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

APÓSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho.** Coimbra: Almedina, 2008.

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabalho.** Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.

BARROS, Alice M. de. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral.** Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho:** do chão da fábrica ao serviço público (Tese de doutorado). UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD): Porto Alegre, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1.

CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social.** São Paulo: LTr, 1980.

COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Neotaylorismo digital e a economia do (des) compartilhamento. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho:** os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

COTRIM NETO, A. B. **Contrato e relação de emprego.** São Paulo: Max Limonad, 1944.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

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

DOMINGUEZ, Jose F. **Curso de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Libreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de, Teoria geral da relação de emprego e sociedade pós-industrial: algumas reflexões. In OLIVEIRA, Cínthia M. de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de (orgs.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, v. 1.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JANZ, Roberta Philippsen. Vulnerabilidade, proteção juslaboral e o trabalho no sistema *crowdsourcing*. MEIRELES, Edilton (org.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador: Paginae, 2021.

FALCÃO, Thiago; MARQUES, Daniel; MUSSA, Ivan. #BOYCOTTBLIZZARD: capitalismo de plataforma e a colonização do jogo. **Revista Contracampo**. Niterói, v. 39, nº 2, p. 59-78, ago./nov. 2020.

FINCATO, Denise; WÜNSCH, Guilherme. **Subordinação algorítmica nas relações de emprego**: o chefe robô. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/subordina%C3%A7%C3%A3o-algor%C3%ADtmica-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-emprego-o-chefe-fincato>. Acesso em 20 ago. 2020.

FRADERA, Véra M. J. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial**. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, UFBA,

Salvador, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12378/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20de%20Mestrado%20-%20A%20Crise%20da%20Subordina%c3%a7%c3%a3o%20Jur%c3%addica%20Enquanto%20Elemento%20Definidor%20da%20Rela%c3%a7%c3%a3o_0.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.

IANNI, Octávio. **Estado e Capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.

LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I.

LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional**. São Paulo: Cortez, 1995.

MARQUES, Cláudia L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; MENDES, Marcus M. B.; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende.

Subordinação Estrutural-Reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.46, n.76, jul/dez 2007, p. 216. Disponível em:< http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcus_Jose.pdf>. Acesso em 13 setembro 2015.

CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORAIS FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1.

NISHIYAMA, Adolfo M.; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In MARQUES, Claudia L.; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Estado social e luta de classes no mundo globalizado: reflexões sobre a autodestruição da legitimidade institucional na era digital. BRAVO, Álvaro Sánchez (editor). **Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales**. España: AADMDS, 2020.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista** (Tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2011.

PEREZ BOTIJA, Eugenio. **Curso de derecho del trabajo**. Madrid: Editorial Tecnos, 1948.

PLA RODRIGUEZ, Américo. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **Subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009

REIS, João Carlos Simões dos. **O conflito colectivo de trabalho**. Coimbra: Gestlegal, 2017.

ROMITA, Arion Sayão, Conceito objetivo de subordinação, **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, out./dez. 1978.

SCALETSCKY, Fernanda S. A interpretação... **Cadernos do Programa de Pós-graduação em direito/UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS, v. VIII, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881>. Acesso em 4 set. 2017.

SUPIOT, A. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPIOT, Alain. Introductory remarks: between market and regulation: new social regulations for life long security? In AUER, Peter, GAZIER, Bernard (eds.). **The future of work, employment and social protection**. Geneva: International institute for labour studies (ILO), 2002.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho - dogmática geral**. Coimbra: Almedina, 2005, parte I.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho - situações laborais individuais**. Coimbra: Almedina, 2006, parte II.

TOURAINÉ, Alain. **A sociedade post-industrial**. Lisboa: Moraes editores, 1970.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DIREITO, TRABALHO E VULNERABILIDADE

Amauri Cesar Alves

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo propor conceito de vulnerabilidade a ser desenvolvido no âmbito do Direito do Trabalho, além de apresentar possibilidades de sua aplicação em casos concretos que envolvem prestação laborativa, com ou sem vínculo empregatício. Será possível compreender a vulnerabilidade em contexto trabalhista como situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial. O presente estudo desenvolve a ideia de vulnerabilidade para justificar a ampliação da proteção normativa própria do Direito do Trabalho. A partir da identificação de vulnerabilidades poderá o intérprete, em situações jurídicas complexas, aplicar a estrutura de proteção social justralhista a trabalhadores que não são empregados em razão de ausência de elemento fático-jurídico caracterizador do vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade. Proteção. Trabalho.

ABSTRACT

This article aims to propose a concept of vulnerability to be developed in the scope of Labor Law, besides presenting possibilities of its application in concrete cases that involves labor provision, with or without employment relationship. It will be possible to understand the vulnerability in the labor context as a situation of contractual inferiority exacerbated by occupational risk factors or by the personal condition of the worker, whether employed or not, which could result in injury in their patrimonial or existential sphere. The present study develops the idea of vulnerability to justify the expansion of

Amauri Cesar Alves

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor (Graduação e Mestrado) da Universidade Federal de Ouro Preto. Autor do "Manual de Direito do Trabalho" da Editora RTM. Chefe do Departamento de Direito da UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

normative protection proper of Labor Law. From the identification of vulnerabilities, the interpreter can apply the structure of social protection to workers who are not employed because of the absence of a legal-juridical element that characterizes the employment relationship in complex legal situations.

KEYWORDS: Vulnerability, Protection, Labor.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivos compreender o conceito de vulnerabilidade no contexto do atual Direito Privado brasileiro e construir propostas de sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho, a partir da sugestão e estruturação de uma conceituação própria, que é o ponto central da análise a ser desenvolvida.

Não é incomum decisão judicial trabalhista que se refere à vulnerabilidade do trabalhador em perspectiva prática, mas são absolutamente excepcionais aquelas que lhe delimitam o conteúdo jurídico. Raros também são os estudos acadêmicos que se dedicam ao tema, com exceções aqui citadas. Assim, é necessário estabelecer os contornos jurtrabalhistas do conceito de vulnerabilidade, bem como fixar mínima e inicialmente os efeitos de sua aplicação no plano fático.

Para que seja possível trazer a noção de vulnerabilidade para o contexto trabalhista será necessário, de início, traçar seus conceitos e fixar distinções entre esta e os contornos jurídicos da hipossuficiência. Importante também analisar como o Direito do Trabalho se relaciona com os tipos de vulnerabilidade consagrados na doutrina (negocial, hierárquica, econômica, técnica, informacional, psíquica e ambiental), com a busca, sempre que possível, de experiências na realidade fática da prestação laborativa.

Essencial também que se pense a vulnerabilidade no contexto do elemento central da relação de emprego, trazendo seus contornos para os debates relativos à subordinação, supersubordinação, sujeição pessoal e objetificação do trabalhador.

A análise teórica aqui elencada tem por referências centrais as obras de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem, Carlos Nelson Konder e Leandro do Amaral D. de Dorneles. Os dois primeiros autores desenvolvem o conceito de vulnerabilidade

principalmente na perspectiva do Direito do Consumidor, ramo jurídico que inaugura tal teorização no direito brasileiro e que servirá de balizamento inicial para a análise justralhista. Carlos Nelson Konder trata do Direito Privado em geral e em especial do Direito Civil. Importante também a contribuição de Leandro do Amaral D. de Dorneles, que salvo melhor juízo faz a primeira aproximação entre o Direito do Trabalho e as teorias da vulnerabilidade.

O artigo se estrutura em dois eixos. O desenvolvimento se dará por meio da análise das construções teóricas sobre a vulnerabilidade e da tentativa de se compreender novos sujeitos da proteção trabalhista a partir de seu conceito justralhista.

A ideia é de revisão bibliográfica no primeiro eixo, para que seja possível, ao final, propor um conceito próprio, novo, específico de vulnerabilidade que compreenda o trabalhador enquanto pessoa e enquanto sujeito envolvido em uma relação capital-trabalho. No segundo eixo o que se pretende é a aplicação do novo conceito a situações específicas de vulnerabilidade do trabalhador que não é empregado mas deve ser destinatário de proteção estatal.

A partir do conceito a ser construído será possível, em tese, trabalhar a ideia de vulnerabilidade em três vertentes: aprofundamento da proteção a empregados, restrição à precarização das relações pela via da normatização heterônoma e ampliação da esfera de proteção para trabalhadores que não são empregados. Dois serão basicamente os efeitos de tais compreensões: a identificação de novos sujeitos da proteção trabalhista e a proposição de novas teorias, novas práticas e revisão de conceitos e institutos justralhistas tradicionais. Em síntese, novos direitos e novos sujeitos decorrentes do aprofundamento teórico das teorias da vulnerabilidade no âmbito do Direito do Trabalho. No presente estudo, entretanto, somente uma das três vertentes receberá análise detida, que é de a ampliação da proteção trabalhista para trabalhadores que não são empregados.

Pretende-se, então, trazer a ideia de vulnerabilidade para o centro do Direito do Trabalho, principalmente sua aplicação no plano fático das diversas relações trabalhistas existentes, para que se possa ao final reconhecer novos sujeitos da proteção.

II. VULNERABILIDADE: conceitos e distinções

O tema da vulnerabilidade vem se desenvolvendo amplamente no Direito Privado, com destaque especial para a construção doutrinária consumerista. Para efeito do presente estudo a conceituação e as distinções relativas ao tema da vulnerabilidade têm aspecto central, pois a partir delas será possível construir compreensões teóricas e práticas também no âmbito do Direito do Trabalho.

Preliminarmente à análise jurídica serão vistos conceitos trazidos pelo léxico e por outros ramos do conhecimento. De início a definição de HOUAISS como uma primeira aproximação com a ideia de vulnerável: “ferido, sujeito a ser atacado, derrotado: frágil, prejudicado ou ofendido” (HOUAISS, 2009, p. 1961). Percebe-se então desde já a fragilidade daquele que é sujeito a ser ferido, ofendido, prejudicado. Vulnerabilidade seria então, em tal contexto, o estado daquele que é vulnerável (HOUAISS, 2009). Assim, a vulnerabilidade estaria relacionada à potencialidade de ser atacado, derrotado, prejudicado, ofendido.

A Assistência Social traz definição do que seja vulnerabilidade social:

Vulnerabilidade social apresenta-se como uma baixa capacidade material, simbólica e comportamental de famílias e pessoas para enfrentar e superar os desafios com os quais se defrontam, dificultando o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais que provêm do Estado, do mercado e da Sociedade. Refere-se a uma diversidade de “situações de risco” determinadas por fatores de ordem física, pelo ciclo de vida, pela etnia, por opção pessoal etc, que favorecem a exclusão e/ou que inabilita e invalida, de maneira imediata ou no futuro, os grupos afetados (indivíduos, famílias), na satisfação de seu bem-estar – tanto de subsistência quanto de qualidade de vida. (PREFEITURA MUNICIPAL DE BELHO HORIZONTE, 2007).

Importantes noções iniciais decorrem do conceito acima: baixa capacidade do cidadão para superar dificuldades em razão de situações que favorecem sua exclusão, com potencial impacto em sua subsistência e qualidade de vida. Refere-se a uma diversidade de situações de risco, determinadas por múltiplos fatores.

O Administrador de Empresas Prof. Dr. André Luiz Silva Samartini (2007, p. 6) também relaciona vulnerabilidade e mercado de trabalho com base em pesquisa e definições do SEADE:

O conceito de Vulnerabilidade no Mercado de Trabalho foi utilizado pelo SEADE (1992) na Pesquisa de Condições de Vida (PCV). De acordo com este estudo, esta vulnerabilidade “não constitui propriamente um conceito com definição única, mas uma série de situações qualitativamente diferenciadas que, por estarem associadas a condições de inserção frágeis e/ou precárias no mercado de trabalho, tornariam os indivíduos que nelas se encontram susceptíveis à pobreza” (SEADE, 1992). Exemplos destas condições são: falta de acesso ao trabalho, instabilidade de trabalho e/ou baixos rendimentos auferidos, incorporação precoce no mercado de trabalho e insuficiência do valor da aposentadoria. (SEADE, 1992).

Importante aqui a fragilidade da inserção de pessoas no mercado de trabalho que conseqüentemente pode levar à pobreza.

Marcio Pochmann (1999) aproxima o conceito de vulnerabilidade com a ideia que poderá ser apresentada ao final do presente estudo. Tratando da realidade sociolaboral do final do século passado, que muito se aproxima da atual, pós Reforma Trabalhista, o autor correlaciona vulnerabilidade social com políticas neoliberais, desemprego, desigualdade social e exclusão. A análise de Marcio Pochmann, que não é propriamente um conceito mas uma ideia relevante ontem e hoje, é a seguinte:

O distanciamento atual de uma situação de pleno emprego e as mutações nas condições e relações de trabalho e no *status* do assalariado permitem observar com maior clareza uma ruptura na trajetória de identificação social e de integração comunitária. E, com isso, o surgimento de novas vulnerabilidades sociais no capitalismo torna-se por si só um elemento fundante da exclusão social que se generaliza neste final de século.

(...)

Não parece haver dúvidas, portanto, de que a definição de um novo padrão de integração social está ainda por ser desenvolvida. Todavia, é preciso compreender que o Estado necessitaria exercer um papel relevante na luta contra a exclusão social, principalmente no que diz respeito ao enfrentamento do problema do desemprego e das ocupações precárias nas economias avançadas. Sem isso, novas vulnerabilidades sociais tendem a ganhar maior espaço neste final de século. (POCHMANN, 1999, p. 11, 23-24).

Aqui a vulnerabilidade social se relaciona diretamente com as relações de trabalho. Inobstante a análise transcrita reflita o final do século XX, o neoliberalismo precarizante está de volta ao Brasil e influencia diretamente a relação de emprego e a noção justralhista de vulnerabilidade.

Estabelecidas as conceituações preliminares é possível pesquisar as construções

jurídicas sobre a vulnerabilidade. De início a obra que parece ser referencial sobre o tema, de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, que estudam mais detidamente a vulnerabilidade na perspectiva do Direito do Consumidor:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Aqui é importante desde já destacar as principais características da vulnerabilidade no conceito de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. Percebe-se situação inerente à pessoa e que pode ser permanente ou provisória, individual ou coletiva. Na essência essa situação pessoal fragiliza o cidadão e faz com que, na relação intersubjetiva, se coloque em posição de inferioridade contratual.

No âmbito do direito privado em geral há amplo espaço para a proteção especial dos vulneráveis. A ideia básica, aqui expressa por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, é que não se pode “prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição.” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 17). Tal construção recente, que alcança também o Direito Civil, desconstrói paradigmas anteriores que insistiam, historicamente, em distinguir em planos estanques e claramente apartados direito público e direito privado (MARQUES; MIRAGEM, 2014). A ideia prevalente até o final do século passado de que no plano do direito privado não cabe intervenção estatal vem sendo gradativamente desconstruída, o que é importante na perspectiva da melhor interpretação constitucional no Brasil.

Seguem Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem em conceituação que vem sendo amplamente adotada no Brasil para os mais diversos contornos jurídicos, para além do Direito do Consumidor:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito

mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa. (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Diante do conceito consumerista aqui citado há que se destacar a noção de que a vulnerabilidade não se presta à fundamentação das regras de proteção, sendo instrumento de compreensão das regras protetivas, ferramenta para melhor aplicação de uma regra especial de proteção do sujeito.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014, p. 1117) explicam que “a igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso”, exigindo, portanto, uma análise que quase sempre é casuística. Neste contexto, que os autores identificam como moderno, não haveria espaços para que alguém possa ser e continuar a ser diferente, o que exigiria, no mundo atual, uma conceituação pós-moderna (MARQUES; MIRAGEM, 2014). O direito à diferença, mais recente, tende a ser preservado pela ideia de vulnerabilidade. Relatam os autores que “os novos estudos europeus sobre a vulnerabilidade propõem sua distinção conceitual em relação ao conceito de igualdade ou desigualdade entre sujeitos” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 119). E explicam, estabelecendo distinção com relação à ideia de vulnerabilidade:

Isso porque o paradigma de igualdade parte de uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, onde a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas, de acordo com a máxima aristotélica: tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida da sua desigualdade, para alcançar o justo. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, com os traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. (MARQUES; MIRAGEM; 2014, p. 120).

Aqui é importante um alerta preliminar, no sentido de não se permitir, a partir do conceito de vulnerabilidade trazido para o Direito do Trabalho, a fragmentação, hierarquização ou pulverização da proteção estatal laboral de empregados. Não há que se falar, com base na teorização até aqui trazida, em redução da esfera de proteção laboral de acordo com a menor vulnerabilidade do trabalhador empregado. Não se pretende aqui defender graus de proteção estatal trabalhista, mas, sim, de ampliar a esfera protetiva no âmbito das relações capital-trabalho.

Por fim, no que concerne às conceituações, a importante e seminal contribuição

de Leandro do Amaral D. de Dorneles sobre a vulnerabilidade no âmbito do Direito do Trabalho:

Trata-se da noção instrumental que guia a aplicação das normas protetivas, visando à igualdade e à justiça equitativa. Enquanto o princípio da igualdade decorre de uma visão mais abstrata do indivíduo e da sociedade, estabelecendo contornos objetivos de equilíbrios ou desequilíbrios entre as relações humanas, a vulnerabilidade é uma noção “flexível”, que apresenta “traços de subjetividade”, não necessitando sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. (DORNELES, 2013, p. 294).

Diante dos conceitos expostos é possível compreender a vulnerabilidade em perspectiva jurídica como estado da pessoa que se encontra fragilizada. Juridicamente o conceito de vulnerabilidade atua como instrumento de interpretação e aplicação da norma jurídica, e não necessariamente para fundamentar uma regra estatal diferente para uma situação específica.

Carlos Nelson Konder também traz sua contribuição para o debate. Inicialmente ao citar Heloísa Helena Barboza traz compreensão que será importante para a aplicação da ideia de vulnerabilidade nas relações laborativas, embora nenhum dos dois trate especificamente do contrato de trabalho:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade. (BARBOZA, apud KONDER, 2015, p. 103).

Os empregados celetistas são iguais quanto à sua hipossuficiência, conforme será visto. Como regra geral são explorados para que seu empregador possa extrair do trabalho ganhos econômicos, independentemente de quem seja o trabalhador. Embora todos sejam hipossuficientes por definição, nem todos podem se dizer vulneráveis, pois há circunstâncias pessoais que podem agravar a hipossuficiência inerente ao emprego.

Carlos Nelson Konder destaca que parte da doutrina entende a vulnerabilidade como restrita à esfera patrimonial do sujeito contratante, identificando como

situações de hipervulnerabilidade aquelas que envolvam ameaça à existência digna e não só ao patrimônio da pessoa. O citado autor, entretanto, prefere tratar o que para alguns seria hipervulnerabilidade como vulnerabilidade existencial. (KONDER, 2015, p. 105). Diferentemente do que parecem concluir Cláudia Marques e Bruno Miragem, entende Carlos Nelson Konder que a vulnerabilidade existencial justifica proteção normativa específica. Para tanto apresenta distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, visto que

a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar.

Já no caso da vulnerabilidade existencial, a utilização desses recursos clássicos, se necessária, deve ser feita com cuidado pelo intérprete, tendo em vista que são técnicas que não foram construídas para a satisfação desses fins e podem, em grande medida, se revelar incompatíveis com os valores em jogo. O ideal, para a plena implementação da dignidade da pessoa humana, é a construção e utilização de mecanismos próprios, processo este que, embora ainda incipiente e em grande necessidade de sistematização, já se pode observar de forma fragmentária e experimental. (KONDER, 2015, p. 105).

A compreensão diferente talvez se justifique em razão de os consumeristas citados tratarem da relação patrimonial decorrente do consumo, enquanto o foco do autor civilista está, aqui, no aspecto extrapatrimonial, ou de existência digna do contratante. Cita Carlos Nelson Konder a atuação específica do legislador em relação à vulnerabilidade existencial, com exemplos referentes à defesa das crianças e adolescentes, dos idosos, pessoas com deficiência e até mesmo das mulheres em relação à violência e ao trabalho. Muito embora reconheça situações especiais, sugere o autor cuidado com a criação de categorias:

Esse panorama revela que a criação de categorias, embora possa ser útil em

alguns casos, é prescindível. O fundamental, dessa forma, é reconhecer que a vulnerabilidade existencial prescinde de qualquer tipificação, eis que decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, devendo sempre ser avaliada em atenção às circunstâncias do caso concreto. (KONDER, 2015, p. 106).

Tal alerta, como visto, deve ser também considerado no plano justralhista, em que há riscos na categorização, vez que historicamente os empregadores capitalistas se valem disso para rebaixar o status básico da proteção, ao invés de elevar o patamar jurídico da proteção aos trabalhadores.

Especificamente em contornos justralhistas é possível, desde já, ensaiar um conceito de vulnerabilidade, que será retomado ao final do presente estudo. De início, então, vulnerabilidade é situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial. A vulnerabilidade para fins de Direito do Trabalho está necessariamente vinculada à inserção laborativa contratual do trabalhador (relação de trabalho ou emprego), sem a qual não se justifica a análise específica.

Em síntese inicial é possível compreender que todo trabalhador em sua relação com o capital se posiciona em situação fática de desigualdade contratual, mas alguns trabalhadores especificamente terão sua potencialidade negocial ou relacional ainda mais fragilizada em razão de estado ou condição específicos. Essa fragilidade relacional ou negocial agravada poderá mais facilmente resultar em lesão patrimonial ou existencial ao trabalhador na sua relação com o contratante detentor do capital.

Tão importante quanto a conceituação preliminar é a fixação das distinções, ou seja, daquilo que não é exatamente vulnerabilidade na perspectiva justralhista.

II.1. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Pouco sentido haveria na análise aqui empreendida se ao final se compreendesse a ideia de vulnerabilidade no mesmo plano da já bem consolidada noção de hipossuficiência do trabalhador. Assim, mais importante talvez do que fixar conceitos será estabelecer distinções entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Importante destacar, desde já, que a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência aqui

proposta não se dá nos termos consagrados no Direito do Consumidor, como se infere das lições de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 143):

Trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural onus probandi, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso.

A hipossuficiência, para o Direito do Consumidor, tem impactos restritos à matéria processual, o que não se dá no âmbito justralhista. É necessário então brevemente estabelecer conceitos de hipossuficiência. HOUAISS (2009, p. 1027) define hipossuficiente como a “pessoa de poucos recursos econômicos, que não é autossuficiente.” Leandro do Amaral D. de Dorneles (2013) relata que a doutrina clássica relaciona a hipossuficiência com a desigualdade econômica existente entre empregado e empregador. O referido autor cita Cesarino Júnior, que por sua vez estabelece que “aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos autossuficientes.” (CESARINO JÚNIOR, apud DORNELES, 2013, p. 294). Maurício Godinho Delgado define o Princípio da Proteção, basilar do Direito do Trabalho, em torno da hipossuficiência do trabalhador, vez que o ramo jurídico especializado estrutura “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.” (DELGADO, 2017, p. 213).

