

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Patrícia Rebouças Franceschet

O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Possibilidades concretas para a adequada inclusão das diferentes morfologias do trabalho pela
via legislativa

Brasília

2011

Patrícia Rebouças Franceschet

O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Possibilidades concretas para a adequada inclusão das diferentes morfologias do trabalho pela
via legislativa

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Gabriela Neves Delgado.

Brasília

2011

Patrícia Rebouças Franceschet

O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Possibilidades concretas para a adequada inclusão das diferentes morfologias do trabalho pela
via legislativa

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta por:

Gabriela Neves Delgado

Prof^a. Dr^a. e Orientadora

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Prof. Dr. e Examinador

Noemia Aparecida Garcia Porto

Prof^a. Msc. e Examinadora

Carlos Alberto Reis de Paula

Prof. Dr. e Examinador

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais, Isis e José Roberto, para quem a distância física não prejudica as diuturnas manifestações de amor e incentivo incondicionais, que sempre me moveram a desenvolver minhas potencialidades e a perseguir a concretização dos meus sonhos.

Ao meu irmão, Marcelo, que tanto me alegra com sua presença.

Ao Gustavo Naves, cujo companheirismo torna a jornada tão mais afável.

À minha orientadora, Professora Gabriela, que com entusiasmo e ternura me ensinou que a pesquisa deve revelar uma mensagem de otimismo para a comunidade acadêmica.

Aos amigos que gentilmente se dispuseram a contribuir para o aprimoramento da presente pesquisa, a quem dedico meus sinceros agradecimentos: Juliana Radicchi, Bruno Trindade, Marina Perin, Érica Boraschi, Hugo Cavaguti, Milene Cristina Santos e Aline Lisboa.

Aos colegas que cursaram a disciplina “Direito Material e Processual do Trabalho” no 1º semestre de 2011, no programa de pós-graduação, cujo elevado nível de debates tanto contribuiu para o meu amadurecimento acadêmico.

À Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, cuja experiência de trabalho me fez despertar para a elaboração normativa enquanto processo vivo de criação do Direito.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a Deus e Nossa Senhora, que tantas graças me concederam e sem os quais nada disso seria possível.

É com saudade que me despeço da graduação em Direito pela Universidade de Brasília, cuja vivência me proporcionou engrandecimento acadêmico, desenvolvimento pessoal e o nascimento de paixões, dentre as quais, a pelo Direito do Trabalho.

É com a sensação de ter dedicado o melhor de mim que concluo essa etapa da minha vida e que sigo em frente, na ânsia por alçar novos e mais elevados vãos.

RESUMO

O Direito do Trabalho funda-se no princípio da proteção à pessoa trabalhadora. A complexidade social implica o polimorfismo do trabalho. Diante desse cenário plural, o Direito do Trabalho deve expandir suas fronteiras para promover a inclusão social da totalidade dos trabalhadores, como impõe a Constituição de 1988. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, é recomendável a edição de normas jurídicas que adaptem os direitos fundamentais trabalhistas de indisponibilidade absoluta às especificidades de cada tipo de trabalho, para operacionalizar sua efetivação. A presente pesquisa apresenta algumas propostas legislativas que observam as peculiaridades de algumas formas de trabalho em sentido amplo para assegurar-lhes exercício em condições de dignidade. Essas alternativas devem inspirar iniciativas semelhantes para concretizar o amplo espectro de proteção do Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: princípio protetor; dignidade da pessoa humana; polimorfismo do trabalho; expansionismo do Direito do Trabalho; inclusão social; trabalhadores em sentido amplo; Constituição de 1988; Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais de indisponibilidade absoluta; efetivação; especificidades; propostas legislativas.

ABSTRACT

Labour Law is founded on the protective principle for working people. Social complexity leads to work's polymorphism. In face of this plural scenario, Labor Law should expand its borders to promote social inclusion of all workers, as required by the Constitution of 1988. Under the paradigm of the Democratic State of Law, it is recommended the edition of legal norms to adapt the absolutely unavailable fundamental labor rights to the specificities of each type of work, to operationalize its effectiveness. The present research shows some legislative proposals that observe the peculiarities of some types of broad sense work to ensure that they are performed under dignified conditions. These alternatives should inspire similar initiatives to achieve Labor Law's broad-spectrum of protection.

KEY WORDS: protective principle; human dignity; polymorphism of work; Labor Law's expansionism; social including; broad sense workers; Constitution of 1988; Democratic State of Law; absolutely unavailable fundamental rights; effectiveness; specificities; legislative proposals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	3
1. Efetividade do Direito do Trabalho nas relações de emprego no Brasil	5
2. Ampliação do conceito de relação de emprego por meio do alargamento do conceito de subordinação jurídica	9
2.1 Subordinação clássica.....	16
2.2. Subordinação objetiva	18
2.2.1. Parassubordinação: via de inclusão ou de fuga do Direito do Trabalho?	22
2.3. Subordinação estrutural	26
2.4. Subordinação estrutural-reticular	28
2.5. Subordinação integrativa	31
3. A extensão do Direito do Trabalho para as relações de trabalho em sentido amplo pela via legislativa	33
CAPÍTULO II - ATUAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA TRABALHISTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	36
1. Breve histórico legislativo trabalhista no Brasil: avanços e retrocessos	36
2. Tipos de interferência legislativa na extensão de direitos trabalhistas.....	47
2.1. Ampliação de direitos empregatícios por expressa determinação legal.....	47
2.2. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho	48
2.3. Limitação legal aos direitos empregatícios.....	51
3. O fundamento democrático de direito da Constituição Federal de 1988: abertura para a extensão de direitos fundamentais trabalhistas	53
CAPÍTULO III - EXTENSÃO DO DIREITO DO TRABALHO PARA RELAÇÕES DE TRABALHO <i>LATO SENSU</i> , NO BRASIL, PELA VIA LEGISLATIVA	62
1. “A Constituição Federal de 1988 enquanto base de unidade e expressão de diversidade das relações de trabalho no Brasil”	64
2. Limites para a extensão de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores em sentido amplo no Brasil	68
2.1. Os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta	72
3. Função legislativa dirigida a concretizar a ampliação da proteção do Direito do Trabalho	74
3.1. Propostas da doutrina brasileira para operacionalizar a expansão do Direito do Trabalho para os trabalhadores em sentido amplo no Brasil	77
3.1.1. Proposta de política pública para os trabalhadores eventuais	82

3.1.2. Proposta legislativa de criação de contribuição sociotrabalhista para trabalhadores sem vínculo empregatício.....	83
4. Análise de Projetos de Lei que adequam direitos fundamentais trabalhistas a algumas morfologias específicas de trabalho sem vínculo empregatício	87
4.1. Projetos de Lei destinados a proteger os trabalhadores autônomos hipossuficientes	89
4.1.1. Músicos: repouso, alimentação e remuneração	89
4.1.2. Artesãos: identificação, saúde e segurança.....	90
4.2. Projeto de Lei para proteger o trabalhador autônomo autossuficiente.....	95
4.2.1. Advogados: férias.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

As palavras proferidas pela Professora GABRIELA NEVES DELGADO no lançamento da obra coletiva “*Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*”¹, muito me inspiraram a optar por dedicar-me ao estudo do Direito do Trabalho. Naquela ocasião, ela disse que, após o nome, é o trabalho que identifica socialmente o indivíduo.

O próprio título da obra expressa duas das funções primordiais da proteção jurídico-trabalhista: a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a promoção da inclusão social por meio do trabalho.

O Direito do Trabalho fascina especialmente por assumir como premissa básica a proteção da pessoa trabalhadora, enquanto destinatária de direitos de indisponibilidade absoluta.

A complexidade social implica o polimorfismo do trabalho. Sob o paradigma democrático de direito, o Direito do Trabalho é instado a renovar-se em suas diretrizes para não falhar na sua missão de proteger o trabalhador. O estandarte protetivo do Direito do Trabalho não admite que a proteção para alguns conviva com a desproteção para outros tantos trabalhadores. O Direito do Trabalho deve reconhecer que todos os trabalhos têm direitos. Deve, portanto, estar sempre alerta para concretizar sua vocação universalizante por meio da inclusão, sob os contornos jurídicos adequados, das novas e renovadas formas de trabalho que emergirem.

Diante desse cenário, a presente pesquisa analisa, no primeiro capítulo, três vias de expansionismo do Direito do Trabalho. A primeira via consiste na efetivação da tutela jurídica trabalhista por meio da formalização das relações de emprego existentes. A segunda via refere-se ao esforço hermenêutico de elasticamento das fronteiras da relação de emprego, sobretudo por meio da ampliação do conceito de subordinação jurídica. A terceira via trata da extensão da proteção do Direito do Trabalho para as relações de trabalho *lato sensu*, sendo recomendável a interferência legislativa.

O segundo capítulo trata da atuação legislativa em matéria trabalhista. Primeiramente, realiza-se um levantamento histórico das normas e propostas legislativas concebidas em matéria trabalhista no Brasil. Ato contínuo, são estudados os tipos de

¹ *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010. Seminário de lançamento ocorrido em 19/08/2010, no Auditório Joaquim Nabuco, na Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília.

interferência legislativa na abrangência da tutela trabalhista no presente. Em seguida, parte-se do fundamento democrático de direito da Constituição Federal de 1988, para reconhecer abertura para a extensão de direitos fundamentais de proteção do trabalho no país.

O amplo espectro de proteção jurídico trabalhista, constitucionalmente assentado, é suficiente para a aplicação imediata, pela via interpretativa, do estuário protetivo do Direito do Trabalho aos trabalhadores não empregados. Isso, todavia, não se verifica na prática judiciária trabalhista. Desse modo, *é recomendável a interferência legislativa tanto para concretizar, na esfera infralegal, a universalidade dos direitos fundamentais trabalhistas a todo e qualquer trabalhador; quanto para adequar disciplina legal que respeite as peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho.*

O último capítulo, por fim, se dedica a estudar alternativas legislativas para concretizar a extensão do Direito do Trabalho para as relações de trabalho *lato sensu*. Parte-se da Constituição de 1988 como matriz de amplo espectro de proteção jurídico trabalhista, para incluir as diversas formas de trabalho não empregatícias sob a proteção universal do Direito do Trabalho. Primeiro deve se identificar um estuário mínimo comum de direitos absolutamente indisponíveis que devem ser assegurados à totalidade de trabalhadores. A interferência legislativa também deve servir para adequar os direitos fundamentais trabalhistas às especificidades de cada forma de trabalho em sentido amplo, de modo a favorecer a sua concretização. Assim, são analisadas propostas legislativas concebidas pela doutrina para operacionalizar a efetivação dos direitos fundamentais do trabalho em patamar universal, além de iniciativa apresentadas ao Congresso Nacional para conferir tutela jurídica adequada às especificidades de algumas morfologias de trabalho não empregado.

A presente pesquisa pretende, assim, demonstrar que é possível estender os direitos fundamentais trabalhistas para a totalidade de trabalhadores – não só para os empregados. Nessa cruzada, as alternativas ora apresentadas devem inspirar a efetivação do amplo espectro de proteção do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO I

O EXPANSIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

*“Não fique indiferente,
A vida não é um espetáculo.
Pois o homem que grita,
Não é um urso que dança...”²*

Aimé Césaire

O centro da realidade social e econômica capitalista é o trabalho, sobretudo na sua forma regulada, o emprego. O trabalho é o instrumento mais relevante “de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social e econômica”³.

A década de 1990, no entanto, foi fortemente marcada, no Brasil, pela desregulamentação dos direitos sociais e pela flexibilização trabalhista⁴.

ANTONIO BAYLOS discorre sobre a gênese histórica de tal fenômeno.

A maneira como estas estruturas se combinam, em cada momento histórico e em cada sistema jurídico, reflete a parte da realidade social regulada e o sentido de cada regulação normativa. No limiar dos anos 90, há uma combinação especial que caracteriza a problemática do Direito do Trabalho, ou seja, o modo como situam-se os diversos elementos que foram progressivamente decantados ao longo do processo de desenvolvimento teórico. Nesse momento histórico, assim como no passado, cabe redimensionar os limites e os critérios de regulação do trabalho produtivo.⁵

No ano de 1996, 70% da população ocupada do mercado de trabalho brasileiro não possuía vínculo empregatício. Os reflexos dessa política se estenderam para a década seguinte. Em 2001, apenas pouco menos de um terço da população economicamente ativa

² Palavras finais do filme *Um Homem que Grita (Um Homme Qui Crie)*. França, Bélgica, Chade – 2010. Diretor: Mahmat- Saleh Haroun (92min). Vencedor do Prêmio do Júri em Cannes, 2010.

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2008, p. 29. Esse caráter de revelação social da identidade do sujeito trabalhador por meio do seu ofício é demonstrada no filme *Taxi Driver* (EUA – 1976; Diretor: Martin Scorsese, 113min), na fala de Wizard (representado por Peter Boyle), taxista colega do protagonista Travis Bickle (interpretado por Robert De Niro): “You get a job. You become the job.”

⁴ ARNALDO SÜSSEKIND acentua a diferença entre desregulamentação e flexibilização trabalhista: “[...] a desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade”. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délcio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*, 19ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, v. I, p. 209 – 210.

⁵ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*. Trad.: BENITES, Flávio; SCHULTZ, Cristina. São Paulo: LTr, 1999, p. 104.

ocupada do Brasil era constituída por trabalhadores formalmente empregados⁶. Em 2010, apenas 49% da população ocupada estava empregada com carteira assinada no setor privado. Ao revés, 18,4% eram trabalhadores por conta própria e 12,1%, trabalhadores empregados sem carteira de trabalho assinada⁷.

Assim, em face da fragmentação do mercado de trabalho, com a perda da centralidade da relação empregatícia diante do polimorfismo do trabalho⁸, a maior parcela dos sujeitos-trabalhadores brasileiros encontra-se desamparada.

MAURÍCIO GODINHO DELGADO atribui quatro causas para essa precarização do trabalho e do emprego no Brasil: as inovações tecnológicas; a reestruturação empresarial; a acentuação da concorrência capitalista e a matriz intelectual desconstrutivista do primado do trabalho e do emprego⁹.

Nesse sentido, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO percebe que a relação trabalho-salário, em vez de propiciar a inclusão generalizante no sistema de proteção do Direito do Trabalho, resulta excludente.

O que se nota, portanto, é que a relação trabalho-salário não mais constitui o ponto de referência para um processo de inclusão que signifique a generalização de direitos, ao contrário, é fonte de exclusões de pessoas que dependem do trabalho. Observando a versão contemporânea do capitalismo, e mais precisamente as exclusões que

⁶ Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Pnad/IBGE: 2001, *apud* DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*. São Paulo: vol. 70, nº 6, jun. 2006, p. 664.

⁷ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Mensal de Emprego. Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre (2003-2010). p. 73, 91 e 104. Adota-se a seguinte classificação: “pessoa que trabalha para um empregador (pessoa física ou jurídica), geralmente obrigando-se ao cumprimento de uma jornada de trabalho e recebendo em contrapartida uma remuneração em dinheiro, mercadorias, produtos ou benefícios (moradia, comida, roupas, treinamento etc.).” (*idem*, p. 211). Para fins estatísticos, o IBGE inclui na categoria “empregado” a pessoa que presta serviço militar obrigatório, o clérigo (sacerdote, ministro de igreja, pastor, rabino, frade, freira e outros) e, também, o aprendiz ou estagiário que recebe somente aprendizado ou treinamento como pagamento. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf>. Acesso em 28/06/2011.

⁸ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília: 2010. p. 137.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 36 - 57. Particularmente em relação ao último quesito, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR indigna-se com os discursos que reforçam a precarização das relações de trabalho: “[...] ampliando-se a lógica da perversão da realidade, é até provável que se venha a dizer que os verdadeiros culpados pela situação foram os próprios trabalhadores que aceitaram trabalhar nas condições que lhe foram oferecidas. Se não tivessem aceitado, nenhum problema teria ocorrido... Aliás, o maior atrevimento dessas pessoas foi o de terem nascido. Agora que se virem com o álcool!” MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização e a Lógica do Mal. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 49.

possibilita em face da paralisação da integração social, políticas concentradas apenas nas promessas advindas da expansão econômica não são capazes de efetivamente promover a colocação de pessoas em situação de emprego protegido. Na mesma esteira, o desenho fragmentado dos centros urbanos contemporâneos é reflexo de uma dispersão própria de uma economia que se desenvolve cada vez mais dissociada da ideia e da proposta de criação de postos de emprego. Além disso, a marginalidade social e avançada não é um fenômeno independente, isto é, que possa ser adequadamente compreendido sem os influxos decorrentes não apenas do sistema da economia, mas sobretudo das metamorfoses do mundo do trabalho.¹⁰ [Grifou-se]

O manto protetor trabalhista resta, assim, insuficiente para tutelar as novas figuras de trabalho ou mesmo a relação de emprego reinventada. Daí ser imprescindível analisar o expansionismo do Direito do Trabalho, com o fito de readequá-lo à sua função teleológica e à diretriz constitucional do primado do trabalho como base da nova ordem social que se revela (art. 193 da Constituição de 1988).

Com esse intuito, faz-se necessário, primeiramente, conferir efetividade para as relações de emprego já existentes, por meio de sua formalização; conceber conceito de subordinação mais abrangente e, conseqüentemente, ampliar a esfera protetora da relação de emprego; e, por fim, expandir, legislativamente, direitos trabalhistas para os trabalhadores sem vínculo empregatício. Essas medidas, com efeito, não podem ocorrer isoladamente, mas devem ser adotadas de maneira conjunta e harmônica, de modo a potencializar o alcance do maior e do melhor resultado para compatibilizar a extensão do Direito do Trabalho no Brasil e a dinâmica com que o trabalho se desenvolve no país.

Portanto, para a efetivação do amplo espectro de proteção trabalhista consubstanciado na Constituição de 1988, impõe-se a concretização da vocação expansionista do Direito do Trabalho.

1. Efetividade do Direito do Trabalho nas relações de emprego no Brasil

A identificação profissional é um direito trabalhista absolutamente indisponível assegurado aos trabalhadores empregados e por conta própria, pelo art. 13 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

Segundo GABRIELA NEVES DELGADO, é a identificação formal dos trabalhadores perante o Estado que lhes inclui na estrutura oficial de produção econômica.

¹⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, op. cit., p. 22.

No Brasil, a identidade social dos empregados é formalizada pela assinatura da CTPS, o que significa que o desrespeito a este preceito constitucional de indisponibilidade absoluta, além de colocar o trabalhador à margem da lei, gera insegurança, fazendo-o sentir-se excluído da sociedade em que vive e labora.¹¹

Ora, pouco adianta todo o arcabouço de proteção trabalhista se o trabalhador encontrar-se oculto na informalidade, à margem do manto protetor do Direito do Trabalho. Por isso, a efetividade da tutela juslaboral deve ser perseguida nas relações de emprego.

Por efetividade da proteção trabalhista, MAURÍCIO GODINHO DELGADO entende *a ampliação, continuidade e aprofundamento da política pública de formalização do trabalho, com vista à inclusão trabalhista*¹². Trata-se, assim, de assegurar a eficácia dos direitos sociais, o que ocorre tanto por meio do estímulo à criação de novos postos de trabalho com carteira assinada, como pelo exercício do trabalho com garantia a um patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas.

De 2003 a 2010, a informalidade foi reduzida em 7,6 pontos percentuais¹³. Em relação ao número de empregos formais, dados da Relação Anual de Informações Sociais de 2008 - RAIS 2008, do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, demonstram o tímido aumento de 2,07% no decênio de 1989 a 1999. Posteriormente, houve variação positiva de 14,8%, até 2002. No curto período dos 6 anos seguintes, registrou-se crescimento acelerado de mais de 37,5% no número de empregos formais¹⁴. O desenvolvimento dessa política pública no Brasil representa numericamente a criação de 15 milhões de empregos formais no período compreendido de 2003 a 2010¹⁵.

MARCELLA PAGANI, com efeito, adverte que a geração de empregos não é função intrínseca do Direito do Trabalho, mas, sim, a proteção às relações de trabalho para promover justiça social. Nas palavras da autora:

¹¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 227.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito do trabalho. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 25. [Grifou-se]

¹³ “A participação média dos *empregados sem carteira de trabalho assinada no setor privado* no total de ocupados caiu de 15,5% em 2003 para 12,1% em 2010. O contingente de empregados sem carteira de trabalho assinada diminuiu em 220 mil pessoas nesses 8 anos.” MPOG – IBGE. Pesquisa Mensal de Emprego. Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa (2003-2010), *op. cit.*, p. 91. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf>. Acesso em 28/06/2011.

¹⁴ Ministério do Trabalho e Emprego – RAIS 2008 – Resultados Definitivos. *Características de emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – 2008 – RAIS 2008*. Disponível em <<http://www.mte.gov.br/PDET/index.asp>>. Acesso em 23/11/2010.

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Destaques: ações e programas do Governo Federal*. Brasília, nov/dez 2010, p. 69.

A função teleológica do Direito do Trabalho é a busca por melhores condições de trabalho visando à realização da justiça social [...] de modo que não é sua função intrínseca a geração de empregos, mas, sim, a tutela das relações de trabalho visando, ao menos, a garantia do patamar civilizatório mínimo do trabalhador.¹⁶

A necessidade de formalização dos empregos no Brasil relaciona-se com os princípios constitucionais do pleno emprego (art. 170, inciso VIII da Constituição de 1988) e da proteção contra os efeitos da automação (art. 7º, inciso XXVII da Constituição de 1988). Nesse sentido, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO elucida que deve ser ofertado trabalho protegido, em condições de dignidade:

As reflexões sobre a garantia constitucional do pleno emprego precisam se vincular às demandas advindas das relações precárias ou rompidas com o mundo assalariado. A plenitude não deve significar, de forma simplificada, apenas a disponibilidade quantitativa de ocupações para pessoas que vivem do trabalho, mas, sim, a oferta de trabalho protegido num contexto de dignidade, e também a construção de alternativas de inclusão àqueles que, embora trabalhadores, não se filiam ao sistema de emprego.¹⁷

É dever do Estado atuar proativamente para concretizar os ditames constitucionais do primado do trabalho como base da ordem social e, mais, do direito fundamental à dignidade da pessoa humana aplicado ao trabalho. Para isso, contudo, não é suficiente a ampliação quantitativa de empregos formais. A inclusão cidadã do trabalhador também exige que se assegure a qualidade na prestação dos serviços. É o que evoca OTAVIO PINTO E SILVA:

O combate à exclusão social precisa ser visto como uma tarefa primordial de atuação estatal, como forma de garantir aos trabalhadores o direito de cidadania. [...]

Não se trata simplesmente de criar postos de trabalho, uma vez que estes precisam ser de qualidade aceitável. Não cabe dissociar a quantidade dos empregos de sua qualidade [...].

Os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho proporcionam as regras básicas para o desenvolvimento, de forma que a promoção do emprego é um modo de associar a produção econômica a um nível de vida aceitável.

A proteção social garante a seguridade e a cidadania dos seres humanos, enquanto o diálogo social conecta a produção com a distribuição e garante a participação no desenvolvimento.¹⁸

Nesse particular, a Organização Internacional do Trabalho - OIT¹⁹ inclui no conceito de trabalho informal a situação em que “os empregados, apesar de exercerem [suas

¹⁶ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*. Belo Horizonte: BookJvris, 2011, p. 150 – 151.

¹⁷ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁸ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 194.

¹⁹ Para o aprofundamento acerca dos princípios internacionais destinados a assegurar dignidade na relação de trabalho, vide GABRIELA NEVES DELGADO. *Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito*

atividades] de forma regular, não se beneficiam de proteção social, garantias de segurança e dos correspondentes direitos de representação ante o Estado”²⁰. Impõe-se, portanto, a adoção de medidas para concretizar os direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados, evitando, assim, a precarização do trabalho humano.

Números do PNAD dão notícia de que o aumento do trabalho formal propicia retribuição financeira mais elevada. Entre 2003 e 2009, o percentual da população ocupada com carteira assinada passou de 54,9% a 59,9% (variação de 9%). Essa elevação impulsionou o valor do rendimento médio real dos trabalhadores, que foi de R\$ 888 para R\$ 1.111, no mesmo período (variação de 25%)²¹.

As repercussões da política de inclusão trabalhista não se restringem à esfera juslaboral. Seus reflexos também incidem no número de contribuintes da Previdência Social. Segundo dados do Censo Demográfico realizado pelo IBGE no ano 2000, são reduzidas as taxas de contribuição previdenciária entre os trabalhadores por conta própria (apenas 13,9%)²² e empregados sem carteira assinada (somente 9,4%)²³. A intensificação da política de inclusão trabalhista fez o percentual de contribuintes previdenciários passar de 46,3% da população ocupada, em 2003, para 54,1%, em 2009 (variação de 7%)²⁴.

Em síntese, GABRIELA NEVES DELGADO assevera que “Não revelar a relação de emprego em sua formalização legal expressa, em outra medida, o arbítrio da força sobre o Direito, o trabalho sem cidadania.”²⁵

Em face dos referidos diagnósticos e considerando a *relação de causalidade que o ramo jurídico trabalhista possui com a inserção social do indivíduo, é que se conclui pela*

Previdenciário. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 451 - 463.

²⁰ GUIMARÃES, Cristina Borges. “Informalidade na AL”. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 11/6/02, Caderno A, p. 14 *apud* DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno, op. cit.*, p. 200.

²¹ Quer na esfera internacional, quer em âmbito doméstico, a inclusão trabalhista possui estreita relação com a inclusão econômico social do trabalhador, por meio da distribuição de renda no capitalismo. Análise exterior às fronteiras nacionais, demonstra que a maior parte da população economicamente ativa – PEA dos países desenvolvidos encontra-se formalmente empregada. Já a informalidade atinge patamares mais elevados nos países em desenvolvimento. Dados da OIT revelam que o percentual de empregados que compõem a PEA da Noruega, da Suécia e da Dinamarca é, respectivamente, 92,5%, 90,4% e 91,2%. Já na Tailândia, em Bangladesh e na Etiópia, esses números decaem brutalmente: correspondem a 40,5%, 12,6% e 8,2%, respectivamente. (OIT. *La relación de trabajo – Conferencia internacional Del trabajo*. 95ª Reunião. Genebra: OIT, 2006, p. 1, 3, 5 – 7, 74 e 80 – 88 *apud* PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: Uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 31, nota nº 4).

²² IBGE – Censo 2000 *apud* DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno, op. cit.*, p. 228.

²³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno, op. cit.*, p. 226.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Destakes: ações e programas do Governo Federal*. Brasília, nov/dez 2010, p. 70.

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno, op. cit.*, p. 227.

premência de ampliar, continuar e aprofundar políticas públicas de formalização trabalhista como instrumento para conferir efetividade ao Direito do Trabalho.

Ocorre que a inclusão trabalhista por meio da formalização de empregos e da criação de novos postos de trabalho protegidos, isoladamente, opera efeitos benéficos para os trabalhadores empregados no setor privado que tiverem anotação na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS. A adoção exclusiva dessa medida não repercute sobre as novas formas de trabalho subordinado estranhas à definição clássica de subordinação²⁶. Para isso, com efeito, a essa política de formalização trabalhista deve se aliar ao esforço hermenêutico de ampliar o conceito desse pressuposto da relação de emprego.

2. Ampliação do conceito de relação de emprego por meio do alargamento do conceito de subordinação jurídica

Conforme magistério de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, relação de trabalho é toda aquela cuja obrigação de fazer, consubstanciada no contrato de trabalho, é o trabalho humano legalmente admitido²⁷. A prestação de trabalho exige, assim, dispêndio de energia (física ou intelectual) por parte do ser humano, com vista a resultado útil.

A relação de trabalho é gênero, cujas espécies são a relação de emprego, o trabalho autônomo, avulso, eventual, estágio, cooperado, voluntário, entre outros.

A fim de ilustrar a atual dinâmica trabalhista, PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA convida o leitor a imaginar uma pirâmide invertida, em que o plano superior representa todo o Direito do Trabalho, e a ponta inferior, a subordinação²⁸. O trabalho subordinado é, assim, apenas uma das tantas formas de trabalho possíveis²⁹.

Nessa esteira, MAURÍCIO GODINHO DELGADO conceitua como relações de trabalho *lato sensu* aquelas “figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta”³⁰.

²⁶ “A tutela dos trabalhadores fora da relação de emprego é ineficaz. O mercado informal, por sua vez, desenvolve-se em cenário dramático.” BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 221.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010, p. 265 - 266.

²⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 511.

²⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 45.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 301.

No ordenamento jurídico pátrio, as relações de trabalho *lato sensu* podem decorrer de excludente legal absoluta de vínculo empregatício, presunção relativa de inexistência de vínculo empregatício ou de ausência de elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

Há excludente legal absoluta de vínculo empregatício³¹, no Brasil, por força do art. 39, *caput*, da Constituição Federal de 1988, para os servidores legalmente investidos em cargos públicos³². Estes possuem vínculo administrativo – não empregatício – com órgãos da Administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, em todas as esferas federativas³³.

Já as relações de trabalho com presunção relativa de inexistência de vínculo empregatício, de que são exemplos o estágio³⁴ e o cooperativismo³⁵, diferem da excludente legal absoluta, porque podem ser elididas por prova em sentido contrário.

³¹ *Idem*, p. 300.

³² No bojo da ADI 3.359/DF, ajuizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, o STF realizou interpretação conforme a Constituição para excluir outra interpretação que não a de que o disposto no art. 114, I, da Constituição Federal, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-administrativa. A ementa da decisão possui o seguinte teor: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.”

³³ No âmbito da União, os servidores públicos civis são regidos pela Lei nº 8.112/1990, que estabelece os respectivos regime jurídico único e planos de carreira. Diferentemente do que se dá nas relações de emprego, o vínculo jurídico dos servidores públicos é de natureza administrativa, haja vista ser firmado com entidades estatais de direito público. Daí decorre a incompatibilidade da disciplina jurídica empregatícia, que rege a relação contratual de natureza privada, com o vínculo de trabalho firmado com a Administração pública. Ressalte-se que não se está aqui a tratar dos empregados de pessoas jurídicas de direito privado que ingressam por meio de concurso público. Estes são empregados – não servidores – públicos e, como tais, regidos pela legislação trabalhista comum. É dizer, a natureza pública da relação é constitucionalmente privilegiada em detrimento de prestação de trabalho humano em favor de outrem com todos os elementos fático-jurídicos configuradores da relação de emprego. Resulta, assim, na negativa jurídica da condição de empregados aos servidores que mantêm vínculo administrativo com entes públicos. (*Idem*, p. 301).

³⁴ O tipo legal de trabalho não empregado que mais se aproxima da relação jurídica empregatícia é o estágio, sobretudo o remunerado (em que se faz presente a onerosidade do vínculo). Acerca das razões metajurídicas que impulsionam essa relação trabalhista-educacional, ensina MAURÍCIO GODINHO DELGADO: “Esse vínculo jurídico foi pensado e regulado para favorecer o aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, partícipe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação – e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo –, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justralhistas a essa relação de trabalho *lato sensu*.” *Idem*, p. 303. Recentemente a nova Lei do Estágio (nº 11.788/2008) alterou substancialmente a disciplina jurídica desse tipo legal específico de trabalho, constante do diploma predecessor (Lei nº 6.494/1977). Não obstante ainda predomine o objetivo educacional do pacto (aspecto que foi realçado), seu caráter laboral e alguns direitos a ele inerentes também foram valorizados. Como se trata de mera presunção legal em favor do estágio, eventual frustração de seus objetivos educacionais implica reconhecimento de vínculo empregatício.

³⁵ Outra relação jurídico-trabalhista que imprime aparente semelhança com a empregatícia – mas com ela não se confunde – é a que se passa com os prestadores de serviços de cooperativas de mão de obra, cuja relação se pauta pelos princípios da dupla qualidade e o da retribuição pessoal diferenciada (*Idem*, p. 300). Aqui também

A ausência de elementos fático-jurídicos da relação de emprego³⁶, por fim, é típica do trabalho autônomo, eventual, avulso e voluntário.

Na doutrina espanhola, MANUEL ALONSO OLEA e MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE definem “trabalho por conta alheia” em função da propriedade do *resultado* do ciclo produtivo³⁷, conceituando-o como aquele em que o trabalhador é quem detém a propriedade sobre os frutos de seu trabalho. Nas palavras dos juslaboristas, “el Derecho del Trabajo toma como base [...] una realidad social en la cual los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo.”³⁸

Para a figura trabalhista específica de relação de emprego, MAURÍCIO GODINHO DELGADO identifica cinco elementos fático-jurídicos³⁹ caracterizadores do tipo jurídico destacado: exercício do trabalho por pessoa física; pessoalidade; não eventualidade; onerosidade e subordinação jurídica⁴⁰.

O trabalho tem de ser exercido por pessoa física, porque é sobre ela que recaem os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, quais sejam: vida, saúde, integridade, bem-estar, lazer, entre outros⁴¹. Isso porque o serviço não é simplesmente a obrigação a ser realizada pela pessoa física – empregado – figurante no contrato de trabalho. O trabalho não é mercadoria⁴², mas atividade intrínseca à condição humana, constituindo elemento essencial para a construção da identidade individual do trabalhador.

não há que se falar em excludente legal absoluta de relação de emprego. A despeito de a letra do art. 442, parágrafo único da CLT – acrescentado pela Lei nº 8.949/1994 – dispor que, qualquer que seja o ramo de atividade da cooperativa, não há vínculo de emprego entre ela e seus associados, nem entre estes e seus tomadores de serviços, desconstitui-se a cooperação simulada em favor do reconhecimento do vínculo de emprego caso inexistentes os requisitos inerentes ao cooperativismo e presentes os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia. Há, portanto, apenas presunção relativa de ausência de vínculo empregatício. (*Idem*, p. 317).

³⁶ *Idem*, p. 300.

³⁷ Esse posicionamento parece mais adequado do que aqueles que distinguem trabalho autônomo de subordinado em função da propriedade dos *meios de produção*, na medida em que previne simulações jurídicas em que o trabalhador, apesar de proprietário dos meios de produção, é hipossuficiente em relação ao tomador de seu serviço. Exemplo disso é o transportador proprietário da própria carreta.

