

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO**

Cícero Luiz Bodanese

**CRISE DA RELAÇÃO DE EMPREGO:
teoria da vulnerabilidade**

PORTO ALEGRE
2015

CÍCERO LUIZ BODANESE

**CRISE DA RELAÇÃO DE EMPREGO:
teoria da vulnerabilidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito obrigatório para aprovação no Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles.

Porto Alegre

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Leandro Dorneles, pela disponibilidade de tempo, compreensão e transmissão de conhecimentos na jornada para formação deste trabalho.

Ao meu pai, Agenor Luiz Bodanese e à minha mãe, Reni Barni Bodanese por todo apoio e paciência que tiveram no período da realização deste trabalho, e por sempre me incentivarem a ter uma formação acadêmica de qualidade.

RESUMO

A incidência normativa do Direito do Trabalho se dá a partir do reconhecimento de uma relação de emprego como sabemos. A teoria geral do Direito do Trabalho baseada na subordinação do empregado encontra-se em crise, ou seja, a relação de emprego típica está em crise e, portanto, deve ser repensada para que as novas relações de trabalho também tenham proteção por parte do Direito do Trabalho. Para que o Direito do Trabalho venha a tutelar essas novas relações de trabalho vamos abordar o uso da teoria da vulnerabilidade, pois todas essas relações de trabalho caracterizam-se pela vulnerabilidade do trabalhador diante do tomador de serviços. O objetivo desse trabalho é verificar se a teoria da vulnerabilidade é a via adequada para superar a crise que se apresenta na relação de emprego. O método usado para elaboração da pesquisa deste trabalho é o hipotético-dedutivo. A análise da teoria da vulnerabilidade mostrou ser essa uma via coerente para ampliar a tutela de proteção do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Relação de emprego. Pós-industrial. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The normative implications of Labor Law are based on the recognition of an employment relationship as we know it. The general theory of Labor Law based on an employee's subordination, that is, the typical employment relationship, is in crisis and must therefore be revisited so that new working relationships are also protected under Labor Law. To ensure that Labor Law will cover these new employment relationships we address the use of the vulnerability theory, since all these relationships are characterized by the employee's vulnerability to their employer. The aim of this study is to determine whether the vulnerability theory is a suitable means of overcoming the current employment relationship crisis. The method applied is the hypothetico-deductive model. Analysis of the theory of vulnerability proved it to be a consistent means of expanding the protective scope of the Labor Law.

Keywords: Employment relationship; Post-industrial; Vulnerability.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	8
2 RELAÇÃO DE EMPREGO	10
2.1 SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO – TRABALHO LIVRE SUBORDINADO	10
2.1.1 DOCTRINA CRISTÃ. TRABALHO NA CRIAÇÃO.....	10
2.1.2 ORIGEM DO ESCRAVO	10
2.1.3 ANTIGUIDADE CLÁSSICA.....	11
2.1.3.1 LOCATIO CONDUCTIO	12
2.1.4 IDADE MÉDIA	12
2.1.4.1 CORPORAÇÕES DE OFÍCIO	13
2.1.5 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL	15
2.1.5.1 LIBERALISMO	16
2.1.6 INTERVENCIONISMO.....	17
2.2 TEORIA CLÁSSICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	19
2.2.1 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	20
2.2.2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	22
2.2.2.1 PRESTAÇÃO DE TRABALHO POR PESSOA FÍSICA.....	23
2.2.2.2 PESSOALIDADE	24
2.2.2.3 ONEROSIDADE	26
2.2.2.4 NÃO EVENTUALIDADE	27
2.2.2.5 RISCO DO NEGÓCIO DO EMPREGADOR	30
2.2.2.6 SUBORDINAÇÃO.....	31
3 CRISE DA RELAÇÃO DE EMPREGO	34
3.1 SOCIEDADE INDUSTRIAL.....	34
3.2 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL.....	40
3.2.1: PEJOTIZAÇÃO, PARASSUBORDINAÇÃO E TELETRABALHO	44

3.2.1.1 PEJOTIZAÇÃO.....	44
3.2.1.2 TELETRABALHO.....	48
3.2.1.3 PARASSUBORDINAÇÃO.....	51
3.3 CRISE NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	54
4 VULNERABILIDADE	55
4.1 HIPOSSUFICIÊNCIA E DEPENDÊNCIA NA RELAÇÃO DE EMPREGO	55
4.2 TEORIA DAS VULNERABILIDADES E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.....	57
4.2.1 VULNERABILIDADE NEGOCIAL	63
4.2.2 VULNERABILIDADE HIERÁRQUICA.....	64
4.2.3 VULNERABILIDADE ECONÔMICA.....	65
4.2.4 VULNERABILIDADE TÉCNICA.....	66
4.2.5 VULNERABILIDADE SOCIAL	68
4.2.6 VULNERABILIDADE INFORMACIONAL.....	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

A incidência normativa do Direito do Trabalho se dá a partir do reconhecimento de uma relação de emprego como sabemos. Contudo o contexto em que se apresenta as relações de trabalho hoje não absorve mais a ideia de proteção do Direito do Trabalho baseada puramente no trabalho subordinado, uma vez que esse modelo de trabalho é característico do início do século passado, do “chão de fábrica” da sociedade industrial e já não é mais predominante em nossa sociedade pós-industrial como veremos.

A teoria geral do Direito do Trabalho baseada na subordinação do empregado encontra-se em crise, ou seja, a relação de emprego típica está em crise e, portanto, deve ser repensada para que as novas relações de trabalho também tenham proteção por parte do Direito do Trabalho. Para que o Direito do Trabalho venha a tutelar essas novas relações de trabalho vamos abordar o uso da teoria da vulnerabilidade, pois todas essas relações de trabalho caracterizam-se pela vulnerabilidade do trabalhador diante do tomador de serviços.

Tendo em vista esse contexto o objetivo desse trabalho é verificar se a teoria da vulnerabilidade é a via adequada para superar a crise que se apresenta na relação de emprego.

O método usado para elaboração da pesquisa deste trabalho é o hipotético-dedutivo. É o método mais adequado vez que nos permite preencher lacunas de conhecimento, o que se faz essencial para atingir os objetivos do presente trabalho. Para a elaboração do trabalho vamos nos valer da doutrina disponível sobre os temas abordados.

A estrutura do trabalho vai se basear em três capítulos. O primeiro começará abordando a evolução histórica do trabalho que começa com a noção de trabalho diante da doutrina cristã, após aborda a escravidão até o surgimento do trabalho livre subordinado no período do intervencionismo com a influência do aparecimento das massas para proteger o trabalhador que se encontrava oprimido. Continua o Capítulo primeiro conceituando a relação de emprego típica que surgiu com a sociedade industrial, o trabalho livre e subordinado, e é o objeto de proteção do Direito do Trabalho. Vai ser falado sobre a natureza jurídica contratual da relação de emprego explicando cada um dos seus elementos, quais sejam: prestação de

trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade, risco do negócio do empregador e subordinação.

No segundo capítulo iremos abordar a crise na relação de emprego, começando pela análise da sociedade industrial para mostrar como se deu o surgimento das características dessa forma de relação de trabalho que hoje é objeto da tutela do Direito do Trabalho. Para isso vamos mostrar a organização do trabalho da sociedade industrial proposta por Taylor e Ford, como funcionava, por exemplo a linha de montagem da fábrica de automóveis de Ford. Tal organização como veremos caracterizou o trabalhador como empregado ao configura-lo dentro de todos elementos da relação de emprego. Mais adiante no capítulo dois iremos abordar a sociedade pós-industrial e o surgimento de produção toyotista que se caracteriza pela produção em massa e a flexibilização das relações de trabalho dando origem a diversas novas formas de relações de trabalho no mundo pós-industrial. Explicaremos algumas dessas novas relações como a pejetização e abordaremos a ideia de vulnerabilidade do trabalhador dessas relações para que ali também incida a proteção do Direito do Trabalho.

Já no terceiro e último capítulo vamos adentrar na teoria da vulnerabilidade. Inicialmente vamos tratar de conceituar institutos como hipossuficiência, dependência e subordinação, dando atenção a definição clássica de dependência econômica e da transição dessa para a ideia de subordinação, tudo isso para que possamos entender melhor o conceito de vulnerabilidade. Após vamos abordar, enfim, a teoria das vulnerabilidades e sua atuação no Direito do Trabalho para, ao analisar a vulnerabilidade em vários aspectos e conceituar seus tipos, ver se se trata de uma boa solução para superar a crise da relação de emprego.

2 RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1 SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO – TRABALHO LIVRE SUBORDINADO

2.1.1 DOCTRINA CRISTÃ. TRABALHO NA CRIAÇÃO

Como ponto de partida à explicar a origem do trabalho podemos citar a história da criação, narrando a origem do mundo segundo o livro Gênesis, também bem lembrado por Alice Monteiro de Barros, onde Deus, ao sétimo dia acabou sua obra e descansou. Aqui o trabalho não nos remete a fadiga e o repouso não significa recuperação de esforços. Consta na obra ainda que “...o Senhor Deus tomou o homem e o colocou no paraíso de delícias para que o cultivasse e guardasse...” mostrando o trabalho como possibilidade de continuar a obra criadora de Deus¹.

Após o pecado original a doutrina cristã passa a frisar o esforço e a fadiga contidos no trabalho, pois o homem está condenado a trabalhar para remir o pecado original e resgatar a dignidade que perdera diante de Deus.

2.1.2 ORIGEM DO ESCRAVO

O homem, desde seus primórdios, sempre trabalhou, seja para obtenção de alimento, caçando e, mais adiante, para se defender de animais ferozes, o que os levou a fabricação de armas.

Fabricando armas para defesa pessoal o homem passa a travar combates contra seus semelhantes de outras tribos e grupos. No início os adversários derrotados eram mortos, pois se pensava que desse modo não causariam mais incômodos. Porém com o tempo os grupos vencedores perceberam que, ao invés de serem liquidados, seria mais útil escravizar os derrotados nas lutas e pô-los para trabalhar a seu gozo.

A partir de então, com o acúmulo de prisioneiros, diante das batalhas vencidas, os vencedores passaram a vendê-los, trocá-los e alugá-los. Dá-se então o pontapé inicial a escravidão.²

¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 43.

² REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.15-16.

2.1.3 ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Nesse período predomina o trabalho escravo.

Como já citamos, a condição de escravo derivou de ser prisioneiro de combates, porém aqui na antiguidade clássica deriva também do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército entre outras razões como bem lembra Alice Monteiro de Barros.

Aqui o trabalho era reduzido a coisa. Entre os gregos e romanos o trabalho era tratado como mercadoria. O escravo era tratado como uma coisa, era propriedade do senhor ou *dominus*, pertencia ao senhor.³ Seu trabalho era baseado em serviços manuais exaustivos, enquanto os homens livres se dedicavam ao pensamento e ao intelecto. O trabalho realizado pelo escravo era tido como desonroso e impróprio aos homens livres, ele não tinha nem resquícios de direitos trabalhistas.

Aristóteles cita que a escravidão era necessária, pois para se ter cultura era necessário ser rico e ocioso e que isso não seria possível sem o trabalho escravo.

Hegel também apresentou sua dialética do senhor e do escravo que em suma quer transmitir que o escravo se submete ao senhor em troca da vida. Por outro lado, o senhor também se torna dependente do escravo e esse último toma as rédeas da direção tomada pela história.

Devemos mencionar que há nesta época leis que fazem um abrandamento ao regime da escravidão, segundo alguns historiadores, tais como o Código de Hamurabi onde o trabalhador mereceu tratamento mais suave pelo reconhecimento de certos direitos civis; ou quando focamos ao direito do escravo a serviços leves e doméstico em dias de descanso. Porém esses benefícios eram insignificantes na prática.⁴

Não há de se falar em direito do trabalho na antiguidade clássica uma vez que só há um sujeito de direito, o senhor, não há qualquer sinal de direito de proteção ao escravo e consideração a dignidade deste.

³ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.17.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 45.

2.1.3.1 LOCATIO CONDUCTIO

Com o aumento da população e com as relações sociais tornando-se cada vez mais complexas, os senhores passaram a arrendar a mão de obra dos escravos de outros senhores e, mais tarde, os homens livres de baixo poder aquisitivo também começaram a fazê-lo.

Inicialmente essa contratação era regida pela locação de coisas, tendo características idênticas a de escravo, e foi denominada *locatio conductio*. Nada mais era que a locação do escravo, ou seja, de coisa.

Alguns defendem que se trata de outro tipo de relação de trabalho presente na antiguidade, pois foi ganhando campo e definiu-se como um ajuste por meio do qual uma pessoa se obrigava a fornecer o uso e gozo de uma coisa, a prestação de um serviço ou de uma obra em troca de um preço que a outra parte se obriga a pagar chamado *meces* ou *pensio*⁵.

Há três tipos de *locatio conductio*: *rei*, *operis* e *operarum*.

A primeira trata da concessão de uso e gozo de algo em troca de retribuição.

A segunda trata da obrigação de realizar uma obra mediante remuneração, ou seja, paga-se por obra.

A terceira trata de remunerar o tempo gasto para realizar o serviço prestado, ou seja, paga-se o tempo de trabalho.

Essa forma de trabalho era escassa quando comparada a escravidão, pois a locação se destinava somente a fatos materiais, concretos segundo os romanos, e não abrangia os serviços intelectuais, logo havia resistência há essa nova relação de trabalho.⁶

A remuneração na *locatio* regia-se pela lei da oferta e da procura e era, na maior parte das vezes, inferior as necessidades vitais, contudo, por maior que fosse a liberdade contratual, os juízes costumavam estipular ela em dinheiro.

2.1.4 IDADE MÉDIA

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 45.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 46.

No decorrer da história do trabalho, já na idade média, o regime da escravidão se transforma em um sistema de servidão característica do período feudal.

No feudalismo o trabalho era destinado ao servo, ao qual era reconhecido- diz a doutrina- natureza de pessoa e não mais de coisa, a exemplo do escravo, pois lhes reconheciam certas prerrogativas civis.⁷

Os servos nada mais são do que escravos alforriados ou homens livres que viram suas terras sendo invadidas pelos bárbaros e precisaram buscar proteção junto aos senhores feudais.

O sistema de hierarquia do período feudal é muito bem explicado por Jair Teixeira dos Reis:

O sistema feudal estabeleceu uma hierarquia de vassalagem entre o rei, o senhor feudal e o camponês. Este devia fidelidade ao seu senhor, recebendo dele proteção contra invasores, e retribuindo com trabalho (corvéia) e taxa sobre o uso das instalações (moinhos, celeiros) e a terra. O senhor devia fidelidade ao rei, que lhe dava as terras, e retribuía fazendo a guerra e pagando taxas. O senhor feudal vivia no castelo, fortificado para guerra, e centro econômico autônomo, onde era feito o artesanato e guardados os alimentos. Além da nobreza guerreira a Igreja também compunha o sistema feudal, exercendo cada mosteiro o senhorio sobre um feudo e devendo fidelidade ao rei.⁸

Os servos eram submetidos a trabalhos pesados e podiam ser maltratados pelos senhores. Tinham que trabalhar nas terras pertencentes a estes tendo em troca a proteção militar e política e ainda tinham que entregar parte de sua produção ao senhor feudal. Não havia condição de liberdade nessa relação entre o trabalho do servo e senhor e assim não há de se falar em direito do trabalho ainda.

Uma curiosidade que remete a degradação do servo é que o senhor desfrutava até do direito a noite de núpcias da serva que se casasse.

O feudalismo acabou por volta do século XVI.

2.1.4.1 CORPORAÇÕES DE OFÍCIO

Com novas necessidades surgindo, os habitantes dos feudos, passaram a adquirir mercadorias fabricadas fora do limite das terras dos senhores feudais. Foi

⁷ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.19.

⁸ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.19.

quando surgiram espécies de feiras para intercâmbio de mercadorias, normalmente em beira de rios, lagos e mares.

Os feudos também passaram a interagir e trocar produtos ou adquiri-los dessas feiras.⁹

Tais feiras tomavam o interesse dos artesãos, mercadores e outros grupos profissionais que as transformaram nas chamadas corporações de ofício que, pela primeira vez, procurava assegurar direitos e prerrogativas através da união dos homens para alcançar a identidade da profissão.

Nas corporações de ofício havia três grupos de trabalhadores: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

O mestre obtinha seu cargo pelas suas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra prima. Eles se tornavam mestres através de avaliações por bancas avaliadoras segundo citou o professor Ricardo Antônio Lucas Camargo em uma de suas brilhantes aulas.