Possível compreender então que todo empregado é hipossuficiente em decorrência de se posicionar contratualmente como tal na relação de emprego, vez que no plano fático sua situação frente ao empregador é de parte mais fraca da avença empregatícia. Tal situação é decorrente não só da subordinação jurídica inerente à relação de emprego, mas, também e talvez principalmente, da concentração de poderes no lado patronal do contrato de trabalho. No sistema capitalista o Direito do Trabalho responde aos anseios patronais por preservação do poder e manutenção do *status quo*, sem perder de vista, até a “Reforma Trabalhista” pelo menos, a face protetiva do cidadão trabalhador.

Leandro do Amaral D. de Dorneles, com base na tese de doutorado de Carmen

Camino, destaca que a ideia de vulnerabilidade é mais ampla, de maior complexidade do que a de hipossuficiência, e “abrange um maior número de variáveis na sua definição, tornando-a mais complexa, porém mais maleável e adequada (...) para retratar o diversificado mundo do trabalho contemporâneo.” (DORNELES, 2013, p. 294).

A hipossuficiência, por sua fundamentação na posição contratual do empregado, tende a ser padronizada e inerente a toda e qualquer relação de emprego, independentemente da efetiva situação fática, estado ou condição pessoal do trabalhador. A vulnerabilidade não requer tal padronização, permitindo maior espaço de subjetividade, desde que sem perda de proteção, com vistas a um maior equilíbrio da relação capital-trabalho.

A essência da distinção pode ser vista na seguinte constatação: todo trabalhador é hipossuficiente na sua relação com o capital, embora nem todo trabalhador seja vulnerável. A ideia de hipossuficiência não conhece diferenças, enquanto a vulnerabilidade as reconhece e respeita. A hipossuficiência exige atuação estatal no mínimo no âmbito da relação de emprego[1], enquanto a vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a intervenção do Estado na criação da norma heterônoma de Direito do Trabalho. A hipossuficiência exige a construção da regra trabalhista, mas não necessariamente será considerada como relevante no momento de sua interpretação ou aplicação. A ideia de vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a construção da norma trabalhista, mas deve ser considerada no momento da sua interpretação e aplicação.

Leandro do Amaral D. de Dorneles explica a importância da noção de vulnerabilidade para o Direito do Trabalho:

A demanda por proteção ao trabalhador, conforme entendemos, ainda é um dado inegável e inquestionável ao direito do trabalho. Mas a definição dos contornos protetivos clássicos do direito do trabalho, ocorrida no início do século passado, tinha por base uma relação então predominante e padronizada – a relação de emprego típica (arts. 2º e 3º, CLT) – que não se apresenta mais onipresente. Atualmente nem sempre podemos identificar um padrão único de vulnerabilidades (e, conseqüentemente, uma demanda protetiva uniforme) comum a todos os empregados, da mesma forma que podemos perceber a combinação de diferentes vulnerabilidades em outras relações de trabalho não enquadradas nos contornos dos arts. 2º e 3º da CLT. A ideia de vulnerabilidade como fundamento do direito do trabalho tem por intuito aproximar a operacionalidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam em um novo mundo do

trabalho, reconciliando (ou impedindo o divórcio entre) a instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda inegavelmente calcadas na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas de base. (DORNELES, 2013, p. 296).

Necessário aqui renovar a advertência de Konder, que fala dos riscos das categorizações. O Brasil não pode correr o risco de desproteger trabalhadores empregados em decorrência de maior ou menor vulnerabilidade. Deve haver sempre a compreensão, na linha aqui trazida por Dorneles, de que o tratamento especial decorrente da vulnerabilidade deve ser acima do patamar mínimo, nunca abaixo.

A vulnerabilidade nas relações de trabalho pode ser vista como fundamento da proteção estatal, como justificativa de uma tutela específica e também como instrumento de alargamento da esfera de incidência do Direito do Trabalho. Embora não seja da essência da vulnerabilidade a exigência da intervenção estatal, como ocorre com a hipossuficiência, é possível que sua compreensão justifique a atuação em perspectiva existencial, como instrumento para efetivação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana[2].

A vulnerabilidade é situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial. O presente estudo desenvolve a ideia de vulnerabilidade para justificar a ampliação da proteção normativa própria do Direito do Trabalho. A partir da identificação de vulnerabilidades poderá o intérprete, em situações jurídicas complexas, aplicar a estrutura de proteção social justralhista a trabalhadores que não são empregados. Para tanto é importante compreender as categorias de vulnerabilidade que poderão possibilitar tal aplicação da norma estatal.

II.2. VULNERABILIDADE NEGOCIAL, HIERÁRQUICA, ECONÔMICA, TÉCNICA, INFORMACIONAL, PSÍQUICA E AMBIENTAL

A noção de vulnerabilidade permite aprofundamento fático e jurídico de acordo com a relação vivenciada pelo trabalhador no momento da entrega de sua prestação laborativa, seja ele empregado ou não. Leandro do Amaral D. de Dorneles entende que a “ideia segundo a qual a vulnerabilidade comporta diversas desigualdades é aplicável ao direito do trabalho” (2013, p. 296), sendo importante estudar, aqui, algumas de

suas diferentes perspectivas ou categorias. Além do aprofundamento fático-jurídico é possível também reconhecer tipos ou categorias diferentes de vulnerabilidade, nos termos das doutrinas consumerista, civilista e trabalhista, esta historicamente mais voltada à ideia de dependência do que propriamente de vulnerabilidade. A análise das categorias de vulnerabilidade aqui será ampla, não se restringindo às situações de trabalho sem vínculo empregatício.

Para o presente estudo as tipologias ou categorizações não são imprescindíveis para a conclusão final, mas são importantes para que se estabeleçam distinções em relação ao que já foi construído pela doutrina em Direito do Trabalho e principalmente para que seja possível compreender contornos fáticos de aplicação prática do conceito de vulnerabilidade na relação capital-trabalho.

O presente estudo fará análise da vulnerabilidade nas perspectivas negocial, hierárquica, econômica, técnica, informacional, psíquica e ambiental. Há outras tantas categorias de vulnerabilidade, a depender do doutrinador e do âmbito da análise (jurídica, sociológica, educacional, assistencial e outros), havendo aqui escolha estratégica por aquelas situações mais comuns às relações de trabalho hodiernas.

A *vulnerabilidade negocial* é, nos termos da conceituação até aqui sugerida, inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de fixar condições elementares de trabalho com o seu contratante. Pode ser reconhecida a vulnerabilidade tanto por fatores de risco laboral a que está submetido o trabalhador quanto por condição pessoal sua. Não se confunde com dependência negocial, que aqui se relaciona com hipossuficiência. Trata-se de dificuldade negocial mais aprofundada do que aquela que existe ordinariamente nas relações capital-trabalho. É possível pensar na situação do trabalhador analfabeto, que sequer consegue ler seu contracheque ou recibo de pagamento, ou que não compreende as mais mezinhas ordens ou instruções escritas. É de se supor que tais trabalhadores sejam vulneráveis e que devem ter tal condição pessoal considerada nos mais diversos contextos laborais, em situações pré-contratuais, contratuais, pós-contratuais e até mesmo processuais. O mesmo se dá, também exemplificativamente, com trabalhadores que tenham deficiências cognitivas. Importante também compreender a vulnerabilidade negocial do trabalhador terceirizado, que muitas vezes sequer sabe quem é seu empregador, vez que se relaciona, de fato, com o tomador dos seus serviços, embora com ele não tenha vínculo jurídico. Ainda que em aparente contradição tende

a se colocar em situação de vulnerabilidade negocial o “empreendedor” identificado por Ricardo Antunes (2018) como “burguês de si próprio” ou “proletário de si mesmo”, que é aquele que sob a forma empresarial negocia com grandes estruturas empresárias que impõem sua vontade contratual em uma falsa relação de igualdade jurídica civilista.

A *vulnerabilidade hierárquica* também não se confunde com dependência hierárquica, pelo menos para os fins do presente estudo. Subordinação jurídica não se confunde, também, com vulnerabilidade hierárquica. Aqui a noção mais uma vez remete à inferioridade contratual agravada que coloca o trabalhador em uma situação hierárquica mais fragilizada do que aquela inerente a toda e qualquer relação de emprego e que é comum até mesmo nas demais relações de trabalho. A vulnerabilidade hierárquica estará presente nas situações em que fator de risco ou a condição pessoal do trabalhador o coloca com pouca margem de resistência contra ordens abusivas do seu contratante. É possível pensar na situação do imigrante ilegal ou do escravizado contemporâneo que não conseguem, no plano fático, resistir aos mandos e aos desmandos do contratante explorador. Também pode haver vulnerabilidade hierárquica em relações de trabalho rural em que o coronelismo ainda se faz presente. A figura do coronel não oferece espaços de diálogo e de resistências, cabendo ao peão apenas cumprir suas ordens, sejam elas quais forem. No mesmo sentido a ilegal, mas frequente, exploração do trabalho de crianças, que naturalmente não descumprem os comandos emanados dos adultos no âmbito da prestação laborativa.

A *vulnerabilidade econômica* também não pode ser confundida com dependência econômica, sob pena de haver coincidência entre os antigos critérios de afirmação do requisito do artigo 3º da CLT na década de 1940 e os conceitos aqui apresentados. Para que o trabalhador seja vulnerável do ponto de vista econômico é necessário mais do que a mera ideia anterior de dependência, pois que em regra geral que contempla pouquíssimas exceções o trabalhador depende do trabalho para subsistir. A vulnerabilidade, aqui, é decorrente de fator de risco laboral ou condição pessoal do trabalhador que o faz ficar aquém do nível da subsistência. É possível afirmar, exemplificativamente, que o novo trabalhador intermitente[3] criado pelo direito brasileiro é vulnerável economicamente. O trabalho intermitente permite contratação sem contraprestação mensal obrigatória. Não respeita a ideia de salário mínimo mensal e nem exige o que antes era característica elementar do salário que era a sua periodicidade mínima mensal. O trabalhador empregado intermitente pode não ter salário durante meses, se não for chamado por

seu empregador para prestar serviços. Assim, estará vulnerável economicamente e poderá ter sua existência sensivelmente prejudicada. O mesmo se dá, mais uma vez, com o imigrante ilegal ou com o escravizado contemporâneo, pois a marca dessa exploração é o uso da força trabalho com custo muito abaixo daquele fixado pelo mercado e pelo direito. Também os trabalhadores contratados por produção, dentre eles o relevante grupo da facção na indústria da confecção, podem ser vulneráveis economicamente, pois precisam trabalhar muitas horas por dia e por semana para que possam receber o mínimo para a subsistência. A mesma ideia tem tido aplicação atual para os motoristas vinculados à plataforma digital Uber.

A *vulnerabilidade técnica* não pode ser confundida com a dependência técnica que muitas vezes foi utilizada no século passado como elemento fático-jurídico caracterizador do vínculo de emprego. Nem sempre o empregador é o detentor do saber-fazer e da técnica. Há situações em que a contratação de empregado se dá exatamente por não saber o empregador desenvolver a atividade empreendida. Leandro do Amaral D. de Dorneles (2013) sugere uma outra análise sobre a vulnerabilidade técnica e identifica três interessantes perspectivas: a vulnerabilidade técnica como menor instrução profissional do trabalhador, a vulnerabilidade técnica como limitação à execução do labor e a vulnerabilidade técnica como alienação do trabalhador. A vulnerabilidade técnica aqui seria inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de conhecer e compreender a essência de seu trabalho e o proveito que garante ao contratante. Pode ser reconhecida a vulnerabilidade tanto por fator de risco laboral a que está submetido o trabalhador quanto por condição pessoal sua. Do ponto de vista trabalhista mais amplo pode haver tal vulnerabilidade em relações estagiárias, no contrato de aprendizagem e naquelas situações em que o trabalhador é menos qualificado e tem menor instrução formal. Também pode haver vulnerabilidade técnica nas situações em que o trabalhador se enquadra na nova figura do analfabeto digital.

A *vulnerabilidade informacional*, ao contrário das demais, não tem paralelo na doutrina juslaboral do início dos anos 1940 naquilo que concerne ao conceito de dependência. Trata-se de construção recente, oriunda do direito consumerista e que se caracteriza pela concentração das informações sobre produtos e serviços no fornecedor, enfraquecendo a posição do consumidor na relação. No plano da relação trabalhista é possível compreender que a vulnerabilidade informacional está

relacionada à menor capacidade que certos trabalhadores têm em assimilar ou obter informações contratuais trabalhistas controladas pelo contratante. É inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de obter informações precisas acerca de seu trabalho e de seus direitos trabalhistas. Pode ser reconhecida a vulnerabilidade tanto por fator de risco laboral a que está submetido o trabalhador quanto por condição pessoal sua. Embora haja importante esforço atual de contratantes com a qualidade da informação, em alguns casos ela ainda é transmitida equivocadamente ou simplesmente sonegada. Possível tomar como exemplo, relativamente comum, o do trabalhador que sede suas informações cadastrais para que o contratante o utilize de modo fraudulento, muitas vezes transformando empregado em patrão, pelo menos no plano formal. Não é incomum a situação vulnerável de trabalhadores que são chamados em juízo para responder por créditos inadimplidos, como se fossem sócios de seu contratante. Outro exemplo é o de alguns trabalhadores que desenvolvem atividade ilícita ou contravençional sem ter conhecimento efetivo do que ocorre juridicamente.

A *vulnerabilidade psíquica* também não encontra desenvolvimento na doutrina trabalhista, podendo ser compreendida como situação de risco decorrente de problemas psíquicos preexistentes à prestação de trabalho ou desenvolvidos durante o labor e que agravam a inferioridade contratual do trabalhador. Pode ser reconhecida a vulnerabilidade tanto por fator de risco laboral a que está submetido o trabalhador quanto por condição pessoal sua. A preexistência de problemas psíquicos pode marginalizar o trabalhador nas fases pré-contratual e contratual do emprego, e pode também fazer com que não atue como se espera. Também é possível que problemas psíquicos possam ser desenvolvidos em razão do trabalho, como pode ocorrer exemplificativamente com trabalhadores vítimas de assédio moral. Possível também ocorrer vulnerabilidade psíquica com aqueles trabalhadores identificados por Ricardo Antunes (2018) como “escravo digital”, que tendem à superexploração de seu trabalho decorrente da dificuldade ou impossibilidade de desconexão. O mesmo tende a se dar, atualmente, com trabalhadores em “call-centers”, dadas as especificidades e a intensidade da prestação laborativa, quase sempre terceirizada, jovem, feminina, de baixo salário, com metas excessivas e chefias abusivas. Potencialmente presente também a vulnerabilidade psíquica nas relações de teletrabalho autônomo exclusivo, situação agravada no Brasil posteriormente à Reforma Trabalhista e em decorrência do desemprego e crises econômicas.

Cada vez mais relevante no âmbito trabalhista é a *vulnerabilidade ambiental* do trabalhador. Aqui a inferioridade contratual decorre do risco do ambiente de prestação laborativa acima dos limites estabelecidos pela legislação e pode mais fácil e previsivelmente gerar danos ao trabalhador. É inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de se proteger dos riscos presentes no ambiente de trabalho. Com maior frequência deve ser reconhecida a vulnerabilidade por fatores de risco inerentes ao ambiente de trabalho, podendo decorrer, excepcionalmente, de condição pessoal (trabalhadores com deficiência, por exemplo). Muitos ainda são os contratantes de trabalho que não se preocupam em garantir aos trabalhadores um local de prestação de serviços que seja minimamente seguro. O lucro a qualquer preço faz com que alguns capitalistas economizem no ambiente e imponham ao trabalhador parte dos riscos do empreendimento. Exemplo relativamente comum é a exposição de trabalhadores à sílica (dióxido de silício), que matou e mata muitos trabalhadores brasileiros em razão da silicose. O mesmo se diga em relação ao amianto, ao benzeno e outros cancerígenos que ainda não estão totalmente afastados da vida laborativa de muitos trabalhadores brasileiros. No âmbito do agronegócio, a cada vez mais presente utilização de agrotóxicos, que prejudica a saúde do trabalhador rural. Outro exemplo comum no mundo, principalmente no hemisfério sul, é a exploração de trabalho em minas subterrâneas, que é sabidamente potencializadora de prejuízos à saúde do trabalhador. A insegurança do ambiente gera também milhares de acidentes de trabalho fatais anualmente, o que revela a importância da compreensão jurídica sobre a vulnerabilidade ambiental do trabalhador brasileiro.

Em síntese tais categorias de vulnerabilidade podem ser compreendidas para a melhor aplicação das regras do Direito do Trabalho, com destaque aqui para aquelas que ensejarão a identificação do trabalhador a ser tutelado pela norma jurídica heterônoma.

II.3. VULNERABILIDADE, SUBORDINAÇÃO, SUPERSUBORDINAÇÃO, SUJEIÇÃO PESSOAL E OBJETIFICAÇÃO DO TRABALHADOR

O estudo da vulnerabilidade no âmbito do Direito do Trabalho deve se ocupar, também, em compreender as relações existentes entre seu conceito e aqueles relacionados diretamente ao núcleo da relação de emprego, que é a subordinação

jurídica. Necessário também, conforme já sinalizado, estabelecer distinções. Para tanto e partindo sempre do conceito aqui inicialmente proposto será essencial trazer a ideia de vulnerabilidade para o centro do Direito do Trabalho, principalmente no que concerne à sua aplicação no plano fático das diversas relações trabalhistas existentes. Tal estratégia permitirá indicar, ao final, novos sujeitos da proteção trabalhista em decorrência do conceito de vulnerabilidade.

O principal objetivo do presente estudo, como visto, é estabelecer conceitos e distinções relativos à vulnerabilidade em Direito do Trabalho, bem como propor possibilidades de sua aplicação no plano fático.

Não obstante não seja objetivo central do presente artigo parece ser importante sinalizar aqui, desde já, a possibilidade teórica de ser a vulnerabilidade instrumento de alargamento da esfera de incidência do Direito do Trabalho e de efetivação da Dignidade da Pessoa Humana. Na primeira perspectiva, alargamento da esfera de incidência do Direito do Trabalho, são relevantes os contornos jurídicos da subordinação e supersubordinação. No plano da efetivação da Dignidade da Pessoa Humana serão relevantes as ideias de sujeição pessoal e objetificação do trabalhador.

De início a *subordinação jurídica*, que pode ser compreendida tanto como observância pelo trabalhador dos comandos relativos ao modo da prestação laborativa (subordinação clássica) quanto inserção deste na dinâmica do empreendimento do contratante, observando sua estrutura de organização e funcionamento (subordinação estrutural), nos termos das lições doutrinárias de Maurício Godinho Delgado (2018). A vulnerabilidade, como visto, é situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial.

Não se confunde a vulnerabilidade, portanto, com subordinação jurídica. É possível que o trabalhador seja vulnerável sem que seja empregado, sem que esteja sob subordinação jurídica. É possível, também, que um determinado trabalhador seja empregado mas não seja vulnerável. Ocorre que a proteção do Direito do Trabalho não reconhece, hoje, o trabalhador autônomo vulnerável como sendo destinatário de direitos trabalhistas. É necessário, então, compreender a vulnerabilidade para além do trabalho subordinado (emprego), o que poderá justificar, pela via da melhor interpretação jurídica, o alargamento da esfera de proteção do Direito do Trabalho.

A ideia de *supersubordinação* do trabalhador foi desenvolvida por Jorge Luiz Souto

Maior no sentido da realização da justiça social nas relações de emprego precarizadas sobretudo em razão do não reconhecimento de direitos trabalhistas elementares:

O supersubordinado, portanto, é o trabalhador, ser humano, reduzido à condição de força de trabalho.

O supersubordinado não é um tipo específico de trabalhador. É a designação do trabalhador, em qualquer relação de emprego, que tenha tido a sua cidadania negada pelo desrespeito deliberado e inescusável aos seus direitos constitucionalmente consagrados, entendidos, lembre-se, como direitos fundamentais.

(...)

Cumpra esclarecer que não é meramente a falta do registro que delimita a figura aqui tratada. Um empregado, devidamente registrado, por óbvio, pode ser um supersubordinado quando seus demais direitos sejam pura e simplesmente desconsiderados, como, por exemplo, trabalho em horas extras de forma ordinária com ausência do pagamento correspondente ou até mesmo com o pagamento respectivo se prestadas as horas extras de forma ordinária (variando, neste caso, apenas o grau da supersubordinação); instituição de um banco de horas que se desenvolve com nítido propósito de fraudar o direito ao recebimento de horas extras; terceirização, que nada mais é que a mercantilização do ser humano; terceirização no setor público, etc.

Há, evidentemente, graus de supersubordinação, mas, em todas as situações, destaca-se o ponto em comum que é o da tentativa deliberada de fraudar a concreta e devida aplicação dos direitos sociais. Uma desconsideração pura e simples do parâmetro jurídico da cidadania em termos trabalhistas, visando obter vantagem econômica a partir disso. (SOUTO MAIOR, 2009, p. 57).

A supersubordinação se identifica pela ausência de reconhecimento do vínculo de emprego de um trabalhador que efetivamente se enquadra nos pressupostos fixados pelo artigo 3º da CLT ou pela precarização de uma relação empregatícia em decorrência do desrespeito aos direitos constitucionais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro em 1988. A essência parece ser a sonegação de direitos pelo empregador, de modo voluntário, consciente e reiterado. Tal compreensão não se vincula necessariamente a uma situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial, ou seja à vulnerabilidade laborativa. Qualquer trabalhador pode ser supersubordinado, independentemente de estado de risco ou condição pessoal. Para reverter a situação fático-jurídica do supersubordinado e punir o contratante propõe Jorge Luiz Souto Maior fórmulas jurídicas contrárias ao movimento reducionista do Direito do Trabalho:

- a) a do dano social, configurado pela deliberada ou reincidente agressão à ordem jurídica dirigente econômico-social estabelecida na Constituição Federal e nos mais diversos tratados internacionais sobre a questão trabalhista;
- b) a do dano pessoal, vislumbrado na supersubordinação a que se submetem os trabalhadores cujos direitos trabalhistas são vilipendiados como estratégia de obtenção de benefício concorrencial ou de auferir maior lucro e, principalmente, aqueles que são transformados, formalmente, em pessoas jurídicas ou em empresários aparentes;
- c) a da subordinação estrutural, integrativa ou reticular, para ligar, efetivamente, numa perspectiva obrigacional, o autêntico capital ao trabalho, suplantando as aparências. (SOUTO MAIOR, 2009, p. 64).