³⁸ E complementam: “La atribución ocurre en virtud de una singular relación entre el trabajador y el adquirente de los frutos, la relación de ajenidad, estructurada jurídicamente de formas muy diversas y peculiares, que preexisten a la ejecución del trabajo. / Se opone el trabajo por cuenta ajena al autónomo o por cuenta propia, en que quien trabaja retiene la titularidad inicial de los frutos de su trabajo, aunque *a posteriori* disponga de ellos también por títulos jurídicos varios.” ALONSO OLEA, Manuel; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho Del Trabajo*. 25ª ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 69 - 70.

³⁹ “Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles porém captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos *fático-jurídicos*).” DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁰ Urge esclarecer que a exposição dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego será sintética no presente estudo em razão dos objetivos aqui propostos.

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 221.

⁴² Consectário do item I, “a” do Tratado de Versailles (1919), segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria.

Lamentavelmente, no entanto, a prática demonstra a frequente coação de empregadores para que seus empregados revistam-se falsamente em pessoas jurídicas para prestarem-lhes serviços. A esse fenômeno denomina-se *pejotização*, uma das simulações jurídicas utilizadas para precarizar as relações de trabalho, vulnerando os bens jurídicos que lhes são caros.

Nesse sentido, assevera MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória de roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia.⁴³

A pessoalidade, por seu turno, é elemento infungível do contrato de emprego, já que o vínculo empregatício é *intuitu personae*. O serviço é prestado por uma pessoa física específica – empregado –, a qual não pode ser substituída permanentemente, na relação pactuada, por outra.⁴⁴

A não eventualidade consiste na prestação de serviços que ocorre de maneira permanente, ainda que descontínua, é dizer, de maneira não esporádica.⁴⁵

A onerosidade é a vertente econômica responsável por integrar o trabalhador ao processo produtivo. A contrapartida econômica ocorre por meio do pagamento de conjunto salarial (parcelas salariais e utilidades) por parte do empregador ao empregado.⁴⁶

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 271.

⁴⁴ Em relação à substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, a súmula nº 159, inciso I do TST consubstancia que o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído enquanto perdurar a substituição não eventual. Além das hipóteses legais (férias, licenças, afastamentos etc.), a substituição do empregado pode ocorrer apenas eventualmente e com o consentimento do empregador, sem que afronte a impessoalidade característica da relação empregatícia (*Idem*, p. 271 - 272). Destaque-se, com efeito, que não incide pessoalidade sobre o empregador. Ao contrário: o empregador é despersonalizado. É o que se verifica na sucessão trabalhista, em que se altera o pólo patronal do contrato de trabalho, mantendo-se inalteradas as demais disposições contratuais (*Idem*, p. 272).

⁴⁵ “A eventualidade, para fins *celetistas*, não traduz intermitência; só o traduz para a *teoria da descontinuidade* – rejeitada, porém, pela CLT. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana” *Idem*, p. 276. Por isso é que, embora se estimule a celebração de contratos de trabalho por prazo indeterminado, também a modalidade excepcional de contratação por prazo determinado configura relação de emprego (*Idem*, p. 272 - 273). Diferentemente ocorre com o trabalhador eventual, o qual, ainda que subordinado, não é empregado, dado faltar-lhe este pressuposto de relação empregatícia (*Idem*, p. 273).

⁴⁶ “O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis” *Idem*, p. 277. Daí resulta a exclusão do trabalhador voluntário da relação empregatícia. Acrescente-se que, assim como consignado em relação à pessoalidade, também a onerosidade é elemento fático-jurídico da relação empregatícia aferível em relação ao prestador de serviços, não ao seu tomador.

Seguindo o modelo internacional, o Direito do Trabalho brasileiro adotou a subordinação jurídica como traço definidor da relação de emprego⁴⁷.

Este pressuposto é decorrência lógica do *poder diretivo do empregador*, o qual interfere no modo de execução do trabalho por parte de seu subordinado. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, o poder diretivo do empregador “consiste, assim, na *situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços*”.⁴⁸

Nesse sentido, prossegue:

Como se sabe, o conceito de subordinação hoje dominante⁴⁹ é o que a compreende como a situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador, é uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado.⁵⁰

A tendência expansionista da relação de emprego também incrementa sua projeção social. Isso se deve ao fato de que “a oferta de trabalho no capitalismo tende a não gerar para o prestador de serviços vantagens econômicas e prestações jurídicas significativas, *salvo se*

⁴⁷ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*, op. cit., p. 189. ANTONIO BAYLOS, ao tratar da histórica dissociação de trabalho autônomo e trabalho assalariado na gênese do Direito do Trabalho, aponta o fundamental papel da atuação legislativa na ampliação das fronteiras da tutela jurídico-laboral. “Normalmente, no momento de abordar as fronteiras do Direito do Trabalho, é preciso considerar os pressupostos materiais e dogmáticos sobre os quais se constrói o protótipo de trabalhador sujeito à aplicação da legislação trabalhista. Os conceitos normativos e classificatórios, que lhe servem de base, derivam de um raciocínio prévio que bipolariza *trabalho autônomo* e *trabalho subordinado* ou dependente. Como é natural, o alcance e o resultado disso dependem diretamente do Direito positivo e das categorias jurídicas próprias de cada país, pois existem diferentes formas de expressão em cada sistema jurídico ou, melhor dito, nas grandes áreas da cultura jurídica, que continuamente adaptam-se às situações concretas que surgem na realidade econômica e social.” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, op. cit., p. 105 – 106.

⁴⁸ Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO, trata-se de “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 281. [Grifos do autor]

⁴⁹ O binômio poder / subordinação jurídica opõe-se à dicotomia proveito / dependência econômica (PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 33). Importa ressaltar que a subordinação jurídica não se confunde com a dependência econômica (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, op. cit., p. 516) – outrora defendida pela superada concepção subjetiva (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 281). Embora consista em um conceito intersubjetivo – intrinsecamente relacionado à pessoalidade (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, op. cit., p. 517) – a subordinação na relação de emprego não se baseia em indicadores socioeconômicos. Distingue-se, também, da dependência técnica (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 283). É que tanto uma, quanto outra concepções são frágeis e reducionistas.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, op. cit., p. 667.

induzidas ou impostas tais proteções e vantagens pela norma jurídica interventora na respectiva contratação”⁵¹.

A relação de emprego pode ser analisada tanto sob uma perspectiva técnica-jurídica, quanto por um viés econômico-social. Do ponto de vista *técnico-jurídico*, a relação de emprego é tipo legal próprio e específico de relação de trabalho⁵². Sob a ótica *econômico-social*, a relação de emprego consiste na mais relevante modalidade de pactuação de prestação de trabalho do sistema capitalista.

É o que assevera MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

No primeiro plano [ótica econômico-social], por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano [ótica técnico-jurídica], por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho.⁵³

Daí o porquê, seja sob a perspectiva técnica-jurídica, seja sob a ótica econômico-social, o Direito do Trabalho ter se estruturado em torno da relação de emprego⁵⁴.

Com efeito, a adequação do conceito clássico de subordinação jurídica passou a ser questionada para tutelar as novas figuras jurídicas que emergem das transformações ocorridas no mundo do trabalho, notadamente aquelas situadas na zona fronteira entre relação de trabalho e de empregado – de que são exemplos o representante comercial, o motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, entre outros. Com o fito de adequar-se à realidade econômico-social que o permeia, o conceito de subordinação jurídica deve adquirir novos contornos a depender do modelo de produção vigente⁵⁵.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 30. [Grifos do autor]

⁵² Tamanha é a relevância e a projeção da relação de emprego no universo das relações de trabalho, que a tradição jurídica consagrou – a despeito do equívoco técnico – o uso de expressões genéricas (como contrato de trabalho) para se referir especificamente a relações tipicamente empregatícias. (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 266).

⁵³ *Idem*, p. 266.

⁵⁴ Ocorre que, em face das mudanças por que passou o mundo do trabalho, a concepção jurídica tradicional de subordinação tornou-se insuficiente para descrever o que faticamente consiste a relação empregatícia. Por isso é que, no contexto da expansão do Direito do Trabalho, passou-se a refletir acerca da ampliação do conceito de subordinação. “Por isso, uma parte da doutrina trabalhista e das decisões judiciais produzidas em torno da controvérsia sobre a existência ou não, entre determinado trabalhador e o tomador de seus serviços, de relação de emprego, têm se inclinado para uma visão expansionista do contrato, que traduz a tendência de reconhecer presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT para as mais variadas formas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. Há, em suma, uma leitura menos restritiva sobre o significado dos requisitos legais, na tentativa de se promover, desta maneira, a inclusão dos trabalhadores como empregados.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 191.

Dáí a necessidade de se reinterpretar o conceito de subordinação jurídica, conforme a dinâmica empregatícia que visa regular, como defende PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA:

[...] com o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem.

A missão do pesquisador reside em detectar essas alterações, através das quais o conceito jurídico sofreu revisão em suas bases. E foi exatamente o que se deu com a subordinação, que hoje não mais é vista dentro da mesma forma conceitual com que a viram os juristas e magistrados de vinte, trinta ou cinquenta anos passados.

Debite-se o fenômeno à própria evolução do Direito do Trabalho (com força expansiva constante) ou à incorporação de quaisquer atividades em seu campo de gravitação (o trabalho intelectual, por exemplo), o fato é que a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social a que visam exprimir e equacionar.⁵⁶

A despeito de a Constituição Federal de 1988 assegurar direitos fundamentais trabalhistas a todo e qualquer trabalhador – não só ao empregado urbano e rural e, por expressa determinação constitucional, ao trabalhador avulso –, a maior parcela da doutrina compreende a subordinação jurídica como verdadeira “chave de acesso”⁵⁷ para os direitos e garantias trabalhistas.

A relação empregatícia consiste, de fato, na figura mais importante de relação de trabalho, cujos contornos de proteção jurídica estão melhor delineados. Diante disso, as demandas judiciais por reconhecimento de vínculo empregatício são algumas das mais recorrentes no judiciário trabalhista, consistindo, também, na via mais usual para assegurar a proteção do Direito do Trabalho.

Diante disso, ANDRÉA APARECIDA LOPES CANÇADO afirma a necessidade de atuação fraterna do intérprete para promover a inclusão trabalhista na atualidade:

Neste ponto, a pergunta que inevitavelmente surge é: o que se pode então fazer para proteger o trabalhador da pós-modernidade?

Sem a pretensão de esgotar, são sugeridos dois caminhos para reflexões e debates, ainda que seja para simplesmente rechaçá-los, porque, ao final, haverá a tranquilidade da certeza de que se tentou (com fracassos ou não) melhorar o mundo e as pessoas que nele vivem.

* repensar, apontar e divulgar os novos contornos dos elementos fático-jurídicos configuradores do vínculo de emprego, de forma a alcançar, cada vez mais, um número maior de trabalhadores: todos aqueles que não detêm os meios de produção, trabalhadores despojados de autonomia, “de terra e de suas ferramentas”.

⁵⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, op. cit., p. 464.

⁵⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 200.

* aprender, ensinar e exercitar a fraternidade, tanto nas escolas de direito quanto no Poder Judiciário e nas próprias relações jurídicas, adotando-a inclusive como princípio norteador da prática e interpretação das regras trabalhistas, seja pelas partes, pelos advogados, promotores, juízes e servidores públicos, a fim de diminuir os conflitos e de implementar as regras justralhistas.

Tais modificações devem ocorrer pela via interpretativa, que prescinde da atuação legislativa e permite ação imediata. Se a ação é necessária, ela deve ser efetivada por todos os atores sociais.⁵⁸

Dado que o elemento definidor da relação de emprego reside na subordinação jurídica, é a ampliação *interpretativa* desse conceito que possibilita a inclusão das novas formas de trabalho humano sob o manto protetor juslaboral, destinado em plenitude aos trabalhadores empregados⁵⁹.

Pode-se, assim, vislumbrar cinco construções teóricas acerca do conceito de subordinação: a clássica, a objetiva, a estrutural, a estrutural-reticular e a integrativa. Tratam-se de dimensões não excludentes, mas complementares e harmônicas desse mesmo elemento definidor da relação de emprego. Representam, assim, a tentativa de adaptação do Direito do Trabalho à nova dinâmica da realidade social⁶⁰.

2.1. Subordinação clássica

O conceito clássico de subordinação remonta ao surgimento do Direito do Trabalho, no início do século XX⁶¹. Nesse período, os trabalhadores destinatários das normas jurídicas trabalhistas eram os operários das fábricas, fruto da Revolução Industrial⁶².

A gênese do ramo justralhista marca, assim, a transição de um Estado absenteísta Liberal para um Estado Social de Direito, marcado pelo dever de intervir para promover igualdade material nas relações humanas, sobretudo nas relações de trabalho.

⁵⁸ CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. O contrato de trabalho do século XXI e o esquecido princípio da fraternidade. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.49, n.79, p.123-148, jan./jun.2009, p. 132 - 133.

⁵⁹ Incluem-se aqui os trabalhadores avulsos, contemplados pela ordem jurídica pátria no art. 7º, XXXIV da Constituição de 1988, a qual lhes conferiu igualdade de direitos em relação aos trabalhadores com vínculo empregatício permanente.

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito do trabalho, *op. cit.*, p. 25.

⁶¹ Até então, aplicava-se o regramento jurídico civilista às relações de trabalho – fosse pelo Código Civil de Napoleão (1804), na França, fosse pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB alemão (1900). O trabalho era objeto de relação obrigacional ou de mera atividade (equivalente à *locatio operarum* italiana), ou produtiva de resultado final (*locatio operis*, na Itália). (PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 33).

⁶² *Idem*, p. 30.

O trabalhador predominante na época era o operário da indústria. Foram as características marcantes de seu trabalho as usadas para identificar a atividade empregatícia como um todo: subordinação à heterodireção intensa e constante do empregador.

Em face disso, LORENA VASCONCELOS PORTO toma emprestado da literatura o conceito de “sinédoque”⁶³ para descrever a redução desse todo – integralidade das relações empregatícias – a uma de suas partes – o operário da fábrica.

O vínculo empregatício materializa-se no contrato de trabalho. Este, por seu turno, é caracterizado pelo binômio poder/subordinação, sendo um a contraface do outro. A *subordinação jurídica* é, assim, função da intensidade do poder empregatício no processo de produção e limita-se ao exercício do trabalho⁶⁴.

Desse modo, a *heterodireção* manifesta-se por meio do poder empregatício⁶⁵, quando o trabalhador disponibiliza sua energia para que o empregador determine o modo de execução de sua atividade e exerça o poder de disciplina. No modelo tradicional, o trabalhador exerce sua atividade na empresa tomadora de serviços, utilizando-se dos instrumentos ofertados pelo patrão e submetendo-se a rígido controle de horário.

Fato é que a história dos trabalhadores brasileiros não trilhou o mesmo caminho daqueles do além mar. Embora se tenha adotado no país o conceito clássico de subordinação jurídica – e, conseqüentemente, de relação de emprego – com base no protótipo do operário da fábrica, a maior parte dos trabalhadores brasileiros, quando do surgimento do ramo jurídico trabalhista, desempenhava suas atividades no campo.

A dinâmica do mercado de trabalho brasileiro também se desenvolve de acordo com as diretrizes que lhe são particulares. Em face das transformações por que passou o trabalho no Brasil e no mundo, o conceito clássico de subordinação deixa de ser suficiente, fazendo-se necessário readequar a tutela social a essas novas formas de trabalho humano.

⁶³ Figura de linguagem definida como “a substituição de um termo por outro, em que os sentidos desses termos têm uma relação de extensão desigual. Na sinédoque há uma ampliação ou uma *redução* do sentido usual de uma palavra”. GUIMARÃES, Hélio Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem*. São Paulo: Atual, 1988, p. 25 – 26 e CHERUBIM, Sebastião. *Dicionário de figuras de linguagem*. São Paulo: Pioneira, 1989, p. 61 *apud* PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁴ Com o que corrobora JORGE LUIZ SOUTO MAIOR: “subordinação, vale lembrar, não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas sobre a atividade exercida” MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Relação de emprego e Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 62. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA discorre acerca da conversão do poder de fato em poder jurídico: “Na *subordinação jurídica* desvenda-se uma linha de encontro do fato com o Direito e da sua transformação em fato-jurídico. / Reunidos os elementos integrantes do suporte fático, torna-se jurídica a relação e só juridicamente pode ser considerada. Somente assim se explica a conversão do poder de fato (*Sinzheimer*) em poder jurídico (*De La Cueva*). Diz-se, então, que a subordinação é um *poder-dever-jurídico*.” VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, *op. cit.*, p. 517.

⁶⁵ As dimensões diretiva e disciplinar consistem em modalidades específicas do poder empregatício, enquanto as dimensões regulamentar e fiscalizatória classificam-se como suas manifestações conexas ou extensivas. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 598 - 605.

Eis que surgem as reflexões acerca da ampliação do conceito de subordinação, visto como instrumento de inclusão de sujeitos-trabalhadores nas relações empregatícias e, conseqüentemente, na esfera de proteção trabalhista.

Ante a ausência do requisito da subordinação jurídica, quando tomado em seu sentido clássico, o trabalhador sem vínculo empregatício não goza dos direitos assegurados pela ordem jurídica⁶⁶ aos trabalhadores inseridos em relação de emprego permanente. Por isso é imprescindível a adequação da proteção jurídico-trabalhista à dinâmica social que a permeia.

2.2. Subordinação objetiva

A modificação na realidade econômica foi acompanhada pela reestruturação ocupacional. O modelo de relação jurídico-trabalhista representado por Charles Chaplin em *Tempos Modernos*⁶⁷ não é mais hegemônico e, muito menos, homogêneo.

Nas palavras de NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, “A classe trabalhadora vem perdendo gradativamente a homogeneidade do início. Essa classe, forjada num modelo fordista de produção em massa para as massas, encontra-se em franco processo de desproletarização.”⁶⁸

Por conseguinte, as normas regentes da relação de emprego, criadas como espelho do protótipo de trabalhador então predominante, não mais se adéquam à nova dinâmica social.

A descentralização empresarial – com vista, especialmente, à redução de custos de produção⁶⁹, para alcançar patamar mais competitivo no mercado –, conjugada ao incremento do setor de serviços⁷⁰ e aos avanços tecnológicos, reinventaram tradicionais formas de trabalho e deram origem a novas figuras trabalhistas.

⁶⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁷ *Tempos Modernos (Modern Times)*. EUA – 1936. Direção: Charles Chaplin (87 min). Para uma análise crítica da película, ALVES, Giovanni. A batalha de Carlitos: trabalho e estranhamento em *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin. *ArtCultura – Revista do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia*. V. 7, n. 10, Jan./Jul., 2005, p. 65-81.

⁶⁸ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁹ NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO questiona a premissa do senso comum e das novas formas de gestão de mão-de-obra segunda as quais “o trabalho regulamentado atrapalha o sistema da economia”. Segundo a autora, “Trata-se de reificação do trabalhador, da retirada da sua condição de sujeito.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 113.

⁷⁰ ANTONIO BAYLOS afirma que a extrema valorização da autonomia individual do trabalhador contribui para a constituição “de uma rede de relações interdependentes traduzida em vários atos contratuais de diferente espécie.” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 106. É como que o ensaio do retorno da figura do arrendamento de serviços, na medida em que os profissionais necessários à execução da atividade produtiva não integram o quadro de funcionários da empresa, mas são buscados externamente. A

Nesse contexto, as formas de trabalho não subordinado passaram a se sobressair – quantitativa e qualitativamente – em relação ao emprego tradicional. Logo, o poder diretivo do empregador também se torna cada vez menos visível, embora, ressalte-se, permaneça presente⁷¹. Também o trabalhador, segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, é conduzido a uma situação de invisibilidade pública: “No pós-fordismo, especificamente com a ascensão do setor de serviços, o produto ou a obra deixam de ser identificáveis, o que possibilita certa invisibilidade dos próprios trabalhadores.”⁷²

Há, ainda, zonas cinzentas – as *zonas grises* –, em que é difícil distinguir o trabalho autônomo do subordinado. Nesse espectro, a figura dos representantes comerciais destaca-se entre os trabalhadores autônomos que podem guardar alguma medida de subordinação em relação ao representado. MAURÍCIO GODINHO DELGADO explica que a presença da subordinação afasta a relação de representação mercantil em favor do reconhecimento do emprego de vendedor. Nesses casos, “a *subordinação* [...] tipifica-se pela *intensidade, repetição e continuidade de ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro, em direção à forma de prestação dos serviços contratados*”⁷³.

Os pequenos transportadores proprietários das próprias carretas também se situam nessa zona cinzenta entre trabalho autônomo e subordinado, tendo a jurisprudência espanhola reconhecido a autonomia simulada na prestação de serviços para terceiros⁷⁴.

despeito de eventuais vantagens da livre fixação de cláusulas contratuais para o exercício de alguns tipos de trabalho estranhos à “laborização” (*Idem*, p. 107), sua aplicação às modalidades atípicas de trabalho possui efeito inverso: “A individualização das relações de trabalho ‘atípicas’ não supõe de nenhuma maneira um sinal de recuperação positiva dos espaços de liberdade individual. O contrato realizado desta forma é símbolo de uma radical desigualdade. Implica a privação de todos os direitos e garantias vinculados à estabilidade no emprego, a impossibilidade efetiva de promoção profissional, a imunização frente à ação sindical e o aumento desmedido dos espaços de poder unilateral do empresário, além da pior posição do trabalhador ‘atípico’ dentro do sistema de proteção da Previdência Social. O acordo negociado ‘livremente’ entre empresário e trabalhador não é mais que a expressão do predomínio indiscutível da vontade unilateral do empregador. Mas, justamente por esta razão, o contrato individual cumpre uma função essencial na diversificação da tutela, fracionada e desigual, à qual de submetem parcelas significativas da força de trabalho.” (*Idem*, p. 110) Afora isso, não se pode olvidar de que, não raro, atividades profissionais faticamente trabalhistas ocultam-se sob a máscara da autonomia contratual na prestação de serviços para tentar encobrir a real existência de subordinação empregatícia. São, nas palavras do juslaboralista espanhol, os “falsos autônomos” (*Idem*, p. 107).

⁷¹ LORENA VASCONCELOS PORTO realiza interessante estudo sobre o poder. “O poder pode ser exercido de múltiplas maneiras: de persuasão à manipulação, da ameaça de uma punição à promessa de uma recompensa. Um dos modos de exercício do poder é a coerção (ou coação), que pode ser definida como um alto grau de constrangimento (ou ameaça de privações). No âmbito da relação de emprego, fatores como a falta de proteção contra a dispensa imotivada, a desregulamentação do Direito do Trabalho e a consequente redução de tutelas, o trabalho informal, o aumento do desemprego, a reestruturação produtiva, a ameaça empresarial de deslocamento e determinadas inovações tecnológicas aumentam essa coerção, por si mesmos, sem a necessidade da intervenção direta do patrão no exercício do poder diretivo.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 38 – 39.

⁷² PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 103.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 568. [Grifos do autor]

⁷⁴ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 107.

É chegada a hora de desfazer a sinédoque⁷⁵ que inspirou a gênese do ramo jurídico trabalhista. Ativa-se, assim, a percepção da anomalia reducionista operada – de modo tão natural em seu contexto histórico – quando da identificação do modelo de subordinação a que estava submetido o operário da fábrica com o próprio pressuposto da relação empregatícia.

LORENA VASCONCELOS PORTO alerta para a violação ao princípio da isonomia decorrente dessa anomalia: “ao se adotar um conceito restrito de subordinação restam excluídos do seu campo de aplicação – e, por conseguinte, dos direitos e garantias por ele assegurados – trabalhadores que necessitam da sua proteção”⁷⁶.

Para proceder à essa correção, doutrina e jurisprudência⁷⁷ procuraram devolver ao conceito de subordinação sua acepção própria: mais ampla e abrangente⁷⁸. Esse transbordamento das fronteiras iniciais do Direito do Trabalho para novos sujeitos-trabalhadores – ilustrativamente, trabalhadores em domicílio e intelectuais – consiste em ampliação quantitativa da abrangência do ramo jurídico trabalhista a influenciar a alteração qualitativa da definição de subordinação⁷⁹.

Desponta, assim, o conceito de *subordinação objetiva*, que consiste eminentemente na integração da atividade do trabalhador aos objetivos da empresa. Sob essa ótica, o poder jurídico do empregador é exercido sobre a atividade desempenhada, a qual o empregado coordena ou participa de maneira integrativa ou colaborativa.⁸⁰

No Brasil⁸¹, PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA foi um dos que partiram em defesa da subordinação objetiva⁸². Explica:

⁷⁵ É a chamada “redução do desvio”. BRANDÃO, Roberto de Oliveira. *As figuras de linguagem*, p. 29 apud PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁷ LORENA VASCONCELOS PORTO acentua que “Em alguns países, o legislador acabou intervindo e contribuiu para essa expansão.” *Idem*, p. 48. Exemplo é o do legislador belga, o qual, por meio da Lei de 17 de julho de 1985, previu que o contrato de trabalho exigia autoridade, não direção. Desse modo, o trabalho subordinado foi estendido a médicos, artistas, entre outros.

⁷⁸ *Idem*, p. 45.

⁷⁹ *Idem*, p. 47. A elasticidade do conceito de subordinação permitiu, como afirma JOSÉ MARTINS CATHARINO, a expansão centrífuga do Direito do Trabalho em relação ao núcleo da disciplina, atraindo novos trabalhadores de maneira centrípeta para seu manto protetor. (CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. v. 1. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972, p. 180 - 181).

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito do trabalho*, *op. cit.*, p. 28. “A subordinação objetiva, ao invés de se manifestar pela intensidade de comandos empresariais sobre o trabalhador (conceito clássico), despontaria da simples integração do trabalho obreiro nos fins da empresa. Com isso, reduzia-se a relevância da intensidade de ordens, substituindo o critério pela idéia de integração aos objetivos empresariais.” DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, *op. cit.*, p. 667.

⁸¹ Tal figura foi criada pela doutrina européia influenciada por Otto Kahn-Freund (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 285). Tornou-se famosa pela sua adoção nas companhias do Vale do Silício, na Califórnia (EUA), marcada por ampla individualização dos salários e do tempo de trabalho, completa

Como a sucessão em si de atos-fatos-trabalho não significa constante exteriorização da subordinação – respeitando-se sobretudo as variáveis na superposição de condutas (do empregador sobre o empregado), até chegar-se a certas categorias de prestadores em que ele se esmaece completamente ou se espacia de tal forma que não mais se percebe, ou até em que se inverte (cargos de direção, os quadros) –, chega-se à fácil conclusão de que **o elemento constante, que define a posição do trabalhador na empresa, não se define com fidelidade como subordinação, mas como a participação integrativa (mais ou menos intensa) de sua atividade na atividade desta.**⁸³ [Grifou-se]

Consequentemente, o poder diretivo do empregador também é objetivado. Este passa a configurar-se em face da efetiva ou potencial coordenação da atividade do prestador de serviços a integrar os fins da empresa⁸⁴. Não é essencial, assim, que estejam presentes, simultânea e intensamente, todas as dimensões do poder empregatício para que ele se configure⁸⁵.

A visão objetiva ainda inova quanto à previsão de que o papel do empregado subordinado seria o de desempenhar sua atividade de maneira integrada e coordenada. Desenha-se, assim, um “círculo de expectativas” em que a sequência normal do processo produtivo da empresa depende do trabalho prestado⁸⁶.

Ocorre que é difícil precisar essa integração do trabalhador à organização da empresa⁸⁷. De uma forma ou de outra, a doutrina da subordinação objetiva não delimita o

ausência de instrumentos coletivos de atuação e plena integração dos trabalhadores à cultura da empresa (BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, op. cit., p. 154 - 155).

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 285.

⁸³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, op. cit., p. 526. A relação de emprego é caracterizada por critérios objetivos, não subjetivamente. É que a subordinação é impessoal, incidindo sobre a atividade desempenhada pelo trabalhador, não sobre sua pessoa (*Idem*, p. 524) – tanto que a expressão em inglês para denominar, respectivamente, empregador e empregado foi substituída de *master* e *servant* para *employer* e *employee* (*Idem*, p. 509). Nas palavras de PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, “a subordinação é uma forma de exteriorizar-se a relação de trabalho, que se preenche de atos entre pessoas” (*Idem*, p. 525). Qualquer entendimento em sentido contrário consistiria em “coisificar” o trabalho (*Ibidem*).

⁸⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 67.

⁸⁵ “Passou-se a admitir, então, que o poder diretivo não se exercia sobre o conteúdo da prestação em si, mas apenas sobre a ‘periferia’, isto é, sobre as condições de execução dessa prestação (v.g., tempo e lugar).” *Idem*, p. 47.

⁸⁶ *Idem*, p. 69.

⁸⁷ ALICE MONTEIRO DE BARROS promove levantamento dos argumentos doutrinários dissonantes: “Há quem interprete organização como empresa ou negócio; outros afirmam que a organização é constituída por uma série de fatores ou indícios que, reunidos, poderão comprovar a integração do trabalhador na empresa” (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 285). A autora menciona a necessidade de delimitar o conceito de coordenação do trabalhador de maneira integrada aos fins da empresa: “Há quem sugira com traço distintivo entre trabalho coordenado e trabalho subordinado como critério quantitativo, ou seja, a intensidade de poderes que descaracteriza a subordinação. Porém, para tornar objetivo esse critério, sustenta-se ser necessária indicação deduzida da lei, esclarecendo-se que o legislador poderia especificar qual o significado da expressão ‘coordenação’, para caracterizar esse novo gênero.” (*Idem*, p. 290). O senado italiano chegou a aprovar projeto de lei sobre trabalhos atípicos, dentre os quais os parassubordinados. Sustentava-se que essa

controle exercido pelo empregador em relação ao empregado, não consistindo em critério *exclusivo* para afirmar a existência de relação de emprego⁸⁸.

Embora se valorize essa tentativa da construção teórica da subordinação objetiva, inexistente critério para suprimir a permeabilidade divisória muitas vezes existente entre trabalho autônomo e trabalho subordinado⁸⁹. Ademais, essa mutação conceitual não se coaduna com os resultados fáticos aspirados. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, “tal noção, de fato, mostrava-se incapaz de diferenciar, em distintas situações práticas, entre o real trabalho autônomo e o labor subordinado, principalmente quando a prestação de serviços realizava-se fora da planta empresarial, mesmo que relevante para a dinâmica e fins da empresa”⁹⁰.

Ora, também o trabalhador autônomo pode integrar a prestação de seus serviços à organização da empresa, sem, no entanto, tornar-se empregado subordinado, submetendo-se às diretivas empresariais e ao poder empregatício⁹¹.

O maior perigo, com efeito, é a aplicação inversa dessa fórmula: taxar de autônomo o trabalhador submetido ao controle mitigado do empregador, em face da natureza intelectual da atividade desempenhada⁹².

As peculiaridades de cada relação jurídica devem ser verificadas no caso concreto. LORENA VASCONCELOS PORTO apresenta, assim, a técnica do conjunto de indícios⁹³ para verificar a existência ou não de relação de emprego. Por esse método, deve-se verificar a presença da dependência econômica, potencialidade do poder empregatício, assunção dos riscos do empreendimento, do fortalecimento do princípio da realidade, entre outros.

Observa-se, contudo, a insegurança jurídica que decorre da adoção dessa lista de indícios de relação de emprego, haja vista que se sujeitam à ampla margem de valoração judicial⁹⁴. Esse fator ainda é potencializado em face das relações de trabalho situadas nas zonas fronteiriças entre trabalho autônomo e subordinado.

qualificação seria a mais adequada a algumas categorias profissionais, como a dos artistas, por exemplo, na medida em que desempenham sua atividade com autonomia mitigada. (*Idem*, p. 291).

⁸⁸ *Idem*, p. 286.

⁸⁹ *Idem*, p. 292.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 667.

⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 286.

⁹² *Idem*, p. 286.

⁹³ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁴ LORENA VASCONCELOS PORTO entende que essa insegurança jurídica seria substancialmente reduzida em face do constante diálogo com a doutrina. *Idem*, p. 50.

2.2.1. Parassubordinação: via de inclusão ou de fuga do Direito do Trabalho?

Em face da clara insuficiência do conceito clássico de subordinação, a doutrina e a jurisprudência passaram a alargá-lo interpretativamente, objetivando-o.

Com efeito, legisladores de alguns países, especialmente na Itália, positivaram uma criação doutrinária alternativa para tutelar juridicamente os trabalhadores não subordinados hipossuficientes: a parassubordinação⁹⁵.

Trata-se de figura híbrida⁹⁶ que nem confere a tutela trabalhista integral típica do trabalho subordinado, nem a liberdade inerente ao trabalhador autônomo, daí seu *status* de inferioridade de proteção jurídica⁹⁷. O novo instituto permite regular, ilustrativamente, o trabalho de professores, técnicos de informática, vendedores, artistas, trabalhadores em domicílio, parceiros rurais, sócios de cooperativas, certos representantes comerciais etc.⁹⁸

⁹⁵ “As supostamente novas figuras jurídicas de trabalhadores na Europa - *parasubordinato*, na Itália; *economically dependent worker* ou *quasi-subordinate worker* na Inglaterra; *arbeitnehmerähnliche person* na Alemanha; *autónomo-dependiente* na Espanha, ressuscitam a antiga busca de subordinação do capital urbano sobre a mão-de-obra atrelada à paróquia, impossibilitados de exercer o mando direto, contratavam o trabalho por peça, modo de subsunção formal do trabalho ao capital.” MENDES, Marcus Menezes Barberino; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. 76, jul-dez 2007, p. 136.