Os aprendizes eram jovens trabalhadores, submetidos a figura do mestre que lhes ensinava um ofício. Tinham uma disciplina de trabalho rígida e dura imposta pelo mestre que era amparado pelos poderes que lhe atribuíam as normas do estatuto da corporação.

Após o término do aprendizado, que podia durar de 2 a 12 anos conforme a complexidade do ofício, o aprendiz se tornava companheiro e podia trabalhar em locais públicos executando o que aprendeu. Para melhorar de vida e tornar-se mestre teria que ter dinheiro para comprar a carta de mestría, casar-se com a filha do mestre ou sua viúva.

As corporações de ofício continham regras que eram aplicadas a todos seus membros. Nas corporações de artesão, por exemplo, cada corporação tinha um estatuto com normas que disciplinava as relações de trabalho.

Os estatutos tinham regras que estipulavam, entre outras coisas, a obrigação de produção de produto de boa qualidade e a fixação do salário, para que esse não ficasse a critério dos mestres evitando a livre concorrência. Com isso observa-se que o salário não era fixado, e em momento algum, pensando-se nas necessidades do trabalhador. Alguns defendem que ainda não há de se falar em

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 47.

salário neste período da idade média, mas tão somente em pagamento por serviços.¹⁰

Nessa forma de trabalho o homem ainda não goza de inteira liberdade, porém deixa de trabalhar em benefício do senhor da terra e passa a exercer sua atividade, sua profissão. Há um mínimo aumento na liberdade do trabalhador, contudo não se pode falar ainda em um direito do trabalho ou do trabalhador.

A falta de liberdade ainda predominante no trabalhador das corporações é visível uma vez que o homem deveria aceitar ser aprendiz em determinadas profissões, o que limitava sua liberdade de livre escolha e descaracterizava assim a liberdade do trabalho. Além disso, as relações entre os trabalhadores e as corporações de ofício visavam tão somente os interesses dessas últimas, pouco importando a proteção dos mestres, companheiros ou aprendizes.

Para Jair Teixeira dos Reis as corporações de ofício não passaram de uma fórmula mais amena de escravidão do trabalhador.¹¹

2.1.5 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A lei Chapelier, de 1791, extinguiu definitivamente as corporações de ofício e em seu art. 7º dispõe: “a partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro”.

O regime artesanal teve como catalisador de seu desaparecimento a inovação tecnológica, denominada Revolução Industrial que tem como característica básica a substituição da força humana pela máquina a vapor e cria duas classes que se opõe por seus interesses. De um lado estão os detentores do capital e meios de produção e do outro os operários.¹²

Os operários em sua grande maioria originaram-se do desemprego rural e da mobilidade do trabalhador do campo para cidade, a exemplo da

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 48-49.

¹¹ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.21.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

Inglaterra.¹³ Houve então uma grande concentração de pessoas nas cidades que não estavam preparadas para receber tamanho contingente.

Este trabalhador das novas indústrias era submetido a uma situação de total desproteção, muitas vezes prestava serviços em jornadas de 14 a 16 horas, não tinha qualquer possibilidade de desenvolvimento intelectual, habitava em péssimas condições e nas adjacências do local de trabalho, e ganhava salário em troca disso tudo.¹⁴

Aqui forma-se a figura do trabalhador assalariado e, com o acúmulo de trabalhadores disponíveis às indústrias, instaura-se o princípio da ampla liberdade de contratação, sem limite à vontade das partes. O trabalhador encontra-se em desigualdade perante o empregador que detêm os meios de produção, a máquina. Era explorado e mal assalariado, pois se não quisesse aceitar as condições de trabalho havia muita gente para ocupar seu lugar devido à grande oferta de mão de obra.

2.1.5.1 LIBERALISMO

No mesmo período da revolução industrial a Revolução Francesa de 1789 surge com a ideia do liberalismo econômico que em sua base prega a liberdade, igualdade e fraternidade entre os indivíduos sem que o estado intervenha nas relações entre as pessoas. Dá destaque a autonomia da vontade, fundamenta-se no individualismo, baseia-se na propriedade privada entre outros aspectos.

O indivíduo, pela sua vontade, tem o poder de realizar qualquer classe de ato jurídico. O Código de Napoleão, de 1804, exalta a autonomia da vontade, o princípio do *pacta sunt servanda*, como norma suprema e em um de seus artigos estipula que as convenções têm força de lei para quem as celebram.

No Código de Napoleão regula o contrato de trabalho como modalidade de locação e passa a estipular o contrato a prazo, proibindo o trabalho por toda a vida e afastando, assim, a volta do trabalho escravo.¹⁵

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p.39.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p.39-46.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 50.

O emprego das máquinas começou a explorar, a ofuscar o trabalho dos homens e explorar as chamadas “meias forças”, entendidas como as mulheres e as crianças.

O novo trabalhador das fábricas não estava preparado para reivindicar, suportando jornadas pesadas de trabalho, higiene precária, sujeição a acidentes de trabalho, ou seja, um total desrespeito a condição humana.

2.1.6 INTERVENCIONISMO

O intervencionismo foi impulsionado pelas ideias da Igreja Católica, mas sobre tudo em função do aparecimento das massas, para proteger o oprimido trabalhador.

Sendo literalmente exploradas pelos empregadores as massas de trabalhadores passam a reivindicar, se associar e, no final do século XIX, se unir em sindicatos, e mostram sua força como, por exemplo, em uma de suas primeiras manifestações em que se rebelam contra as máquinas e as quebram. A seu favor se manifesta a Igreja Católica que preza pela solução dos problemas das relações entre empregados e empregadores através da Encíclica Rerum Novarum, de 1891, do Papa Leão XIII, que surge após a Revolução Industrial e diz: “que deve ser considerado, em teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência, por isso a sua remuneração não pode deixar-se a mercê do jogo automático das leis de mercado; pelo contrário, deve ser estabelecido, segundo as normas da justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes”.¹⁶

A igreja defendia a intervenção do estado nas relações de trabalho para assegurar o bem comum, que a propriedade não é direito absoluto e que ao seu dono cabe apenas administrá-la, que o trabalho é título de honra, que o salário deve ser justo e suficiente para manter o trabalhador e sua família, que o descanso deverá permitir a reposição de forças e o cumprimento dos deveres religiosos do

¹⁶ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.23.

trabalhador, que não devem ser exploradas as meias forças, que trabalhadores e empregadores não devem enfrentar lutas de classes.¹⁷

A encíclica do papa Leão XIII serviu para o estado romper com o *laissez faire*, expressão que remete ao liberalismo e sua ideologia de livre mercado e proteção aos direitos de propriedade. E passar a intervir de fato nas relações de trabalho considerando as necessidades do trabalhador, o bem comum, a situação da empresa entre outros aspectos.¹⁸

Em suma o intervencionismo defende a intervenção do estado entre empregados e empregadores regulando as condições de trabalho a serem respeitadas pelos patrões e tomando medidas econômicas a fim de melhorar a condição social do trabalhador, tendo caráter humanitário e jusnaturalista.

Nessa fase, do intervencionismo do Estado, é que nasce o direito do trabalho, pois passou-se a pregar o bem-estar e as melhorias das condições de trabalho, ou seja, passou a existir o princípio da proteção ao trabalhador, a ideia de *in dubio pro operário* e o princípio ou direito que preserva a dignidade da pessoa humana.

O Direito do Trabalho surge na Europa, no século XIX, em um mundo marcado pela desigualdade social, o que gerou a intervenção do estado nas relações de trabalho através de legislações predominantemente imperativas, de força cogente, insuscetível de renúncia entre as partes.¹⁹

As primeiras leis trabalhistas, na Europa, foram criadas visando acabar com o abuso na exploração do trabalho dos menores e das mulheres que eram submetidos a jornadas excessivas e corriam alto risco de acidentes no trabalho. E assim podemos, finalmente, falar em um direito do trabalho, porque agora temos dois sujeitos de direitos, pois o trabalhador passa a ter proteção e começa a ser valorizado e respeitado com mínima dignidade.

Surgiram leis sobre idade mínima para trabalho na indústria, para limitação da jornada de trabalho, leis de previdência e assistência social, etc.

Dentre as leis ordinárias de defesa ao trabalhador destacam-se, na Inglaterra, a “Lei de Peel” (1802), de proteção ao menor nas fábricas, limitando a doze horas a sua jornada de trabalho; na França, a lei proibindo o trabalho de

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 52.

¹⁸ REIS, Jair Teixeira dos. Manual Prático de Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2008. p.23-24.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 54.

menores de oito anos (1814); na Alemanha, a lei proibindo o trabalho de menores de nove anos (1939) e as leis sociais de Bismarck (1833); na Itália, as leis de proteção ao trabalho da mulher e do menor.²⁰

A primeira Constituição contendo direitos trabalhistas foi a do México em 1917, contendo direitos trabalhistas como jornada máxima diária de 8 horas, jornada noturna de 7 horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada do menor de 16 anos a 6 horas, descanso semanal, salário mínimo, igualdade salarial, direito de sindicalização e greve, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho.

A segunda Constituição de Weimar da Alemanha, de 1919, autorizando a liberdade de coalizão dos trabalhadores e criando um sistema de seguros sociais.

Também em 1919 foi criada a Organização Mundial do Trabalho - OIT, através do Tratado de Versalhes, com sede na Suíça, com o fim de estabelecer as normas de proteção das relações entre trabalhadores e empregadores na esfera internacional.

Em 1950, em Roma, foi lavrada a Convenção Sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais em consideração à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela determina que ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão.

E fechando a citação de exemplos de normas trabalhistas no plano internacional focamos a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica – de 1969, que repudia completamente a escravidão e a servidão, bem como o tráfico de escravos e mulheres e a execução de trabalho forçado.

2.2 TEORIA CLÁSSICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Hoje, no Brasil, o Direito do Trabalho, a legislação trabalhista, regula em sua essência as relações de emprego. E desde logo frisa-se que a EC 45/2004 não mudou tal característica, somente ampliou a competência da justiça do trabalho, que passou a se ocupar também das relações de trabalho.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p.46.

Essa relação jurídica, a relação de emprego, somente toma forma com a modernidade e o trabalho livre, porém subordinado, pois anteriormente o que predominava era o trabalho escravo e o trabalho servil. Havia sim algumas variações de trabalho livre na idade média como as modalidades de *locatio*, porém nenhuma assimilável a relação de emprego a começar por haver autonomia do prestador de trabalho em todas modalidades de *locatio*, o que afasta de imediato a característica da subordinação. Relembrando, essa forma de trabalho era escassa quando comparada a escravidão, pois a locação se destinava somente a fatos materiais, concretos segundo os romanos, e não abrangia os serviços intelectuais, logo havia resistência há essa nova relação de trabalho. Há três tipos de *locatio*: *rei*, *operis* e *operarum*.

A primeira trata da concessão de uso e gozo de algo em troca de retribuição.

A segunda trata da obrigação de realizar uma obra mediante remuneração, ou seja, paga-se por obra.

A terceira trata de remunerar o tempo gasto para realizar o serviço prestado, ou seja, paga-se o tempo de trabalho.

A teoria clássica da relação de emprego deixa muito claro que o foco do Direito do Trabalho, assim como de sua legislação, é a típica relação de emprego, que veremos adiante, aquela que tem como principal característica a subordinação, mas que também tem outros pilares que a torna ímpar e objeto único da proteção *juslaboral*. Ou seja, o Direito do Trabalho não se aplica as relações de trabalho onde não se visualiza ou não é aparente a subordinação.

Aqui a subordinação consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador.²¹

2.2.1 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 295.

Com a preocupação de proteger o empregado diante do poder econômico do empregador no momento de contratar o legislador trabalhista criou algumas regras mínimas de proteção ao trabalhador. Tais regras não podem ser alvo de negociação no momento da pactuação do contrato e essa limitação no momento de contratar fez com que alguns estudiosos negassem a natureza jurídica contratual da relação de emprego.

A partir daí decorreram diversas correntes: uns defendiam a ideia da relação de trabalho em substituição a nomenclatura “contrato de trabalho” ou “contrato de emprego”, abandonando assim, a ideia contratualista, preferiram justificar a relação de emprego pela simples inserção do empregado no empreendimento do empregador. Neste diapasão, o empregador não ajusta e não contrata o empregado, apenas o insere na instituição empregadora. Daí exsurge a teoria institucionalista, em que ao empregado são impostas regras, no interesse da empresa.²²

Na realidade o que ocorre é que o empregado ao aceitar trabalhar em uma empresa, tendo conhecimento das condições de trabalho que lhe são propostas emite uma declaração de vontade e em situações normais não está obrigado a aceitar o que é oferecido pelo mercado. O que se discute por vezes é que este ato de vontade é na verdade um mero ato de adesão e sendo assim não teria caráter contratual. Para resolver essa última questão nos recorreremos a De Page que explica:

“nem um texto ou princípio de direito exige, para a validade de um acordo de vontades, que o conteúdo do contrato seja estabelecido pelas duas partes ou tenha sido objeto de negociações ou discussões preliminares (...) todo contrato pode converter-se em um contrato de adesão, sem que, por esse motivo, as condições de sua validade sofram a menor modificação”²³

De Page conclui que a relação de emprego é contratualista.

Há várias correntes doutrinárias que discutem algumas teorias para explicar qual a natureza jurídica da relação de emprego, porém nesse estudo entendemos já superada tais discussões e afirmamos que a natureza jurídica da relação de emprego é contratual, pelo que vamos expor a seguir e também pelo relevante fato de a legislação expressamente na CLT no Título IV referir-se ao “contrato individual de Trabalho”.

²² CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.253.

²³ De Page apud CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.254.

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento vontade essencial à configuração da relação de emprego. A presença da liberdade – a sua projeção na relação concreta - é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.²⁴

Porém o contrato surgido na relação de emprego não é o característico do Direito Civil, como já dito o legislador trabalhista criou alguns ditames a serem seguidos na hora de contratar no âmbito do Direito do Trabalho.

Aqui a relação contratual tem por objeto uma obrigação de fazer prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosidade, de modo subordinado e com pessoalidade. Sendo que a diferença mais relevante na relação contratual empregatícia reside na subordinação.

Há autores que afirmam que a relação contratual de emprego pode se caracterizar somente por uma obrigação de fazer onde se encontre condição de subordinação, sem os demais elementos, quais sejam trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade e não eventualidade.²⁵ Aqui entendemos que a relação de emprego hoje é entendida com o grupo de características cheio, ou seja, a relação contratual de emprego se dá quando há uma obrigação de fazer prestada por pessoa física, com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade, ainda que, saibamos que a subordinação tenha um peso maior diante desses elementos.

2.2.2 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de elementos ou requisitos reunidos em um contexto social. O fenômeno sociojurídico da relação de emprego surge da união de certos elementos fático-jurídicos que não podem ser afastados uns dos outros, sem os quais não podemos configurar a relação de emprego.

Os elementos da relação de emprego são cinco:

- prestação de trabalho por pessoa física;
- pessoalidade;

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 306.

²⁵ É o caso, por exemplo, de CORRADO, Renato. Apud. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 307.

- onerosidade;
- subordinação;
- não eventualidade.

Os elementos da relação de emprego estão todos relacionados nos arts. 2º e 3º da CLT como grifamos a seguir:

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

(...)

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

Ocorre que tais elementos acontecem no mundo dos fatos, independentemente do Direito e, tendo relevância sociojurídica, são captados pelo Direito e por isso recebem a nomenclatura já citada de elementos fáticos-jurídico, por tomarem roupagem jurídica na prática. Aqui vemos o reconhecimento da realidade fática pelo Direito.

Voltamos a frisar a relevância de se entender no presente momento que a Justiça do Trabalho é competente para julgar outras relações de trabalho e não só a relação de emprego, porém o foco de proteção juslaboral hoje é o trabalhador característico da relação de emprego e por isso é de suma importância entendermos que presentes concomitantemente os cinco elementos citados estará caracterizada a relação de emprego.

Vamos agora a compreensão de cada um dos elementos da relação de emprego.

2.2.2.1 PRESTAÇÃO DE TRABALHO POR PESSOA FÍSICA

O Direito do Trabalho considera para si a relação de serviço prestada por uma pessoa física. Os direitos trabalhistas garantidos, tais como saúde e bem estar, são focados as pessoas físicas e não as jurídicas. O empregado é pessoa física ou natural.

A própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigações de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica. Por essa razão a pactuação – e efetiva concretização – de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justrabalhista. Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica - jamais o empregado.²⁶

2.2.2.2 PESSOALIDADE

A pessoalidade não é elemento exclusivo da relação de emprego, pois também está presente nas relações de sociedade, na representação comercial, nos contratos de prestação de serviço (art. 605 do CC) etc.

O contrato de emprego tem caráter pessoal em relação ao empregado, sendo ajustado em função deste. Pessoalidade ou caráter *intuito personae* significa que é aquela pessoa física escolhida quem deve executar o serviço contratado porque o contrato de trabalho é intransmissível. Assim o empregado não pode, quando bem entender, mandar o amigo, o vizinho, o tio ou o irmão no seu lugar para trabalhar.

O que é pessoal é o contrato efetuado entre o empregado e o empregador, uma vez que este negócio jurídico é intransmissível, porém a execução do serviço pode ser delegada a outro trabalhador, ficando tal ordem a cargo do patrão.²⁷ Veja que, quanto ao desenvolvimento de seu trabalho, o obreiro pode ser substituído por outro empregado por escolha do empregador, mas não pode se fazer substituir livremente por alguém de sua escolha que não faça parte do quadro de empregados da empresa e sem o consentimento do patrão.

O prestador de serviço não pode fazer-se substituir por outro trabalhador ao longo da execução dos serviços, pois descaracterizaria a relação de emprego.

O contrato de trabalho é ajustado em função de determinada pessoa. Nesse sentido é que se diz que o contrato de trabalho é *intuito personae*. O trabalho com o qual o empregador tem o direito de contar é o de determinada e específica pessoa e não de outra. Assim, não pode o empregado, por sua iniciativa, fazer-se substituir por outra pessoa, sem o consentimento do empregador. Eis o que quer dizer a pessoalidade. Não havendo pessoalidade, descaracteriza-se a relação de emprego. O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo já decidiu, em acórdão de que foi o relator o Juiz Hélio de Miranda Guimarães (AC. 1.698/62), que, excepcionalmente, o princípio da pessoalidade pode sofrer restrições:

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 282.

²⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.263.

“Ocasionalmente, a prestação pessoal de serviços pode ser deferida a outrem, que não o empregado. Desde que haja pactuação expressa, o empregado, com o consentimento do empregador, pode se fazer substituir na prestação pessoal do serviço contratado. No entanto, quando a substituição se torna regra, passando o pretense empregado a ser substituído de forma permanente, não há que se falar mais em nexo empregatício. Falta a pessoalidade do exercício”.²⁸

Deve-se ressaltar que não estamos agora falando de uma obrigação personalíssima, uma vez que o trabalhador não necessariamente deve ser um indivíduo determinado, especificado, com habilidades técnicas específicas. Aqui estamos falando de pessoalidade caracterizada essencialmente pela repetição de serviços de um mesmo empregado para um mesmo empregador, seja de forma contínua ou intermitente.

Há sim em verdade obrigações fungíveis e infungíveis. Nas primeiras um número indeterminado de pessoas possui habilidades para executá-las. Já as obrigações infungíveis são executadas por indivíduos que detêm em si valores intrínsecos como fama, talento, habilidade etc. Estas obrigações infungíveis são as referidas de caráter personalíssimo, se referindo, por exemplo, a um médico ou artista que em face de seu currículo e reconhecimento não pode ter seu serviço executado por outra pessoa, uma vez que a obrigação a ser realizada por ele é infungível.²⁹

Devemos ressaltar que o contrato de trabalho tem caráter pessoal comprovado pela intenção das partes, que o firmam de forma escrita ou oral, ou pela repetição dos serviços no tempo por uma mesma pessoa. O trabalho em si não é obrigação personalíssima, pois como já vimos pode ser executado por outros. O que é personalíssimo é o contrato de emprego ou a obrigação que dele decorre.

A pessoalidade é um elemento da relação de emprego que incide apenas sobre a figura do empregado. Sob o empregador vigora no Direito do Trabalho a despersonalização da figura do empregador, pois em relação a este pode ocorrer constante alteração subjetiva do contrato, mantendo-se em vigor as regras anteriores com relação ao mesmo empregado. Isso é o que dita a matéria sobre sucessão trabalhista descrita nos arts. 10 e 448 da CLT.³⁰

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 176.

²⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.264.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 284.

Há autores³¹ que discutem a atenuação da pessoalidade nos contratos de trabalho nos casos de trabalho em domicílio ou contrato de equipe, nesse último, o grupo é que seria o contratado, não importando as pessoas que o compõem. Em outros casos o grupo possuiria um representante e só sobre esse recairia a pessoalidade.

Pois bem, o empregado em domicílio não vê atingido o elemento da pessoalidade uma vez que o contrato é que é pessoal, e sendo assim o que pode ser questionado neste tipo de contratação é a fiscalização direta, sendo questionada então a intensidade de subordinação, elemento que iremos ver mais adiante.

No contrato de equipe cada empregado possui um contrato individual com o empregador, havendo pessoalidade entre o trabalhador e o empregador sim. O representante, se houver, será um trabalhador como outro qualquer que representa o grupo, tendo esse contrato uma característica de reunião espontânea. Não há, portanto, qualquer atenuação de pessoalidade no contrato de equipe.³²

2.2.2.3 ONEROSIDADE

O contrato de trabalho é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso. Há direitos e deveres recíprocos e antagônicos entre as partes contratantes, o empregado trabalha e o empregador paga pelo trabalho recebido, ou seja, o dever de um é o direito do outro.

A onerosidade do contrato de trabalho se caracteriza pelo pagamento de salário em pecúnia ou utilidade ao empregado, caso o serviço seja realizado gratuitamente não se configura relação de emprego como por exemplo em virtude de fé, caridade, finalidade social, ideologia etc.

A onerosidade pode ser analisada sob o foco objetivo e no foco subjetivo.

No foco objetivo a onerosidade se mostra bem visível, sem maiores dificuldades de ser identificada, se refere ao pagamento de salário pelo empregador para o empregado em função do contrato pactuado.

A medida em que se sabe que o salário pode ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades (art.458,CLT), pode ser pago por dia, semana,

³¹ É o caso de BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2005, p. 238.

³² CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.265.

quinzena ou mês (art. 459, CLT), pode ser calculado segundo modalidade fixa ou fórmula variável de cômputo (art. 483, “g”, CLT), à medida que, assim, a contraprestação econômica do empregador ao empregado pode assumir formas distintas e variadas na prática empregatícia concreta, percebe-se que, do ponto de vista objetivo, a onerosidade dificilmente se oculta em uma dada relação sociojurídica detidamente examinada. Dificilmente, portanto, terá o operador jurídico dificuldade em vislumbrar a presença da onerosidade em uma relação de trabalho investigada: de uma forma ou de outra, a contraprestação onerosa despontará ao longo da prestação do trabalho.³³

No foco subjetivo a onerosidade não salta aos olhos como ocorre no objetivo. Aqui há de se interpretar a intenção das partes, em especial a do prestador dos serviços, para chegarmos à conclusão de haver ou não o elemento característico da relação de emprego onerosidade.³⁴ Tal intenção é chamada pela doutrina de *animus contrahendi*.

O *animus contrahendi* refere-se à intenção do prestador de se vincular a título oneroso e empregatício, havendo tal intenção estará caracterizada a onerosidade.³⁵

O plano subjetivo serve para identificar a presença ou não onerosidade em situações de trabalho religioso, político, voluntário, comunitário etc. Nesses casos é necessário analisar se há ou deveria ser caracterizado a presença do elemento fático-jurídico onerosidade pela configuração do *animus contrahendi* de quem está prestando os serviços, pois se estiver caracterizado não estaremos diante de um trabalho voluntário, por exemplo, que se presume gratuito.

2.2.2.4 NÃO EVENTUALIDADE

A expressão não eventual presente no art. 3º da CLT deve ser interpretada sob a ótica do empregador, verificando-se se a necessidade da mão de obra para a empresa é permanente ou acidental. A legislação justralhista brasileira preferiu o enquadramento do trabalho eventual de acordo com a atividade do empregador.

O termo não eventual significa necessidade permanente da atividade do trabalhador para o empreendimento (ex: garçom para um restaurante) de forma contínua (ex: garçom que trabalha de segunda a sábado no restaurante em tempo

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 290.

³⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.274.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 291.

integral) ou intermitente (ex: garçom contratado para trabalhar aos sábados e domingos, dias de maior movimento no restaurante).

Já eventual é o trabalho de necessidade accidental para o tomador de serviços. A ideia de repetição da atividade no tempo pelo mesmo obreiro é afastada (ex: trabalhador contratado para pintar portas e janelas de um restaurante), mesmo que este serviço dure um determinado período de tempo não vai caracterizar o elemento fático-jurídico não eventualidade uma vez que ao acabar a pintura das portas e janelas os serviços prestados pelo trabalhador não serão mais necessários, ou seja, tal atividade é accidental para empresa e a relação de emprego não se forma.

Há uma certa discussão na doutrina quando falamos de necessidade permanente da atividade do trabalhador. Não podemos confundi-la com serviço inserido na atividade fim da empresa empregadora, pois é possível o trabalhador ser empregado tanto realizando serviços que se inserem na atividade fim do empregador, quanto na hipótese de realização de serviços que se inserem na atividade meio do empregador ou da empresa. A única diferença se apresenta na facilidade de presumir a necessidade de permanência da mão de obra quando está dirigida a atividade fim da empresa, enquanto que quando dirigida a atividade meio da empresa deve-se analisar o caso concreto para identificar o elemento da não eventualidade.

A doutrina construiu algumas teorizações sobre o sentido do elemento fático jurídico da não eventualidade que devem ser utilizadas pelo operador do direito para no caso concreto definir se há ou não a presença de tal elemento na prestação de serviço analisada. Tais teorias são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento, teoria da fixação jurídica e teoria mista.³⁶

A teoria da descontinuidade quer dizer que eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto, com espaçamentos temporais significativos na prestação de serviços ao tomador. Aqui nessa teoria aquele exemplo dado anteriormente para ilustrar o significado de atividade intermitente, o qual o garçom é contratado para trabalhar aos sábados e domingos, dias de maior movimento do restaurante, é considerado eventual. Com isso notamos que a teoria da descontinuidade é rejeitada pela CLT uma vez que esta considera como não eventual o trabalho de

³⁶ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.284-285.

necessidade permanente da atividade do trabalhador seja de forma contínua ou intermitente como no exemplo citado, ou seja o garçom que trabalha apenas nos dias de maior movimento no restaurante também possui o elemento não eventualidade.

A rejeição celetista pela teoria da descontinuidade também é visível quando analisamos a Lei do Trabalho Doméstico. Tal lei evitou a expressão celetista “serviço de natureza não eventual” e adotou a expressão “serviço de natureza contínua” (art. 1º Lei n. 5.859/72). Essa diferença de expressões acontece para não enquadrar como empregado doméstico o trabalhador eventual doméstico ou diarista, aquele que comparece um ou dois dias por semana a residência.

A teoria do evento considera como eventual um trabalho para um determinado e específico fato, acontecimento ou evento de curta duração em relação a atividade da empresa, para obra certa ou serviço certo. O que é considerado eventual é o tempo do serviço. Porém essa teoria não é acolhida pela doutrina brasileira uma vez que o serviço pode ser curto, mas de necessidade permanente, como é o caso do trabalho de necessidade permanente intermitente já visto. Por exemplo, o empregado contratado no mês de dezembro em função do aumento no movimento do comércio no período do natal.

A teoria dos fins do empreendimento diz que eventual será o trabalhador que é chamado para realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa. Tarefas que serão esporádicas e de curta duração.

A teoria da fixação transmite a ideia de que eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, prestando serviços para vários tomadores. Aqui a figura do empregado só se caracterizaria quando o trabalhador prestasse serviços unicamente a um tomador, fixando-se a uma única fonte de trabalho. Essa teoria também não é aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira uma vez que a exclusividade na prestação de serviços não é requisito para formação do vínculo empregatício, e mais, é comum a prestação de serviços, como empregado, a empregadores diferentes, como é o caso de professores que ministram aulas para mais de um tomador de seus serviços.

Por fim a teoria mista onde Godinho³⁷ recomenda a combinação dos elementos de todas as teorias para a caracterização do trabalho não eventual. Ora

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 284-289.

analisando as teorias podemos concluir que elas se contradizem e por isso essa corrente não tem fundamento.

Para exemplificar e esclarecer ainda mais esse elemento da relação de emprego podemos analisar que:

A figura do trabalhador eventual não se confunde com a do trabalhador sazonal ou adventício. É verdade que esse realiza seu trabalho de modo descontínuo, apenas em determinadas épocas do ano (safra, plantio, período de veraneio, etc.). Contudo, a descontinuidade da prestação de serviços não é fator decisivo à sua caracterização como trabalhador eventual, à luz da opção teórica adotada pelo art. 3º, CLT. Além disso, sua atividade não é de duração tão curta (dias, por exemplo), prolongando-se, ao contrário, por semanas ou até mesmo alguns meses, em função da safra ou período de veraneio. Finalmente, seu trabalho diz respeito a atividade organicamente integrada a dinâmica do empreendimento do tomador de serviços. Em consequência, desde que reunidos os demais elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, esses empregadores emergirão como típicos empregados (o “safrista”, inclusive, é objeto de legislação própria: art. 14, Lei 5.889/73).³⁸

2.2.2.5 RISCO DO NEGÓCIO DO EMPREGADOR

Não citamos este elemento no rol de elementos da relação de emprego porque nem sempre citado pela doutrina, mas sem dúvida alguma trata-se de um dos elementos da relação de emprego e vamos dissertar sobre ele.

Quem corre o risco do negócio é sempre o empregador, isso está claramente dito no art. 2º da CLT que descreve que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite...”.

Este elemento da relação de emprego não sofre variações, os demais podem se apresentar em maior ou menor escala, atenuados, porém aqui se o trabalhador correr o risco do negócio não será empregado.

Há casos em que não fica tão evidente que o empregado não sofre os riscos do negócio, sendo necessário a análise de alguns pontos para defini-lo como tal.

Em primeiro lugar deve-se analisar a forma de ajuste da contraprestação, se ganha um valor fixo pelo tempo que fica a disposição ou percentagem. Sendo pago um valor fixo por mês há presunção de que o trabalhador é empregado.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 288.

É empregado também quando a remuneração é fixada por percentagem (comissionista), pois neste último ele não participa das despesas, uma vez que o percentual é calculado sobre o valor bruto.

Quando o empregado fizer pequenos investimentos próprios para o exercício de seu trabalho ele não estará assumindo o risco do negócio, como por exemplo o executivo que adquire seu notebook ou o médico que compra seu estetoscópio. Aqui não chega a se configurar um risco financeiro ao trabalhador, sendo este o ponto diferencial para configurar um grande investimento, onde poderia se caracterizar o trabalhador como sócio, por exemplo.³⁹

2.2.2.6 SUBORDINAÇÃO

Subordinação deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), transmitindo uma noção de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia.

Na CLT a subordinação deriva do vocábulo dependência presente no art. 3º.

Como já citamos a relação de emprego se configura quando presentes os cinco elementos da relação de emprego, mas a subordinação se destaca dentre eles como o mais relevante e é o elemento que diferenciou a relação de emprego das anteriores modalidades de relação de produção (servidão e escravidão), bem como das demais prestações de trabalho atuais.

A importância do instituto da subordinação dentro da relação de emprego pode ser notada quando vislumbramos que há juristas, como já citamos, que defendem que tal relação pode ser configurada não pela junção dos cinco elementos, mas tão somente pela subordinação.