O que se pretende, corretamente, é evitar e punir a supersubordinação em razão do ilícito cometido e do dano causado, o que não se dá necessariamente no plano da vulnerabilidade, que, quando se trata de condição pessoal, não se pretende necessariamente evitar e muito menos punir. Também se presta o conceito de supersubordinação para a ampliação da esfera de proteção do Direito do Trabalho, ao alargar o espectro interpretativo da “dependência” fixada no artigo 3º da CLT como requisito do emprego. Nas mais diversas situações fáticas em que o trabalhador é explorado sem efetiva autonomia é possível que a noção de vulnerabilidade do supersubordinado sirva de fundamento de aplicação da norma justralhista nos mais diversos casos concretos.

Temas relevantes também no que concerne à estrutura central da exploração de trabalho e sua relação com a vulnerabilidade são aqueles relacionados à sujeição pessoal e à objetificação do trabalhador, analisados, aqui, para a consagração, no plano fático, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em síntese é possível compreender que *sujeição pessoal* do trabalhador no contexto do contrato de prestação laborativa significa excesso de controle do contratante em detrimento da vontade e da privacidade do contratado, seja ele empregado ou não. É abuso de poder diretivo, que invade esferas pessoais do trabalhador que não devem ser impactadas pela vontade do contratante. É situação daquela pessoa que é privada de sua dignidade humana em razão de excessos por parte do contratante de trabalho, seja ele empregador ou não.

Com relação à *objetificação do trabalhador* a ideia é próxima daquela de sujeição pessoal, mas com ela não se confunde. A objetificação do trabalhador se relaciona com a situação em que o ser humano é tratado no contrato como se fosse um mero objeto

para reprodução dos lucros do contratante. Tende a ser situação mais frequente, atualmente, do que a de sujeição pessoal. A busca pelo lucro a qualquer custo tende a transformar o trabalhador e o Direito do Trabalho em óbices transponíveis e que devem ser transpostos seja pela força do capital seja pela intervenção do Estado neoliberal. Aqui pouco importa a dignidade de quem trabalha, desde que se preservem os interesses do capital. O raciocínio da proteção estatal no âmbito do Direito do Trabalho não só se inverte, no rumo da proteção do empregador, mas se subverte em força do capital contra o trabalho.

O conceito de vulnerabilidade pode ser utilizado como instrumento para a realização plena da dignidade da pessoa humana no contexto do trabalho, tendo como pontos de partida as ideias de sujeição pessoal e objetificação do trabalhador, embora não sejam estes, aqui, os temas centrais do presente estudo.

III. NOVOS SUJEITOS DA PROTEÇÃO TRABALHISTA: A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR NÃO EMPREGADO COMO JUSTIFICATIVA DA PROTEÇÃO ESTATAL

A vulnerabilidade é situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial. Nas situações de vulnerabilidade marcadas por fatores de risco laboral devem o empregador e o Estado atuar no sentido de atenuar as condições que podem levar aos prejuízos patrimoniais ou existenciais ao trabalhador. Com relação às situações de vulnerabilidade marcadas por condição pessoal do trabalhador o papel do Estado é no sentido de garantir proteção normativa efetiva ao contratante inferiorizado. Assim, pode ser reconhecida a vulnerabilidade tanto por fatores de risco laborais a que está submetido o trabalhador quanto por condição pessoal sua. Se a vulnerabilidade é decorrente de fator de risco, é possível que atue o Estado no cerne da situação vulnerável, para melhorar as condições de trabalho. Se decorre a vulnerabilidade de condição pessoal não deve o Estado atuar sobre o cerne da vulnerabilidade, cabendo apenas melhorar a inserção laborativa da pessoa, sempre no sentido de garantir proteção normativa àquele que trabalha em situação de vulnerabilidade.

Ao presente estudo cabe compreender a ideia de vulnerabilidade com vistas à ampliação da esfera de proteção trabalhista para trabalhadores que não são

empregados. Não se pretende aqui obviamente esgotar a temática, mas apenas apontar caminhos que poderão ensejar novas compreensões sobre a vulnerabilidade no Direito do Trabalho e novos estudos sobre o tema. Em síntese o que se pretende é a identificação de novos sujeitos decorrentes do conceito juslaboral de vulnerabilidade.

III.1. AMPLIAÇÃO DA ESFERA DE PROTEÇÃO TRABALHISTA PARA ALÉM DO EMPREGO

Propostas de ampliação da esfera de proteção trabalhista não são novas e nem se fundamentam necessariamente no conceito de vulnerabilidade. Historicamente o Estado brasileiro percebeu a construção de regras heterônomas de regulação das relações capital-trabalho sob a ótica quase exclusiva da relação de emprego. É claro que a prevalência da proteção à relação de emprego se justifica histórica, social, política e economicamente, afinal de contas trata-se da modalidade mais importante, do ponto de vista social e econômico, “de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo” (DELGADO, 2018, p. 334). Mas há cada vez mais espaço social e necessidade de ampliação da proteção trabalhista.

Estratégias interpretativas de ampliação da esfera de proteção do Direito do Trabalho para além do emprego estão em consonância com o *caput* do artigo 7º da Constituição da República, que não restringiu a incidência dos direitos sociais trabalhistas aos empregados, tendo preferido garanti-los aos trabalhadores genericamente considerados. Vale lembrar que a referida norma se refere aos direitos dos “trabalhadores urbanos e rurais”, e não aos direitos dos empregados urbanos e rurais.

A consagração de direitos mínimos a trabalhadores não empregados se situa no contexto expansionista do Direito do Trabalho no Brasil. O Professor Maurício Godinho Delgado (2017, p. 116) destaca três possibilidades básicas de expansionismo do Direito do Trabalho: “a crescente e contínua busca de efetividade”, a “ampliação do conceito de relação de emprego, via subordinação”, além da “extensão do Direito do Trabalho a relações de trabalho, ultrapassando o marco clássico da simples relação de emprego”. De início interessa ao presente estudo a terceira possibilidade expansionista, que consiste em ampliação da proteção estatal a algumas relações de trabalho que não caracterizam vínculo empregatício. Tal vertente já foi anteriormente sinalizada, em

2005, na obra “Novo Contrato de Emprego: parassubordinação trabalhista”, como se infere:

Para um futuro próximo deve-se pensar em uma ampla mudança de paradigmas em direito do Trabalho. A proteção ao trabalho, em todas as suas expressões, poderá ser consagrada expressamente nos textos normativos de Direito do Trabalho. Deve ser criado, então, um novo pensamento, justo e equânime, para a tutela das relações trabalhistas. (...)

Deve-se reconstruir o Direito do Trabalho fundado efetivamente na valorização do trabalho e não somente do emprego. (ALVES, 2005, p. 135).

Melhor tratamento recebeu o tema na obra referencial de Gabriela Neves Delgado “Direito Fundamental ao trabalho digno”, bem como em estudo seu em parceria com Maurício Godinho Delgado intitulado “Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho”, dos quais é possível destacar o seguinte:

A Professora da UFMG, da PUC Minas e da UnB, ciente dos importantes objetivos do ramo justralhista na história do capitalismo, como eficiente veículo garantidor de piso de dignidade aos que vivem de sua força laborativa sustenta “... que as relações de trabalho que formalmente não se encontram hoje regidas pelo Direito do Trabalho também precisam ser reconhecidas como objeto de efetiva tutela jurídica, para que o trabalhador que as exerça possa, por meio da proteção jurídica, alcançar o espaço para o exercício de seus direitos.” (DELGADO, 2017, p. 121-122).

As teorias expansionistas do Direito do Trabalho pretendem o reconhecimento de novos sujeitos da proteção especial, visto que no sistema capitalista é por meio do trabalho que o cidadão consegue, como regra geral, sobreviver com dignidade. Sendo assim, deveria interessar ao Estado a ampliação da esfera de proteção, com direitos trabalhistas garantidos a um maior número de cidadãos, como política pública de inclusão social e justa distribuição de renda.

O que o presente estudo sugere, então, é uma nova abordagem para o tema, na perspectiva da mais ampla proteção estatal àqueles que vivem do trabalho. A ideia básica é relativamente simples: se a relação contratual de trabalho não é de emprego por ausência de requisito(s) do artigo 3º da CLT, mas está presente a inferioridade contratual agravada que pode resultar em lesão na esfera patrimonial ou existencial do trabalhador, então deve-se garantir a ele a aplicação da regra trabalhista, sobretudo,

aqui, a de matriz constitucional.

A estratégia do presente estudo, que é incipiente no que concerne à aplicação das teorias de vulnerabilidade no âmbito prático das relações capital-trabalho, será retomar brevemente algumas categorizações que poderão permitir a aplicação da normatização heterônoma trabalhista para além do emprego.

Vulnerabilidade negocial é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de fixar condições elementares de trabalho com o seu contratante. Vulnerabilidade hierárquica é inferioridade contratual agravada que coloca o trabalhador em uma situação hierárquica mais fragilizada do que aquela inerente a toda e qualquer relação de emprego e que é comum até mesmo nas demais relações de trabalho. Vulnerabilidade econômica é decorrente de um estado de risco ou condição pessoal do trabalhador que o faz ficar aquém do nível da subsistência. Vulnerabilidade técnica é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de conhecer e compreender a essência de seu trabalho e o proveito que garante ao contratante. Vulnerabilidade informacional é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de obter informações precisas acerca de seu trabalho e de seus direitos. Vulnerabilidade psíquica é situação de risco decorrente de problemas psíquicos preexistentes à prestação de trabalho ou desenvolvidos durante o labor e que agravam a inferioridade contratual do trabalhador. Por fim, a vulnerabilidade ambiental do trabalhador é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de se proteger no ambiente de trabalho.

É possível, então, partir de tais conceitos para reconhecer novos sujeitos da proteção sempre que em uma relação de trabalho sem vínculo de emprego esteja presente a vulnerabilidade daquele que vive do seu trabalho.

A compreensão de extensão de direitos trabalhistas aos trabalhadores não empregados, porém vulneráveis, tem respaldo na Constituição da República, artigo 7º, "caput"; artigo 1º, inciso IV; artigo 6º e artigo 193. Em todos os dispositivos aqui referenciados a Constituição da República direciona a proteção estatal ao trabalho, e não somente ao emprego. Sendo assim, a proteção trabalhista, principalmente relativa aos direitos constitucionais sociais, deve ser direcionada também ao trabalhador vulnerável que não é empregado de seu contratante. Aquele que se apropria do trabalho deve promover diretamente a consagração dos direitos trabalhistas, vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

III.2. NOVOS SUJEITOS DA PROTEÇÃO TRABALHISTA DECORRENTES DO CONCEITO JUSLABORAL DE VULNERABILIDADE

A vulnerabilidade das pessoas que no mercado só têm força de trabalho para vender deve ensejar seu reconhecimento como novos sujeitos da proteção estatal trabalhista. O desafio é tornar juridicamente viável, ainda que em parte, a compreensão sociológica de Ricardo Antunes[4] sobre quem é, hoje, a classe-que-vive-do-trabalho no Brasil:

Partiremos da formulação de que ela compreende a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho e que são despossuídos dos meios de produção, conforme a definição marxiana.

(...)

A classe trabalhadora, portanto, é composta – e isso é decisivo hoje – da totalidade dos assalariados, em todas as suas distintas modalidades de inserção no mundo do trabalho, incluindo aqueles subempregados, na informalidade e desempregados. Em nossa concepção ampliada estão *excluídos da classe trabalhadora* os gestores do capital, que são parte constitutiva da classe dominante, pelo papel central que têm no controle, na hierarquia, no mando e na gestão do capital e de seu processo de valorização, bem como os pequenos empresários, a pequena burguesia urbana e rural, que é detentora – ainda que em menor escala – dos meios de sua produção. Estão excluídos também aqueles que vivem de juros e da especulação. Então, compreender a classe trabalhadora hoje, de modo abrangente, implica entender esse conjunto heterogêneo, ampliado, complexo e fragmentado de seres sociais que vivem da venda da sua força de trabalho, que são assalariados e desprovidos dos meios de produção. (ANTUNES, 2018, p. 91).

O desafio aqui proposto, que não é expresso e explícito na obra citada de Ricardo Antunes, é garantir direitos trabalhistas a toda a classe-que-vive-do-trabalho desde que o trabalhador seja vulnerável, mesmo que não seja empregado.

Mais uma vez a estratégia do presente estudo incipiente será retomar brevemente alguns exemplos práticos de trabalhadores vulneráveis e aplicar a regra constitucional do artigo 7º em sua avença.

Possível pensar como novos sujeitos da proteção trabalhista o “empreendedor” identificado por Ricardo Antunes (2018) como “burguês de si próprio” ou “proletário de si mesmo”, os menores que são explorados, os trabalhadores em contratos de facção, os motoristas contratados via plataforma Uber, os trabalhadores em atividades

contravencionais sem potencial ofensivo e o autônomo exclusivo no teletrabalho. Tais situações de trabalho aqui descritas são meramente exemplificativas, na expectativa de que seja possível desenvolver outras tantas com a mesma estratégia interpretativa e de aplicação do direito.

Antes da análise específica, entretanto, é necessário reafirmar que não se trata aqui de situações de fraudes tendentes a encobrir ou afastar a relação de emprego. Trata-se de relação de trabalho sem um ou mais requisitos do emprego e que ainda assim merecerão tutela estatal trabalhista, em perspectiva constitucional, em razão da vulnerabilidade do trabalhador na avença que mantém com aquele que lhe explora força produtiva.

No que concerne aos empreendedores que são proletários de si mesmos, devem os contratantes, a sociedade e o Estado reconhecer a vulnerabilidade daquele que como pessoa física ou jurídica se relaciona em posição de fraqueza contratual com alguém que se aproveita de sua força de trabalho. A partir de tal reconhecimento incidirão na avença mantida todos os direitos sociais trabalhistas consagrados no artigo 7º da Constituição da República.

Sobre os menores que são explorados e que não preenchem os requisitos do emprego (CLT, artigo 3º) ou para os quais a avença é invalidada por incapacidade laborativa (CLT, artigos 402 e 403) deve o Estado intervir não só para fazer cessar a exploração indevida, mas, também, para impor ao explorador a satisfação pecuniária referente aos direitos sociais trabalhistas consagrados no artigo 7º da Constituição da República. O mesmo se aplica, sob outros fundamentos jurídicos, àqueles trabalhadores que desenvolvem atividade contravencional sem potencial ofensivo, como é o caso dos apontadores do jogo do bicho. A invalidade da avença decorrente de ilicitude deverá ser afastada, para que sejam reconhecidas a vulnerabilidade do trabalhador destinatário de tutela estatal e seus direitos constitucionais sociais.

Quanto aos trabalhadores em contratos de facção, ainda que autônomos devem ser reconhecidos como vulneráveis, devendo o Estado garantir, também e no mínimo, os direitos sociais trabalhistas consagrados no artigo 7º da Constituição da República.

Em relação aos motoristas contratados via plataforma Uber, ainda que os Tribunais Trabalhistas relutem em reconhecer vínculo empregatício, a simples vulnerabilidade deverá ensejar a concretização de direitos sociais trabalhistas consagrados no artigo 7º da Constituição da República, mesmo sendo o trabalhador autônomo ou não se

reconhecendo onerosidade objetiva na avença.

Por fim a figura do autônomo exclusivo no teletrabalho. Por definição trata-se de autônomo, o que afasta a clássica proteção celetista. Ocorre que se houver vulnerabilidade laborativa decorrência de exclusividade da entrega de trabalho a um único contratante deverá incidir, também aqui, direitos sociais trabalhistas consagrados no artigo 7º da Constituição da República.

São apenas alguns exemplos singelos de aplicação da vulnerabilidade trabalhista em relações que não são de emprego, mas que exigem a tutela trabalhista ainda que inicialmente na perspectiva dos direitos constitucionais sociais.

V. CONCLUSÃO

A vulnerabilidade na perspectiva das relações capital-trabalho pode ser compreendida como situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial. A definição justrabalhista de vulnerabilidade é necessariamente relacional. A situação do trabalhador só interessa para o Direito do Trabalho, em perspectiva restrita ou ampliada, se e quando ele se insere em uma relação com alguém que lhe absorve mão-de-obra ou saber-fazer. Enfim, a vulnerabilidade para fins de Direito do Trabalho está necessariamente vinculada à inserção laborativa contratual do trabalhador (relação de trabalho ou emprego), sem a qual não se justifica a análise específica.

É possível e em determinadas situações necessária a identificação de categorias de vulnerabilidade, sem que se pretenda, com isso, criar categorias distintas de proteção ao trabalhador. Vulnerabilidade negocial é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de fixar condições elementares de trabalho com o seu contratante. Vulnerabilidade hierárquica é inferioridade contratual agravada que coloca o trabalhador em uma situação hierárquica mais fragilizada do que aquela inerente a toda e qualquer relação de emprego e que é comum até mesmo nas demais relações de trabalho. Vulnerabilidade econômica é decorrente de um estado de risco ou condição pessoal do trabalhador que o faz ficar aquém do nível da subsistência. Vulnerabilidade técnica é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de conhecer e compreender

a essência de seu trabalho e o proveito que garante ao contratante. Vulnerabilidade informacional é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de obter informações precisas acerca de seu trabalho e de seus direitos. Vulnerabilidade psíquica é situação de risco decorrente de problemas psíquicos preexistentes à prestação de trabalho ou desenvolvidos durante o labor e que agravam a inferioridade contratual do trabalhador. Por fim, a vulnerabilidade ambiental do trabalhador é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de se proteger no ambiente de trabalho.

Não é razoável compreender que hipossuficiência e vulnerabilidade têm a mesma conceituação técnica. Em se tratando especificamente da relação jurídica de emprego é possível afirmar que todo empregado é hipossuficiente em razão de se posicionar contratualmente como tal na avença empregatícia. Todo trabalhador é hipossuficiente em relação ao contratante de seu trabalho, o que não ocorre necessariamente com a vulnerabilidade. A hipossuficiência exige atuação estatal no mínimo no âmbito da relação de emprego, enquanto a vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a intervenção do Estado na criação da norma heterônoma de Direito do Trabalho. A hipossuficiência exige a construção da regra trabalhista, mas não necessariamente será considerada como relevante no momento de sua interpretação ou aplicação. A ideia de vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a construção da norma trabalhista, mas deve ser considerada no momento da sua interpretação e aplicação.

O objetivo central do presente estudo é a fixação de conceitos justralhistas de vulnerabilidade e sua distinção em relação a outros temas e institutos, sobretudo hipossuficiência. Não obstante tal centralidade, é possível desde já iniciar debates em torno da aplicação prática do conceito de vulnerabilidade no Direito do Trabalho brasileiro. É possível, ainda que de modo incipiente, indicar estratégias para ampliação da esfera de proteção trabalhista para além de emprego, tendo a vulnerabilidade laborativa como ponto de partida para tanto. Da mesma forma é possível pensar em novos sujeitos da proteção trabalhista decorrentes do conceito juslaboral de vulnerabilidade.

Apresentados os conceitos e as principais distinções caberá aos estudiosos das relações jurídicas entre capital e trabalho sua utilização para a construção de estratégias interpretativas da norma posta tendentes à ampliação da proteção laboral, para que cada vez mais trabalhadores sejam inseridos na esfera protetiva estatal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. **Novo Contrato de Emprego: parassubordinação trabalhista.** São Paulo: LTr., 2005.

ANTUNES, Ricardo. **O PRIVILÉGIO DA SERVIDÃO: o novo proletário de serviços na era digital.** São Paulo: Boitempo, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno.** São Paulo: LTr., 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr., 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 17. ed. São Paulo: LTr., 2018.

DELGADO, Maurício Goinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr., 2017.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporânea. **Revista LTr.**, ano 77, março de 2013. São Paulo: LTr., 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, p. 101-123, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos**

Vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POCHMANN, Márcio. **Trabalho sob Fogo Cruzado:** exclusão, desemprego e precarização no final do século. São Paulo: Contexto, 1999.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE; Secretaria Municipal Adjunta de Assistência Social. **Dicionário de termos técnicos da assistência social.** Belo Horizonte: ASCOM, 2007.

SAMARTINI, André Luiz Silva. **Relatório de Pesquisa: Vulnerabilidade Social e Vulnerabilidade de Trabalho em Famílias de Baixa Renda no Município de São Paulo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13380/Rel01_2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 19/06/2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SUPERSUBORDINAÇÃO: invertendo a lógica do jogo. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária.** n. 242. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor:** a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Artigo publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito UFPR 64 (2), 111-139.

‘Notas de fim’

[1] Possível compreender que a norma contida no “caput” do artigo 7º da Constituição da República determina a extensão da proteção trabalhista para trabalhadores que não são empregados, do que decorre a afirmação de que pelo menos (no mínimo) no plano da relação empregatícia deve haver proteção estatal. A norma constitucional citada estabelece direitos dos “trabalhadores urbanos e rurais”, e não direitos dos empregados urbanos e rurais.

[2] A Dignidade da Pessoa Humana, para fins do presente estudo, é entendida como melhoria da condição social do trabalhador e o respeito à sua integridade física e moral.

Sobre o tema: DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2. ed. 2015. Do ponto de vista prático, talvez seja melhor compreender o que não é dignidade da pessoa humana: “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (da exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

[3] “Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.” ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. n. 82. jan-fev/2018. p. 105.

[4] Ricardo Antunes, em “O PRIVILÉGIO DA SERVIDÃO: o novo proletariado de serviços na era digital” não chega a propor expressamente a extensão de direitos trabalhistas, sejam constitucionais ou celetistas, a toda a classe-que-vive-do-trabalho.

NECESSIDADE DE PROTEÇÃO SOCIAL AOS TRABALHADORES DA GIG ECONOMY

Marcelo Nogueira de Almeida Costa

Marcella Pagani

RESUMO

O presente artigo pretendeu analisar os efeitos socioeconômicos e trabalhistas gerados pela Quarta Revolução Tecnológica sobre o trabalho humano, notadamente em relação aos trabalhadores da *gig economy*. Verificou-se a necessidade de proteção social a esses trabalhadores, especialmente no que diz respeito à garantia de direitos trabalhistas fundamentais visando a preservação do trabalho digno. Apurou-se que viabilizar a proteção social do trabalho humano exige que o Direito do Trabalho, a partir do seu caráter expansionista, democrático e civilizatório, compreenda a situação singular dos trabalhadores da *gig economy*, os *crowdworkers* e os trabalhadores sob demanda por aplicativo, podendo a eles garantir os direitos trabalhistas fundamentais. Além disso, buscou-se analisar como a polarização do trabalho, em parte resultante das mudanças tecnológicas, afetará a preservação do trabalho digno para os trabalhadores da *gig economy*.

Palavras-chave: Revolução Tecnológica. Trabalho. Regulação.