⁹⁶ “[...] existe atualmente [1999] nos ordenamentos europeus a tendência de atenuar a dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, através da criação de uma figura intermediária capaz de oferecer uma gradação articulada do conjunto de direitos e garantias que constituem o *standart* médio da tutela reconhecida ao trabalhador protegido pelo Direito do Trabalho. Exemplo típico é o italiano, que desenvolveu a noção de ‘parassubordinação’ como espaço intermediário de proteção entre o trabalhador autônomo e o assalariado, mas há também experiências semelhantes em países como França e Alemanha” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁷ Conforme sustenta ANTONIO BAYLOS, para não perderem o emprego, os trabalhadores se conformam com a perda de direitos: o semiemprego. Explica que a partir da segunda metade da década de 1980, parcela significativa da doutrina trabalhista passou a defender o fortalecimento do livre acordo de vontades na regulação das condições de trabalho. A retomada dos espaços de liberdade individual seria a resposta mais compatível com a dinamicidade do mundo do trabalho e com a variedade das espécies de trabalho existentes. Argumentavam que seria necessário um sistema justtrabalhista menos rígido e mais adaptável às peculiaridades das empresas e às aspirações pessoais dos trabalhadores. Tal discurso, no entanto, caminha paralelamente às pretensões desregulamentadoras e flexibilizantes da tutela trabalhista. (BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 105). “A combinação entre desemprego em massa e permanente e a informalidade produziu, e ainda produz, um efeito devastador no cotidiano do trabalho: uma situação de semiemprego na qual, para a maior parte dos trabalhadores, desaparece a divisão entre a segurança e a insegurança no emprego, infundindo um sentimento de medo silencioso e constante. É um processo que se retroalimenta, um círculo vicioso difícil de ser quebrado: o medo permanente – a expectativa real – da perda do emprego, potencializada pela desestruturação do mercado de trabalho e pela falta de amparo estatal e sindical. Impede-se, assim, que os empregados coloquem freios à deterioração das condições e relações de emprego, a qual, por sua vez, alimenta o medo e a conseqüente sensação de impotência dos trabalhadores.” OLIVEIRA, Murilo. *Crise do direito do trabalho*. LTr, nº 8, ano 70. São Paulo: LTr, 2000, p. 33.

⁹⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a Parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 103, p. 173 – 181, jul./set. 2001, p. 181.

Em vez de subordinação, haveria relação de coordenação entre o prestador e o tomador de serviços. Os parassubordinados são, desse modo, trabalhadores em condição de desnível econômico que colaboram contínua e coordenadamente com a empresa.⁹⁹

Na doutrina pátria, há entusiastas de que o instituto da parassubordinação seja incorporado ao ordenamento jurídico nacional¹⁰⁰. Esses juslaboristas defendem que “os trabalhadores parassubordinados devem receber tutela na medida de sua inserção no processo produtivo”¹⁰¹, o que lhes destinaria estuário jurídico mais reduzido. Ressaltam, com efeito, que “a lei que incorporar ao nosso Direito o critério da parassubordinação deverá dizer quais as normas do Direito do Trabalho [serão] estendidas aos trabalhadores parassubordinados”¹⁰².

Tentou-se incorporar a parassubordinação ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Projeto de Lei nº 6.671/2002 – anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004 –, o qual pretendia conferir competência para a Justiça do Trabalho aplicar normas processuais do trabalho aos litígios que envolvessem representante comercial autônomo, corretor, transportador autônomo, parceiro ou arrendatário rural e trabalhadores em cooperativa de trabalho, sendo-lhes aplicável a disciplina do *direito comum*.

LORENA VASCONCELOS PORTO, no entanto, combate esse intento. A partir da análise dos efeitos da positivação do instituto na Itália, a juslaborista demonstra que, não obstante a aparente vantagem da figura, a parassubordinação consiste essencialmente em um retrocesso social¹⁰³.

⁹⁹ Nas palavras de OTAVIO PINTO E SILVA, “Essa atividade de colaboração do trabalhador é prevista em um contrato de trabalho com o objetivo de atingir uma série de resultados. Aí reside, justamente, a importância da coordenação, pois permite a diferenciação tanto da subordinação quanto da autonomia. / Coordenação, então, surge com o sentido de ‘ordenar juntos’: significa que ambas as partes possuem medidas a propor para alcançar o objetivo comum.” SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*, op. cit., p. 193.

¹⁰⁰ Dentre os quais o referido OTAVIO PINTO E SILVA. Segundo ele: “A noção de parassubordinação, desenvolvida pelo direito italiano, pode ser bastante útil nesse contexto [de necessidade de revisão do contrato de trabalho], caso seja utilizada para regulamentar algumas dessas novas modalidades de trabalho. [...] O desenvolvimento dessa modalidade de trabalho está em sintonia com as tendências do mundo empresarial, de recurso às terceirizações e trabalhos temporários, pois os empresários pós-fordistas aspiram cada vez mais contar com trabalhadores não dependentes de si.” SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*, op. cit., p. 193.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 126, p. 107 – 138, abr./jun. 2007, p. 134 – 135.

¹⁰² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a Parassubordinação, op. cit., p. 181. No mesmo sentido, ALICE MONTEIRO DE BARROS afirma que “é necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão dessa disciplina, analisando quais os institutos seriam devidos ao trabalhador.” BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores intelectuais: subordinação jurídica. Redimencionamento, *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 115, p. 23 – 42, jul./set. 2004, p. 31.

¹⁰³ “[...] Ao se criar a figura da parassubordinação, esvazia-se a noção de subordinação, dando a esta uma interpretação mais restrita. Com efeito, passam a ser enquadrados como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam considerados subordinados, verdadeiros empregados, fazendo jus não apenas a alguns poucos, mas a todos os direitos trabalhistas e previdenciários. / [...] As formas de trabalho

O retrocesso em relação à tendência expansionista do conceito de subordinação decorre do fato de que a existência da parassubordinação, como instituto próprio, estimula a interpretação reducionista do conceito de subordinação jurídica, fazendo-o regredir à concepção clássica¹⁰⁴. Isso porque o elemento da coordenação é comum tanto à subordinação objetiva, quanto à parassubordinação¹⁰⁵. Nesse sentido, a autora demonstra “que a jurisprudência [italiana] dominante nega, terminantemente, a extensão de direitos aos parassubordinados pela via interpretativa”¹⁰⁶, invertendo a tendência expansionista do conceito de subordinação.

Ademais, a diversidade entre as duas figuras jurídicas foi arbitrada artificialmente¹⁰⁷ em desfavor dos trabalhadores parassubordinados, resultando, assim, em violação ao princípio constitucional da isonomia¹⁰⁸.

O tiro saiu pela culatra. O intuito de proteger os trabalhadores não subordinados não se concretizou¹⁰⁹. Trabalhadores até então considerados objetivamente subordinados, perderam a

advindas das citadas mudanças, em vez de serem qualificadas como empregatícias – recebendo assim, toda a proteção trabalhista – passaram a ser considerados parassubordinadas – às quais são aplicadas tutelas completamente insuficiente, seja em quantidade, seja em qualidade.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 102 – 103.

¹⁰⁴ “Desse modo, a parassubordinação gerou resultados diametralmente opostos àqueles sustentados por seus defensores. Estes afirmavam que ela seria uma forma de estender parte da proteção do Direito do Trabalho a obreiros autônomos, que dela são excluídos. Mas na verdade ela acabou não só impedindo a extensão do conceito de subordinação, mas também conduziu à sua restrição.” *Idem*, p. 103.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 181.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 134.

¹⁰⁷ Nesse sentido, no entender de LORENA VASCONCELOS PORTO, “[...] trata-se de uma diversidade artificialmente (senão artificiosamente) construída, a partir da clara redução do conceito de subordinação. Além disso, essa suposta diferença entre as duas figuras não é um motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas, o que configura, em verdade, violação ao princípio da isonomia, consagrado pela Constituição italiana [e também pela brasileira]. / [...] o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio e da discriminação, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao tema tratado nesta obra, temos que não existe razão suficiente, dotada de razoabilidade, para criar a figura do trabalhador parassubordinado, atribuindo-lhe um patamar de tutelas inferior àquele garantido aos empregados.” *Idem*, p. 128 - 129.

¹⁰⁸ Nesse sentido, MÁRCIO TÚLIO VIANA constata: “Há pelo menos dois modos de discriminar. Pode-se discriminar ferindo regras, mas também *com as próprias regras*”. VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do Direito do Trabalho. *Discriminação*. VIANA, Marcio Túlio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (coords). São Paulo: LTr, 2000.

¹⁰⁹ ANTONIO BAYLOS suscita hipótese cética para explicar a diversificação de tutelas dentro do sistema jurídico-trabalhista: “Talvez, o propósito da relação de trabalho dependente e por conta alheia tenha se convertido no ‘ideal’ das relações de trabalho hipotéticas, perdendo sua identidade de ‘relação normal de trabalho’, o que consequentemente gera fraturas e desigualdades na regulação da finalidade tutelar do sistema jurídico-laboral. Se isso é assim, será necessário teorizar sobre o pluralismo regulador das relações de trabalho individuais, rompendo a tendência homogeneizadora que identificava no contrato de trabalho ‘prototípico’ a noção aglutinadora do Direito individual do Trabalho, é o tempo que vai dizer.” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 108.

proteção trabalhista típica destinada aos empregados ao serem enquadrados como parassubordinados, para quem foram conferidos direitos trabalhistas insuficientes¹¹⁰.

LORENA VASCONCELOS PORTO verifica que “O resultado é que o custo de um trabalhador parassubordinado é muito inferior àquele de um empregado, o que torna a figura uma via preferencial de fuga ao Direito do Trabalho”¹¹¹. Nessa esteira, conclui:

[...] o estudo do Direito italiano nos fornece fortes subsídios para justificar a não implementação da parassubordinação no Brasil, em respeito à própria Constituição Federal de 1988. Esta, ao valorizar o trabalho, como meio essencial à realização da dignidade humana e à busca de maior justiça social, veda terminantemente o retrocesso nas condições laborativas no País, retrocesso este que seria provocado pela introdução da parassubordinação, como nos mostra claramente o exemplo italiano.¹¹²

Em atenção à armadilha da positivação de figura jurídica que consagra nível intermediário de proteção para relações jurídicas operadas na zona limítrofe entre trabalho autônomo e subordinado, a ação hermenêutica continua a perseguir concepções de subordinação adequadas para promover a inclusão desses trabalhadores.

2.3. Subordinação estrutural

Dada a frustração, na prática, da formulação teórica no sentido de expandir o Direito do Trabalho por meio das noções de subordinação objetiva e de parassubordinação, MAURÍCIO GODINHO DELGADO concebeu a figura da subordinação estrutural, a qual alcança teletrabalhadores, falsos cooperados e, principalmente, trabalhadores terceirizados.

A subordinação estrutural é marcada pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador dos serviços, acolhendo-a de maneira estrutural. Desse modo, o trabalho integra-se aos fins da empresa, isto é, deve ser necessário para que a empresa alcance seus fins. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO: “estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*.”¹¹³

¹¹⁰ “A própria ideia original dos seus idealizadores não veio a se concretizar: foram estendidas pouquíssimas tutelas aos parassubordinados e, mesmo assim, em entidade bastante inferior às correspondentes aplicáveis aos empregados.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 103.

¹¹¹ *Idem*, p. 103.

¹¹² *Idem*, p. 199.

¹¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, op. cit., p. 667. [Grifos do autor]

Tal conceito vem sendo paulatinamente acolhido pela jurisprudência, conquistando adeptos no Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. [...] 2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. [...] 3. COOPERATIVA. INTERMEDIACÃO DE MÃO-DE-OBRA. FRAUDE. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. O fato de estar a intermediadora de mão-de-obra constituída sob a forma de sociedade cooperativa não afasta o caráter do artifício voltado a transparecer uma situação fático-jurídica de natureza civil, ocultando a relação empregatícia. Em observância ao princípio da primazia da realidade, deve prevalecer o contrato efetivamente existente entre as partes - contrato de emprego diretamente com a cooperativa ou, ainda, com a tomadora de serviços, nos termos da Súmula 331-I/TST. **Na hipótese, conforme se extrai das premissas fáticas assentadas pelo Regional, a tomadora sempre foi a empregadora do autor, que lhe prestou trabalho habitual, subordinado e mediante salário, do que se depreende que o trabalhador encontrava-se efetivamente integrado à sua dinâmica organizativa e operacional, sendo imperioso o reconhecimento de vínculo diretamente com a Reclamada, porquanto resta configurada a terceirização ilícita diante da chamada - subordinação estrutural -.** Incidência da Súmula 331,I/TST. Registre-se, a propósito, que a Constituição explicitamente assegura aos trabalhadores largo rol de direitos trabalhistas elencados no art. 7º, -além de outros que visem à melhoria de sua condição social- (*caput* do art. 7º da Constituição), tornando ilícitas fórmulas jurídicas que suprimam direitos empregatícios a trabalhadores que laborem com os elementos da relação de emprego (arts. 2º e 3º, *caput*, da CLT). Recurso de revista não conhecido. 4. SEGURO-DESEMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. [...] 5. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. [...]. (RR - 22900-34.2004.5.02.0461 Data de Julgamento: 01/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/12/2010) [Grifou-se].

RECURSO DE REVISTA. 1. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. 1.1. “Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações”, por intermédio de “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, “*caput*” e § 1º, da Lei nº 9.472/97). 1.2. O §1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes aos usuários de telefonia fixa, eis que aproveitados em atividade essencial para o funcionamento das empresas. 1.3. **Rememore-se que o conceito de subordinação deve ser examinado à luz da inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, configurando a denominada subordinação estrutural, teoria que se adianta como solução para os casos em que o conceito clássico de subordinação se apresenta inócuo.** 2. ENQUADRAMENTO SINDICAL. NORMAS COLETIVAS APLICADAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Não evidenciando o Regional que a reclamante se enquadra em categoria diferenciada, não há como se vislumbrar as ofensas legais manejadas.

Recurso de revista não conhecido. (RR – 44100-13.2009.5.03.0003. Data de Julgamento: 23/06/2010. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: 13/08/2010) [Grifou-se].

A adoção da definição de subordinação estrutural mostra-se adequada, ainda, para identificar a existência ou não de inserção estrutural do trabalhador à dinâmica da empresa no caso concreto. Ilustrativamente, o trabalhador *a priori* autônomo, pode tornar-se, de fato, estruturalmente subordinado caso seu trabalho seja apropriado pela organização produtiva do tomador de serviços.

2.4. Subordinação estrutural-reticular

Na mesma esteira, MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES e JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR¹¹⁴ perseguem a reformulação do conceito clássico de subordinação jurídica, concebendo a noção de *subordinação estrutural-reticular*. “Desse modo, articulam a noção de subordinação estrutural proposta por MAURÍCIO GODINHO DELGADO, com a feição reticular da reorganização produtiva, mitigando, sem desprezar, a idéia de atividade preponderante do empregador.”¹¹⁵

Nas palavras dos criadores da subordinação estrutural-reticular:

Trata-se, pois, de ressignificar ou plurissignificar o conceito de subordinação jurídica, para compreendê-lo de modo dinâmico. Parafraseando o senso comum, a subordinação jurídica emerge não apenas do uso da voz do empregador, do supervisor, ou do capataz. Ela pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então “reticular”, também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo suposto empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja, mas por não ser o único empregador.¹¹⁶

Nesse sentido, os autores defendem a aplicação do conceito de subordinação estrutural-reticular, entre outros, para os transportadores proprietários das próprias carretas, que se situam na zona cinzenta entre trabalho autônomo e subordinado.

¹¹⁴ MENDES, Marcus Menezes Barberino; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica, *op. cit.*, p. 197-218.

¹¹⁵ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: Thomson IOB, v. 22, n. 263, p. 87 - 107, maio 2011, p. 103.

¹¹⁶ MENDES, Marcus Menezes Barberino; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica, *op. cit.*, p. 142 - 143.

Contudo, discordamos dos que entendem não haver subordinação nas hipóteses de trabalho autônomos-dependentes. A ‘subordinação’ neste contexto subsiste, ainda que difusa, latente e diferida, justificando, dessa forma, a extensão a eles dos direitos celetistas. O trabalhador supostamente autônomo, mas habitualmente inserido na atividade produtiva alheia, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detém nenhum controle sobre a atividade econômica. Exemplo disso, podemos citar a hipótese do motorista agregado, que é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, para quem e quando será prestado o serviço.¹¹⁷

A concepção estrutural-reticular de subordinação também recebe acolhimento jurisprudencial, notadamente no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica. E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. **A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação.** Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, *caput* - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. (TRT/MG – RO 00059-2007-011-03-00-0 – 1ª Turma - Relator: Juiz Convocado José Eduardo R. C. Júnior – J. 03/08/2007) [Grifou-se].

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR - OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação

¹¹⁷ *Idem*, p. 141.

empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido- típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras - em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. **Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos.** Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justrabalhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, **os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados.** Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, data venia, permite que **a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma - atinge seus objetivos sem empregados.** Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; **a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica.** (TRT/MG – RO 00942-2008-109-03-00-2 – 4ª Turma - Relator: Des. Luiz Otávio Linhares Renault – J. 13/12/2008) [Grifou-se].

A função ressignificante da clássica concepção de subordinação jurídica por meio da subordinação estrutural-reticular é exercida, portanto, na medida em que emerge não só das ordens que partem do empregador, mas da retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central. Abrange também a empresa que não desenvolve atividade econômica específica, como as que fornecem mão de obra a ser terceirizada.

2.5. Subordinação integrativa

Com o fito de complementar o conceito de subordinação estrutural, de modo a aclarar a tradicional dicotomia entre trabalho autônomo e subordinado, LORENA VASCONCELOS PORTO concebe a figura da subordinação integrativa, contemplando critérios excludentes da autonomia, assim definida:

A subordinação, em sua noção integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta sua atividade.¹¹⁸

A subordinação integrativa também difere da subordinação estrutural pelo fato de contemplar o acolhimento estrutural da dinâmica de organização e funcionamento da empresa como consequência da ausência de autonomia, não característica da subordinação¹¹⁹.

A abrangência da subordinação integrativa, embora mais ampla que a noção clássica, não dispensa esta figura tradicional. Por isso, LORENA VASCONCELOS PORTO sugere o uso da subordinação integrativa apenas quando a concepção clássica não for suficiente¹²⁰.

Nota-se, assim, o esforço interpretativo efetuado com o intuito de ampliar jurisprudencialmente o conceito de subordinação, de modo a incluir novos sujeitos trabalhadores no manto de proteção do Direito do Trabalho. O empenho dedicado especialmente a conceber os conceitos de subordinação estrutural, estrutural-reticular e integrativa deve inspirar os aplicadores do Direito do Trabalho a conferirem a máxima proteção possível aos trabalhadores que estejam de alguma maneira subordinados aos tomadores de seus serviços.

Nessa linha, GABRIELA NEVES DELGADO e LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA afirmam a importância dessas propostas de releitura do conceito de subordinação para inserir socialmente o trabalhador.

O Direito do Trabalho deve vestir-se de novas roupagens que sejam capazes de efetivamente inserir o homem trabalhador na sociedade capitalista contemporânea, de modo que presente a subordinação (seja ela clássica, estrutural, integrativa, mitigada, reticular ou derivada da “*relación de ajenidad*”) configurado estará o vínculo jurídico de emprego.¹²¹

¹¹⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁹ *Idem*, p. 254.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988, *op. cit.*, p. 105.

No que tange à ampliação do conceito de subordinação, LORENA VASCONCELOS PORTO advoga que pode ocorrer exclusivamente pela via interpretativa, sendo desnecessária iniciativa legislativa.

Não cremos ser necessária a intervenção do legislador na matéria; mesmo sem alteração do texto legal, pode ser conferida uma nova interpretação às normas legais pelos juízes, aos quais cabe qualificar as relações de trabalho nos casos concretos. De fato, acreditamos que a melhor alternativa é a ampliação do conceito de subordinação pela via interpretativo-jurisprudencial, sobretudo no caso do Brasil. São notórias a inércia e morosidade do legislador brasileiro quando o assunto é a regulamentação de direitos sociais trabalhistas; basta pensarmos no art. 7º, I, da CF/88 – que garante a proteção contra a dispensa imotivada –, e no art. 7º, XXI –, que prevê o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço –, os quais até hoje não foram regulamentados pelo legislador infraconstitucional. Por outro lado, **a solução interpretativa permite uma constante adaptação do conceito de subordinação às mudanças ocorridas na realidade.**¹²² [Grifou-se]

Ressalte-se, com efeito, a permanência da importância da relação jurídica empregatícia como via de acesso plena a direitos trabalhistas. Desse modo, valiosa é a iniciativa interpretativa de ampliar o conceito de subordinação jurídica tanto para incluir novos sujeitos trabalhadores, quanto para solucionar os problemas que os assolam.

Nesse sentido são as palavras de NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO:

Embora a excessiva contratação dos esforços jurídicos na categoria do contrato de emprego, como meio para a aplicação de normas de proteção trabalhistas, possa representar incontáveis exclusões, isso não significa, porém, que a referida categoria tenha se tornado obsoleta. **Da sua permanência como possibilidade – mas não como limite – parece depender um enorme contingente de trabalhadores que ainda se ativam no mercado de trabalho,** e, nesse sentido, há que se referenciar as questões ainda atuais do trabalho forçado, do trabalho infantil e da desigualdade no trabalho.

Mesmo no contexto do contrato de emprego, cuja categorização é ainda útil como forma de proteção a diversos trabalhadores, seus tradicionais pressupostos exigem releitura interpretativa, notadamente quando se trata de subordinação, para que seja possível a inclusão daqueles que se inserem em novos modos de organização da forma de trabalho, e que exatamente por isso necessitam da extensão do princípio protetivo. [Grifou-se]¹²³

¹²² PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 214.

¹²³ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 151.

Se, por um lado, é certa a relevância da relação de emprego como a mais importante via de proteção trabalhista; por outro lado, suas fronteiras não podem consistir em limite ao princípio protetor do trabalhador¹²⁴.

Não são só os trabalhadores subordinados – seja conforme o conceito clássico, objetivo, estrutural, estrutural-reticular ou integrativo – que merecem a proteção trabalhista pela via do Direito do Trabalho. À luz do art. 7º, *caput* da Constituição Federal de 1988, também se asseguram direitos fundamentais trabalhistas aos trabalhadores sem vínculo empregatício.

3. A extensão do Direito do Trabalho para as relações de trabalho em sentido amplo pela via legislativa

A simultânea inclusão que o Direito do Trabalho propicia por meio da tutela das relações de emprego choca-se com a exclusão de que padecem as relações de trabalho *lato sensu*. “É essa omissão normativa do Direito do Trabalho que”, segundo GABRIELA NEVES DELGADO, “deve impulsionar o intérprete a questioná-la”¹²⁵.

As relações de trabalho em sentido amplo, hoje não regidas pelo Direito do Trabalho, não podem permanecer legalmente desprotegidas¹²⁶. Clamam por guarida pelo manto de proteção trabalhista. É o que afirma NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO: “Nesse quadro, dentre os desafios postos à doutrina do Direito do Trabalho, se encontra justamente o de redefinir os conceitos de trabalho por conta alheia e trabalho dependente.”¹²⁷

Assim, com a missão teleológica de proteger os trabalhadores¹²⁸ – não apenas os empregados –, LORENA VASCONCELOS PORTO afirma que o Direito do Trabalho é desafiado a ampliar suas fronteiras.

¹²⁴ Nesse sentido, estudo coordenado por LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT concluiu pela necessidade de que o intérprete do Direito do Trabalho supere a dogmática legal para se adequar à realidade dos trabalhadores excluídos de sua proteção, fazendo-o, aí sim, instrumento de justiça social, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. “No fundo, propõe-se que o Direito do Trabalho se faça perpassado, traspassado, costurado, dominado e arrastado pela Constituição Federal, em especial pelos seus fundamentos, princípios e objetivos, desenhando-lhe um novo perfil, uma vez que valorizados, numa proporção mais abrangente, a pessoa humana do trabalhador, respeitado em sua dignidade e no valor que o seu trabalho possui em tudo que se constrói no mundo em que se vive.” RENAULT, Luiz Otávio Linhares; BARRETO, Sielen Caldas; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella. O direito do trabalho e todos os trabalhos com direito. *CONPEDI/2007*. p. 2.935.

¹²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 216.

¹²⁶ *Idem*, p. 228.

¹²⁷ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 148.

¹²⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 45.

Nesse sentido, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO defende a normatividade do princípio constitucional da proteção ao trabalho em sentido amplo:

A diversidade do uso e da organização da força de trabalho na contemporaneidade desloca a reflexão da centralidade do contrato de emprego, como ponto de convergência da proteção devida à pessoa que trabalha, para a normatividade do princípio da proteção, isto é, compreendido e aplicado às relações de trabalho em sentido lato.¹²⁹

A autora esclarece a necessidade de inclusão no sistema de direitos fundamentais trabalhistas dessas novas e renovadas formas de trabalho estranhas à relação de emprego, por meio do emprego de um universalismo protetor que respeite as diferenças de cada relação jurídica de trabalho:

Numa concepção em que a interferência estatal na ordem econômica seja rechaçada, e que a autonomia da vontade de caráter privado receba valorização para a livre movimentação do sistema do capital, é esperado que aquelas situações novas de contratação de mão-de-obra, que não se inserem nos pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT, sejam consideradas fora do sistema de proteção definido pelo art. 7º da Constituição. Por outro lado, sob as premissas de um universalismo homogeneizador, é compreensível a tendência de promover, via contrato de modalidades contemporâneas de gestão de mão-de-obra. Em ambas as situações, porém, o contrato permanece no epicentro irradiador das decisões jurídicas. Todavia, **o desafio que se apresenta é o de se apontar na direção do universalismo da proteção fundamental, vale dizer, para além do contrato de emprego, a ser construída, de forma adequada e concreta, em relação a cada uma, e em relação a todas as novas e renovadas situações em que o trabalho humano é exigido para a sobrevivência da pessoa que é portadora desta especial mercadoria.**¹³⁰ [Grifou-se]

Não há dúvida de que a simples efetivação dos direitos trabalhistas então positivados por si só já importa em grande ganho para o trabalhador brasileiro. O mesmo se diga da ampliação da abrangência da relação empregatícia, a fim de contemplar sujeitos trabalhadores não prestigiados pela clássica definição de subordinação. Embora essas medidas devam ser adotadas de maneira conjunta e harmônica, o resultado que parece mais adequado, segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, para compatibilizar a extensão do Direito do Trabalho no Brasil e a dinâmica com que o trabalho se desenvolve no país diz respeito à ampliação de sua base de incidência.¹³¹

Diferentemente da ampliação do conceito de subordinação – que deve ocorrer pela via interpretativa –, o juslaborista defende que o expansionismo do Direito do Trabalho para os sujeitos-trabalhadores sem vínculo empregatício ocorra preferencialmente pela via legislativa.

¹²⁹ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁰ *Idem*, p. 147-148.

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 667.

Não há dúvida de que a dinâmica de extensão do Direito do Trabalho a outras relações de trabalho *lato sensu* pode – e deve – ser mais ainda aprofundada pelo legislador. Porém indaga-se: cabe realizar-se tal dinâmica extensiva pelo caminho da interpretação e aplicação do direito posto, pela via hermenêutica, em suma?

[...] a interpretação conclusiva do Direito, realizada pelos magistrados, tem considerado, com prudência, que **semelhante passo extensivo é, antes de tudo, obra eminentemente política – a ser realizada não pelo Judiciário, mas preferencialmente pelo Parlamento, em face dos significativos e inevitáveis ajustes e adequações a serem realizados.**¹³² [Grifou-se]

Desse modo, embora a garantia de direitos fundamentais trabalhistas consubstanciados no art. 7º da Constituição Federal de 1988 seja suficiente para a aplicação da normatividade do princípio protetor para todo e qualquer trabalhador, é recomendável a edição de norma jurídica tanto para concretizar, na esfera infralegal, a universalidade dos direitos fundamentais trabalhistas a todo e qualquer trabalhador; quanto para adequar disciplina legal que respeite as peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho.

Em face da realidade fático-jurídica que permeia o trabalhador brasileiro, observa-se que a tutela do Direito do Trabalho é adequada, mas seu manto de proteção deve ser expandido para conferir patamar civilizatório mínimo à larga parcela dos trabalhadores sem vínculo empregatício no país. É com vista à inclusão socioeconômica de trabalhadores sem vínculo empregatício pela via legislativa de que cuidarão os capítulos seguintes.

¹³² *Idem*, p. 32.

CAPÍTULO II

ATUAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA TRABALHISTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

“Legislar é fazer experiências com o destino humano.”

Hermann Jahrreiss

1. Breve histórico legislativo trabalhista no Brasil: avanços e retrocessos

A tutela normativa trabalhista no Brasil¹³³ pode ser dividida em quatro fases representativas: a da Era Vargas, a partir de 1934; o período democrático de 1945 a 1964; o regime militar; e o período pós-redemocratização, marcado pelo advento da Constituição Federal de 1988.

A formalização do Direito do Trabalho no Brasil remete ao período do governo do Presidente Getúlio Vargas. Com clara inspiração na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar, de 1919¹³⁴, a Constituição Brasileira de 1934 foi a primeira a reconhecer o valor do trabalho humano, assumindo forte caráter social. Foi a primeira Carta Constitucional a superar, no país, o modelo individualista até então vigente, ao prever expressamente em seu texto o Título “Da Ordem Econômica e Social” e dispor acerca do direito à liberdade de organização sindical¹³⁵.

A Constituição brasileira de 1937 foi outorgada no início do Estado Novo, cuja disposição genérica sobre organização sindical reproduziu a Declaração III da *Carta del*

¹³³ Em 1919 também foi concebido um marco normativo trabalhista de abrangência supranacional: o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

¹³⁴ ANTONIO BAYLOS, ao tratar dos exemplos alemão e espanhol, reconhece a importância da constitucionalização dos direitos sociais, sobretudo por sua função democrática de “dotar o termo liberdade de um sentido marcadamente social” (BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 69). O juslaborista espanhol entende as manifestações iniciais desse fenômeno jurídico como mero “elenco de princípios orientadores para a legislação futura ou uma declaração de concepções políticas e sociais” (*Ibidem*), sem a devida contramedida de efetividade. Nesse sentido, argumenta: “Assim a Constituição de Weimar ou a da Segunda República Espanhola. A ambivalência do reconhecimento dos direitos fundamentais nestas experiências históricas ampliava-se, por exemplo, a forma em que estava reconhecido o ‘direito ao trabalho’ – do qual o constitucionalismo liberal não quis nem ouvir menção. Não estavam previstas quaisquer medidas para torná-lo efetivo, fazendo-o coexistir com a garantia ao direito de propriedade e com a reafirmação da liberdade de contratação. Note-se o mesmo quando constatamos o esvaziamento do reconhecimento da liberdade sindical (ao não se constitucionalizar simultaneamente a greve) ou, ainda, a compatibilização do famoso art. 165 da Constituição Weimariana sobre os conselhos de empresa com a propriedade privada dos meios de produção e uma concepção tendencialmente institucional de empresa. Igualmente, no caso da proclamação unitária do Direito do Trabalho quando havia uma rígida divisão entre relação de emprego público e relação de trabalho, privando de direitos coletivos aos titulares da primeira.” *Idem*, p. 89 - 90.

¹³⁵ COSTA, Sandra Moraes de Brito. Trabalho como Direito Humano Fundamental: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Direito do Trabalho*, Volume 125, Janeiro/Março de 2007, p. 213.

Lavoro de 1927. Proibiu-se a greve e o *lock-out*, considerados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital, tidos como “incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”¹³⁶.

Durante o seu período de vigência foi sistematizada a legislação trabalhista da época por meio da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Por isso é que a disciplina de Direito Coletivo do Trabalho consubstanciada no Diploma Consolidado reflete grande influência do ideário corporativista italiano.

A essência desse modelo autoritário persistiu após o advento da Constituição de 1946 e durante o regime militar¹³⁷.

Na esfera infraconstitucional, MAURÍCIO GODINHO DELGADO denuncia que a legislação trabalhista era segregadora. O autor sustenta que o Direito do Trabalho no Brasil sempre seguiu uma estratégia elitista de exclusão dos sujeitos-trabalhadores. Exemplo disso é que mesmo a generalização de direitos trabalhistas ocorrida na Era Vargas deixou os trabalhadores do campo – na época, quase 70% da população brasileira¹³⁸ – à margem da tutela juslaboral. A extensão da proteção trabalhista para os trabalhadores rurais só veio a ser formalizada com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/1963)¹³⁹.

Formalizada, mas não efetivada. Isso porque o Estado não dispunha de estrutura institucional adequada¹⁴⁰ para fazer valer os direitos legalmente destinados aos trabalhadores urbanos e, menos ainda, aos rurais. Daí a sublimação dos direitos trabalhistas formalmente garantidos ante a ausência de aparato Estatal para conferir-lhes eficácia social.

¹³⁶ CAMPANA, Priscila. O mito da Consolidação das Leis Trabalhistas como reprodução da *Carta del Lavoro*. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, v. 12, nº 23, p. 44 - 62, jan./jun. 2008, p. 52.

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 112 - 113.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, op. cit., p. 130.

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, op. cit., p. 663 – 664.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 664. “Efetivamente, não só se verifica, desde 1964, por 20 anos, a instauração de um regime político autoritário assumidamente impermeável a qualquer política pública sistematizada de inclusão social (e, portanto, sem maior interesse na disseminação do Direito do Trabalho), como o próprio aparelho institucional público encarregado de efetivar tal ramo jurídico era ainda claramente incipiente, com modesta presença no território nacional. É o que se passava com a Justiça do Trabalho, constituída de poucos juízes e praticamente instalada apenas em grandes cidades; com o Ministério do Trabalho, também com presença muito reduzida no interior do País; finalmente, do mesmo modo, com o Ministério Público do Trabalho presente apenas nos grandes centros, junto aos tribunais, e que sequer possuía a estrutura e as atribuições alargadas de *órgão agente*, as quais só despontaram com a Constituição de 1988.” DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, op. cit., p. 132 – 133.

A partir do golpe militar de 1964¹⁴¹, priorizou-se o crescimento econômico em prejuízo da proteção justralhista. Essas ocorrências eram tratadas como se fossem inconciliáveis.

A edição da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, proibiram a greve nos serviços públicos e nas atividades consideradas essenciais pela lei.

Segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, a Justiça do Trabalho, os sindicatos, a legislação individual protetiva, o Ministério do Trabalho e o antigo sistema previdenciário compunham um concerto destinado a “elidir o conflito socioeconômico de seu local originário e central de realização, absorvendo-o no manto do Estado” e “controlar ou cooptar as organizações e lideranças obreiras, retirando-as do âmbito de controle, fiscalização e direção de suas bases.”¹⁴²

Nesse período adveio o instrumento legal que mais vulnerou os direitos dos trabalhadores no Brasil: a Lei nº 5.107/1966, a qual instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. O novo modelo opunha-se à previsão original da CLT de indenização devida pela dispensa sem justa causa de empregados estáveis em razão da duração do vínculo empregatício por mais de uma década¹⁴³. De opcional, o FGTS tornou-se obrigatório após a Constituição Federal de 1988.

Também durante o regime militar, criou-se, por meio da Lei nº 6.019/1974, a figura do contrato de trabalho temporário, limitado temporalmente a três meses¹⁴⁴, cujo uso se alastrou no país.

Aparte nesse momento histórico foi a edição da Lei nº. 5.889/1973, que regula o trabalho rural, cujo art. 17 inclui, sob a regência desse diploma normativo, os trabalhadores rurais que prestam serviços a empregador rural, *ainda que não se configure o vínculo de dependência* previsto no art. 2º da CLT¹⁴⁵.

À exceção desse diploma legal inclusivo do trabalhador rural, as conseqüências das medidas socioeconômicas desregulamentadoras e flexibilizantes desse período foram a redução dos índices de empregos formais e a descentralização do setor de serviços.

¹⁴¹ CUNHA, Plaza Merigue da; GUERRA, Roberta Freitas. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 36, nº 137, jan. - mar. / 2010. ZAINAGHI, Domingos Sávio. (coord.) Revista dos Tribunais, 2010, p. 296 - 297.

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 113.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 47, nota nº. 1.

Findo o regime militar, no contexto da redemocratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988 afirmou o primado do Direito do Trabalho no país¹⁴⁶, acentuando a valorização da pessoa-trabalhadora em sua dignidade humana por meio da elevação dos seus direitos ao *status* de fundamentais¹⁴⁷.

Foi apenas na Constituição de 1988 que a dignidade humana alçou *status* de princípio constitucional nuclear de todo o sistema jurídico pátrio. Segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, “a dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, *fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo*, e ainda, fim, *objetivo de toda a ordem econômica*.”¹⁴⁸

Sob a atual ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são reconhecidos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV, respectivamente). A erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais despontam como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III). O trabalho manteve seu *status* de direito social (art. 6º)¹⁴⁹. O art. 7º, *caput*, adicionalmente, arrola os direitos fundamentais de todos os trabalhadores, abrindo caminho para o acréscimo “de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

A valorização do trabalho humano é destacada, ainda, como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*), a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁵⁰, sobretudo no que tange à busca do pleno emprego (inciso VIII do mesmo

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁷ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: Thomson IOB, v. 22, n. 263, p. 87 - 107, maio 2011, p. 90.

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 662. [Grifos do autor]

¹⁴⁹ A Carta democrática tentou reverter, em larga medida, o modelo nocivo precedente de desregulamentação trabalhista. Para tanto, valorizou os Direitos Sociais em face dos imperativos econômicos. Ato contínuo, o trabalho deixou de figurar apenas no Título VII, destinado à Ordem Econômica e Financeira, para ocupar posição dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, no Título II.

¹⁵⁰ ANTONIO BAYLOS manifesta-se acerca do papel estatal em equalizar os conflitos entre o poder empresário e o trabalhador, assegurando a estes direitos sociais fundamentais. “Partindo de posições contratuálistas, nas quais a forma-contrato caracteriza-se por permitir um poder privado sobre homens, a submissão ao empresário realiza-se através da ‘efetiva ordenação no círculo de poder do empresário’”. A posição de desigualdade ante a mais importante manifestação do poder social da propriedade deve ser limitada ou atenuada pela ação do Estado, que protege o trabalhador ‘em virtude de sua situação social’, atribuindo-lhe direitos e prerrogativas que a outros profissionais não são reconhecidos. / Uma das formas de intervenção estatal consiste em reconhecer ao trabalhador ‘direitos sociais fundamentais’, o que leva à tutela legal dos interesses do trabalhador através da ampliação da legislação estatal ao campo da proteção social e da administração planejada da força de trabalho, na qual cumpre um papel importante a chamada ‘democratização’ da economia por meio da instituição de

artigo). Nessa esteira, o art. 193 consigna que o primado do trabalho é base da ordem social, objetivando o bem-estar e a justiça social¹⁵¹.

O reconhecimento constitucional da “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso” pelo art. 7º, inciso XXXIV é um dos avanços da Carta vigente em face de suas antecessoras. Mesma sorte, contudo, não têm os demais trabalhadores *lato sensu* no Brasil. Estes carecem de patamar jurídico essencial que lhes assegure, observadas suas peculiaridades, a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno.

Outros avanços foram a garantia de liberdade sindical (art. 8º)¹⁵² e o alargamento das atribuições do Ministério Público do Trabalho, como *órgão agente* apto para ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público (art. 114, §3º)¹⁵³.

A afirmação dos direitos trabalhistas, contudo, não é tão categórica na Constituição de 1988¹⁵⁴. O Texto Constitucional vigente deixou, timidamente, que lei ordinária regulasse

organismos de participação na empresa.” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 69 – 70.

¹⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 658 - 663. Nesse sentido, ainda afirma: “A submissão da propriedade à sua função socioambiental, ao mesmo tempo em que afirma o regime da livre iniciativa, enquadra-o, rigorosamente, em leito de práticas e destinações afirmatórias do ser humano e dos valores sociais e ambientais. É inconstitucional, para a Carta Máxima, a antítese ‘o lucro ou as pessoas’; a livre iniciativa e o lucro constitucionalmente reconhecidos – e, nessa medida, protegidos – são aqueles que agreguem valores da sociedade, à higidez do meio ambiente geral, inclusive o do trabalho.” *Idem*, p. 660. Nessa esteira, GABRIELA NEVES DELGADO lamenta: “A preocupação da sociedade civil é puramente econômica. Vive-se num trágico mercado de interesses. Desse modo o trabalhador é visto apenas como a força de trabalho direcionada para determinada produção ou tarefa e não como um sujeito que contribui, mas também usufrui, da dialética do trabalho.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵² No que concerne aos Direitos Coletivos, ARION SAYÃO ROMITA assevera que “a novidade teórica trazida pela Constituição consiste na inserção do capítulo dos ‘Direitos sociais’ no título dedicado aos ‘Direitos e garantias fundamentais’, ao lado dos ‘Direitos individuais e coletivos’ e, no que concerne às inovações trazidas pela Constituição de 1988, ‘situam-se no destaque conferido à negociação coletiva, na consagração da autonomia sindical e no reconhecimento do direito de greve” ROMITA, Arion Sayão. *Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos*. Editora LTR, 1991, p. 12.

¹⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁴ A despeito de consistir em fundamento da ordem econômica, o empresariado brasileiro ainda tece muitas críticas acerca da regulamentação trabalhista, taxando-a de excessivamente onerosa e ultrapassada (CUNHA, Plaza Merigue da; GUERRA, Roberta Freitas. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho, *op. cit.*, p. 291), incompatível com o desenvolvimento do país na atual fase do capitalismo globalizado (DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 70) e culpando-a pelo alto índice de desemprego. ARNALDO SÜSSEKIND desconstrói esses argumentos falaciosos: “Os neoliberais, para defenderem a desregulamentação do Direito do Trabalho, invocam, principalmente, o chamado ‘custo Brasil’, como se os tributos e encargos que incidem sobre os salários nele tivessem participação significativa. Para tanto, afirmam que os empregadores são onerados com 102% sobre a folha de salários, quando, na verdade, essa incidência corresponde a pouco mais de 50%. É que a tabela amplamente divulgada computa injustamente: / a) as despesas decorrentes de despedidas arbitrárias ou sem justa causa, as quais, quando não praticadas, não possibilitam a devolução do seu valor aos consumidores; / b) o custo aleatório do salário-enfermidade, como se todos os empregados adoecessem anualmente por mais de quinze dias

parcela relevante dos direitos sociais ali consagrados, dentre os quais a proteção contra a dispensa imotivada, consubstanciada no art. 7º, I, e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, constante do art. 7º, XXI, os quais ainda se encontram pendentes de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

Além disso, um dos retrocessos presentes na Constituição Federal de 1988 foi a fixação da obrigatoriedade do FGTS, criação jurídica das mais nocivas ao trabalhador, outrora opcional.

O fim da estabilidade por tempo no emprego estimulou a admissão de novos empregados por salários inferiores aos pagos para os desligados dos mesmos cargos. De 2003 a 2009, a taxa média de rotatividade brasileira foi de aproximadamente 36%, excluindo-se os desligamentos por transferências, aposentadorias, falecimentos e demissão voluntária¹⁵⁵. Outro dado que surpreende negativamente é que “cerca de 2/3 dos vínculos são desligados antes de atingirem 1 ano de trabalho e o tempo médio do emprego formal é de, aproximadamente, apenas 4 anos”¹⁵⁶.

e a empresa contratasse trabalhadores para substituí-los nesse período. A remuneração do substituído compõe o salário mensal que serve de base de incidência dos 35,80% dos encargos sociais, razão por que não pode ser novamente considerado.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Belo Horizonte: Renovar, 2010, p. 84). Em sua dissertação, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO relaciona mercado de trabalho e marginalidade social, demonstrando que “nesse período de mudanças sociais e de insegurança econômica, [...] a consequência de se transformar a força de trabalho em mercadoria é mais ampla do que seus efeitos sobre o funcionamento ordinário do mercado de trabalho.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁵ MOVIMENTAÇÃO CONTRATUAL NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL E ROTATIVIDADE NO BRASIL – MTE, p. 18. Disponível em <http://www.mte.gov.br/institucional/rotatividade_mao_de_obra.pdf>. Acesso em 21/12/2010. Em 2009, mais de 19 milhões de trabalhadores foram desligados do estabelecimento em que estavam empregados. Desses, mais de 12 milhões (62% dos desligados) pertenciam a 111 empresas (5,5% das declaradas na Relação Anual de Informações Sociais - Rais). (*Idem*, p. 20)

¹⁵⁶ A partir dos resultados do estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE, no âmbito do projeto *Desenvolvimento de Metodologia de Análise de Mercado de Trabalho Municipal e Qualificação Social para Apoio à Gestão de Políticas Públicas de Emprego, Trabalho e Renda*, conclui-se: “O mercado de trabalho formal brasileiro caracteriza-se por uma forte flexibilidade contratual. [...] / Praticamente não existe limitação à demissão no Brasil. A restrição é principalmente de ordem econômica. O Brasil não é signatário da Convenção 158 da OIT, que busca inibir a demissão imotivada.” MOVIMENTAÇÃO CONTRATUAL NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL E ROTATIVIDADE NO BRASIL – MTE, p. 19 - 20. Disponível em <http://www.mte.gov.br/institucional/rotatividade_mao_de_obra.pdf>. Acesso em 21/12/2010. Urge ressaltar, com efeito, que MÁRCIO TÚLIO VIANA entende que a não ratificação do referido diploma normativo internacional não impede que o seu dispositivo que veda a dispensa arbitrária seja auto-aplicável no Brasil. (VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 488 - 496).

A emergência da ideologia desconstrutivista do Direito do Trabalho prejudicou a consolidação do ideal de um Estado Democrático de Direito.¹⁵⁷ Na década de 1990, foram adotadas medidas neoliberais de desregulamentação e flexibilização¹⁵⁸ dos direitos trabalhistas.

Segundo a lógica neoliberal, o mercado trataria de equilibrar os efeitos da automação, na medida em que o crescente número de desempregados reduziria o valor dos salários, o que favoreceria o novo aumento de contratações por parte dos empregadores e a redução do desemprego¹⁵⁹.

Busca-se, assim, estabelecer *legislação trabalhista amigável*¹⁶⁰, subtraindo o viés protetivo do Direito do Trabalho para favorecer o desenvolvimento econômico das empresas.

É notório que a igualdade jurídica do trabalhador com os detentores do capital e dos meios de produção no mercado capitalista, sob a qual se esteia o mito da liberdade contratual, não se confirma na realidade da quase totalidade das relações de trabalho no Brasil¹⁶¹.

Nesse período, MAURÍCIO GODINHO DELGADO identifica a intensificação da “recusa brasileira à generalização do Direito do Trabalho e conseqüente exclusão das grandes majorias”¹⁶². A isso LORENA VASCONCELOS PORTO denomina tendências “involutivas” observadas na legislação e na jurisprudência pátrias, amparadas por parcela ultraliberal da doutrina¹⁶³.

No campo político, foi instituída, em 1992, “Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho”, que pretendia substituir os direitos individuais do trabalho constantes do diploma consolidado por “um conjunto de normas dispositivas” passíveis de negociação coletiva¹⁶⁴. As propostas não prosperaram, em face da deposição do presidente Fernando

¹⁵⁷ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988, *op. cit.*, p. 97.

¹⁵⁸ Em nome do desenvolvimento econômico do país, o Estado e as empresas atentaram contra os direitos sociais daqueles que detêm, em regra, menor capacidade de resistência.

¹⁵⁹ CUNHA, Plaza Merigue da; GUERRA, Roberta Freitas. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶¹ *Idem*, p. 83.

¹⁶² DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶³ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 137.

Collor de Mello, no mesmo ano. Mesmo intuito possuía o Projeto de Lei nº. 5.483/2001¹⁶⁵, cuja tramitação foi interrompida pela Mensagem nº 78/2003, da Presidência da República.

Também foi apresentada Proposta legislativa de Emenda à Constituição nº. 341/2003, com o fito de retirar a proteção conferida pela Constituição de 1988 aos direitos sociais, remetendo a disciplina dos direitos trabalhistas para lei infraconstitucional. Em repúdio a essa iniciativa, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO assevera que “há inconstitucionalidade em propostas que venham violar a própria ideia de proteção dos direitos fundamentais.”¹⁶⁶

Nas palavras da autora:

Sob a premissa da normatividade do princípio protetivo, e levando a sério os direitos fundamentais próprios às pessoas que vivem do trabalho, deve ele representar limite ao poder de reforma constitucional, motivo pelo qual não pode ser considerada constitucional proposta de emenda que pretenda a mera *desconstitucionalização* dos direitos sociais trabalhistas, a pretexto de que eles *sobrecarregam* a Constituição (tal como ocorre no caso da PEC nº 341/2003).¹⁶⁷

Foram aprovadas, no entanto, alguns diplomas normativos prejudiciais aos trabalhadores brasileiros. Em 1994, adveio a Lei nº. 8.949, que acresceu parágrafo único ao art. 442 da CLT, segundo o qual não há vínculo de emprego entre a cooperativa e os cooperados, nem entre estes e os tomadores de seus serviços. Disso resultou um aumento acentuado das relações simuladas de cooperativismo¹⁶⁸, como via de fuga do Direito do Trabalho.

Na esteira da desregulamentação e da flexibilização trabalhistas, a Lei nº. 9.601/1998 instituiu o contrato de trabalho por prazo determinado e o banco de horas. MAURÍCIO GODINHO DELGADO assevera que esta contratação provisória é manifestamente precária “quer quanto ao tempo (máximo de dois anos, com renovações sucessivas de curto período dentro desse lapso), quer quanto aos direitos laborativos (restrições a clássicos direitos regulados na CLT).”¹⁶⁹ Não menos nocivo é o regime de compensação anual de horas trabalhadas, que legitima a contínua violação ao limite constitucional diário e semanal à jornada de trabalho.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 139.

¹⁶⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 142.

¹⁶⁸ Ressalte-se que o cooperativismo importa apenas em presunção relativa de sua ausência de relação de emprego, porque se desconstitui o cooperativismo simulado e reconhece-se o vínculo empregatício caso ausentes a dupla qualidade e a retribuição pessoal diferenciada, e presentes os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia.

¹⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 138.

Some-se a essa tendência legislativa involutiva a extensão do contrato de estágio para estudantes do ensino médio, alteração promovida pela Medida Provisória nº. 2.164-41/2001 à antiga Lei do Estágio (nº. 6.494/1977). MAURÍCIO GODINHO DELGADO acusa essa inovação de afastar o estágio da conexão com a formação acadêmico-profissional do estudante e aproximá-lo de uma espécie de servidão voluntária¹⁷⁰.

Acerca da atividade legislativa pátria, MAURÍCIO GODINHO DELGADO lamenta a tradicional tendência de desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas. Para tanto, destina-se menor proteção legal para situações jurídicas supostamente novas. Foi o que ocorreu com os trabalhadores aprendizes, estagiários e temporários.

Nas palavras do juslaborista:

Em primeiro lugar, os experimentos que o legislador tem feito, nas últimas décadas, no Ocidente e neste país, de alargamento de certo estuário de direitos trabalhistas para, supostamente, fora das fronteiras de relação de emprego têm se destacado como artifícios de desregulamentação e/ou flexibilização trabalhistas. Em síntese, como a antítese ao alargamento dos direitos fundamentais, erigindo-se, na verdade, como mecanismo em prol de sua pulverização.

Nestes vários experimentos têm-se atenuado o enquadramento da clássica relação de emprego, criando-se situações supostamente novas de contratação trabalhistas, com direitos mais restritos do que os tradicionalmente assentados. Não se desconhece que as situações especialmente reguladas são, efetivamente, empregatícias; porém, mediante artifícios normativos, confere-se a elas tratamento jurídico menos favorável.

É que usualmente tem-se feito com o trabalhador jovem (no Brasil já se chegou a admitir o salário-mínimo de menores, abaixo do modesto padrão geral do país, em certo período do regime autoritário pós-1964!). Neste grupo se englobam os trabalhadores sujeitos a aprendizagem (contrato especial que hoje pode se estender até os 23 anos! – Lei nº 11.180/2005; art. 428, CLT) e os trabalhadores estagiários (que não têm limite etário, a propósito).

É o que se tem feito com os inúmeros incentivos à contratação a termo – artificialmente estimulada, na década de 1990, na Espanha, na Argentina e no Brasil, por exemplo (neste país, mediante o pacto precário de Lei nº 9.601/1998).

É o que também reiteradamente se sugere realizar com respeito a certos empregadores, como, ilustrativamente, os micro e pequenos empresários (projeto de lei, regulador da Micro e Pequena Empresa, atualmente em exame do Congresso Brasileiro, prevê direitos mais restritos para os respectivos empregados¹⁷¹).¹⁷²

¹⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷¹ Neste caso, há discriminação em razão do empregador e não do empregado. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº. 1.567/2003, de autoria do deputado Almir Moura (PL/RJ) está assim ementado: “Acrescenta parágrafo ao art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho para permitir a redução do intervalo para repouso ou refeição dos empregados de microempresas e de empresas de pequeno porte nas condições que especifica.” Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=126081>. Acesso em 14/03/2011. A proposição legislativa não foi submetida a qualquer apreciação desde sua apresentação à Câmara dos Deputados.

¹⁷² DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, *op. cit.*, p. 665 – 666.

O autor ressalta que, a despeito da nociva prática legislativa verificada, “parte significativa do avanço desregulamentador e flexibilizador da ordem jurídica trabalhista concretizou-se nas últimas décadas (desde o regime militar e se aprofundando nos anos 90) *independentemente de autorização legal*.”¹⁷³ Foi o que ocorreu com a terceirização trabalhista, que se disseminou no mercado sem qualquer regulamentação legal.

A esse respeito, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR tece críticas a Projetos de Lei que, sob o pálio de moderar os efeitos maléficos da terceirização, utilizam fórmulas tão abertas para conceituar o instituto, que passam longe do objetivo alegado¹⁷⁴.

O ideário ultraliberal ressoou até mesmo na jurisprudência trabalhista da década de 1990, que chancelou as investidas flexibilizantes pela via interpretativa¹⁷⁵. A situação foi neutralizada com o advento da Resolução Administrativa nº. 121/2003, em que o Tribunal Superior do Trabalho “iniciou importante processo de reestruturação de praticamente toda a sua jurisprudência sumulada. Essa reestruturação, felizmente, passou a balizar, de modo muito claro, as fronteiras máximas do processo interpretativo flexibilizatório, colocando aparente termo final à tendência dominante na década de 1990.”¹⁷⁶

Atento às modificações por que passou o mundo do trabalho e ciente de que a relação de emprego não é mais a forma preponderante com que o trabalhador se insere no mercado de trabalho, o legislador constituinte derivado, no contexto da reforma do Judiciário, editou a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual dilatou substancialmente a competência imprópria da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, uma das ampliações processuais mais significativas

¹⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 138. [Grifos do autor]

¹⁷⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização e a Lógica do Mal. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 54 – 55. O Projeto de Lei nº. 1.621/2007, de autoria do deputado Vicentinho (PT/SP), possui a seguinte Ementa: “Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista.” Este assim conceitua, em seu art. 2º, inciso I, “terceirização é a transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado”. O art. 3º, § 1º da mesma proposta legislativa dispõe: “Entende-se por atividade fim, o conjunto de operações, diretas e indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.” O projeto encontra-se pendente de apreciação pelas Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=359983>. Acesso em 14/04/2011.

¹⁷⁵ “Contudo, ainda assim, é necessário reconhecer que a flexibilização interpretativa foi muito além de certos naturais ajustes e adequações da ordem jurídica à mudança social: é que ela contribuiu para construir, nos anos 1990, verdadeiramente nova cultura em torno do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, reduzindo, em muito, a efetividade de suas regras e princípios jurídicos.” DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

do ramo justralhista foi a de processar e julgar não só os processos envolvendo relações jurídicas empregatícias, mas os decorrentes de relações de trabalho não empregatícias.

Na esteira da ampliação processual da competência da Justiça do Trabalho, a tendência legislativa de ampliação da base de incidência do Direito do Trabalho foi confirmada pelo advento da Lei nº 12.023/2009, que dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e ampliou a extensão do ramo jurídico trabalhista aos trabalhadores avulsos.

Na mesma linha, a nova Lei do Estágio (nº 11.788/2008) – em que pese não assegurar todos os direitos fundamentais do trabalho – reverteu a lógica perversa do normativo anterior (Lei nº 6.494/1977), suprimindo dessas relações educacionais-laborativas o exagero liberalista de outrora¹⁷⁷.

Todavia, note-se que a proteção do Direito do Trabalho ainda exclui, ilustrativamente, os trabalhadores autônomos, os médicos residentes, as pessoas jurídicas individuais prestadoras de serviços, os sócios minoritários sem poder de direção sobre a empresa, entre outros¹⁷⁸.

No contexto de fragilidade em que se encontra grande parcela dos sujeitos-trabalhadores, afirmam MANUEL ALONSO OLEA e MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE: “conclusión de la reflexión hecha hasta ahora es que la realidad social sobre la que el Derecho Del Trabajo descansa, como al principio se dijo, es precisamente el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena.”¹⁷⁹

No Brasil, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO afirma que: “A questão central que se apresenta é a da garantia dos direitos sociais a todos os trabalhadores, nas diversas e variadas formas de ocupação. O sentido que precisa ser construído sobre o art. 7º da Constituição é a extensão dos direitos sociais.”¹⁸⁰

Para além da via interpretativa, sugere-se, portanto, que seja promulgada legislação protetiva de abrangência universal para que o preceito constitucional do valor do trabalho humano como fundamento da República Federativa do Brasil e da sua ordem econômica e social assegure, de fato, bem-estar e existência digna à totalidade dos trabalhadores, conforme os ditames da justiça social.

¹⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito do trabalho, *op. cit.*, p. 30 – 32.

¹⁷⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 33.

¹⁷⁹ ALONSO OLEA, Manuel; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho Del Trabajo*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 148.

2. Tipos de interferência legislativa na extensão de direitos trabalhistas

A competência legislativa impõe a obrigação de empreender as providências reclamadas. Cumpre ao legislador “colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O *poder de legislar* converte-se, pois, num *dever de legislar*.”¹⁸¹

Especificamente em relação à inclusão de sujeitos-trabalhadores não empregados na esfera de proteção justralhista, o legislador tem o dever de intervir na ordem jurídica para editar norma que concretize os preceitos constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da promoção da justiça social e da proteção à totalidade dos trabalhadores, por meio da melhoria de sua condição social.

Ademais, o dever de legislar também tem de ser exercido, à luz da Constituição de 1988, para atender ao grito de socorro dessa legião de trabalhadores que se encontra à margem do manto de proteção do Direito do Trabalho. Nesse sentido, *é recomendável a elaboração de leis tanto para regular – de maneira adequada às peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho – as situações jurídicas não previstas nos diplomas legais ora vigentes; quanto para blindar o ordenamento jurídico das artimanhas forjadas para fugir ao escudo justralhista, concretizando, na esfera infralegal, a universalidade dos direitos fundamentais trabalhistas a todo e qualquer trabalhador.*

2.1. Ampliação de direitos empregatícios por expressa determinação legal

A legislação pode ser instrumento de ampliação da base de incidência do Direito do Trabalho para trabalhadores sem vínculo empregatício.

Exemplo de expressa determinação legal ampliativa da extensão do manto de proteção justralhista ocorrida no Brasil refere-se aos trabalhadores avulsos. Nesse caso, o legislador relevou a ausência do elemento fático-jurídico da subordinação jurídica para, ainda assim, conferir direitos trabalhistas a esses trabalhadores que ofertam “sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles”¹⁸², por meio de entidade intermediadora de mão de obra.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira e FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 2ª ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em 05/04/2011.

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 328.

Os trabalhadores portuários avulsos não possuem, assim, relação de emprego com os tomadores de seus serviços, mas, por opção legislativa, recebem tratamento jurídico de empregados¹⁸³. A conquista desses direitos empregatícios para os trabalhadores avulsos foi consagrada por meio da previsão, no inciso XXXIV, do art. 7º da Constituição de 1988, de igualdade entre os trabalhadores com vínculo empregatício e os avulsos¹⁸⁴.

Enalteça-se, assim, a percepção de GABRIELA NEVES DELGADO, de que “*O critério de regência normativa do trabalho avulso pode ser inspirador, de certo modo, do critério de aplicação do Direito do Trabalho a trabalhadores exclusivamente autônomos ou eventuais*”¹⁸⁵.

Assim, a possibilidade de extensão do manto de proteção trabalhista para novos sujeitos-trabalhadores por expressa determinação legal reforça a ideia de assegurar patamar jurídico mínimo a todos os trabalhadores sem vínculo empregatício.

2.2. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho

Denomina-se *própria* a competência Judiciária constitucionalmente fixada. A Constituição de 1988, com efeito, autoriza a Justiça do Trabalho a processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, *na forma da Lei*”. Daí decorre a possibilidade de ampliação da competência *imprópria* da Justiça do Trabalho, por meio da ação do legislador ordinário, com fundamento art. 114, inciso IX do texto constitucional.¹⁸⁶

Nesse sentido, o pequeno empreiteiro, operário ou artífice, foi destinatário legal de benefício somente na esfera processual trabalhista. Não lhes foram assegurados direitos trabalhistas em sentido material. O art. 652, “a”, III, da CLT apenas admite que litiguem matéria de natureza cível na Justiça do Trabalho. O legislador optou por franquear-lhes o uso

¹⁸³ Atribui-se à tradicional força da organização político-sindical dos trabalhadores eventuais do tipo portuários-avulsos a conquista dessa equiparação aos trabalhadores empregados e sua conseqüente inclusão como detentores dos direitos trabalhistas a eles assegurados (DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, *op. cit.*, p. 666). Essa sólida organização coletiva remonta aos tempos da República Velha, quando era intensa a pressão dos sindicatos do segmento portuário pela conquista de direitos empregatícios, sobretudo nas docas de Santos-SP (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 329). A expansão da proteção trabalhista destinada aos trabalhadores portuários avulsos ocorreu paulatinamente. Assegurou-se-lhes salário-família com o advento do Decreto nº 53.153/1957, férias por meio do Decreto nº 61.851/1957, 13º salário (regulado pela Lei nº 4.090/1962) e FGTS com o advento da Lei nº 5.107/1966 (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 54).

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 220. [Grifou-se]

¹⁸⁶ SILVA, Mario Bezerra da. *Relação de trabalho, um estudo da competência trabalhista*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Revista Eletrônica]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3910>. Acesso em: 01/07/2011.

do *jus postulandi* e de outras especificidades da processualística trabalhista, em decorrência da hipossuficiência desses trabalhadores autônomos¹⁸⁷.

No contexto da chamada reforma do Judiciário, o legislador constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, também ampliou a competência da Justiça do Trabalho, constante do art. 114 da Constituição Federal de 1988, autorizando-a a processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho em sentido amplo, transpondo as fronteiras da relação de emprego, passando a apreciar também as causas decorrentes de relações de trabalho sem vínculo empregatício.

Segundo afirma CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, essa competência derivada autoriza “a Justiça do Trabalho, à míngua de disciplinamento legal e específico, a processar e julgar questões inerentes às respectivas relações de trabalho, valendo-se, para tanto, das normas não trabalhistas já existentes.”¹⁸⁸

Tal como ocorrido com os pequenos empreiteiros, a ampliação de competência da Justiça do Trabalho promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 não concede aos trabalhadores não empregados os direitos materialmente trabalhistas, restringindo-se à esfera processual¹⁸⁹.

Ocorreu, assim, ampliação da competência da Justiça do Trabalho para alcançar o trabalho sem vínculo empregatício, cujo trabalhador pode recorrer ao Poder Judiciário Trabalhista para discutir matéria que não é da competência original desta Justiça especializada. Ao ramo Trabalhista do Poder Judiciário cabe, então, apreciar controvérsias que, apesar de não tratarem estritamente de relação de trabalho, dela decorrem, como consta do art. 114 da Constituição Federal de 1988.

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA discorre sobre as repercussões da Emenda Constitucional nº. 45/2004 em relação ao conceito de subordinação:

Na realidade, ao transvestir-se a relação de *emprego* em *relação de trabalho*, como o sujeito de uma relação jurídica como centro de uma tutela especial na qualidade de prestador de serviços, **já se caminhou para um espectro bem mais amplo de abrangência, com evidente esmaecimento do anterior *punctus de conceituação* – a *subordinação*** –, o que ocorre em várias situações jurídicas que, embora tenham o trabalho por objeto, não se podem incluir nas linhas tradicionais do chamado *vínculo subordinativo*, o que se dará através de figuras típicas, que se acantonam e se agrupam em razão de uma prestação de serviços como que *parassubordinada* ou daqueles que compõem as categorias de prestadores ou de partes em relações de trabalho, *assemelhadas* às dos trabalhadores propriamente ditos. Tais

¹⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 54.

¹⁸⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 212.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 55.

relações, agora alcançadas pelo inciso IX, do art. 114, da Constituição, se geram *controvérsias*, também estas serão dirimidas pela Justiça do Trabalho, ‘na forma da lei’, na suposição de que se haverá de atender a um critério não apenas enunciativo na lei regulamentadora, mas que, ainda que não casuístico, deverá conter ele uma previsão da espécie ou das espécies tipificadas ou *assemelhadas* dessas relações ou se compõem elas institutos jurídicos já conformados no direito material que não seja contrato de trabalho¹⁹⁰. [Grifou-se]

Em decorrência da ampliação da competência imprópria da Justiça do Trabalho, o juslaborista afirma que o princípio da proteção abarca, agora, toda a atividade-trabalho¹⁹¹.

Nessa esteira, MAURÍCIO GODINHO DELGADO afirma que o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004 realça que as atividades laborais não empregatícias também estão abrangidas pelo conceito de direito fundamental ao trabalho¹⁹², à exceção das que configurem relação de consumo¹⁹³ e prestação de serviços por efetiva pessoa jurídica¹⁹⁴.

Fato é que o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 vislumbra tendência legislativa favorável à concessão de direitos trabalhistas tradicionalmente destinados apenas a empregados, também para trabalhadores não integrantes de relações empregatícias.

Nesse sentido, frisa GABRIELA NEVES DELGADO:

Embora se trate, sem dúvida, de preceito de direito processual (competência judicial), o surgimento do novo dispositivo aponta a intenção da Constituição Federal de estender o Direito do Trabalho, ainda que por indução cultural, vez que a Justiça do Trabalho há várias décadas é rigorosamente especializada na aplicação do segmento jurídico trabalhista.¹⁹⁵

A extensão do manto de proteção processual trabalhista, desta feita, instiga a reflexão sobre o expansionismo ainda maior para os trabalhadores em sentido amplo, de modo a alcançar o Direito material do Trabalho.

¹⁹⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, op. cit., p. 43.

¹⁹¹ *Idem*, p. 42 - 43.

¹⁹² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, op. cit., p. 664 - 665.

¹⁹³ “Ora, o sistema judicial de proteção ao hipossuficiente trabalhador está muito bem estruturado na Justiça do Trabalho, ao passo que o sistema judicial de proteção ao consumidor também está muito bem estruturado na Justiça Comum. Não haveria fundamento consistente para a Constituição – que também erige a celeridade e a efetividade do processo judicial como direito e princípio fundamentais (art. 7º, LXXVIII) e a eficiência como princípio de estruturação e funcionamento do Estado (art. 37, *caput*) – ignorar a racionalização e especialização já consolidadas nestes segmentos judiciais. / Além disso, o Direito do Consumidor, regra geral, lança sua tutela jurídica sobre o destinatário da mercadoria ou do serviço alienados e não sobre seu prestador, em contraponto com o Direito do Trabalho que firma sua tutela jurídica sobre o prestador laborativo. Nesta dimensão os direitos se chocam, produzindo o Direito do Consumidor, caso confundido com o Direito do Trabalho, perigosa desconstrução das razões de existência do segmento juslaborativo especializado.” *Idem*, p. 665.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 217.

2.3. Limitação legal aos direitos empregatícios

A atuação legislativa também ocorre para limitar direitos empregatícios de trabalhadores que preencham todos os elementos fático-jurícos da relação de emprego, isto é, efetivamente empregados.

Além de guardar consonância com a Constituição Federal de 1988, essa limitação legislativa de direitos trabalhistas deve observar notadamente os princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho, dentre os quais o da isonomia e o da vedação ao retrocesso sociojurídico.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO discorre acerca do princípio da isonomia, consagrado expressamente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Segundo o doutrinador, o princípio da isonomia permite conferir tratamento jurídico desigual para pessoas e situações efetivamente distintas entre si. Além disso, deve haver correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida. Por fim, a discriminação deve guardar consonância com os interesses protegidos na Constituição¹⁹⁶.

