

O DIREITO DO TRABALHO E A TEORIA DAS VULNERABILIDADES LABORAIS*

Leandro do Amaral D. de Dorneles

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

Leandro do Amaral D. de Dorneles

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. TEORIA GERAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ESQUEMATIZAÇÃO CLÁSSICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28 Lei 8.078/90.

29 Lei 8.069/90.

30 Lei. 10.741/2003.

31 Lei 13.146/2015.

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

fraquezas, agora juridicamente relevantes”³³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se produz uma intervenção uniforme aos trabalhadores nem um aplainamento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

("autossuficiência") do *empregador* doméstico.

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

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

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

52 TRT/AL – RO 00804.2007.007.19.00-4, 24/03/2008. Grifo nosso. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=AUS%C3%8ANCIA+DA+FIGURA+DO+EMPREGADOR&c=>>.

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

4. AS DIVERSAS VULNERABILIDADES LABORAIS

4.1. *Vulnerabilidade negocial do trabalhador*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

caso considerarmos estes mecanismos protetivos desdobramentos diretos da vulnerabilidade negocial.

4.2. Vulnerabilidade hierárquica do trabalhador

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. Vulnerabilidade econômica do trabalhador

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4. Vulnerabilidade técnica do trabalhador

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....
1969, p. 33.

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

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

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

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

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

Segundo os ensinamentos de Alonso Olea:

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

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

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

opera a transferência de titularidade dos frutos resultantes do trabalho, não são os próprios frutos e sim o trabalho de que resulta, o objeto do contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5. Vulnerabilidade social do trabalhador

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

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

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

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

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

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

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

4.6. Vulnerabilidade informacional do trabalhador

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

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

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

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

5. REFLEXÕES FINAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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