ABSTRACT

This paper aimed to analyze the socioeconomic and labor effects generated by the Fourth Technological Revolution on human labor, notably in relation to gig economy

Marcelo Nogueira de Almeida Costa

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Especialista em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

Marcella Pagani

Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário. Professora Universitária. Advogada sócia do Kumaira Advogados Associados.

workers. There was a need for social protection for these workers, especially with regard to guaranteeing fundamental labor rights aimed at preserving decent work. It was found that enabling social protection of human labor requires that Labor Law, based on its expansionist, democratic and civilizing character, understand the unique situation of gig economy workers, crowdworkers and workers on demand by application, and may guarantee them fundamental labor rights. In addition, it sought to analyze how the polarization of work, partly resulting from technological changes, will affect the preservation of decent work for workers in the gig economy.

Key words: Fourth Revolution. Work. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

O capitalismo globalizado vive em um período de incertezas, de crise e de medo, o que vem se tornando mais evidente com a pandemia do Covid-19. O que era ontem, já não é mais hoje.

Tudo em desordem, nada mais no seu devido lugar. Mas, será que a sociedade, a economia e o trabalho humano já estiveram em ordem? Não se estaria presenciando o retorno da Babilônia ou, na verdade, a Babilônia nunca deixou de estar presente.

Pode parecer tudo pessimista, mas a atual conjuntura do cenário sociopolítico, econômico e jurídico no Brasil tem conduzido a essas reflexões que se acentuaram com a chegada da pandemia do Covid-19 em terras brasileiras.

Desde o final de 2015 e início de 2016, no Brasil, verifica-se o movimento juspolítico e econômico de desmantelamento da tutela em torno do trabalho humano, culminando na aprovação da Lei 13.467/2017 que instituiu a Reforma Trabalhista no Direito do Trabalho pátrio. Avançar para, após décadas de conquistas, recuar séculos! O que esperar do Direito do Trabalho? O seu caráter modernizante e progressista e a sua natureza civilizatória e democrática resistirão a tantos ataques?

Esse contexto de dúvidas em torno da tutela do trabalho humano evidenciou-se com a pandemia do Covid-19 que tem, cada vez mais, acentuado o movimento excludente de trabalhadores, notadamente aqueles detentores de empregos precários.

Sob esse olhar, talvez tenebroso, é preciso resgatar as bases estruturantes do ramo justralhista para enfrentar as mazelas produzidas pelo capitalismo desordenado, notadamente aos trabalhadores da *gig economy*.

2. A QUARTA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O TRABALHO DECENTE

A grande questão sobre o impacto da Revolução Informacional no futuro do trabalho não é tanto o desemprego em massa, mas a perda de bons empregos estáveis que antes exigiam apenas habilidades de nível médio e proporcionavam salários que permitiam a existência de uma classe média robusta.

Os responsáveis pela perda destes trabalhos decentes não são apenas a digitalização e os robôs, mas, também, a globalização que permite a terceirização de trabalhadores para outros países com menos encargos ambientais e trabalhistas (GORDON, 2016). O dilema, portanto, é “se e como seremos capazes de evitar a destruição de bons empregos e a criação de empregos ruins” (OITa, 2017, p.7 tradução nossa). Dentro da compreensão do trabalho decente, o trabalho deve promover os direitos trabalhistas e humanos, contribuindo para a autorrealização do trabalhador (GLOBAL COMMISSION ON THE FUTURE OF WORK, 2018).

A pessoa humana que se utiliza de sua força de trabalho, como meio de subsistência, antes de ser considerada trabalhadora, é cidadã. Assim, o trabalhador goza de todas as prerrogativas constitucionais que, aliadas às garantias prescritas pelo Direito do Trabalho, assegurarão o patamar civilizatório mínimo e, portanto, o trabalho decente.

A efetividade do trabalho decente está intimamente relacionada com a garantia a todos os trabalhadores do mínimo capaz de lhes assegurar a existência digna, cujo objetivo é “a preservação de um valor absoluto e universal, a dignidade do homem que trabalha” (NASCIMENTO, 2007, p.68). Aloisi e Cherry (2017) apontam que a precarização e fragmentação não são exclusividade dos trabalhos da *gig economy*. A terceirização e a proliferação de trabalhos casuais, junto com os trabalhos intermediados pelas plataformas, fazem parte do aumento da força de trabalho *just-in-time*.

Valerio De Stefano (2019), sobre deslocamento do mercado de trabalho provocado pela Quarta Revolução Tecnológica e seus impactos sociais e econômicos, explica que a tecnologia não impedirá a geração de empregos. Contudo, tais empregos não estão pautados nas garantias mínimas para o desenvolvimento de trabalho digno, conduzindo a uma crescente desigualdade entre as classes de trabalhadores.

Diferentemente do que se pode pensar, referida desigualdade não se relaciona somente aos avanços tecnológicos e automação, mas também é acentuada em razão

da adoção de terceirização da produção e novas modalidades de trabalho, como o *crowdemployment* (DE STEFANO, 2019). Essas novas modalidades de contratação da força de trabalho “*também são responsáveis pela substituição de empregos decentes por ocupações que não garantem padrões de vida adequados, contribuindo para o aumento da marginalização social e discórdia política*”. (DE STEFANO, 2019, p.9 tradução nossa)

A diferenciação entre trabalho industrial e trabalho digital proposta por Stone (2004) e analisada por Aloisi e Cherry (2017) pode ser relevante no desenvolvimento de novos conceitos. O trabalho industrial se caracterizava pela manufatura e pelo emprego e direitos sociais do “berço ao túmulo” (*from the cradle to the grave*, em inglês).

O funcionamento da indústria exigia a manutenção da lealdade dos empregados a um único empregador. Os trabalhadores eram supervisionados diretamente na fábrica, de forma que podiam organizar sua representatividade localmente e barganhavam direitos sob o prisma da longevidade (FUDGE; STRAUSS, 2014). A lealdade interessava a ambas as partes da relação de emprego, o trabalho realizado de forma centralizada favoreceu “a concentração de trabalhadores em fábricas e bairros urbanos criou uma massa crítica para a discussão política e organização do trabalho” (FREEMAN, 2018, p.54).

Nas lições de Mauricio Godinho Delgado (2010, p.20):

A relação de emprego, erigindo-se a partir do trabalho livre, mas simultaneamente subordinado, permite ao empreendedor capitalista usufruir do máximo da energia, da inteligência, da emoção e da criatividade humanas, dando origem a um mecanismo de integração da pessoa ao sistema produtivo dotado de potencialidade máxima no tocante à geração de bens e serviços na sociedade histórica. Em torno da relação de emprego, pelas suas características de permitir combinar liberdade pessoal do trabalhador com direção empresarial pelo empreendedor, é que se erigiu a fórmula inovadora de organização do sistema produtivo que permitiria ao capitalismo distanciar-se dos precedentes modos de produção, potenciando ao máximo não só a inteligência produtiva, sistematizada e objetivada do ser humano, como a produtividade do trabalho ao longo dos últimos dois séculos e meio.

Por outro lado, no trabalho digital, o modelo de emprego bem definido, “ciclo de vida”, dá lugar ao paradigma da “empregabilidade” (ALOISI; CHERRY, 2017), pois a revolução informacional que surgiu com computadores e internet exigia cada vez mais conhecimentos dos trabalhadores, sendo que, em vez de lealdade, o foco era competitividade.

A alta rotatividade de muitos setores da economia *gig* vem dificultando laços de comunidade entre os trabalhadores visando interesses de longo prazo, o que contribui para o prejuízo à organização coletiva tradicional, criando sérios desafios para uma representatividade efetiva, uma vez que até para encontrar estes trabalhadores se torna desafiador (JOHNSTON; LAND-KAZLAUSKAS, 2019). A individualização do processo de trabalho pelas plataformas permite essa descentralização, o que facilita a subcontratação e desestimula a organização dos trabalhadores (CASTELLS, 1999).

De acordo com Languille e Davidov (1999, p.8)

Nosso problema agora é que as placas tectônicas do mundo das relações produtivas estão mudando. Desenvolvimentos revolucionários em tecnologias da informação, novos métodos de organização da atividade produtiva e pressões competitivas da globalização nas esferas pública e privada conspiraram para criar novos modos de trabalho (de “relações produtivas”) nos quais o entendimento tradicional é frequentemente revelado como sem roupas, ou pelo menos muito pouco útil para se dizer. (tradução nossa)

O *crowdwork* caracterizado pelas *micro-tasks* é classificado por Stone (2004) como taylorismo paradigmático. Apesar de ser executado na internet, guarda muitas semelhanças com o taylorismo do trabalho industrial típico. De acordo com Cherry (2016, p. 3), “em alguns aspectos, o *crowdwork* parece um retrocesso aos processos industriais desqualificados associados a Taylor, mas sem a lealdade e a segurança no emprego.” (tradução nossa)

A OIT (2019), na Iniciativa Centenária para o Futuro do Trabalho, aponta três consequências econômicas e sociais importantes derivadas das mudanças tecnológicas. A primeira delas é a polarização do trabalho, que consiste no esvaziamento dos empregos de classe média que, antes, exigiam habilidades intermediárias com grande impacto na qualidade dos empregos disponíveis. Outra consequência é a necessidade dos ajustes sociais e econômicos através de aperfeiçoamento de habilidades ao longo da vida, sob o risco de redundância e realocação geográfica facilitada pelo *crowdworking*. A última consequência se refere às questões (re)distributivas em virtude do aumento da desigualdade, já que a polarização do emprego também significa polarização da renda.

O relatório da Conferência OIT-ACESIS (2018) considera a polarização do trabalho um problema macro da Revolução Informacional, mas também aponta uma

questão micro. Nesse viés, o desafio é organizar a representatividade de milhões de trabalhadores que não desfrutam dos mesmos direitos dos trabalhadores que tem seu vínculo de emprego reconhecido, visto que é inegável a proliferação dos trabalhadores não-padronizados (*non-standard workers*): os *crowdworkers*¹ e os trabalhadores sob demanda por aplicativos que realizam os trabalhos intermitentes da economia de plataforma.

3. O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE À TECNOLOGIA E O TRABALHO HUMANO

Em tempos de pandemia, verificou-se de forma mais evidente a vulnerabilidade do trabalhador de aplicativos, visto que muitos perderam seu trabalho em razão das políticas de confinamento adotadas por algumas esferas públicas. Muitos desses trabalhadores migraram para outra modalidade de trabalho ainda mais precária, que são os aplicativos de entrega.

Nesse contexto, surge o desafio diário dos trabalhadores em enfrentar o temor à morte, seja pela fome gerada pela ausência de trabalho, seja pela ausência de proteção jurídica quanto à segurança e saúde no trabalho.

Negar a essencialidade do valor-trabalho tem refletido diretamente na própria concepção do Direito do Trabalho, surgindo correntes doutrinárias que exaltam o fim do trabalho regulado, dando espaço aos trabalhos ausentes de proteção jurídica.

A relação indissociável entre homem e trabalho, entretanto, bem como a primazia do valor-trabalho para a própria sociedade e funcionamento do sistema capitalista, afastam qualquer tese no sentido de desconstrução da necessidade do trabalho regulado e protegido.

A valorização do trabalho humano é, portanto, promovida pela proteção ao trabalhador, enquanto pessoa e cidadão, já que o trabalho é instrumento de inserção social da pessoa humana que o executa.

Ao trabalho, portanto, é reconhecido o valor social porque ele é um elemento de inserção social, ou seja, é através do trabalho que o ser humano se realiza e exerce sua cidadania, pois é *“instrumento de consolidação da identidade social do homem [...]”*

1 O crowdwork “é um trabalho executado através de plataformas on-line que colocam em contato um número indefinido de organizações, empresas e indivíduos pela Internet, potencialmente permitindo conectar clientes e trabalhadores em nível global” (ALOISI; DE STEFANO, 2018, p.473-474 tradução nossa)

(DELGADO, Gabriela, 2006, p.19). Entre trabalho e ser humano, portanto, há uma relação indissociável

O patamar civilizatório mínimo² mostra-se como limite a ser garantido ao trabalhador para obtenção de uma vida digna, por meio de um trabalho digno. Em outras palavras, é o reconhecimento do *“direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis para que possa levar uma vida digna”* (DELGADO, Gabriela, 2006, p.215).

Esse mínimo, que poderá ser também chamado de mínimo existencial³, não pode ser privativo dos empregados, mas deve ser assegurado a todos os trabalhadores que se utilizam de sua força de trabalho para alcançar uma vida digna.

Assim, “[...] é preciso olhar e lembrar não só do motivo econômico pelo qual os homens trabalham, mas também quem, onde e como trabalham, que é o ambiente próprio e necessário para que o Direito do Trabalho se justifique e se realize” (RENAULT et al., 2008, p. 77).

Sob esse aspecto, Kalil (2019) afirma que a visão do Direito do Trabalho ancorada na importância de se identificar o preposto para a configuração do elemento de subordinação, apesar de essencial no trabalho industrial, típico do século XIX e XX, é anacrônica em relação às novas formas de gerenciamento do trabalho, que “evoluíram nas últimas décadas e, sem levar em consideração o papel da programação e do algoritmo nas plataformas, não é possível entender as dinâmicas das relações de trabalho nesse modelo” (KALIL, 2019, p. 20).

Um dos fundamentos do Direito do Trabalho consiste em proteger o trabalhador, em sua dignidade humana, de abusos do poder de direção do empregador. O ramo juslaboral realiza um sistema de valores que, em razão de sua função tuitiva, visa à *“defesa da vida, da saúde, da integridade física e de outros bens jurídicos do trabalhador [...]”* (NASCIMENTO, 2007, p. 67).

Por outro lado, a discussão, quanto às novas tecnologias, muitas vezes, se limita ao aspecto quantitativo de redução ou eliminação massiva no número de

2 Expressão usada por Maurício Godinho Delgado para se referir à garantia de direitos mínimos fundamentais a fim de preservar a realização de trabalho civilizado e digno.

3 Sobre a compreensão da expressão, Ingo Wolfgang Sarlet explica que o mínimo existencial deverá guardar sintonia com a dignidade da pessoa humana, “não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra”. In SARLET, 2007, p. 95.

empregos, negligenciando o aspecto qualitativo, especialmente, o direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável (DE STEFANO, 2020).

O patamar civilizatório mínimo é, por conseguinte, pressuposto do trabalho decente que é realizado pela preservação e reconhecimento do valor social do trabalho. Nesse ínterim, o caráter humanista exercido pelo Direito do Trabalho se manifesta por sua “atitude de intervenção jurídica para a reestruturação das instituições sociais e para melhor relacionamento entre o homem que trabalha e aqueles para os quais o trabalho é destinado” (NASCIMENTO, 2007, p.70).

É necessário, portanto, a garantia e preservação de uma “plataforma de direitos básicos do trabalhador, impostergáveis, como o direito a um salário, ao descanso diário, semanal e anual, à proteção da integridade física e saúde [...]” (NASCIMENTO, 2007, p.70-71) a todos os trabalhadores, notadamente aqueles que se encontram em situação de exclusão das teias protetoras legais.

A garantia aos direitos trabalhistas mínimos e fundamentais do homem constitui o instrumento hábil para preservação do patamar civilizatório mínimo a todos os trabalhadores, em conformidade com o caráter expansionista e função civilizatória e democrática do ramo juslaboral.

Diante disso, o Direito do Trabalho não pode se furtar de seus princípios fundantes e sua base teleológica, qual seja a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho de modo a proteger e estender a todos os trabalhadores que vivem em situação excludente o direito ao mínimo existencial.

A garantia do patamar civilizatório mínimo a todos os trabalhadores converge, portanto, com o caráter democrático do Direito do Trabalho e permite a plena integração desses trabalhadores na ordem socioeconômica.

Corroborando a inclusão jurídico-trabalhista dos trabalhadores de aplicativos, De Stefano (2020) ressalta a importância da legislação trabalhista e da negociação coletiva em regular como as novas tecnologias afetarão a qualidade do trabalho, de forma a assegurar a dignidade e os direitos fundamentais dos trabalhadores da *gig economy*, e critica o que ele chama de visão tecno-determinística da automação, que vê qualquer regulação como, inevitavelmente, prejudicial a inovação.

De Stefano (2018) defende que a programação do algoritmo seja transparente e, que as metas de produtividade codificadas sejam objeto de negociação coletiva, reiterando, assim, a necessidade de organização e representatividade dos trabalhadores

de plataformas digitais.

Desse modo, mister ressaltar a importância da legislação trabalhista e da negociação coletiva em regular como as novas tecnologias afetarão a qualidade do trabalho, de forma a assegurar a dignidade e os direitos fundamentais dos trabalhadores da *gig economy* (De Stefano, 2020).

Coadunando com esse pensar, Adrián Todolí-Signes (2017) aponta a existência de um debate doutrinário importante sobre se a posição enfraquecida de um trabalhador em barganhar por melhores condições, deveria, por si só, justificar a proteção juslaboral, independentemente do trabalho humano ser realizado de forma autônoma, ou seja, “a ideia de que deve haver uma correlação entre a situação social de um ‘trabalhador’ (subordinação econômica) e o conceito jurídico de ‘empregado’ (e sua proteção) (Baylos Grau, 2000: 48-49, 105)” (TODOLÍ-SIGNES, 2017 p.7 tradução nossa).

O pleno acesso aos direitos trabalhistas fundamentais mínimos não pode estar restrito aos empregados, assim reconhecidos juridicamente, sob pena de limitar o próprio exercício da cidadania dos demais trabalhadores tornando mais provável as ameaças e violações aos seus direitos fundamentais, já que é impossível separar o trabalho da pessoa do trabalhador.

O fato de ser trabalhador da *gig economy*, não lhe retira a condição de cidadão, de modo que devem ser assegurados todos os direitos fundamentais que assistem a ele enquanto cidadão-trabalhador.

3. CAPITALISMO FINANCEIRIZADO, A UBERIZAÇÃO COMO MODELO DE NEGÓCIO E A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR

O liberalismo econômico tem enfatizado as ideias de “livre competição” e de “mercado auto regulador”, sendo, também, associado com a globalização e com a menor intervenção do governo no mercado. Tal circunstância exige, portanto, um dever de confiança cega no mercado (CHANG, 2013).

Srnicek (2016) aponta três tendências anteriores que ajudam entender a conjuntura atual: as mudanças da década de 1970, o crescimento do trabalho flexível e a expansão do modelo *lean business*, que se trata de uma versão taylorista extrema, com terceirização da produção para *sweatshops* e empresas com poucos ativos. Em

seguida, a bolha *dot.com* da década de 90, que permitiu “a instalação de uma base de infra-estrutura para a economia digital e a mudança para uma política monetária ultra acomodativa em resposta a problemas econômicos” (SRNICEK, 2016, p.20 tradução nossa).

Srniczek (2016) caracteriza a década de 90 como uma época especulativa, com grandes injeções de capital de risco (*venture capital*), e associa esse novo modelo de crescimento com a crise *subprime* de 2008, cuja resposta à crise envolveu o socorro do governo aos bancos e seguradoras, através de *bailouts*, criando enormes déficits orçamentários, o que, na prática, significou reduções nos investimentos públicos e nos programas de bem estar social, prejudicando o crescimento econômico, a estabilidade social e os avanços históricos na luta contra a pobreza (CHANG, 2013).

A mudança para o trabalho flexível na década de 1970, a ascensão da espiral especulativa da bolha *dot.com*, que também ajudou a construir a infraestrutura digital, e as respostas à crise de 2008, tornaram os trabalhadores reféns do trabalho precarizado, o pano de fundo para o Capitalismo de Plataforma (SRNICEK, 2016).

Como sabido, a estreita relação entre trabalho e capital é inerente ao sistema capitalista. Contudo, o valor social do trabalho só foi reconhecido pelo sistema capitalista a partir do momento em que se percebeu que o trabalho é essencial para a dinâmica, manutenção e desenvolvimento do próprio sistema, bem como instrumento de distribuição de renda, tornando-se um marco “*de estruturação da democracia no mundo contemporâneo*” (DELGADO, Maurício, 2019, p.120).

A partir da política de adoção do capitalismo de plataforma, o modelo de negócios da Uber é chamado de “plataforma enxuta” (SRNICEK 2020), devido a estratégia da empresa de possuir o mínimo de ativos necessários para o funcionamento da sua atividade, além de não possuir uma frota de veículos, o que reduz os custos com manutenção e combustível. Ressalta-se que, até seus servidores de dados, essenciais para o gerenciamento do negócio, são alugados de outras plataformas. Desse modo, o seu valor está na plataforma tecnológica que junta oferta e demanda de forma eficiente e a baixo custo (SRNICEK, 2020).

Por outro lado, todos esses custos são repassados ao trabalhador, visto que

são responsáveis por todo o ônus do instrumental de trabalho, inclusive pela rede de dados móveis, essencial para a comunicação da plataforma com o trabalhador (DELGADO, 2020⁴).

Adrián Todolí-Signes (2017) argumenta que uma legislação especial para tratar dos direitos dos trabalhadores da *gig economy* deveria esclarecer a questão do reembolso das despesas e propõe uma divisão entre custos fixos e custos correntes

Uma lei trabalhista especial deve permitir que as empresas estabeleçam uma série de requisitos em relação aos materiais ou ferramentas de propriedade do trabalhador para trabalhar através da plataforma. Nesse sentido, pode ser necessário que os funcionários possuam telefone, carro, computador etc. e esses ativos “subutilizados” não devem ser pagos pela empresa. No entanto, os bens consumíveis necessários para executar o trabalho devem ser reembolsados pela empresa (por exemplo, custos de operação). Portanto, haveria uma separação entre custos fixos (pagos pelo trabalhador) e custos correntes (pagos pela empresa). (TODOLÍ-SIGNES, 2017, p. 10 tradução nossa)

Um argumento escorregadio que implicaria na categorização dos crowdworkers e trabalhadores sob demanda por aplicativo como *independent contractors* seria o fato destes usarem suas próprias ferramentas, que incluiriam carros, computadores, internet e celulares. O pano de fundo por trás desse “empreendedorismo” por parte do trabalhador “autônomo” refletiria um subterfúgio, de maneira que a transferência dos riscos da atividade pelo empregador. A simples posse do ônus instrumental não pode ser dissociada de uma mensuração da dependência econômica do trabalhador frente ao “empregador” ou a plataforma. Na categoria intermediária proposta pela Espanha, um dos requisitos para a caracterização do TRADE (*Trabajador Autonomo Economicamente Dependiente*) é aferição pela lei de 75% de dependência econômica da renda do trabalhador (ALOISI; CHERRY, 2017). Nas palavras de Davidov (2011, p.183) “se o trabalhador estiver em uma posição de vulnerabilidade que justifique a aplicação das leis trabalhistas, a posse formal do equipamento não altera essa vulnerabilidade.” (tradução nossa)

De Stefano (2020) ainda aponta a imprevisibilidade que esse arranjo de trabalho

4 DELGADO, Gabriela N. Ciclo de Debates UnB TV: desafios à saúde global e a proteção trabalhista social trabalhista. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8MNFP-4AohM>.

traz para o trabalhador, já que a relação pode ser desfeita sem aviso prévio ou qualquer justificativa. De Stefano e Alessi (2018) acreditam que uma outra característica intrínseca ao trabalho *on demand*, intermediado por aplicativos, é a restrição do trabalhador ao exercício efetivo do direito fundamental à associação e de negociação coletiva, o que comprometeria a garantia de uma proteção social adequada.