Acerca do princípio da vedação ao retrocesso sociojurídico, DANIELA MURADAS REIS destaca sua aplicabilidade em matéria trabalhista, por imposição do art. 3º, II e do art. 7º, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988. Segundo o referido princípio, novas normas trabalhistas, quando comparadas ao estuário jurídico então vigente, somente podem advir em benefício do trabalhador, não em seu prejuízo¹⁹⁷.

Tratamento normativo especial que limita direitos empregatícios é ilustrado pela disciplina constitucional e legal destinada aos empregados domésticos no país¹⁹⁸.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, os empregados domésticos tinham direito apenas à anotação na carteira de trabalho para fins previdenciários e às férias. A partir de então, o art. 7º, parágrafo único assegurou a esses empregados salário mínimo, irreduzibilidade salarial, gratificação natalina, repouso semanal remunerado, adicional de um terço de férias, aviso prévio, aposentadoria; além de licenças maternidade e paternidade, consignadas no art. 1º, § 1º do ADCT¹⁹⁹; vale-transporte, por força do Decreto nº

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁹⁷ “Portanto, os princípios da norma mais favorável e da progressividade dos direitos humanos *vinculam* o Poder Legislativo e *estabelecem obstáculos intransponíveis ao retrocesso sociojurídico do trabalhador*”. REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 21.

¹⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 354.

95.247/1987; bem como, facultativamente, FGTS, em decorrência do acréscimo do art. 3º-A à Lei do Empregado Doméstico²⁰⁰. Ainda lhes é negado limite à jornada de trabalho.

A tutela jurídica dos empregados domésticos também é compatível com o princípio da vedação ao retrocesso sociojurídico trabalhista, na medida em que as normas sucessivamente editadas só ampliaram seus direitos. Nas palavras de DANIELA MURADAS REIS, “as alterações legislativas de ordem econômica ou social que, sob a perspectiva global, atendem o sentido dinâmico e positivo inerente à noção de progresso não consubstanciam ofensa aos princípios basilares do Direito do Trabalho e do Direito Internacional”²⁰¹.

A proteção dirigida aos trabalhadores domésticos, no entanto, está aquém do patamar civilizatório mínimo de direitos necessário ao trabalho em condições de dignidade²⁰². Esse tratamento jurídico discriminatório teve reconhecimento mundial: em 16 de junho de 2011, foi aprovada a Convenção nº. 189 da Organização Internacional do Trabalho, que prevê a igualdade de direitos entre os empregados em geral e os empregados domésticos²⁰³. Tal instrumento internacional reforça a esperança de que todos os trabalhadores tenham seus direitos fundamentais trabalhistas assegurados.

Não se pode olvidar que os princípios do Direito do Trabalho devem inspirar a atividade de elaboração normativa. Conforme ensina AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ:

Os princípios do Direito do Trabalho constituem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho; assim sendo, não pode haver contradição entre eles e os preceitos legais. Estão acima do direito positivo, enquanto lhe servem de inspiração, mas não podem tornar-se independentes dele.²⁰⁴

Ora, o Direito de Trabalho é fundado nos princípios da proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, além de ser orientado pelos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso sociojurídico. Logo, não se pode conceber a edição de leis que neguem estuário jurídico civilizatório mínimo a todo e qualquer trabalhador, sob pena de violação aos próprios fins norteadores do ramo jurídico trabalhista.

²⁰⁰ *Idem*, p. 365.

²⁰¹ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*, op. cit., p. 22.

²⁰² Ressalte-se a duvidosa compatibilidade do art. 7º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 com o princípio da isonomia. Isso porque o só fato de os trabalhadores domésticos prestarem serviços em residências não autorizaria a supressão de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta. Esse estuário jurídico mínimo deve ser destinado a todo e qualquer trabalhador, independentemente da natureza não lucrativa do tomador de seus serviços. Igualmente, inexistente correlação lógica entre a prestação laboral doméstica e a restrição de direitos trabalhistas. Tratar-se-ia, assim, de *discrímen* fixado em desacordo com os princípios norteadores do ramo jurídico trabalhista.

²⁰³ A aprovação da Convenção nº 189 da OIT inspirou o senador Lindbergh Farias (PT-RJ) e outros pares a apresentarem Proposta de Emenda à Constituição nº. 59/2011, para ampliar direitos dos empregados domésticos.

²⁰⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 49.

3. O fundamento democrático de direito da Constituição Federal de 1988: abertura para a extensão de direitos fundamentais trabalhistas

Segundo JOAQUIM CARLOS SALGADO, “Os direitos fundamentais são aquelas prerrogativas das pessoas, necessárias para uma vida satisfatória e digna, garantidas nas Constituições.”²⁰⁵

A eficácia dos direitos fundamentais verifica-se, primeiramente, de maneira vertical, isto é, em face do Estado. Diante disso, será feita uma breve análise dos paradigmas de Estado Constitucional contemporâneos.

Sob a égide do Estado Liberal, de inspiração iluminista, partia-se do pressuposto teórico de igualdade entre os indivíduos para preservar sua esfera privada – notadamente a propriedade privada – contra a interferência estatal. “Ao Estado mínimo competia garantir o máximo de liberdade aos indivíduos.”²⁰⁶

Marcos político-constitucionais desses direitos fundamentais de liberdades negativas são a Constituição Americana, de 1787; a Constituição Francesa, de 1789; e, no Brasil, a Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891.

Nessa dimensão político-constitucional liberal, a cidadania era exercida por meio da democracia representativa, apenas no momento do voto. O regime de voto censitário, no entanto, restringia o exercício da cidadania apenas a uma parcela da população, “o que, para os trabalhadores significava a autêntica condição de não-cidadãos”²⁰⁷.

Desse modo, o trabalho era excluído da esfera pública de democracia e de cidadania, ficando confinado no domínio privado, blindado de interferências do Estado²⁰⁸.

Sob a perspectiva liberal, todos os homens eram livres, iguais e proprietários – fossem proprietários do capital ou da própria força de trabalho²⁰⁹. Por conseguinte, a classe produtiva podia transacionar livremente, por instrumento contratual, a apropriação da força de trabalho

²⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais. N. 82., p. 15 – 69, Jan./1996, p. 17.

²⁰⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 75.

²⁰⁷ *Idem*, p. 74.

²⁰⁸ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 75.

²⁰⁹ O grande traço que diferencia a relação de trabalho no sistema capitalista daquela típica da escravidão e da servidão, segundo LORENA VASCONCELOS PORTO, é que não há mais incidência de poder *jurídico* sobre a pessoa. Há, sim, igualdade *jurídica* (isto é, formal, não necessariamente material) entre sujeitos livres – o trabalhador e seu patrão – para firmarem acordo de vontade – o contrato de trabalho – tendo como objeto a sujeição de energia laborativa de um em favor do outro. (PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 40).

em seu favor. O exercício de cidadania, no entanto, apenas se revelava para os “cidadãos proprietários” de capital.

A esse respeito, assevera NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO:

Da igualdade formal como pressuposto da liberdade, sobressaía, portanto, a afirmação da autonomia individual, e especificamente contratual. Indivíduos presumidamente iguais transacionavam livremente sobre a prestação de serviços, e, portanto, toda a regulamentação do trabalho foi inicialmente construída com suporte no contrato.²¹⁰

Essa premissa compreendia o trabalho como mercadoria, valorando-o em função do custo de produção²¹¹. O trabalhador era tido como mera engrenagem do sistema capitalista, sendo-lhe negada sua condição de pessoa humana, detentora de valor em si mesma.

O paradoxo do Estado Liberal, em que alguns indivíduos são mais livres e iguais que outros²¹², é bem descrito na irônica assertiva de ANATOLE FRANCE acerca da “majestosa igualdade das leis que proíbem tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar um pão.”²¹³

LORENA VASCONCELOS PORTO alerta que o discurso ideológico liberal dissimula a noção de trabalho livre, para, assim, legitimar o sistema econômico capitalista. Nas palavras da autora, “enquanto o escravo e o servo tinham consciência de que não eram livres e, assim, lutavam pela liberdade, o empregado é convencido de que é livre – quando de fato não é, pois que, despossuído dos meios de produção, não tem outra escolha – para não lutar pela sua liberdade real.”²¹⁴

O valor do reconhecimento da liberdade formal dos trabalhadores na relação de trabalho, ainda que reduzida, representa um avanço em relação aos sistemas produtivos da escravidão e da servidão, na medida em que lhes possibilita perseguir sua real concretização.²¹⁵

A identidade coletiva para o trabalho, originada do movimento organizado de trabalhadores; a pretensão de universalização dos direitos à liberdade e à igualdade para todos

²¹⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 76.

²¹¹ No filme *Quanto Vale ou é por Quilo?* (Brasil, 2005. Direção: Sérgio Bianchi. 104min) há uma analogia entre o antigo comércio de escravos e a atual exploração da miséria pelo *marketing* social, para a formação de uma solidariedade de fachada. Baseado na obra “Pai contra Mãe”, de Machado de Assis.

²¹² PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 77.

²¹³ FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Levy, 1913, p. 118 *apud* PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 25.

²¹⁵ *Idem*, p. 26.

os atores sociais e as crises do capitalismo conduziram à conexão entre cidadania e trabalho, como afirma NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO:

A organização operária impulsionou ao reconhecimento de que a economia capitalista não era apenas constituída por capital, fatores de produção e mercado, mas também por pessoas dotadas de necessidades básicas e interesses próprios e legítimos, sendo essencial a conexão entre cidadania e trabalho.²¹⁶

Evidenciada a situação de exclusão social²¹⁷ a que estava confinado o trabalhador, verificou-se a insuficiência do Estado absenteísta Liberal para equilibrar o sistema capitalista. Percebeu-se, assim, a necessidade de intervenção estatal para regular a tensão inexorável existente entre capital e trabalho. Emerge, portanto, o Estado de Bem-Estar Social, com a missão de atuar positivamente para promover igualdade material nas relações humanas.

Ato contínuo, firma-se pacto social-democrata em que se prometia melhor distribuição de renda para os trabalhadores em compensação da aceitação do capitalismo²¹⁸. De um lado, os sindicatos seriam reconhecidos como interlocutores e co-construtores de direitos sociais. O estuário de direitos sociais, por outro lado, deveria ser universalmente implementado pelo Estado²¹⁹.

Desse modo, embora capitalista, o Estado compromete-se a compensar as mazelas inerentes ao sistema econômico por meio da atuação em favor do bem-estar social. O trabalhador tem, então, reconhecida a sua condição de sujeito de direitos. Via de consequência, as relações de trabalho passam a pautar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da indisponibilidade de direitos trabalhistas²²⁰. Surge o Direito do Trabalho.

Nesse contexto, o exercício da cidadania do brasileiro passa a ser marcado por garantias fundamentais trabalhistas atinentes à relação de emprego, dentre as quais a identificação profissional (consubstanciada na anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social) e a sindicalização²²¹. A relação de emprego era, assim, via de acesso para a cidadania²²².

²¹⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, op. cit., p. 78.

²¹⁷ *Idem*, p. 83.

²¹⁸ *Idem*, p. 79.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ “[...] ter uma profissão e ser sindicalizado foram os primeiros atributos do cidadão brasileiro.” SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Cidadania, trabalho e democracia: um dos percursos possíveis para uma difícil, mas necessária, articulação na história. *Revista LTr*, São Paulo, ano 71, n. 11, novembro de 2007, p. 1.359.

²²² “No modelo de produção fabril de produção de massa, pertencer à relação salarial hierárquica era condição essencial para ter direito aos direitos. A integração cidadã e a ascensão social no sistema de welfare state ocorriam através do contrato de emprego.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e*

O Brasil seguiu a cartilha de um fordismo periférico, com acentuada intervenção do Estado na economia e na garantia de direitos sociais²²³. Essa economia de escala homogeneizava os produtos, os meios de produção, a força de trabalho, os sindicatos e o próprio Direito do Trabalho²²⁴. Os holofotes aqui estavam voltados para o próprio Estado, não para os trabalhadores.

A regulação estatal do mercado, ao mesmo tempo em que reconheceu a classe trabalhadora como ator social, também roubou a fala do movimento sindical. O Estado de Bem-Estar Social, por meio de normas altamente programáticas, protagonizou os cenários social, político e econômico nacionais, impedindo a inclusão participativa dos trabalhadores na cidadania.²²⁵

O advento da Segunda Guerra Mundial, resultante, em larga medida, do consenso das massas, levou à crise do Estado de Bem-Estar Social. Segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, “descobriu-se o significado e o valor da Constituição como limite e vínculo de qualquer poder, inclusive o majoritário.”²²⁶

Nesse contexto global, foi editada a Constituição de 1946, cuja “nova dimensão constitucional [...] possui como elementos constitutivos a democracia e os direitos fundamentais.”²²⁷ Pela primeira vez o princípio da dignidade da pessoa humana se fez presente em texto constitucional no Brasil, considerado como intuito do trabalho sob a fórmula “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”²²⁸.

Na atual ordem político-constitucional, o Preâmbulo da Constituição de 1988 afirma o Brasil como Estado de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

Ato contínuo, o art. 1º do texto constitucional consagra o princípio fundamental de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (*caput*),

Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 80.

²²³ *Idem*, p. 81.

²²⁴ VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, ano 67, n. 7, julho de 2003, p. 778.

²²⁵ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 81.

²²⁶ *Idem*, p. 82.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 662.

tendo como fundamentos, entre outros, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho (inciso IV, primeira parte).

Em linha com os valores supremos preambulares e com os fundamentos adotados como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, INGO WOLFGANG SARLET assevera que o país consiste em “*um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano*”²²⁹.

Desse modo, GILMAR FERREIRA MENDES afirma que os direitos fundamentais constituem base e fundamento do Estado Democrático de Direito²³⁰. Ora, é “o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”²³¹, como ensina INGO WOLFGANG SARLET.

Partindo-se da centralidade da pessoa humana na ordem constitucional vigente, GABRIELA NEVES DELGADO proclama que “a declaração e a efetivação dos direitos fundamentais devem ser compreendidas como ponto de chegada do momento ético de um Estado Democrático de Direito.”²³²

Nessa perspectiva, o elemento democrático do Estado de Direito, segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, possui papel de instrumento para a manutenção da elevada complexidade social e da permanente abertura a novas demandas por direitos fundamentais. “ao invés da democracia como expressão da vontade da maioria, na dimensão democrática de direito, é essencial o processo de inclusão das minorias pela afirmação dos seus novos direitos.”²³³

No contexto da abertura constitucional democrática de direito, LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA destaca uma das funções primordiais dos princípios: atualizar as normas fundamentais e adequá-las ao ordenamento jurídico em face das complexidades do mundo contemporâneo.²³⁴

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68. [Grifou-se]

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68.

²³² DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 208.

²³³ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, op. cit., p. 83.

²³⁴ “[...] Os princípios são essenciais para a integração e interpretação das normas jurídicas. É por meio deles que o sistema jurídico se renova e se adapta à realidade vigente, a fim de garantir que o Direito seja, de fato, reflexo da dinâmica social. [...] Sendo assim, é bem possível inferir-se que os princípios jurídicos constituem base do Direito, pois orientam a formulação e o sentido das normas jurídicas, promovendo a unidade e a coerência do

Registre-se, com efeito, que o processo de reconhecimento de direitos fundamentais não foi linear ao longo da História. Houve momentos em que as conquistas até então alcançadas foram ameaçadas e teve que haver resistência para a sua manutenção e agregação de novos direitos. Do mesmo modo, a sucessão de alterações conjunturais exigia a constante reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais naquele novo contexto.

Assim, as demandas por direitos fundamentais, segundo INGO WOLFGANG SARLET, “se encontram em constante processo de transformação”²³⁵, exigindo uma permanente luta por mais liberdade, igualdade e solidariedade, ressignificadas, segundo MENELICK DE CARVALHO NETTO, em função do paradigma em que se inserem²³⁶.

Na seara trabalhista, GABRIELA NEVES DELGADO reconhece que a “vinculação entre emprego e dignidade humana acentua-se pelo fato de ser a dignidade da pessoa fundamento do Estado Democrático de Direito.”²³⁷

O epicentro Estado Democrático de Direito, segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, é a demanda por democracia. Esse paradigma é caracterizado pela necessidade de participação política efetiva da população, em exercício de cidadania²³⁸.

No âmbito da relação de emprego, no entanto, o trabalhador se vê destituído dos direitos fundamentais de que é destinatário enquanto cidadão²³⁹. Ressurge, assim, a luta pelas liberdades individuais nas relações de trabalho.

Em face disso, ZENO SIMM trata do redescobrimento do trabalhador enquanto pessoa:

Primeiro, o reencontro dos trabalhadores com sua própria individualidade: o trabalhador, antes, estava oculto através da sombra da noção de cidadão (séc. XIX) e depois oculto através da sombra da classe obreira (séc. XX); agora, redescobre que é *pessoa*, ou seja, *pessoa trabalhadora*. A questão apresenta duas faces: uma *negativa*, porque significa o ressurgimento de instrumentos

ordenamento jurídico.” MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Os princípios constitucionais do trabalho. *Revista LTr* – ano 74, maio de 2010, p. 585.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 48-49.

²³⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano I, nº 1, p. 11 – 20, março de 2001, p. 15 -17.

²³⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 223.

²³⁸ “Nunca é demais ressaltar que a demanda por democracia, no sentido de processo que possibilita a participação efetiva, estará no epicentro desse outro paradigma e no déficit deixado pelo anterior Estado de Bem-Estar Social.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 83.

²³⁹ “Na verdade, falar em ‘livre negociação’ num contexto de desemprego, terceirização e fraudes é quase como falar em ‘livre contrato de trabalho’. A igualdade de regras traz desigualdade de resultados; a liberdade *formal* leva à opressão *real*. Embora em dose menor, o que se passa no plano individual se reproduz na esfera coletiva.” VIANA, Márcio Túlio Viana. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio. *Gênesis*. Curitiba, Dezembro de 2001.

civilistas como o contratualismo individual, a contratualização da relação laboral; e outra *positiva*, porque o trabalhador toma consciência de ser respeitado e tratado no contrato com os direitos que esse contrato enseja. Sai da proteção do Estado e do sindicato e, como cidadão, adquire o conhecimento de seus direitos individuais, também preenchendo os vazios da lei e do convênio coletivo; fica numa posição pessoal frente ao empresário e necessita de novos instrumentos de proteção, que vai buscar nos direitos fundamentais.²⁴⁰

Percebe-se, então, que para a plena concretização dos direitos fundamentais é essencial sua aplicação também às relações privadas. É o que se denomina de eficácia horizontal de direitos fundamentais²⁴¹.

DANIEL SARMENTO também discorre acerca da concretização, promoção e efetivação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados nas relações privadas:

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, centrando-se na pessoa humana, que passa a ser concebida como ‘valor-fonte fundamental de Direito’. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de ‘direito justo’.²⁴²

Na seara trabalhista, “Pode-se, portanto, afirmar que direitos fundamentais do trabalhador são direitos fundamentais da pessoa que se exercem no campo das relações de trabalho.”²⁴³

Para NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, “A atual dimensão política-constitucional de Estado Democrático de Direito assume, em definitivo, como problema, e também como condição de realização, a tensão permanente entre liberdade e igualdade.”²⁴⁴

Nesse sentido, a autora reconhece um novo desafio que se impõe aos direitos fundamentais nas relações de trabalho na atualidade:

[...] Na perspectiva democrática de direito, a igualdade vincula-se ao respeito e à promoção da diversidade e da diferença.

Nesse sentido, doutrinas sócio-trabalhistas, e respectivas soluções construídas como respostas ao problema da proteção ao trabalho, que tenham como ponto de partida a homogeneização da classe trabalhadora, distanciam-se do real cenário do mundo do trabalho contemporâneo. **A tendência atual**

²⁴⁰ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Excertos de aula administrada no curso de doutorado em *Derechos Sociales*” (Anamatra - UCLM), Universidad de Castilla – La Mancha, Ciudad Real, Espanha, em 13 set. 2004 *apud* SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 69, n. 11, nov. 2005 (p. 1.287 – 1.303), p. 1.294.

²⁴¹ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 69, n. 11, p. 1.287 – 1.303, nov. 2005, p. 1.293.

²⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 86.

²⁴³ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho, *op. cit.*, p. 1.297.

²⁴⁴ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 83.

é de ausência de vínculos clássicos de pertencimento. As respostas, por isso, precisam ser tão diversas quanto diversos são os problemas enfrentados pelos trabalhadores nas múltiplas faces em que se apresentam no mercado de trabalho.²⁴⁵ [Grifou-se]

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, sob o qual se funda a Constituição brasileira de 1988, impõe-se a ampla aplicação do princípio da proteção às novas morfologias do trabalho. Essa multiplicidade de formas de trabalho, exatamente pelas diferenças existentes entre si, impõe igual destinação de direitos fundamentais a cidadania, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

Mais do que reconhecer a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, do valor constitucional do trabalho e do pilar protetivo do Direito do Trabalho, impõe-se sua real concretização.

Nesse sentido, o pluralismo inerente ao constitucionalismo deve assumir o desafio de tutelar as novas morfologias do trabalho, elastecendo a concepção de trabalho digno, valoroso e protegido para todos os trabalhadores²⁴⁶.

Nesse sentido, afirma NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO:

A igualdade, com respeito à diversidade dos trabalhadores, implica em luta pela integração dos marginalizados de todo tipo. Na atualidade, há um acentuado declínio não apenas da população empregada, mas do número de ocupantes de atividades remuneradas protegidas nos termos do art. 7º da Constituição, o que faz com que diversas pessoas dependam de algum tipo de assistência pública para sobreviver.²⁴⁷ [Grifou-se]

Isto posto, GABRIELA NEVES DELGADO afirma “a necessidade de que o Direito do Trabalho renove-se em seu paradigma, no sentido de incluir e alargar seu manto de proteção, considerada a diversidade típica das relações de trabalho inseridas no Estado Democrático de Direito brasileiro.”²⁴⁸

GABRIELA NEVES DELGADO e LÍVIA MENDES MOREIRA MIRAGLIA vêm nesse desafio uma oportunidade para “estabelecer mecanismos que de fato garantam a expansão do Direito do Trabalho e a concretização de seus princípios e fundamentos teóricos

²⁴⁵ *Idem*, p. 147.

²⁴⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 138.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves. Prefácio da obra de Marcella Pagani. *Direito do Trabalho: uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores*. Belo Horizonte: Leeditathi Editora, 2011, p.5.

civilizatórios, pois só assim se consolidará o ideal do Estado Democrático de Direito no país.”²⁴⁹

Assim, para concretizar os direitos fundamentais do trabalho, devem-se estabelecer “contornos jurídicos em favor da sedimentação ética do trabalho no marco do Estado Democrático de Direito.”²⁵⁰

Considerando, pois, a manifestação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho nas relações de trabalho *lato sensu*, há que se reconhecer, também, essas novas e renovadas formas de trabalho como igualmente merecedoras de ampla proteção do Direito do Trabalho.

A inclusão jurídica desses trabalhadores sem vínculo empregatício, com efeito, deve respeitar a diversidade característica de cada modalidade de trabalho. Nesse sentido, sintetiza GABRIELA NEVES DELGADO: “[...] *a proposta é a de evolução do Direito do Trabalho pela universalização de sua abrangência normativa, ainda que respeitados patamares distintos de proteção jurídica às relações de trabalho.*”²⁵¹

Comprometida, portanto, a consolidar o Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 encontra-se aberta para insculpir novo significado aos direitos fundamentais trabalhistas, a partir do reconhecimento da centralidade da pessoa trabalhadora.

²⁴⁹ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988, *op. cit.*, p. 105.

²⁵⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 221.

²⁵¹ *Idem*, p. 219. [Grifos da autora]

CAPÍTULO III

EXTENSÃO DO DIREITO DO TRABALHO PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO LATO SENSU NO BRASIL PELA VIA LEGISLATIVA

*“Um homem se humilha
Se castram seu sonho
Seu sonho é sua vida
E vida é trabalho...*

*E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata...*

*Não dá pra ser feliz
Não dá pra ser feliz...”*

Um Homem Também Chora (Guerreiro Menino) - Gonzaguinha

O trabalho é afirmação da condição de ser humano, responsável por revelar socialmente o indivíduo²⁵². Desse modo, deve-se assegurar que todo trabalho seja exercido em condições mínimas de dignidade. É o que afirma GABRIELA NEVES DELGADO:

Mas a identidade social do homem somente será assegurada se o seu labor for digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil: ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício.²⁵³

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, inciso III. Nesse sentido, GABRIELA NEVES DELGADO sustenta:

Ora, a concepção contemporânea de dignidade humana envolve, sem dúvida, a dimensão social do indivíduo, vez que é inviável supor-se a presença do respeito à dignidade de um ser humano radicalmente excluído de qualquer inserção socioeconômica na sociedade.²⁵⁴

Ora, não é só o emprego que insere socioeconomicamente a pessoa trabalhadora, mas todas as formas de trabalho digno²⁵⁵ – embora aquele ainda seja o principal meio de acesso aos direitos trabalhistas.

²⁵² DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 236.

²⁵³ *Idem*, p. 237.

²⁵⁴ *Idem*, p. 223.

²⁵⁵ “Certo é que o emprego não é o único instrumento capaz de assegurar função socioeconômica, bem como sentido de pertencimento e também de inclusão social para os indivíduos no seio da sociedade. Da mesma forma,

Desse modo, apenas as formas de trabalho que não respondam pela inserção digna do homem na sociedade – como o trabalho escravo – é que devem ser excluídas do Direito do Trabalho²⁵⁶.

Portanto, sob a perspectiva da centralidade da dignidade da pessoa humana na presente ordem constitucional democrática de direito, também as atividades tipicamente não empregatícias, como os trabalhos verdadeiramente autônomos e eventuais devem ser protegidas pelos direitos fundamentais do trabalho.

Não é o que ocorre. Embora não haja óbices constitucionais a que a extensão dos direitos fundamentais trabalhistas para todo e qualquer trabalhador ocorra pela via hermenêutica – pelo contrário²⁵⁷ –, a prática judiciária trabalhista nega plena aplicabilidade às garantias trabalhistas de indisponibilidade absoluta para os trabalhadores *lato sensu*. Lamentavelmente, verifica-se a tímida (para não dizer quase inexistente) atuação jurisdicional voltada à concretização do art. 7º da Constituição de 1988, que destina direitos fundamentais trabalhistas para a totalidade de trabalhadores.

Aliado a isso, observa-se que comumente são adotadas estratégias de bloqueio ao acesso à rede de proteção trabalhista. Para tanto, se exige do trabalhador que seus serviços revistam-se de formas jurídicas diversas da empregada – tais como falsos autônomos, pessoas jurídicas de fachada, firmas individuais, terceirizados, cooperados, consultores, parceiros, entre outras.

O resultado, segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, é que esses trabalhadores não devidamente contratados de modo efetivo “não são beneficiados pelos direitos básicos referidos no art. 7º da Constituição de 1988, como controle de jornada, horas extras, 13ºs salários, férias, acrescidas do 1/3 constitucional, aviso prévio, FGTS, dentre outros.”²⁵⁸

O problema da exclusão trabalhista é, infelizmente, um fenômeno global. Embora, esteja a tratar da realidade italiana, o juslaborista espanhol ANTONIO BAYLOS propõe a

outras relações de trabalho como, por exemplo, o labor autônomo, pode fazê-lo.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 227.

²⁵⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 216.

²⁵⁷ Nas palavras de RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA: “O novo paradigma [Democrático de Direito] estimula a democracia ao propiciar a pluralidade de atores e de possibilidades. Os caminhos para se chegar aos bens constitucionais são variados, admitindo-se os que observem critérios de razoabilidade. **O que não é aceitável sacrificar é o bem último, assegurado constitucionalmente, só porque existe mais de um percurso para alcançá-lo.** [...] As fórmulas para a observância do direito, fosse esse o caso, devem ser encontradas pelos agentes públicos. Mas o nosso ordenamento jurídico resolve, sem dificuldade, esses supostos problemas.” PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Representação dos trabalhadores nas empresas com mais de 2000 empregados. *Correio Braziliense*. Caderno Direito & Justiça. 21 de março 2011. [Grifou-se]

²⁵⁸ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, op. cit., p. 113.

redefinição dos limites de tutela do Direito do Trabalho utilizando-se de exemplos muito familiares à situação fática brasileira:

Partindo desta perspectiva de reformulação das linhas essenciais do Direito do Trabalho, apresenta-se imediatamente o problema da reunificação das duas coletividades do trabalho, *insiders* e *outsiders* desiguais, um *exército de excluídos* que compreende não somente os desempregados, subempregados e trabalhadores temporários, como também uma crescente legião de falsos autônomos, alheios ao sistema de garantias que funda o ordenamento jurídico-trabalhista, simbolizando o fracasso da sua própria idéia igualitária. No amplo debate sobre o *reequilíbrio* da tutela realizada pelo Direito do Trabalho, a alternativa não parece ser nem o enfraquecimento das garantias já conferidas, nem a extensão uniforme do protótipo normativo básico do trabalho em jornada integral e por um período indeterminado de tempo. **A redefinição do trabalho, objeto do Direito do Trabalho, pode ser alcançada através de projetos de reforma que procurem formalizar um núcleo mínimo de tutela para qualquer atividade produtiva – trabalho sem adjetivos – associado a uma série de tipologias contratuais.** Entre estas, o contrato de trabalho por tempo indeterminado funcionaria como o lugar no qual se aplica na íntegra e de modo incondicional o *máximo* de tutela, tal como foi gerado historicamente. Este é o modo como, atualmente, este tema vem sendo tratado no debate juslaboralista italiano.²⁵⁹ (Negritou-se)

O Direito do Trabalho é, então, instado a renovar-se em suas diretrizes para não falhar na sua missão de proteger o trabalhador. O estandarte protetivo do Direito do Trabalho não admite que a proteção para alguns conviva com a desproteção para outros tantos trabalhadores. O Direito do Trabalho deve reconhecer que todos os trabalhos têm direitos. Deve, portanto, estar sempre alerta para concretizar sua vocação universalizante por meio da inclusão, sob os contornos jurídicos adequados, das novas e renovadas formas de trabalho que emergirem.

1. “A Constituição Federal de 1988 enquanto base de unidade e expressão de diversidade das relações de trabalho no Brasil”²⁶⁰

A Constituição Brasileira de 1988, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, exige a intervenção estatal para corrigir as desigualdades existentes na sociedade e promover a igualdade substancial, para atingir justiça social.

²⁵⁹ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, op. cit., p. 50.

²⁶⁰ Expressão extraída de DELGADO, Gabriela Neves. Prefácio da obra de Marcella Pagani. *Direito do Trabalho: uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores*. Belo Horizonte: Leeditathi Editora, 2011, p. 7

Segundo o magistério de RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA, “a realização do Estado Democrático de Direito implica superar a idéia de contraposição entre direitos fundamentais e legislação.”²⁶¹

Assim, considerando que os direitos fundamentais consistem em fundamento da Constituição e são dotados de aplicabilidade imediata, a interferência legislativa deve limitar-se a conformar o núcleo essencial dos direitos fundamentais preexistentes²⁶². Para o autor, “esse conteúdo genérico pode ser especificado pelo legislador, que acrescenta outros elementos para o exercício satisfatório e adequados dos direitos e liberdades fundamentais, a partir da autorização expressa que contém a Constituição.”²⁶³

Na seara trabalhista, urge perseguir a concretização da vocação universalizante da proteção do Direito do Trabalho. Ora, a desigualdade material no mundo do trabalho não se restringe aos pólos das relações empregatícias. Por isso, o Estado também deve intervir para promover a igualdade substancial entre o prestador de serviços não subordinado e o seu tomador nas relações de trabalho *lato sensu*. Feito isso, restará assegurado o exercício democrático da cidadania por meio do trabalho para todo e qualquer trabalhador.

Nesse particular, por mais que se pretenda a máxima ampliação do conceito de relação de emprego, sobretudo por meio do alargamento do conceito de subordinação jurídica, essa via interpretativa não alcança os trabalhadores sem vínculo empregatício.

Desse modo, o esforço hermenêutico deve partir da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento do valor social do trabalho insculpidos na Constituição de 1988, aplicando a normatividade do princípio da proteção²⁶⁴ para concretizar os direitos fundamentais trabalhistas destinados a todo e qualquer trabalhador.

Nesse sentido, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO discorre acerca do exercício interpretativo de ressignificação dos dispositivos constitucionais:

A aplicação da Constituição, que envolve construção e reconstrução interpretativa dos seus sentidos, e a definição, a partir dela, das conformidades ou deformidades institucionais são um campo vastíssimo e complexo para a atuação da jurisdição constitucional.²⁶⁵

²⁶¹ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e Liberdade Sindical*. São Paulo: LTr, 2007, p. 36.

²⁶² *Idem*, p. 41 – 42.

²⁶³ *Idem*, p. 40. No mesmo sentido, também observa que “o desenvolvimento legislativo, além de providenciar condições adequadas para o exercício dos direitos, permite configurações específicas para que os direitos fundamentais possam ser gozados em harmonia com os demais direitos de mesma natureza e com os valores e bens constitucionais.” (*Ibidem*).

²⁶⁴ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 139.

²⁶⁵ *Idem*, p. 140.

Há que se ressaltar que o art. 7º da Constituição de 1988 consagra os direitos fundamentais trabalhistas, aliando-os à adoção “de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Essa fórmula aberta, segundo NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, impõe que, em matéria de direitos trabalhistas, tanto as alterações legislativas, quanto as mudanças interpretativas observem o “princípio constitucional de proteção ao trabalho, incluindo as questões de igualdade e liberdade *no e de* trabalho.”²⁶⁶

Explica:

A situação aponta para a **necessidade de reafirmação do princípio protetivo**, mas desta feita **não apenas como uma especificidade trabalhista infraconstitucional, mas vinculado à normatividade constitucional.**²⁶⁷ [Grifou-se]

Diante dessa realidade, *é recomendável a atuação legislativa dirigida a concretizar e efetivar, na esfera infralegal, a vocação universalizante da proteção aos direitos fundamentais trabalhistas para a totalidade dos trabalhadores.*

A edição de norma jurídica também se revela recomendável para disciplinar adequadamente cada tipo de trabalho, em respeito a suas especificidades.