Existem algumas classificações para a natureza da subordinação. Há a subordinação hierárquica, sendo considerada uma situação em que se encontra o trabalhador por se achar inserido numa organização de trabalho de outro.⁴⁰

Já a subordinação é de natureza econômica, fundando-se na hierarquia rígida e simétrica que marca a estrutura socioeconômica da organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica do empregador e seus representantes. Esta classificação se refere a necessidade de subsistência do trabalhador que depende dos salários para sobreviver, dependendo

³⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.285-288.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 174.

economicamente do patrão. Porém a dependência econômica foi criticada porque nem todo dependente econômico é empregado, como um neto que depende do avô. E pode ocorrer também de o empregado não ser economicamente dependente do patrão, no caso em que ele tem renda e patrimônio superior ao de seu patrão e mesmo assim estar subordinado a ele.⁴¹

A subordinação técnica caracteriza-se quando o empregador monopoliza o conhecimento necessário ao processo de produção onde se encontra o empregado obtendo poder específico sobre o trabalhador. Tese também criticada uma vez que muitas vezes é o empregado que detém o conhecimento técnico e, sendo assim, quem dependerá do conhecimento técnico do empregado é o empregador e não ao contrário, ou seja, o empregador contrata o saber exatamente por não possuir controle individual sobre ele.⁴²

A subordinação jurídica, característica da assimetria social da sociedade capitalista, resulta da natureza da relação de emprego, é a tese mais aceita hoje pelos estudiosos do Direito do Trabalho, bem como é a adotada pelo legislador trabalhista brasileiro, caracterizando-se pela situação contratual do trabalhador que fica sujeito a receber ordens de seu superior hierárquico.⁴³

Como recém dito o critério adotado pelo legislador trabalhista brasileiro foi o da subordinação jurídica ou hierárquica, sendo questão já pacificada, pois decorre da lei, arts. 2º e 3º da CLT, e porque cabe ao empregador dirigir a prestação de serviço e o contrato. A subordinação jurídica é a característica da relação de emprego.

Vamos então analisar mais afundo à subordinação jurídica.

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher, e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro se constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto a atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos da empresa.⁴⁴

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 294.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2013. p. 295.

⁴³ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.267.

⁴⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.266.

A subordinação típica da relação de emprego, a jurídica ou hierárquica, é bem clara quando miramos a base hierárquica de uma empresa, percebendo nos operários das fábricas, que trabalham nas máquinas, sob a fiscalização de um chefe, marcando cartão ponto e recebendo salário em troca. Nessa situação é nítida a subordinação hierárquica, o poder de comando do empregador sobre o empregado.

O problema se institui quando fica difícil identificar esse elemento da relação de emprego por não se apresentar uma situação tão clara de subordinação. Isso ocorre quando há menor grau de hierarquia entre empregador e seu empregado. Há diretores de empresa que tem grau leve de subordinação, bem como grandes executivos. Nesses casos identificar se tais trabalhadores são empregados ou não fica delicado, uma vez que se tem que analisar o caso concreto, quanto mais incontestáveis as ordens dadas pelo superior hierárquico mais fácil provar a relação de emprego, em contrapartida quanto menor o número de ordens dadas mais difícil será provar a relação.

A subordinação pode ser classificada também em: direta, indireta, objetiva, subjetiva, parassubordinação e estrutural ou integrativa.⁴⁵

A subordinação direta se dá quando a subordinação ou a ordem é feita diretamente pelo patrão, sócios ou diretores da empresa, sem intermediários. Desse modo o patrão comanda seus empregados diretamente.

A subordinação indireta se dá quando entre patrão e empregado existirem intermediários, empregados de confiança que recebem e repassam as ordens, ou seja, a ordem chega ao trabalhador por intermédio de terceiros.

A subordinação subjetiva caracteriza-se por o comando do empregador recair sobre a pessoa do empregado. Ela é característica do trabalho escravo e da servidão e sendo, por obvio, não cabe a relação de emprego.

A subordinação objetiva caracteriza-se por o comando do empregador recair sobre os serviços executados pelo trabalhador, sendo esta a adotada pelo legislador trabalhista brasileiro dentre ela e a subordinação subjetiva, que citamos somente para conhecimento. Aqui a subordinação atua no modo como o serviço deve ser executado e não na pessoa do trabalhador. Tendo isso em vista observamos que é por isso que é possível a contratação de empregados externos como em domicílio,

⁴⁵ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.268-273.

pois nesses casos a fiscalização recai sobre os serviços, uma vez que o empregado não fica sob a supervisão visual do patrão.

A parassubordinação é o termo usado para se definir uma subordinação mais tênue. Quando o trabalhador se encontrar em uma fronteira entre a qual não se pode definir claramente se ele é empregado ou trabalhador autônomo estamos diante da parassubordinação, a subordinação pode se apresentar de forma leve. Sérgio Pinto, conceitua parassubordinação como sinônimo de telessubordinação, isto é, de subordinação a distância, mesmo dos empregados.⁴⁶ Esse tipo de subordinação é sentida pelo empregado que tem alta qualificação, um grande executivo, por exemplo, que tem grande poder contratual. A parassubordinação serve para explicar a evolução da clássica subordinação do chão de fábrica e continuar a caracterizar a relação de emprego. A subordinação estrutural é aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica da atividade econômica do tomador de seus serviços, pouco importando se receba ou não ordens diretas deste, mas, sim se a empresa o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento, caso em que se terá por configurada a relação de emprego.⁴⁷

3 CRISE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

3.1 SOCIEDADE INDUSTRIAL

A relação de emprego abordada no capítulo anterior tem origem no início do século XX com a revolução industrial, a luta de classes e o modelo típico de prestação de serviços do chão de fábrica. A incidência normativa do direito do trabalho faz-se a partir do reconhecimento de uma relação de emprego, sendo assim, o contrato de trabalho exerce uma função seletiva, classificando quais trabalhadores serão beneficiados pela lógica preservacionista do direito do trabalho.⁴⁸

⁴⁶ Martins, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 95.

⁴⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2011. p.272-273.

⁴⁸ DORNELES, Leandro. A Transformação do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p. 86.

Na Europa, a partir da Revolução Francesa, com o código de Napoleão de 1804, já havia um processo de codificação. Mesmo sem o conflito de classes, que iria acontecer mais adiante, já havia desigualdade resultantes da concentração de riquezas.⁴⁹ O centro do sistema do código francês era o indivíduo, o contrato de trabalho se dava sob a forma de locação de serviços. Nessa época o que era estipulado pelas partes no contrato, pela vontade destas, era o que deveria ser cumprido, o contrato era a lei. Esse tipo de contratação serviu para exterminar as corporações de ofício, marcando assim a exploração da força de trabalho do juslaboralismo liberal.

O liberalismo ainda não apresentava preocupação social com o operário, preocupação que só veio com a Revolução Industrial e o Estado Moderno no século XIX.

Ainda não reconhecidos como hipossuficientes há época do liberalismo os trabalhadores sofreram grandes injustiças com relação ao mundo do trabalho. A concepção individualista da sociedade dificultou o reconhecimento da desigualdade social sentida pelo movimento operário na época. A hipertrofia do mercado, consubstanciada na compreensão do *laissez-faire*, colocou o trabalhador em grande desvantagem na negociação de condições de trabalho diante do empregador. E o desenvolvimento abstencionista do estado, também característico do *laissez-faire*, contribuiu para legitimar condições desumanas de trabalho, uma vez que foram reconhecidas como válidas e legitimadas pela ação do Estado em função da existência de um contrato realizado por pessoas tidas como livres e iguais em sua autonomia de vontade.⁵⁰ Segundo esse pensamento típico da Revolução Burguesa, coube ao instrumento do contrato legitimar juridicamente as relações interpessoais que se reconheciam basicamente no nível individual. Essas relações tinham como fundamento a igualdade de condições entre todos os indivíduos.

Com a ascensão da classe burguesa ao poder sociopolítico e a sedimentação do modo de produção capitalista percebeu-se os fatores para o surgimento do trabalho enquanto objeto do Direito do Trabalho. O primeiro dos fatores foi a separação entre a propriedade dos meios de produção e o trabalhador, onde, na feitura de um determinado bem, o produtor passou a não mais realizar todo o

⁴⁹ CAMINO, Carmen. *Autonomia da Vontade no Direito do Trabalho: do chão da fábrica ao serviço público*. 2011. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 58.

⁵⁰ DORNELES, Leandro. *A Transformação do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002. p. 27.

processo de fabricação. Surgiram a figura dos proprietários dos meios de produção, os quais eram titulares dos meios de produção. E em contrapartida surgiram os trabalhadores produtores que eram titulares da técnica de fabricação e contratados pelo proprietário dos meios de produção.⁵¹

Com o Estado Moderno começou-se a dar atenção aos direitos dos trabalhadores submetidos a condições desumanas de trabalho como já exposto no início desse estudo. Com a luta de classes, a reunião dos trabalhadores para reivindicar direitos foram criadas as primeiras leis dando direitos aos trabalhadores. Leis como a “Lei de Peel” (1802), de proteção ao menor nas fábricas, limitando a doze horas a sua jornada de trabalho, na Inglaterra.

O operário vítima de verdadeiras desigualdades sociais ao galgar seus direitos e conquistar proteção juslaboral dá origem a uma forma de prestação de serviço que configurará a relação de emprego típica tutelada pelo direito do trabalho, tal qual apresentada no capítulo anterior. A inserção humana no processo produtivo deixou de ser efetivada via contrato civil, como na época do Código francês de Napoleão, e passou a ser efetivada por um contrato específico de trabalho.

Para entendermos melhor o trabalho objeto do Direito do Trabalho, essa forma de prestação de serviços, a organização industrial, devemos entender a máxima da separação entre planejamento e execução de um produto desenvolvida por Taylor e Ford.

No século XIX Taylor, da Filadélfia, compreendeu que o coração da sociedade não era mais a produção agrícola, mas sim a indústria e que ali estava também o destino da burguesia. Ele queria que empregadores e trabalhadores convivessem em um sistema capaz de satisfazer a ambos, por meio de uma organização científica e *super partes*.⁵²

Taylor propôs uma mudança na organização do trabalho baseada na separação entre aqueles que o executam e aqueles que o planejam. Segundo ele cada tarefa deveria ser minuciosamente estudada antes de ser passada ao trabalhador. O departamento de planificação é quem passaria a ter todos os poderes e conhecimentos tradicionais que possuíam os trabalhadores. Tais conhecimentos, segundo Taylor, passariam a ser tabulados e quantificados até serem reduzidos a

⁵¹ DORNELES, Leandro. A Transformação do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p. 20.

⁵² DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 129.

regras e procedimentos fixos. Desse modo houve uma fragmentação e uma especialização das tarefas na produção.⁵³

Todo trabalho físico e grande parte do trabalho intelectual, progressivamente reduzidos em quantidade e a acrescidos de produtividade, podem ser automatizados e organizados até desaparecer como “problema”, como fator de enfraquecimento econômico, de sofrimento individual e de conflito social. O dever do engenheiro organizador, nesse esquema, era justamente o de introduzir métodos e técnicas capazes de reduzir sistematicamente o tempo e o esforço humano necessário a produção, subtraindo fadiga as atividades do homem e descarregando-a sobre máquinas especialmente projetadas.

Quando todo o trabalho executivo estivesse descarregado sobre as máquinas e a organização, sobriariam para o homem apenas os hobbies e a atividade intelectual criativa, que Aristóteles chama de paidía e skolé. “o estudo” – escreve Taylor, em 1910 – “e também a invenção são um divertimento mental [...], um enorme prazer e não um trabalho.” Portanto, para ser assim. O trabalho deve considerar não o estudo, mas a prática, não a idealização, mas a execução, não o prazer, mas a fadiga, Como tal, é economizado, de modo a obter o máximo resultado com o mínimo esforço.⁵⁴

Taylor tinha convicção que uma organização projetada cientificamente podia resolver tanto a exigência dos empregadores como a dos empregados, conciliando altos salários e baixo custo de mão-de-obra. Acreditava que assim os homens tornavam-se mais eficientes e como consequência mais felizes e mais prósperos. Para Taylor todo o problema, seja de natureza pessoal ou social, pode ser resolvido com organização e tecnologia.⁵⁵

Sobre a luta de classes que se instalavam nos países industriais Taylor tinha sua opinião e dizia que a questão se resumia em algumas regras:

Para evitar conflitos e obter alta produtividade não são necessários gestos de caridade, de gentileza ou simpatia pessoal; são necessárias gratificações econômicas aos operários mais aplicados, é preciso que haja confiança recíproca entre direção e dependentes, superiores capazes de falar a mesma linguagem dos trabalhadores, encorajando-os a discutir juntos os problemas que surgem aos poucos no curso da produção.⁵⁶

Para aplicar essa ideia de melhor organização baseada em altos salários e baixo custo de mão-de-obra de Taylor, segundo o próprio, deve-se padronizar todos os utensílios e todos os métodos, dividindo cada incumbência para tornar cada tarefa o mais curta e simples possível. Deve-se medir com precisão o tempo

⁵³ DORNELES, Leandro. A Transformação do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p. 21.

⁵⁴ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 130.

⁵⁵ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 131.

⁵⁶ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 132.

requerido por cada uma das tarefas e aplicar a cada uma delas o mais adequado sistema de remuneração (diário, por empreitada, empreitada com prêmio...).⁵⁷

Continuando a entender o modo de produção e prestação de serviço da sociedade industrial vamos falar de Henry Ford, engenheiro de Detroit, que estava interessado em aplicar a teoria de Taylor na prática, e o fez na indústria automobilística.

Em 1913 Ford inaugurou a primeira linha de montagem, considerada a expressão máxima do taylor-fordismo.

A linha de montagem evita que o trabalhador se desloque ou se movimente para pegar um componente, porque leva as peças ao lugar preciso onde ele deve utilizá-las. Desse modo, grande parte do tempo antes perdido pelos operários é incorporado na linha de montagem. O trabalho se parceliza posteriormente e perde qualidade; a produtividade cresce visivelmente. Onde enlouquecia a desordem das coisas, o perambular e o vozerio dos homens, agora reinam, soberanos, a precisão dos gestos, o silêncio das pessoas, a força da máquina. “Em outubro de 1913 gastavam-se nove horas e 54 minutos de trabalho para montar um motor; seis meses depois, com o método de montagem de linha móvel, esse tempo foi reduzido a cinco horas e 56 minutos.” Em poucos anos a linha de montagem – posta no ponto, finalmente – conseguiu quadruplicar o rendimento de cada operário. Com o mesmo orgulho com que recorda esse sucesso, Ford observa: “O resultado claro da aplicação desses princípios é a redução para o operário da necessidade de pensar e a redução ao mínimo dos seus movimentos. Sempre que possível, o operário faz apenas uma coisa, como um só movimento”.⁵⁸

Desde 1914 Ford estabeleceu o mínimo salarial de cinco dólares por dia e a jornada de trabalho de oito horas. Porém Ford era enfático “Se a alguém não agrada trabalhar do nosso modo, sempre pode ir embora”.

Os elementos da relação de emprego, foco anteriormente do nosso estudo, se configuram nesta relação de trabalho dentro das indústrias. Quando focamos a mão-de-obra desqualificada, recém-saída do campo sem ter alternativas, entre outras características estamos diante do principal elemento da relação de emprego que nesse momento histórico é gritante, a subordinação do trabalhador diante do dono da fábrica.

O trabalhador e a prole que o acompanhavam nas fábricas logo passaram a dependência de chefes estranhos a família, que exerceram sobre eles (frequentemente de forma brutal) o poder hierárquico e disciplinar, prescindindo das considerações de caráter afetivo e avaliando resultados em vez de intenções, como é próprio dos contextos industriais. (...) Também

⁵⁷ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 133.

⁵⁸ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio. 1999. p. 135.

os conhecimentos do processo produtivo como um todo foram vedados aos trabalhadores, obrigados a tarefas pobres e parcelizadas, para se concentrarem no topo da empresa.⁵⁹

Em suma os elementos básicos que constituem o fordismo são dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle do tempo pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela fragmentação das funções; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição do operário-massa.⁶⁰

Os métodos aplicados por Taylor e Ford são, sem sombra de dúvida, um bom caminho a explicar o modo como funcionou as prestações de serviço na sociedade industrial onde se deu o surgimento do direito do trabalho e a proteção juslaboral. Pois com esse modo de produção capitalista, surge uma nova forma de trabalho, o trabalho prestado por *conta alheia* para o proprietário dos meios de produção. Nesse trabalho há a característica do pagamento de remuneração por parte deste proprietário como contraprestação a energia gasta pelo trabalhador, sendo também prestado de forma subordinada ao empregador que como dono do empreendimento econômico tem o direito de impor as condições de trabalho dentro de sua propriedade. Uma boa observação feita por Leandro Dorneles é que a forma de trabalho subordinado prestado pelo trabalhador não se dá somente juridicamente ao empregador, mas também socialmente ao modo de produção capitalista que fragmenta o processo de produção, retira do trabalhador a tecnologia de produção e inicia um processo de separação entre produto e produtor.⁶¹

Continuando a caracterizar essa nova forma de trabalho devemos dizer que com o processo de divisão e especialização de tarefas na produção o fim último não é mais o produto final, mas sim uma tarefa específica cuja a soma destas compõe o produto final. Essa característica aliada a necessidade de atender um mercado consumidor em expansão torna o trabalho não eventual, uma vez que o fim último do trabalho deixa de ser o produto em si e passa a ser a execução de uma tarefa específica inserida num contexto de uma produção contínua e de larga escala, a produção em massa. Sendo assim, o trabalhador passa a ser contratado para prestação do trabalho como energia humana e não mais para fabricação de um

⁵⁹ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999. p. 153.