O retrocesso e a estagnação da condição social dos trabalhadores autorizam correlacionar a precarização do mercado de trabalho com a negação à cidadania do trabalhador, porque a retração do mercado de trabalho e a oferta de trabalho com precária proteção social contribuem para a crescente miséria e exclusão social.

Ricardo Antunes (2009) explica que os trabalhadores do final do século XX já se caracterizavam como proletariado precarizado, que o autor denomina de subproletariado moderno. Sobre esse cenário, Huw Beyon⁵, sociólogo inglês, denomina essa classe de trabalhadores de operários hifenizados, em razão do tipo de trabalho que geralmente estão vinculados: trabalho-parcial, trabalho-precário, trabalho-por-tempo.

Tais processos de reestruturação produtiva criaram o *“isolamento político das classes trabalhadoras na produção”*(SANTOS, 2013, p.247), na medida em que retiram do trabalhador a capacidade de se reconhecer como membro efetivo da sociedade capitalista contemporânea.

Além disso, Boaventura Santos sinaliza para o surgimento de um regresso do capital variável que seria caracterizado pela sujeição dos ritmos da reprodução social aos ritmos da produção, ou seja, só haveria trabalho quando houvesse demanda de produção. Tal fenômeno seria responsável pelo agravamento da insegurança na vida do trabalhador, o que acentuaria o seu isolamento político.

Diante desse contexto, o Direito do Trabalho deve ampliar o raio sobre os atores do mundo do trabalho, promovendo a vida digna do trabalhador. Espera-se desse ramo jurídico a mutabilidade de sua compreensão e aplicação de forma a atender as novas e cambiantes relações de trabalho surgidas nos últimos tempos.

Na verdade, não se trata de novidade que o ramo juslaboral tenha caráter expansionista, porém, tal característica não pode mais estar restrita à clássica concepção da atuação protetiva desse ramo jurídico.

5 Apud ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 197-198.

4. CONCLUSÃO

Os impactos sociais e até mesmo éticos que a Quarta Revolução Tecnológica trará ao Direito do Trabalho já estão sendo notados nas mais diversas profissões e no gerenciamento algorítmico de empresas de plataforma.

O risco apontado ao longo deste artigo é vulnerabilidade em que estão submetidos os trabalhadores da economia de plataforma, já que ocupam o que se denomina de trabalho *gig economy*, totalmente ausentes de proteção trabalhista.

Essa vulnerabilidade contribui para um aumento da desigualdade socioeconômica no mundo do trabalho. Não se pode fechar as portas para a realidade do trabalho tecnológico e automatizado, mas deve-se preservar e promover a extensão dos direitos fundamentais do trabalho como meio de garantir o trabalho digno para além do emprego.

Nessa medida, mostra-se imprescindível a retomada da proteção insculpida na Constituição da República de 1988 que elevou, ao patamar de direito fundamental, o trabalho humano. As diretrizes sociais fundadas no texto constitucional devem ser revisitadas, revividas e concretizadas como forma de bloqueio aos avanços dos impactos da tecnologia sobre as relações trabalhistas.

O Direito do Trabalho sempre se posicionou como um direito de distribuição de renda, um direito de liberdade e de cidadania, promovendo a democracia através da inserção do trabalhador na sociedade econômica.

Essa nova concepção do papel expansivo e inclusivo do Direito do Trabalho contribuirá para a redução da marginalidade social do trabalhador, já que se transforma em importante mecanismo de integração do trabalhador no sistema capitalista de produção.

BIBLIOGRAFIA FINAL

ALOISI, A.; Cherry, M. A. **'Dependent Contractors' in the Gig Economy: A Comparative Approach**. American Univ. L. Rev. 635 (2017), Saint Louis U. Legal Studies. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2847869>

ALOISI, Antonio; DE STEFANO, Valerio. **Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of non-standard workers**. BOCCONI LEGAL STUDIES

RESEARCH PAPER SERIES. Università Bocconi, 2018

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRAIL, Shauna. **COVID-19 has exposed the vulnerabilities of firms like Airbnb and Uber. It's also an opportunity for cities to recalibrate their policies.** Disponível em: <https://policyoptions.irpp.org/magazines/june-2020/an-opportunity-to-reimagine-the-role-for-platform-economy-firms/> Acesso em: 29 jun. 2020

Ciclo de Debates UnB TV: Desafios à Saúde Global e à Proteção Social Trabalhista. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8MNFP-4AohM>

CASTELLS, Manuel. **Empleo, trabajo y sindicatos en la nueva economía global.** La Factoría, n. 1, 1996.

CHANG, Ha-Joon. **23 Coisas que não nos contaram sobre o Capitalismo.** Tradução Cláudia Gerpe Duarte. 1ª Edição digital. São Paulo. Cultrix, 2013.

CHERRY, M. A., **Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work.** Comparative Labor Law & Policy Journal, 2016

DAVIDOV, Guy; LANGUILLE, Brian A. **Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada.** Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 21, No. 1, pp. 7-46, 1999, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1651230>

DAVIDOV, Guy. **Re-matching labour laws with their purpose.** In: DAVIDOV, Guy; LANGUILLE, Brian A. (Coord). **The Idea of labour law.** Oxford: Oxford University Press, 2011

DE STEFANO, Valerio. **Labour and Social Protection in times of Covid-19.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UQPzbdP0kEY&feature=youtu.be>

DE STEFANO, Valerio. **Algorithmic bosses and what to do about them: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection.** In: Domenico Marino, Melchiorre A. Monaca (orgs.). Economic and Policy Implications of Artificial Intelligence. Switzerland. Springer. 65-86, 2020

DE STEFANO, Valerio. **“Negotiating the algorithm”: Automation, artificial intelligence and labour protection.** Employment Working Paper N°. 246. Employment Policy Department. Geneva. ILO, 2018

DE STEFANO, Valerio. **“The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig-economy’”,** ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper, No. 71. Geneva, ILO, 2016

DE STEFANO, Valerio. **Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection.** (Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, No. 1, 2019, (June 13, 2019) Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3403837>

Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho. Disponível em: www.ilo.org/public/english/standards/declaration

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da desconstrução e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista.** In: DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Nunes; SENA, Adriana Goulart de (Coord.). Dignidade humana e inclusão social. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2019.

FREEMAN, Joshua B. **A history of the factory and the making of the modern world.** New York. W.W. Norton & Company, 2018

FUDGE, Judy; STRAUSS, Kendra. **Temporary Work, Agencies and Unfree Labour. Insecurity in The New World of Work.** Routledge, New York, 2014

GLOBAL COMISSION ON THE FUTURE OF WORK. **Job quality in the platform economy.** Cluster 3: Technology for social, environmental and economic development, ILO, 2019

GORDON, Robert J. **“The rise and fall of American growth: The U.S. standard of living since the Civil War”**, Princeton, Princeton University Press, 2016

JOHNSTON, H.; LAND-KAZLAUSKAS, C. **Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy.** Conditions of Work and Employment Series N° 64, ILO, p.1-47, 2019

KALIL, Renan B. **Capitalismo de Plataforma e Direito do Trabalho: Crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos.** Tese de Doutorado

KATTA, S., BADGER, A., GRAHAM, M., HOWSON, K., USTEL-SPILDA, F., & BERTOLINI, A. **(Dis)embeddedness and (de)commodification: COVID-19, Uber, and the unravelling logics of the gig economy.** Dialogues in Human Geography, 2020 <https://doi.org/10.1177/2043820620934942>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

OITa, The Future of Work Centenary Initiative. **Technological Changes and Work in the future: Making technology work for all,** 2019

PAGANI, Marcella. **Direito do Trabalho:** uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores. Belo Horizonte: Bookjvris, 2011.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella; CALDAS, Sielen Barreto. O Direito do Trabalho e todos os trabalhos com direitos. *In: Esfera Jurídica: Revista Jurídica da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, Leiditathi, v. 3, ano 2, p. 64-81, jul./dez. 2008.

Report of OIT-ACESIS Conference - 2017. **Social Dialogue and Future of Work**, Suíça, ILO, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge, Polity, 2017

SRNICEK, Nick. **The Myths about the future of Economy**. In: Nan Craig, Robert Skidelsky Org (s) Work in the future. The Automation Revolution. London. Palgrave Macmillan. 133-142, 2020

STONE, Katherine. **From Widgets to Digits. Employment Regulation for The Changing Workplace**. Cambridge University Press, 2004

TODOLÍ-SIGNES, Adrián. **The gig economy: employee, self-employed or the need for a special employment regulation?** European Review of Labour and Research. Online version 28 April 2017, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2960220> DOI: 10.1177/1024258917701381

Artigo publicado originalmente na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP v.87, n.1, p.150-163, jan./mar.2021.

O CONCEITO DE PRECARIADO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO SURGIDAS NO SÉCULO XXI: UMA ABORDAGEM SOBRE A CONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO AOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Guilherme Sebalhos Ritzel
Marcelo Barroso Kümmel

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de abordar um conceito teórico importante para o mundo do trabalho contemporâneo, que é o de precariado. Para isso, utilizou-se de fontes secundárias de pesquisa como a bibliografia referente ao tema e também decisões judiciais que versaram sobre a possibilidade de vínculo empregatício de motoristas do aplicativo Uber. A pesquisa compreende a ideia de que nas últimas décadas os direitos trabalhistas estão se flexibilizando cada vez mais, entretanto, o que contribui apenas para a intensificação do labor e precarização das relações de trabalho, mesmo diante da permanência da dependência para com o tomador de serviços, contribuindo para sensação de incerteza e de instabilidade na vida dos trabalhadores.

Palavras-chave: Precariado; Subordinação; Motoristas de aplicativo.

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho no mundo contemporâneo foram modificadas nas últimas décadas com o aumento da flexibilização ascendente. Ascendente por se

Guilherme Sebalhos Ritzel

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Franciscana (UFN). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), atual Universidade Franciscana. Graduando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogado (OAB/RS 114.815).

Marcelo Barroso Kümmel

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor de Direito do Trabalho nos cursos de Graduação em Direito e Especialização em Direito do Trabalho da Universidade Franciscana (UFN). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor convidado da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

tratar de uma flexibilização que sempre visou a quebrar a rigidez da regulação estatal (típica do Estado de Bem-Estar Social) no sentido do aumento da produtividade e intensificação do trabalho, e não no sentido de diminuição da jornada de trabalho e aumento das garantias sociais.

Neste sentido, surge uma classe de trabalhadores conhecida por alguns pesquisadores como “precariado”, sem a estabilidade e a regulação do trabalho inerentes a uma relação tradicional de emprego. Embora exista divergência entre autores sobre ser ou não uma nova classe social, o fato é que o precariado é um grupo de trabalhadores à margem das leis trabalhistas e dos direitos previdenciários, o que dificulta, inclusive, a consciência do trabalhador enquanto parte do seu grupo profissional (dificultando a luta sindical e o pensamento coletivo dos indivíduos) e que também, pode acarretar ao indivíduo um adoecimento mental a longo prazo (depressão, baixa autoestima, ansiedade, etc.), tendo em vista a incerteza do cotidiano, as baixas remunerações e a falta de descanso.

O mundo do trabalho no Século XXI tem sido marcado pelo trabalho flexível, tanto formal como no âmbito da informalidade, que se acentua com a crise econômica vivida nos últimos anos. Neste sentido, percebe-se que há um grande contingente de trabalhadores que laboram por conta própria, o que induz a uma vulnerabilidade nas relações laborais.

Portanto, esta pesquisa utilizou de fontes secundárias de pesquisa, como a abordagem teórica de pesquisadores sobre o tema, e também de decisões judiciais que vinculam a relação de emprego entre motoristas de Uber e o aplicativo. Ainda, por meio do método dedutivo de pesquisa buscou-se a partir do conceito de precariado entender a realidade dos trabalhadores de plataformas digitais, chegando-se assim, na disputa judicial ensejada pelo caso específico dos motoristas da Uber.

1 AS MUDANÇAS NO MUNDO DO TRABALHO E O CONCEITO DE PRECARIADO.

A sociedade se organiza por meio do modo de produção em que vive, sendo o trabalho essencial para a subsistência humana. Contudo, seria equivocada a suposição de que a relação entre trabalho e indivíduo sempre tenha sido homogênea e linear. Desta forma, é de se ressaltar que a história do trabalho moderno foi se transformando e se moldando ao longo dos últimos séculos.

Ricardo Antunes¹, explica que a sociedade capitalista encontrou em meados do Século XVIII condições favoráveis para sua expansão, da transição da manufatura e da produção artesanal para uma crescente industrialização. Polanyi² destaca que essa expansão não ocorreu de maneira imediata, para isso, o autor dá o exemplo inglês, em que diferentes legislações contribuíram para essa transformação.

Destaca-se que na Inglaterra da chamada Revolução Industrial surgiu a “Lei Speenhamland”, em 1795, visando a conceder um abono salarial para proteger os trabalhadores e evitar uma autorregulação salarial irrestrita. Posteriormente foi criada a chamada Lei dos Pobres (*Poor Law Reform*) em 1834, que se projetava com um viés diferente, pois restringia a assistência a um menor número de indivíduos, obrigando a maior parte da população a entrar em um mercado de trabalho altamente competitivo e desregulado, sendo tal desregulação atenuada com a legalização dos sindicatos de trabalhadores a partir de 1870, conforme Polanyi³.

Já no início do Século XX, a pressão por melhores condições de trabalho ensejou em uma inclinação mais favorável aos direitos sociais sob o ponto de vista jurídico. Delgado⁴ expõe essa diretriz, lembrando como marco histórico do Direito do Trabalho a Constituição de Weimar na Alemanha e a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, assim como a Constituição Mexicana de 1917.

Percebe-se que a morfologia do trabalho passou por diferentes conjunturas, chegando ao Século XX precisando se adaptar a uma tendência que aliasse produtividade e consumo, o que poderia ser almejado por meio de uma divisão do trabalho preestabelecida. Nesta situação, tendo influência da obra “Princípios da Administração Científica” de F.W Taylor surgiu o modelo de produção “fordista” no começo do Século XX, conforme Harvey⁵.

O fordismo se baseou em uma ideia de produção em massa, buscando maior controle e eficiência nesse trabalho em larga escala, e nesta linha, a atividade produtiva

1 ANTUNES, Ricardo. O que é sindicalismo. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 10.

2 POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 104.

3 POLANYI, Karl, op. cit., p. 104.

4 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 104.

5 HARVEY, David. A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1992, p. 121.

também visava ao trabalhador a ideia de consumidor do próprio produto. Harvey⁶ destaca que o fordismo tinha uma característica ideológica muito forte em relação ao mundo do trabalho, e que esse seria um dos motivos de não ter sido disseminado em todo mundo capitalista, pois outras nações se identificavam com outros tipos de padrões e outros tipos de culturas. Ainda, mesmo no berço do fordismo, os Estados Unidos da América, nem todos os trabalhadores se adaptaram à forma produtiva, sendo visível a rotatividade nas relações de emprego:

[...] o estado das relações de classe no mundo capitalista dificilmente era propício à fácil aceitação de um sistema de produção que se apoiava tanto na familiarização do trabalhador com longas horas de trabalho puramente rotinizado, exigindo pouco das habilidades manuais tradicionais e concedendo um controle quase inexistente ao trabalhador sobre o projeto, o ritmo e a organização do processo produtivo.⁷

O autor⁸ ainda ressalta que fordismo ganhou opiniões diversas da esquerda e da direita no plano político, pois embora Lenin na União Soviética visse com bons olhos a tecnologia da produção taylorista e fordista; os sindicatos dos países ocidentais faziam duras críticas a este modelo. Já com relação à direita política, com o passar das décadas foi ganhando força uma ideia menos rígida de trabalho, mas com aumento de produtividade e redução dos custos. Desta maneira, aos poucos foi se percebendo uma transição do modelo fordista, que se acentuou na segunda metade do Século XX com a chegada do “toyotismo”.

Boltanski e Chiappelo⁹ explicam que, nas décadas de 1960 e 1970, acentuou-se uma transformação no mundo do trabalho, até então mais próximo ao “fordismo” regulado, para um modelo que visa a uma maior flexibilidade. Nessa linha, apresentam-se como destaques a terceirização de serviços, o controle de produtividade, assim como novas formas de organização do trabalho. Antunes¹⁰ conceitua essa nova forma produtiva de padrão de acumulação flexível, estimulando a ideia de “empresa enxuta”,

6 Idem, p. 123.

7 Idem, ibidem.

8 HARVEY, David, op. cit., p. 123.

9 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. O espírito do capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 430.

10 ANTUNES, Ricardo. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 154.

destacando o autor¹¹ que as informações levantadas por pesquisas nos últimos vinte anos comprovam a precarização do trabalho sob tal modelo empresarial:

São investigações que demonstram resultados do que de fato acontece num país cuja regulação pelo Enunciado 331, que proíbe terceirizar a atividade-fim, não impediu a criação de trabalhadores e trabalhadoras de primeira e segunda categorias, num quadro de desrespeito à legislação trabalhista, originando uma vulnerabilidade social e política que coloca em risco a relação de emprego como elemento básico dos contratos formais.

Sobre isso é importante destacar que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que limitava a terceirização à atividade-meio de uma empresa, foi superada pela Lei nº 13.429, de 13 de março de 2017, mais tarde alterada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (apelidada de lei da “reforma trabalhista”), que hoje possibilita a terceirização também em atividades ligadas à finalidade da empresa, não mais apenas atividade-meio (como setor de limpeza e segurança em uma empresa com outra razão social, por exemplo), conforme regulamentação da prestação de serviços a terceiros, que foi inserida na Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974 que já tratava de trabalho temporário, outra forma de trabalho precário. Desta forma, para compreender o mundo do trabalho contemporâneo é necessário compreender o impacto das flexibilizações nas relações de emprego, além é claro, do desemprego e da diminuição do trabalho formal.

Dados do IBGE estimaram que em 2019 (período pré-pandemia) 41% da população economicamente ativa já trabalhava na informalidade¹². Tal fato demonstra que parcela significativa dos trabalhadores brasileiros desempenham atividade profissional à margem do Direito do Trabalho e das garantias trabalhistas.

Desta forma, um conceito que bem define o trabalho flexibilizado do Século XXI é o chamado “precariado”. Standing¹³ argumentou que a desregulamentação dos vínculos formais de emprego e a crescente flexibilização contribuíram para uma classe chamada pelo autor de “precariado”, que vive da incerteza e da instabilidade:

11 Idem, p. 157.

12 CAMPOS, Patrícia. Com pandemia, entregadores de app têm mais trabalho, menos renda e maior risco à saúde. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53258465>. Acesso em 23 ago. 2021.

13 STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 15.

Nos anos 1970, um grupo de economistas de inspiração ideológica capturou o ouvido e a mente dos políticos. O elemento central de seu modelo “neoliberal” era que o crescimento e o desenvolvimento dependiam da competitividade do mercado; tudo deveria ser feito para maximizar a concorrência e a competitividade e para permitir que os princípios de mercado permeassem todos os aspectos da vida.

Praun¹⁴ lembra que nas décadas finais do Século XX, período de grande globalização econômica, havia uma expectativa sobre um mundo com menos amarras burocráticas, e que caminharia em direção a um avanço tecnológico e de diminuição do trabalho na vida dos indivíduos:

Ao longo das décadas de 1980 e 1990, muito se falou sobre a possibilidade efetiva de uma sociedade do tempo livre e suas potencialidades. Conforme essa perspectiva, tanto a degradação presente no interior das fábricas do século XIX com a embrutecedora separação entre o pensar e o executar, marcantes na “era fordista”, estariam, a partir das últimas décadas do século XX, fadadas ao fim. Uma inversão estaria em curso. Ela traria o progressivo controle humano sobre o processo de trabalho.

Entretanto, tal tese não se confirmou, havendo na verdade maior exploração do trabalho, intensificação dos ritmos de produção e baixos salários, que no caso brasileiro, já seria por si uma característica de um país com a industrialização dependente¹⁵. Standing¹⁶ diferencia o precariado do tradicional proletariado, pois o proletariado sempre exerceu seu ofício a longo prazo, com empregos estáveis e horas fixas; enquanto a falta de estabilidade (legal ou mesmo de fato) é uma das características que mais se acentua no trabalho contemporâneo, diferenciando muitos trabalhadores de hoje em relação às gerações anteriores:

Muitos que passaram a fazer parte do precariado não conheceriam seu empregador ou saberiam quantos companheiros empregados tinham ou provavelmente teriam no futuro. Eles também não eram a “classe média”, um vez que não tinham um

14 PRAUN, Luci. Trabalho, adoecimento e descartabilidade humana. In: ANTUNES, Ricardo. Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 181-203, p. 202.

15 ANTUNES, Ricardo, 2018, op. cit., p. 138.

16 STANDING, Guy, op. cit., p. 23.

salário estável ou previsível ou o status e os benefícios que as pessoas da classe média deveriam possuir.¹⁷

Com isso, afirma-se que o precariado pode ser entendido em uma multiplicidade de profissões, com diferentes níveis de renda ou de posição social, mas que têm em comum a falta de segurança econômica e a instabilidade na vida profissional¹⁸. Sobre isso, é importante ressaltar que a ideia de planejamento e de estabilidade no emprego se refere não apenas a uma questão salarial, mas também a uma questão de segurança e manutenção da qualidade de vida do indivíduo, além também da delimitação entre os afazeres profissionais e a vida privada (lazer e vida familiar, por exemplo).

Nesse sentido, Vasapollo¹⁹ sustenta que os equipamentos criados para aumentar a produtividade do trabalho nos processos repetitivos, aumentam “[...] os ritmos e encargos dos trabalhadores, sem responder com iguais incrementos de salários reais ou correspondentes reduções de jornada de trabalho.”. O crescente desenvolvimento da tecnologia acaba por modificar o modo de produção, com sacrifício do fator trabalho. Segundo Vasapollo²⁰, “Nos últimos anos, houve reestruturação nas empresas e também inovações tecnológicas que não criam novas formas de ocupação, mas que são responsáveis pelo vertiginoso aumento do desemprego [...]” e as empresas “[...] se utilizam mais do denominado *outsourcing*, ou seja, realizando externamente diversas fases do processo produtivo.”. O novo processo de acumulação flexível aumenta o setor de serviços e também os níveis de desemprego; e se caracteriza “[...] cada vez mais pela precariedade, pela flexibilização e desregulamentação, de maneira sem precedentes para os assalariados.”²¹.