Nesse sentido, GABRIELA NEVES DELGADO defende que a fixação de “limites e perspectivas de ingerência democrática devem ser definidas com base no núcleo cardeal de princípios individuais do Direito do Trabalho.”²⁶⁸

No *mister* de expandir as fronteiras do Direito do Trabalho, MAURÍCIO GODINHO DELGADO alerta que, apesar de sedutora, a possibilidade de extensão de todos os direitos fundamentais do trabalho à totalidade de trabalhadores poderia lhes trazer consequências nefastas.

Esclarece:

A idéia de extensão da noção e conteúdo jurídicos dos *direitos fundamentais do trabalho* a toda modalidade de trabalho humano parece, em uma primeira análise, atraente.

Afinal, por que não tratar de modo igualitário, juridicamente, todos os seres humanos que despendem energia em prol da elaboração de bens e serviços? Não concretizaria esta extensão, de maneira adequada, o conceito básico de justiça?

Não obstante o aparente carisma desta proposição, ela deve ser melhor debatida.

[...] experimentos de precarização trabalhista têm, de um modo ou de outro, se tornado recorrentes nos países ocidentais nas últimas décadas, como se sabe.

²⁶⁶ *Idem*, p. 145.

²⁶⁷ *Idem*, p. 147.

²⁶⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 229.

A idéia de extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, se não manejada com sensatez e prudência, poderia simplesmente agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho. É que esta extensão tenderia a supor, em face das inúmeras especificidades dos distintos segmentos de prestadores de serviços (é evidente que seria inviável estender *todos* os direitos fundamentais trabalhistas a uma pessoa física que realizasse seus serviços de maneira efetivamente autônoma e impessoal no tocante aos respectivos tomadores).²⁶⁹ [Grifou-se]

Desse modo, para manejar com sensatez e prudência a extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, não se pode ignorar as peculiaridades que lhes são inerentes. Nesse sentido, GABRIELA NEVES DELGADO reforça que a ampliação da base de incidência do Direito do Trabalho deve respeitar as diferenças estruturais de cada tipo de trabalho.

*É claro que a concessão dos direitos constitucionais trabalhistas será assegurada a cada trabalhador conforme a possibilidade da própria estrutura de trabalho estabelecida, o que não significa a defesa de discriminações, mas pelo contrário, o respeito às diferenças estruturais que se estabelecem no mundo do trabalho.*²⁷⁰ [Grifos da autora]

Na mesma linha, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA esclarece que a ampliação do centro de imputação jurídico trabalhista não possui por escopo atrair todas as formas de trabalho para seu domínio, mas reconhecê-las em suas próprias especificidades. Nas palavras do juslaborista,

Pode-se falar igualmente em novo e abrangente Direito do Trabalho. Não de natureza imperialista, que como um novo rei Midas a tudo transforma em trabalho subordinado, mas como um **direito universal do trabalho, que reconhece o lugar de cada segmento e lhe dá o tratamento adequado.** [...]

Por isso a **grande missão do moderno Direito do Trabalho é sistematizar os diferentes modelos, dar-lhes contorno jurídico adequado e atribuir-lhes direitos e deveres peculiares à sua natureza predominante.**²⁷¹ [Grifou-se]

Impõe-se, portanto, o desafio de aplicar mecanismos para reequilibrar o sistema de proteção justrabalhista. Em um primeiro momento, deve-se identificar qual o núcleo comum de direitos primordiais ao exercício digno da atividade produtiva da pessoa que trabalha. Ato contínuo, importa verificar quais são as peculiaridades inerentes a cada um dos ramos de atividades prestacionais hoje excluídas da tutela trabalhista e estudar o modo como o ordenamento jurídico pode intervir para regulá-las adequadamente.

²⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 665 – 666.

²⁷⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 215.

²⁷¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 147-148.

Sob a perspectiva do “trabalho como categoria constitucional de inclusão”²⁷², o Direito do Trabalho deve conceber dois níveis de proteção aos trabalhadores: um *universal*, que assegure patamar jurídico civilizatório mínimo de direitos de indisponibilidade absoluta aplicáveis a todo e qualquer trabalhador; e outro *específico*, que respeite as peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho.

A presente pesquisa visa, assim, contribuir para a expansão de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores *lato sensu* no Brasil, por meio da análise de propostas que concebam um Direito universal do Trabalho estabelecendo contornos jurídicos adequados às especificidades de cada tipo de trabalho.

2. Limites para a extensão de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores em sentido amplo no Brasil

A expansão do ramo jurídico trabalhista deve operar-se quantitativa e qualitativamente, isto é, assegurando patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas para os novos sujeitos trabalhadores incluídos na proteção do Direito do Trabalho.

Qual seria, com efeito, a medida adequada dessa inclusão sociojurídica trabalhista? Em outras palavras, a que direitos os trabalhadores *lato sensu* no Brasil fariam jus sem que se atentasse contra seus direitos fundamentais trabalhistas?

A resposta parte dos conceitos de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta ou relativa, assim conceituados por MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de interesse público por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. [...]

Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.²⁷³

Os direitos fundamentais possuem caráter absolutamente indisponível, posto que inatos à pessoa humana. Nas palavras de GABRIELA NEVES DELGADO, “os direitos de

²⁷² PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 164.

²⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 217 – 218. GABRIELA NEVES DELGADO acrescenta que os direitos trabalhistas “de indisponibilidade absoluta não podem ser transacionados, quer bilateralmente, quer por negociação coletiva trabalhista.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 213. Já as parcelas trabalhistas “de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação pelas partes contratantes, desde que as concessões recíprocas estabelecidas não resultem em prejuízo direto ou indireto ao empregado, sob pena de nulidade.” *Idem*, p. 212.

indisponibilidade absoluta constituem o *centro convergente dos Direitos Humanos* porque se revelam, em essência, como direitos fundamentais do homem.”²⁷⁴

A autora acrescenta que os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, além da função de atenderem às necessidades vitais de sobrevivência do trabalhador, possuem dimensão ética, “já que exaltam o homem em sua condição valorosa e superior de ser humano, o que significa, em outra medida, o direito de viver em elevadas condições de dignidade.”²⁷⁵

Para concretizar o valor social do trabalho, com efeito, sua prestação deve ser digna, porque, segundo GABRIELA NEVES DELGADO, “apenas o trabalho exercido em condições de dignidade é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador.”²⁷⁶

A indisponibilidade absoluta dos Direitos Humanos repousa na teoria da interdependência e da indivisibilidade dos direitos fundamentais, acerca do que discorre a juslaborista:

A partir dessa noção de interdependência dos direitos fundamentais alçados à condição de indisponibilidade absoluta, eis que Direitos Humanos, duas características centrais se destacam: primeiro, no sentido de que todo direito de indisponibilidade absoluta é direito essencial do ser humano; segundo, no sentido de que todo direito de indisponibilidade absoluta é essencial para a concretização de outros direitos fundamentais do homem.²⁷⁷

Destaca-se, assim, o caráter essencial dos direitos de indisponibilidade absoluta para o próprio ser humano e como premissa para a concretização de outros direitos fundamentais.

A eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas também se dá horizontalmente. As garantias constitucionais trabalhistas, no entanto, não podem se limitar a regular apenas formalmente essas relações privadas. A normatividade dos preceitos constitucionais trabalhistas deve acompanhar a dinâmica que permeia o mundo do trabalho. Nas palavras de NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO:

De fato, a flexibilização (no sentido usual de precarizar) atua na desestabilização do valor digno e em favor da predominância da autonomia privada. A persistência e a consolidação desse cenário, sem uma reflexão consistente sobre o significado da Constituição, podem transformar o Direito do Trabalho em algo meramente formalista, voltado apenas à garantia, aos autores sociais, das condições para negociarem as relações de trabalho no campo privado.

A relação que precisa ser resgatada é a da Constituição, ou especificamente das suas estruturas normativas, com o mundo do

²⁷⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 210. [Grifos da autora]

²⁷⁵ *Idem*, p. 214.

²⁷⁶ *Idem*, p. 209.

²⁷⁷ *Idem*, p. 211.

trabalho caracterizado por incessantes transformações, que acarretam novas e fluidas formas de organização da força de trabalho.²⁷⁸ [Grifou-se]

Em linha com o constante processo de transformação que caracteriza os direitos fundamentais²⁷⁹, GABRIELA NEVES DELGADO disserta acerca da mutação histórica de reconhecimento de direitos trabalhistas como de indisponibilidade absoluta.

De toda forma, na medida em que a ordem jurídica é construída e reconstruída em distintos momentos históricos, é possível concluir-se que o padrão de direitos de indisponibilidade absoluta em uma determinada época não se repita, com a mesma intensidade e extensão, em outra época histórica bastante diferenciada. De todo modo, em cada uma dessas épocas eles sempre terão o *status* de direito de indisponibilidade absoluta e nessa qualidade é que se impõem ao mundo social.²⁸⁰

É importante, todavia, tomar cuidado para que esse processo de reconstrução histórica de diferente padrão de direitos de indisponibilidade absoluta não resulte em iniciativas flexibilizantes e desregulamentadoras²⁸¹.

A positivação, na Itália, do instituto da parassubordinação – criado para ampliar a tutela justralhista – alertou para o perigo de se arbitrar uma diferenciação entre trabalhadores incompatível com o princípio da isonomia e da concessão de rol de direitos insuficiente²⁸².

A parcela da doutrina brasileira que defende a incorporação da parassubordinação ao ordenamento jurídico nacional entende que os trabalhadores cuja inserção no processo

²⁷⁸ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 136.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 48-49.

²⁸⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 210.

²⁸¹ “No Brasil, apesar da existência de extensa regulamentação dos direitos trabalhistas previstos tanto na Constituição Federal, como na CLT e legislações esparsas, o que se percebe, sobretudo a partir de meados do século XX, é a tentativa de precarização e flexibilização das normas justralhistas e, via de consequência, do valor do trabalho formal (que no Brasil se opera por meio do emprego) até então incorporado à cultura e à consciência de seu povo.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 225.

²⁸² No exemplo italiano, o estabelecimento dos destinatários da norma foi manipulado para aparentar inclusão, mas na verdade excluiu esses trabalhadores da plena tutela jstralhista. Eram tidos como quase-trabalhadores, a quem se destinavam quase-direitos. Nesse sentido, ANTONIO BAYLOS suscita hipótese cética para explicar a diversificação de tutelas dentro do sistema jurídico-trabalhista: “Talvez, o propósito da relação de trabalho dependente e por conta alheia tenha se convertido no ‘ideal’ das relações de trabalho hipotéticas, perdendo sua identidade de ‘relação normal de trabalho’, o que consequentemente gera fraturas e desigualdades na regulação da finalidade tutelar do sistema jurídico-laboral. Se isso é assim, será necessário teorizar sobre o pluralismo regulador das relações de trabalho individuais, rompendo a tendência homogeneizadora que identificava no contrato de trabalho ‘prototípico’ a noção aglutinadora do Direito individual do Trabalho, é o tempo que vai dizer.” BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*, *op. cit.*, p. 108.

produtivo for menos intensa, também deveriam, na mesma medida, ser destinatários de estuário jurídico mais reduzido²⁸³.

Nessa esteira, OTAVIO PINTO E SILVA defende que os trabalhadores tidos como parassubordinados no Brasil deveriam ter assegurada tutela mínima indisponível de direitos trabalhistas. O autor cita, ilustrativamente, normas sobre limitação de jornada de trabalho²⁸⁴, períodos de férias e repouso, proteção ao trabalho da mulher e do adolescente, garantia contra a dispensa imotivada, segurança e medicina do trabalho, dentre outros²⁸⁵.

Não foi, contudo, o que ocorreu no exemplo italiano, no qual a norma jurídica conferiu aos parassubordinados direitos trabalhistas aquém dos fundamentais para o exercício digno do trabalho²⁸⁶. É o que observa LORENA VASCONCELOS PORTO:

A disciplina protetiva prevista para o trabalhador parassubordinado é bastante modesta, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquela prevista ao empregado. Ela consiste nas normas acima explicitadas: aplicação do processo do trabalho (art. 409, § 3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, § 3º, do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2.113, do CC/42); e do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, § 1º, “c” *bis*, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da aposentadoria e da maternidade e os auxílios familiares (art. 2º, § 26 e ss., da Lei n. 335, de 1995; art. 1º, § 212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, § 16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, § 12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64, do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes de trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38, de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve.²⁸⁷

Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, do valor do trabalho e do pilar protetivo do Direito do Trabalho, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO assevera que se deve perseguir a concretização dos direitos constitucionais trabalhistas de indisponibilidade absoluta para a totalidade de trabalhadores, fortalecendo o vínculo entre cidadania e trabalho, como categoria social de inclusão²⁸⁸.

²⁸³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 126, p. 107 – 138, abr./jun. 2007, p. 134 – 135.

²⁸⁴ Já AMAURI CESAR ALVES entende que normas referentes ao poder disciplinar e à duração do trabalho não se coadunam com o trabalho parassubordinado. (ALVES, Amauri Cesar. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004, p. 135).

²⁸⁵ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*, *op. cit.*, p. 155 – 157.

²⁸⁶ Isso porque, conforme alerta NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO, “O recuo da proteção social faz diminuir as possibilidades emancipatórias para os trabalhadores.” PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 103.

²⁸⁷ *Idem*, p. 127.

²⁸⁸ *Idem*, p. 137.

A expansão do escudo protetor trabalhista para os trabalhadores *lato sensu* no Brasil deve, portanto, respeitar estuário jurídico mínimo de direitos fundamentais, dotados de indisponibilidade absoluta.

2.1. Os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta

Segundo GABRIELA NEVES DELGADO, a proteção dos direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta manifesta-se em três eixos: internacional, constitucional e infraconstitucional.

Na órbita *internacional*, os instrumentos de proteção ao “ser humano trabalhador” consagram o “patamar civilizatório universal” de direitos trabalhistas, quais sejam:

[...] o direito à remuneração que promova a existência digna do próprio trabalhador e de sua família; o direito à segurança e à higiene no trabalho; a proteção ao trabalho e ao emprego; o direito a períodos de descanso e lazer; o direito à limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias como semanais; o direito à remuneração dos feriados; o direito de greve e o direito de os trabalhadores organizarem sindicatos e de se filiarem ou não a eles.²⁸⁹

O Brasil ratificou diversos instrumentos de proteção de Direitos Humanos, dentre os quais “a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ratificada em 10.12.1948)²⁹⁰, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ratificado em 24.1.1992), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado em 24.1.1992), além do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (ratificado em 21.8.1996).”

Na esfera *constitucional* doméstica, GABRIELA NEVES DELGADO entende que a Constituição Federal de 1988 é o “marco jurídico da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil”²⁹¹. Nesse sentido, o art. 5º, § 2º representa verdadeira porta de entrada para a ampliação do patamar de garantias trabalhistas assegurados internamente, por meio da ratificação de tratados internacionais²⁹².

²⁸⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 215.

²⁹⁰ A primeira referência de vulto ao princípio da dignidade humana consta do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo...”. Adiante, o artigo XXIII, 3, trata de relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana ao exercício da atividade laboral: “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentará, se necessário, outros meios de proteção social”. DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, op. cit., p. 661 – 662.

²⁹¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 215.

²⁹² DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*, op. cit., p. 663.

O art. 7º, *caput* da Constituição de 1988 assegura direitos trabalhistas “para todo e qualquer trabalhador e não apenas para os empregados urbanos e rurais”²⁹³.

Nessa esteira, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO acrescenta que “O eixo referencial do art. 7º da Constituição deve ser a melhoria da condição social de todos os trabalhadores.”²⁹⁴

Nesse sentido, são as regras de indisponibilidade absoluta para todo e qualquer trabalhador, ilustrativamente, “o direito à assinatura da CTPS, ao salário mínimo, à incidência de normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador”²⁹⁵.

Apenas os direitos trabalhistas cuja flexibilização por meio de instrumento coletivo é expressamente admitida pela Constituição é que configuram direitos constitucionais trabalhistas de indisponibilidade *relativa*. Aqui se inserem irredutibilidade do salário, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, previstos, respectivamente, no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV.²⁹⁶

Ressalte-se que a negociação coletiva é ato bilateral. É dizer, à redução de direitos trabalhistas devem se contrapor vantagens trabalhistas efetivas. Nas palavras de GABRIELA NEVES DELGADO, “a Carta Magna inspira-se na idéia de negociação, mas não na idéia de renúncia a direitos trabalhistas (considerada a orientação, inclusive, do princípio da indisponibilidade de direitos).”²⁹⁷

Os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta concebidos no âmbito *infraconstitucional* devem concretizar os preceitos constitucionais de proteção ao trabalho.

Especificamente em relação aos trabalhadores empregados, a CLT fixa regras de indisponibilidade absoluta de direitos trabalhistas no bojo dos arts. 9º, 444 e 468²⁹⁸. O diploma consolidado também “estabelece preceitos indisponíveis relativos à saúde e à

²⁹³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 215.

²⁹⁴ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, op. cit., p. 149.

²⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 217-218.

²⁹⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 215, nota 31.

²⁹⁷ *Idem*, p. 224.

²⁹⁸ *Idem*, p. 212, nota 21. “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. [...] / Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. [...] / Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

segurança no trabalho, à identificação profissional, à proteção contra acidentes de trabalho, entre outros”²⁹⁹.

Assim, a fim de evitar que a ampliação do manto protetor trabalhista resulte insuficiente, é importante respeitar um conjunto jurídico basilar, compatível com os princípios da proteção, igualdade, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso sociojurídico: os direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis.

Em síntese, GABRIELA NEVES DELGADO assevera que “*normas trabalhistas garantidoras de vantagens jurídicas tidas como de indisponibilidade absoluta devem ser estendidas a toda prestação de trabalho, sem prejuízo da preservação do modelo jurídico mais complexo e minucioso para a relação de emprego.*”³⁰⁰

Isto posto, o Direito do Trabalho deve observar os eixos internacional, constitucional e infraconstitucional de direitos de indisponibilidade absoluta para ampliar sua base de incidência no sentido de assegurar “o direito a um trabalho minimamente protegido”³⁰¹ para a totalidade de trabalhadores.

3. Função legislativa dirigida a concretizar a ampliação da proteção do Direito do Trabalho

O ordenamento jurídico é fruto de um processo sociopolítico compatível com o estuário cultural hegemônico em determinado contexto histórico. Nesse sentido, MAURÍCIO GODINHO DELGADO consigna que “todo Direito é, por isso, finalístico, à proporção que incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes”.³⁰²

No Direito do Trabalho o caráter teleológico do ordenamento jurídico é potencializado, na medida em que os valores e fins formadores do estuário jurídico trabalhista lhes são incorporados³⁰³.

Mas o Direito não possui apenas a função de refletir as demandas sociais, políticas e econômicas. Desenvolve-se, também, ativamente para impor as condutas necessárias para

²⁹⁹ *Idem*, p. 215.

³⁰⁰ *Idem*, p. 217. [Grifou-se]

³⁰¹ *Idem*, p. 216.

³⁰² DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, *op. cit.*, p. 121.

³⁰³ A esse respeito, assevera MAURÍCIO GODINHO DELGADO: “Já no Direito do Trabalho a presença da lei adquire maior ou menor relevância segundo o nível de absorção, pelo sistema justralhista, da capacidade de absorção e autorregulação dos segmentos sociais partícipes da relação de emprego (empregado e empregador, notadamente enquanto seres coletivos), produzindo um maior segmento de normas jurídicas autônomas.” DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 142.

estabilizar essas relações. Assim, “o Direito do Trabalho é a língua que descreve a realidade social, mas também a força que a corrige”³⁰⁴.

Segundo PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA,

Direito perfeito é aquele que **atende, em determinada época, às reais necessidades de um povo** e que **canaliza, por caminhos de eficaz compatibilização, os seus conflitos de interesses**, dentro de ideais de justiça e de um princípio de maior segurança na expressão dos mecanismos de interação social.³⁰⁵ [Grifou-se]

Portanto, para que o Direito do Trabalho, no Brasil, se aproxime das demandas dos trabalhadores que visa proteger, é necessário redesenhar seus contornos jurídicos para que sua proteção seja mais eficaz.

Sob a perspectiva democrática de direito, a função de proteção da norma jurídica³⁰⁶ adquire especial relevo no ramo justralhista, em face do valor do trabalho humano constitucionalmente consagrado. Nesse sentido, GABRIELA NEVES DELGADO assenta que “é função estatal proteger e preservar o valor do trabalho digno por meio da regulamentação jurídica”³⁰⁷.

Para tanto, o princípio da proteção, enquanto parâmetro basilar do Direito do Trabalho, deve orientar a edição e a aplicação de normas jurídicas trabalhistas, conforme afirmam SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA e CARLOS HENRIQUE HORN:

Ainda que se considere que o princípio da proteção seja um princípio *no* Direito do Trabalho, é também um princípio *do* direito, sendo possível concluir que existem obstáculos constitucionais à redução dos direitos dos trabalhadores, mesmo através do exercício do poder de reforma por emenda constitucional. Não é suscetível, portanto, neste estado de direito, a redução dos patamares de direitos universalizados de proteção social. **Mais que alguns direitos específicos a serem preservados, a assertiva é no sentido de afirmar que, entre os direitos fundamentais constitucionalmente**

³⁰⁴ MZUMACHI, Yuichiro, citado em VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun., 2006, p. 34.

³⁰⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰⁶ Cinco são as funções básicas da norma jurídica: integração, planificação, proteção, reguladora, inovação. A lei cumpre a função de *integração* ao compensar as diferenças jurídico-políticas no quadro de formação da vontade do Estado (desigualdades sociais, regionais, etc.). Exerce a função de *planificação*, enquanto instrumento básico de organização, definição e distribuição de competências. A função de *proteção* atua contra o arbítrio, ao vincular os próprios órgãos do Estado. A função *reguladora* direciona condutas mediante modelos. Por fim, a função de *inovação* altera originalmente a ordem jurídica e o plano social. (MENDES, Gilmar Ferreira e FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*, *op. cit.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 05/04/2011).

³⁰⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 209.

reconhecidos, está o de assegurar *direitos em favor do trabalhador*.³⁰⁸
[Grifou-se]

Desse modo, para a inclusão de todo e qualquer trabalhador, que não só os empregados urbanos e rurais, na esfera de proteção trabalhista, é recomendável a edição de norma jurídica para concretizar os ditames do art. 7º, *caput* da Constituição Federal de 1988 e os próprios fins do Direito do Trabalho, conforme sustenta GABRIELA NEVES DELGADO:

Esclareça-se, em conclusão, que não obstante se possa inferir a extensão de tal patamar de direitos trabalhistas na própria ordem constitucional brasileira (o art. 7º, *caput* da Carta Magna se refere, afinal, a trabalhadores e não, exatamente, a empregados), **considera-se recomendável a elaboração de legislação específica, apta a produzir as adequações necessárias à ampla diversidade de situações concretas existentes no país.**³⁰⁹ [Grifou-se]

É com essa missão construtora do ordenamento jurídico trabalhista, com fulcro nos fundamentos e princípios constitucionais que o regem, que deve estar dirigida a atuação do legislador em matéria trabalhista.

Lamenta-se que o Brasil careça de iniciativas legislativas dirigidas a assegurar o nível mínimo universal de proteção do Direito do Trabalho para todos os trabalhadores sem vínculo empregatício³¹⁰. Há, no entanto, várias iniciativas legislativas destinadas a categorias profissionais específicas, que pretendem fixar regramento adequado às peculiaridades que lhes são inerentes.

Antes, contudo, de passar à análise das propostas legislativas apresentadas ao Congresso Nacional brasileiro para regular especificamente determinadas relações de trabalho, far-se-á prévio cotejo de propostas construídas pela doutrina nacional para conferir proteção mínima universal para trabalhadores autônomos e eventuais.

³⁰⁸ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da e HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, p. 185 – 205, out./dez. de 2008, p. 201.

³⁰⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 230.

³¹⁰ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*, *op. cit.*, p. 149 – 150, nota nº 207.

3.1. Propostas da doutrina brasileira para operacionalizar a expansão do Direito do Trabalho para os trabalhadores em sentido amplo no Brasil³¹¹

O Direito do Trabalho tradicionalmente volta sua atenção para os trabalhadores empregados, porque sua hipossuficiência em face do empregador é evidente na relação de emprego.

Todos os trabalhadores, com efeito, precisam ter assegurados seus direitos fundamentais na relação de trabalho. No que tange aos destinatários da inclusão trabalhista, LORENA VASCONCELOS PORTO afirma que “os trabalhadores verdadeiramente autônomos e os eventuais necessitam e devem contar com a proteção do Direito e das políticas públicas”³¹². Para tanto, faz-se necessária “intervenção normativa para alcançar condições de vida dignas, intervenção esta que não se faz presente na realidade brasileira”³¹³.

Acerca da via adequada para a ampliação da base de incidência do Direito do Trabalho, LORENA VASCONCELOS PORTO entende que a “função redistributiva é plenamente atendida por meio de políticas públicas que visam à satisfação dos direitos dos trabalhadores autônomos e eventuais”³¹⁴. Isso, de fato, é adequado no que se refere à função redistributiva das políticas públicas. Todavia, somente a adoção de políticas públicas não parece suficiente para concretizar adequadamente a vocação universalizante do Direito do Trabalho e respeitar as especificidades de cada tipo de trabalho sem vínculo empregatício.

Devem ser construídos, sim, dois níveis de proteção aos trabalhadores em sentido amplo: um *universal*, que assegure patamar jurídico civilizatório mínimo de direitos de indisponibilidade absoluta aplicáveis a todo e qualquer trabalhador; e outro *específico*, que respeite as peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho.

³¹¹ Para a análise de propostas internacionais para a universalização da proteção trabalhista, vide PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 214 -249. Na obra, a autora trata dos seguintes temas: Relatório “Supiot” para a Comissão Européia (quatro círculos concêntricos de Direitos Sociais); Discussão no âmbito da OIT; Discussão da doutrina italiana (Correntes pluralista e monista); Discussão na doutrina espanhola (o conceito de alienação); Discussão da doutrina alemã (a proposta de Rolf Wank de utilização de um critério negativo).

³¹² *Idem*, p. 266.

³¹³ *Idem*, p. 260 – 261. SAYONARA GRILLO CONTINHO LEONARDO DA SILVA noticia que, diferentemente do que ocorre no Brasil, a Espanha editou a Lei nº 20/2007, que institui o Estatuto do Trabalhador Autônomo – LETA. Essa iniciativa visa promover a inclusão trabalhista das “pessoas físicas que realizam de modo direto, pessoal e habitual atividade profissional e econômica, com finalidade lucrativa, desde que por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, independentemente de contratarem ou não trabalhadores por conta alheia”. SILVA, Sayonara Grillo Continho Leonardo da. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 74, nº 3, p. 121 – 148, jul./set. de 2008, p. 124.

³¹⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 265.

Primeiramente, deve-se identificar qual o núcleo comum de direitos primordiais ao exercício digno da atividade produtiva da pessoa que trabalha. Essa tarefa pode ter como ponto de partida a ampla proteção destinada à relação de emprego. Na parte em que for compatível, a tutela empregatícia deve ser estendida para a totalidade das relações de trabalho. Esse núcleo comum é composto, ilustrativamente, pelos direitos à “Previdência Social, formação profissional contínua, garantia de continuidade de uma renda mínima, entre outros”³¹⁵.

A partir de então, deve-se identificar quais são as peculiaridades inerentes a cada tipo de trabalho, para que possa ser editada norma jurídica que as contemple adequadamente.

No que tange ao trabalho autônomo, há algumas demandas que diferem daquelas aplicáveis aos empregados³¹⁶, posto que decorrentes das peculiaridades do trabalho prestado por conta própria. LORENA VASCONCELOS PORTO cita, “ilustrativamente, a concessão de crédito em condições favoráveis, o fornecimento de informações sobre o mercado, sobre as formas de publicidade dos seus produtos ou serviços, incentivos fiscais, desburocratização etc.”³¹⁷.

No que tange especificamente ao nível universal de expansão de direitos trabalhistas, sua concretização enfrenta algumas dificuldades de ordem prática³¹⁸. Ciente desses entraves iniciais, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO salienta que eles não podem impedir a extensão dos direitos arrolados no art. 7º da Constituição Federal de 1988 para os trabalhadores em sentido amplo.

Evidentemente, há direitos arrolados no art. 7º que não são de fácil extensão àqueles que dependem do trabalho para sobreviver, mas não se afiliam à rede de emprego. A título exemplificativo é possível questionar como garantir proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988) para trabalhadores cooperados, ou autônomos, ou consultores vinculados a determinados projetos? Todavia, **as dificuldades,**

³¹⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 263.

³¹⁶ MARCELLA PAGANI reconhece, ilustrativamente, as hipóteses de justa causa e dos efeitos rescisórios como os institutos jurídicos próprios da relação empregatícia. (PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, op. cit., p. 140).

³¹⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 263.

³¹⁸ É o que aponta ARION SAYÃO ROMITA: “Como assegurar a vendedores ambulantes, microempresários, camelos, flanelinhas, *motoboys*, cambistas de entradas para espetáculos, guardadores de automóveis, etc. o controle da jornada de trabalho para garantir o pagamento de horas extraordinárias? E quem seria condenado pela Justiça do Trabalho a pagar tais horas suplementares? Quem responderia pela concessão de férias? Quem seria multado pelo fiscal do trabalho pelo descumprimento de normas sobre anotações na carteira de trabalho, falta de registro, descumprimento da legislação sobre segurança e medicina do trabalho? Seria possível a realização de perícia técnica para apuração de insalubridade ou periculosidade na execução de serviços?” ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 117, ano 32, p. 37 – 59, jan./mar., 2005, p. 57.

que devem ser vistas como iniciais, não podem ser, em si, impeditivas de que os direitos fundamentais alcancem a universalidade a que se propõe.

Na Constituição de 1988, direitos como seguro-desemprego e FGTS podem ser ajustados para atender a trabalhadores não-empregados e que se ativam no mercado de forma diversa, a fim de que possam ser devidamente assistidos nos períodos em que não encontram trabalho (caso dos autônomos e pequenos empreiteiros, por exemplo) e, portanto, privados de sustento em face de ociosidade involuntária [a teor do art. 7º, incisos II e III, respectivamente, da Constituição de 1988].

Da mesma maneira, um programa de saúde voltado às questões do trabalho não pode estar circunscrito às obrigações exigíveis de contratantes empregadores, mas de todo e qualquer tomador de serviços de pessoa que vive do seu trabalho. Nesse sentido é necessária uma extensão de cobertura social.³¹⁹ [Grifou-se]

A questão que inicialmente demanda solução é a de definir o sujeito passivo dessa extensão de direitos para os trabalhadores *lato sensu*.

As demandas trabalhistas relacionadas à relação de emprego devem ser supridas pelo tomador de serviços, que é aquele identificado como quem tira proveito contínuo da prestação de trabalho subordinado. Quando, no entanto, o trabalho é prestado a uma clientela múltipla, toda a coletividade se beneficia. Não é possível, assim, identificar previamente os tomadores desses serviços.

Diante disso, NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO assevera que a resposta para o questionamento sobre quem deve arcar com o cumprimento dos direitos fundamentais trabalhistas dos trabalhadores em sentido amplo é diferente, por exemplo, para os trabalhadores cooperados e autônomos:

Em se tratando da extensão de direitos, surgem, e continuarão surgindo, reflexões em torno de saber de quem cobrar pelo seu cumprimento. Esta não é questão que envolve resposta unificada, capaz de abarcar todas as hipóteses. Há casos mais simples. No caso de um cooperado (autêntico, e não por afiliação fraudulenta ao sistema cooperado), a própria cooperativa deverá responder pelos direitos trabalhistas. Mas há outros, como do autônomo que presta serviços para vários tomadores, em que o Estado precisará redefinir suas políticas voltadas ao tema do trabalho, a fim de que possa atuar de maneira a garantir o exercício de direitos, quando a imputação não puder se realizar em relação a um determinado tomador dos serviços. **De todo modo, a questão do trabalho, e dos meios para sua proteção, deve ganhar contornos de interesse público. São necessárias, ainda, novas tutelas legislativas ao trabalho que não é emprego, inclusive para alcançar os trabalhadores autônomos e outros tipos de trabalho fronteiriços aos da relação de emprego.**³²⁰ [Grifou-se]

³¹⁹ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 148-149.

³²⁰ *Idem*, p. 149.

Nessa esteira, com espeque no princípio da solidariedade social³²¹, LORENA VASCONCELOS PORTO defende que é o Estado que deve responder pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores autônomos e eventuais³²². MARCELLA PAGANI, por seu turno, sustenta que são os tomadores de serviços dos trabalhadores sem vínculo empregatício que devem arcar com seus encargos trabalhistas.³²³

Nesse ponto, parece mais factível o entendimento de LORENA VASCONCELOS PORTO, para quem os direitos dos trabalhadores que ofertam seus serviços para uma clientela múltipla, não identificável *a priori*, devem ser custeados por toda a coletividade, representada pelo Estado.

Esclarece:

[...] Para atender a situações diferentes, são necessárias técnicas jurídicas diversas; a diversidade das realidades envolvidas exige a diferenciação dos instrumentos jurídicos empregados. **O objetivo buscado é comum – a proteção do homem-trabalhador –, a qual, no entanto, somente pode ser alcançada de forma adequada se for diversificada a técnica jurídica utilizada. Essa diversidade atende a uma questão de justiça (quem se beneficia deve sofrer o ônus correlato) e de operacionabilidade prática (possibilidade ou não de identificar os beneficiários *a priori*).** Além disso, tem-se o fato, como vimos, de que algumas tutelas de que necessitam os trabalhadores autônomos serem, por vezes, diferentes daquelas propiciadas pelo Direito do Trabalho, devendo ser atendidas pelas prestações estatais.³²⁴
[Grifou-se]

As propostas doutrinárias para a extensão de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores em sentido amplo concordam quanto à necessidade de fixação de um salário mínimo por hora. A partir do art. 7º, incisos IV e VII da Constituição de 1988, deve ser estabelecido um valor abaixo do qual não se concebe trabalho em condições de dignidade.