⁶⁰ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho? São Paulo: Cortez, 2007. p. 25.

⁶¹ DORNELES, Leandro. A Transformação do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p. 22.

determinado objeto, o qual quando materializado tornaria desnecessária a continuidade da relação de trabalho.⁶²

Até aqui vimos que com a Modernidade e com a afirmação do modo de produção capitalista, surgiu uma espécie de trabalho com características próprias sob a qual o Direito do Trabalho atua. Surgiu então o trabalho objeto do Direito do Trabalho, chamado emprego. Sendo assim a relação de emprego passa a ser a espécie de trabalho sobre a qual incidirá a proteção juslaboralista.

Porém com o surgimento da sociedade pós-industrial as relações de trabalho iniciaram uma reformulação onde se estabelecem profundas transformações nos modelos de gestão e de normatização vistos anteriormente.

3.2 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

Nos anos 70, com a eletrônica e a informática sendo injetadas nas nossas vidas os engenheiros e cientistas começaram a ver um futuro novo pela frente. No advento pós-industrial, entretanto, um dos principais elementos foi a difusão velocíssima das informações pelos *mass media* e redes eletrônicas de rádio, TV e computadores, que puseram em questão o modo de pensar, as tradições, a cultura ideal e social de milhões de leitores, ouvintes de rádio, telespectadores e navegadores em rede.⁶³

O padrão produtivo taylorista e fordista foi sendo substituídos pelas formas produtivas flexibilizadas e desregulamentadas, as quais tem como exemplo o toyotismo e a acumulação flexível.

A recessão de 1973, gerada pela tentativa de frear a inflação nos Estados Unidos, gerando uma crise nos mercados imobiliários e dificuldades nas instituições financeiras, baseada também pelo aumento do preço do petróleo e pela decisão árabe de embargar as exportações de petróleo para o Ocidente durante a guerra árabe-israelense do período, levou o mundo a romper com as bases do modo de produção fordista. As décadas de 70 e 80 foram um período de reestruturação econômica e reajuste social e político. Harvey falará no surgimento da acumulação flexível:

⁶² DORNELES, Leandro. A Transformação do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002. p. 22.

⁶³ DE MAIS, Domenico. O Futuro do Trabalho. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999. p. 167.

A acumulação flexível, como vou chama-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego no chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas (tais como a “Terceira Itália”, Flandres, os vários vales e gargantas do silício, para não falar da vasta profusão de atividades dos países recém-industrializados). Ela também envolve um novo movimento que chamarei de “compressão do espaço-tempo” no mundo capitalista – os horizontes temporais da tomada de decisões privada e pública se estreitaram, enquanto a comunicação via satélite e a queda dos custos de transporte possibilitaram cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço cada vez mais amplo e variegado.⁶⁴

Nesse momento o mundo do trabalho presencia uma desproletarização do trabalho industrial fabril, principalmente nos países de capitalismo avançado, ou seja, houve uma diminuição da classe operária industrial tradicional. Contudo efetivou-se uma expansão no trabalho assalariado, através da ampliação do assalariamento no setor de serviços. Verifica-se uma heterogeneização do trabalho, vista também pela incorporação do sexo feminino no setor operário. Há também uma subproletarização intensificada, presente na expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado, terceirizado, que marca essa sociedade no capitalismo avançado.⁶⁵

David Harvey também aborda esse ponto dizendo que o mercado de trabalho passou por uma radical reestruturação. Diz que diante da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição e do aumento da margem de lucro os patrões tiraram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade disponível de mão-de-obra dos desempregados ou subempregados para impor contratos e regimes de trabalho mais flexíveis. Essa flexibilidade se dá conforme a necessidade de cada empresa e atinge mesmo os empregados regulares, que trabalham em média quarenta horas semanais ao longo do ano, uma vez que esses são obrigados a trabalhar mais em período de maior demanda, compensando com menos horas de trabalho em período de menor demanda. Harvey também frisa a

⁶⁴ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 140.

⁶⁵ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho?* São Paulo: Cortez, 2007. p. 49.

crescente redução do emprego regular e o aumento do uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratação.⁶⁶

Como consequência da crise instaurada nos anos 70 houve modificações no processo produtivo, por meio do avanço tecnológico, como alternativa ao modelo Taylor/Ford. Essa nova forma de produção foi denominada toyotismo e tem sua origem no Japão.

O toyotismo se caracteriza pela produção orientada pela necessidade do mercado de consumo, que determina o que e em que quantidade será produzido, sustentando-se na existência do estoque mínimo. Outra característica desse modo de produção é a existência de parques industriais organizados, onde há uma empresa central que subcontrata os serviços considerados não essenciais, não ligados a atividade-fim da empresa. Esse sistema constitui a chamada estruturação horizontal, diferentemente da estruturação vertical do fordismo, onde há a empresa central e as empresas satélites ou fornecedoras, formando a ideia de empresa mínima.⁶⁷ A não acumulação de estoque é possível devido a informatização e avanço na tecnologia de informação e transporte.

No taylorismo há a intensificação do uso da força de trabalho, uma vez que prevalece o princípio da polivalência onde o trabalhador deve ter qualificação para operar juntamente diversas máquinas e funções. Nesse modo de produção flexível torna-se instável a inserção do trabalhador no processo produtivo, pois visando ao máximo a redução de custos, há a contratação de um corpo mínimo de trabalhadores polivalentes com certa estabilidade e nos períodos de grande demanda há tomada de certas atitudes para não aumentar o corpo desses trabalhadores estáveis, como por exemplo, aumento de horas extras, contratação de trabalhadores temporários, terceirização de setores etc.⁶⁸

Se de um lado temos os trabalhadores polivalentes qualificados de outro temos os trabalhadores precarizados sem qualificação que correspondem ao emprego parcial, temporário ou sofrem o desemprego estrutural. Há então uma classe trabalhadora heterogênea, agora mais fragmentada e complexificada, dividida em trabalhadores qualificados e desqualificados, do mercado formal e informal,

⁶⁶ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 143.

⁶⁷ DORNELES, Leandro. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 36.

⁶⁸ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho?* São Paulo: Cortez, 2007. p. 180-184.

jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais etc.⁶⁹

Ainda sobre a análise de Ricardo Antunes a forma de acumulação flexível e o modo de produção taylorista tem algumas consequências que nos interessam bastante neste estudo, tais como, a crescente redução do proletariado fabril estável típico do sistema fordista. Aqui abro um parêntese para expor que junto com o desaparecimento desse proletariado típico desaparece também o principal símbolo da relação de emprego tutelada pelo Direito do Trabalho, pois como vimos antes foi justamente diante do operário da fábrica que se deu a tutela juslaboral e ainda hoje os elementos que constituem a relação de emprego baseiam-se nesse tipo de relação de trabalho.

Continuando a listar as consequências citadas por Antunes, há o crescimento do trabalho precarizado, são os terceirizados, subcontratados, *part-time*, entre outras formas de trabalho que se configuram mundo afora. Há o aumento significativo do trabalho feminino, exclusão dos jovens e idosos do mercado de trabalho, inclusão criminosa de crianças no mercado de trabalho.⁷⁰

É interessante analisar a divisão feita por David Harvey a respeito da classe trabalhadora pós-industrial, ele diz que no centro – lembra a separação entre trabalhadores centrais e periféricos – há os empregados em tempo integral, de condição permanente e condição essencial para o futuro de longo prazo da organização. Esses gozam de maior segurança no emprego, boas perspectivas de promoção e de reciclagem, e de uma pensão, um seguro e outras vantagens, devendo atender a expectativa de ser adaptável, flexível, e se necessário, geograficamente móvel. Mas o autor salienta que os custos potenciais da dispensa temporária desses empregados do grupo central em época de dificuldade podem, no entanto, levar a empresa a contratar mesmo para funções de alto nível como para administração financeira, mantendo esse grupo central de trabalhadores pequeno em função disso. Harvey diz que há dois outros grupos de trabalhadores, um deles corresponde aos empregados em tempo integral com habilidades facilmente disponíveis no mercado de trabalho, como por exemplo, secretárias, pessoal de trabalho manual menos especializado e setor financeiro. O outro grupo inclui os empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal com contrato por

⁶⁹ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho? São Paulo: Cortez, 2007. p. 184.

⁷⁰ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho? São Paulo: Cortez, 2007. p. 182.

tempo determinado, temporários, subcontratação treinados com subsidio público. Esse terceiro grupo seria o que teria menos segurança de emprego e o que mais cresce nos últimos anos.⁷¹

Como exemplo de uma nova forma de prestação de trabalho podemos citar o trabalhador autônomo que caracteriza bem a flexibilização do trabalho. Bom, o trabalho autônomo se caracteriza pelo vínculo jurídico fundado na predeterminação da prestação que não sofrerá intervenção do empregador sendo o poder jurídico reservado ao prestador, de organizar seu trabalho. O trabalhador autônomo é aquele que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além de poder escolher o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução de seu trabalho. Em geral, como na empreitada e na prestação livre de serviços, os instrumentos de trabalho pertencem ao prestador de serviços, bem como a ele cabem os resultados e ele é quem corre os riscos.⁷²

A partir da análise das características do mundo do trabalho pós-industrial podemos notar que houve uma diversificação nas relações de trabalho, com novas formas de contratação, que não se encaixam na típica contratação do operário da sociedade industrial que deu origem a relação de emprego. Sendo assim há dificuldade em identificar a subordinação típica de tal relação laboral que é tutelada pelo Direito do Trabalho.

3.2.1: PEJOTIZAÇÃO, PARASSUBORDINAÇÃO E TELETRABALHO

Agora vamos falar sobre esses três tipos de relações de trabalho típicas do pós-industrialismo que acabam por comprometer ou dificultar a caracterização da subordinação clássica.

3.2.1.1 PEJOTIZAÇÃO

Pejotização trata-se do uso da pessoa jurídica para encobrir o que em verdade é uma relação de emprego, fazendo transparecer uma situação jurídica de natureza cível. Trata-se da transformação do empregado, pessoa física, em pessoa

⁷¹ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 144.

⁷² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo: LTR, 2005. p. 532.

jurídica. A pejetização é uma pratica que vem se tornando típica no universo do Direito do Trabalho, sendo adotada em muitos estabelecimentos como obrigação para admissão do empregado, o qual irá receber como prestador de serviços regulado pelo Código Civil de 2002 (arts. 593 ao 609) e não pela CLT, apesar de estarem presentes todos os elementos da relação de emprego. Assim sendo a típica relação de emprego encontra-se burlada, mascarando-a com a finalidade de não aplicação da legislação trabalhista.⁷³

Para que exista verdadeiramente uma pessoa jurídica é necessário que haja livre iniciativa em constitui-la, e não uma obrigação imposta, nesse caso como a pelo empregador ao empregado. Há de ter-se também a vontade em assumir o risco econômico em cria-la, os lucros e prejuízos entre os sócios. Para o Direito Civil ainda predomina o princípio da autonomia da vontade das partes no ajuste da situação jurídica, o que é inconcebível ao direito laboral onde tal autonomia funciona de forma complementar.⁷⁴

O Direito do Trabalho tutela a pessoa física, não havendo possibilidade de uma pessoa jurídica ser considerada empregado, conforme dita o art.3º da CLT que também ressalta a importância do contrato de trabalho ter a característica de dever ser intuito personae, ou seja, o contrato é personalíssimo, não podendo ser executado por pessoa diversa daquela que o pactuou. Logo, quando avistamos uma pessoa jurídica no polo em que deveria estar o empregado, vemos configurado um contrato de prestação de serviço, ou um contrato de empreitada, temporário, terceirização, trabalho autônomo etc. Com isso queremos mostrar que a pejetização é um instituto que diverge do típico empregado do direito laboral.⁷⁵

A primeira impressão que o empregado pode ter da pejetização pode lhe parecer boa, uma vez que a pecúnia oferecida pelo empregador é maior, pois esse alega que com a redução no pagamento de impostos poderá aumentar o salário do empregado. Mas em verdade o que acontece é que o empregado não terá garantido por lei seus direitos trabalhistas, tais como, décimo terceiro salário, horas extras,

⁷³ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

⁷⁴ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

⁷⁵ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

verbas rescisórias, direitos previdenciários, salário mínimo, intervalos remunerados, direitos recorrentes de acidente de trabalho, entre tantos outros direitos garantidos por lei ou em acordos e convenções coletivas aos empregados. E ainda mais, além de ver seus direitos trabalhistas suprimidos o empregado terá que arcar com despesas provenientes de uma pessoa jurídica como o contador, o pagamento de impostos, manutenção da firma, além de assumir os riscos do negócio. Já o empregador se beneficia por se desonerar de uma série de responsabilidades, além das já citadas, como da carga tributária, é liberado do pagamento do INSS de 20% sobre a folha a título de contribuição previdenciária, não precisará pagar a alíquota de 8% referente ao FGTS assim como a indenização de 40% sobre o seu montante, nem o aviso prévio proporcional.⁷⁶

Conforme o art.9º da CLT, o instituto da pejetização é considerado fraude nas relações trabalhistas: “Serão nulos de pleno direito atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, devendo ser considerada nula a prestação de serviços mediante a pejetização. O empregado cede à pejetização porque é seu modo de subsistência e também porque há dependência econômica diante do empregador. O instituto também é considerado crime de frustração de direito trabalhista, conforme menciona o título dedicado aos Crimes contra a Organização do Trabalho, disposto no art.203 do Código Penal: “Frustrar mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena: detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência”. Devendo ser ajuizada ação no juízo criminal para a sua configuração.⁷⁷

Como a legislação não possui nenhum dispositivo expresso para ser aplicado quanto a matéria da pejetização, resta utilizar o art. 8º da CLT que permite a utilização de princípios para a resolução de controvérsias na falta de disposições legais. Nesse diapasão, vê-se a relevância do princípio da primazia da realidade, considerado um dos principais do Direito do Trabalho, o qual se detêm a situação realmente existente diante do que foi formalmente acordado pelas partes nos documentos de contratação. A existência de uma relação de emprego depende da

⁷⁶ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

⁷⁷ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

situação real em que o trabalhador se encontra e não do que as partes tiverem pactuado.

À natureza jurídica do contrato de emprego é dado o nome de contrato realidade, e as normas trabalhistas como são de natureza cogente (vinculada), são de aplicação obrigatória, portanto não cabem as partes do contrato escolher qual será a natureza do contrato celebrado, sendo assim a pejetização encontra obstáculo no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, os quais não poderão ser suprimidos ou reduzidos por simples vontade dos contratantes que só poderão ampliar esses direitos.

Seguindo o raciocínio do art.8º da CLT, podemos aplicar o art. 166 do Código Civil que considera nulo todo negócio jurídico que: “VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa”; assim como o art.167 também do CC, que disciplina: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas substituirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1ºHaverá simulação nos negócios jurídicos quando: [...] II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”. Por conseguinte, encontramos respaldo no Código Civil para considerarmos o contrato de emprego (contrato dissimulado) ao contrato pejetizado (contrato simulado).⁷⁸ Segundo essa visão a jurisprudência tem se manifestado para firmar a relação de emprego existente em verdade, é o que mostra o trecho do acórdão descrito a seguir:

Fraude trabalhista – prestação de serviço por suposta pessoa jurídica. O conjunto probatório constituído nos autos comprova a fraude à legislação trabalhista, na medida em que o reclamante, através de empresa interposta foi inserido no processo produtivo da atividade econômica da reclamada, desempenhando atividades imprescindíveis à consecução do empreendimento empresarial. A pessoa jurídica constituída pelo trabalhador é típica empresa de fachada, hipótese clara de pejetização, com capital social de R\$5.000,00 (cinco mil reais), dividido em 100 cotas, sendo que apenas uma cota pertencia ao outro sócio, com o qual o reclamante possui relação de parentesco”. (Processo nº 01288-2009-100-03-00-8 RO, Public 10 março 2010. 8ª Turma, TRT 3ª Região. Desembargadora Relatora Maria Cristina Diniz Caixeta).⁷⁹

Como se verifica, ao judiciário cabe reconhecer a situação fática existente, desconsiderando o que se encontra documentalmente exposto, uma vez que a verdade de fato é mais benéfica ao empregado. Assim, se pegarmos o art. 442 da CLT, para fins de esclarecimento, ele regulamenta que o “contrato individual de

⁷⁸ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em 19 maio de 2015.

trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”, portanto, mesmo que o serviço seja prestado por uma pessoa jurídica mediante contrato formalmente escrito, tacitamente a relação de emprego estará caracterizada. O magistrado ao reconhecer a fraude trabalhista, decretará a nulidade e constituirá a relação de emprego, com a assinatura da carteira de trabalho e previdência social, com o direito ao recebimento de todas as verbas trabalhistas advindas.⁸⁰

Por fim podemos dizer que a pejetização é um dos muitos reflexos ocasionados pela precarização das relações de trabalho. Ela é uma afronta a valores e princípios como o da dignidade da pessoa humana que é a base dos demais princípios existentes em nosso ordenamento jurídico.