No próximo capítulo será discutida a possibilidade de consideração de vínculo empregatício de trabalhadores de plataformas digitais. Tal situação além de ser de grande importância para as relações de trabalho no mundo contemporâneo, também diz respeito ao reconhecimento formal de um tipo de trabalho realizado de maneira

17 Idem, *ibidem*.

18 Idem, p. 97.

19 VASAPOLLO, Luciano. Por uma política de classe: uma interpretação marxista do mundo globalizado. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2007, p. 86.

20 Idem, p. 89.

21 VASAPOLLO, Luciano, *op. cit.*, p. 91-92.

autônoma e precarizada, à margem do trabalho regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2 OS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS DIANTE DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS: ENTRE O VÍNCULO EMPREGATÍCIO E O TRABALHO AUTÔNOMO

O mundo moderno do trabalho tem por meio da tecnologia se dinamizado constantemente e, por isso, certas atividades profissionais se expandiram nos últimos anos. Nesta perspectiva, trabalhadores que exercem seu ofício por meio de plataformas digitais são cada vez mais numerosos nos dias de hoje, como por exemplo, os motoristas de aplicativo.

Pesquisas demonstram que em março de 2021 o número de trabalhadores de plataformas digitais e aplicativos era estimado em 32 milhões de brasileiros²². Conforme o estudo vinculado ao Pnad (Pesquisa Nacional Amostragem Domiciliar) e ao IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), ainda que nem todos os trabalhadores atuem somente neste ramo, constituindo para muitos uma forma de conseguir uma renda extra.

Entretanto, o levantamento afirma que o desemprego crescente dos últimos anos foi o principal motivo para este tipo de trabalho ter se disseminado nos dias atuais, se exemplificando no alto número de motoristas de aplicativo (como Uber) e entregadores *delivery*, por exemplo. No caso específico dos aplicativos relacionados ao transporte de passageiros, o crescimento deste ramo trouxe à tona a necessidade de algumas regulamentações legais.

Neste sentido, a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, buscou estabelecer certos parâmetros para a atividade no Brasil. Naquele período, havia a polêmica em torno da ideia de que o “Uber”, principal aplicativo de transporte de passageiros, estaria prejudicando o trabalho dos taxistas em grandes cidades por meio de uma concorrência desleal. Olmos e Dalla Favera²³, já em 2015, relatavam os conflitos entre

22 IPESI – PORTAL DE NOTÍCIAS DA INDÚSTRIA. Brasil tem 32 milhões de trabalhadores em plataformas digitais e aplicativos. Disponível em: <https://ipesi.com.br/brasil-tem-32-milhoes-de-trabalhadores-em-plataformas-digitais-e-aplicativos/> Acesso em 23 ago. 2021.

23 OLMOS, Olívia Martins de Quadros; DALLA FAVERA, Rafaela Bolson. A polêmica em torno do aplicativo Uber no Brasil: argumentos de direito contra e a favor da sua manutenção. Anais do XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. I Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), 2015,

motoristas do Uber e taxistas, logo quando da sua chegada ao Brasil: “[...] muitos taxistas não admitem a permanência desse aplicativo no país, principalmente por acreditarem que muitas pessoas deixariam de usar os táxis comuns, optando pelo Uber, de forma que aqueles perderiam espaço.”. Depois de relatarem protesto ocorrido em setembro de 2015 em São Paulo, as autoras²⁴ revelam que “A ira dos taxistas é tão grande que alguns deles já praticaram até atos criminosos contra motoristas do Uber, por entenderem pela inadmissibilidade da existência desse aplicativo no Brasil.”.

Binembojm²⁵ menciona que a referida lei buscou uma ponderação entre os interesses estatais e o dos consumidores (no caso, os passageiros) em relação à livre iniciativa. O autor destaca que entre as regras impostas estão a idade máxima dos veículos, a checagem de antecedentes criminais dos motoristas, a responsabilização em caso de acidentes de passageiros e o pagamento de tributos municipais, entre outras questões.

Contudo, do ponto de vista trabalhista a atividade não ganhou um destaque mais cuidadoso. Na verdade, foram impostos aos motoristas de aplicativo os riscos da atividade laborativa, com a premissa de que o trabalho é autônomo e que a empresa apenas faz a intermediação do serviço.

Loiola e Amorim²⁶ destacam que a responsabilização sobre os riscos da atividade deve ser vista como uma característica bastante negativa para esse tipo de trabalho, citando o fato de que muitos motoristas de Uber estão expostos a assaltos, a perda de seus pertences, além do próprio risco à vida. Desta forma, o vínculo contratual ajustado entre o motorista e a empresa tomadora de serviços define a ideia de independência do trabalhador frente à atividade. Contudo, Martins²⁷ discorre que:

Não é o trabalhador autônomo subordinado, pois exerce sua atividade por conta

.....
p. 05.

24 Idem, p. 05-06.

25 BINENBOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: Editora História Real, 2020, p. 87.

26 LOIOLA, Ana Clara Bezerra; AMORIM, Isadora Cecília Mota. Responsabilização dos aplicativos de transporte nos crimes cometidos contra motoristas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Florianópolis. v. 23, n. 32, p. 29-42, 2020, p. 36.

27 MARTINS, Sérgio Pinto. Manual de direito do trabalho. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 95.

própria e não do empregador. Por esse motivo distingue-se do empregado, pelo fato que é independente. *É preciso, contudo, verificar a quantidade de ordens a que está sujeito o trabalhador, para se notar se pode desenvolver normalmente seu mister sem qualquer ingerência do empregador.*

Filgueiras e Antunes²⁸ tecem grandes críticas ao entendimento de que não há vínculo de emprego neste tipo de situação. Conforme lembram os autores, as plataformas e os aplicativos estabelecem quem pode ou não pode trabalhar, além de determinar o valor a ser recebido em uma corrida, por exemplo. Tal situação vai ao encontro da crescente flexibilização do trabalho, caracterizada por pesquisadores como “uberização do trabalho”²⁹.

Nesta linha, ressalta-se que este tipo de relação laboral entra em sintonia com a flexibilização do toyotismo, não sendo necessariamente uma característica de modernização, pois a desregulamentação já é uma tendência há algumas décadas com banco de horas, terceirização, trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente mais recentemente, entre outras formas de precarização³⁰.

A verdade é que o trabalho mediado por aplicativo se torna uma opção ao desemprego crescente, porém, pesquisas realizadas durante a pandemia da Covid-19 demonstram que no caso de entregadores *delivery* (outro serviço que vem crescendo nos últimos anos), as remunerações não condizem com o ritmo intenso de trabalho e os riscos à segurança e a saúde³¹. O mesmo vale aos motoristas de passageiros, considerando que se trata de atividades à margem da devida proteção trabalhista e previdenciária.

Entretanto, há tese favorável sobre a ideia de que há uma relação de emprego entre trabalhadores e empresas de aplicativo. Como se vê no plano internacional, a Suprema Corte na Inglaterra, em fevereiro de 2021, considerou a possibilidade de garantir direitos trabalhistas como férias, descanso semanal remunerado e salário-

28 FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. In: ANTUNES, Ricardo. Uberização, trabalho digital e indústria 4.0. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 59-78, p. 67.

29 SLEE, Tom. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

30 FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo, op. cit., p. 66.

31 CAMPOS, Patrícia. Com pandemia, entregadores de app têm mais trabalho, menos renda e maior risco à saúde. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53258465>. Acesso em 23 ago. 2021

mínimo a trabalhadores da empresa Uber³², após reivindicação da “Trade Union Congress” (entidade sindical de nível nacional). Na mesma linha, em maio de 2021, na Espanha, foi instituída a “Ley de Riders”, que insere os trabalhadores de plataformas digitais no chamado “Estatuto de los Trabajadores”³³.

Neste sentido, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo chamado a se manifestar sobre este tipo de questão. Para o Direito do Trabalho brasileiro o que importa para a caracterização do vínculo é a real situação, independente se um contrato formal entre as partes afirme uma realidade diversa, como se vê na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1), do Rio de Janeiro³⁴:

RECURSO ORDINÁRIO. UBER. MOTORISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA. EXISTÊNCIA. O contrato de trabalho pode estar presente mesmo quando as partes dele não tratarem ou quando aparentar cuidar-se de outra modalidade contratual. O que importa, para o ordenamento jurídico trabalhista, é o fato e não a forma com que o revestem - princípio da primazia da realidade sobre a forma. No caso da subordinação jurídica, é certo se tratar do coração do contrato de trabalho, elemento fático sem o qual o vínculo de emprego não sobrevive, trazendo consigo acompanhar a construção e evolução da sociedade. A Lei, acompanhando a evolução tecnológica, expandiu o conceito de subordinação clássica ao dispor que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (parágrafo único do artigo 6º da CLT). No caso em análise, resta claro nos autos que o que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. **Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neo-fordista. Dessa maneira, observadas as peculiaridades do caso em análise, evidenciando que a prestação de serviços se operou com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego.**

32 THE GUARDIAN. Uber drivers entitled to workers' rights, UK supreme court rules. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/feb/19/uber-drivers-workers-uk-supreme-court-rules-rights>. Acesso em 23 ago. 2021.

33 ESPANHA. Ley de Riders (Decreto Real 9/2021), que insere os trabalhadores de plataformas digitais no Estatuto de los Trabajadores. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

34 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário 0101291-19.2018.5.01.0015. Relatora: Carina Rodrigues Bicalho. 02/03/2020a. Reclamante: Erica Abade Rodrigues. Reclamado: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-reconhece-vinculo-emprego-entre2.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

A decisão da justiça trabalhista está vinculada ao “Princípio da Primazia da Realidade”, princípio que direciona o Direito do Trabalho a tratar o contrato de trabalho na diretriz de que a realidade se sobressai em relação à forma. Assim, os fatos devem se sobrepor à autonomia privada das partes, levando em consideração a real prestação de serviço³⁵. O princípio da primazia da realidade contribui para a compreensão de quando há ou não vínculo empregatício entre as partes contratantes. Logicamente, o princípio mencionado não desconsidera completamente o que está inserido em um contrato de trabalho ou de prestação autônoma de serviço, porém, os critérios que demonstram a existência de relação de emprego são considerados fático-jurídicos, devendo o vínculo ser contínuo (não-eventual), pessoal, oneroso, desempenhado por pessoa física e por meio da subordinação ao tomador de serviços³⁶.

A ideia de inexistência de vínculo laboral se socorre pelo dispositivo jurídico inserido pela “reforma trabalhista” (Lei nº 13.467/2017) no artigo 442-B da CLT, onde se afirma que a contratação de um autônomo, cumpridas todas as formalidades legais, afasta o vínculo de emprego. Porém, como destaca Leite³⁷, esse artigo pode ser confrontado pelo princípio da primazia da realidade e também pelo artigo 9º da mesma CLT, que ressalta serem nulos os atos praticados com o objetivo de “desvirtuar, impedir ou fraudar” a aplicação dos preceitos das normas consolidadas.

Este entendimento se fez presente em outras decisões judiciais, como a do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT11), do Amazonas e Roraima³⁸:

TRABALHADOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS (UBER). VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO CLÁSSICA, OBJETIVA, ESTRUTURAL, PSÍQUICA E ALGORÍTMICA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL. [...] O art. 6º da CLT complementa os citados artigos 2º e 3º, esclarecendo que, para fins de relação empregatícia, o trabalho pode ser realizado à distância, podendo ser controlado por meios

35 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo, LTr, 1978, p. 2018, p. 228.

36 DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 313.

37 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 198.

38 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Recurso Ordinário 0000416-06.2020.5.11.0011. Relatora Ruth Barbosa Sampaio, 24/05/2021a. Reclamante: Dennis Neves dos Santos. Reclamado: Uber do Trabalho Tecnologia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-uber-jurisprudencia-manipulada1.pdf>. Acesso em 23 ago.2021.

telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão.

Esse julgado demonstra uma coerência no que diz respeito à consideração dos requisitos legais para a configuração da relação de emprego, conforme os artigos 2º e 3º da CLT, complementando esse entendimento com o que prevê o artigo 6º do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a possibilidade dos meios telemáticos e informatizados serem facilitadores do controle e da supervisão no trabalho. Logo, a subordinação jurídica pode ser acentuada por meio das tecnologias algorítmicas, como no caso dos motoristas de aplicativo.

Em situação semelhante a este recurso ordinário apreciado pelo TRT da 11ª Região, o TRT da 15ª Região (Campinas) julgou uma ação bastante parecida envolvendo a empresa Uber e indeferiu acordo privado entre as partes em momento anterior à audiência trabalhista. O juízo expõe que a empresa ao propor acordo extrajudicial em que o trabalhador recebe verba indenizatória em face dos direitos empregatícios visa a burlar as normas trabalhistas; “Com relação à quitação plena do contrato de trabalho, não há o que retificar ou esclarecer”³⁹. O Tribunal ainda afirma que este tipo de conduta configura abuso de direito e violação ao “princípio da paridade de armas”.

A prática traz à tona duas características desse tipo de relação jurídica (o que inviabiliza uma negociação leal entre as partes): a) a desigualdade de condições entre o trabalhador e a empresa; b) a ideia de burlar direitos trabalhistas por meio de um acordo privado. Assim, a ideia de sonegação de direitos trabalhistas também se faz presente em outras situações, como o julgado pelo TRT11 em julho de 2020, em que um trabalhador empregado de uma empresa há quatro anos foi dispensado e recontratado para desempenhar o mesmo serviço como MEI (Microempreendedor Individual), perdendo direito ao FGTS, férias, décimo terceiro salário entre outras garantias⁴⁰.

Analisando essas decisões apreciadas pelo juízo trabalhista, percebe-se que a

39 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0011710-15.2019.5.15.0032. Relator: João Batista Martins César. 20/04/2021b. Reclamante: Rogério Adriano Venancio Martins. Reclamado: Uber Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>. Acesso em 23 ago. 2021.

40 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. TRT11 reconhece vínculo de emprego entre diagramador contratado como pessoa jurídica e editora no AM. 03/07/2020. Disponível em: <https://portal.trt11.jus.br/index.php/comunicacao/5307-trt11-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-diagramador-contratado-como-pessoa-juridica-e-editora-no-am>. Acesso em 23 ago. 2021.

Justiça brasileira buscou resolver este tipo de problema por meio de uma interpretação bastante coerente, considerando os requisitos essenciais para uma relação de emprego. Entretanto, quando o tema chegou ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) o entendimento foi na direção contrária⁴¹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA DE APLICATIVO. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Conforme já exposto na decisão agravada, os elementos constantes dos autos revelam a inexistência do vínculo empregatício, tendo em vista a autonomia no desempenho das atividades do autor, a descaracterizar a subordinação. Isso porque é fato indubitável que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. E, relativamente aos termos e condições relacionados aos referidos serviços, esta Corte, ao julgar processos envolvendo motoristas de aplicativo, ressaltou que o motorista percebe uma reserva do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Ante a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com imposição de multa.

A fundamentação da Corte Trabalhista se fez da mesma forma que os Tribunais Regionais, considerando os elementos caracterizadores da relação de emprego, porém, o TST entendeu não haver subordinação do trabalhador à empresa reclamada, apesar de a lei brasileira dispor que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”, conforme parágrafo único do art. 6º da CLT, nela incluído pela Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011.

Tal situação diz respeito ao excesso de informalidade no mercado de trabalho e a burla de direitos, que como Krein e Buarque⁴² destacam, o Brasil a partir das décadas

41 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1001160-73.2018.5.02.0473. Relator: Ministro Breno Medeiros. 04/08/2021b. Reclamante: Leandro Dias da Costa. Reclamado: Uber Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#ff33d22717107c2c7302d776a403acee>. Acesso em 23 ago. 2021.

42 KREIN, José Dari; BUARQUE, Carolina de Prá Camporez. Apresentação. In: KREIN, José Dari. O

de 1930 e 1940 buscou estabelecer uma legislação trabalhista extensa (e bastante avançada), mas que o país nunca se destacou por ter um sistema de proteção social forte como dos países europeus, estando boa parte da população na informalidade ou a mercê de um alto nível de descumprimento. Ainda, a incerteza e a instabilidade na vida profissional não apenas atrapalham o trabalhador do ponto de vista da remuneração, mas cria obstáculos no projeto de vida do indivíduo⁴³, o que prejudica não só o trabalhador individualmente, mas o próprio desenvolvimento da nação, incluindo a possibilidade de expansão e estabilidade da própria classe empresarial.

Portanto, o trabalho do motorista de aplicativo e de outros indivíduos que exercem atividade ligada às plataformas digitais tem sido uma oportunidade para muitas pessoas lidarem com o desemprego crescente. Porém, a falta de oportunidades enseja em um grande número de indivíduos ingressando em um trabalho aquém do assalariamento tradicional, formando o contingente de trabalhadores do chamado “precarizado”. Do mesmo modo, este tipo de serviço carece de uma maior formalização, considerando a problemática que o tema enseja, seja pela caracterização da atividade como trabalho autônomo ou, muitas vezes, de uma relação empregatícia disfarçada de autônoma, como se vê na judicialização acentuada nos últimos anos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica nítido que o tema ganha grande repercussão na opinião pública, mas sem o devido cuidado e o pensamento crítico. Criou-se na sociedade contemporânea uma premissa em que o mundo do trabalho moderno não está regulado (ou burocratizado conforme os críticos), estando assim o trabalhador livre do “assalariamento obsoleto” e diante das expectativas do “empreendedorismo de si mesmo”. Porém, tal argumento merece ressalvas, pois muitos trabalhadores que outrora estavam no mercado de trabalho formal e regulado pela CLT, por motivos de crise econômica e pelos altos índices de desemprego, passaram a trabalhar por conta própria devido à necessidade e pela subsistência, contribuindo para a vulnerabilidade

.....
trabalho pós-reforma trabalhista (2017). São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021, p. 26.

43 SEVERO, Valdete Souto. *A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora*. Porto Alegre: Sulina, 2021, p. 11.

social.

Nesta perspectiva, o conceito “precariado” cunhado por Guy Standing parece bastante pertinente para a análise do mundo do trabalho surgido na segunda década do Século XXI, em que muitos trabalhadores desempenham suas atividades profissionais de maneira autônoma para tomadores de serviços como aplicativos e plataformas digitais. Esta situação ganha destaque no mundo jurídico pelas recentes decisões judiciais em que motoristas da UBER tentam pleitear o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa.

Neste ponto, conclui-se que o conjunto normativo do Direito do Trabalho brasileiro possibilita uma interpretação favorável aos motoristas. Porém, acredita-se que o assunto deve se desenvolver mais nos próximos anos, tendo em vista a discordância de posições entre muitos Tribunais Regionais do Trabalho e o TST, pendente, talvez, de uma regulamentação que acolha o trabalhador de aplicativos como um terceiro gênero, nem empregado, nem autônomo.

Desta forma, é de grande importância destacar que é bastante negativo para os trabalhadores assumir os próprios riscos da atividade laborativa. É o que se constata por meio da situação profissional de trabalhadores informais à margem da CLT; por trabalhadores celetistas precarizados; e por aqueles que são subordinados, embora formalmente considerados autônomos (como nos casos explicitados no texto).

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ricardo. **O que é sindicalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual**: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: Editora História Real, 2020.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. **O espírito do capitalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário 0101291-19.2018.5.01.0015**. Relatora: Carina Rodrigues Bicalho. 02/03/2020a. Reclamante: Erica Abade Rodrigues. **Reclamado:** Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-reconhece-vinculo-emprego-entre2.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Recurso Ordinário 0000416-06.2020.5.11.0011**. Relatora Ruth Barbosa Sampaio, 24/05/2021a. Reclamante: Dennis Neves dos Santos. Reclamado: Uber do Trabalho Tecnologia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-uber-jurisprudencia-manipulada1.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **TRT11 reconhece vínculo de emprego entre diagramador contratado como pessoa jurídica e editora no AM**. 03/07/2020. Disponível em: <https://portal.trt11.jus.br/index.php/comunicacao/5307-trt11-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-diagramador-contratado-como-pessoa-juridica-e-editora-no-am>. Acesso em 23 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário 0011710-15.2019.5.15.0032**. Relator: João Batista Martins César. 20/04/2021b. Reclamante: Rogério Adriano Venancio Martins. Reclamado: Uber Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>. Acesso em 23 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1001160-73.2018.5.02.0473**. Relator: Ministro Breno Medeiros. 04/08/2021b. Reclamante: Leandro Dias da Costa. Reclamado: Uber Tecnologia Ltda. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#ff33d22717107c2c7302d776a403acee>. Acesso em 23 ago. 2021.

CAMPOS, Patrícia. **Com pandemia, entregadores de app têm mais trabalho, menos renda e maior risco à saúde**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53258465>. Acesso em 23 ago. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

ESPAÑA. **Ley de Riders (Decreto Real 9/2021), que insere os trabalhadores de plataformas digitais no Estatuto de los Trabajadores**. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf>. Acesso em 23 ago. 2021.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. **Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo**. In: ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 59-78.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 1992.

IPESI – PORTAL DE NOTÍCIAS DA INDÚSTRIA. **Brasil tem 32 milhões de trabalhadores em plataformas digitais e aplicativos**. Disponível em: <https://ipesi.com.br/brasil-tem-32-milhoes-de-trabalhadores-em-plataformas-digitais-e-aplicativos/> Acesso em 23 ago.2021.

KREIN, José Dari; BUARQUE, Carolina de Prá Camporez. Apresentação. In: KREIN, José Dari. **O trabalho pós-reforma trabalhista (2017)**. São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOIOLA, Ana Clara Bezerra; AMORIM, Isadora Cecília Mota. Responsabilização dos aplicativos de transporte nos crimes cometidos contra motoristas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Florianópolis. v. 23, n. 32, p. 29-42, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

OLMOS, Olívia Martins de Quadros; DALLA FAVERA, Rafaela Bolson. A polêmica em

torno do aplicativo Uber no Brasil: argumentos de direito contra e a favor da sua manutenção. **Anais do XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea.** I Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), 2015.

POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PRAUN, Luci. Trabalho, adoecimento e descartabilidade humana. In: ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV:** trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 181-203.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** São Paulo, LTr, 1978.

SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil:** notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora. Porto Alegre: Sulina, 2021.

SLEE, Tom. **Uberização:** a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

STANDING, Guy. **O precariado:** a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

THE GUARDIAN. **Uber drivers entitled to workers' rights, UK supreme court rules.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/feb/19/uber-drivers-workers-uk-supreme-court-rules-rights>. Acesso em 23 ago. 2021.

VASAPOLLO, Luciano. **Por uma política de classe:** uma interpretação marxista do mundo globalizado. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2007.