Para GABRIELA NEVES DELGADO, “nesse valor mínimo-hora já estarão englobadas todas as vantagens que a ordem jurídica considere necessárias ao patamar do trabalho digno. Em consequência, será inválido o pagamento por trabalho humano inferior a esse patamar legal.”³²⁵

³²¹ Nesse sentido, vide DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. *O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. org. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2007.

³²² “Mas no caso dos trabalhadores autônomos e eventuais, a sua clientela é múltipla; concretamente, serão determinadas pessoas, mas não são identificáveis *a priori*; assim, todos devem custear a satisfação dos seus direitos, por meio de políticas públicas e prestações estatais; é o princípio da solidariedade social, inerente ao modelo de Estado de Bem-Estar Social, consagrado pela Constituição Federal de 1988.” PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 263.

³²³ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, *op. cit.*, p. 140.

³²⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 264.

³²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 220.

Nesse sentido, LORENA VASCONCELOS PORTO consigna que o valor mínimo por hora de trabalho deve ser suficiente para abranger o reembolso das despesas do trabalhador; as contribuições previdenciárias devidas pelo tomador e pelo prestador de serviços; o seguro público contra acidentes de trabalho, a serem repassados para os órgãos competentes, além “das demais parcelas salariais, também proporcionais (13º salário, remuneração das férias acrescidas de um terço, repouso semanal remunerado etc.)”³²⁶.

GABRIELA NEVES DELGADO acrescenta que o valor dessa contraprestação mínima também deve contemplar “frações concernentes a outros direitos trabalhistas, tais como adicional noturno”³²⁷, por extensão do art. 7º, inciso IX da Constituição de 1988.

Ainda mais abrangente é o modelo proposto por MARCELLA PAGANI, que estende aos trabalhadores *lato sensu* o direito ao FGTS, e, quando couber, os adicionais por serviços extraordinários; horas extras, que excedam o limite diário e semanal da jornada de trabalho; adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade, consagrados, respectivamente, nos incisos III, XVI, XIII e XXIII, do art. 7º da Constituição Federal de 1988. O mesmo se aplica à remuneração em dia de repouso, a teor do art. 7º, XV da Constituição de 1988 e do art. 9º da Lei nº 605/1949³²⁸.

GABRIELA NEVES DELGADO assenta que esse valor por hora de trabalho deve ser reajustado mensalmente por meio de norma jurídica³²⁹, devendo ser assegurada, ainda, a aplicabilidade do princípio da irredutibilidade salarial às relações de trabalho *lato sensu*, por extensão do art. 7º, inciso VI da Constituição de 1988.

No entender da presente pesquisa, essas e outras propostas devem se somar para assegurar aos trabalhadores em sentido amplo a máxima proteção jurídica para lhes permitir a construção digna de sua identidade social por meio do trabalho.

³²⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 265. Extensões, respectivamente, do art. 195, inciso I, alínea “a” e do inciso II e do art. 7º, incisos XXVIII, VIII, XVII e XV, todos da Constituição de 1988.

³²⁷ “A previsão é de que no valor mínimo-hora estejam englobadas, conforme dito, todas as vantagens que a ordem jurídica considere necessárias ao patamar do trabalho digno”. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 229.

³²⁸ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, op. cit., p. 144 - 147.

³²⁹ “Ora, basta que se fixe mensalmente, por norma jurídica, o valor mínimo-hora de trabalho humano no Brasil, relativamente a trabalhadores não empregados autônomos e eventuais.” DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 220.

3.1.1. Proposta de política pública para os trabalhadores eventuais

Especificamente em relação aos trabalhadores eventuais, considerando que suas necessidades de proteção guardam maior similitude com aquelas aplicáveis aos empregados, é possível conceber uma estrutura jurídica que conjugue a responsabilização direta dos tomadores de seus serviços com prestações estatais.

Assim, com o fito de propor a ampliação das fronteiras do Direito do Trabalho para os trabalhadores eventuais, LORENA VASCONCELOS PORTO se inspirou, ironicamente, no Decreto Legislativo nº. 276/2003, responsável pela concepção do *lavoro occasionale di tipo accessorio* na Itália – um contrato empregatício precário.

Pela proposta italiana, os tomadores de serviços eventuais receberiam um cartão magnético específico, o qual remuneraria os trabalhadores eventuais por meio de bônus a ser sacado junto aos concessionários autorizados, cujo valor nominal asseguraria o salário mínimo por hora, a ser reajustado periodicamente.

LORENA VASCONCELOS PORTO explica como se aplicaria essa proposta no Brasil:

Esse mecanismo poderia ser introduzido no Brasil com relação aos trabalhadores eventuais, para que os tomadores de serviços possam responder pela satisfação de seus direitos, que são atendidos também pelas prestações estatais. Os cupons utilizados para o pagamento desses obreiros poderiam ser adquiridos pelos tomadores em determinados locais (v.g., agências dos Correios, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil). Os trabalhadores descontá-los-iam nos mesmos locais, momento em que seria feito o desconto dos valores das contribuições previdenciárias (da parcela devida pelo obreiro e daquela devida por seu tomador), sendo-lhe entregue o restante do valor dos cupons. O valor do bônus poderia corresponder ao do salário-mínimo por hora, acrescido da contribuição previdenciária, sobre este calculada, devida pelo tomador e, talvez, das demais parcelas salariais, também proporcionais (13º salário, remuneração das férias acrescidas de um terço, repouso semanal remunerado etc.).³³⁰

GABRIELA NEVES DELGADO, com efeito, defende que a proteção destinada aos trabalhadores eventuais, “para ser mais efetiva dependerá de sua própria filiação aos quadros da Previdência Social, em categoria própria, com a devida contribuição.”³³¹

A construção de modelo jurídico de proteção ao trabalho eventual aponta para a possibilidade de operacionalizar a extensão do Direito do Trabalho para essas e outras modalidades de trabalho.

³³⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 265.

³³¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 229.

Valiosa é, portanto, a proposta concebida por LORENA VASCONCELOS PORTO de aplicação do princípio da solidariedade social para o financiamento de políticas públicas voltadas para os trabalhadores autônomos e eventuais. Essa medida possui o condão de impor um maior protagonismo do Estado na concretização da dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e na submissão da propriedade à sua função social, consagrados na Constituição Federal de 1988³³².

3.1.2. Proposta legislativa de criação de contribuição sociotrabalhista para trabalhadores sem vínculo empregatício

LORENA VASCONCELOS PORTO aponta para a necessidade de proteção aos trabalhadores por conta própria, assegurando-lhes “a garantia de uma renda mínima (*basic income*), a desburocratização das instâncias estatais, incentivos fiscais, acesso facilitado ao crédito, a educação e a formação profissional contínuas, o acesso aos serviços sociais”³³³.

No contexto da atual relação capital-trabalho e com o intuito de assegurar patamar civilizatório mínimo de direitos a todo e qualquer trabalhador, MARCELLA PAGANI propõe a criação, por ação do legislador ordinário³³⁴, de contribuição sociotrabalhista como uma via possível para a universalização do Direito do Trabalho³³⁵.

A contribuição sociotrabalhista seria destinada a efetivar quatro direitos trabalhistas fundamentais consubstanciados no art. 7º, incisos III, VIII, XV e XVII da Constituição Federal de 1988, quais sejam, respectivamente: FGTS; 13º salário; repouso semanal remunerado; e férias acrescidas do terço constitucional³³⁶.

Assim, para delinear os contornos da contribuição sociotrabalhista, a autora fixa que ela seria devida pelos tomadores de serviços em favor dos trabalhadores sem vínculo empregatício³³⁷.

Embora seja justo que o ônus incidente sobre a prestação de trabalho recaia sobre quem dela se beneficia, parece mais adequado – como sustentado anteriormente neste capítulo

³³² PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 264.

³³³ *Idem*, p. 233.

³³⁴ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, *op. cit.*, p. 144.

³³⁵ *Idem*, p. 139.

³³⁶ *Idem*, p. 141.

³³⁷ *Idem*, p. 140.

– prestigiar a operacionalidade prática da situação enfocada³³⁸. Dado que a multiplicidade da clientela dos trabalhadores em sentido amplo impede a identificação *a priori* de seus beneficiários, o sujeito passivo da contribuição sociotrabalhista deve ser toda a coletividade, representada pelo Estado.

Quanto à abrangência da contribuição sociotrabalhista, MARCELLA PAGANI a limita apenas aos trabalhadores que não preenchem os elementos fático-jurídicos da relação de emprego³³⁹, exemplificativamente, os autônomos e eventuais³⁴⁰.

Essa proposta, no entender da presente pesquisa, poderia ser estendida para todo e qualquer trabalhador que não seja destinatário de patamar civilizatório mínimo de direito trabalhistas, como os domésticos, os estagiários e os cooperados.

A inclusão dos trabalhadores domésticos dentre os destinatários da contribuição sociotrabalhista, a despeito de estarem inseridos em relação de emprego, justifica-se por não serem destinatários obrigatórios do FGTS, cujo recolhimento é meramente facultativo, a teor do art. 3º-A da Lei nº 5.859/1972.

Do mesmo modo, os estagiários e cooperados também poderiam ser destinatários da contribuição sociotrabalhista, posto que são pessoas humanas que colocam sua força de trabalho à disposição de outrem para alcançar uma vida digna³⁴¹, devem ter assegurado patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas.

GABRIELA NEVES DELGADO discorre acerca do desafio de operacionalizar a extensão para os autônomos de determinados direitos trabalhistas tradicionalmente destinados aos empregados, valendo-se do exemplo do FGTS.

Por exemplo, se ao empregado urbano é assegurado o FGTS, ao trabalhador autônomo, em razão do tipo de prestação de serviços – pelo menos, por exemplo, se esgotar-se em um único ato ou grupos de atos em um único dia – pode não fazer sentido conceder tal direito, em vista do procedimento altamente burocrático de sua operacionalização. Isso não significa que o trabalhador seja menos valorizado que o trabalhador empregado.³⁴²

³³⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, *op. cit.*, p. 264.

³³⁹ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, *op. cit.*, p. 139.

³⁴⁰ *Idem*, p. 145.

³⁴¹ *Idem*, p.130.

³⁴² DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 219.

MARCELLA PAGANI, com efeito, procura superar essa dificuldade de ordem prática para operacionalizar a contribuição sociotrabalhista. Esta seria assegurada por um Conselho Curador estruturado à semelhança do Conselho Curador do FGTS³⁴³.

Seria criada uma guia própria para identificar formalmente os trabalhadores sem vínculo empregatício perante o Conselho Curador da contribuição sociotrabalhista, sob a qual seriam efetuados os recolhimentos devidos³⁴⁴.

A atuação da Caixa Econômica Federal – CEF – adquire especial relevo na condição de agente operador da contribuição sociotrabalhista³⁴⁵. Assim, a competência dessa empresa pública para a abertura e movimentação da conta vinculada do trabalhador seria ampliada. A conta vinculada principal seria interligada por quatro contas subsidiárias – uma para cada direito fundamental alvo –, para onde seriam redistribuídos os valores arrecadados.

As hipóteses de movimentação de cada uma das quatro contas subsidiárias à conta vinculada principal não seriam coincidentes³⁴⁶.

Os valores da conta subsidiária do FGTS poderiam ser movimentados à semelhança das situações já legalmente admitidas pelo art. 35 do Decreto nº 99.684/1990³⁴⁷, como nos períodos de ociosidade involuntária decorrente da ausência de trabalho.

MARCELLA PAGANI propõe que os valores da conta subsidiária do 13º salário possam ser sacados pelo trabalhador no mês de dezembro de cada ano³⁴⁸.

É possível, com efeito, aproximar ainda mais o 13º salário devido ao trabalhador sem vínculo empregatício do destinado ao trabalhador empregado. Para tanto, sugere-se estender para os trabalhadores beneficiários da contribuição sociotrabalhista o adiantamento do saque de metade do 13º salário entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, nos moldes

³⁴³ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, *op. cit.*, p. 141. O Conselho Curador do FGTS possui composição e competência fixada respectivamente pelos arts. 3º e 5º da Lei nº 8.036/1990, bem como pelo art. 65 do Decreto nº 99.684/1990. A autora rejeita, no entanto, que o trabalhador suporte o custo de operacionalização da contribuição sociotrabalhista, o qual poderia ser custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (*Idem*, p. 144).

³⁴⁴ *Idem*, p. 145 - 146.

³⁴⁵ *Idem*, p. 142.

³⁴⁶ *Idem*, p. 142.

³⁴⁷ Atualmente, o art. 35 do Decreto nº 99.684/1990 admite, sinteticamente, movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS em caso de despedida sem justa causa (inc. I); extinção da empresa (inc. II); aposentadoria concedida pela Previdência Social (inc. III); falecimento do trabalhador (inc. IV); financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação SFH (inc. V, VI e VII); ausência de crédito de depósitos por três anos ininterruptos (inc. VIII); extinção normal do contrato a termo (inc. IX); suspensão do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias (inc. X); quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna (inc. XI); aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização (inc. XII); quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV (inc. XIII); e quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave (inc. XIV).

³⁴⁸ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, *op. cit.*, p. 143.

previstos para os trabalhadores empregados no bojo do art. 2º da Lei nº 4.749/1965. Desse modo, o trabalhador sem vínculo empregatício poderia efetuar o saque dos valores do 13º salário em dois momentos do ano: metade entre os meses de fevereiro e novembro; o restante até o dia 20 de dezembro.

Os valores correspondentes à conta subsidiária do adicional de um terço de férias, segundo MARCELLA PAGANI, poderiam ser sacados pelo trabalhador um ano após o seu cadastramento no regime da contribuição sociotrabalhista³⁴⁹.

A cifra da conta subsidiária do repouso semanal remunerado, por fim, poderia ser sacada mensalmente pelo trabalhador³⁵⁰. A presente pesquisa acredita que essa periodicidade poderia ser abreviada, considerado o marco temporal da semana, de modo a possibilitar que o trabalhador *lato sensu* tenha recursos para, de fato, repousar um dia por semana.

Nesse contexto, a proposta legislativa de MARCELLA PAGANI para a criação de contribuição sociotrabalhista assume importante papel de estabelecer quais os direitos aplicáveis aos trabalhadores sem vínculo empregatício no Brasil e como operacionalizar sua concretização.

A partir dessas e de outras propostas, pode se conceber uma ampliação ainda maior da base de incidência da contribuição sociotrabalhista, de modo a alcançar empregados domésticos e trabalhadores *lato sensu* com presunção legal relativa de ausência de vínculo empregatício, além dos trabalhadores autônomos e eventuais.

Aí sim, por meio de regulamentação legal, o ramo jurídico trabalhista estaria mais próximo de atingir a tão perseguida tutela universal, assegurando patamar jurídico civilizatório mínimo de direitos para todo e qualquer trabalhador.

Somado a isso, cada tipo de trabalho deve ter assegurado proteção compatível com suas peculiaridades. Nessa perspectiva é que será analisada a atividade legislativa voltada a ampliar direitos trabalhistas para trabalhadores *lato sensu*, em respeito às características inerentes às suas atividades.

³⁴⁹ PAGANI, Marcella. *Direito do Trabalho: Uma Possibilidade Efetiva e Concreta Para Todos os Trabalhadores*, op. cit., p. 143.

³⁵⁰ *Idem*, p. 144.

4. Análise de Projetos de Lei que adequam direitos fundamentais trabalhistas a algumas morfologias específicas de trabalho sem vínculo empregatício

A atual ordem político-constitucional impõe a manutenção da elevada complexidade social. Há abertura democrática para a inclusão das minorias. Para isso, devem-se afirmar suas novas demandas por direitos fundamentais³⁵¹.

Reconhecido em sua normatividade, o princípio da proteção do Direito do Trabalho deve exercer a função de adequar o ordenamento jurídico³⁵² ao polimorfismo do trabalho na contemporaneidade.

Esse quadro de complexidade social, que revela novas e renovadas formas de trabalho no mundo contemporâneo, deve ser regulado por estuário jurídico igualmente plural. Nesse cenário, a recomendação de edição de norma jurídica cumpre o papel de destinar disciplina legal adequada a cada tipo de trabalho, reconhecidos em suas próprias especificidades.

A partir dessa constatação, GABRIELA NEVES DELGADO esclarece o porquê da necessidade de distintos regulamentos jurídicos para disciplinar os diversos tipos de trabalho:

Ressalte-se que a presença de patamares distintos de proteção não significa o respaldo a discriminações entre trabalhadores e entre tipos de relações de trabalho. **Significa, somente, o respeito à pluralidade típica da vida social, o respeito à diferença substantiva entre os diversos tipos de vínculo de trabalho.**³⁵³ [Grifou-se]

Acerca da interferência normativa, GILMAR FERREIRA MENDES e NESTOR JOSÉ FORSTER JÚNIOR ensinam que “a generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa”³⁵⁴.

A norma legal deve estabelecer parâmetros suficientemente claros, de modo a possibilitar o seu cumprimento adequado. A lei deve, concomitantemente, ser maleável, de modo a permitir a constante transformação do Direito operada por obra da atividade hermenêutica da doutrina e da jurisprudência.

³⁵¹ PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social*: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão, *op. cit.*, p. 83.

³⁵² MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Os princípios constitucionais do trabalho. *Revista LTr* – ano 74, maio de 2010, p. 585.

³⁵³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, *op. cit.*, p. 219.

³⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*, *op. cit.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 05/04/2011.

Por isso, a norma jurídica não pode traçar limites muito restritos, que impeçam sua aplicabilidade em face da dinâmica social, política e econômica. Uma norma excessivamente rígida prejudica a sintonia da ciência jurídica com a realidade mutável que pretende regular.

Nesse contexto, observa-se que a definição legal de relação de emprego deixa margem para que a atividade hermenêutica amplie o conceito de subordinação jurídica para abranger novos sujeitos.

Ocorre que os direitos fundamentais do trabalho também possuem aplicabilidade imediata para os trabalhadores sem vínculo empregatício. A prática judiciária brasileira, no entanto, vem se revelando pouco efetiva para estender-lhes a proteção do Direito do Trabalho.

Daí porque ser recomendável a edição de norma legal para assegurar uma tutela plena e universalizante à totalidade de trabalhadores, fixando a maneira como o contrato mínimo legal previsto no art. 7º da Constituição de 1988 deve se adaptar à dinâmica de cada prestação de trabalho não empregatício no Brasil.

A atuação legislativa em matéria trabalhista deve, ainda, ser orientada pelo princípio da vedação ao retrocesso sociojurídico, a bem do seu constante aperfeiçoamento. A esse respeito, assevera DANIELA MURADAS REIS:

É de se observar que tanto o princípio da norma mais favorável quanto o princípio da progressividade dos direitos humanos sociais, analisados sob o prisma da produção legislativa nacional, não estabelecem a imutabilidade dos preceitos justralhistas; ao contrário, determinam o constante aperfeiçoamento do ramo juslaboral, a sua adaptação às novas necessidades sociais, sempre encerrando o sentido de proteção, atávico ao Direito do Trabalho.³⁵⁵

Nesse sentido, deve-se tomar cuidado para que a recomendável intervenção estatal para adaptar o ordenamento jurídico às novas morfologias do trabalho não resulte em normas flexibilizadoras de seus direitos, insuficientes para assegurar patamar jurídico mínimo de dignidade.

Assim, em linha com o preceito da vedação ao retrocesso sociojurídico, GABRIELA NEVES DELGADO afirma que as inovações legislativas na seara trabalhista devem perseguir a concretização dos fins do Direito do Trabalho.

[...] as mudanças jurídicas a serem implementadas devem fundamentar-se na lógica finalística originária do Direito do Trabalho. Ou seja, qualquer mudança legislativa deverá propor melhoria das condições de trabalho em favor do obreiro, e não a precarização de prestação de serviços, desenvolvida conforme interesse privado e egoístico do mercado.³⁵⁶

³⁵⁵ REIS, Daniel Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*, op. cit., p. 21.

³⁵⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 241.

Feitas essas considerações, a seguir serão analisadas algumas propostas legislativas³⁵⁷ apresentadas ao Congresso Nacional brasileiro, que visam efetivar direitos fundamentais trabalhistas para trabalhadores em sentido amplo, com a pretensão de conferir tutela jurídica adequada às especificidades inerentes ao tipo de trabalho enfocado.

4.1. Projetos de Lei destinados a proteger os trabalhadores autônomos hipossuficientes

4.1.1. Músicos: repouso, alimentação e remuneração

Os músicos profissionais são trabalhadores, em larga medida, autônomos, cuja prestação de serviços ocorre de maneira muito peculiar. Os profissionais da música normalmente são contratados por estabelecimentos comerciais como atrativo para a clientela. Em decorrência disso, valoriza-se iniciativa legislativa dirigida a regular o exercício dessa profissão de maneira adequada às suas especificidades.

Nesse sentido, o Deputado Gilmar Machado (PT - MG) apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.094/2007, renomeado, no Senado Federal, para Projeto de Lei da Câmara nº 246/2009, que “disciplina a cobrança de *couvert* artístico e altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o trabalho do músico.”³⁵⁸

Segundo a Justificação, o “projeto de lei visa a disciplinar os direitos dos músicos contratados sobre a roupagem do *couvert* artístico e garantir condições mínimas de bem-estar aos mesmos durante a sua estada no estabelecimento que os contratou.”³⁵⁹

Para tanto, a proposta legislativa em tela adapta os regramentos de intervalo intrajornada para essa categoria especial de profissionais, ao prever descanso, em local apropriado, de dez minutos a cada uma hora e meia de trabalho³⁶⁰.

³⁵⁷ A presente pesquisa objetiva demonstrar como o Poder Legislativo tem atuado na busca de efetivar o direito fundamental ao trabalho para os trabalhadores *lato sensu*. Ressalte-se, preliminarmente, que a análise dos projetos selecionados não implica adesão a seus conteúdos nem que essa ou aquela solução é adequada para o cenário aqui descrito.

³⁵⁸ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93891>. Acesso em 12/06/2011.

³⁵⁹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=68568&tp=1>>, p. 5. Acesso em 12/06/2011.

³⁶⁰ “O CONGRESSO NACIONAL decreta: / Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a cobrança do *couvert* artístico do consumidor e seu repasse ao músico profissional. / Art. 2º O estabelecimento comercial que se utilizar do serviço de músicos como meio para divulgação ou de entretenimento de clientes poderá cobrar o *couvert* artístico desde que: / I – tenha firmado com o músico profissional contrato de trabalho; / II – ofereça música ao vivo pelo menos durante parte do período em que o cliente estiver no estabelecimento; e / III – faça constar do cardápio, com destaque, informação sobre a cobrança do *couvert* artístico, incluindo o valor cobrado e os dias e horários das

Propõe, ainda, o fornecimento de alimentação de qualidade e de bebidas não alcoólicas para a manutenção da hidratação e do bem-estar do músico.

Também merece destaque o dispositivo que exige que o contratante disponibilize as notas de consumo dos clientes contendo o pagamento do *couvert* artístico para que o músico possa fazer a conferência dos valores repassados.

Para o incremento do rol de garantias destinado aos músicos profissionais, sugere-se, adicionalmente, que a proposta legislativa impute ao tomador de serviços o fornecimento de equipamentos de proteção individual, especialmente para a neutralização de ruídos, se for o caso.

Note-se, assim, a importância de se observar as especificidades inerentes ao trabalho autônomo do músico profissional para poder adequar os contornos jurídicos de alguns direitos fundamentais trabalhistas, de modo a assegurar-lhes tratamento legal mais favorável à concretização do seu trabalho em condições de dignidade.

4.1.2. Artesãos: identificação, saúde e segurança

A Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, no século XVIII, marcou o processo crescente de dissociação entre capital e trabalho³⁶¹. Sobretudo a partir da adoção do modo de produção fordista, o trabalhador se especializa apenas em uma das etapas do processo produtivo e deixa de se identificar com o produto final de seu trabalho.

apresentações, quando haverá a cobrança. / Art. 2º A Seção III do Capítulo I do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigor acrescida dos seguintes arts. 233-A e 233-B: / “Art. 233-A. O estabelecimento comercial que se utilizar do serviço de músicos como meio para divulgação da casa e de entretenimento de fregueses deverá estipular, previamente e por escrito, a forma de contratação do profissional, nas seguintes modalidades: / I - contrato de remuneração por turno, no qual o estabelecimento em conjunto com o músico fixa o valor da remuneração e o total de horas de trabalho; ou / II - contrato de remuneração variável no qual o músico é remunerado pelo repasse integral dos adicionais cobrados de clientes. / § 1º Na hipótese de contratação por remuneração variável, o estabelecimento deverá fazer constar das notas de consumo dos clientes os valores cobrados a título de *couvert* artístico e disponibilizar a conferência das respectivas notas ao músico, sempre que solicitadas. / § 2º Caso ocorra repasse inferior ao valor das notas, o estabelecimento deverá pagar o triplo da diferença verificada pelo músico. / § 3º O *couvert* artístico repassado ao músico integra sua remuneração para todos os fins.” / “Art. 233-B. Constitui, ainda, obrigação do estabelecimento contratante: / I – fornecer ao músico, sem ônus, alimentação de qualidade e bebidas não alcoólicas; / II – proporcionar lugar adequado para o descanso, de pelo menos 10 (dez) minutos a cada 1 (uma) hora e 30 (trinta) minutos de performance.” / Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua 3ª publicação.” Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/68094.pdf>>. Acesso em 12/06/2011.

³⁶¹ A Justificativa do Projeto de Lei em tela recupera a origem histórica do declínio do modelo produtivo artesanal: “A Revolução Industrial que eclodiu na Inglaterra a partir do Século XVIII teve um efeito devastador sobre o pequeno artesanato. Mercadorias que antes eram produzidas por meio de técnicas manuais em pequenas oficinas familiares passaram a ser fabricadas por processos mecanizados em grandes indústrias. A sociedade passou por uma profunda estruturação que gerou desemprego, fome e rebaixamento da condição social da maioria dos trabalhadores.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497417>>. Acesso em 22/06/2011.

Esse contexto global de valorização da produção industrial massificada foi muito prejudicial para a atividade artesanal. O artesanato, no entanto, permanece vivo enquanto valor histórico, social, cultural³⁶² e econômico³⁶³ populares.

Foi com o intuito de estabelecer diretrizes para a valorização do artesanato profissional que adveio o Projeto de Lei nº 925/2011³⁶⁴, de autoria do deputado Antônio Roberto (PV - MG), que institui o Estatuto do Artesão³⁶⁵. Segundo a Justificativa, “o objetivo dessa proposta é tirar o artesanato da clandestinidade. É torná-lo visível ao Poder Público. O projeto alinha um conjunto de estratégias e medidas que servirão de orientação de políticas públicas voltadas para o pequeno artesão e para a pequena artesã.”³⁶⁶

Objetiva-se, assim, que a interferência legislativa valorize os profissionais do artesanato e norteie políticas públicas destinadas a proteger e dignificar esses trabalhadores. Para tanto, são definidos os seguintes objetivos:

Art. 2º. Esta norma tem por objetivos:

I - identificar os artesãos e as atividades artesanais conferindo-lhes maior visibilidade e valorização de maneira a contribuir também para a **dignificação** das profissões ligadas ao artesanato;

³⁶² Segundo a Justificativa da proposta legislativa, “Hoje, no limiar do Século XXI, o artesanato deixou de ser uma atividade econômica central pela hegemonia da lógica do capitalismo industrial e pós-industrial, mas é ainda a fonte de sustento de uma grande parte da população, tanto nos centros urbanos como no meio rural.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497417>>. Acesso em 22/06/2011.

³⁶³ A teor da justificativa da proposta legislativa em foco, “A atividade artesanal é ignorada [em] grandes narrativas que tentam explicar [a] formação econômica do Brasil, como a de GILBERTO FREYRE, em *Casa-Grande & Senzala* (Rio de Janeiro: Ed. Record, 1998). Entretanto, a figura do artesão e da artesã sempre foram importante para o desenvolvimento da economia brasileira.” *Idem*.

³⁶⁴ A Justificativa da proposta informa que o texto apresentado já foi bastante discutido em sessões legislativas anteriores: “A versão ora apresentada foi elaborada a partir de um projeto de autoria do ex-deputado Eduardo Valverde [PL 3.926/2004], recentemente falecido, que trabalhou com afinco pela causa dos artesãos e das artesãs. O texto foi burilado ao longo de seis anos de tramitação nas Comissões de Educação e Cultura; e de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; e de Trabalho, de Administração e Serviço Público. / A versão que agora oferecemos já contempla todas essas alterações. Para sermos fiéis o mais possível ao trabalho dos colegas que nos precederam nessas discussões, fizemos mudanças mínimos no texto. Passo a relatar as principais: / a) Propusemos no artigo 4º uma conceituação mais aberta para a atividade artesanal, de maneira a incluir o maior número possível de trabalhadores e organizações artesanais. / b) No artigo 15, realçamos que o registro profissional para artesãos e entidades artesanais não é condição para o exercício da atividade artesanal. / Esse expediente é necessário para afastar qualquer questionamento quanto à constitucionalidade do projeto. A Constituição assegura que o livre exercício de trabalho, ofício e profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (artigo 5º, XIII). O objetivo da Lei não é criar embaraços às atividades artesanais, mas promovê-las o máximo possível; / c) No artigo 20, suprimiu-se o prazo para que o Poder Executivo regulamente a futura Lei, em atenção ao entendimento da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que considera que esse expediente fere o princípio da separação dos Poderes; / d) No artigo 21, riscou-se do texto a *vacatio legis*, que, no nosso entendimento, é desnecessário e só atrasaria a efetiva implementação da Lei. / Por todo o exposto, pedimos apoio de nossos Nobres Pares para a aprovação do presente projeto com a maior celeridade possível.” *Idem*.

³⁶⁵ O dispositivo inaugural da proposta legislativa assim a define: “Art. 1º. Esta lei institui o Estatuto do Artesão, define a profissão de artesão, sua unidade produtiva e estabelece diretrizes para sua valorização profissional.” Posteriormente são definidos os destinatários dessa norma jurídica: “Art. 3º. As disposições contidas nesta Lei aplicam-se a todos os artesãos e a todas as unidades produtivas artesanais em território nacional.” *Idem*.

³⁶⁶ *Idem*.

II – contribuir para uma adequada definição e ajustamento das políticas públicas afirmativas, objetivando a **proteção** da atividade, a organização e a qualificação profissional dos artesãos;

III – reforçar a consciência social da importância das artes e ofícios artesanais como meio privilegiado de preservação dos valores da identidade cultural do País e como instrumento de dinamização da economia solidária, da renda e da ocupação a nível local;

IV – assegurar a produção de dados estatísticos que permitam obter informação rigorosa e atualizada sobre o setor, por meio do registro dos artesãos e das unidades produtivas artesanais;

V – criar linhas de créditos especiais para o fomento das atividades artesanais;

VI – criar a certificação dos produtos artesanais, consoante com as peculiaridades regionais e culturais do povo brasileiro, com o objetivo de promover os produtos típicos e diferenciados das diversas etnias e manifestações folclóricas do País.³⁶⁷ [Grifou-se]

Destaque-se que o objetivo de “criar linhas de créditos especiais para o fomento das atividades artesanais” (art. 2º, inciso V do trecho da proposta legislativa acima transcrito) consiste no reconhecimento legislativo da “concessão de crédito em condições favoráveis”³⁶⁸ como uma das demandas dos trabalhadores autônomos decorrentes das peculiaridades do trabalho prestado por conta própria, conforme sustentado por LORENA VASCONCELOS PORTO. No mesmo sentido é a criação de certificação dos produtos artesanais (art. 2º, VI), que consiste em uma das “formas de publicidade dos seus produtos ou serviços.”³⁶⁹

A intervenção pessoal no processo produtivo é elemento determinante para definir a atividade artesanal³⁷⁰. Para efeitos da proposta, “entende-se por artesão o trabalhador que exerce uma atividade artesanal, em caráter habitual e profissional, dominando o conjunto de saberes e técnicas a ela inerentes, ao qual se exige um apurado sentido estético e perícia manual.”³⁷¹ Essa conceituação aberta favorece a inclusão do “maior número possível de trabalhadores e organizações artesanais”³⁷².

³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, op. cit., p. 263.

³⁶⁹ A autora acrescenta, ilustrativamente, “o fornecimento de informações sobre o mercado, [...] incentivos fiscais, desburocratização etc.” *Ibidem*.

³⁷⁰ A definição legal está assim redigida: “Art. 4º. Designa-se de atividade artesanal aquela de reconhecido valor cultural e social, que empregue eminentemente técnicas tradicionais para a produção de bens ou na prestação de serviços. / § 1º A atividade artesanal deve caracterizar-se pela fidelidade aos processos tradicionais, em que a intervenção pessoal constitui um fator predominante e o produto final é de fabrico individualizado e genuíno, sem prejuízo da abertura à inovação. / § 2º A predominância da intervenção pessoal é avaliada em relação às fases do processo produtivo ou na prestação de serviços em que se influencia ou determine a qualidade e natureza do produto ou dos serviços.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497417>>. Acesso em 22/06/2011.

³⁷¹ O art. 8º, parágrafo único ressalta: “O que é considerado apurado sentido estético será definido por órgão representativo da atividade, de caráter federal e legalmente constituído.” *Idem*.

³⁷² Conforme consta da Justificativa (*idem*).

O Anexo I da proposta em exame lista as atividades artesanais em diversos grupos³⁷³. Assegura-se, com efeito, a atualização anual desse rol pelo Poder Executivo, “de acordo com a evolução e transformações das aptidões e artes humanas”³⁷⁴.

A identificação formal do trabalhador junto aos órgãos públicos é assegurada pelo “Registro Profissional do Artesão”³⁷⁵. Embora não consista em requisito para o exercício profissional, esse cadastro configura chave de acesso aos benefícios constantes da proposta legislativa³⁷⁶.

São concebidas, ainda, unidades produtivas artesanais como modelos de organização não subordinada de artesãos³⁷⁷, realçando a autonomia com que costuma se desenvolver o trabalho artesanal. Desse modo, os artesãos subordinados seriam destinatários da proteção

³⁷³ Quais sejam: artes e ofícios têxteis; artes e ofícios de cerâmica; artes e ofícios de trabalhar elementos vegetais; arte e ofício de trabalhar peles e couro; artes e ofício de trabalhar a madeira e a cortiça; artes e ofícios de trabalhar o metal; artes e ofícios de trabalhar a pedra; artes e ofícios ligados ao papel e arte gráfica; artes e ofícios ligados à construção tradicional; restauro de patrimônio, móvel e integrado; produção e confecção artesanal de bens alimentares; outras artes e ofícios. (*idem*).

³⁷⁴ “Art. 5º. As atividades artesanais classificam-se em: / I – artes; / II – ofícios; / III – produção e confecção tradicional de bens alimentares. / Art. 7º. O anexo I da presente lei contém a lista de atividades artesanais a serem desenvolvidas de acordo com as condições previstas nos artigos anteriores. / Parágrafo único. A lista de atividades artesanais referida no *caput* será atualizada anualmente pelo Poder Executivo de acordo com a evolução e transformações das aptidões e artes humanas.” *Idem*.

³⁷⁵ “Art. 9º. Para o exercício da atividade sob amparo desta lei, o artesão deverá requerer registro junto ao órgão federal competente, designado em regulamento, que emitirá o a “Registro Profissional do Artesão”, desde que cumpra os requisitos estabelecidos no artigo seguinte. / Art. 10. São requisitos para o registro profissional: / I – As atividades desenvolvidas devem constar do rol a que se refere o art. 7º, devendo o seu exercício observar o preceituado nos arts 5º e 6º; / II – O artesão deve demonstrar, nos termos do regulamento, que exerce a sua atividade a título profissional, com habitualidade, ainda que não seja sua atividade principal. / Parágrafo único. Excepcionalmente e mediante fundamentação adequada, poderá ser concedido o registro profissional a quem, embora não cumprindo o requisito previsto no inciso II, seja detentor de saberes que, do ponto de vista das artes e ofícios, considerem-se de grande relevância. / Art. 11. O registro profissional de artesão terá que ser revalidado a cada três anos, observada a permanência das condições estabelecidas no artigo 10 desta Lei, nos termos do regulamento.” *Idem*.

³⁷⁶ “Art. 15. O registro do artesão e de unidade produtiva artesanal, nos termos dos artigos 9º e 13, é condição necessária para o acesso a quaisquer apoios e benefícios previstos nesta Lei, mas não para o exercício das atividades artesanais.” *Idem*.

³⁷⁷ “Art. 12. Para efeitos desta lei, considera-se unidade produtiva artesanal toda e qualquer unidade econômica legalmente constituída e devidamente registrada, organizada sob as formas de empresa em nome individual, estabelecimento individual de responsabilidade limitada, cooperativa, sociedade unipessoal, ou sociedade comercial, que desenvolva uma atividade artesanal, nos termos previstos na Seção I do Capítulo II. / Art. 13. As unidades produtivas artesanais serão registradas com esta denominação jurídica, **de forma simplificada e gratuitamente**, nas Juntas Comerciais, desde que cumpram os requisitos estabelecidos no artigo seguinte. / Parágrafo único. A validade do registro de unidade produtiva artesanal será por períodos que variam entre dois e cinco anos, nos termos do regulamento. / Art. 14. As unidades produtivas artesanais deverão cumprir as seguintes condições, cumulativamente: / I – ter como responsável pela produção um artesão registrado no órgão de que trata o art. 9º, que as dirija e delas participe; / II – ter no máximo nove artesãos, excetuando os aprendizes que em cooperação e em solidariedade, desenvolvam atividades artesanais. / Parágrafo único. Excepcionalmente, tendo em conta a natureza da atividade desenvolvida e mediante uma análise fundamentada, realizada pelo órgão de que trata o parágrafo único do art. 8º, poderão ser consideradas unidades produtivas artesanais as entidades que, embora excedendo o número de trabalhadores fixado no inciso II, salvaguardem os princípios que caracterizam os processos produtivos artesanais e que **não haja subordinação jurídica**.” *Idem*. [Grifou-se]

clássica dos empregados. Já os artesãos não empregados passariam a estar incluídos no âmbito de proteção do Direito do Trabalho.

Ademais, propõe-se a realização gratuita de registro nacional do artesanato, com o intuito de centralizar a identificação das atividades artesanais e de seus produtos, respeitadas as peculiaridades, procedência, valores estético, étnico e cultural³⁷⁸. A partir de então seriam facilitadas políticas públicas de fomento às atividades artesanais. A proposta atribui ao Poder Executivo a incumbência de certificar, diferenciar positivamente e valorizar os produtos artesanais regionais; divulgá-los nacional e internacionalmente; realizar programas de capacitação e qualificação dos artesãos, entre outras medidas³⁷⁹.

Por fim, a iniciativa demonstra preocupação com imperativos de higiene, saúde, segurança e manutenção do equilíbrio ambiental, sobretudo do meio ambiente de trabalho. Assim, o apego aos processos tradicionais é flexibilizado para a adoção de mecanismos que reduzam a nocividade no processo produtivo, como transcrito a seguir:

Art. 5º. A fidelidade aos processos tradicionais deve ser compatibilizada com a inovação nos seguintes domínios e nas seguintes condições:

I – adequação do produto final às tendências do mercado e a novas funcionalidades, desde que conserve um caráter diferenciado em relação à produção industrial ou aos serviços padronizados;

II – adaptação dos processos produtivos, equipamentos e tecnologias de produção e a prestação de serviços **a imperativos de ordem ambiental e de higiene e segurança no local de trabalho e de forma a diminuir a penosidade do processo produtivo** ou a rentabilizar a produção, desde que, em qualquer caso, seja salvaguardada a natureza e qualidade do produto ou serviço;

III – uso sustentável e racional dos produtos da flora, da fauna e do solo, visando **adequar-se às exigências ambientais e de saúde pública e aos direitos dos consumidores**.³⁸⁰ [Grifou-se]

³⁷⁸ “Art. 16. Será realizado registro nacional do artesanato em conformidade com o regulamento, visando cadastrar as atividades artesanais e seus produtos, consoantes peculiaridades, procedência, valor estético, étnico e cultural. / Art. 17. A inscrição das atividades artesanais no registro é gratuita, tem caráter público e será atualizada regularmente.” *Idem*.

³⁷⁹ “Art. 18 Compete ao Poder Executivo: / I – atualizar as listas de atividades artesanais; / II – manter e controlar o registro do artesanato; / **III – estabelecer políticas de fomento para as atividades artesanais**; / IV – emitir normas para certificação de produtos artesanais; / V – conhecer, desenvolver estudos, classificar, discriminar os produtos artesanais típicos de regiões ou de culturas tradicionais populares; / **VI – certificar os produtos artesanais que expressem conteúdo cultural e características peculiares de uma região ou de uma determinada etnia, com o fito de diferenciá-los e realçá-los em relação aos demais**; / VII – divulgar, nacional e internacionalmente, o artesanato brasileiro; / VIII – realizar programas de capacitação e qualificação do artesão brasileiro; / IX – desenvolver programas de gerenciamento e organização empresarial para as unidades produtivas artesanais; / X – desenvolver intercâmbios técnicos e de arte com os países latino-americanos, visando ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento do artesanato brasileiro; / XI – organizar feiras e mostruários, editar livros e informativos do artesanato brasileiro; / XII – organizar e realizar Bienais do Artesanato Brasileiro; / XIII – promover incentivos à exportação de bens e serviços artesanais. / Art.19. Os produtos artesanais típicos que caracterizam determinada cultura popular brasileira, ou especificidades de determinadas regiões do país, ou que reúnam diferenciado e significativo conteúdo estético ou de arte, poderão ser certificados com o objetivo de discriminação positiva e valorização econômica.” *Idem*.

³⁸⁰ *Idem*.

Em suma, na esfera universal de proteção, são reconhecidos aos trabalhadores artesãos os direitos fundamentais trabalhistas de identificação formal perante o Poder Público, além de saúde e segurança no trabalho, admitindo-se a adequação dos processos produtivos tradicionais para a sua real efetivação.

No âmbito das especificidades dos trabalhadores autônomos artesãos, a proposta legislativa cria mecanismos mínimos para a valorização da atividade artesanal, como a concessão de crédito facilitado, a certificação dos produtos artesanais, sua divulgação e a capacitação dos artesãos. Fixa-se, em acréscimo, o dever de implementação de políticas públicas de organização e fomento da atividade artesanal.

Desse modo, a proposta legislativa ora enfocada merece destaque por oferecer propostas factíveis para conferir valor ético ao trabalho artesanal. A dignidade dos artesãos é assegurada. Possibilita-se, assim, o resgate da construção da identidade social dos artesãos por meio da proteção legal ao exercício do seu trabalho.

4.2. Projeto de Lei para proteger o trabalhador autônomo autossuficiente

4.2.1. Advogados: férias³⁸¹

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, que promoveu a Reforma do Poder Judiciário, alterou a redação do art. 93, inciso XII da Constituição Federal de 1988 para vedar férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau. Nessa esteira, a Lei nº 5.010/1966, em seu art. 62, inciso I, fixa o período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro de cada ano como feriado na Justiça Federal.

O abreviado período de recesso do Poder Judiciário, contudo, vulnera o direito fundamental trabalhista do descanso anual pelo período de 30 dias para os trabalhadores que exercem a advocacia.

Diante do novo calendário forense, os advogados passaram a pleitear a suspensão de realização de audiências e de publicação de atos processuais por período mais alongado³⁸², o que se converteu em demanda legislativa³⁸³.

³⁸¹ Destaque-se, adicionalmente, a existência do Projeto de Lei nº 361/2007, de autoria do deputado João Campos (PSDB - GO), que altera o Código de Processo Civil para dispor sobre a suspensão de prazos processuais em caso de advogada que deu á luz. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=344183>>. Acesso em 22/06/2011.

A iniciativa partiu do Deputado Mendes Ribeiro Filho (PMDB - RS), que apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 6.645/2006, renomeado, no Senado Federal, para Projeto de Lei da Câmara nº. 6/2007. A referida proposta legislativa está assim ementada: “Altera o art. 175 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e o inciso I do caput do art. 62 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, que organiza a Justiça Federal de 1ª (primeira) instância, e dá outras providências. (Estabelece dias e períodos de feriado forense e de suspensão dos prazos processuais)”³⁸⁴.

O referido projeto pretende, assim, positivar o tradicional pleito anual dos advogados, para que não ocorram audiências e publicações por período superior ao recesso do Poder Judiciário. Estaria assegurado, assim, período para “que os advogados usufruam melhor qualidade de descanso, necessário para a preservação da saúde do trabalhador e para a melhoria da produtividade no decorrer do ano”³⁸⁵.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal acolheu, ainda, Emendas que estendem o recesso judicial até o dia 20 de janeiro, em consonância com o que defende o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de forma a “viabilizar ao advogado, por um período de aproximadamente um mês, o merecido descanso a que faz jus o trabalhador”³⁸⁶.

³⁸² Exemplo disso é a conquista da Associação Bahiana dos Advogados Trabalhistas – ABAT perante o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, de que não houvesse publicações até o dia 14 de janeiro de 2011. Notícia veiculada em 19/10/2010 demonstra, no entanto, que esse pleito, embora tradicionalmente apresentado, não foi acolhido por maioria no TRT da 5ª Região e não ecoa por todo o território nacional. “ÓRGÃO ESPECIAL DO TRT5 DEFERE REQUERIMENTO DA ABAT PARA FÉRIAS DOS ADVOGADOS / Na sessão ocorrida no dia 18 de outubro de 2010, o Órgão Especial do TRT da 5ª Região acatou, por maioria, requerimento postulado pela ABAT para que em janeiro de 2011 não sejam realizadas audiências e publicações até o dia 14 daquele mês. / O recesso forense tem início no dia 20 de dezembro de 2010, finalizando-se em 06 de janeiro de 2011, sendo que no período entre 07 a 14 de janeiro daquele ano, não devem ocorrer audiências e publicações, permitindo que os advogados usufruam melhor qualidade de descanso, necessário para a preservação da saúde do trabalhador e para a melhoria da produtividade no decorrer do ano. / No último Colégio de Presidentes realizado pela ABRAT no dia 03 de setembro passado, o presidente da ABAT, Carlos Tourinho, levou ao conhecimento das demais diretorias o tradicional requerimento de ‘férias’ para os advogados postulado pela ABAT ao TRT5, incentivando as demais associações de advogados trabalhistas do país a buscarem este avanço perante seus respectivos TRTs. A experiência tem sido exitosa, a exemplo do TRT da 6ª Região, que deferiu por unanimidade o pleito da ACAT e da ABRAT. / A luta da ABAT, das demais associações estaduais de advogados trabalhistas e da ABRAT agora é no sentido de pressionar os parlamentares para aprovação do projeto de lei que prevê férias de trinta dias para a classe que ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.” Disponível em: <http://www.abat.org.br/Prg_Vis_Not.cfm?id=380&men=5>. Acesso em: 20/10/2010.

³⁸³ As advogadas autônomas também lutam pelo reconhecimento legal do seu direito a período de 120 dias após dar à luz, a título de licença natalidade, para poderem se recuperar do parto e se dedicar ao filho recém-nascido.

³⁸⁴ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=314814>> e <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79745>. Acesso em: 12/6/2011.

³⁸⁵ Disponível em: <http://www.abat.org.br/Prg_Vis_Not.cfm?id=380&men=5>. Acesso em: 20/10/2010. A propósito, a Justificação do Projeto de Lei realça a incoerência decorrente do fato de que os profissionais da advocacia, função constitucionalmente reconhecida como essencial à Justiça, não tenham assegurado período de descanso.

³⁸⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=22998&tp=1>>, p. 2. Acesso em 12/06/2011. As emendas acolhidas possuem o seguinte teor: “SUBEMENDA ÀS EMENDAS Nºs 01 E 02-

A extensão do período de suspensão dos prazos processuais entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, foi incorporada ao texto Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que institui o Novo Código de Processo Civil³⁸⁷.

Destaque-se, por oportuno, que o foco da proposta legislativa em tela não são os advogados empregados, mas, sim, os advogados autônomos, que militam por conta própria e isoladamente ou em pequenos escritórios, sem o suporte de advogados associados para quem possam substabelecer os processos sob sua incumbência³⁸⁸.

A iniciativa legislativa em foco rompe, desse modo, com a noção preponderante de que apenas os trabalhadores autônomos hipossuficientes perante seus tomadores de serviços é que teriam ameaçados seus direitos de indisponibilidade absoluta e, portanto, necessitariam da proteção do Direito do Trabalho³⁸⁹.

A doutrina majoritária em favor da extensão do Direito do Trabalho para as relações de trabalho *lato sensu* entende que essa proteção só seria necessária para equilibrar relações jurídico-trabalhistas assimétricas, em que estivesse presente o elemento da hipossuficiência do trabalhador em face dos tomadores de serviços.

PLEN E PARTE DA EMENDA Nº 05-PLEN / Dê-se ao parágrafo único do art. 62 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, a seguinte redação: / Art. 62. ... / *Parágrafo único*. Ficam suspensos todos os prazos, audiências e quaisquer outras intercorrências judiciais nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro de cada ano, ressalvado o disposto nos incisos I e II do art. 173 e I a III do art. 174, todos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (NR) / SUBEMENDA ÀS EMENDAS Nos 03 E 04-PLEN E PARTE DA EMENDA Nº 05-PLEN / Dê-se ao parágrafo único do art. 175 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação: / Art. 175. ... / *Parágrafo único*. Ficam suspensos todos os prazos, audiências e quaisquer outras intercorrências processuais nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro de cada ano, ressalvado o disposto nos incisos I e II do art. 173 e I a III do art. 174, todos desta Lei. (NR)” *Idem*, p. 3 – 4.

³⁸⁷ A redação aprovada no Senado Federal encontra-se pendente de apreciação na Câmara dos Deputados sob a epígrafe de Projeto de Lei nº 8.046/2010 e possui o seguinte teor: “Art.187. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive. / §1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere ao *caput*. / §2º Durante o prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências ou julgamentos por órgão colegiado.” Na Justificativa do dispositivo transcrito, o período de suspensão dos prazos processuais objetiva “que o advogado pudesse ter descanso”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 28/06/2011.

³⁸⁸ É o que consta da Justificação do projeto: “A atividade jurisdicional ininterrupta atinge particularmente os advogados que trabalham em pequenos escritórios ou individualmente, incapazes de abandonar suas atividades em função da continuidade dos prazos nos juízos e tribunais”. Esclareça-se, adicionalmente, que não se está aqui a tratar dos advogados empregados, os quais gozam de todos os direitos assegurados aos demais empregados.

³⁸⁹ É o que defende MAURÍCIO GODINHO DELGADO: “Desse modo, o conceito de direitos fundamentais somente adquiriu relevância e consistência – e seu prestígio cultural recente – com o advento da inovadora incorporação em sua matriz dos vastos segmentos sócio-econômicos destituídos de riqueza que, pela primeira vez na história, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade. / Este fato decisivo e inédito somente iria ocorrer a partir da segunda metade do século XIX, na experiência principalmente européia. Não por coincidência ele se confunde com o advento do Direito do Trabalho”. DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 657.

Essa é a opinião, dentre outros³⁹⁰, de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, para quem a extensão de direitos fundamentais trabalhistas deve alcançar os prestadores de serviços hipossuficientes, destituídos da força competitiva dos autônomos clássicos³⁹¹. Para os autônomos autosuficientes, o plano normativo de regulação do contrato civil asseguraria a afirmação da dignidade humana. Os profissionais autônomos altamente qualificados não necessitariam de ramo jurídico especializado para sua tutela, como procura explicar o autor:

Há, de um lado, o trabalho livre, autônomo e significativamente especializado, mediante o qual o prestador detém parte significativa dos meios de sua própria produção. A reunião destas duas circunstâncias no mesmo indivíduo torna bastante viável sua maior e melhor afirmação no contexto socioeconômico circundante (afirmação que pode viabilizar, inclusive, a incorporação, a seu favor, de outras modalidades de prestação laborativa, realizada por outros trabalhadores).

A propósito, este tipo de trabalho livre nunca necessitou, ao longo da história, de ramo jurídico especializado para sua tutela, uma vez que tendia (e tende) a se afirmar, no plano econômico-social, por suas próprias forças. Geralmente correspondeu a estratos reduzidos da sociedade, porém detentores de razoável poder socioeconômico. Comerciantes e artistas das sociedades antigas e medievais, efetivos profissionais liberais e congêneres da sociedade capitalista contemporânea.

O elogio ao valor-trabalho, que é característico essencialmente do mundo contemporâneo, alterou o *status* desses profissionais, retirando-os dos interstícios das velhas sociedades e os colocando no seio dos novos segmentos hegemônicos. Porém não lhes fez caudatários de nenhum ramo jurídico especializado, uma vez que o clássico Direito Civil lhes forneceria a tutela jurídica essencial.

Não parece, desse modo, pertinente falar-se em extensão de direitos fundamentais laborativos a este segmento socioeconômico específico.³⁹²

[Grifou-se]

³⁹⁰ Tal entendimento guarda similitude com a proposta de T. Sala Franco e F. López Mora, (*apud* BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar, op. cit.*, p. 156), segundo a qual a tutela trabalhista deveria recair sobre algumas espécies de trabalho autônomo: “aquelas em que se produz uma prática negocial abusiva por parte do credor da atividade, o qual, em virtude de sua posição de hegemonia econômica, impõe todas as suas condições no momento de regular essa prestação de serviço”. SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA e CARLOS HENRIQUE HORN corroboram com tal assertiva, sustentando a necessidade de proteção em face da insegurança no trabalho, que decorre “das condições em que se processam as transações, com vendedores de força de trabalho que não possuem outros meios de subsistência que não os provenientes da alocação de sua capacidade de trabalho.” SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da e HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, p. 185 – 205, out./dez. de 2008, p. 203.

³⁹¹ Isso se deve porque os trabalhadores hipossuficientes, a despeito de não se enquadrarem na típica definição de relação de emprego, são, na prática, subordinados. No mesmo sentido, MÁRCIO TÚLIO VIANA identifica que “o trabalho autônomo não significa necessariamente trabalho livre. A lógica do capital contamina e perverte o que poderia ser uma alternativa para ele”. VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, ano 67, n. 7, p. 775 – 790, julho de 2003, p. 784.

³⁹² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 666. No mesmo sentido, assevera o juslaborista: “É evidente que não se está falando do trabalho altamente sofisticados, que se oferta indistintamente no mercado de labor por profissionais aptos a preservarem sua *autonomia* ao longo da prestação laborativa. De maneira geral, tais profissionais autônomos jamais tiveram (na maioria das vezes, sequer necessitaram, sob qualquer ótica) um direito especial a regular suas vinculações com os tomadores de serviços – nem na história capitalista dos países centrais, nem na história brasileira.”

De fato, o projeto em análise não cogita conferir direito especial aos advogados nas relações com os tomadores de seus serviços. A demanda legislativa, no entanto, visa assegurar aos profissionais da advocacia o direito constitucional fundamental ao gozo de férias – período de descanso essencial para o exercício digno de qualquer atividade profissional – que, atualmente, é obstaculizado pelo calendário imposto pelo Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais do trabalho são constitucionalmente assegurados para a totalidade de trabalhadores, trabalhem eles em meio urbano ou rural, quaisquer que sejam suas condições técnicas ou econômicas. Desta feita, o amplo espectro de proteção do Direito do Trabalho, não pode ser dirigido apenas aos trabalhadores hipossuficientes.

A pessoa humana é valor-fonte da Constituição Federal de 1988. Daí porque a ordem constitucional vigente não discrimina trabalhadores hipossuficientes ou autossuficientes na relação jurídica de trabalho.

Nessa esteira, FLÓREZ-VALDÉS afirma que a dignidade da pessoa humana é um princípio supremo do Direito Constitucional contemporâneo, que deve ser assegurado independentemente de condição econômica da pessoa trabalhadora.

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a idéia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, **independentemente de seu status econômico, social ou intelectual**. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.

Trata-se do princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo, espraiando-se, com grande intensidade no que tange à valorização do trabalho.³⁹³ [Grifou-se]

Ora, todo o trabalho é realizado por pessoas humanas e todos os direitos fundamentais são dotados de indisponibilidade absoluta. Por conseguinte, os direitos fundamentais do trabalho devem ser assegurados também aos trabalhadores detentores de prestígio no mercado de trabalho.

Nesse sentido, GABRIELA NEVES DELGADO afirma o valor ético do trabalho humano em qualquer circunstância:

O trabalho deve ser compreendido em sua significação ética, ou seja, em qualquer época e cultura o homem deve afirmar e consolidar, na universalidade do tempo e do espaço, **considerada qualquer hipótese e circunstância, sua condição de ser humano**. Além disso, por meio do

³⁹³ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce. *Los Principios Generales Del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madri: Civitas, 1990, p. 149 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, *op. cit.*, p. 661.

trabalho, o homem também deve realizar-se e revelar-se em sua identidade social.³⁹⁴ [Grifou-se]

Todo e qualquer trabalhador deve ser protegido pela ordem jurídica trabalhista. Desse modo, não se pode admitir que haja violação de qualquer ordem, por quem quer que seja, aos direitos fundamentais trabalhistas de indisponibilidade absoluta. Nesse sentido, eventual negação de direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores autossuficientes na relação de trabalho consiste em exclusão não albergada pela ordem social constitucional.

Esse raciocínio deve ser aplicado aos advogados. O fato objetivo é que esses profissionais estão sujeitos ao calendário imposto pelo Poder Judiciário, que não lhes permite gozar do seu direito constitucional fundamental às férias.

A condição econômica privilegiada dos profissionais da advocacia não os torna menos destinatários de proteção jurídica da sua dignidade enquanto seres humanos, nem os exclui de políticas legislativas destinadas a assegurar seus direitos constitucionais fundamentais do trabalho.

Considerando que todo o trabalho humano deve ser exercido em condições de dignidade, não pode ser outra a conclusão senão que a proteção dos direitos constitucionais fundamentais do trabalho, dotados de indisponibilidade absoluta, deve recair sobre a totalidade dos trabalhadores, quaisquer que sejam suas condições socioeconômicas.

³⁹⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, op. cit., p. 236.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 devem ser o ponto de partida para a concepção e a interpretação de toda a ordem jurídica. Daí porque deve ser resgatada a normatividade do princípio protetor ali contido.

Diante disso, é recomendável a edição de norma jurídica que operacionalize a concretização do estuário mínimo universal de proteção da totalidade de trabalhadores, constitucionalmente insculpido. Do ponto de vista imediato, a universalização da proteção jurídica trabalhista é vantajosa por assegurar, desde logo, patamar civilizatório mínimo de proteção aos trabalhadores em sentido amplo.

Do mesmo modo, também se recomenda a intervenção legislativa para adequar as figuras jurídicas de proteção do Direito do Trabalho às especificidades inerentes a cada tipo de trabalho e favorecer sua efetividade.

Observa-se, no entanto, a ausência de atividade legislativa pátria em propor reformas vultosas na abrangência da proteção trabalhista. Há, com efeito, propostas que visam promover inclusão de categorias pontuais na esfera protetiva do Direito do Trabalho, delineando contornos jurídicos adequados às peculiaridades que lhes são inerentes.

As propostas legislativas para introduzir tutelas jurídicas específicas são recomendáveis para a promoção da inclusão trabalhista e devem se disseminar para cada tipo de prestação de trabalho *lato sensu*. Desse modo, o legislador deve estar sempre atento às novas e diversificadas demandas sociais trabalhistas. Só assim poderá propor a promulgação de normas que atendam às transformações do mundo do trabalho.

A tendência inicial é a de que essas propostas legislativas de inclusão trabalhista partam em defesa dos interesses das categorias profissionais de grande expressão numérica ou econômica. Os trabalhadores com menor força de pressão parlamentar, no entanto, devem se organizar para reivindicar a edição de normas que adaptem as figuras de proteção do Direito do Trabalho à sua realidade, para torná-lo efetivo.

Assim, as propostas apresentadas na presente pesquisa devem ser concebidas apenas como fonte de inspiração para a concretização da vocação universalizante do Direito do Trabalho, para que possa cumprir seu papel constitucional democrático de direito de proteger efetivamente a totalidade das pessoas trabalhadoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos consultados:

ALONSO OLEA, Manuel; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho Del Trabajo*. 25ª ed. Madrid: Civitas, 2008.

ALVES, Amauri Cesar. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

ALVES, Giovanni. A batalha de Carlitos: trabalho e estranhamento em Tempos Modernos, de Charles Chaplin. *ArtCultura – Revista do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia*. V. 7, n. 10, Jan./Jul., 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, nº. 183, set. 2004. p.139-155.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para armar*. Trad.: BENITES, Flávio; SCHULTZ, Cristina. São Paulo: LTr, 1999.

BRANDÃO, Roberto de Oliveira. *As figuras de linguagem*. São Paulo: Ática. 1989.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Destaques: ações e programas do Governo Federal*. Brasília, nov/dez 2010.

CAMPANA, Priscila. O Mito da Consolidação das Leis Trabalhistas Como Reprodução da *Carta del Lavoro*. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, v. 12, nº 23, p. 44 - 62, jan./jun. 2008.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. O contrato de trabalho do século XXI e o esquecido princípio da fraternidade. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.49, n.79, p.123-148, jan./jun. 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de

- Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano I, nº 1, p. 11 – 20, março de 2001.
- CHERUBIM, Sebastião. *Dicionário de figuras de linguagem*. São Paulo: Pioneira, 1989.
- COSTA, Sandra Morais de Brito. Trabalho como Direito Humano Fundamental: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Direito do Trabalho*, Volume 125, Janeiro/Março de 2007.
- CUNHA, Plaza Merigue da; GUERRA, Roberta Freitas. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 36, nº 137, jan. - mar. / 2010.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. (coord.) *Revista dos Tribunais*, 2010.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. Prefácio da obra de Marcella Pagani. *Direito do Trabalho: uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores*. Belo Horizonte: Leeditathi Editora, 2011.
- _____. Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*, p. 451 – 463. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010.
- _____. & MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A tendência expansionista do direito do trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na constituição federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: Thomson IOB, v. 22, n. 263, p. 87 - 107, maio 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*. Vol 70, nº 6, p. 657 – 667, junho de 2006.
- _____. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito do trabalho. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do*

trabalho no Brasil. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010.

_____. & PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto (org.). São Paulo: LTr, 2007.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce. *Los Principios Generales Del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madri: Civitas, 1990.

FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Levy, 1913.

GUIMARÃES, Hélio Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem*. São Paulo: Atual, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização e a Lógica do Mal. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010.

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Relação de emprego e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. 76, jul-dez 2007.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Os princípios constitucionais do trabalho. *Revista LTr* – ano 74, maio de 2010.

OIT. *La relación de trabajo – Conferencia internacional Del trabajo*. 95ª Reunião. Genebra: OIT, 2006.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 126, p. 107 – 138, abr./jun. 2007.

_____. Crise do direito do trabalho. *Revista LTr*, nº 8, ano 70. São Paulo: LTr, 2000.

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

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Constituição e Liberdade Sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Representação dos trabalhadores nas empresas com mais de 2000 empregados. *Correio Braziliense*. Caderno Direito & Justiça. 21 de março 2011.

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

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção Trabalhista e Marginalidade Social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional de inclusão*. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília: 2010.

REIS, Daniel Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; BARRETO, Sielen Caldas; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella. *O direito do trabalho e todos os trabalhos com direito. CONPEDI/2007*.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 117, ano 32, p. 37 – 59, jan./mar., 2005.

_____. *Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos*. Editora LTR, 1991.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais. N. 82. Jan./1996, p. 15 - 69.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a Parassubordinação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 103, p. 173 – 181, jul./set. 2001.

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

SILVA, Sayonara Grillo Continho Leonardo da. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 74, nº 3, p. 121 - 148, jul./set. de 2008.

_____. & HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*. Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, p. 185 - 205, out./dez. de 2008.

_____. Cidadania, trabalho e democracia: um dos percursos possíveis para uma difícil, mas necessária, articulação na história. *Revista LTr*. São Paulo, ano 71, n. 11, novembro de 2007.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*. V. 69, n. 11, p. 1.287 – 1.303, nov. 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Belo Horizonte: Renovar, 2010.

_____. & MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*, 19ª ed. atual, v. I. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio Viana. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio. *Gênesis*. Curitiba, Dezembro de 2001.

_____. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*, São Paulo, ano 67, n. 7, p. 775 - 790, julho de 2003.

_____. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 73, p. 29-38, jan./jun., 2006.

_____. *Os dois modos de discriminar e o futuro do Direito do Trabalho*. VIANA, Márcio Túlio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (coords). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010.

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

Sítios eletrônicos consultados:

Associação Bahiana dos Advogados Trabalhistas - ABAT. Disponível em:

<<http://www.abat.org.br/>>. Acesso em: 15/6/2011.

Âmbito Jurídico. SILVA, Mario Bezerra da. Relação de trabalho, um estudo da competência trabalhista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Revista Eletrônica]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3910>. Acesso em: 01/07/2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>. Acesso em 15/6/2011.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Mensal de Emprego. Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre (2003-2010). Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/parte1.pdf>. Acesso em 28/06/2011.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: 2001. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2001/coment2001.shtm>>. Acesso em 15/6/2011.

Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Movimentação contratual no mercado de trabalho formal e rotatividade no Brasil. Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/institucional/rotatividade_mao_de_obra.pdf>. Acesso em: 15/6/2011.

_____. Relação Anual de Informações Sociais de 2008 / RAIS 2008. Resultados Definitivos. *Características de emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais*.

Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/PDET/index.asp>>. Acesso em 15/6/2011.

Palácio do Planalto. MENDES, Gilmar Ferreira e FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 2. ed. rev. e atual. – Brasília : Presidência da República, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em 15/6/2011.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>. Acesso em: 15/6/2011.

Jurisprudência consultada:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 01/07/2011.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Disponível em:

<<http://trt3.jus.br/>>. Acesso em 15/6/2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/index_acordao.html>. Acesso em 15/6/2011.

Palestras e seminários referidos:

DELGADO, Gabriela Neves. Seminário de lançamento da obra *Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). São Paulo: LTr, 2010. Ocorrido em 19/08/2010, no Auditório Joaquim Nabuco, na Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. Excertos de aula administrada no curso de doutorado em *Derechos Sociales* (Anamatra - UCLM), Universidad de Castilla – La Mancha, Ciudad Real, Espanha, em 13 set. 2004.

Filmografia consultada:

Taxi Driver. EUA, 1976. Direção: Martin Scorsese. 113min.

Tempos Modernos (Modern Times). EUA, 1936. Direção: Charles Chaplin. 87 min.

Quanto Vale ou é por Quilo? Brasil, 2005. Direção: Sérgio Bianchi. 104min.

Um Homem que Grita (Um Homme Qui Crie). França, Bélgica, Chade – 2010. Diretor: Mahmat- Saleh Haroun. 92min.

Legislação consultada:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro. Diário Oficial da União de 9 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005. Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos – PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial – PET, altera a Lei no 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

Brasília. Diário Oficial da União de 26 de setembro de 2005. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11180.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nos 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória no 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União de 26 de setembro de 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009. Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso. Brasília. Diário Oficial da União de publicado no DOU de 28 de agosto de 2009 (retificado em 2 de setembro de 2009). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12023.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963. Dispõe sobre o "Estatuto do Trabalhador Rural". Brasília. Diário Oficial da União de 22 de março de 1963. Revogado pela Lei nº 5.889, DE 08 de junho de 1973. Disponível em:

<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1963/4214.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. Dispõe sobre o Pagamento da Gratificação Prevista na Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962. Brasília. Diário Oficial da União de 13 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4749.htm>.

Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União de 1º de junho de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5010.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União de 14 de setembro de 1966. Revogada pela Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília. Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Brasília. Diário Oficial da União de 11 de junho de 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília. Diário Oficial da União de 4 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União de 9 de dezembro de 1977. Revogada pela Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Rio de Janeiro. Diário Oficial da União de 14 de janeiro de 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0605.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Brasília. Diário Oficial da União de 12 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8949.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987.htm>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília. Diário Oficial da União de 17 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em 15/06/2011.

BRASIL. Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União de 22 de janeiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9601.htm>. Acesso em 15/06/2011.