3.2.1.2 TELETRABALHO

A influência da tecnologia na sociedade e no trabalho é indiscutível e algo que não permite retrocesso, o perfil do empregado foi modificado, a tecnologia está de fato presente no cotidiano do trabalhador que utiliza smartphones, faz vídeo conference e utiliza notebooks, tablets e a internet como elementos essenciais para realização de seu trabalho. Sem dúvida a tecnologia modificou as relações de trabalho no mundo, principalmente porque a informação é o elemento central da sociedade contemporânea e a moeda de troca mais valiosa hoje em qualquer lugar do mundo.⁸¹

O ensino a distância (EAD) vem crescendo em todo o país. Médicos cada vez mais operam com equipamentos de alta tecnologia e, por vezes, nem estão presentes na sala de cirurgia. Os servidores públicos, juízes entre outros podem trabalhar remotamente pelo sistema de intranet do órgão em que se vinculam, de onde estiverem. Essa tendência pela seara pública de aderir a modalidade fez com que o TST divulgasse, em julho de 2012, a Resolução nº109 do Conselho Superior

⁸⁰ OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejetização e a precarização das relações de emprego. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejetizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.

⁸¹ VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41.

da Justiça do Trabalho, dispondo sobre a realização de teletrabalho no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus.

O trabalho realizado mediante a utilização de meios de comunicação a distância é comum em todas as relações de trabalho, bem como na relação de emprego. O empregado que trabalha através desses meios pode trabalhar tanto no interior do estabelecimento da empresa como em casa ou em qualquer outro lugar que julgue conveniente, distante do local físico da empresa, inclusive fora do país sede da empresa empregadora. Sendo assim, podemos dizer que o teletrabalho tem sido a principal manifestação da tecnologia no mundo do Direito do Trabalho. Primeiro porque, enquanto trabalho mediado pelas tecnologias da informação e comunicação, é uma modalidade típica da sociedade da informação. Segundo porque essa modalidade altera as relações trabalhistas principalmente quando focamos a visão tradicional entre empregado e empregador.⁸²

Há quem critique a influência da tecnologia nas relações de trabalho, pois acreditam que a flexibilização do Direito do Trabalho é fruto dessa influência. Alegam que a tecnologia tem como efeito o desemprego, o crescimento do mercado de trabalho informal e a terceirização. Porém deve-se frisar que flexibilizar o Direito do Trabalho não é o mesmo que desregulamentá-lo, mas sim adequá-lo aos dias atuais, a tecnologia *highttech*. A flexibilização do Direito do Trabalho deve ser sinônimo para utilizar a tecnologia da informação e da comunicação a favor do trabalhador, criando novas formas de trabalho, como é o caso do teletrabalho, justificando-se adaptações no Direito do Trabalho.⁸³

Vamos a uma breve definição de teletrabalho:

No teletrabalho, unem-se os conceitos de “trabalho” e “distância” através das telecomunicações, podendo ser em favor de alguém ou por conta própria. Entende-se o trabalho como toda a atividade geradora de riquezas e impulsionadora da economia, e por distância, em seu entendimento geográfico, expressa a ideia de trabalhadores remotos, laborando fora do local físico tradicional do empregador. A mediação entre esses dois requisitos, como referido, é através da telecomunicação, sendo estes sistemas capazes de encurtar a distância física existente, mantendo as partes da relação trabalhista conectadas por meios de telecomunicação.

⁸² VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 42

⁸³ VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 43.

O teletrabalho pode ser executado em domicílio do próprio trabalhador, em um centro satélite, em um telecentro, na sede do cliente ou de forma móvel. As modalidades do teletrabalho são: teletrabalho *off* – a comunicação é utilizada apenas para cumprimento da tarefa, sendo a produção enviada pelo correio ou entregue pessoalmente; teletrabalho *one way line* – não há interatividade entre as partes da relação de trabalho, a comunicação é unimodal, por exemplo, por *paggers*; teletrabalho *on line* – trabalhadores e empresa se comunicam continuamente.⁸⁴

Há algumas vantagens a serem citadas quando falamos em teletrabalho, tanto ao trabalhador como para a empresa. Ao trabalhador há vantagens como, por exemplo, a redução do custo com transporte, alimentação e vestuário, mais tempo para lidar com a relação diretamente com o cliente, dispor de melhor forma do tempo de convívio com a família. Há vantagens como dispor seu estilo de vida e de trabalho, reduzir o tempo de deslocamento usado para ir ao local de trabalho ou a vantagem aos trabalhadores portadores de deficiência física. Para a empresa a ausência de restrição para locomoção do trabalhador pode ser vista como uma importante vantagem. Com o advento da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, as empresas estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, conforme o número de empregados da empresa. Portanto, a contratação de teletrabalhadores reabilitados ou portadores de deficiência torna-se uma boa opção para que a empresa, observando a necessidade destes trabalhadores, cumpra com seu dever legal de reinserir essas pessoas em cargos que garantam retorno para ambas as partes.⁸⁵

As desvantagens do teletrabalho também podem se mostrar. Ao trabalhador pode aparecer na sensação de perda do status de trabalhador até o isolamento social. Para a empresa podem aparecer no custo com equipamentos, caso o teletrabalho seja realizado no domicílio do empregado e haja necessidade de adaptação daquele ambiente para a atividade laboral. Ainda à empresa há a desvantagem da ausência de uma legislação trabalhista clara que garanta ao empregador do teletrabalhador relativa segurança jurídica, deixando aquela empresa que gostaria de investir pesado em teletrabalho temerária com a perspectiva. Com o

⁸⁴VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 44.

⁸⁵ VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 44-45.

intuito de atenuar as desvantagens relacionadas a relação de trabalho teletrabalho é necessário que a mesma seja utilizada apenas por trabalhadores que consentam com tal condição, pois o teletrabalho deve ocorrer de forma voluntária e não imposta pelos empregadores. Do contrário esse modelo de relação de trabalho está condenado ao fracasso diante da não adaptação do trabalhador.⁸⁶

3.2.1.3 PARASSUBORDINAÇÃO

O conceito de parassubordinação foi desenvolvido pela doutrina italiana e tem por objeto a prestação de trabalho, não há em nosso ordenamento jurídico a figura do trabalhador parassubordinado. São relações de trabalho de natureza contínua, onde os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do estabelecimento.⁸⁷

Conforme Giuseppe Ferraro:⁸⁸

O elemento de conexão entre as várias relações de trabalho parassubordinado pode ser genericamente descrito como um vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual que se estabelece entre o prestador dos serviços e o sujeito que usufrui dessa prestação. Esse vínculo de dependência é semelhante ao que une empregado e empregador, a ponto de justificar a existência de garantias compensatórias equivalentes.

O professor Doutor Nelson Mannrich da Universidade Presbiteriana Mackenzie define o trabalhador parassubordinado como a pessoa natural que presta serviços autônomos e não eventuais, embora de forma coordenada, mediante remuneração e uso de estrutura empresarial do tomador dos serviços, de quem depende economicamente, o que justifica tratamento assemelhado a de empregado. Entre as principais características, apontam-se: trabalho autônomo, não eventual,

⁸⁶ VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). Direito e tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

⁸⁷ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 102.

⁸⁸ FERRARO, Giuseppe apud. SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 102.

coordenado, prestado com pessoalidade, oneroso, dependência econômica, sujeito a proteção especial.⁸⁹

A doutrina italiana procura deixar bem claro que o trabalho parassubordinado possui semelhança com o subordinado, mas com ele não se confunde, e vai além do conceito de trabalho autônomo. Na parassubordinação o trabalhador assume a obrigação de atingir uma série de resultados consecutivos, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante. Assume relevância a ideia de coordenação, no sentido de uma modalidade de organização da prestação de serviços. De modo geral o trabalho continua a ser prestado de forma autônoma, porém a organização é vinculada a um tipo de poder de controle e coordenação por parte do tomador de serviços.⁹⁰

Para entender a ideia de coordenação é necessário examinar outros elementos que compõem a relação jurídica. Vamos então ao elemento da continuidade da relação de emprego. Na parassubordinação a prestação de serviço deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, ou seja, não se enquadram o contrato de obra de execução instantânea.

A continuidade é incompatível com a efetivação de uma única obra mesmo que sua execução se prolongue no tempo, pois ela está vinculada a uma série de resultados que as partes pretendem atingir e que justificam a presença da coordenação. Certo é que a continuidade está atrelada a necessidades que de certo modo possuem um caráter mais duradouro.⁹¹

Outro elemento que caracteriza o trabalho parassubordinado é a natureza pessoal da prestação de serviço. O prestador de serviços até pode ser auxiliado por outras pessoas na execução de seu trabalho, contudo esse auxílio deve ser apenas complementar, ou seja, a principal carga de serviço deve ser prestada pelo prestador pessoalmente contratado. O prestador de serviço atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades para suprir a necessidade do tomador. Aqui encontramos a ideia de colaboração, onde há uma

⁸⁹ MANNRICH, Nelson. Autonomia, Parassubordinação e Subordinação: os Diversos Níveis de Proteção do Trabalhador e do Teletrabalhador. Em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Acessado em: 20 maio de 2015.

⁹⁰ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 103-104.

⁹¹ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 104-105.

ligação funcional entre a atividade do prestador de serviços e a do destinatário da prestação dos serviços. Os resultados produtivos da atividade do prestador de serviços devem se unir aos da atividade do tomador, observando critérios qualitativos, quantitativos e funcionais.⁹²

Voltamos a noção de coordenação, principal elemento do trabalho parassubordinado, para dizer que esse diferencia-se do subordinado, uma vez que a prestação de serviço é prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido.⁹³

O trabalhador parassubordinado não promete a sua atividade pessoal para o desenvolvimento de qualquer objetivo pretendido pelo tomador como na subordinação, mas coloca os seus serviços a disposição somente para aquele específico tipo de atividade para atingir os fins previstos no programa contratualmente elaborado. O que deve ser frisado é a possibilidade de a atividade do trabalhador vir a ser prevista em um contrato de trabalho, tendo em vista atingir uma série de resultados, residindo aí a importância da coordenação. A coordenação vem com a ideia de “ordenar juntos”, significando que ambas as partes têm medidas a propor para alcançar o objetivo comum, assim entende-se a parassubordinação.⁹⁴

No trabalho subordinado o empregado se sujeita ao poder de comando do empregador, devendo cumprir todas as determinações deste. Veja que na subordinação o trabalhador deve cumprir certas instruções, que são vinculantes em relação as necessidades do tomador de serviços. Porém o que acontece é que o poder de dar instruções é diferente do poder de coordenar a prestação de serviços, pois as instruções remetem a níveis distintos entre quem as dá e quem as recebe.

A coordenação se enquadra em níveis que se unem. E por isso surge a necessidade de prestador e tomador de serviços ordenarem juntos todo o trabalho, o que pode levar a modificações do programa contratual quando este está sendo desenvolvido. A coordenação pode até resultar na modificação do objeto do contrato.⁹⁵

⁹² SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 105.

⁹³ PERSIANI, Mattia apud. SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 105.

⁹⁴ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 106.

⁹⁵ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2004. p. 106-107.

3.3 CRISE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como já sabido o Direito do Trabalho não se aplica aquela relação de trabalho em que a subordinação não se faz presente, mas nem mesmo no caso das novas relações de trabalho surgidas na sociedade pós-industrial, onde muitas vezes, mesmo presente, fica difícil identificar a presença de tal elemento.

Por óbvio que lembramos a existência dos demais elementos que configuram a relação de emprego, porém estamos dando ênfase a subordinação porque a teoria geral do direito do trabalho deu mais ênfase a subordinação, uma vez que é através desse elemento que fica mais claro a fragilidade do empregado diante do empregador.

A subordinação típica da relação de emprego é a jurídica ou hierárquica que se baseia na existência de um superior hierárquico que emite ordens e fiscaliza o empregado baseando-se no binômio subordinação proteção.

A ideia de hipossuficiência baseada na estrutura rico-pobre como explica Cesarino Junior, onde o trabalhador depende do emprego como fonte única de subsistência, ou seja, a dependência econômica por si só, não faz parte do conceito de subordinação jurídica foco da relação de emprego.⁹⁶

Se pensarmos no objetivo de proteção ao trabalhador que possui a relação de emprego. Veremos que ela está em crise, uma vez que cada vez mais fica difícil identificar seus elementos nas formas de trabalho existentes hoje (autônomo, terceirização, profissional liberal etc) e, sendo assim, esse trabalhador que não se vê configurado na relação de emprego não está abrangido pela proteção do Direito do Trabalho. Contudo, todas essas relações de trabalho não acolhidas pela tutela do Direito do Trabalho são caracterizadas pela vulnerabilidade do trabalhador e a nosso ver deveriam ter proteção por parte do Direito do Trabalho, tendo em vista tais vulnerabilidades.

Essa flexibilização e complexidade nas relações de trabalho no mundo pós-industrial se tornam cada vez mais problemáticas tendo em vista a falta de proteção a essas novas relações. Sendo assim vamos abordar a ideia de vulnerabilidade como alternativa a fundamentar a proteção juslaboral das relações de trabalho que

⁹⁶ CAMINO, Carmen. Autonomia da Vontade no Direito do Trabalho: do chão da fábrica ao serviço público. 2011. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 105.

não se encaixam a relação de emprego típica. Tal ideia de vulnerabilidade foi muito bem sugerida por Carmem Camino.⁹⁷

4 VULNERABILIDADE

4.1 HIPOSSUFICIÊNCIA E DEPENDÊNCIA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Para justificar o uso do instituto da vulnerabilidade temos que retomar a ideia de hipossuficiência que na teoria clássica do direito focava a proteção dos trabalhadores sob a desigualdade econômica existente entre eles e os empregadores, ou seja, focava a dependência econômica existente no empregado diante do empregador.⁹⁸

Paul Cuche define tal dependência econômica:

Há 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. É essencial que ele disponha de todo o seu tempo, que lhe assegure o aproveitamento permanente dos produtos de seu trabalho, de modo que o prestador não tenha necessidade nem possibilidade de trabalhar para outros empregadores.⁹⁹

Ao definir a visão clássica de dependência econômica Cuche, citado por Dorval de Lacerda em seu livro, quer destacar a importância de quem fornece o trabalho, dele deve tirar seu único ou principal meio de subsistência, vivendo dele e recebendo uma remuneração suficiente que não ultrapasse as suas necessidades e de sua família. Já para quem paga o trabalho deve se destacar que este deve absorver integralmente o trabalho de quem o presta, tomando todo o tempo do prestador, impossibilitando que o prestador do trabalho possa oferecer serviços a outros empregadores.

O conceito clássico de hipossuficiência, qual seja de dependência econômica, mudou para dependência hierárquica, tendo sido usado o vocábulo “dependência”

⁹⁷ CAMINO, Carmen. Autonomia da Vontade no Direito do Trabalho: do chão da fábrica ao serviço público. 2011. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 58.

⁹⁸ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131-132.

⁹⁹ CUCHE, Paul apud LACERDA, Dorval de. A Renúncia no Direito do Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad LTDA, 1944. p. 25.

no art. 3º da CLT para conceituar a subordinação que é o termo usado hoje para caracterizar a relação de emprego, a subordinação jurídica ou hierárquica, já abordada no primeiro capítulo.

A subordinação jurídica ou hierárquica originou-se da noção de dependência jurídica dada pela jurisprudência francesa e italiana:

Dependência jurídica seria “o direito do empregador de regular o trabalho do preposto e de dar ordens quanto ao tempo e ao lugar em que deve exercê-lo” (...) “a subordinação deve concretizar-se numa dependência hierárquica e disciplinar, de modo a vincular a atividade do prestador de trabalho às iniciativas e às ordens do dador de trabalho”.¹⁰⁰

Hoje a subordinação jurídica consiste na situação jurídica do contrato de emprego onde o empregado compromete-se a acolher o poder de direção do empregador quando presta seus serviços. Sendo a situação em que se encontra o empregado, decorrente da limitação contratual da autonomia da vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.¹⁰¹

Essa síntese e recordação sobre os conceitos de hipossuficiência clássica, dependência e subordinação é necessária para que possamos lançar a sugestão de uma reformulação na teoria geral do direito do trabalho no que tange a proteção do trabalhador, expandindo a proteção para além do quadro fechado da relação de emprego, quem sabe buscando proteger a partir de conceitos que já existiram. Para isso temos que reformular a forma de caracterizar quem deve ser contemplado pela proteção do Direito do Trabalho, uma vez que nos encontramos diante de situações atípicas de relações de trabalho, ou seja, que destoam da relação de emprego.

É de suma importância citar a Recomendação 198 da OIT de 2006 que tem por objetivo transmitir que deve-se proteger os trabalhadores vinculados por uma relação de trabalho. Recomendando assim: *“clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo”*.

Em sua tese de doutorado Murilo Carvalho Sampaio Oliveira diz que ao observar a recomendação da OIT surgem dificuldades na definição de empregado diante das relações atípicas atuais de relação de trabalho, indicando como solução

¹⁰⁰ JUNIOR, Cesarino. Direito Social Brasileiro. São Paulo: Livraria Martins, 1943. p. 104.

¹⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: LTR. p. 293.

para esse impasse o resgate da dependência econômica. Para ele a retomada do conceito de dependência econômica seria uma possibilidade teórica à crise da subordinação jurídica clássica. O doutor defende que com isso passa-se a englobar e proteger os trabalhadores focos de todo tipo de relação de trabalho, estabelecendo que qualquer tipo de trabalho humano, seja ele autônomo ou dependente, tenha proteção.¹⁰² Não cabe aqui nos aprofundarmos nesse tema, mas o doutor Murilo cita em sua tese que algumas legislações estrangeiras já estão resgatando o conceito de dependência econômica, como é o caso da Espanha.

Arion Sayão Romita também defende a retomada do conceito de dependência econômica para o atual contexto das relações de trabalho e escreveu que “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado”.¹⁰³

Contudo no presente estudo a alternativa que achamos mais adequada é a ideia de vulnerabilidade para ampliar a forma de proteção juslaboral, sendo mais adequada ao mundo do trabalho de hoje e suas tantas relações de trabalho.

4.2 TEORIA DAS VULNERABILIDADES E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Harvey também falou sobre a vulnerabilidade ao discorrer sobre a perspectiva pós-industrial para o trabalhador:

A atual tendência dos mercados de trabalho é reduzir o número de trabalhadores “centrais” e empregar cada vez mais uma força de trabalho que entra facilmente e é demitida sem custos quando as coisas ficam ruins. Na Inglaterra, os “trabalhadores flexíveis” aumentaram em 16 por cento, alcançando 8,1 milhões entre 1981 e 1985, enquanto os empregos permanentes caíram em 6 por cento, ficando em 15,6 milhões (Financial Times, 27 de fevereiro de 1987). Mais ou menos no mesmo período, cerca de um terço dos dez milhões de novos empregos criados nos EUA estavam na categoria “temporário” (New York Times, 17 de março de 1988).

Evidentemente isso não mudou de maneira radical os problemas, surgidos nos anos 60, dos mercados de trabalho “duais” ou segmentados, mas o reformulou segundo uma lógica bem diferente. Embora seja verdade

¹⁰² OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A (Re)Signação do Critério da Dependência Econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. 2011. 264 f. (Tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2011. p. 169-170.

¹⁰³ ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. Revista LTr, São Paulo, vol. 68, nº. 11. nov./2004. p. 1287.

que a queda da importância do poder sindical reduziu o singular poder dos trabalhadores brancos do sexo masculino nos mercados do setor monopolista, não é verdade que os excluídos desse mercado de trabalho – negros, mulheres, minorias étnicas de todo tipo – tenham adquirido uma subta paridade (exceto no sentido de que muitos operários homens e brancos tradicionalmente privilegiados foram marginalizados, unindo-se aos excluídos). Mesmo que algumas mulheres e algumas minorias tenham tido acesso a posições mais privilegiadas, as novas condições de trabalho de maneira geral **reacentuaram a vulnerabilidade dos grupos desprivilegiados.**¹⁰⁴

A teoria sobre a vulnerabilidade que vamos abordar inicia sua fundamentação quando visa a suprir as desigualdades existente nas relações de trabalho que não encontram proteção no Direito do Trabalho e é com uma análise sobre o princípio da igualdade que começaremos a abordagem de tal teoria.

Para explicar melhor a ideia de proteção laboral através da vulnerabilidade vamos nos valer de outra área do direito privado, o Direito do Consumidor, sempre fazendo ligações com o nosso Direito do Trabalho.

Hoje a vulnerabilidade está ligada ao princípio da igualdade pelo pensamento de direito a diferença. A tendência do direito atual é identificar a diferença e respeitá-la, seja o idoso, as crianças, os deficientes físicos etc. Trata-se de uma nova igualdade, a igualdade dos desiguais, quase uma equidade. A ideia de igualdade de isonomia perante a lei dá lugar a igualdade no sentido de reconhecer as diferenças e manter a diversidade de opções e visões de mundo.¹⁰⁵

Porém a igualdade é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas, ou seja, aos iguais trata-se igualmente e aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. A vulnerabilidade já 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.¹⁰⁶ A vulnerabilidade é uma noção mais flexível, que apresenta traços de subjetividade, estabelecendo contornos objetivos de equilíbrios ou desequilíbrios entre as relações humanas.

¹⁰⁴ HARVEY, David. Condição Pós-Moderna. São Paulo: Loyola, 2012. p. 144-145.

¹⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 178-182.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 320.

Com o surgimento e mudança das relações sociais surgem cada vez mais grupos que gritam por uma proteção particular, foi por exemplo o caso dos consumidores que identificados pelo direito reivindicaram sua própria lei, o Código de Defesa do Consumidor. Essa conquista é fruto de 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. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.¹⁰⁷

Claudia Lima Marques diz que hoje a igualdade se define por uma proteção sistemática e eficaz dos vulneráveis que acaba por formar um instrumental de normas compensatórias e de proteção. A autora continua dizendo que esta tendência de especialização acaba por qualificar a própria vulnerabilidade em uma cumulação de fraquezas, agora juridicamente relevantes.¹⁰⁸

Claudia Lima Marques, em relação ao direito do consumidor, opina haver três tipos de vulnerabilidade¹⁰⁹:

- Vulnerabilidade técnica: aqui o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, sendo assim é mais facilmente enganado quanto as características do bem ou sua utilidade, o mesmo ocorre em matéria de serviço;
- Vulnerabilidade fática: diz respeito aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo;
- Vulnerabilidade jurídica: visa a presumida falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou de economia do consumidor, a não consciência plena de seus direitos.

Quando falamos em vulnerabilidade, queremos sim frisar que há um sujeito com fragilidade em relação ao outro na relação de trabalho. Ao passarmos a sugestão da teoria da vulnerabilidade para o Direito do Trabalho devemos nos ater ao fato de a vulnerabilidade ser um instituto mais amplo e complexo e para adaptar a esse ramo do direito com maior facilidade podemos tomar como norte a própria relação de emprego.

¹⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 16.

¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

¹⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

Pensemos que na relação de emprego clássica encontram-se presentes vulnerabilidades do tipo negocial, econômico, técnico, social e informacional e que esses tipos de vulnerabilidades compõem o grupo de vulnerabilidades que podem existir em qualquer relação de trabalho, e mais, que a subordinação jurídica da relação de emprego típica é a junção de todas essas vulnerabilidades de forma perfeita, sem variações.

Bom, na sociedade pós-industrial, com as novas relações de trabalho, atípicas a relação de emprego, a vulnerabilidade pode se apresentar em maior ou menor grau, um trabalhador, por exemplo, pode apresentar grande grau de vulnerabilidade negocial, porém ter menor grau de vulnerabilidade técnica por deter de todo conhecimento técnico para realizar o serviço.

Cláudia Lima Marques, em sua análise ao Código de Defesa do Consumidor, cita que certos indivíduos em algumas circunstâncias podem ser considerados hipervulneráveis, seja por doença, idade e necessidades especiais.¹¹⁰

Em outra obra sua sobre o ramo do direito privado Direito do Consumidor Cláudia continua a definir a hipervulnerabilidade como a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da publicidade para crianças) ou sua situação de doente (informações na bula de remédio).¹¹¹

Vamos continuar com uma descrição da hipervulnerabilidade de Claudia Lima Marques grifando o que mais se relaciona com o Direito do Trabalho e os trabalhadores:

Enquanto a vulnerabilidade geral presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista sua posição nos contratos), a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” a **situação pessoal** de um consumidor, **seja permanente** (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou **temporária** (doença, gravidez, analfabetismo, idade).

A vulnerabilidade agravada é assim como a vulnerabilidade um **estado subjetivo** multiforme e pluridimensional, e que, **com base no princípio da igualdade e da equidade**, pode se **incluir os fracos, como as minorias** mais frágeis e os doentes, por exemplo.¹¹²

¹¹⁰MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 199.

¹¹¹MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 188-189.

¹¹²MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.

A esses hipervulneráveis o Direito do Trabalho já dedicou algumas proteções especiais como para as mulheres, beneficiárias de proteções adicionais como as previstas no art.10, II, b do ADCT (estabilidade da gestante) e no art. 9º, §2º,II, da Lei 11.340/2008 (direito ao afastamento temporário do emprego em caso de violência doméstica), para os menores de dezoito anos com o art.440 da CLT (não fluência do prazo prescricional) e para os portadores de necessidades especiais com o dispositivo no art. 93 da Lei 8.213/91 (reserva de postos de trabalho).

Quando notamos que o Direito do Trabalho já cedeu e tutelou a respeito de grupos hipervulneráveis podemos notar que a ideia de proteção laboral através da vulnerabilidade é uma boa sugestão para solucionar a crise que sofre a relação de emprego. A sugestão do uso da vulnerabilidade recai em tutelar as diversas relações de trabalho visando a vulnerabilidade existente nelas, pois mesmo sem subordinação um trabalhador autônomo, por exemplo, é vulnerável diante do tomador de seus serviços, ou seja, apresenta uma ou mais das vulnerabilidades, seja a negocial, a econômica, a social ou a informacional (provavelmente a hierárquica e a técnica não existirão), e sendo assim necessita de proteção por parte da legislação trabalhista. Os tipos de vulnerabilidades serão abordados mais adiante.

Mesmo dentro da relação de emprego pode haver variação diante das vulnerabilidades. O empregado é presumivelmente vulnerável como já observamos, mas conforme cada caso e focando cada empregador a vulnerabilidade do empregado pode variar, bem como cada tipo de vulnerabilidade pode apresentar um grau maior ou menor de incidência, podendo haver mais vulnerabilidade econômica do que vulnerabilidade técnica, por exemplo.

Há ainda que se observar dentro das relações de trabalho que a vulnerabilidade pode se apresentar também na figura do empregador que pode ser vulnerável, por exemplo, é o caso que se apresenta quando focamos o empregado doméstico que dentro do universo de trabalhadores representa um tipo caracterizado pela vulnerabilidade extrema, seja pela pouca qualificação de seu ofício ou pela grande hipossuficiência (dependência econômica). No entanto, apesar disso, a legislação concedeu a esta categoria um menor grau protetivo em relação aos demais empregados. Isso não decorre de uma menor vulnerabilidade do empregado doméstico, mas sim, entre outros fatores, de uma certa vulnerabilidade do empregador doméstico que é necessariamente pessoa física ou família, como dita o

art.2º da Lei 5.859/72, e não tem todo aparato e suporte que uma empresa, pessoa jurídica, dispõe para cobrir todos os direitos trabalhistas de um empregado regido pela CLT.

De suma importância para melhor esclarecer nossa tese de proteção laboral através da vulnerabilidade é entendermos a análise relacional da vulnerabilidade citada pelo professor Leandro Dorneles em um de seus artigos¹¹³. Diz o professor que deve-se estabelecer um padrão de vulnerabilidade, por abstração, tomando como referência o vínculo de emprego típico, onde caberia a proteção laboral plena. Seria possível então graduar a incidência protetiva conforme as vulnerabilidades se acentuem ou se atenuem, de forma a minimizar eventuais distorções causadas pelo Direito do Trabalho em sua concepção clássica. A ideia é tomar como base o emprego típico que se caracterizaria pela presença de todas as vulnerabilidades já citadas e sendo assim teria incidência protetiva plena. A partir daí seria possível, por comparação, graduar o nível de proteção aplicável:

- Em relação a um mesmo grupo de trabalhadores: *análise relacional interna ou intra-classe vertical* – é o caso do art. 440 da CLT, que faz diferenciações na incidência protetiva a um grupo específico de empregado, os menores de dezoito anos, considerados hipervulneráveis dentro do universo de vulneráveis;
- Em relação a grupos distintos de trabalhadores: *análise relacional interna ou intra-classe horizontal* – como ocorre nos casos da equiparação entre empregados e trabalhadores avulsos (art.7º, XXXIV da Constituição) e das “cláusulas gerais de abertura” da incidência protetiva aos trabalhadores rurais não caracterizados como empregados propriamente ditos (arts. 14-A e 17 da Lei 5.889/73);
- Em relação ao tomador de serviços - *análise relacional externa ou extra-classe* – além da relação de emprego doméstico, é o caso do art, 58, §3º da CLT, que atenua um direito trabalhista não em razão da menor vulnerabilidade do trabalhador, e sim de uma menor não-vulnerabilidade patronal (micro e pequenas empresas).

¹¹³DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 74-75.

Aqui queremos demonstrar que as relações de trabalho em geral caracterizam-se por um conjunto de vulnerabilidades, algumas presentes com mais intensidade em determinadas situações ou relações, outras com menos intensidade, ou sequer presentes, o que permitiria à teoria geral do Direito do Trabalho graduar, mesmo que em caráter excepcional, a aplicação do conjunto protetivo compensatório conforme a demanda se apresentasse.¹¹⁴

O certo é que não existe mais a predominância da relação de emprego como existia no início do século passado, sendo assim a proteção clássica do Direito do Trabalho ao empregado encontra-se defasada. Não se quer aqui anular a proteção já existente dada pelo ramo trabalhista ao empregado típico. A teoria da vulnerabilidade vem sugerir que se abra a proteção laboral para todos os tipos de relação de trabalho para além daquelas enquadradas nos artigos 2º e 3º da CLT, buscando identificar a vulnerabilidade existente nestas relações para então contempla-las com a proteção do Direito do Trabalho, relações que acima de tudo ainda se baseiam no desequilíbrio existente entre as partes. Sempre focando os princípios que regem nosso ordenamento jurídico, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade, o da proporcionalidade, entre outros.

Vamos então explicar cada tipo de vulnerabilidade para melhor entender tudo o que já foi dito.

4.2.1 VULNERABILIDADE NEGOCIAL

Apesar do art. 444 da CLT dispor que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas a vulnerabilidade negocial é uma evidente desigualdade existente nas relações de trabalho em geral, pois a relação de trabalho, sendo uma relação contratual, nos remete a um desequilíbrio entre seus sujeitos. O trabalhador dificilmente terá condições reais de discutir o conteúdo do contrato, limitando-se a aceitar o que já está predisposto pelo empregador. Do contrário, se não assinar o contrato como está redigido pelo empregador, não será admitido no trabalho ou emprego.

¹¹⁴ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 85.

Cláudia Lima Marques explica que 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 as normas protetivas, controladoras da atividade do outro, e resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica.¹¹⁵

A vulnerabilidade negocial se apresenta na grande maioria das relações de trabalho, porém em algumas delas ela se apresenta em maior ou menor grau. É, por exemplo, o caso de empregados com alto nível de especialização ou com habilidades raras no mundo do trabalho que terão maior autonomia para negociar diante de seus empregadores, sendo menos vulneráveis do ponto de vista negocial. Deve-se chamar a atenção, entretanto que isso não significa que esse trabalhador não é vulnerável, pois se por um lado a vulnerabilidade negocial é minimizada de outro a hierárquica, a econômica, a social e a técnica não são, sendo assim, este trabalhador é apenas vulnerável em menor grau. Essas observações e diferenciações são importantes quando em um caso concreto seja necessário justificar um maior ou menor grau de proteção ao trabalhador, sendo possível justificar uma maior ou menor rigidez na aplicação de princípios como o da irrenunciabilidade ou da condição mais benéfica, se considerarmos estes mecanismos protetivos desdobramentos diretos da vulnerabilidade negocial.¹¹⁶

4.2.2 VULNERABILIDADE HIERÁRQUICA

A relação de emprego, em relação as outras relações de trabalho, se caracteriza essencialmente pela subordinação jurídica, como já vimos, o que nos remete a noção de vulnerabilidade hierárquica.

Numa rápida recordação na subordinação jurídica da relação de emprego os sujeitos assumem papéis distintos de hierarquia. Ao empregador compete o exercício do poder de comando e ao empregado resta dever de obediência. O poder de comando se destina a energia laboral, ou seja, o trabalho necessário a atividade empresarial, não podendo afrontar os direitos de personalidade do trabalhador como

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 318-319.

¹¹⁶ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 78.

vimos no primeiro capítulo ao citarmos que o que predomina hoje é a subordinação objetiva, aquela que atua sob o modo de execução do serviço e não sob a pessoa do trabalhador. Devemos lembrar que o contrato de trabalho tem como objeto o trabalho e não o empregado.

A vulnerabilidade hierárquica, sem sombra de dúvida, está presente em todas as relações de emprego, porém em alguns casos há variações no grau subordinativo do empregado e por isso deve-se pesar o grau de proteção dado a ele, como bem explica Catharino:

Como é sabido, quer se trate de subordinação jurídica (...) o grau é sumamente variável. De um máximo até um mínimo. De um simples servente, hiperempregado, a um gerente ou superintendente, hipoempregado, e, por consequência, quase empregador, a distância é grande.¹¹⁷

(...)

De qualquer sorte, por força mesmo da igualdade perante a lei (...), os altos empregados, fracamente subordinados e melhor remunerados, não devem ser tratados da mesma maneira que os simples empregados, intensamente subordinados e pior retribuídos. 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-social.¹¹⁸

Desse modo a intensidade protetiva vinculada a vulnerabilidade hierárquica deve observar uma relação direta ao grau subordinativo. Por exemplo, no trabalho autônomo típico, embora possa haver outras espécies de vulnerabilidades, a hierárquica, presumidamente, não se apresenta, logo os mecanismos voltados a corrigir esse tipo de vulnerabilidade, em princípio não se justificam.¹¹⁹

4.2.3 VULNERABILIDADE ECONÔMICA

Deve-se ater que a vulnerabilidade econômica não se mede verificando se o empregado tem mais ou menos bens econômicos ou mais ou menos bens

¹¹⁷ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 209.

¹¹⁸ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 211.

¹¹⁹ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 81.

patrimoniais que seu patrão. Ela existe quando o trabalhador retira do seu labor a remuneração necessária a sua subsistência.

A definição dada por Paul Cuche já citada no início desse capítulo de dependência econômica define bem a vulnerabilidade econômica que é quando “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”¹²⁰.

A vulnerabilidade econômica se encontra em todas as relações de trabalho não voluntário, mesmo nas que não há subordinação hierárquica ou há um pequeno grau de subordinação. O certo é que, independente da condição econômica do trabalhador, se for constituída uma relação jurídica de trabalho e os frutos do seu trabalho forem explorados economicamente ele apresentará vulnerabilidade econômica. Essa vulnerabilidade será tanto maior nos serviços em caráter de exclusividade a um tomador.¹²¹

Como já vimos a doutrina clássica trabalhista adotava a dependência econômica como elemento definidor da incidência protetiva laboral. Com o passar do tempo a literatura justralhista deixou de lado a noção de dependência ou vulnerabilidade econômica para dar lugar a subordinação ou vulnerabilidade hierárquica como forma a justificar a proteção juslaboral. A CLT para definir empregado usa o termo dependência (art.2º) que veio a ser interpretado por dependência hierárquica, a subordinação hierárquica, sendo assim descartada a ideia de dependência econômica para justificar a tutela trabalhista da típica relação de emprego.

4.2.4 VULNERABILIDADE TÉCNICA

A doutrina juslaboral não está dando crédito a desigualdade técnica existente entre empregado e empregador por entender que ela é ausente nas relações empregatícias contemporâneas:

¹²⁰ CUCHE, Paul apud LACERDA, Dorval de. A Renúncia no Direito do Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad LTDA, 1944. p. 25.

¹²¹ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 82.

A medida que as modalidades de prestação de serviços 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 a do trabalhador.**¹²²

Não podemos negar que hoje nas relações de trabalho muitos trabalhadores tem um grau de conhecimento técnico muito maior que seus empregadores, com alto grau de especialização e qualificação, porém essa situação no mundo do trabalho não é regra e muito menos anula os trabalhadores que não possuem qualificação e, sendo assim, são vulneráveis tecnicamente diante de seus patrões. Com isso podemos analisar que o entendimento por ora trazido pela doutrina encontra-se em parte equivocado, já que os trabalhadores não qualificados possuem vulnerabilidade técnica.

Ainda a vulnerabilidade técnica não deve ser pensada somente sobre a ótica de maior ou menor conhecimento técnico profissional do trabalhador ou menor instrução profissional do trabalhador. Ela se manifesta também em outras perspectivas.

Podemos notar a vulnerabilidade técnica quando focamos o que é determinado pelo empregador através da técnica de gestão empresarial utilizada, onde ao trabalhador cumpre fazer o que for necessário e útil ao empreendimento econômico. Para isso, caracterizando também a vulnerabilidade técnica do trabalhador, o empregador disponibiliza os meios tecnicamente necessários para a melhor execução da atividade empreendedora. Essa situação de gestão empresarial mais disponibilização dos meios tecnicamente necessários traz a relação de trabalho uma desigualdade que podemos caracterizar como técnica. Por maior que seja a autonomia do trabalhador, ele só a tem em razão da técnica de gestão empresarial do empregador.¹²³

Outro ponto onde podemos notar a vulnerabilidade técnica do trabalhador é na alienação do trabalhador no estilo de produção que se caracterizou no modo de produção fordista, modo capitalista de produção, onde o trabalhador passa a integrar uma produção de larga escala. Aqui quanto mais complexidade houver na organização do trabalho, maior será a vulnerabilidade técnica do trabalhador, e

¹²² PLÁ RODRIGUES, Américo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1984. p. 30.

¹²³ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 88.

menor será a sua consciência sobre o produto final de seu esforço. O trabalhador que vai participar de uma linha de montagem fica vulnerável tecnicamente da sua tarefa que sozinha não lhe dá autonomia profissional fora daí. As decisões sobre o que e como produzir permanecem com o empregador. Em suma, o resultado do processo de trabalho corporificado permanece estranho ao produtor.¹²⁴

4.2.5 VULNERABILIDADE SOCIAL

A vulnerabilidade social pode se começar a explicar quando focamos a dignidade da classe trabalhadora, ou seja, quando pensamos que o trabalho deve dar ao trabalhador mais conforto, mais bem-estar e inseri-lo de modo a lhe dar um bom status na sociedade. A vulnerabilidade social tem origem lá no “chão de fábrica” com a divisão entre o detentor dos meios de produção, do capital, e o operário trabalhador que detêm somente sua energia laboral, ou seja, com a divisão dessas duas classes sociais.

Na divisão de classes entre capital e trabalho, em geral se dá mais prestígio ao capital. Por isso um mesmo indivíduo que se encontra vulnerável socialmente sendo profissional em uma empresa, para qual presta serviço, é não vulnerável na relação privada em que figura como empregador doméstico. Vemos que o mesmo indivíduo pode desempenhar papéis sociais diferentes, sendo socialmente vulnerável em um e não vulnerável em outro¹²⁵.

4.2.6 VULNERABILIDADE INFORMACIONAL

Claudia Lima Marques quando cita quais vulnerabilidades acredita existir nas relações de consumo cita a vulnerabilidade informacional que também impera sob a ótica do Direito do Trabalho. A autora diz que “ na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta dessa representa intrinsecamente um *minus*, uma

¹²⁴ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 89-91.

¹²⁵ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 93.

vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”.¹²⁶

O modelo de sociedade atual é bombardeado por informações, mas o acesso a elas não é uniforme. Os empregadores, normalmente com maior poderio econômico, técnico e social tem maior acesso a informação, ao conhecimento, ao exercício consciente de seus direitos, a estudos e pesquisas para saber onde investir ou montar sua sede, onde contratar, etc. Em contraponto os trabalhadores nem sempre tem consciência de seus direitos, possuem informações sobre o mercado de trabalho em sua área de atuação ou mesmo tem a estrutura que uma empresa tem para fazer uma pesquisa.¹²⁷ Essa constatação é o que caracteriza a vulnerabilidade informacional do trabalhador que, muitas vezes, é contratado sem lhe ser pago direito algum e, por não conhecer ou não possuir informação sobre quais direitos são assegurados a ele pela legislação, não reclama por tais direitos.

Há que se dizer que mesmo não estando expresso na legislação trabalhista o dever de informar deve ser extraído a partir da incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações de trabalho, ou seja, o trabalhador deve alertar o trabalhador sobre seus direitos, por exemplo, corrigindo desse modo o desequilíbrio contratual motivado pela vulnerabilidade informacional.

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 330.

¹²⁷ DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 94.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos as fontes do Direito do Trabalho disponíveis sobre o tema foi possível primeiramente ver como se formulou a típica relação de emprego que hoje é foco da proteção do Direito do Trabalho, ela surge com a sociedade industrial, num contexto de luta de classes, com o trabalho livre e subordinado, buscando a proteção do trabalhador, pois sendo fortemente explorado, no final do século XIX, o trabalhador reivindica seus direitos, o que gera a intervenção do estado nas relações de trabalho através de legislações imperativas de proteção ao trabalhador. A subordinação por sua vez é a característica mais relevante da relação de emprego e, como vimos, é a que a diferencia das demais relações de trabalho que não são tuteladas pelo Direito do Trabalho. Porém viu-se que a relação de emprego também é caracterizada por sua natureza jurídica contratual e que esse contrato de emprego tem por objeto uma obrigação de fazer prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosidade, de modo subordinado e com pessoalidade, elementos esses que, junto com a subordinação também compõe a relação de emprego.

Focamos a organização do trabalho da era industrial caracterizada pelo modelo de Taylor e Ford que se baseava na separação entre aquele que executava

e aquele que planejava o trabalho. Para Taylor a organização deveria ser projetada cientificamente e poderia resolver tanto a exigência dos empregadores como a dos empregados, conciliando altos salários e baixo custo de mão-de-obra. Acreditava que assim os homens tornavam-se mais eficientes e como consequência mais felizes e mais prósperos. Para Taylor todo o problema, seja de natureza pessoal ou social, poderia ser resolvido com organização e tecnologia. Ali vimos surgir as linhas de montagem, onde se sobressai o processo de divisão e especialização de tarefas na produção e o fim último não é mais o produto final, mas sim uma tarefa específica cuja a soma destas compõe o produto final. Vimos que com o modo de produção capitalista surge então a relação de emprego que passa a ser a espécie de trabalho sobre a qual incidirá a proteção juslaboralista.

Após, com a sociedade pós-industrial caracterizada pelo surgimento da informática, da eletrônica, da difusão veloz das informações e marcada pela recessão de 1973 e o surgimento do processo de produção em massa toyotista que caracteriza-se por ser um modo de produção flexível onde torna-se instável a inserção do trabalhador no processo produtivo, pois visando ao máximo a redução de custos, há a contratação de um corpo mínimo de trabalhadores polivalentes com certa estabilidade, e nos períodos de grande demanda há tomada de certas atitudes para não aumentar o corpo desses trabalhadores estáveis, como por exemplo, aumento de horas extras, contratação de trabalhadores temporários, terceirização de setores etc. Há nesse momento uma desproletarização do trabalho industrial fabril. Assim, vimos que surgem novas relações de trabalho, caracterizadas pela flexibilização e que não tem mais como característica primeira a subordinação do trabalhador como é o caso do teletrabalho, do trabalhador terceirizado e do trabalhador autônomo, sendo assim notamos que a proteção exclusiva do Direito do Trabalho dada a relação de emprego encontra-se em crise devendo ser ampliada para essas novas relações de trabalho que surgem. Para essa ampliação e renovação da teoria geral do Direito do Trabalho sugerimos a ideia da condição vulnerável que se apresenta o trabalhador.

Começamos a abordar a teoria da vulnerabilidade pelo princípio da igualdade mostrando que ambos os institutos estão ligados pelo pensamento de direito a diferença, uma vez que a tendência do direito atual é identificar a diferença e respeitá-la. Trata-se de uma nova igualdade, como vimos, a igualdade dos desiguais. A ideia de igualdade de isonomia perante a lei dá lugar a igualdade no

sentido de reconhecer as diferenças e manter a diversidade de opções e visões de mundo. Cabe aqui citar que Claudia Lima Marques diz que hoje a igualdade se define por uma proteção sistemática e eficaz dos vulneráveis que acaba por formar um instrumental de normas compensatórias e de proteção. A partir da ideia de vulnerabilidade do trabalhador buscamos explicar que o trabalhador das mais diversas relações de trabalho é vulnerável, pois apresenta uma fragilidade, um desequilíbrio diante do tomador de serviço e deve também receber proteção laboral pelo Direito do Trabalho. Vimos que tais vulnerabilidades podem ser do tipo negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional. A vulnerabilidade pode se apresentar em maior ou menor grau, podendo haver variações também entre seus tipos. Um trabalhador com alta qualificação pode apresentar menor vulnerabilidade negocial, como vimos, mas continua apresentando as demais vulnerabilidades como a econômica, por exemplo. Pôde-se analisar que, segundo a análise relacional da vulnerabilidade, seria possível então graduar a incidência protetiva conforme as vulnerabilidades se acentuem ou se atenuem, de forma a minimizar eventuais distorções causadas pelo Direito do Trabalho em sua concepção clássica. Há também a hipervulnerabilidade, a vulnerabilidade agravada, que até já foi foco do Direito do Trabalho como no art.10, II, b do ADCT (estabilidade da gestante).

Diante de todo o exposto, a análise feita neste trabalho permitiu que notássemos que realmente a relação de emprego que ainda é norte para a tutela protetiva do Direito do Trabalho, com todos seus elementos e características, está em crise. Analisando a teoria da vulnerabilidade notamos que ali está uma via de acesso a resolver esse impasse da relação de emprego, uma vez que sendo adotada tal teoria daria relevância as vulnerabilidades presentes em cada relação de trabalho, presentes em cada trabalhador no caso concreto e sendo assim evitaria um julgamento baseado em uma fórmula única, a relação de emprego, e, mesmo dentro da relação de emprego, pesaria o direito hoje destinado de forma igualitária ao mais e menos vulnerável. Consideramos que, acima de tudo, ainda o que deve ser relevante é a proteção ao trabalhador fragilizado de algum modo nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** 12. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da Vontade no Direito do Trabalho:** do chão da fábrica ao serviço público. 2011. 120 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1.

CUCHE, Paul apud LACERDA, Dorval de. **A Renúncia no Direito do Trabalho.** 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1944.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: LTR, 2013.

DE MASI, Domenico. **O Futuro do Trabalho.** Brasília: Unb, 1999.

- DORNELES, Leandro. **A Transformação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.
- DORNELES, Leandro. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012.
- JUNIOR, Cesarino. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Livraria Martins, 1943.
- LACERDA, Dorval de. **A Renúncia no Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1944.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MANNRICH, Nelson. **Autonomia, Parassubordinação e Subordinação: os Diversos Níveis de Proteção do Trabalhador e do Teletrabalhador**. Em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Acessado em: 20 maio de 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTR, 2013.
- OLIVEIRA, Laura Machado de. **Pejotização e a precarização das relações de emprego**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/23588/pejotizacao-e-a-precarizacao-das-relacoes-de-emprego>>. Acesso em: 18 maio de 2015.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A (Re)Signação do Critério da Dependência Econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. 2011. 264 f. (Tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2011.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1984.
- ROMITA, Arion Sayão. **A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados**. Revista LTr, São Paulo, vol. 68, nº. 11. nov/2004. p. 1287-1298.

SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALLE, Fernanda Dalla. A Sociedade Moderna e a Tecnologia à Luz do Direito do Trabalho. Em FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (orgs.). **Direito e tecnologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005.