O EFEITO DIAGONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO, POR MEIO DE NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA (ART. 7º, INCISO XXII DA CF/88) COMO JUSTIFICANTE ONTOLÓGICA DA INSPEÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

RESUMO

Sabe-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão, de acordo com sedimentada classificação doutrinária, exigem para sua implementação uma postura comissiva por parte do Estado. Somente com uma atuação consistente do Poder Público é que se pode, de fato, considerar o cumprimento de tais demandas sociais. Acontece que alguns desses direitos, como, por exemplo, aqueles relacionados com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII da CF/88), possuem uma peculiaridade que deve ser observada, qual seja: os efeitos oriundos desses comandos se irradiam de forma diagonal, haja vista que a relação jurídica se estabelece entre pólos desnivelados faticamente, ou seja, um dos destinatários do liame formado está em condição de vulnerabilidade. Situações como essas exigem, como já afirmado, o que o Estado crie mecanismo de contrabalanceamento, para que só assim se considere alcançado o dever de promoção inerente aos direitos de segunda dimensão. No caso em estudo, essa ação estatal é justamente a criação e a manutenção da Inspeção do Trabalho, sob pena de ao contrário, negar-se ao trabalhador as prerrogativas de um ambiente laboral seguro e sadio.

Palavras-chaves: Efeito diagonal. Proteção. Trabalho. Inspeção.

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) (2007). Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) (2016). Auditor Fiscal do Trabalho. Chefe da Seção de Multas e Recursos da SRTb-PI/MTP.

1. POR UMA ABORDAGEM HISTORICAMENTE ADEQUADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O início de todo trabalho pressupõe a adoção de premissas lógicas, ontologicamente consideradas como corretas, para que então, a partir das quais, passe-se à análise de outros problemas. Nesse caso específico, de longe, a premissa básica tida por correta em si mesma é a adoção de uma abordagem histórica adequada dos direitos sociais como direitos fundamentais. Ver-se-á, nas linhas a seguir, que todo o raciocínio adotado, seja a idéia de eficácia irradiada diagonal, a necessidade de uma atuação positiva do Estado no resguardo das garantias sociais, tudo isso só se sustenta quando se percebe que os direitos sociais, e neles incluídos os direitos de proteção ao trabalho, são sim, sem sombra de dúvidas, direitos humanos e fundamentais inafastáveis.

Aprofundando mais, não é nem um pouco complicado perceber que a História e a doutrina mais sedimentada costuma definir basicamente 3 classes de direitos fundamentais, comumente esses estrados são identificados como gerações ou dimensões.

Um rápido parêntesis: Nesse trabalho, adotar-se-á, a partir de agora, o termo “dimensão” quando houver referência a esse assunto. Isso mais por uma questão de estilo semântico. É que nesse contexto, a palavra “geração” pode passar uma ideia equivocada de superação de direitos, como se os direitos de primeira geração fosse mais antigos ou menos complexos que os de segunda e terceira perspectivas, enquanto na verdade, o que se estabelece entre essas classes é uma relação de complementaridade. Assim, os direitos de uma dimensão não são superados pelos ou de outras, mas simplesmente complementados em uma visão sistêmica e unitária de ordenamento jurídico.

Retomando: têm-se os direitos fundamentais de primeira dimensão como categoria que engloba os direitos de cunho político e de liberdade. Os direitos fundamentais de tal dimensão, portanto, relacionam-se com o direito de propriedade, de liberdade, de locomoção, de votar e ser votado, entre vários outros. O que distingue tais direitos é o tipo de atuação que se espera do Estado. Perceba-se que em todos esses casos, a efetiva implementação de liberdades de primeira dimensão pressupõe simplesmente uma postura omissiva do Poder Público. Veja, por exemplo, que para garantir a propriedade privada, basta o Estado abster-se de se apropriar de bens de terceiros e impedir que

outros façam o mesmo; para garantir a liberdade, basta não encarcerar injustamente e não evitar o livre ir e vir, isso entre outros vários exemplos. Nesse sentido, portanto, como bem assevera Mendes e Branco (2017, p.135), “(...) esses direitos traduzem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”

Em um sentido diferente, doutrinariamente se classificam os direitos fundamentais de segunda dimensão.

O que se percebeu ao longo do tempo foi que direitos de cunho negativo simplesmente serviam para se manter um determinado abismo social entre as classes mais abastadas e as outras acomodadas à margem da riqueza. Ora, é certo que o “não-agir” estatal exigido pelas garantias de primeira dimensão somente funcionam como legitimadores de uma situação já consolidada, incompatível com as necessidades de promoção de igualdade. Foi nesse contexto, ou melhor, na busca pela igualdade material, que surgiram as primeiras manifestações de direitos humanos de caráter eminentemente social. Novamente cabe destacar os ensinamentos de Mendes e Branco (2017, p. 135):

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento.

É importante ressaltar, portanto, que tais direitos relacionam-se com uma perspectiva de promoção de igualdade real entre as pessoas, com o resguardo ao acesso à saúde e à educação, à previdência, ao mínimo para a sobrevivência, ao trabalho, mais ainda, ao trabalho digno e seguro. É interessante notar que tais garantias, diferente do que pressupõe os direitos de primeira geração, exigem posturas comissivas do Poder Público para sua efetivação. A boa saúde, a boa educação a geração de postos de trabalhos e a promoção de segurança e saúde nesses postos vão exigir uma prestação positiva do Estado, na sua forma mais vigorosa.

Bem ilustra a diferença entre as duas classificações dos direitos fundamentais as lições do Supremo Tribunal Federal, extraídas do MS 22.164 (rel. Min. Celso de Melo, julgado em 30.10.1995): “os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) –

que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas (...)"

Por óbvio que há direitos de terceira dimensão, já se fala inclusive em direitos de quarta e quinta perspectiva, porém os conceitos e características dessas fases complementares escapam do objetivo desse singelo estudo.

2. DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A PERSPECTIVA HORIZONTAL, VERTICAL E DIAGONAL

Bem já definida a diferença entre os direitos de primeira e segunda dimensão, passa-se para outro ponto de vital importância para a compreensão das ideias desse artigo: em uma abordagem subjetiva, como se manifestam os direitos fundamentais? Quem são os sujeitos das relações jurídicas encetadas pelos direitos de índole fundamental?

Não guarda qualquer dificuldade o entendimento da primeira vertente de produção de efeitos dos direitos fundamentais. Fato que os direitos dessa natureza surgiram como uma clara limitação do poder estatal em relação aos particulares. Por tal perspectiva, é lógico presumir que os direitos fundamentais são comandos dirigidos ao Poder Público com conteúdo de autocontenção face às liberdades individuais das pessoas.

Assim, tem-se uma **irradiação verticalizada dos efeitos** esperados na relação jurídica fundamental, haja vista que em uma ponta da situação encontra-se o Estado, protegido por uma série de mecanismo de resguardos de interesse público, e por isso em posição jurídica superior, e em outra ponta, pelos mesmos motivos, tem-se os particulares, em uma nítida posição de sujeição. Bem destaca Ramos (2016, p.55), ao comentar a teoria do *status* de Jellinek que:

Para Jellinek, o indivíduo pode ser encontrado em quatro situações diante do Estado. Na primeira situação, o indivíduo encontra-se em um estado de submissão (...). se encontra em uma a posição de subordinação em face do Estado, que detém atribuições e prerrogativas, aptas a vincular o indivíduo e exigir determinadas condutas ou ainda impor limitações (proibições) a suas ações.

Daí a necessidade do estabelecimento claro de limitações vigorosas, no caso em

estudo, os ditos direitos fundamentais.

Entretanto, uma das principais características inerentes a todos os direitos fundamentais são sua universalidade, ou seja, os direitos fundamentais são inerentes a todos os seres humanos independente de qualquer outra condição. Basta ser humano para ser titular de direitos de tal natureza.

A par dessa constatação, é possível também concluir que todas as relações jurídicas que envolvam direitos fundamentais geram reflexos de tal natureza, mesmo que o Estado não esteja ostensivamente em uma das pontas do liame. O que se defende aqui é que mesmo a relação entre particulares sempre deve observar os ditames regradados pelos direitos fundamentais, ainda que nesse caso o Poder Público não esteja diretamente ocupando uma posição relacional. Fala-se aqui em **irradiação horizontal de efeitos**, pois nesse caso os pólos da relação jurídica surgida estão no mesmo plano de direitos e obrigações.

Um exemplo esclarecedor dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais é a imposição de multas e sua cobrança em um condomínio pelo possível cometimento de ato proibido na sua Convenção. Nesse caso, segundo entende o Superior Tribunal de Justiça, não pode, o síndico, como representante do condomínio, impor unilateralmente punição a condômino sem observar as prerrogativas inafastáveis dos direitos fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal. Senão vejamos, com grifo nosso, como já se pronunciou o STJ (REsp 1365279/SP, Rel. Mini. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/08/2015):

Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, **deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais** que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, **a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares**, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF.

Acontece, entretanto, que a diversidade das possíveis relações sociais existentes pode, em não raras vezes, colocar em disputa particulares que, embora teoricamente ocupem posições jurídicas iguais, efetivamente estão em situações sociais distintas.

Nesses casos, uma análise mais apurada e atenta da questão leva à observação de que um dos pólos da relação é mais vulnerável do que o outro, e que por isso os efeitos esperados com o cumprimento das obrigações recíprocas oriundas dos direitos fundamentais relacionados pode se operar de forma desnivelada, de **forma diagonal**. São situações como essa, por exemplo, o direito previsto no art. 7º, inciso XXII da Constituição Federal, que assegura como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Perceba-se, que nesse caso específico de direito fundamental de cunho social, em um momento inicial em um pólo está o empregador e no outro os empregados, estes, como veremos a partir de agora, quase sempre em uma posição mais vulnerável.

1.1. A VULNERABILIDADE COMO CRITÉRIO DISTINTIVO DO DIREITO À REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO, POR MEIO DE NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA (ART. 7º, INCISO XXII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Antes de tudo, cabe ressaltar mais uma advertência primordial para o entendimento do que se procura demonstrar nesse artigo: em uma relação jurídica como a mencionada no título acima, tem-se uma manifestação diagonal de efeitos, há um desnível entre as partes que ocupam os pólos da relação de proteção dos postos de trabalhos por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e isso porque os trabalhadores estão em uma colocação mais vulnerável quando se observa a posição dos empregadores.

Veja, fala-se aqui em **vulnerabilidade**, não em subordinação em suas mais variáveis acepções. E isso de forma intencional. A vulnerabilidade que se menciona é bem mais ampla que a simples vinculação hierárquica, jurídica ou finalística que seja. Demonstra verdadeira posição de sujeição dos trabalhadores ao que determinam ou organizam os empregadores.

Para bem entender o tema, com a devida vênia, passa-se agora a uma tentativa de adaptar os ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques (2008), que bem usa o termo vulnerabilidade ao definir o conceito de consumidor defendido por ela doutrinariamente, e amplamente recepcionado pelo STJ em julgados sobre o tema.

Assim, a vulnerabilidade nas relações de proteção ao trabalho, pode ser

manifestar basicamente de três formas distintas, quais sejam: **a vulnerabilidade técnica ou informacional**, pela qual o trabalhador se submete às determinações e condições de trabalho oferecidas pelo empregador porque não possui conhecimento técnico suficiente ou independente sobre a organização dos fatores de produção em si. Carecem os obreiros de informações ou conhecimento científico para argumentar em face de determinada situação. Exemplo claro é o uso sem questionamentos dos equipamentos de proteção individual (EPI) fornecidos pelo patrão para o combate de determinada situação perigosa ou insalubre. Nesses casos, na maioria das vezes, seja por falta de noções técnicas ou conhecimento sobre conceitos científicos que envolvem o risco a ser eliminado ou neutralizado, os empregados deixam de usar ou usam o equipamento que é fornecido sem questionar sua eventual eficácia ou necessidade.

A **vulnerabilidade** também pode ser **jurídica**, que se manifesta pela ausência de conhecimentos jurídicos ou de outros assuntos relacionados com a questão de proteção e saúde nos postos de trabalho, como por exemplo, administração e gestão de recursos humanos, economia e contabilidade de pessoal.

Nesse caso os empregados se submetem às determinações do empregador simplesmente porque não conhecem a legislação trabalhista, sanitária, contábil ou tributária. A vulnerabilidade jurídica se manifesta, por exemplo, quando um empregado recém-admitido é obrigado a custear todos os exames médicos admissionais, uma vez ludibriado por informação incorreta repassada pelos prepostos do empregador.

Por fim, tem-se ainda a **vulnerabilidade fática**, que nada mais é que a sujeição baseada exclusivamente em uma posição econômica inferior do trabalhador, ou seja, este se submete as mais variadas situações de desrespeitos às normas de proteção do trabalho simplesmente porque necessita financeiramente da manutenção do seu emprego, ainda que em prejuízo de sua segurança ou saúde.

Essa é a situação mais comum, por isso os exemplos são os mais variados possíveis, segue um: empregado que assume determinadas atribuições perigosas sem ter sido devidamente capacitado ou sem ter recebido os equipamentos de proteção individual adequados. O obreiro, mesmo conhecendo o risco da situação e ciente de que é obrigação do empregador fornecer instrução e EPI's, submete-se ao perigo "porque precisa do salário" e não há vagas disponíveis no mercado.

3. A EFICÁCIA DIAGONAL E A VULNERABILIDADE DOS TRABALHADORES COMO JUSTIFICANTE DA EXISTÊNCIA DA INSPEÇÃO DO TRABALHO

Voltemos a Ramos (2017, p. 56) e a teoria dos *status* de Jellinek por ele muito bem exposta. Assim, tem-se que:

A terceira situação é denominada *status* positivo (*status civitatis*) e consiste no conjunto de pretensões do indivíduo para invocar a atuação do Estado em prol dos seus direitos. O indivíduo tem o poder de provocar o Estado para que interfira e atenda os seus pleitos. A liberdade do indivíduo adquire agora uma faceta positiva, apta a exigir mais do que a simples abstração do Estado.

O que Jellinek defende nada mais é do que aquilo já foi explanado no item 1 deste artigo: os direitos sociais, como uma espécie de manifestação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, exigem que o Poder Público aja efetivamente para garantir sua implementação.

Pois bem, só que como demonstrado, há determinados direitos de tal natureza, como por exemplo, os que determinam a proteção e o resguardo da saúde e segurança dos trabalhadores, que irradiam seus efeitos de forma diagonal e desnivelada.

Por essa perspectiva, cabe aos particulares exigirem ações estatais de balanceamento dessa relação, pois só assim é possível garantir a efetiva realização prática dos comandos previstos nas normas em questão. Em outros termos, é somente com a atuação do Poder Público, de forma oficial e com mecanismos legalmente constituídos que se pode realmente garantir o fiel respeito dos direitos de segunda dimensão, dentre os quais o destacado no título deste trabalho.

É exatamente nesse ponto que se legitima a existência e manutenção obrigatória da Inspeção do Trabalho, como manifestação do **dever de promoção**¹ dos direitos fundamentais e contrapeso a ser usado na balança de nivelamento dos efeitos nas relações jurídicas estabelecidas entre empregados e empregadores, relações essas que tem como objetos direitos relacionados com a promoção de segurança e saúde nos ambientes de trabalho.

1 Para Marmelstein (2016, p.301), com grifo nosso, o dever de promoção “obriga que o Estado adote medidas concretas capazes de possibilitar a fruição dos direitos fundamentais para aquelas pessoas em situação de desvantagem socioeconômica, desenvolvendo políticas públicas e ações eficazes em favor de grupo desfavorecidos.

Para ilustrar, retomemos os exemplos dos tipos de vulnerabilidade expostas no item 2.1 desta análise. Em todos os casos, a ação efetiva da Inspeção do Trabalho (seja avaliando a adequação dos equipamentos de proteção individual, cobrando o custeio das avaliações médicas relacionadas com a relação do trabalho ou exigindo o fornecimento de cursos de capacitação conforme previsto na legislação) seria necessária para que se garantisse a implementação correta e total das normas de proteção da saúde e da segurança laboral. Perceba que pela situação de vulnerabilidade encontrada, seria extremamente difícil que os empregados tivessem reconhecido e respeitado (o que é mais importante) seu direito a posto de trabalho seguro e digno.

Essa centralidade e indispensabilidade da Inspeção do Trabalho já foram tratadas em diversos textos acadêmicos, veja, por exemplo, as lições de Bignami (2019, p.33), que ao discorrer sobre o Sistema Brasileiro de Proteção do Trabalho (SBPT) e sua dinâmica helicoidal, marca a posição central das atividades administrativas de resguardo da saúde e segurança dos trabalhadores brasileiros:

À inspeção do trabalho é destinado o eixo central [do SBPT] por ser ela, das três [além da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho], a única instituição prioritariamente concentrada na atividade administrativa, mais célere, menos complexa e custosa que a atividade jurisdicional, de trato e resultado mais imediatos, dotada de ampla discricionariedade para adotar as medidas mais efetivas de proteção ao trabalho como legítima manifestação do *street level bureaucracy* e dotada de um caráter nitidamente preventivo.

São bastante convincentes os argumentos acima. É claro que a atuação em âmbito administrativo, com todas as prerrogativas conferidas ao Estado pelo regime de direito público, torna bem mais célere, amplo e direto o cumprimento missão da Inspeção do Trabalho, notadamente o balanceamento das relações jurídicas.

Imagine, por exemplo, se sempre que os empregados precisassem questionar a eficácia de EPI's, pleitear a interdição de máquinas ou equipamentos perigosos, a elaboração de programas de controle médico ou de prevenção de riscos ambientais, cursos de capacitação ou aperfeiçoamento para trabalho em posições não convencionais, tivessem que recorrer ao judiciário, seja diretamente, por meio de sindicatos ou por ações promovidas pelo Ministério Público? Provavelmente o tempo a ser despendido tornaria a ação inócua e rapidamente desnecessária pela perda do objeto questionado.

A não existência da Inspeção do Trabalho seria, portanto, o mesmo que negar, na prática, o acesso aos direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente aqueles relacionados à proteção do ambiente de trabalho. Em outras palavras, de nada adianta garantir uma série de medidas dessa natureza nos variados tipos de textos legais, se não houver um mecanismo de contrabalanceamento e de viabilização da exigência por parte do pólo mais vulnerável dessa relação, no caso, os empregados.

4. CONCLUSÃO

Não resta qualquer dúvida de que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais. Marmelstein (2016, p. 196) bem esclarece que “os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (...) quanto em sentido material.”

A par dessa constatação, é possível chegar à ideia de que por terem tal natureza, esses direitos podem ser exigidos pelos particulares. O Estado, em outras palavras, tem o dever de promoção.

Acontece que há direitos sociais que possuem efeitos desnivelados, isso porque os sujeitos da relação jurídica estabelecida estão em posições diferentes. Uma parte é mais vulnerável que a outra. Nesses casos, para sua correta implementação, essas garantias exigem mecanismo oficiais de contrapeso para que se realizem. Exemplos clássicos são os direitos relacionados com a manutenção da segurança e salubridade dos ambientes laborais.

Resta exposta, nas linhas acima, a justificante ontológica da existência e manutenção da Inspeção do Trabalho: o balanceamento das relações que envolvem garantias de tal natureza, haja vista que sua ausência [da Inspeção], pela posição mais vulnerável ocupada pelos empregados, tem exatamente o mesmo efeito da não existência dos direitos de promoção da saúde e segurança.

Esse possível hiato, em última análise, torna “letra morta” todo dispositivo legal com conteúdo dessa espécie, independente de qual instrumento normativo o contenha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIGNAMI, Renato, Princípio helicoidal do Sistema Brasileiro de Proteção do Trabalho.

In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos e RASSY, Rosângela Silva (Org.). **Reforma trabalhista: uma reflexão dos Auditores-Fiscais do Trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores.** São Paulo: Ltr, 2019.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/htm> Acesso em: 12. Out. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 22.164. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 17/11/1995. **Jusbrasil.**, 2019. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387075689/apelacao-reexame-necessario-reex>>. Acesso em: 17. Out. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1365279/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 25/08/2015. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 out. 2019.

Artigo publicado originalmente na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 86, n. 2, p. 210-222, abr./jun. 2020

ARTIGOS ESPECIAIS

DANOS NÃO PATRIMONIAIS E EQUIDADE BREVÍSSIMO CONTRIBUTO ESPECIALMENTE À LUZ DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA*

Paulo Ferreira da Cunha

“na nossa opinião, no direito português do ((dano)) moral, o que mais chama a atenção, o particular e diferente do que predomina no Ocidente, é que a fixação do montante da indemnização se deve dar pela equidade (própria da natureza da justiça) e não pelo arbítrio (que é uma falácia arbitrária)”.

Maria Francisca Carneiro

1. Apesar de os tempos atuais tenderem à quantificação em detrimento da qualidade¹, à formatação uniformizadora em lugar da pluralidade, à previsibilidade numa baldada luta contra a imaginação e o próprio risco², há lugares no vasto arquipélago do Direito que dificilmente podem ser sufocados nas talas de parâmetros

1 Independentemente do carácter não propriamente ortodoxo, acerta, ao menos no título, uma obra como a de GUÉNON, René – O Reino da quantidade e os sinais dos tempos, trad. port. de Vítor de Oliveira, Lisboa, Dom Quixote, 1989. Obviamente que não pretendemos mais que sublinhar a verdade do título. Que sinais dos tempos são esses, não discutimos. Mas tudo parece inclinar-se para uma espécie de apocalipse, ainda que “laico” – cf. o nosso livro O IV Cavaleiro, Coimbra, Almedina, 2020, com Prefácio do Juiz Conselheiro Jubilado José António Henriques dos Santos Cabral.

2 O já clássico livro sobre a sociedade do risco é o de BECK, Ulrich — Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Francoforte, Suhrkamp, 1986.

* O presente artigo ecoa a doutrina sobre equidade e indemnização por danos não patrimoniais, nomeadamente, dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidos a 17/12/2019, nos Proc.ºs n.ºs 480/12.1TBMMV.C1.S2 e 669/16.4T8BGC.S1 (em que o autor do presente texto foi relator).

Paulo Ferreira da Cunha

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

algorítmicos ou sequer regras excessivamente rígidas. A dimensão humana e sempre diversa dos casos, em alguns deles, assume uma tal dimensão de imponderabilidade que dificilmente se fará justiça sem uma abordagem tópico-problemática, casuística em alguma medida, atenta à situação concreta³. É o caso dos danos não patrimoniais, que convocam necessariamente uma intervenção dessa justiça maior que é a equidade.

Como, num Acórdão muito significativo do Supremo Tribunal de Justiça se refere:

“O poder do juiz é mais amplo na fixação dos danos não patrimoniais, em que recorre a juízos de equidade. Quando se faz apelo a critérios de equidade, pretende-se encontrar a solução mais justa, de acordo com as particularidades do caso concreto, em oposição à justiça meramente formal.”⁴

A nossa Jurisprudência, e em especial a do Supremo Tribunal de Justiça, consagra alguns casos significativos de recurso à Equidade em sede indemnizatória, que podem ser elucidativas. Assim, por exemplo:

“I - A lei não obsta a que a indemnização do lesado por danos futuros tenda a representar um capital que se extinga ao fim da sua vida activa e que seja susceptível de lhe garantir, durante ela, as prestações periódicas correspondentes à sua perda de ganho.

II - No cálculo do referido capital, à luz de juízos de equidade, devem ser considerados, inter alia, se possível, a natureza do trabalho realizado pela vítima, o rendimento por ela auferido, as suas condições de saúde ao tempo do evento, o tempo provável do trabalho que realizaria e a depreciação da moeda.”⁵

Ou ainda:

“IV - O montante indemnizatório correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica e à do lesado e às demais circunstâncias do caso.”⁶

3 Em defesa do pensamento tópico-problemático e judicialista moderado, contra o pensamento (e a prática) dogmático-sistemático e normativista, cf. a nossa síntese em *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 3.ª edição revista atualizada e aprofundada, Coimbra, Almedina, 2019, reimpressão, p. 397 ss.. O turning point para o regresso da tópica em Direito foi, como se sabe, o ainda iluminador livro de VIEHWEG, Theodor — *Topik und Jurisprudenz*, Munique, C. H. Beck'sche V., 1963. Concretizando a tópica em tópicos bem delimitados e com interessantes inovações, outro clássico: PUY, Francisco — *Tópica Jurídica*, Imprensa Paredes, Santiago de Compostela, 1984.

4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2014, proferido no Proc.º n.º 287/10.0 TBMIR. S1 – Relatora: Conselheira Clara Sottomayor.

5 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/02/2004 - Revista n.º 83/04 - 7.ª Secção – Relator: Conselheiro Salvador da Costa.

6 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/03/2004 - Revista n.º 4439/03 - 2.ª Secção – Relator:

E novamente:

“1 - O recurso às fórmulas matemáticas ou de cálculo financeiro para a fixação dos cálculos indemnizatórios por danos futuros/lucros cessantes não poderá substituir o prudente arbítrio do julgador, ou seja a utilização de tais critérios de equidade, de resto em obediência ao comando do n.º 3 do art.º 566 do CC.”⁷

2. É evidentemente possível arbitrar um aumento da indemnização em sede de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Com argumentos ponderosos e pertinente jurisprudência⁸.

Feita uma global comparação das situações de facto e dos montantes arbitrados anteriormente, relacionando-os com a situação *sub judice*, revela-se a necessidade de ponderar, em cada caso, como é óbvio.

Não se trata, pois, de, de uma forma míope, haver apenas diante dos olhos o caso *sub judice*. É preciso conhecê-lo, entendê-lo, valorá-lo, mas contextualizá-lo. Ao mesmo tempo que se recusam as amarras do positivismo, não se vogará pelo poço sem fundo de um subjetivismo. Nesse sentido, designadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de maio de 2008, proferido no Proc.º n.º SJ20080506012791 (Relator: Conselheiro Urbano Dias), em diálogo com vários autores, pondera:

“Repudiando as teses positivistas que, infelizmente ainda continuam arreigadas a muitas “boas” mentes e que assumem uma atitude negativista perante a equidade, acolhendo de vez que a função da jurisprudência é ditar a justiça do caso concreto, “como verdadeira arte do justo e do equitativo”, concordando com Paulo Ferreira da Cunha – “a Justiça não é uma intervenção racionalista, geométrica, mas seiva vivificadora do quotidiano, não um ideal inatingível, mas um ser natural, só vivido em casos patológicos” (Pensar o Direito – I. Do realismo clássico à análise mítica, página 29), crendo mesmo no sentido autopoiético da juridicidade e, sobretudo, “que o direito é uma criação da pessoa, em que ela se recria com o objectivo de se cumprir qua tale” (FERNANDO J. BROZE, O Problema da Analogia, in Estudos em Memória do Professor José Dias Marques, página 157) o certo é que, não podemos,

.....
Conselheiro Santos Bernardino.

7 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/01/2004 - Revista n.º 3926/03 - 2.ª Secção - Relator: Conselheiro Ferreira de Almeida.

8 Nomeadamente, cremos ser pertinente recordar, nesta última vertente: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/12/2012 - Revista n.º 991/08.3TJVNF.P1.S2 - 6.ª Secção - Relator: Conselheiro Azevedo Ramos; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/09/2012 - Revista n.º 30/05.6TBPNC. C1.S1 - 1.ª Secção - Relator: Conselheiro Mário Mendes; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/06/2012 - Revista n.º 4954/07.8TVLSB.L1.S1 - 6.ª Secção - Relator: Conselheiro Fonseca Ramos; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/12/2018 - Revista n.º 652/16.0T8GMR.G1.S2 - 7.ª Secção - Relatora: Conselheira Maria do Rosário Morgado.

não devemos, na ânsia de encontrar a justiça do caso concreto, apoiarmo-nos, por um lado, em elementos sem o mínimo sentido do real, e, por outro, ignorarmos por completo o incumprimento do ónus probatório por parte do lesado, e fixarmos um quantum indemnizatório (?) sob pena de entrarmos no campo puramente arbitrário.

Seguramente, não iremos por tal caminho.

Estamos totalmente de acordo com ABRANTES GERALDES quando afirma que “os riscos de se cair no campo da discricionariedade, também ela potenciadora de injustiças, podem ser atenuados se se fizer um uso prudente das regras da experiência, tomando, por exemplo, como ponto de referência a quantia necessária para alugar um bem de características semelhantes” (obra citada, página 53) – passagem esta curiosamente também citada no acórdão recorrido –, certo que inexistem nos autos qualquer dado que permita seguir tal orientação não só porque os dados fornecidos pelo A.-lesado não ficaram provados, mas também porque outros decididamente não foram sequer alegados.

À míngua completa de elementos de facto norteadores para a fixação de uma indemnização, ainda que o fosse por recurso à equidade, entendemos que, sob pena de arbitrariedade, este pedido de indemnização não pode ter acolhimento.”

3. Sem prejuízo das prevenções referidas (que também relevam de casos específicos), cremos, antes de mais, que deve prevalecer um juízo de *equidade* na apreciação nas situações de danos, considerando que a equidade é questão de direito e não de facto – o que significa que pode e deve ser considerada em sede de Supremo Tribunal de Justiça. E que a indemnização tem de ser fixada equitativamente é, a nosso ver, o entendimento legal, desde logo em sede geral (v.g. art. 496, n.º 4 CC: “O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal (...)” e art. 566, n.º 3: “Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”) e jurisprudencial.

4. Não se ignora que o Supremo Tribunal de Justiça por vezes tem propendido para um entendimento especificador da forma como pode conhecer da equidade (por exemplo, apartando juízo de justiça normativa de juízo de justiça concreta), por não a considerar “em rigor” questão de direito. Assim, ainda recentemente:

“o julgamento de acordo com a equidade envolve um juízo de justiça concreta e não um juízo de justiça normativa, razão por que a determinação do quantum indemnizatório não traduz, em rigor, a resolução de uma questão de direito.

Neste contexto, a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça deve reservar-se à

formulação de um juízo crítico de proporcionalidade dos montantes decididos em face da gravidade objetiva e subjetiva dos prejuízos sofridos.

A sua apreciação cingir-se-á, por conseguinte, ao controle dos pressupostos normativos do recurso à equidade e dos limites dentro dos quais deve situar-se o juízo equitativo, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade conducentes à razoabilidade do valor encontrado”⁹.

5. Tudo ponderado, porém, afigura-se-nos, salvo melhor opinião, que se trata essencialmente de um rigor classificatório que na prática não obsta ao vero conhecimento em sede de uma equidade prática e concreta. Porquanto “controle dos pressupostos normativos do recurso à equidade e dos limites dentro dos quais deve situar-se o juízo equitativo, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade conducentes à razoabilidade do valor encontrado” realmente, na grande maioria dos casos, desde que feito com espírito (*animus*) de Justiça que sempre deve animar o julgador, conseguirá obter resultados muito idênticos, se não até exatamente os mesmos, que o uso de uma equidade sem limites (que na verdade é uma componente da Justiça, como bem recorda António Braz Teixeira¹⁰).

Parte da Justiça que é, da equidade dificilmente se consegue prescindir, quando tenha pertinência para a concretização (precisamente concretização) dessa mesma Justiça. Sobre a ligação da Equidade e da Justiça, especificamente em sede de dano moral, veja-se, *v.g.*, Maria Francisca Carneiro¹¹:

“na nossa opinião, no direito português do ((dano)) moral, o que mais chama a atenção, o particular e diferente do que predomina no Ocidente, é que a fixação do montante da indemnização se deve dar pela equidade (própria da natureza da justiça) e não pelo arbítrio (que é uma falácia arbitrária)”.

6. E permita-se-nos assinalar que a consideração dos pressupostos normativos do recurso à equidade (que é óbvia baliza imposta pela ordem jurídica – desde logo na dimensão da legalidade) e os limites de proporcionalidade e igualdade que permitam

9 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2706/17.6T8BRG.G1.S1, 7.ª Secção, tendo como Relatora a Conselheira Maria do Rosário Morgado. Passagem esta remetendo em nota para o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/12/2017, Revista n.º 589/13.4TBFLG.P1 - Relatora – Conselheira Fernanda Isabel Pereira.

10 TEIXEIRA, António Braz — Reflexão sobre a Justiça, in “Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado”, n.º 1, Janeiro-Junho 1986.

11 CARNEIRO, Maria Francisca — Método de valoración del daño moral, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 105 (tradução nossa).

atingir um valor razoável na indenização, como é o que se discute, são critérios absolutamente pertinentes.

Ou seja, ainda que não se considere a equidade *tout court* e na sua máxima e livre extensão aplicativa uma matéria de direito, ao limitar a sua apreciação a questões de proporcionalidade e igualdade com vista à obtenção da razoabilidade no valor encontrado, não se fecha a porta à Justiça pela total limitação dessa sua válvula de segurança, e tal poderá certamente apreciar-se pela justeza dos julgados nessa ordem de ideias.

7. Cremos assim que o obstáculo por assim dizer epistemológico (porque de ordem conceitual), que se poderia colocar à consideração da equidade, acaba por poder ser entendido, no limite, como um problema de designação e (concedamos) de algumas cautelas (essas justificadas) para que não se caísse no que consideramos ser já negação da equidade, ou seja, juízos desvinculados e subjetivistas de “direito livre”. Não repugna, de modo algum, balizar a equidade nos termos e limites da proporcionalidade, da igualdade e da razoabilidade (parâmetros que também de forma alguma estão isentos de polissemia e possíveis derrapagens semânticas). E é o que faremos sempre que a ela nos referirmos. Também, por exemplo, a jurisprudência germânica quando desenvolve o seu labor no domínio da boa fé¹² acaba por se abeirar, se não mesmo por adentrar-se no terreno da Equidade. Havendo, assim, um diálogo e por vezes mais ou menos subtil fungibilidade entre categorias, conceitos, institutos. O que, se torna difícil categorizações rígidas e didáticas, pode contribuir para o objetivo principal do trabalho jurisprudencial, que não pode deixar de ser a constante e perpétua vontade de justiça.

¹²

8. O desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial¹³ mais recente sobre aqueles três conceitos, que são princípios, e, pelo menos no caso da igualdade, também valor, leva mesmo a ponderar que, pelo menos por vezes e em certo sentido, o uso do conceito, mais antigo (mas nem por isso muito mais elaborado), “equidade” acaba por ser deles “um outro nome”, uma forma de os sintetizar de uma forma prática e com pergaminhos históricos mais antigos e reconhecidos¹⁴. Embora também haja riscos interpretativo /

¹² Cf., entre nós, MENEZES CORDEIRO, António — Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1984.

¹³ V., v.g., já ALBUQUERQUE, Martim de Albuquerque, com a colaboração de Eduardo Vera Cruz — Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência, Coimbra, Almedina, 1993; Acórdãos do Tribunal Constitucional 563/96, 319/00, 232/03 e 254/07.

¹⁴ V., em geral, inter alia, CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva — Colisões entre Princípios. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica, Curitiba, Juruá, 2006; GUERRA FILHO, Willis Santiago —

aplicativos na convocação da igualdade, por exemplo¹⁵. E já tenha havido quem lhe preferisse, até constitucionalmente, a equidade – mas decerto por daquela ter uma visão muito aritmética e estática e não geométrica e dinâmica.

9. Seja como for, também proporcionalidade, igualdade e razoabilidade levam a que o montante da indemnização por danos não patrimoniais não possa ser considerado uma espécie de bónus ou suplemento, mas, pelo contrário, como diz a que nos afigura melhor e já aceite jurisprudência,

«A indemnização por danos não patrimoniais terá por finalidade proporcionar um certo desafogo económico ao lesado que de algum modo contrabalance e mitigue as dores, desilusões, desgostos e outros sofrimentos suportados e a suportar por ele, proporcionando-lhe uma melhor qualidade de vida, fazendo eclodir nele um certo optimismo que lhe permita encarar a vida de uma forma mais positiva. Isto é, esta indemnização destina-se a proporcionar, na medida do possível, ao lesado uma compensação económica que lhe permita satisfazer com mais facilidade as suas necessidades primárias que possam constituir um alívio e um consolo para o mal sofrido.»¹⁶

Em sentido semelhante:

4. A indemnização por danos não patrimoniais - que visa oferecer ao lesado uma compensação que contrabalance o mal sofrido - deve ser significativa, e não meramente simbólica.

5. Indemnização significativa não quer dizer indemnização arbitrária: a indemnização deve ser fixada segundo critérios de equidade, atendendo às circunstâncias referidas no art. 494º do CC, o que significa que o juiz deve procurar um justo grau de “compensação”.¹⁷

10. É absolutamente certo que os danos morais a considerar hão-se ser graves, como explicita o art. 496, n.º 1 CC. E que

.....
Notas em torno ao Princípio da Proporcionalidade, in *Perspectivas Constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976, ed. de Jorge Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1996; PEREIRA SAÉZ, Carolina — Una Contribución al estudio del empleo del Principio de Proporcionalidade en la jurisprudência reciente del Tribunal Constitucional Español, Separata do “Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña”, 8, p. 1043 ss..

15 Cf. o nosso Direito Constitucional Anotado, Lisboa, Quid Juris, 2008, p. 128 ss..

16 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/01/2011 - Revista n.º 210/05.4TBLMG.P1.S1 - 1.ª Secção – Relator: Conselheiro Garcia Calejo.

17 Proc. n.º 03B3528. N.º convencional: JSTJ000, SJ200311200035282, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2003. Relator: Conselheiro Santos Bernardino.

“a gravidade deve medir-se por um padrão objectivo, e não de acordo com factores subjectivos, ligados a uma sensibilidade particularmente aguçada ou especialmente fria e embotada do lesado; e, por outro lado, deve ser apreciada em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”¹⁸.

11. Por outro lado, vão fazendo o seu curso na jurisprudência a invocação dos critérios do Acórdão da Relação de Coimbra, de 04/04/1995, CJ, tomo II, pág. 23, e, em geral, a abertura a uma não estrita consideração valores fixados nas Portarias n.º 377/2008 de 26/05, e n.º 679/2009, de 25/06, por exemplo.

12. Cremos que é justo e equo arbitrar uma indemnização que tenha ainda mais em consideração um sentido não acanhado e miserabilista da jurisprudência e da doutrina. E essa perspectiva é de direito, e não de simples assistencialismo. Aliás, “A presença do direito é a antítese do assistencialismo”, como encerra a sua análise sobre o tema Aldaísa Sposati¹⁹. Por outro lado, é hoje claríssimo que, sobretudo em matéria de danos não patrimoniais, estão em causa direitos humanos fundamentais constitucionalmente protegidos. Essa uma dimensão a ter, pelo menos, sempre em pano de fundo.

13. Podem apartar-se as parcelas do dano moral e do dano patrimonial, e considerar-se a função da indemnização do dano moral tal como, por exemplo, faz a jurisprudência supracitada²⁰. Ou seja, parafraseando um conhecido livro de Ronald Dworkin²¹, *levando a sério* o dano moral.

14. Parece haver uma salutar especificidade no espírito do nosso sistema de avaliação de danos morais. Veja-se a posição de Maria Francisca Carneiro²². A autora cita Delfim Maya de Lucena²³, sublinhando a importância, para este autor (*inter alia*) de se não esquecer que a finalidade principal da compensação é proporcionar ao lesado

18 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/03/2004 - Revista n.º 4439/03 - 2.ª Secção - Relator: Conselheiro Santos Bernardino – sumário, III.

19 SPOSATI, Aldaísa — «Assistencialismo», in Dicionário de Políticas Públicas, org. de Geraldo Di Giovanni e Marco Aurélio Nogueira, 2.ª ed., São Paulo, Unesp/Fundap, 2015, p. 94.

20 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/01/2011 - Revista n.º 210/05.4TBLMG.P1.S1 - 1.ª Secção – Relator Conselheiro Garcia Calejo.

21 DWORKIN, Ronald — *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard Univ. Press, 1977.

22 CARNEIRO, Maria Francisca — *Método de valuación del daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 105.

23 LUCENA, Delfim Maya de — *Danos não patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 1985, designadamente pp. 17 e ss..

meios de diminuição da sua dor. O que dificilmente se consegue sem autonomização e o tomar a sério do dano moral.

15. Valerá certamente a pena, por fim, recordar os Sumários de dois Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, com atinências com a questão:

“I – É possível ao Supremo Tribunal de Justiça aplicar critérios de equidade, nomeadamente ao nível indemnizatório, não se aderindo ao entendimento segundo o qual tal categoria pertenceria ao domínio do facto e não do direito. Além disso, um “controle dos pressupostos normativos do recurso à equidade e dos limites dentro dos quais deve situar-se o juízo equitativo, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade conducentes à razoabilidade do valor encontrado” na grande maioria dos casos, conseguirá obter resultados muito idênticos, se não até exatamente os mesmos, ao uso da equidade *tout court*. II – Além da equidade, igualmente proporcionalidade, igualdade e razoabilidade levam a que o montante da indemnização por danos não patrimoniais possa ser considerado não como uma espécie de simples bónus ou suplemento, mas, pelo contrário, como um “proporcionar um certo desafoço económico ao lesado que de algum modo contrabalance e mitigue as dores, desilusões, desgostos e outros sofrimentos suportados e a suportar por ele, proporcionando-lhe uma melhor qualidade de vida, fazendo eclodir nele um certo optimismo que lhe permita encarar a vida de uma forma mais positiva”, como já declarado por este Supremo Tribunal, em Acórdão de 11 de janeiro de 2011. III – Na atribuição de indemnização por danos não patrimoniais a um trabalhador rural, sinistrado sem qualquer culpa própria, afetado bastante fisicamente e nos seus magros rendimentos, tem de ter-se em conta o sofrimento acrescido pela sua condição e angústia da incerteza quanto ao futuro e à possibilidade de poder fazer-lhe face, pela diminuição das possibilidades de trabalho braçal, que exerce. Procurando propiciar-lhe um mínimo de segurança financeira que lhe permita de algum modo uma aproximação à reposição do *statu quo ante*.”²⁴

E ainda, envolvendo figuras como o abuso do direito e a usura – que estão nos antípodas da equidade:

I – A usura pode afetar a validade de uma declaração negocial, por induzir na vontade de uma das partes um vício na formação daquela. Porém a usura, com toda a carga semântica que historicamente se foi sedimentando, embora seja hoje sobretudo um vício de que pode estar inquinado o negócio jurídico (*v.g.* art. 282 do CC), assume um *pathos* de tal forma negativo, mesmo arrasador, que, apesar de em certos casos poder uma situação muito se lhe aproximar, necessita, para realmente verificar-se, de se encontrar preenchida uma situação de clara e

24 Acórdão de 17/12/ 2019, proferido no Proc.º n.º 669/16.4T8BGC.S1.

clamorosíssima gravidade e injustiça, sobre que não parem dúvidas.

II – O abuso do direito (art. 334 CC), sem deixar de espelhar uma notória desconformidade com a juridicidade fisiologicamente sã, apesar de tudo não envolve um juízo tão pesado de reprobabilidade quanto a declaração de usura. É o abuso do direito um instituto de grande plasticidade, sobretudo se entendido em termos modernos e hábeis, sem o casulo subjetivista que já o entorpeceu no passado. E especificamente podendo prescindir de um *numerus clausus* de brocardos.

III - Pode uma Seguradora exercer os seus direitos subjetivos, nomeadamente propondo um acordo a sinistrada, quiçá sem nenhuma violação do direito constituído; mas se o concreto uso do seu direito ultrapassou os seus inerentes limites (art. 334 CC), se atentou, nomeadamente, contra as regras de boa fé, *v.g.* numa utilização excessiva da posição natural de supremacia de uma instituição do seu género face a um particular especialmente vulnerável e com debilidades em diferentes aspetos, verifica-se o abuso do direito.

IV – A atribuição de indemnização por danos não patrimoniais ganha em ser feita com recurso a juízos hábeis, dúcteis e teleológicos, que tenham em conta todas as circunstâncias do caso concreto e não esqueçam que a finalidade principal da compensação é proporcionar ao lesado(a) meios de diminuição da sua dor. Não pode ser irrisória nem descomunal, mas adequada aos danos e à condição de quem deles irá usufruir.”²⁵

Do mesmo modo que a Fraternidade tem sido uma parente pobre e pouco convidada²⁶ nos tempos de enfatização de uma liberdade libertina, desregulada, que acaba por beneficiar apenas alguns, em muitos aspetos, e de uma igualdade simplesmente aritmética ou de fachada, que encerra em si não poucas disfunções, também a equidade necessita de ser mais acarinhada e compreendida não como uma espécie de trunfo de alguns anti direito ou contra direito, ou uma realidade lateral, excecional face à normalidade jurídica. Pelo contrário, a equidade está na própria essência do Direito, equidade é Direito. E, conforme Aristóteles, é até uma justiça melhor²⁷. Aliás, em situações como a dos danos não patrimoniais dificilmente se poderá obter vera justiça sem o uso dessa régua de Lesbos de que fala o Estagirita, que tem a virtualidade de se afeiçoar ao objeto medido.

Publicado originalmente na Revista Julgar *Online*, março de 2021 | 15

25 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2021, proferido no Proc.º n.º 480/12.1TBMMV. C1.S2.

26 Cf., por todos, DEBRAY, Régis — À l'ère des people..., in “Le Magazine Littéraire”, n.º 488, julho-agosto 2009; Idem — Le moment fraternité, Paris, Folio, 2010.

27 ARISTÓTELES — Ética a Nicómaco, V, 14 (1137 b). Cf. o nosso L'Équité: Le legs realiste classique et la pensée de Michel Villey, “Notandum”, ano X, n.º 15, 2007, p. 5 e ss..

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte ARIAL corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. As referências deverão obedecer as normas ABNT. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO