

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

FABYANNA BOBIK

**A GRADUAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: um novo olhar através da
Teoria das Vulnerabilidades e da (hiper)vulnerabilidade do trabalhador imigrante**

Porto Alegre

2018

FABYANNA BOBIK

**A GRADUAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: um novo olhar através da
Teoria das Vulnerabilidades e da (hiper)vulnerabilidade do trabalhador imigrante**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção de grau
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

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

Porto Alegre

2018

FABYANNA BOBIK

**A GRADUAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: um novo olhar através da
Teoria das Vulnerabilidades e da (hiper)vulnerabilidade do trabalhador imigrante**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharela
em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Francisco Rossal de Araújo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Glênio José Wasserstein Hekman
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTO

Trilhar a vida acadêmica é um desafio que assumi há cinco anos com muitas dúvidas e grandes expectativas. Foram árduos anos de infinitos aprendizados e de amadurecimento que contribuíram para eu me tornar a pessoa que sou hoje. Ao longo dessa jornada foram muitas as pessoas que cruzaram pelo meu caminho, contribuíram para o meu crescimento e me ensinaram a olhar para o mundo – e para o Direito – com um olhar crítico, sempre em busca da verdadeira justiça. Esse trabalho é o resultado de muitos questionamentos sobre as instituições jurídicas, e são essas indagações que sempre continuarão me movendo. Por tudo que vivenciei e aprendi, eu não poderia deixar de agradecer, ainda que brevemente, às pessoas que estiveram ao meu lado nessa trajetória.

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe Stella, minha maior inspiração. Não imagino que um dia irei conhecer mulher mais forte e determinada, que encara um mundo de desafios todos os dias para permitir que eu viva todos os meus sonhos. Contigo aprendi a sempre buscar ser e dar o melhor de mim em toda e qualquer situação, e foi isso que busquei fazer nesse trabalho. Obrigada por ser a base de tudo, por ser a minha mãe-pai-família-amiga, por ser tudo e mais um pouco na minha vida. Palavras não são suficientes para te agradecer. Obrigada, obrigada, obrigada.

Ao Lucas, meu companheiro de vida, meu parceiro de aventuras, meu melhor amigo, meu confidente. Obrigada por andar de mãos dadas comigo por todos os caminhos, por ouvir meus anseios, minhas ideias, meus sentimentos, por dar leveza e cor aos meus dias, todos os dias, e, principalmente por sempre ser e estar presente, junto, do meu lado. Teu apoio, tua compreensão e teu amor ao longo dessa jornada foram indispensáveis para que eu chegasse até aqui. Obrigada por tanto.

Às minhas amigas e meus amigos, todos, obrigada por serem uma família para mim. Felicidade boa é felicidade compartilhada e sou verdadeiramente feliz porque sei que posso dividir minha vida com vocês. Obrigada por cada risada, cada abraço, cada conversa, cada experiência, obrigada por tudo.

Agradeço especialmente às minhas melhores amigas, Laura Maltz, Luciana Costa, Vitória Collato e Vitória Petracco, por serem minhas irmãs desde sempre e para sempre. Nossa amizade foi fonte de inspiração e de força para enfrentar todos os desafios dessa jornada. Obrigada por uma vida de apoio e amizade verdadeiras, estaremos juntas nessa e em todas as nossas caminhadas.

Também agradeço àquelas que trilharam essa vida acadêmica comigo desde o início: Leticia Sousa, Juliana Horowitz e Paula Lopes. Obrigada por viverem a Faculdade comigo todos os dias e por me mostrarem um novo jeito de olhar para mundo. Construir meu futuro com vocês durante esses cinco anos foi intenso, foi lindo, foi o que tornou o caminho muito mais fácil. Juntas entramos, juntas saímos e juntas seguimos.

Agradeço, ainda, à Júlia Leivas, que, embora não esteja concluindo essa etapa comigo, começou essa longa caminhada ao meu lado desde a infância e, dos palcos às salas de aula da Faculdade, sempre esteve ao meu lado em todos os momentos que precisei. Obrigada pela amizade e confiança de tantos e tantos anos.

À Tais Lemos, Carolina Schenkel e Laíza Rabaioli: vocês foram os presentes desse quinto ano e deram ainda mais cor à minha vida acadêmica. Foram poucos, mas intensos meses de convivência que permitiram que nós construíssemos um elo de amizade que levarei comigo sempre. Obrigada por cada palavra de apoio e por cada sorriso compartilhado.

Aos meus queridos colegas e amigos da Terceira Câmara Criminal do TJRS e da Promotoria de Justiça de Família e Sucessões do MPRS, obrigada por todo o aprendizado e convivência ao longo desses anos. Sou infinitamente grata por todas as trocas de conhecimento, não só jurídico, mas também de vida, que tive com todos vocês. Trabalhar ao lado de pessoas que se importam com o que fazem é inspiração, motivação e incentivo para eu buscar ser a melhor profissional que eu puder ser. Infinitos obrigadas.

Agradeço, também, a todo o corpo docente e discente da UFRGS por esses cinco anos de aprendizado. Dividir as manhãs com tantas pessoas, histórias e opiniões diferentes me mostrou diferentes faces não só do Direito, mas também (e principalmente) do mundo ao meu redor. É um verdadeiro privilégio fazer parte de uma comunidade acadêmica tão plural e qualificada como a nossa. Serei eternamente grata à minha Universidade.

Agradeço, por fim, ao meu professor orientador Leandro Dorneles pela confiança depositada em mim e na minha pesquisa. Foi um trabalho difícil e desafiador, que despertou meu interesse na pesquisa acadêmica, e, principalmente, que me fez questionar as instituições jurídicas e buscar trazer alguma contribuição para transformar a realidade dos trabalhadores – principalmente dos trabalhadores imigrantes – na sociedade brasileira. Que esse trabalho possa, assim, ser um pequeno passo em direção à mudança.

“Nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem”.

(Zygmunt Bauman)

RESUMO

O mundo do trabalho moderno tem vivido intensas modificações desde o início do século XXI e, diante de um multifacetado cenário juslaboral, mostra-se necessário adequar os princípios trabalhistas às diferentes e singulares realidades que estão postas na sociedade moderna. O Direito do Trabalho é pautado em um modelo de relação de emprego clássico que parte da premissa de que o empregado é hipossuficiente em relação ao empregador e a visão clássica do princípio da proteção, princípio basilar da disciplina juslaboral, é pautada em um conceito de hipossuficiência do empregado essencialmente homogêneo, sendo de pouca relevância as diferentes peculiaridades do trabalhador dentro de cada relação empregatícia. Esse modelo clássico, porém, não se mostra mais suficiente para atender às demandas protetivas dos diferentes trabalhadores modernos, motivo pelo qual propõe-se um novo olhar sobre a hipossuficiência do empregado à luz da chamada Teoria das Vulnerabilidades, amplamente adotada pelo Direito do Consumidor e passível de aplicação à disciplina trabalhista. A presente pesquisa pretende, assim, responder à seguinte pergunta: como graduar a vulnerabilidade do trabalhador diante de suas vulnerabilidades específicas para garantir a efetividade do princípio da proteção? Valendo-se de um método de pesquisa indutivo, baseado na análise de diferentes posicionamentos doutrinários, busca-se demonstrar que a resposta para essa pergunta exige a discussão, pelo Direito do Trabalho, acerca da medida da hipossuficiência do empregado (ou, como aqui defendido, vulnerabilidade) – é deste modo que se torna possível determinar o *quantum* de proteção que será conferido a cada empregado em cada relação de emprego, seja para ampliá-lo, seja para reduzi-lo. É preciso reconhecer que existem diferentes categorias de empregados que exigem diferentes graus de proteção. Isoladamente todo empregado é presumidamente vulnerável, contudo é preciso analisar, em concreto, se essa vulnerabilidade é maior ou menor que o padrão presumido pelo Direito Laboral. Para demonstrar essa necessidade de dosimetria protetiva, aborda-se a aplicabilidade da Teoria das Vulnerabilidades pelo Direito do Trabalho sob a perspectiva da hipervulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes, cuja situação de vulnerabilidade exacerbada justifica a concessão de uma tutela protetiva trabalhista diferenciada a esses trabalhadores. Adotar a Teoria das Vulnerabilidades para possibilitar uma dosimetria protetiva no âmbito trabalhista é uma necessidade imediata, na medida em que a dinamicidade do mundo do trabalho moderno modificou as relações de emprego clássicas e colocou os trabalhadores em diferentes posições de vulnerabilidade, fugindo do padrão tradicional e exigindo um olhar diferenciado para garantir a efetividade do princípio da proteção do trabalhador. Somente será possível atingir uma verdadeira igualdade substancial nas relações empregatícias modernas se aceitarmos a necessidade de olharmos com outros olhos a vulnerabilidade dos trabalhadores em busca da real compensação de desigualdades.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Vulnerabilidade. Graduação. Trabalhador Imigrante.

ABSTRACT

The modern labor world has been experiencing intense changes since the beginning of the XXI century and, due to a multifaceted labor scenario, it is necessary to adjust all labor principles to the different and unique realities that come across modern society. Labor Law is based in a classic employment relationship model that is founded on the premise that the employee is “under-sufficient” when compared to the employer, and the classic view of the protection principle, which is the basic principal of Labor Law, is guided by a homogeneous concept of the “under-sufficiency” of the employee that gives little relevance to the different peculiarities of each worker in each employment relationship. However, this classic model is no longer enough to meet the protective demands of all different types of modern workers, and that is the reason why we propose a different approach about employees’ “under-sufficiency” under the light of the Vulnerabilities Theory, which is widely used by Consumer’s Law and properly applicable to Labor Law. Thus, this academic research intends to answer to the further question: how to graduate a worker’s vulnerability in face of his specific vulnerabilities to guarantee the effectiveness of the protection principle? Through an inductive method, based on the analysis of different doctrinaire approaches, we attempt to demonstrate that the answer to this questioning requires a discussion from Labor Law about the measure of the “under-sufficiency” of the employees (or, as it is defended here, the vulnerability of the employees) – that is how it becomes possible to determine the amount of protection that should be given to each employee in each employment relationship in order to whether increase or decrease it. It is necessary to recognize that there are different categories of employees that demand different degrees of protection. Separately, every employee is presumably vulnerable, yet a concrete analysis about whether this vulnerability is higher or lower than the standard presumed by Labor Law is truly needed. To demonstrate the need of a protective dosimetry, the applicability of the Vulnerabilities Theory by Labor Law is approached from the perspective of the “hypervulnerability” of immigrant workers, whose exacerbated vulnerability condition justifies the concession of a special labor protection to these workers. The adoption of the Vulnerabilities Theory in order to enable the existence of a protection dosimetry in labor contexts is an immediate need, insofar as the dynamicity of the modern labor world has modified the standard employment relationships and has put workers in different levels of vulnerability which are distinct from the traditional standard and demand a special look to guarantee the effectiveness of the protection of the worker principle. It will only be possible to achieve a truthful substantive equality in all modern employment relationships if we acknowledge the urge to seeing workers’ vulnerability with different eyes in order to seek for a real compensation of inequalities.

Key-words: Labor Law. Vulnerability. Graduation. Immigrant Workers.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CNIg – Conselho Nacional de Imigração

CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização não governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PRONATEC – Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego

SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial

SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

SESI – Serviço Social da Indústria

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A RELAÇÃO DE EMPREGO CLÁSSICA	15
2.1. PANORAMA HISTÓRICO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: DO SÉCULO XVIII AOS DIAS ATUAIS	15
2.1.1. Séculos XVIII e XIX: a origem da relação de emprego na Revolução Industrial.....	15
2.1.2. Início do século XX: a intervenção do Estado e o Direito do Trabalho	18
2.1.3. Final do século XX e século XXI: as tecnologias e a globalização da relação de emprego	19
2.2. O MODELO CLÁSSICO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	20
2.2.1. Os requisitos para a configuração da relação de emprego	23
2.2.1.1. ONEROSIDADE.....	23
2.2.1.2. PESSOALIDADE	25
2.2.1.3. NÃO EVENTUALIDADE.....	26
2.2.1.4. SUBORDINAÇÃO	28
2.2.1.5. EXCLUSIVIDADE.....	32
2.2.1.6. ALTERIDADE.....	33
3 A TEORIA DAS VULNERABILIDADES NO DIREITO DO TRABALHO	35
3.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRESSUPOSTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO	35
3.1.1. As diretrizes do princípio da proteção	35
3.1.2. A hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego.....	40
3.2. A TEORIA DAS VULNERABILIDADES E A POSSIBILIDADE (E NECESSIDADE) DE APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO	43
3.3. UM NOVO OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO: A GRADUAÇÃO DA VULNERABILIDADE	50
4 A TEORIA DAS VULNERABILIDADES NA PRÁTICA: UM OLHAR A PARTIR DA SITUAÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE	
566	
4.1. A CONDIÇÃO DE (HIPER)VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE NO MUNDO DO TRABALHO	566

4.2. A APLICABILIDADE DA TEORIA DAS VULNERABILIDADES AOS TRABALHADORES IMIGRANTES.....	677
4.3. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA MINIMIZAR A HIPERVULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE E EFETIVAR O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	744
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS	833

1 INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho moderno vive intensas modificações desde o início do século XXI, tendo adquirido elevada complexidade em decorrência do avanço das tecnologias e da modernização do modelo capitalista de trabalho. Nesse multifacetado cenário juslaboral, mostra-se necessário adequar os princípios trabalhistas às diferentes e singulares realidades que estão postas na sociedade moderna. Diante disso, a presente monografia busca trazer uma nova visão sobre as relações empregatícias e sobre o princípio da proteção ao trabalhador com o intuito de garantir que todos os trabalhadores possam verdadeiramente ter seus direitos resguardados.

O Direito do Trabalho é pautado em um modelo de relação de emprego clássico que exige o preenchimento concomitante de quatro requisitos básicos: onerosidade, pessoalidade, não eventualidade e subordinação. Presentes esses pressupostos, está configurada a relação empregatícia e há incidência das normas e princípios trabalhistas. Quando diante de uma relação nestes moldes, o Direito Laboral parte da premissa de que o empregado é hipossuficiente em relação ao empregador, estando em uma situação de inferioridade contratual que justifica a existência de um aparato normativo e principiológico voltado à compensação dessa desigualdade e à busca pela igualdade substancial entre as partes. Face à hipossuficiência do trabalhador consolidou-se, então, o princípio da proteção como o princípio basilar da disciplina juslaboral, cujos preceitos norteiam toda a atuação do Direito do Trabalho na busca pelo nivelamento de desigualdades. A visão clássica do princípio protetivo é pautada em um conceito de hipossuficiência do empregado essencialmente homogêneo, sendo de pouca relevância as diferentes peculiaridades do trabalhador dentro de cada relação empregatícia em específico.

Esse modelo clássico, porém, não se mostra mais suficiente para atender às demandas protetivas dos diferentes trabalhadores modernos, motivo pelo qual propõe-se um novo olhar sobre a hipossuficiência do empregado à luz da chamada Teoria das Vulnerabilidades, amplamente adotada pelo Direito do Consumidor e passível de aplicação à disciplina trabalhista. É necessária a transição de um Direito do Trabalho pautado na hipossuficiência para um Direito do Trabalho pautado na vulnerabilidade do trabalhador, cujo conceito é mais amplo, complexo e maleável para contemplar o amplo espectro de novas relações empregatícias que surgem no mundo do trabalho contemporâneo. Ao assumir que o trabalhador se encontra em uma situação de vulnerabilidade em relação ao empregador, é possível deixar de lado o padrão de proteção homogênea conferida a todos os empregados, para que se realize uma efetiva graduação das vulnerabilidades dos trabalhadores de acordo com as especificidades das

relações empregatícias em concreto. A presente pesquisa pretende, assim, responder à seguinte pergunta: como graduar a vulnerabilidade do trabalhador diante de suas vulnerabilidades específicas para garantir a efetividade do princípio da proteção?

Valendo-se de um método de pesquisa indutivo, baseado na análise de diferentes posicionamentos doutrinários, busca-se demonstrar que a resposta para essa pergunta exige a discussão, pelo Direito do Trabalho, acerca da medida da hipossuficiência do empregado (ou, como aqui defendido, vulnerabilidade) – é deste modo que se torna possível determinar o *quantum* de proteção que será conferido a cada empregado em cada relação de emprego, seja para ampliá-lo, seja para reduzi-lo. É preciso reconhecer que existem diferentes categorias de empregados que exigem diferentes graus de proteção. Isoladamente todo empregado é presumidamente vulnerável, contudo é preciso analisar, em concreto, se essa vulnerabilidade é maior ou menor que o padrão presumido pelo Direito Laboral.

Desta forma, a presente monografia foi dividida em três capítulos. O primeiro busca explicar a relação de emprego clássica, objeto central do estudo e da aplicação do Direito do Trabalho. Discorre-se brevemente sobre a origem histórica da relação empregatícia e, em seguida, explana-se acerca dos requisitos necessários à sua configuração. Trata-se, portanto, de um capítulo introdutório ao cerne do Direito Laboral, cuja compreensão é indispensável para que se possa entender o basilar princípio da proteção ao trabalhador e a sua presunção de hipossuficiência/vulnerabilidade.

O segundo capítulo busca responder à pergunta central da pesquisa ao explicar sobre as diretrizes do princípio protetivo e sobre a hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego, demonstrando a necessidade de adoção do conceito de vulnerabilidade para definir a condição de inferioridade do empregado em relação ao empregador. É neste capítulo que é analisada a Teoria das Vulnerabilidades na perspectiva do Direito do Trabalho, bem como os posicionamentos da doutrina juslaboral sobre a possibilidade de graduação da vulnerabilidade do trabalhador. Por fim, traz-se um novo olhar sobre a vulnerabilidade no Direito do Trabalho a partir dessa ideia de graduação de vulnerabilidades como forma de concretização do princípio da proteção.

No terceiro e último capítulo busca-se demonstrar a aplicabilidade prática da Teoria das Vulnerabilidades pelo Direito do Trabalho sob a perspectiva da hipervulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes. Explana-se, primeiramente, acerca dos motivos pelos quais os empregados imigrantes encontram-se, em regra, em uma condição de vulnerabilidade exacerbada em relação aos demais empregados e, em seguida, demonstra-se que, à luz da referida Teoria das Vulnerabilidades, justifica-se que seja conferida uma tutela protetiva

diferenciada a esses trabalhadores, que se encontram em uma posição de inferioridade ainda maior do que os trabalhadores nacionais. Por fim, são trazidas algumas alternativas concretas para efetivar essa proteção especial aos trabalhadores imigrantes e garantir-lhes, assim, a efetividade de todos os seus direitos, especialmente dos direitos trabalhistas.

2 A RELAÇÃO DE EMPREGO CLÁSSICA

Esse capítulo se propõe a apresentar, primeiramente, um breve panorama histórico do surgimento do Direito do Trabalho e da relação de emprego para contextualizar o conteúdo que será abordado no decorrer do trabalho. Em seguida, explana-se acerca da relação de emprego clássica e os elementos específicos que a caracterizam – onerosidade, pessoalidade, não eventualidade e subordinação, bem como sobre a exclusividade e alteridade. A delimitação dos requisitos essenciais para a configuração da relação empregatícia é indispensável para a posterior compreensão da hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador na relação jurídica havida com o empregador e do motivo pelo qual o empregado demanda especial proteção do Direito Laboral.

2.1. PANORAMA HISTÓRICO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: DO SÉCULO XVIII AOS DIAS ATUAIS

A seguir será brevemente apresentado o panorama histórico da relação de emprego desde os séculos XVIII e XIX, quando surge o Direito do Trabalho como uma reação às modificações sociais trazidas pela Revolução Industrial, até os dias atuais, nos quais o Direito Laboral já está consolidado como a disciplina jurídica que visa à compensação das desigualdades existentes nas relações juslaborais.

2.1.1. Séculos XVIII e XIX: a origem da relação de emprego na Revolução Industrial

A origem histórica do Direito do Trabalho está ligada à Revolução Industrial iniciada com a descoberta da máquina a vapor em 1712, a qual trouxe importantes consequências econômicas e profundas modificações na estrutura social dos povos. Foi o período em que se iniciou a exploração do capitalismo; a liberdade de comércio; o largo emprego e abuso das “meias forças”, isto é, do trabalho da mulher e do menor; a indústria e comércio; a ideia de não intervencionismo estatal por mais precárias que fossem as condições econômicas e sociais das classes proletárias¹. É o momento em que houve o desaparecimento do sistema feudal, foram

¹ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

abolidas as corporações de ofício, suplantadas as manufaturas, reduzida a escravidão e assegurada a liberdade formal do trabalho².

O primeiro estágio do Direito do Trabalho iniciou-se na fase do capitalismo liberal do século XIX, quando ainda não haviam se estruturado todas as condições mínimas para o surgimento do Direito Laboral propriamente dito, já que a sociedade era formada por sujeitos juridicamente livres e formalmente iguais. Não se reconhecia a desigualdade de classes e havia forte repressão aos operários que questionassem o modelo liberal de Estado. Foi nesse contexto que surgiu a ideia de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador, a qual foi essencial para a futura consolidação do Direito do Trabalho. Percebeu-se, diante disso, que o trabalhador e o empregador não são iguais, “há um conjunto de diferenciações determinadas pela estratificação social em classes que tornaram a relação capital-trabalho desigual”³.

O Direito do Trabalho nasce como reação a um contexto de crescente exploração desumana do trabalho que se desenvolveu com a expansão industrial. Vólia Bomfim Cassar afirma que o Direito do Trabalho é o resultado da reação da classe trabalhadora do século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano, já que o direito comum não mais atendia aos anseios dos trabalhadores oprimidos e explorados pela explosão do “mercado de trabalho” advinda da Revolução Industrial. Surgiu em um contexto no qual havia muitos trabalhadores em busca de trabalho, fato que os colocava em uma posição inferior de barganha perante aos empregadores e fazia com que eles aceitassem todo e qualquer tipo de cláusula contratual, submetendo-se, assim, a condições de trabalho desumanas e degradantes⁴.

O *boom* industrial trouxe um grande desenvolvimento científico e tecnológico à produção e propiciou o surgimento das grandes fábricas, onde os trabalhadores exerciam suas funções em péssimas condições. Face às precárias condições de vida e trabalho, os trabalhadores passaram a se solidarizar e o movimento sindical passou a ganhar força. Foi nesse contexto, então, que Marx e Engels publicaram o Manifesto Comunista, cujo teor assimilou a causa operária e evidenciou a insatisfação com a dinâmica social da época; e que a Igreja Católica publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, a qual igualmente reconheceu a causa operária.

² CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 218.

³ OLIVEIRA, Cínthia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 20.

⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 11-12.

Esses também foram fatores históricos essenciais para o surgimento do Direito do Trabalho, conforme bem aponta Leandro do Amaral Dorneles⁵.

No mesmo sentido, Orlando Gomes afirma que a ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que surgiu durante a Primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho. De todo modo, é importante frisar desde logo que, dentre todos os fatores históricos que envolveram o Direito do Trabalho, não se pode esquecer que tal ramo surgiu eminentemente como um direito de caráter social⁶.

Com as Revoluções Francesa e Industrial, o individualismo e o liberalismo ganharam força e, assim, o Direito Civil moderno passou a regular o vínculo de trabalho através de normas sobre a locação de serviços que asseguravam às partes ampla liberdade contratual. Contudo, a realidade social desse individualismo permitiu a opressão do fraco pelo forte, principalmente no mundo do trabalho, fato que exigiu que o Estado intervisse nas relações entre empregados e empregadores para organizá-las de formas mais justa através de restrições à liberdade de contratar dos empregadores⁷. Orlando Gomes afirma que:

O contrato de trabalho convertera-se em *ato de adesão* do trabalhador a condições impostas discricionariamente pela outra parte. Para impedir que as massas sofressem os efeitos dessa escravidão, a lei conferiu aos trabalhadores certos direitos, prerrogativas e vantagens, as quais figuram, nos quadros do civilismo, como restrições à liberdade de estipulação do conteúdo da relação de trabalho. Essas restrições proliferaram tanto, que essa relação passou a ser disciplinada por um complexo de normas jurídicas animadas de espírito diferente, constituindo o *Direito do Trabalho*⁸.

Essa fase do individualismo ficou conhecida como a fase civilista do Direito do Trabalho, época em que predominava, segundo José Martins Catharino, o “dogma da autonomia da vontade” e o trabalho era tido como separável da pessoa humana e, inclusive, mais importante do que esta⁹.

⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 21.

⁶ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3-4.

⁷ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 119-120.

⁸ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. *apud* GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 120.

⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 218-220.

2.1.2. Início do século XX: a intervenção do Estado e o Direito do Trabalho

No século XX, o trabalho humano passou a ser dignificado diante do aparecimento do Estado intervencionista, que abalou o princípio da autonomia da vontade e passou a firmar o contrato de emprego. É com esse contrato surge o Direito do Trabalho em sua fase história da liberdade protegida, mais real¹⁰. Embora as primeiras leis trabalhistas tenham surgido no século XIX, foi apenas no século XX que o Direito do Trabalho integralmente considerado efetivamente nasceu. Antes disso, o Direito Laboral ainda não estava completo, uma vez que estava essencialmente atrelado ao Direito Comercial e Civil e havia preponderância da autonomia da vontade individual¹¹.

Mauricio Godinho Delgado identifica essa fase do Direito Laboral como a fase de “institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho”, justamente porque foi quando o ramo passou a ser absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica da sociedade civil e do Estado. Surgiram duas dinâmicas próprias da disciplina trabalhista: uma dinâmica negocial autônoma de atuação coletiva dos trabalhadores, e outra dinâmica estatal heterônoma relativa à atuação estatal na produção de normas jurídicas trabalhistas¹².

Sob os modelos fordista e taylorista surgidos no final do século anterior, a produção, o consumo e o lucro aumentam monstruosamente, e, como consequência, a demanda por trabalhadores também aumentou. Os trabalhadores ganharam maior representatividade e as leis trabalhistas passaram a ser editadas. Diante disso, o Estado modificou-se consideravelmente já que “abandonou sua postura abstencionista e reconheceu a desigualdade de classe, passando a intervir mais ativamente nas relações de trabalho através de leis protecionistas”¹³.

José Martins Catharino frisa que a Revolução Mexicana de 1914 foi o primeiro grande acontecimento favorável ao Direito do Trabalho no século XX. A Constituição Mexicana de 1917 é por ele considerada o primeiro marco da verticalização constitucional do Direito Laboral em toda a história¹⁴, a qual foi seguida pelas demais Constituições através da inclusão dos direitos sociais e econômicos em seus textos.

¹⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 218-220.

¹¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 12.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 103.

¹³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 21.

¹⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 12-13.

Com o novo Estado intervencionista, as leis trabalhistas passaram a serem melhor sistematizadas, em especial após a Revolução Russa e a edição da referida Constituição do México e da Constituição de Weimar em 1919, ano em que também foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Houve, assim, a consolidação do Direito do Trabalho, que é, pois, resultado de um contexto de desigualdades e reivindicações dos trabalhadores, buscando, assim, o propósito de preservar a dignidade do trabalhador e promover a justiça social¹⁵.

2.1.3. Final do século XX e século XXI: as tecnologias e a globalização da relação de emprego

Com o término da Segunda Guerra Mundial em 1945, a legislação do trabalho continuou progredindo. As leis trabalhistas esparsas passaram a dar lugar a textos legais sistematizados e códigos sobre o contrato de emprego e foram assinadas a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), cujos preceitos foram reconhecidos e incorporados pela OIT. José Martins Catharino traz com clareza o panorama das relações laborais dessa época e critica a forma como ocorre o “intervencionismo conservador” estatal no âmbito do Direito do Trabalho, que culmina em um instrumento de desigualdades¹⁶:

De 1920 aos nossos dias, ultrapassada a fase das liberdades meramente formais ou abstratas, a do individualismo, o Direito do Trabalho consolida-se de maneira definitiva e irreversível, como instrumento de Política Social. Mas é bom esclarecer, o intervencionismo estatal, hoje generalizado, até necessário, principalmente em países em desenvolvimento, nem sempre é providencial quanto ao problema do trabalho, inseparável da pessoa humana. Se não é posto a serviço de uma liberdade mais real e efetiva das pessoas trabalhadoras, máxime das economicamente débeis, transforma-se e intervencionismo conservador ou até involutivo. Passa a ser, também, instrumento de desigualdades.

Nas duas décadas seguintes, o Direito do Trabalho passou por um profundo processo de constitucionalização no qual predominava a hegemonia do Estado de Bem-Estar Social. As Constituições passaram a incorporar princípios gerais que em muito influenciam a área trabalhista, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e emprego, função social da propriedade e justiça social¹⁷.

¹⁵ OLIVEIRA, Cínthia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 21-22.

¹⁶ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 15-16.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 103.

No final do século XX e início do século XXI, tem-se o que Godinho chama de “crise e transição do Direito do Trabalho”. Foi a época em que o mundo vivenciou uma grande crise econômica decorrente da crise do petróleo, fato que aumentou a inflação e o desemprego, bem como iniciou-se um intenso processo de renovação das tecnologias¹⁸, que também contribuíram para a redução dos postos de trabalho em diversos segmentos diante da substituição total da força de trabalho humana pelas máquinas. Inclusive, em 1972 Catharino já referia que estaríamos em uma “Segunda Revolução Industrial” com a utilização da energia atômica, cibernética e da conquista do espaço, as quais, combinadas com outros novos fatores, estariam criando o “Direito do Trabalho do amanhã”¹⁹.

Diante de tantas mudanças e crises econômicas e tecnológicas sofridas pelo sistema capitalista, ideias de desregulação do Estado de Bem-Estar Social passaram a dominar os discursos políticos e jurídicos²⁰. Não se pode esquecer, porém, que a consolidação do Direito do Trabalho, que é, pois, resultado de um contexto de desigualdades e reivindicações dos trabalhadores, busca o propósito de preservar a dignidade do trabalhador e promover a justiça social. O que se vislumbra hoje, porém, são intensas tentativas de modificação de conceitos e princípios basilares do Direito do Trabalho com o intuito de desregulamentação das normas trabalhistas, que vêm sendo utilizadas como “instrumento de desigualdades” conforme a concepção trazida por Catharino. No sistema capitalista em que o mundo está inserido e especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, existe uma intrínseca desigualdade material que se manifesta na vulnerabilidade do trabalhador em face de seu empregador. O desequilíbrio da relação juslaboral ameaça à paz e a estabilidade das relações sociais, cabendo ao Estado buscar a harmonia dessa relação tão importante para a sociedade²¹.

2.2. O MODELO CLÁSSICO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego é uma das modalidades específicas do gênero relação de trabalho, cujo conceito abarca todas as formas de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico. É a forma de prestação de labor mais relevante sob o ponto de vista econômico-social e jurídico desde o surgimento do capitalismo²² após a Revolução Industrial, conforme exposto

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 104.

¹⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 17.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 105.

²¹ OLIVEIRA, Cínthia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 22.

²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 309-310.

no item 1.1. A relação empregatícia é, portanto, a principal relação jurídica trabalhista da modernidade e busca, cada vez mais, moldar-se às diferentes realidades sociais vivenciadas pelas sociedades.

Cada ordenamento jurídico determina a sua própria definição de relação de emprego. No Brasil, a leitura conjugada dos artigos 2º e 3º da CLT permite compreender a conceituação dada à relação empregatícia. Tal matéria é importante porque define quando há incidência da legislação trabalhista. O contrato de trabalho é o núcleo do Direito do Trabalho e se revela através da relação de emprego, sendo composto pelas figuras do empregado e empregador. As leis trabalhistas têm por fim justamente a tutela dessa relação de emprego ou qualquer outra relação jurídica que busque preservar os direitos e pretensões da relação empregatícia. Tem-se, assim, que a fonte das obrigações trabalhistas é a relação havia entre empregado e empregador²³.

Na relação de emprego, o empregado é o destinatário das normas protetoras do Direito do Trabalho. Segundo o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Para que alguém assuma a condição de empregado, não há restrições decorrentes do sexo, cor, estado civil, idade, graduação ou categoria²⁴, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo, cujo texto dispõe que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”. O legislador trabalhista foi rigoroso na regulamentação dos direitos desse empregado diante da possibilidade dos abusos do poder econômico do empregador no momento de contratar. Assim, o contrato de trabalho possui regras mínimas impostas por lei, uma vez que os contratantes não possuem a igualdade econômica que existe, por exemplo, no Direito Civil²⁵.

A principal finalidade do Direito do Trabalho é atenuar as desigualdades sociais decorrentes da diversidade de condição econômica existente entre os envolvidos na relação jurídica de emprego (empregado e empregador), logo as medidas protetivas laborais não tutelam do mesmo modo todos que simplesmente trabalham – elas destinam-se especialmente

²³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 136-137.

²⁴ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 79.

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 239.

àqueles que prestam seus serviços através de um contrato de trabalho²⁶ dentro de uma relação jurídica – a relação de emprego. Ao falar sobre a relação empregatícia, é necessário saber que o termo “empregado” possui um significado próprio, muito embora a conceituação de empregado e trabalhador no direito brasileiro possua um centro entrelaçamento²⁷. O Direito Individual do Trabalho pressupõe a prestação de serviços com certas características que determinam a incidência das normas juslaborais e visa à proteção do trabalhador, contudo, para que efetivamente haja essa proteção, esse trabalhador precisa ser sujeito de uma relação de emprego tal como define o Direito Laboral²⁸. Evidente é, pois, a importância da compreensão acerca dos elementos que permite a caracterização da relação empregatícia, dado que é somente a esta relação que incidem as normas e princípios trabalhistas, especialmente aqueles que dizem respeito à proteção do empregado.

Muitos são os conceitos de contrato de trabalho e relação de emprego trazidos pelos doutrinadores trabalhistas. O contrato de trabalho, para Cesarino Jr., é “a convenção pela qual uma ou várias pessoas físicas se obrigam, mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a outra pessoa, sob a direção desta”²⁹; e para Arnaldo Sussekind é “o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo salários ajustados”³⁰. Com relação à relação de emprego havida mediante esse contrato de trabalho, Mario De La Cueva define que “la relación de trabajo es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio”³¹; já Carmen Camino formula um conceito completo de relação de emprego ao referir que³²:

Relação de emprego é a relação de trabalho de natureza contratual, realizada no âmbito de uma atividade econômica ou a ela equiparada, em que o empregado se obriga a prestar trabalho pessoal, essencial à consecução dos fins da empresa e subordinado, cabendo ao empregador suportar os riscos do empreendimento econômico, comandar a prestação pessoal do trabalho e contraprestá-lo através do salário.

Diante das diferentes concepções acerca da relação empregatícia, da leitura da redação do artigo 3º da CLT e do posicionamento majoritário da doutrina, conclui-se que a relação de

²⁶ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

²⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

²⁸ CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. 12ª Ed. México: Editora Porrúa, 1966, v. I. p. 445.

²⁹ CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. II. p. 36.

³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 235.

³¹ CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. 12ª Ed. México: Editora Porrúa, 1966, v. I. p. 457.

³² CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 235.

emprego clássica possui quatro características básicas: a onerosidade, a pessoalidade, a não eventualidade e a subordinação. Sem esses elementos, não há relação de emprego e, portanto, não incidem as normas e princípios do Direito do Trabalho.

2.2.1. Os requisitos para a configuração da relação de emprego

Necessário é, portanto, compreender o que a doutrina entende como onerosidade, pessoalidade, não eventualidade e subordinação para definir as características essenciais da relação empregatícia e, conseqüentemente, a incidência do Direito do Trabalho. Ainda, alguns autores inserem a exclusividade e a alteridade como elementos característicos da relação de emprego, sendo o primeiro, em geral, entendido como um elemento relevante, mas não essencial; e o segundo, uma característica inerente e indispensável à configuração da relação havida entre empregado e empregador.

2.2.1.1. ONEROSIDADE

A onerosidade é um dos requisitos para a existência da relação de emprego na medida em que o artigo 3º da CLT, conforme já exposto anteriormente, indica que é empregado aquele que presta serviços “mediante salário”. Contudo, o conceito de onerosidade não se resume apenas ao recebimento de salário pelo trabalhador.

Ao estudar a questão do salário, tem-se que há uma maior tonicidade com relação à presunção de existência de relação de emprego, uma vez que as relações de trabalho são fundadas no princípio da economicidade, logo não se presume que o trabalho é prestado de forma gratuita, e sim mediante o recebimento de alguma contraprestação. Por ser valor de troca e meio de subsistência, o contrato de trabalho presume a onerosidade da relação havida entre empregado e empregador³³. A relação de trabalho é essencialmente uma relação econômica, na medida em que envolve um conjunto de prestações e contraprestações do empregado e do empregador de significativo valor econômico. Diante disso, tem-se que o contrato de trabalho é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso³⁴.

No Direito do Trabalho não há nenhuma relação jurídica que não possua algum substrato econômico de natureza contraprestativa-remuneratória. Inclusive, muito se discute na

³³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 740.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 321.

doutrina se a subordinação econômica é um dos requisitos e fatores essenciais para a configuração da subordinação da relação de emprego³⁵. A relação de emprego é onerosa essencialmente porque ambas as partes constituem a relação com intuito preponderantemente patrimonial – o empregador busca se beneficiar do trabalho produtivo do empregado e o empregado visa receber salário. A onerosidade é presumida no contrato de trabalho, porque se parte do pressuposto de que o oferecimento da força de trabalho é a única forma de subsistência do trabalhador que, portanto, não trabalhará sem receber algo em troca. Frisa-se, contudo, que essa onerosidade da relação de emprego está relacionada à expectativa de recebimento de salário pelo empregado, e não necessariamente do efetivo pagamento pelo empregador, até mesmo porque, caso o empregador não cumpra com sua obrigação de pagamento de salário, não haverá descaracterização do contrato de trabalho³⁶.

Mauricio Godinho entende que a onerosidade possui um plano objetivo, consistente no pagamento, pelo empregado, da remuneração do empregado; e um plano subjetivo, no qual a onerosidade se manifesta através da intenção contraprestativa das partes. Portanto, há onerosidade quando a prestação de serviços for pactuada com objetivo contraprestativo do empregado, isto é, com objetivo econômico de auferir ganho econômico. A verificação da intenção das partes é essencial, portanto, para a caracterização da onerosidade na relação de emprego, na medida em que é possível existir pagamento (plano objetivo), e inexistir a intenção contraprestativa (plano subjetivo), como é o caso, por exemplo, do trabalho voluntário³⁷.

A onerosidade é, portanto, uma característica essencial do contrato de trabalho, que é sempre oneroso. A prestação de serviços inteiramente gratuita é quase irrealizável, porque até mesmo aqueles que trabalham gratuitamente recebem, pelo menos, alojamento e/ou alimentação. O trabalho gratuito não é objeto de proteção das leis sociais e trabalhistas³⁸. Nesse sentido, Orlando Gomes frisa que há autores que acreditam que a prestação gratuita de serviços também pode constituir objeto do contrato, contudo a hipótese de prestação continuada de serviço gratuito é inverossímil e, ainda que não o fosse, tal exceção não tiraria a onerosidade como requisito indispensável ao contrato de trabalho³⁹.

³⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 743.

³⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 48-49.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 322-323.

³⁸ CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. II. p. 37.

³⁹ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80-81.

2.2.1.2.PESSOALIDADE

A pessoalidade é um elemento ligado ao fato de que o trabalho somente pode ser prestado por pessoa física, jamais por pessoa jurídica. A relação de emprego exige que o trabalho prestado pela pessoa natural seja infungível com relação ao trabalhador, o que significa dizer que se trata de uma relação jurídica *intuitu personae*, na qual o empregado não pode se fazer substituir intermitentemente por outro, caso contrário estar-se-ia diante de uma relação impessoal e fungível diversa da relação empregatícia⁴⁰. A pessoalidade é típica da relação de emprego, tendo em vista que o contrato de trabalho faz surgir para o empregado uma obrigação de fazer, isto é, uma obrigação de prestar o serviço convencionado, a qual é infungível e só pode ser satisfeita por quem a contraiu – o empregado⁴¹. Arnaldo Sussekind salienta que, diante do fato de que o contrato de trabalho é *intuitu personae* em relação ao trabalhador, a pessoalidade é elemento relevante para negar a condição de empregado – não haverá relação de emprego, salvo nos casos excepcionais previstos lei, se o objeto do contrato puder ser, ou for, executado por outra pessoa que não aquela contratada⁴².

A pessoalidade significa a intransferibilidade a outrem dos serviços a serem prestados pelo empregado e a indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho prestado, na medida em que a prestação é a atividade da própria pessoa e todo o contrato de trabalho é firmado em função dessa pessoa determinada. O empregador tem o direito de exigir que o labor seja prestado especificamente pela pessoa que contratou, e não por outra por conta do caráter *intuitu personae* da relação empregatícia⁴³. Salienta-se, porém, que existem casos excepcionais e eventuais em que é possível a substituição do trabalhador sem que a relação de emprego seja descaracterizada, como nos casos de doença do empregado, licença-maternidade ou férias, por exemplo.

O caráter pessoal da relação de emprego refere-se tão somente com relação ao empregado, haja vista que, com relação ao empregador, vigora a diretriz da despersonalização. Isto significa que, no curso da relação contratual de trabalho, é possível a alteração do empregador com a manutenção dos contratos trabalhistas em seus exatos termos, conforme previsão contida nos artigos 10 e 448 da CLT⁴⁴. Frisa-se, porém, que o elemento da

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 309-315.

⁴¹ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80-81.

⁴² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 236-237.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 176.

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 316.

pessoalidade não se busca apenas tutelar a pessoa do trabalhador ou o seu trabalho, mas também se pretende tutelar a atividade empresarial através de normas dirigidas à conduta do empregado, as quais preveem sanções para os casos em que houver desvios e prejuízos ao regular andamento da atividade da empresa causados pelo empregado. Diante disso, o trabalhador move-se na empresa com uma gama de aptidões e deveres jurídicos próprios de sua pessoa. A personalidade, então, “é suposto básico e direto de responsabilidade e de titularidade”⁴⁵.

Essa inseparabilidade entre o empregado e a prestação de seu serviço é, portanto, um desdobramento da personalidade da relação de emprego, fato que pode culminar em uma “coisificação” do trabalhador, ampliando a sua vulnerabilidade. Para evitar tal situação, o Direito do Trabalho vale-se de suas normas protetivas para garantir que o empregado não seja tratado como uma mera “coisa” por seu empregador⁴⁶ e tenha respeitados todos os seus direitos inerentes de sua condição de pessoa humana.

2.2.1.3. NÃO EVENTUALIDADE

Ao exigir expressamente que os serviços prestados pelo trabalhador não sejam de natureza eventual, o legislador trabalhista reconhece que a continuidade do vínculo de emprego constitui um dos elementos configuradores do contrato de trabalho. Os serviços eventuais, isto é, aqueles de natureza excepcional prestados em virtude de uma relação jurídica ocasional, não constituem relação de emprego⁴⁷. A não eventualidade é um dos vieses da ideia de permanência que vigora no Direito do Trabalho, essencialmente com relação à formação sociojurídica da relação de emprego. Para que haja relação de emprego, é “necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico”⁴⁸.

Existem autores que entendem que essa não eventualidade da relação empregatícia não significa, necessariamente, continuidade, isto é, não está relacionada tão somente à questão temporal da relação. O artigo 7º, inciso XXXIV, da Constituição Federal⁴⁹ coloca a

⁴⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 396-397.

⁴⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 47.

⁴⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 239-240.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 317.

⁴⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

permanência no âmago do conceito de relação de emprego ao referir-se ao “vínculo de emprego permanente”. É uma perspectiva exclusivamente temporal, através da qual se poderia entender que não seria possível a existência de vínculos empregatícios temporários ou com prazo determinado. Diante disso, a utilização do termo eventual ganha conotações próprias e mais satisfativas porque não possui significado estritamente temporal⁵⁰. Segundo Leandro do Amaral Dorneles, “a não eventualidade manifesta-se pela interrelação do serviço prestado pelo trabalhador e a atividade empreendida pelo tomador de serviços”. Isso significa que o trabalho é não eventual quando a atividade empresarial não poderia se desenvolver sem esse serviço ou quando, apesar de não ser essencial ao fim empresarial, a atividade é realizada por um empregado no contexto da relação de emprego. Portanto, há não eventualidade quando há essencialidade do serviço prestado ou necessidade e permanência desse serviço na empresa⁵¹.

Para Paulo Emílio Vilhena, o que importa é que “eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de pessoalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho”. A noção de eventualidade como duração do trabalho traz dificuldades ao legislador na aplicação de institutos trabalhistas a prestações de serviços meramente esporádicas, uma vez que a relação de emprego exige lapsos temporais maiores na prestação de serviços e “acumulação de tempos” para que haja a incidência de diversas normas, tais como as relativas às férias, descanso semanal, integração de horas extras, etc. Face a isso, mostra-se importante entender que o Direito Laboral brasileiro é aplicável a qualquer trabalho voluntário, por conta alheia e subordinado, e que “os direitos que possam conferir e assegurar ao respectivo prestador é que deverão guardar proporções ou se compatíveis com o lapso de tempo do serviço prestado”. Nesse sentido, Mario de La Cueva entende que a redução no tempo do serviço prestado pelo empregado não pode levar à inexistência de tutela trabalhista, e sim à existência de direitos mínimos proporcionais ao tempo de trabalho despendido por aquele trabalhador⁵².

De todo modo, o que é certo é que se mostra necessário que a prestação de serviços não tenha caráter eventual ou esporádico para que o trabalhador desfrute das prerrogativas da legislação trabalhista. Leciona Orlando Gomes que “a estabilidade da relação é essencial, como

⁵⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 405.

⁵¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 49-50.

⁵² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 415-416.

a sua onerosidade, porque a maior parte dos direitos do empregado está baseada na continuidade dos serviços bem como na remuneração devida pelo empregador”⁵³. Frisa-se que existem diversas discussões importantes com relação à não eventualidade da relação de emprego, especialmente no que diz respeito ao trabalhador eventual, trabalhador temporário e trabalhador avulso, contudo tais debates não serão abordados pelo presente trabalho.

2.2.1.4.SUBORDINAÇÃO

A subordinação é considerada, de forma unânime pela doutrina, o elemento principal para a caracterização da relação de emprego. Significa que o empregador determina o que, como, quando e onde produzir, cabendo ao empregado apenas obedecer às ordens do tomador dos serviços. O empregado tem dever de obediência, devendo cumprir todas as obrigações contratualmente admissíveis, inclusive aquelas que estão implícitas no contrato de trabalho⁵⁴. Além de ser um requisito da prestação do trabalho, a subordinação é também o elemento caracterizador do contrato de trabalho, isto é, é o elemento que melhor permite distinguir o contrato de trabalho de contratos afins. É, portanto, o elemento específico da relação de emprego⁵⁵.

Na relação empregatícia, as partes vinculam-se e esse vínculo dá ao empregador o poder jurídico de intervir na esfera jurídica do empregado a qualquer momento, desde que respeitados os limites objetivos contidos no contrato de trabalho. Há, portanto, uma relação intersubjetiva (entre empregado e empregador), porém o nexa fundamental dessa relação é, para Paulo Emílio Vilhena, de natureza objetiva, motivo pelo qual “o conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e objetivamente ser fixado”⁵⁶. Para definir a subordinação de modo objetivo, é necessário compreender que o trabalho não se separa da pessoa do empregado, embora a empresa vise ao trabalho e não ao homem; e que o que se insere na empresa é justamente essa atividade prestada pelo empregado, e não a sua pessoa. Diante disso, Vilhena aponta que:

⁵³ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 82.

⁵⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 50.

⁵⁵ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 85.

⁵⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 517-518.

O elemento vinculativo que a liga o empregado ao empregador é a atividade, que se torna o dado fundamental para a caracterização objetiva da relação de emprego, assim como o elemento definidor do contrato de trabalho. E somente a atividade, o modo de conduzir-se a sua aplicação, a execução do trabalho (ou sua potencialização) é que autorizarão a intervenção do empregador, com as medidas corretivas de ordem técnica e funcional⁵⁷.

Sobre a discussão entre subordinação objetiva e subjetiva, pertinente tecer algumas breves considerações. Com relação à subordinação subjetiva, Arion Sayão Romita entende que essa ideia está pautada na concepção segundo a qual a relação patrimonial de débito e crédito de trabalho é absorvida pela pessoa do trabalhador quando ele é incorporado à empresa. Ao utilizar como fundamento o critério subjetivo, tem-se que, da subordinação, surge para o empregador o poder de comando e para o empregado o dever de submeter-se a tais comandos⁵⁸. A aceção da subordinação subjetiva conduz, então, a um poder patronal mediante o qual o empregador emite ordens aos empregados “visando transformar a energia laboral em algo efetivamente útil ao empreendimento econômico”⁵⁹.

Por outro lado, Romita entende que o conceito objetivista aponta a subordinação como um comportamento devido ao qual o empregado se obriga de acordo com a vontade do empregador expressa no contrato de trabalho e na lei. De modo objetivo, a subordinação pode ser entendida como a integração da atividade do trabalhador à organização da empresa através do contrato de trabalho, em decorrência do qual o empregado aceita as modalidades de labor determinadas pelo empregador. Essa subordinação deve ser compreendida através de elementos que sejam compatíveis com a liberdade e igualdade do empregado perante o empregador, e não mediante concepções que remetem à submissão absoluta do trabalhador ao tomador dos serviços. A subordinação não é um *status* do empregado. O objeto do contrato de trabalho é a atividade e não a pessoa do trabalhador; e é essa atividade que está sob o poder de comando do tomador dos serviços. O trabalhador subordinado não está pessoalmente submisso ao empregador e a subordinação não é (ou não deve ser) considerada uma manifestação de hierarquia, até mesmo porque essa é uma noção que vai de encontro aos princípios constitucionais de liberdade e igualdade consubstanciados na Constituição Federal de 1988⁶⁰.

⁵⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 524.

⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 82-83.

⁵⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 51-52.

⁶⁰ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 83-86.

Sobre os critérios de determinação do conteúdo da subordinação existente na relação de emprego (objetivo e/ou subjetivo), Arion Sayão Romita conclui que:

(...) modernamente, a subordinação vem sendo entendida pela doutrina mediante um critério dúplice: conjugação de circunstâncias de ordem subjetiva e de natureza objetiva. Subjetivamente, a subordinação revela-se pelo poder de comando assegurado ao empregador e pelo consequente dever de colaboração assumido pelo empregado. Sob o aspecto objetivo, a subordinação é explicada pela integração da atividade do empregado na organização da empresa⁶¹.

Ainda, na relação empregatícia, a subordinação é uma “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”. Para Godinho, essa subordinação é objetiva e se dá com relação ao modo de realização do trabalho, e não especificamente sobre a pessoa do trabalhador. O autor entende que a concepção subjetiva da subordinação já foi superada e estava relacionada à ideia de dependência do empregado, que intensifica a concepção de vínculo pessoal entre empregado e empregador na relação jurídica havida entre eles, contudo essa percepção subjetivista representa uma fase em que não existia a visão essencialmente jurídica da subordinação⁶². Leandro do Amaral Dorneles salienta, contudo, que as transformações que vêm ocorrendo no mundo do trabalho apontam para uma retomada de conceituações diferentes para a subordinação do empregado que não apenas a objetiva ou subjetiva. O autor cita como exemplos a subordinação estrutural referida por Godinho; a subordinação integrativa apontada por Lorena Porto; a subordinação funcional trazida por Alain Supiot; e a subordinação estrutural-reticular tratada por Mendes e Chaves Júnior⁶³.

Compreendido o cerne da discussão acerca dos diferentes conceitos de subordinação, passa-se a abordar o alcance do elemento da subordinação no Direito Laboral.

A delimitação das fronteiras de aplicação do Direito do Trabalho é uma questão de política social que está diretamente ligada à noção de subordinação, uma vez que a maior parte da doutrina aponta que a legislação trabalhista somente é aplicável ao trabalho subordinado característico da relação empregatícia⁶⁴. A expressão “subordinação” é a que permite dividir os dois maiores campos do Direito do Trabalho – o do trabalhador subordinado (empregado) e o

⁶¹ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 87.

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 325-326.

⁶³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 51.

⁶⁴ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 80-81.

do trabalhador autônomo (não empregado). O trabalhador abrangido pela legislação trabalhista é aquele que é subordinado porque consente que seu trabalho seja dirigido por seu empregador, que organiza a sua atividade da forma como lhe convém⁶⁵. O que caracteriza o trabalho autônomo é o desempenho de uma atividade em que é o próprio trabalhador quem organiza os fatores de produção e assume os riscos dessa organização; ao passo que o trabalho subordinado é aquele no qual é o empresário quem organiza os fatores de produção e assume o risco da atividade econômica desempenhada. A direção do empreendimento cabe unicamente ao empregador, assumindo todos os riscos, motivo pelo qual os empregados se tornam dependentes de seu empregador. A subordinação, portanto, “se justifica pela necessidade de confluência das energias produtivas, ordenáveis de acordo com um critério diretivo único”⁶⁶.

Com a evolução das sociedades e do mundo moderno, o trabalhador subordinado modificou-se sob o ponto de vista econômico, social e jurídico, tendo surgido empregados com posições mais privilegiadas, diferentes daquele trabalhador essencialmente subordinado dos séculos passados. O Direito do Trabalho atual abrange todas as atividades exercidas com subordinação, e não apenas protege determinadas categorias de trabalhadores manuais. Há proteção também aos altos empregados, aos domésticos, aos vendedores e a outras infinidades de trabalhadores desde que eles exerçam suas atividades de modo subordinado⁶⁷. Desde logo cabe referir que, no capítulo 3 deste trabalho, a homogeneidade de tutela dos trabalhadores será criticada à luz da chamada Teoria das Vulnerabilidades, na medida em que, por uma série de fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, existem trabalhadores em posições de maior ou menor privilégio dentro das relações de emprego de acordo com as suas diferentes vulnerabilidades que, diante disso, exigem uma proteção maior ou menor do Direito do Trabalho.

De todo modo é possível inferir que a subordinação é, pois, um fenômeno essencialmente jurídico, ainda que seu fundamento originário esteja diretamente relacionado às desigualdades sociais da sociedade capitalista. É o resultado da natureza da relação de emprego e é o elemento que a diferencia de todas as demais relações de trabalho. Em sendo a subordinação um fenômeno social, seu conceito tem a necessidade de se adequar às alterações da realidade do mundo de trabalho ocorridas nos últimos tempos. O trabalhador subordinado é o tradicional obreiro que se submete às ordens de seu empregador (subordinação clássica),

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 173.

⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 84.

⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978. p. 80-81.

contudo, hoje, existem relações empregatícias que envolvem modelos de subordinação diversos desse clássico, nos quais o empregado realiza os objetivos empresariais sem receber ordens diretas de seu empregador (subordinação objetiva) ou tão somente trabalha de modo integrado à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora sem nem mesmo realizar os objetivos dessa empresa (subordinação estrutural), situações estas em que ainda há subordinação e, portanto, relação de emprego⁶⁸.

O que vem se vislumbrando no Direito do Trabalho desde o final do século passado é uma “rarefação” do elemento da subordinação do empregado, na medida em que há casos em que esta pode chegar próxima a zero. Nessas situações, já que o trabalho é inseparável da pessoa humana, o legislador vale-se da insuficiência econômica do trabalhador para considera-lo empregado. Segundo José Martins Catharino, essa redução da subordinação significa o aumento da liberdade real do trabalhador, que não estaria mais sujeito ou submisso a quem o remunera, como no passado⁶⁹. Essa visão tem sido cada vez mais reconhecida pela legislação trabalhista, o que restou evidente através da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), contudo não se pode tratar como regra a relação de emprego com menor (ou quase nenhuma) subordinação no Brasil. A renda média do trabalhador brasileiro é de apenas R\$ 2.198,00 e, ainda, a taxa de subutilização da força de trabalho no Brasil é de 24,6%, correspondendo a 27,6 milhões de pessoas desempregadas⁷⁰, fato que deixa claro que altos cargos com baixa subordinação não correspondem à realidade da grande maioria dos empregados brasileiros, que, em verdade, estão sujeitos a uma baixa oferta de emprego e baixos salários e, portanto, possuem alta dependência em relação a seus empregadores.

2.2.1.5. EXCLUSIVIDADE

A exclusividade, em regra, não é considerada pela doutrina uma das características essenciais da relação de emprego, contudo muitos autores fazem referência à sua relevância, uma vez que o trabalho exclusivo é um grande indicador da existência de uma relação empregatícia. Leandro do Amaral Dorneles salienta que a exclusividade não é elemento essencial da relação emprego, dado que é possível que o empregado possua diferentes vínculos

⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 326-329.

⁶⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 261-262.

⁷⁰ BRASIL. IBGE. **PNAD Contínua tri: taxa de subutilização da força de trabalho é de 24,6% no segundo trimestre de 2018**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22218-pnad-continua-tri-taxa-de-subutilizacao-da-forca-de-trabalho-e-de-24-6-no-segundo-trimestre-de-2018>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

de emprego simultâneos com diferentes empregadores. A exclusividade seria apenas um indício da relação de emprego, mas não um de seus elementos essenciais⁷¹.

Orlando Gomes leciona, também, que essa exclusividade não é uma condição de existência do contrato de trabalho, “mas, sim, uma decorrência normal do estado de subordinação que esse contrato cria para o empregado”. O autor frisa, contudo, que há uma corrente de autores que entende que o sistema de exclusividade não admite pluralidade de relações de emprego, embora a doutrina majoritária negue que a exclusividade é um elemento indispensável à caracterização da relação de emprego. Foi principalmente no trabalho manual do operário da fábrica que se impôs a exclusividade, uma vez que a subordinação exigia um horário de serviço que impossibilitava que o empregado exercesse outra atividade remunerada. Orlando Gomes aponta que, com a recessão e desemprego existentes no Brasil, seria hora de adotar legalmente o regime de multiempregos como forma de colocar os milhões de desempregados à disposição do mercado com o trabalho parcial⁷², o qual, após a Reforma Trabalhista, passou a ser regulado pelo artigo 58-A da CLT.

2.2.1.6. ALTERIDADE

Alguns poucos autores também se referem à alteridade como um dos elementos essenciais da relação empregatícia. No Brasil, Sérgio Pinto Martins é um dos doutrinadores que coloca a alteridade como requisito da relação de emprego ao lado da continuidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade. Tal elemento significa que o empregado deve prestar seu trabalho por conta alheia, sem assumir quaisquer riscos relativos a atividade que desempenha. Isto significa que, ainda que o empregado possa participar dos lucros da empresa, não poderá arcar com os prejuízos da atividade econômica. Quando não há essa alteridade, não se está diante de uma relação de emprego⁷³.

Na produção clássica, os frutos do trabalho são de titularidade da pessoa que executou o serviço. Ocorre que o Direito do Trabalho atribui à relação de emprego uma realidade social contrária, através da qual os frutos do trabalho do empregado são atribuídos inicial e diretamente à pessoa distinta daquela que executa esse trabalho, isto é, ao empregador. É essa distinção sobre o trabalho humano que separa o trabalho por conta própria do trabalho por

⁷¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 54.

⁷² GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84-85.

⁷³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175-176.

conta alheia⁷⁴, sendo que apenas este último é objeto do Direito do Trabalho. Frisa-se, porém, que não assumir os riscos da atividade não exclui o trabalhador da participação nos lucros da empresa. Este não pode ser responsabilizado pelos prejuízos, mas pode desfrutar dos ganhos da atividade econômica⁷⁵.

Paulo Emílio Vilhena, embora não faça referência expressa ao elemento alteridade, menciona que a prestação de serviços a outrem mediante uma relação jurídica de emprego se dá através de um trabalho por conta alheia, oposto ao trabalho por contra própria. O autor explica que esse trabalho por conta alheia constitui uma relação jurídica cujo objeto é o trabalho, ao passo que no labor por conta própria a atividade terá como resultado uma relação jurídica subsequente e autônoma. Neste, os riscos e resultados da atividade pertencem ao próprio prestador, enquanto naquele pertencem ao credor (no caso, ao empregador)⁷⁶. Manuel Olonso Olea refere, ainda, que “lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador”⁷⁷.

Ainda, a alteridade é importante porque a dependência pessoal do empregado se agrega ao fato de que o trabalho é prestado por conta alheia. Para Ernesto Krotoschin, a noção de dependência econômica por si só não indica a existência de uma relação empregatícia, sendo necessário, também, que essa sujeição econômica do empregado esteja cumulada ao fato de o trabalhador estar excluído dos riscos da empresa e trabalhar por conta alheia. São, portanto, esses dois elementos – dependência econômica e alteridade – que, juntos, caracterizam o empregado juridicamente dependente dentro da relação de emprego. Sem um desses fatores, inexistirá a relação empregatícia⁷⁸.

⁷⁴ OLEA, Manuel Alonso. **Introducción al Derecho del Trabajo**. 7ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2013. p. 82-83.

⁷⁵ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968. p. 37.

⁷⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 395.

⁷⁷ OLEA, Manuel Alonso. **Introducción al Derecho del Trabajo**. 7ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2013. p. 83.

⁷⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968. p. 37.

3 A TEORIA DAS VULNERABILIDADES NO DIREITO DO TRABALHO

Esse capítulo busca responder à pergunta central da presente pesquisa: como graduar a vulnerabilidade do trabalhador diante de suas vulnerabilidades específicas para garantir a efetividade do princípio da proteção? Para tanto, primeiramente expõe-se acerca do princípio da proteção do trabalhador e da sua importância para o Direito do Trabalho, essencialmente com relação à definição do trabalhador hipossuficiente dentro da relação de emprego e à necessidade de tutela diferenciada em face dessa hipossuficiência. Em seguida, analisa-se a chamada Teoria das Vulnerabilidades, cujo embasamento teórico advém do Direito Privado, em especial do Direito do Consumidor, e pode (deve) ser aplicável ao Direito Laboral como forma de garantir a concretização do princípio da proteção. Por fim, traz-se um novo olhar sobre a vulnerabilidade do empregado através da necessidade de qualificação e graduação da sua hipossuficiência diante de suas vulnerabilidades específicas na particularidade de cada relação de emprego.

3.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O PRESSUPOSTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Compreendido, no capítulo 2, o que o Direito do Trabalho entende como relação de emprego, mostra-se igualmente importante compreender como ocorre a proteção do empregado dentro dessa relação, especialmente em face de sua reconhecida e presumida hipossuficiência.

3.1.1. As diretrizes do princípio da proteção

O Direito do Trabalho tem como uma de suas maiores características, senão a maior, o princípio da proteção do trabalhador, o qual se manifesta seja através da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, seja através de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade⁷⁹. Esse princípio da proteção é o critério fundamental que orienta todo o Direito do Trabalho, disciplina jurídica que busca estabelecer um suporte preferencial ao trabalhador hipossuficiente dentro da relação de emprego. Diferentemente dos demais ramos do Direito, o Direito Laboral não busca assegurar a igualdade jurídica entre as partes envolvidas na relação, e sim proteger uma dessas partes (o empregado) com o objetivo

⁷⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 5.

de alcançar a igualdade substancial e verdadeira entre os envolvidos⁸⁰. Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar refere que:

O princípio da proteção ao trabalhador tem fundamento na desigualdade, diferente do Direito Civil, em que teoricamente as partes contratantes possuem igualdade patrimonial. No Direito do Trabalho há uma desigualdade natural, pois o capital possui toda a força do poder econômico. Desta forma, a igualdade preconizada pelo Direito do Trabalho é tratar os desiguais de forma desigual. O trabalhador já adentra na relação de emprego em desvantagem, seja porque vulnerável economicamente, seja porque dependente daquele emprego para sua sobrevivência, aceitando condições cada vez menos dignas de trabalho, seja porque primeiro trabalha, para, só depois, receber sua contraprestação, o salário⁸¹.

O cerne do Direito do Trabalho é o princípio protetor. A razão de ser do surgimento da disciplina juslaboral foi a desigualdade econômica havida nas relações entre empregado e empregador decorrente da concentração de capital nas mãos de poucos e das precárias e degradantes condições de trabalho existentes nos séculos XVIII e XIX. Foi diante disso que se constatou a necessidade de assegurar superioridade jurídica àqueles empregados que não tinham nenhum poder econômico “a fim de garantir-lhes uma proteção capaz de proporcionar-lhes um nível de vida humano”⁸². O princípio da proteção surgiu, então, com fundamento na razão de ser do Direito do Trabalho: a busca pelo nivelamento de desigualdades. Conforme visto no capítulo 2, o ramo jurídico trabalhista emergiu também como consequência da exploração dos trabalhadores decorrente dessa ampla liberdade de contratação entre pessoas com poder e capacidade econômicas absurdamente desiguais. Diante disso, mostrou-se necessário que o Direito buscasse compensar essas desigualdades econômicas desfavoráveis ao trabalhador, o que passou a ser realizado mediante a concessão de uma proteção jurídica favorável ao empregado. Percebeu-se a necessidade de favorecer a quem se pretende proteger⁸³.

A justificativa para a proteção especial ao trabalhador é a sua inferioridade em face do empregador, cuja superioridade contratual lhe permite impor de modo unilateral as cláusulas do contrato de trabalho, impedindo que o empregado possa discuti-las, obrigando-o a simplesmente aceitá-las ou recusá-las⁸⁴. A inferioridade do empregado manifesta-se de diversas maneiras dentro da relação empregatícia e torna-se mais ou menos acentuada quanto maior ou menor for a condição de vulnerabilidade do trabalhador. Essa afirmação é facilmente ilustrável:

⁸⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. p. 28.

⁸¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 170.

⁸² MAGANO, Otávio Bueno. **Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 127.

⁸³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. p. 25.

⁸⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 22.

o operário de uma fábrica de automóveis tem, por óbvio, menos condições de impor-se perante ao empregador do que o gerente geral da empresa. Ambos são empregados da mesma sociedade empresária, porém suas vulnerabilidades específicas perante ao empregador são consideravelmente diferentes. Da mesma forma, um empregado imigrante também detém uma posição de maior vulnerabilidade na relação empregatícia do que um empregado nacional, seja por questões de desconhecimento da lei local, seja por questões raciais, sociais ou econômicas.

Posto isso, Luiz de Pinho Pedreira da Silva aponta quatro razões que justificam a proteção dada ao trabalhador pelo Direito do Trabalho. A primeira é a subordinação jurídica do empregado ao empregador, uma vez que o contrato de trabalho é o único em que há uma verdadeira relação de supremacia de um contratante sobre o outro, e essa superioridade hierárquica de um impede que haja uma igualdade jurídica entre as partes. Assim, dada a manifesta inferioridade do trabalhador, justifica-se a tutela especial do Direito Laboral. Em segundo lugar, tem-se que a dependência econômica do empregado também justifica o princípio tuitivo, já que, via de regra, o empregado somente coloca sua força de trabalho à disposição do empregador porque precisa do salário para (sobre)viver. A terceira razão elencada pelo autor é o comprometimento da pessoa do trabalhador quando da execução de seus serviços, fato que coloca o empregado em uma maior vulnerabilidade moral e física dentro da empresa. Por fim, a última justificativa é a ignorância, pelo empregado, das condições de trabalho e de seus direitos. Embora existam exceções e resistências com relação ao reconhecimento de tal fato, não se pode negar que essa é a realidade majoritária dos trabalhadores no Brasil porque a falta informação e cultura do trabalhador é consideravelmente menor “sobretudo levando-se em conta o alto percentual de analfabetismo e quase analfabetismo da população, particularmente do proletariado, e onde não existem as obrigações de informação e outros mecanismos que neles procuram suprir as deficiências de conhecimento dos trabalhadores”⁸⁵.

Diante dessas circunstâncias que evidenciam a posição de inferioridade do trabalhador na relação empregatícia, o princípio protetivo propõe uma “teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia” com o fim de atenuar o desequilíbrio inerente ao contrato de trabalho. Todo o Direito Laboral é construído a partir da premissa de que há uma grande diferença socioeconômica e de poder entre empregado e empregador, e é o reconhecimento dessa disparidade que permite a existência de uma disciplina trabalhista amplamente protetiva, caracterizada por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar

⁸⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 25-26.

a relação de emprego naturalmente desigual⁸⁶. A existência de relações econômicas negativas, nas quais uma parte se apropria vantajosamente do benefício econômico gerado pela outra, geram iniquidades do ponto de vista social e, assim, requerem a intervenção estatal – é o que acontece com o Direito do Trabalho e com o Direito do Consumidor, os quais, pautados em ideais de Justiça Distributiva, buscam compensar as desigualdades resultantes das relações contratuais havidas entre os envolvidos⁸⁷.

Face à especial hipossuficiência do trabalhador, o que se questiona é como conferir, na prática, maior tutela ao empregado hipossuficiente. Para Américo Plá Rodríguez, as desigualdades somente podem ser corrigidas através de “desigualdades de sentido aposto”, isto é, através de uma desigualdade compensatória proporcionada ao trabalhador através da legislação trabalhista⁸⁸. É, em verdade, fazer uma compensação colocando em prática o famoso postulado de Aristóteles de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Para isso, o princípio protetivo implica na intensa intervenção estatal nas relações entre empregado e empregador para limitar a autonomia da vontade das partes. O Estado impõe regras mínimas que devem ser observadas por todos os agentes sociais e que formarão toda a estrutura básica do contrato de emprego⁸⁹.

Tem-se, portanto, que a proteção do trabalhador pode ocorrer através da intervenção direta do Estado nas relações de trabalho com a edição de normas imperativas de amparo ao trabalhador, propiciando a existência de garantias mínimas à classe trabalhadora; através das negociações coletivas realizadas pelos sindicatos, mecanismo que minimiza as desigualdades havidas na relação empregatícia e permite que os empregados consigam negociar seus interesses diretamente com os empregadores; ou através da autotutela, isto é, mediante a defesa pelo empregado ou grupo de empregados de seus interesses⁹⁰, oportunidade em que são os próprios sujeitos do contrato que defendem seus direitos de modo direto, o que ocorre, por exemplo, através das greves⁹¹.

O princípio protetivo aqui exposto é reconhecido unanimemente pela doutrina e jurisprudência trabalhista. Existem, contudo, divergências com relação às formas pelas quais esse princípio se expressa. A abordagem dada por Américo Plá Rodríguez é a mais aceita pela

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 73-74.

⁸⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de. COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. p. 30.

⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 169.

⁹⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 30-32.

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 134.

doutrina brasileira, sendo adotada, por exemplo, por Vólia Bomfim Cassar, Carmen Camino, Amauri Mascaro Nascimento, Leandro do Amaral Dorneles, Octávio Bueno Magano e diversos outros influentes autores e doutrinadores trabalhistas.

Para o Plá Rodriguez, o princípio da proteção se expressa de três maneiras diferentes: pela regra do *in dubio pro operario*, pela qual, na dúvida, o juiz ou intérprete deve, entre os diversos sentidos possíveis da norma, escolher aquele que for mais favorável ao empregado; pela regra da norma mais favorável, que determina que, havendo mais de uma norma aplicável ao caso, aplicar-se-á aquela que for mais favorável ao trabalhador; e pela regra da condição mais benéfica, a qual indica que novas normas trabalhistas nunca podem diminuir condições favoráveis em que o empregado já se encontra⁹².

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado entende que o posicionamento do uruguaio Américo Plá Rodriguez não é o mais adequado, na medida em que a tutela do empregado e a busca pela redução da desigualdade socioeconômica havida na relação empregatícia não se desdobra apenas nessas três dimensões, e sim abrange todos os demais princípios do Direito do Trabalho. O princípio tuitivo é, para Godinho, a inspiração mais ampla de todas as regras, princípios e institutos que compõe a disciplina juslaboral e é o que explica o Direito Trabalhista, sua estrutura e funcionamento, bem como protege-o de modificações legislativas que visem descaracterizá-lo⁹³.

Apesar da essencialidade do princípio da proteção para o Direito do Trabalho, tem-se que a natureza protetiva do Direito Laboral vem sofrendo intensas modificações. Desde a década de 1970 o princípio protetivo vem sendo questionado. O mercado passou a substituir a ideia de proteção do empregado por uma ideia de flexibilização das relações de emprego em benefício das empresas. A disciplina trabalhista tem como finalidade imediata a proteção do trabalhador, contudo sua finalidade mediata é o equilíbrio social, motivo pelo qual precisa adaptar-se às exigências sociais de cada sociedade, as quais ainda demandam um tratamento diferenciado aos trabalhadores em virtude de sua inferioridade econômica, hierárquica e cultural⁹⁴.

Ocorre que a proteção ao trabalhador se encontra, atualmente, em uma grave crise em todas as suas esferas, fato que está modificando significativamente o cenário do *welfare state* (bem-estar social), que sequer foi vivido pelo Brasil de forma plena, de uma excessiva proteção

⁹² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. p. 42-43.

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 74-75.

⁹⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 34.

para uma realidade de desproteção ou menor proteção do empregado. Essa crise enfraquece o princípio da proteção ao trabalhador, o que, no entendimento de Vólia Bomfim Cassar, é visível na jurisprudência e nas súmulas recentes dos tribunais trabalhistas, que estão permitindo a redução de direitos do trabalhador, e também na Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), que dá maior prestígio à autonomia da vontade do trabalhador no contrato de trabalho e ignora a sua vulnerabilidade⁹⁵.

3.1.2. A hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego

Conforme amplamente elucidado no tópico anterior, o princípio da proteção do trabalhador pressupõe que o empregado é hipossuficiente em relação ao empregador, motivo pelo qual demanda uma tutela especial do Direito do Trabalho. O princípio protetivo tem como pressuposto a hipossuficiência ou a vulnerabilidade do empregado e busca, assim, garantir a ele direitos mínimos dentro da relação empregatícia. O Direito Laboral opera a partir da premissa de que “o trabalhador é vulnerável e, portanto, demanda proteção”⁹⁶.

A questão é: o que significa dizer que o trabalhador é hipossuficiente? A hipossuficiência é a justificativa clássica para o princípio da proteção e está relacionada intrinsecamente com a posição econômica inferior do empregado perante ao empregador. A ideia de hipossuficiência consolidou-se diante da desigualdade havida entre as partes envolvidas na relação empregatícia (que foi a origem do surgimento do Direito do Trabalho) e traduziu-se naquilo que normativamente chama-se de dependência (vide artigo 3º da CLT) e que a doutrina consolidou como subordinação⁹⁷. Salienta-se, porém, que subordinação e dependência são palavras utilizadas, em muitas das vezes, como sinônimos, embora, historicamente, a dependência seja uma constante subjetiva, que varia de grau e natureza, e a subordinação não⁹⁸.

Segundo o dicionário Michaelis, hipossuficiente “diz-se de ou pessoa que é economicamente muito humilde, que não é autossuficiente”⁹⁹. Nesse sentido, Cesarino Júnior

⁹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 170-171.

⁹⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 28-29.

⁹⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 78.

⁹⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I. p. 273.

⁹⁹ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hipossuficiente/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

atribui à hipossuficiência justamente esse viés econômico, uma vez que afirma que os homens se dividem em proprietários e não proprietários (ricos e pobres); e aqueles que somente possuem sua força de trabalho são os hipossuficientes, ao passo que os proprietários são os autossuficientes e oferecem oportunidades de trabalho em suas empresas aos não proprietários¹⁰⁰.

Compreendido que a noção de hipossuficiência do trabalhador está atrelada a uma questão econômica, cabe refletir sobre o fato de que o mundo do trabalho se modificou consideravelmente com o avanço das tecnologias e da globalização, trazendo uma maior complexidade e diversidade de relações de trabalho¹⁰¹, diante das quais os postulados e conceitos clássicos da disciplina juslaboral não se mostram mais suficientes para atingir seu principal objetivo: proteger o trabalhador. Diante desse contexto, Carmen Camino sustenta que o conceito de hipossuficiência clássico evoluiu para um conceito de vulnerabilidade:

As profundas transformações ocorridas na ordem socioeconômica no terço final do século recém findo dão outra dimensão às relações entre capital e trabalho. O conceito original de hipossuficiência evolui para o de vulnerabilidade. A tutela estatal não mais se volta apenas ao trabalhador pobre, mas a qualquer trabalhador que entrega força de trabalho para outro explorá-la¹⁰².

Face a essa nova realidade, verifica-se que a ideia de vulnerabilidade, mais ampla do que a ideia de hipossuficiência, se mostra mais adequada para fundamentar o princípio da proteção ao trabalhador. Isto porque a vulnerabilidade “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 contemporâneo” e, assim, é uma noção que busca preservar, mais satisfatoriamente, o direito à igualdade e diferença na relação empregatícia¹⁰³.

A medida da vulnerabilidade do trabalhador, para Camino, não é absoluta, mas relativa, e está relacionada à medida da necessidade havida pelo empregado. Essa necessidade existe tanto para o empregado classicamente hipossuficiente, como para aquele que poderia ser considerado autossuficiente (que recebe altos salários e sequer dependeria do trabalho para sua

¹⁰⁰ CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. I. p. 25-26.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 78.

¹⁰² CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 69.

¹⁰³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 78.

subsistência, mas que somente é autossuficiente por causa de seu salário, isto é, de seu emprego)¹⁰⁴.

Sob um ponto de vista consumerista, a vulnerabilidade é derivada do conceito aristotélico de igualdade, contudo é uma noção mais flexível e ainda não consolidada, com alguns traços de subjetividade, dado que não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos para ser definida. A vulnerabilidade é, em verdade, “um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. Essa vulnerabilidade não é o fundamento da proteção, e sim a sua explicação, guiando a aplicação das normas protetivas em busca do equilíbrio e igualdade nas relações¹⁰⁵. Por sua vez, a noção de hipossuficiência é vizinha à noção de vulnerabilidade. Claudia Lima Marques refere que nem todo consumidor é hipossuficiente, cabendo ao juiz identificar essa situação no caso em concreto. A hipossuficiência seria um critério que depende da discricionariedade do juiz e de um conceito indeterminado, cujo significado deve ser dado segundo critérios objetivos a serem verificados ou não em cada caso¹⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, Flávio Tartuce refere que o conceito de vulnerabilidade é diverso do conceito de hipossuficiência, dado que a vulnerabilidade é uma característica intrínseca à condição do consumidor, que, embora sempre vulnerável, nem sempre é hipossuficiente. Trazendo este raciocínio para a seara trabalhista, é possível afirmar que todo empregado é vulnerável, sendo esta uma presunção que não admitiria discussão ou prova em contrário, logo, para reconhecer a vulnerabilidade, não importa a situação política, social, econômica ou financeira do trabalhador, bastaria a pessoa estar na condição de empregado na forma do artigo 3º da CLT. A hipossuficiência, por sua vez, deveria ser aferida diante de cada situação em concreto¹⁰⁷, sendo a forma de graduação da vulnerabilidade intrínseca à relação empregatícia.

¹⁰⁴ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 69.

¹⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 117.

¹⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 161-162.

¹⁰⁷ TATURCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016. p. 36-37.

3.2. A TEORIA DAS VULNERABILIDADES E A POSSIBILIDADE (E NECESSIDADE) DE APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

Face ao exposto no tópico anterior, é possível inferir que o princípio da proteção do trabalhador está em crise. A tendência do Direito do Trabalho tem sido flexibilizar o princípio protetivo para reduzir a tutela conferida aos trabalhadores, o que se confirma através das modificações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista no ano de 2017, tais como a retirada do §1º do artigo 477 da CLT, que previa a necessidade de homologação da rescisão contratual pelo sindicato do trabalhador, a possibilidade de realização de trabalho intermitente (artigo 452-A da CLT) e a terceirização irrestrita (artigo 4º-A da Lei 6.019/1974). Tem-se, ainda, que o pressuposto da hipossuficiência do empregado, até hoje homogêneo, vem ganhando uma nova feição ao ser minimizado face às peculiaridades de trabalhadores considerados menos vulneráveis/hipossuficientes, como é o caso dos “altos empregados”, que hoje podem, por exemplo, pactuar cláusula de arbitragem com o empregador (artigo 507-A da CLT).

Em que pese a legislação trabalhista esteja faticamente traçando novos rumos com relação à proteção do trabalhador, doutrinariamente não se discute a necessidade de graduação – tanto para menor, quanto para maior – dessa proteção conferida aos empregados. Diante disso, mostrar-se-á que a graduação da vulnerabilidade do trabalhador na relação empregatícia é necessária e facilmente compreendida através do que podemos chamar de Teoria das Vulnerabilidades¹⁰⁸, amplamente adotada pelo Direito do Consumidor e cujos pressupostos elucidam de que modo é possível proteger cada trabalhador de acordo com o seu próprio nível de vulnerabilidade dentro de cada relação de emprego em específico.

Conforme amplamente exposto no capítulo 2, a sociedade industrial consagrou o modelo fordista de produção como a instituição social central do mundo do trabalho. A relação de emprego clássica, por meio da qual os serviços são prestados de forma livre, pessoal, subordinada, não eventual e onerosa tornou-se hegemônica. Foi em um contexto social no qual o trabalho era considerado uma mercadoria e o meio de subsistência e sobrevivência dos trabalhadores que o Direito Laboral se desenvolveu e formulou seus postulados teóricos clássicos¹⁰⁹, dentre os quais estão a presunção de hipossuficiência do empregado e o princípio da proteção.

¹⁰⁸ STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 69.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 76.

O Direito do Trabalho baseia-se, portanto, na relação de emprego subordinada clássica, na qual há uma troca entre proteção e subordinação do trabalhador. Esse paradigma tradicional vem se mostrando cada vez mais problemático, uma vez que o conceito de subordinação tem sido insuficiente para abranger diversas relações de trabalho que surgiram com o avanço das tecnologias do mundo moderno, fato que exige a adoção de uma nova concepção sobre tal conceito¹¹⁰ ou, como aqui se propõe, um novo olhar sobre a situação jurídica do trabalhador na relação empregatícia.

O contrato mínimo de trabalho clássico, garantido pelas disposições e atuações do Estado na tutela do trabalho, tem o que Carmen Camino denomina de “núcleo duro”, no qual inexistente liberdade para contratar e estabelece-se um patamar mínimo de igualdade na relação de emprego, garantindo, assim, que o empregado tenha direito a um trabalho minimamente digno. Todos os contratos de trabalho que envolvam relações empregatícias, sejam aqueles celebrados com um trabalhador humilde, sejam aqueles celebrados com um profissional altamente qualificado, têm esse exato mesmo núcleo duro de proteção, esse mesmo “patamar mínimo de igualdade garantido na ordem estatal”. Camino salienta a importância da compreensão acerca dessa tutela universal dada pelo Direito do Trabalho, na medida em que, a despeito do (por ela chamado de estreito) conceito de hipossuficiência, é a desigualdade havida entre empregado e empregador que justifica a compensação buscada pelo Direito Laboral através do princípio protetivo. Diante disso, afirma-se que “o empregado é sempre vulnerável em relação ao empregador e é, justamente, essa condição natural do contrato de trabalho que determina a ação libertadora da tutela estatal”¹¹¹.

Depreende-se, assim, que a relação empregatícia clássica trata homoganeamente a todos os trabalhadores, atribuindo-lhes igual proteção jurídica dentro da relação laboral. Ocorre que a padronização de tratamento das relações de emprego pode gerar, em casos concretos, a manutenção da desigualdade entre empregador e empregado, quando este for manifestamente mais vulnerável do que o comum; ou pode proporcionar vantagens desnecessárias àqueles empregados que, por estarem em uma posição de maior privilégio, possuem uma vulnerabilidade atenuada. Nesse sentido, Leandro do Amaral Dorneles aponta que, atualmente, a hegemonia do modelo clássico de relação de emprego está abalada em virtude da profunda reestruturação do capitalismo e que:

¹¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 175.

¹¹¹ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 68-69.

A teoria geral clássica do direito do trabalho tem por primado a ideia de universalização da relação de emprego e, dentro desta, a de uniformização (padronização) da hipossuficiência. Nessa perspectiva, o objeto do direito do trabalho praticamente se circunscreveria à relação de emprego – cuja característica de maior destaque seria a subordinação – sendo que nesta relação haveria um grau único de hipossuficiência justificador da típica proteção juslaboral.¹¹²

Posto isso, frisa-se que não se busca discutir no presente trabalho qual característica é essencial para a configuração da relação de emprego, tampouco de que forma deve ser compreendido o conceito de subordinação, discussão esta amplamente trazida pela doutrina trabalhista clássica. Contudo, “a discussão que procuramos propor diz respeito à vinculação exclusiva da incidência tuitiva à caracterização da relação de emprego, a partir da visualização da subordinação típica”¹¹³. Busca-se, assim, trazer um novo olhar para a relação empregatícia, um olhar mais amplo, que tome em consideração a desigualdade como premissa justificadora dos postulados protetivos do Direito do Trabalho.

É necessária uma visão mais equilibrada das infinidades de relações de labor existentes no mundo do trabalho moderno, dadas às condições de vulnerabilidade que forem existentes na especificidade de cada relação empregatícia, sem que se abandone o tão caro princípio da proteção ao trabalhador quando ele for necessário¹¹⁴. É preciso, em verdade, deixar de lado a ideia de que todo trabalhador é igualmente hipossuficiente em qualquer relação de emprego para que se comece a discutir a medida dessa hipossuficiência e, a partir dela, se passe a determinar o *quantum* de proteção do Direito do Trabalho que cada empregado precisará, seja para ampliá-la, seja para reduzi-la.

Para concretizar essa ideia, é necessário recorrer aos ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques com relação à vulnerabilidade dos consumidores.

A origem da proteção dos vulneráveis está relacionada ao reconhecimento, pelo sistema jurídico, de novos sujeitos merecedores de proteção por se encontrarem em situações de desigualdade. É diante desse cenário que são construídas normas e estabelecidos princípios que buscam efetivar os direitos desses vulneráveis¹¹⁵. O direito pós-moderno caracteriza-se por

¹¹² OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 76-77.

¹¹³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 94.

¹¹⁴ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 85.

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

valorar o diferente e a diferença e por pretender realizar o direito a ser diferente¹¹⁶. Hoje, a igualdade desses diferentes é buscada através de uma proteção sistemática e eficaz dos vulneráveis, que, no caso do Direito do Consumidor (e, como defende-se nesta monografia, do Direito do Trabalho), deve ser feita através de normas compensatórias e de proteção. Dessa tendência de especialização jurídica surge, então, a tendência de qualificação da vulnerabilidade em hipervulnerabilidade¹¹⁷.

A noção de hipervulnerabilidade é essencial para a compreensão da Teoria das Vulnerabilidades. A hipervulnerabilidade é “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor”. Marques explica que, enquanto a vulnerabilidade geral é presumida e inerente a todos os consumidores, a hipervulnerabilidade é inerente e especial à situação pessoal de um consumidor em específico, seja por um fator permanente, seja por um fator temporário. A título exemplificativo, a autora refere os casos dos pródigos, deficientes, analfabetos, crianças e idosos. Alguns entendem, porém, que essa hipervulnerabilidade atinge especialmente os vulneráveis reconhecidos pela Constituição Federal (portadores de deficiência, idosos, crianças e adolescentes), contudo:

A vulnerabilidade agravada é assim como a vulnerabilidade um estado subjetivo multiforme e pluridimensional, e que, com base no princípio da igualdade (aequitas) e da equidade, pode se incluir os outros “fracos”, como as minorias mais frágeis e os doentes, por exemplo¹¹⁸.

A vulnerabilidade é, portanto, o ponto de partida, a peça fundamental do Direito Consumerista e a hipervulnerabilidade é o grau excepcional e juridicamente relevante da vulnerabilidade geral¹¹⁹. A jurisprudência reconhece a presunção de vulnerabilidade da pessoa física e, também, a hipervulnerabilidade da criança, do idoso, do doente e daqueles com necessidades especiais sob o fundamento de que “ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem (...)”¹²⁰. Cria-se, assim, uma

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 127.

¹¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

¹¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 188-189.

¹¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 193.

¹²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 97

escada de graduação da vulnerabilidade – presume-se a vulnerabilidade dos consumidores e reconhece-se situações de vulnerabilidade potencializada, especial ou agravada (hipervulnerabilidade)¹²¹. Os consumidores desfavorecidos são chamados de hipossuficientes e, a partir disso, cria-se uma graduação econômica da vulnerabilidade em direito material. Quando se está diante de um consumidor com alguns fatores diferenciados específicos que ampliam sua condição de vulnerável, reconhece-se, então, a sua hipervulnerabilidade¹²².

Verifica-se, portanto, que surge a necessidade de analisar concretamente a vulnerabilidade de cada indivíduo dentro de uma relação jurídica real para determinar de que forma ocorrerá a sua proteção. Claudia Lima Marques refere-se à graduação da vulnerabilidade da seguinte maneira:

Efetivamente, como ensina a doutrina francesa, a fraqueza ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados, doentes, mutuários do SFH, etc.) aos profissionais somente eventualmente vulneráveis, ante, por exemplo, a complexidade do bem ou serviço¹²³.

Essa necessidade protetiva em diferentes graus trazida pelo Direito do Consumidor está presente de forma nítida nas relações empregatícias. Conforme refere Leandro do Amaral Dorneles, “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”.

Em verdade, até pode-se dizer que o Direito do Trabalho já realiza, ainda que timidamente, alguma graduação da vulnerabilidade dos trabalhadores. O princípio protetivo prevê um padrão mínimo e básico de tutela do empregado, mas a legislação trabalhista confere às mulheres e aos menores¹²⁴, por exemplo, uma proteção maior por reconhecer que se tratam de categorias que demandam um olhar protetivo diferenciado. Sergio Martins Pinto salienta que o Direito Laboral tem uma característica protecionista em seu conjunto, com alguns tópicos que se realçam mais que outros, justamente como é a proteção destinada às mulheres e ao menor. Nesses casos o intervencionismo estatal é maior porque é de interesse do próprio Estado dar

¹²¹ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

¹²² BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 104-105.

¹²³ BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

¹²⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 81.

proteção ao trabalhador e permitir que ele efetivamente desfrute dessa proteção por ser a parte mais fraca da relação do contrato de trabalho¹²⁵.

De toda forma, o reconhecimento de diferentes níveis de vulnerabilidades nas relações juslaborais ainda é bastante limitado e pouquíssimo referido pela doutrina juslaboral. Sobre o tema, encontram-se poucas referências clássicas para além das considerações de Cesarino Júnior, José Martins Catharino e Leandro do Amaral Dorneles, sendo possível citar também o posicionamento de alguns autores modernos, como Carmem Camino e André Araújo Molina.

Em 1970 Cesarino Júnior, ao tratar do que ele chama de Teoria da Hipossuficiência, já apontava que existiriam os hipossuficientes absolutos e os hipossuficientes relativos, muito embora o Direito do Trabalho não reconheça tal distinção. O autor defende a ideia de que os hipossuficientes estão, em relação aos autossuficientes, em uma situação de hipossuficiência absoluta porque dependem do produto de seu trabalho para viver e sobreviver. Por outro lado, pode existir, também, uma situação de dependência relativa em uma relação de emprego vivenciada por um empregado autossuficiente em face de um empregador hipersuficiente, que está em uma posição econômica ainda superior. O Direito do Trabalho (na terminologia de Cesarino Júnior, o Direito Social) somente reconhece a hipossuficiência ou debilidade econômica absoluta do trabalhador, cuja definição se caracteriza pelo fato de o empregado depender do produto de seu trabalho para manter a si e à sua família. No caso excepcional do empregado que não depende de seu trabalho para sobreviver e possui outros meios que lhe asseguram a subsistência, haveria, então, hipossuficiência relativa, na qual analisa-se se esse sujeito se encontra em situação de dependência em relação a um proprietário economicamente mais forte do que ele (hipersuficiente) para definir se haverá incidência das normas laborais¹²⁶.

Similar ao pensamento de Cesarino, em 1972 José Martins Catharino já asseverava que a subordinação jurídica do empregado tem um “grau sumamente variado” e que existem hiperempregados, como os simples serventes, e os hipoempregados, como gerentes e superintendentes, que são quase empregadores, entre os quais há uma enorme distância¹²⁷. O autor identifica a existência de diferentes formas de subordinação dos empregados, não lhes atribuindo o mesmo grau subordinativo, o que, por consequência, poderia justificar diferentes graus protetivos.

¹²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 715.

¹²⁶ CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. I. p. 25-26.

¹²⁷ CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I.p. 257.

Modernamente, em sua tese de doutorado publicada no ano de 2011, Carmen Camino discute em que medida a autonomia da vontade deve ser protegida pelo Direito do Trabalho quando em face de “trabalhadores profundamente desiguais, diante do processo de hipertrofia de seu universo de proteção”, que acolhe os hipossuficientes “do chão de fábrica” e os profissionais com altos cargos igualmente, isto é, com a mesma condição de trabalhador subordinado¹²⁸. A autora reconhece a necessidade de que seja adotado um olhar diferenciado às vulnerabilidades específicas de cada trabalhador, deixando de lado o caráter homogêneo da tutela trabalhista, embora seu enfoque seja essencialmente na necessidade de garantir maior autonomia da vontade àqueles empregados em condições inferiores de vulnerabilidade, e não de realizar uma efetiva graduação que também permita aumentar a tutela daqueles com maiores necessidades.

Nesse mesmo sentido, André Araújo Molina menciona que o tema dos princípios trabalhistas ficou imune a críticas durante muito tempo, criando um dogma de princípios laborais absolutos, que jamais cedem em face de circunstâncias concretas¹²⁹. O autor parte da premissa de que, se o princípio protetivo busca igualar as condições de negociação entre empregado e empregador, quanto maiores as condições negociais do trabalhador, menor deve ser a intervenção estatal equiparatória. Ainda, refere que, em alguns casos, seria possível até mesmo afastar a proteção para prestigiar a liberdade contratual entre as partes¹³⁰. Tem-se, portanto, que assim como Carmen Camino, André Molina também atribui sua crítica à necessidade de flexibilização do princípio protetivo especialmente com o intuito de justificar a redução da proteção aos empregados, sem trazer a ideia de efetivamente graduar, tanto para menos quanto para mais, as específicas necessidades protetivas havidas na relação empregatícia.

Em análise ao pensamento adotado por estes quatro autores, vislumbra-se que o Direito do Trabalho ainda não foi capaz de consolidar uma efetiva abordagem de graduação da vulnerabilidade dos trabalhadores para determinar a incidência das normas laborais protetivas, embora sempre tenha apresentado evidências de que isso seria necessário. A ideia de vulnerabilidade sempre teve alguma dificuldade de ser reconhecida no âmbito laboral, seja porque a teoria geral do Direito do Trabalho já consolidou suas noções clássicas de

¹²⁸ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 82.

¹²⁹ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-161.

¹³⁰ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 231.

hipossuficiência, dependência e subordinação para explicar as assimetrias das relações laborais; seja porque há uma resistência institucional dentro da disciplina com relação ao diálogo com institutos do Direito Privado, tais como a Teoria das Vulnerabilidades. A tendência atual, porém, tem se mostrado mais aberta ao reconhecimento de que a hipossuficiência não mais é suficiente para explicar as diferenças havidas no complexo e heterogêneo mundo laboral e, também, à aceitação de institutos jurídicos civilistas aplicáveis ao Direito do Trabalho diante das mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017¹³¹.

Ao aceitar o conceito de vulnerabilidade e toda a sua amplitude, o Direito do Trabalho terá de admitir que:

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, apresenta-se de forma minimizada ou mesmo maximizada (maior ou menor poder negocial do trabalhador, maior ou menor dependência econômica do empregado etc.), dando maleabilidade à definição de vulnerabilidade e, conseqüentemente, à real demanda protetiva¹³².

A vulnerabilidade não pode ser entendida como algo estático ou homogêneo, sendo necessário reconhecer que existem diferentes graus de vulnerabilidade. A proteção clássica do Direito do Trabalho é fundada em uma relação de emprego predominante e padronizada, nos exatos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT, contudo esse padrão de emprego há muito se modificou (e continua em constante modificação), na medida em que a sociedade evolui e a globalização traz novos modelos de emprego diversos das formas clássicas de trabalho. Face a isso, nem sempre é possível identificar um padrão único de vulnerabilidades e uma demanda protetiva uniforme entre todos os empregados¹³³, fato que demanda, do Direito Laboral, um novo olhar sobre as formas de vulnerabilidade de cada empregado dentro das relações empregatícias para que se garanta, assim, a efetividade do tão caro princípio da proteção.

3.3. UM NOVO OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO: A GRADUAÇÃO DA VULNERABILIDADE

¹³¹ STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 69.

¹³² OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 80.

¹³³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 80-83.

O Direito do Trabalho é pautado em uma hipossuficiência essencialmente homogênea do trabalhador, sendo de pouca relevância as diferentes peculiaridades do empregado dentro de cada relação de emprego. As relações empregatícias modificaram-se e ganharam complexidade diante do avanço das tecnologias e modernização do modelo capitalista de trabalho, sendo, portanto, necessário adequar os princípios trabalhistas, especialmente o princípio da proteção, às diferentes e peculiares realidades juslaborais que estão postas na sociedade moderna.

Conforme explanou-se no ponto 3.2, a qualificação e graduação da vulnerabilidade do trabalhador é um tema extremamente tímido e pouco discutido no Direito Laboral, entretanto é imprescindível que se reconheça que “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”¹³⁴. Como refere Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, a hipossuficiência econômica possui graus de proteção conforme os graus de fragilidade dos sujeitos, o que justifica o tratamento jurídico diferenciado conferido, por exemplo, aos jovens, mulheres e micro e pequenas empresas¹³⁵.

Existem basicamente dois estágios de proteção aos mais fracos no Direito Brasileiro: o primeiro tem relação com o combate à discriminação dos diferentes por meio da proteção, na medida em que a igualdade somente é atingida quando se proporciona uma proteção especial ou qualificada aos fracos. Contudo, esse estágio protetivo pode acarretar na exclusão dos diferentes e pode tornar-se um instrumento de acentuação das vulnerabilidades. Efetivamente, muitas vezes, para conferir proteção a determinado grupo, “é realmente necessário distinguir, reconhecendo a existência da fraqueza ou de uma vulnerabilidade estrutural ou funcional, é necessário diferenciar e assegurar direitos especiais ao vulnerável: mister tratar de forma especial o mais fraco”. Esse tratamento diferenciado, porém, pode ocasionar efeitos segregatórios. Diante disso, chega-se ao segundo estágio de proteção dos vulneráveis: o de protegê-los respeitando suas diferenças, sem discriminação. Criam-se condições de igualdade sem retirar acesso ou capacidades dos indivíduos, mas garantindo condições de convivência e atuação aos mais fracos. É dessa maneira que o Direito passa a conviver e valorizar as especificidades de cada grupo de vulneráveis e desenvolve instrumentos para compensar as

¹³⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 96.

¹³⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de. COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

desigualdades, sem excluir, vitimizar ou acabar com as diferenças, porque “estas identificam os indivíduos de nossa sociedade”¹³⁶.

Propõe-se, então, que o Direito do Trabalho construa um novo olhar sobre a vulnerabilidade dos trabalhadores por meio de uma graduação da vulnerabilidade sob os fundamentos da Teoria das Vulnerabilidades adotada pelo Direito do Consumidor.

A questão que surge é: como essa graduação pode ser realizada na prática trabalhista? Para tanto, é necessário que se admita, primeiramente, a existência de empregados hipervulneráveis como aqueles que reúnem um conjunto de vulnerabilidades mais acentuado; de empregados integralmente vulneráveis como aqueles que possuem todas as vulnerabilidades comumente reconhecidas pelo Direito Laboral; e de empregados parcialmente vulneráveis como aqueles possuem apenas algumas vulnerabilidades, e não todas¹³⁷.

Reconhecidas tais categorias de empregados detentoras de graus diversos de vulnerabilidade, é importante compreender, em seguida, que essa vulnerabilidade não se apresenta isoladamente, e sim dentro de uma relação jurídica – a relação de emprego, na qual as partes encontram-se em posições desiguais. Isoladamente, o empregado é presumidamente vulnerável, conforme previsão contida na CLT, contudo “o desdobramento desta presunção pode ter maior ou menor repercussão quando se analisa *o empregado em relação ao seu empregador*”. Isso significa que, valendo-se da presunção de vulnerabilidade do empregado e da necessidade de tutela-lo à luz do princípio da proteção, é necessário verificar, na relação empregatícia em concreto, qual é o grau de vulnerabilidade daquele trabalhador em específico – é o grau padrão ou é um grau maior ou menor?

À esta análise, Leandro do Amaral Dorneles dá o nome de “análise relacional da vulnerabilidade”, por meio da qual estabelece-se um padrão de vulnerabilidade em abstrato, tendo como referência a relação de emprego típica e, a esse padrão, cabe a incidência protetiva plena. Porém, em face de relações que fogem do modelo clássico, é possível e necessário graduar a aplicabilidade dos postulados protetivos conforme as vulnerabilidades se acentuem ou se atenuem em cada relação empregatícia, de modo que essas relações que fogem do padrão clássico estabelecido pelo Direito do Trabalho também serão adequadamente abrangidas pelo princípio protetivo na exata medida em que a proteção lhes for necessária.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 109-113.

¹³⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 96.

Essa análise relacional pode ser realizada *a priori* pelo legislador ou *a posteriori* pelo julgador diante de cada caso em concreto¹³⁸ da seguinte maneira:

Tomando-se como referência, por abstração, o empregado típico “médio”, cujo labor se caracteriza pela presença de todas as vulnerabilidades referidas e, conseqüentemente, pela incidência protetiva pela, seria possível, por comparação, graduar o nível de proteção aplicável, seja em relação a um mesmo grupo de trabalhadores (*análise relacional interna ou intra-classe vertical*), seja em relação a grupos distintos de trabalhadores (*análise relacional interna ou intra-classe horizontal*), seja em relação ao tomador de serviços (*análise relacional externa ou extra-classe*).¹³⁹

Com as diversificações das relações e demandas sociais, surgem diversos novos grupos sociais que demandam um atendimento específico por meio de uma legislação protetiva diferenciada pautada na proteção das vulnerabilidades desses indivíduos na medida de suas vulnerabilidades, o que pode ser atingido através dessa análise relacional da vulnerabilidade. Como a “medida da força protetora desse direito não poderá ser a mesma para trabalhadores que dela necessitam de forma tão diferenciada”¹⁴⁰, cabe ao Direito do Trabalho, cujo conjunto de normas visa à proteção dos economicamente débeis através de regras que buscam estabelecer o equilíbrio social pela proteção aos economicamente fracos¹⁴¹, reconhecer as especificidades dos indivíduos trabalhadores para garantir a efetividade do princípio protetivo, sob pena de que a igualdade substancial jamais seja atingida.

O Direito Laboral possui como fim imediato a proteção aos fracos (hipossuficientes), e é através dessa proteção que o Estado busca assegurar a paz social, o interesse geral e o bem comum. As normas sociais trabalhistas são de ordem pública e foram instituídas em benefício dos hipossuficientes, logo estes não podem renunciá-las¹⁴². Esse novo olhar para a vulnerabilidade do empregado não pretende de forma alguma excluir a presunção de hipossuficiência do empregado tida como o centro do fundamento do princípio da proteção ao trabalhador, até mesmo porque o princípio protetivo é o mais importante e fundamental para a construção e interpretação do Direito do Trabalho, sendo a raiz sociológica de sua existência¹⁴³ e a presumida hipossuficiência do empregado atrelada ao reconhecimento das diferenças

¹³⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 81.

¹³⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 81-82.

¹⁴⁰ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 89.

¹⁴¹ CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. I. p. 19.

¹⁴² CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. I. p. 26-27.

¹⁴³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.116-117.

sociais, econômicas e políticas básicas entre os sujeitos da relação de emprego¹⁴⁴. O que se busca é garantir a concretização do princípio protetivo e a sua efetividade em todas as relações empregatícias do mundo do trabalho moderno. Conforme leciona Vólia Bomfim Cassar, “a cada momento, o Direito do Trabalho tem que se transformar para se adaptar às realidades econômicas e sociais da época, sem esquecer a figura do trabalhador que deve ser protegida. Este é o seu caráter transformador”¹⁴⁵.

Em assim sendo, aplicando a Teoria das Vulnerabilidades à disciplina juslaboral, o empregado do chão de fábrica continuará inegavelmente vulnerável sob todos os pontos de vista da vulnerabilidade, todavia manter essa 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”¹⁴⁶. O ideal, então, é adotar a amplitude do conceito de vulnerabilidade e aplica-lo às relações laborais porque:

A ideia de vulnerabilidade como fundamento do direito do trabalho tem por intuito aproximar a operabilidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam em um novo mundo do trabalho, reconciliando (ou impedindo o divórcio entre) a instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda inegavelmente calcadas na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas de base¹⁴⁷.

Claudia Lima Marques propõe a superação do formalismo e da visão mecânica da igualdade para que se adote uma visão mais fluída e momentânea das fragilidades dos indivíduos. O direito e as normas jurídicas são instrumentos que determinam a realidade social conforme os objetivos de cada sociedade. São verdadeiros mecanismos de justiça e inclusão social, bem como de proteção dos grupos sociais¹⁴⁸ que necessitam de uma tutela mais efetiva, motivo pelo qual o reconhecimento da condição específica de cada indivíduo em uma relação jurídica, tal como propõe a Teoria das Vulnerabilidades, é essencial à garantia de uma efetiva e justa proteção de acordo com as necessidades de cada parte. Conciliar este ideal de proteção “que reconheça a diferença e a vulnerabilidade e combata a discriminação negativa, sem exclusão social, é sem dúvida difícil, mas a evolução do direito privado brasileiro desde a edição

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 211.

¹⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 7.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 96.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 83.

¹⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 195-199.

da Constituição Federal de 1988 nos anima”¹⁴⁹, e pode (e deve) ser adotado também pelo Direito Laboral.

Posto isso, enfim, é necessário refletir que o Direito do Trabalho do futuro demanda o reconhecimento de que os sujeitos da relação empregatícia são multiformes em razão da complexidade social pós-moderna. A consequência do reconhecimento dessa multiplicidade de trabalhadores é o abandono do modelo estático de trabalho da CLT e a adoção de modelos flexíveis e adaptáveis, com a convocação dos atores sociais ao debate legitimador das condições contratuais de cada espécie de trabalho¹⁵⁰, permitindo, assim, a concretização da razão de ser desse ramo jurídico: a proteção do trabalhador.

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 113.

¹⁵⁰ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237.

4 A TEORIA DAS VULNERABILIDADES NA PRÁTICA: UM OLHAR A PARTIR DA SITUAÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE

Neste último capítulo, pretende-se demonstrar a aplicabilidade prática da Teoria das Vulnerabilidades ao Direito do Trabalho por meio de um novo olhar acerca da hipervulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes. Ao partir da premissa de que é necessário realizar a graduação da vulnerabilidade dos empregados diante de suas especificidades e particularidades nas relações empregatícias, demonstrar-se-á que, dada à sua condição de migrante, o trabalhador estrangeiro encontra-se em uma situação de maior vulnerabilidade na relação de emprego, sendo, portanto, não apenas vulnerável, mas sim “hipervulnerável” em relação ao empregador. Assim, primeiramente serão abordados os motivos pelos quais os imigrantes encontram-se em situações de maior vulnerabilidade do que os nacionais no mundo do trabalho e, em seguida, será demonstrada a aplicabilidade da Teoria das Vulnerabilidades, pelo Direito do Trabalho, a esses indivíduos. Por fim, serão brevemente apontadas algumas alternativas para minimizar a situação de hipervulnerabilidade do trabalhador imigrante e garantir, assim, a efetividade de sua proteção nas relações empregatícias.

4.1. A CONDIÇÃO DE (HIPER)VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE NO MUNDO DO TRABALHO

Para entender os motivos pelos quais podemos considerar, em regra, o trabalhador imigrante hipervulnerável, é preciso, primeiramente, compreender o conceito de (i)migrante e o contexto dos fluxos migratórios atuais. Essa é uma matéria dotada de alta complexidade jurídica, sociológica e filosófica, que envolve uma infinidade de discussões que, infelizmente, não poderão ser abordadas nesta monografia. O objetivo central deste trabalho é defender a necessidade de graduação da vulnerabilidade dos trabalhadores nas relações empregatícias, sendo o tema dos trabalhadores imigrantes o escolhido como exemplo prático da aplicabilidade dessa proposta, uma vez que, dados aos intensos fluxos migratórios modernos, essa é uma questão bastante atual e de enorme relevância para a comunidade nacional e internacional.

No último Relatório sobre Migração Mundial publicado pela Organização Internacional para as Migrações no ano de 2018, estimou-se que, até 2015, existiam cerca de 244 milhões de migrantes no mundo, isto é, 1 em cada 30 pessoas no planeta é migrante. A grande maioria desses indivíduos são migrantes trabalhadores, os quais, segundo estudo realizado no ano de 2013, correspondiam a mais de 70% do total de migrantes ao redor do

mundo. Ainda, é de se frisar que o contingente de pessoas que fogem de seus países por conta da violência e de conflitos tem aumentado consideravelmente, assim como o número de refugiados, principalmente em países da Europa¹⁵¹.

A migração sempre existiu, desde o início da história da humanidade, contudo a globalização do século XXI aumentou os contingentes migratórios em todo o planeta, de modo que não há país algum que não enfrente as complexidades relativas a existência de trabalhadores migrantes em seus territórios. Os fluxos migratórios internacionais têm causas diversas, contudo, na maioria das vezes, guardam relação com a pobreza e a incapacidade das pessoas de gerar renda suficiente para o sustento próprio e de suas famílias. Guerras, insegurança e perseguições discriminatórias de todas as naturezas também levam os indivíduos a migrarem¹⁵² em busca de novos horizontes.

Nesse sentido, Rafael Köche refere que a crise migratória do século XXI se deve a inúmeros fatores, mas o principal é a pobreza, uma vez que “a desigualdade radical, a seca, a fome, a má distribuição de recursos, a concentração de renda fomentada por regimes autoritários são indutores das migrações em larga escala”. É evidente que nenhum indivíduo arriscaria sua vida e aceitaria vivenciar situações tão degradantes se tivesse perspectiva de melhorar sua vida em seu próprio país. Há uma correlação entre os fluxos migratórios e a situação econômica dos países de origem e destino referente à implementação de capacidades de agir, isto é, à capacidade dos países de satisfação mínima das suas capacidades elementares de seu povo.

Outro fator problemático é que os países que recebem os migrantes criam pesadas barreiras político-jurídicas para impedir o acesso desses indivíduos em seus territórios e, quando os recebem, dificultam o acesso a direitos fundamentais amplamente conferidos aos nacionais. Países em ascensão econômica aceitam mais facilmente os migrantes porque os veem como mão de obra barata a ser prontamente explorada, entretanto, quando a economia deixa de ascender, esses mesmos indivíduos são excluídos da sociedade e sofrem ainda mais com ataques discriminatórios e xenófobos¹⁵³.

¹⁵¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration Report 2018**. Geneva: International Organization for Migration, 2018. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf>. Acesso em 15 out. 2018. p 13-41.

¹⁵² CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155-156.

¹⁵³ KÖCHE, Rafael. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de. SANTORO, Emilio. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 37-38.

Inferese, assim, que as migrações estão associadas majoritariamente à desigualdade, à falta de equidade nas relações econômicas internacionais, à falta de oportunidades e de melhores condições de vida e à pobreza existentes nos países subdesenvolvidos. Todos esses fatores, conjugados a crises econômicas e sociais, contribuem para os movimentos migratórios no mundo todo. A migração nada mais é do que o reflexo de processos econômicos, políticos e sociais complexos¹⁵⁴ que colocam os indivíduos em condições de alta vulnerabilidade e fragilidade.

Face a esse panorama, antes de adentrar no mérito das diversas razões pelas quais os trabalhadores migrantes encontram-se em situações de hipervulnerabilidade nas relações laborais havidas nos países de acolhida, é preciso compreender o que significa, de fato, ser um migrante.

Pela definição do dicionário Michaelis, migrante é “que ou aquele que migra”¹⁵⁵ e migração é a “movimentação de um povo, ou de um grande número de pessoas, para um país diferente, ou a uma região diferente dentro desse mesmo país, geralmente motivada por razões políticas ou econômicas; inclui a imigração (movimento de entrada) e a emigração (movimento de saída)”¹⁵⁶.

Depreende-se, assim, que todo migrante é, simultaneamente, um emigrante e um imigrante. A migração refere-se a esse movimento de ingresso do indivíduo em um país estrangeiro e da saída de seu país de origem, que o coloca em uma realidade de alta complexidade¹⁵⁷.

Genericamente, o trabalhador migrante internacional é aquele que trabalha em um país diverso do país de seu nascimento. Evoluindo tal conceituação, a Convenção Internacional da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990, não ratificada pelo Brasil, definiu, em seu artigo 2º, que “a expressão “trabalhador migrante” designa a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional” e também incorporou outras diversas modalidades de trabalhadores, ampliando, assim, os direitos reconhecidos àqueles que migram

¹⁵⁴ VICHICH, Nora Pérez. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 109.

¹⁵⁵ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/migrante/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁵⁶ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/migra%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁵⁷ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 26.

e trabalham em situação irregular. Essa Convenção é de extrema importância porque é fundada em princípios básicos de não discriminação, universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos; e, assim, contribui para garantir uma inserção menos vulnerável dos imigrantes nas sociedades de destino¹⁵⁸.

Há diferentes motivos que levam alguém a migrar e é a partir da natureza desses diferentes fatores que a migração deve ser analisada. Simplificadamente, existem movimentos de migração espontânea, relativos a migrações de indivíduos que deixam seus países de origem sem influência ou ajuda externa, por iniciativa própria, em geral por motivos econômicos; e movimentos de migração forçada, caracterizados por elementos de coação, normalmente relacionados à integridade física dos migrantes, como é o caso dos refugiados e daqueles que fogem devido a desastres naturais, por exemplo. Essa distinção é bastante complexa, na medida em que as migrações espontâneas, também chamadas de econômicas, são dotadas de uma violência simbólica operada pela desigualdade que corrompe a voluntariedade do ato de migrar, que acaba, em verdade, não sendo verdadeiramente espontâneo¹⁵⁹.

Segundo Accioly, diante da existência de pessoas migrantes por qualquer que seja o motivo da migração, o “Estado que acolhe estrangeiros em seu território deve reconhecer-lhes certos direitos e exigir deles algumas obrigações”. Essa obrigação estatal decorre da condição do próprio Estado de membro da comunidade internacional e da interdependência e solidariedade que devem existir entre todas as nações do planeta. Não se pode esquecer, porém, que os estrangeiros também têm uma existência própria, são humanos, e, portanto, também são sujeitos de direitos, logo o Estado deve regular a condição desses estrangeiros sem distinção de nacionalidades, protegendo-os e reconhecendo-lhes igualmente um mínimo de direitos admitidos pelo Direito Internacional¹⁶⁰.

Trazidas essas ponderações iniciais sobre a migração, fica evidente que o movimento migratório é extremamente complexo e possui diversas facetas que podem (e devem) ser amplamente estudadas e aprofundadas. O presente trabalho, porém, busca apenas evidenciar, de forma breve, que essas pessoas migrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade

¹⁵⁸ VICHICH, Nora Pérez. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 108.

¹⁵⁹ KÖCHE, Rafael. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de. SANTORO, Emilio. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 27-29.

¹⁶⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956. p. 412-413.

exacerbada em comparação aos nacionais em inúmeros contextos, sobretudo no contexto das relações laborais.

É necessário reconhecer e aceitar o fato de que o imigrante se encontra muitas vezes em uma situação de vulnerabilidade à exploração de outrem, especialmente do empregador dentro das relações empregatícias. Ainda que o contexto socioeconômico de seu país de origem seja desfavorável, a situação no país de acolhida é de uma vulnerabilidade ainda maior que favorece sua submissão à exploração laboral e ao trabalho escravo¹⁶¹, por exemplo. Marcelo Colombo refere, ainda, que:

A circunstância intrínseca à migração, consistente no deslocamento do indivíduo do seu local de origem, leva-o a uma condição de risco, uma vez que não conhece os mecanismos que lhe possibilitem sair de uma situação de abuso. Como agravante da vulnerabilidade, tem-se que a situação de pobreza, um fator estrutural que coloca os cidadãos em patamares desiguais, e também a questão de gênero, visto que as mulheres são afetadas de forma mais dramática¹⁶².

É comum falar em vulnerabilidade como o elemento que caracteriza aqueles que estão em um contexto migratório. Carmem Lussi e Roberto Marinuci propõem uma compreensão do tema de modo que a vulnerabilidade não se refira à pessoa do migrante, e sim à situação em que aquela pessoa se encontra no ato migratório, motivo pelo qual o adequado seria referir-se a “migrantes em situação de vulnerabilidade” e não à “vulnerabilidade dos migrantes”. A vulnerabilidade não é inerente à pessoa migrante, e sim à situação em que ela se encontra na sociedade estrangeira¹⁶³.

Tal interpretação vai ao encontro daquela adotada por Claudia Lima Marques, defendida por Leandro do Amaral Dorneles e amplamente exposta no capítulo anterior no sentido de que o conceito de vulnerabilidade é amplo e relativo ao estado da pessoa, podendo ser uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece aquele indivíduo e desequilibra relações jurídicas¹⁶⁴. Assim, verifica-se que:

¹⁶¹ COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 92.

¹⁶² COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 92.

¹⁶³ LUSSI, Carmem. MARINUCCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 2.

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 117.

Aplicando essas definições à questão migratória, pode-se inferir que o migrante é mais vulnerável enquanto tem mais probabilidade de ser “ferido” em suas dimensões constitutivas no ato de migrar ou a causa de sua condição de i-migrante em uma realidade que ainda não conhece suficientemente e na qual ainda tem escassas relações pessoais, sociais e trabalhistas. Tal situação o deixa com limitações a respeito das efetivas possibilidades de reação e autonomia no desenrolar de suas estratégias de articulação, inserção e até sobrevivência na nova realidade¹⁶⁵.

Em geral os migrantes encontram-se em situações de vulnerabilidade com relação aos seus direitos fundamentais por não possuírem os mesmos poderes que os não imigrantes. Essa situação de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e histórica em cada país que pode se expressar de formas diferentes, mas que sempre é mantida pelas discriminações feitas pelas próprias leis entre nacionais e não nacionais e mais ainda pelas desigualdades estruturais havidas na sociedade, criando barreiras e dificuldades ao acesso, pelos imigrantes, aos recursos necessários para sua sobrevivência¹⁶⁶.

Mas por que podemos chamar o imigrante de hipervulnerável no mundo do trabalho? Lucci e Marinuci apontam nove diferentes situações de vulnerabilidade mais frequentes enfrentadas pelas pessoas migrantes em geral, sendo elas a documentação; as violações durante as travessias; as condições infra-humanas no lugar de destino; a presença de dependentes econômicos na própria terra; o limitado acesso a serviços sociais básicos; as saudades e perda de referenciais identitários; os estranhamentos linguístico, cultural e religioso; a xenofobia; e a indiferença do Estado e da sociedade civil do país de origem. Todos esses são fatores intrinsecamente relacionados e influenciam sobremaneira as condições de trabalho às quais o imigrante é exposto.

Muitos migrantes são colocados em situações de extrema vulnerabilidade desde o momento de sua entrada no país estrangeiro. A entrada e travessia irregulares são precárias e perigosas – é só lembrarmos das dramáticas tentativas de ingresso de migrantes nos Estados Unidos pela fronteira com o México e na Europa pelo Mar Mediterrâneo – e isso abala a saúde psicofísica desses indivíduos e, também, os coloca sob vários riscos, como o de sofrerem sequestros por redes de tráfico de pessoas, por exemplo.

Arelada à entrada irregular, está, também, a questão da documentação. A obtenção dos documentos necessários para o exercício pleno de todos os direitos e serviços de cidadania garantidos aos indivíduos é um processo desgastante e demorado, motivo pelo qual muitos

¹⁶⁵ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 2.

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003. p. 101.

migrantes permanecem em condições irregulares nos países para onde migram. A vulnerabilidade desses estrangeiros é, portanto, agravada pela condição de irregularidade, principalmente na seara trabalhista, na medida em que acabam submetidos a diversas violações de seus direitos trabalhistas mais básicos, como o salário mínimo, férias, décimo terceiro salário, licença maternidade, etc. Ainda, a ausência de documentação regular pode contribuir, também, para a maior vulnerabilidade dos migrantes a trabalhos insalubres e perigosos ou até ao labor em condições análogas à escravidão, tendo em vista que esses trabalhadores irregulares, sem alternativas, são obrigados a aceitar condições de trabalho abusivas e extremas¹⁶⁷.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a desigualdade de condições entre o empregador e o imigrante indocumentado é maior do que em outras relações laborais justamente em virtude dessa condição de irregularidade. Esses indivíduos possuem condições econômicas extremamente precárias que os levam a aceitar condições de trabalho inferiores àquelas aceitas por quem encontra-se regular no país¹⁶⁸. Nos Estados Unidos, por exemplo, estudo realizado pela Universidade de Yale estimou que existem cerca de 22 milhões de imigrantes indocumentados no país¹⁶⁹, o que demonstra que a questão da precariedade e vulnerabilidade nas relações empregatícias é de extrema relevância, uma vez que são muitas as pessoas indocumentadas que se encontram altamente sujeitas à exploração laboral.

Os estrangeiros em geral possuem, assim, um elevado risco de sofrerem abusos por partes dos empregadores, porque vêm de outros países em busca de melhores condições de vida e melhoria de sua condição pessoal, mas estão profundamente fragilizados. Na Argentina, por exemplo, constatou-se que 90% das vítimas de trabalho escravo são migrantes “que se encontram em uma situação de alto grau de vulnerabilidade, devido às desigualdades estruturais históricas, que as colocam numa posição de desvantagem em comparação aos demais cidadãos”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 4-6.

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Judicial Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003. p. 63.

¹⁶⁹ FAZEL-ZARANDI, Mohammad. FEINSTEIN, Jonathan S. KAPLAN, Edward H. **Yale Study Finds Twice as Many Undocumented Immigrants as Previous Estimates**. Disponível em: <<https://insights.som.yale.edu/insights/yale-study-finds-twice-as-many-undocumented-immigrants-as-previous-estimates>>. Acesso em 17 out. 2018.

¹⁷⁰ COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 92.

Da mesma maneira, esses indivíduos estão mais expostos ao tráfico de pessoas do que os nacionais. Como aponta o Professor David Sánchez Rubio, a Anti-Slavery International¹⁷¹ constatou que a imensa maioria das vítimas de tráfico são trabalhadores migrantes que buscam emprego para fugir da pobreza e melhorar suas condições de vida, fato que também está ligado à ausência de oportunidades de empregos regulares e à simples busca pela sobrevivência¹⁷².

Essa sujeição a todo e qualquer tipo de trabalho e em quaisquer condições, inclusive em condições de escravidão e de tráfico humano, pode ser explicada diante da necessidade que os imigrantes têm de manter seus postos de trabalho, indispensáveis à sua subsistência e por vezes à de familiares, muitos desses que permaneceram no país de origem¹⁷³. Isso agrava sua situação de vulnerabilidade, porque, quando os imigrantes possuem dependentes econômicos em suas terras originárias e precisam garantir a sobrevivência desses familiares, aceitam mais facilmente sujeitar-se a condições extremas e desumanas de trabalho e moradia¹⁷⁴.

A situação de vulnerabilidade é ainda mais acentuada com relação às mulheres migrantes, expostas a contextos migratórios marcados por ideologias machistas e patriarcais. Muitas das mulheres migrantes são obrigadas a realizar trabalhos domésticos sem a garantia de direitos trabalhistas mínimos ou acabam vítimas de tráfico para fins de exploração sexual, principalmente no Brasil, um dos principais países com uma das maiores redes de tráfico de pessoas no mundo. Ademais, a mulher migrante mãe experimenta uma realidade de vulnerabilidade ainda maior, na medida em que, quando tem seus filhos no exterior, vivencia uma experiência tão importante longe de seus familiares e de sua cultura; e, quando é obrigada a abandonar seus filhos no país de origem, vê negado o seu direito de ser mãe¹⁷⁵.

No que diz respeito às condições dos migrantes no lugar de destino, tem-se que, quando inexitem redes sociais e familiares de apoio a essas pessoas, a situação de vulnerabilidade desses indivíduos aumenta e torna-se ainda mais complexa. A busca por melhores condições

¹⁷¹ Organização não governamental de direitos humanos mais antiga do mundo que, desde 1839, busca combater a escravidão ao redor do planeta. Para mais informações: <<https://www.antislavery.org/>>.

¹⁷² RUBIO, David Sánchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidade y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 134.

¹⁷³ CARDOSO, Maria José. Os trabalhadores imigrantes e os riscos associados ao trabalho. In: **Migrações e mercado de trabalho**. Observatório Da Imigração – ACIDI, Lisboa, n. 2, 2008. Disponível em: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/migracoes2_completo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 203.

¹⁷⁴ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 6.

¹⁷⁵ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 13-14.

para viver é um processo que envolve uma redução na escala social dos migrantes, que, em várias das vezes, são submetidos à miséria e a violações de dignidade humana, inclusive no âmbito trabalhista¹⁷⁶.

Como o mundo do trabalho define o migrante como um trabalhador temporário, já que, terminada sua “missão laboral”, o indivíduo deveria retornar ao seu país de origem, os empregadores tendem a reduzir seus empregados imigrantes à meras forças de trabalho, não os reconhecendo como verdadeiros sujeitos de direitos. Desta forma, as condições trabalho impostas pelos países de destino tornam especialmente difícil para os migrantes encontrarem empregos formais, sendo eles obrigados a aceitar trabalhos informais extremamente precários. Tomando como exemplo migrantes haitianos em Manaus, verifica-se que, pelo fato de virem de uma economia informal, parte desses haitianos tem dificuldade em se adaptar à legislação trabalhista brasileira e decepcionam-se com os baixos salários ofertados ou com os atrasos no pagamento, abandonando seus empregos. Isso tem contribuído para criar uma resistência dos empregadores à contratação de novos haitianos¹⁷⁷, tornando-os, assim, ainda mais suscetíveis à informalidade e à precariedade laboral.

Ainda, o baixo ou mesmo inexistente poder reivindicativo torna os imigrantes uma mão-de-obra bastante procurada e excessivamente vulnerável aos riscos laborais. A situação de ilegalidade no país de acolhimento potencializa a vulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes em todas as esferas, mas também existem outros fatores que contribuem para tanto, tais como a inexistência de informação sobre questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho e a exposição a riscos profissionais sem condições físicas e psicológicas para enfrenta-los¹⁷⁸.

Outra dificuldade dos migrantes é com relação à sua qualificação – muitos não possuem a qualificação necessária para realizar os trabalhos oferecidos, o que lhes obriga a aceitar empregos muito aquém de suas qualificações em razão da urgência que a situação migratória enseja¹⁷⁹. Ao ser compelido a aceitar quaisquer espécies de trabalho, o migrante

¹⁷⁶ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 6.

¹⁷⁷ SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 165-167.

¹⁷⁸ CARDOSO, Maria José. Os trabalhadores imigrantes e os riscos associados ao trabalho. In: **Migrações e mercado de trabalho**. Observatório Da Imigração – ACIDI, Lisboa, n. 2, 2008. Disponível em: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/migracoes2_completo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 203-204.

¹⁷⁹ SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 169.

encontra-se em uma posição de vulnerabilidade mais acentuada do que o trabalhador nacional, que, simplesmente por não ser estrangeiro, consegue, mais facilmente, inserir-se em um mundo de trabalho à altura de suas qualificações. Ademais, há uma preponderância de políticas migratórias modeladas segundo interesses econômicos que privilegiam o ingresso de migrantes qualificados em detrimento de migrantes sem qualificação ou de baixa escolaridade¹⁸⁰, criando, assim, mais barreiras para o acesso ao trabalho formal e digno.

Outra situação de vulnerabilidade que cabe explicitar é a falta de informação dos estrangeiros, que os impede de usufruir dos serviços sociais oferecidos pelo Estado, sobretudo no que diz respeito à saúde e à educação¹⁸¹. Apesar de muitos migrantes estarem até mesmo regulares e documentados no país e terem os mesmos direitos que um trabalhador brasileiro, a sua condição de vulnerabilidade lhes sujeita a uma maior possibilidade de violações de direitos em razão do desconhecimento da lei, bem como dos instrumentos de defesa disponíveis¹⁸². A posição dos estrangeiros na sociedade torna-se, assim, ainda mais complicada, uma vez que o desconhecimento e a falta de informação tornam o acesso ao serviço público e à proteção do Estado ainda mais limitado. Como o migrante que já se encontra naturalmente em uma posição de vulnerabilidade em face de seu empregador vai questionar seu salário, por exemplo, se sequer sabe quais são as suas garantias mínimas?

Além de todas as já referidas vulnerabilidades inerentes à situação de migrante, esses indivíduos sofrem também com discriminações que os colocam na periferia da sociedade. Embora o Brasil não seja considerado um país xenófobo, há diferenciações claras no tratamento de estrangeiros oriundos da Europa e estrangeiros oriundos da América Latina ou da África, uma vez que a xenofobia se torna mais forte em relação a estes e acarreta em discriminações no trabalho, nos relacionamentos humanos e nas possibilidades de acesso a direitos¹⁸³.

É o que tem acontecido, por exemplo, com o grande contingente de venezuelanos que tem ingressado no Brasil em busca de melhores condições de vida, mas que vem sofrendo

¹⁸⁰ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 187.

¹⁸¹ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 7.

¹⁸² SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 168.

¹⁸³ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 8.

discriminações de cunho xenofóbico e racista por nacionais que os culpam pela insuficiência de recursos na educação, saúde e segurança nas cidades fronteiriças¹⁸⁴.

Esse preconceito aos migrantes é um fator que contribui significativamente para a manutenção de sua condição de vulnerabilidade social, na medida em que:

Prevalece ainda, sobretudo em contextos urbanos, o estereótipo que os migrantes são os causadores das situações de mal-estar social e emergências urbanas, nos serviços de base e na segurança, em particular (...). De fato, a exclusão dos migrantes da lista dos destinatários previstos e/ou admitidos nas políticas públicas é uma das questões que mais gera vulnerabilidade ligada ao fato migratório, com o risco de considerar as pessoas e os grupos que compõem os fluxos de população como problemas e não pelo que são realmente, isto é, atores sociais. Os migrantes muitas vezes são considerados e, portanto, tratados como obstáculos ao bem-estar da população nascida no lugar ou simplesmente habitante há mais tempo, ao invés de ser-lhes reconhecido e favorecido e exercício da cidadania¹⁸⁵.

Preconceitos culturais e étnicos relacionados aos imigrantes alimentam a situação de vulnerabilidade desses indivíduos e dificultam a integração dessas pessoas à sociedade, contribuindo para que seus direitos sejam violados sem qualquer punição¹⁸⁶. Segundo a Doutora e Procuradora do Trabalho Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, os imigrantes carregam um estigma da condição de estrangeiro e, por isso, acabam sendo os primeiros a serem perseguidos e discriminados quando as condições sociais e econômicas do país estão escassas, principalmente no mundo do trabalho e no acesso a bens, direitos e prestações sociais. Em tempos de recessão econômica todos sofrem, mas os imigrantes sofrem ainda mais, motivo pelo qual os debates sobre um modelo legal de imigração devem se intensificar, mostrando-se necessário velar para que os valores dos direitos humanos e o princípio da não discriminação no trabalho dos imigrantes sejam constantemente reafirmados na sociedade¹⁸⁷.

Diante de todos os fatores aqui expostos, torna-se evidente que o trabalhador migrante, pura e simplesmente em decorrência de sua condição de migrante, encontra-se, em regra, em uma posição de vulnerabilidade significativamente superior àquela vivenciada por um trabalhador nacional. Se o Direito do Trabalho parte da premissa de que, na relação de emprego,

¹⁸⁴ PEREIRA, André Paulo dos Santos. **A imigração venezuelana para o Brasil e o desafio do combate à xenofobia**. In: Revista Consultor Jurídico, 9 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/imigracao-venezuelana-desafio-combate-xenofobia>>. Acesso em 14 out. 2018.

¹⁸⁵ LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018. p. 8.

¹⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003. p. 101.

¹⁸⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. A atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria de imigração e refúgio. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano de Godoy. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016. p. 132-134.

trabalhador e empregador não estão em situação de igualdade e que, em face da desigualdade econômica, social e informacional do polo mais fraco (empregado), o polo patronal tem maior potencial lesivo aos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁸⁸, é fácil concluir que, diante de um contexto migratório, o polo mais fraco é ainda mais fraco, motivo pelo qual demanda uma proteção ainda maior por parte do Direito Laboral.

4.2. A APLICABILIDADE DA TEORIA DAS VULNERABILIDADES AOS TRABALHADORES IMIGRANTES

Reconhecida e entendida a condição de hipervulnerabilidade do trabalhador imigrante nas relações juslaborais, mostra-se importante que o Direito do Trabalho, à luz da Teoria das Vulnerabilidades, verdadeiramente reconheça a condição especial desses trabalhadores e disponha de efetivos mecanismos que visem à minimização dessa vulnerabilidade.

É preciso lembrar que a vulnerabilidade está relacionada à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em virtude de determinadas condições ou qualidades específicas que lhe são inerentes ou em virtude de uma posição de força e superioridade existente no outro sujeito dessa relação¹⁸⁹. Ao reconhecer e aceitar que os imigrantes, dado ao contexto social, político e econômico que os levou a migrar, estão em uma situação de maior vulnerabilidade que o empregado nacional padrão, o Direito Laboral poderá consolidar novas e específicas formas de proteção que garantam, a esses indivíduos, a concretização de todos os seus mais caros direitos.

As modificações legislativas contemporâneas, especialmente as trazidas pela Lei 13.467/2017, estão buscando trazer uma maior flexibilidade aos contratos de trabalho e pretendem dar maior prestígio à autonomia da vontade das partes. A Reforma Trabalhista reconheceu e propôs uma graduação de níveis protetivos apenas em relação a alguns empregados, porém, conforme explicitado no capítulo anterior, essa graduação foi somente no sentido de reconhecer uma menor vulnerabilidade de determinados trabalhadores através da ampliação de sua autonomia negocial, e não no sentido de também conferir maior proteção àqueles que, pela especificidade de suas condições, exigem uma tutela protetiva laboral mais acentuada. Aconteceu que pela primeira vez no Direito do Trabalho brasileiro “a análise

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 104.

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 162.

relacional interna vertical não está sendo aplicada para ampliar níveis protetivos a empregados presumidamente hipervulneráveis, e sim para reduzir tais níveis a empregados que o legislador reformista considera hipovulneráveis”¹⁹⁰.

Diante desse contexto, sob as concepções da Teoria das Vulnerabilidades, é possível aceitar, sim, que, aqueles empregados “hipovulneráveis”, dadas às suas características específicas que diminuem sua vulnerabilidade em face do empregador, possam ter maior autonomia negocial dentro da relação empregatícia. Não se pode esquecer, contudo, que existem empregados que ainda precisam da plena proteção do Estado e, também, outros que estão em uma posição de fragilidade ainda inferior com relação ao seu empregador, como é o caso do trabalhador imigrante, mostrando-se imprescindível que se faça uma graduação de todos os níveis de vulnerabilidade havidos nas relações empregatícias.

A condição de hipervulnerabilidade do trabalhador precisa ser reconhecida e tutelada pelo Direito Laboral de modo que seja possível garantir a efetividade dos direitos desses indivíduos. Isso significa que, ao fazer a análise relacional da vulnerabilidade, o Direito Laboral precisa identificar e aceitar a situação de hipervulnerabilidade do trabalhador imigrante e, através da ponderação e incidência dos princípios de proteção e igualdade, deve ampliar os institutos protetivos para esses empregados, sempre os tendo como referência relacional¹⁹¹.

Rafael Köche sugere que o tema das migrações seja analisado como um problema de reconhecimento, sendo necessário “estabelecer estatutos jurídicos que reconheçam a humanidade das pessoas que resolvem viver em outro país”. Isso significa criar políticas que não visem homogeneizar os migrantes, e sim reconhecer as diferenças que lhe constituem como estrangeiro. O reconhecimento é mais do que incluir o migrante na sociedade, é fazer com que as pessoas consigam conviver naturalmente com alguém que não compartilha a mesma identidade nacional¹⁹². Nesse sentido, Claudia Lima Marques refere que a contemporaneidade é uma era da diferença, sendo o diferente o novo paradigma através do qual se pretende garantir a realização do direito a ser diferente e manter-se diferente, ser igual mesmo na diferença¹⁹³.

Torna-se, portanto, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua

¹⁹⁰ STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 75.

¹⁹¹ STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 74.

¹⁹² KÖCHE, Rafael. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de. SANTORO, Emilio. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 38.

¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 126-127.

peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada – as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, esse direito à diferença, importando aos indivíduos o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial¹⁹⁴ na medida de suas inerentes necessidades. Para Nadia Demoliner Lacerda, no contexto migratório, a igualdade social:

(...) se imbrica, a nosso ver, com os direitos humanos denominados de segunda geração, que abrangem a titularidade dos mesmos direitos garantidos aos nacionais em relação a direitos econômicos e sociais, como o acesso a um trabalho digno, remunerado nos mesmo patamares pagos aos nacionais, com igualdade de condições, acessos a benefícios trabalhistas e à seguridade social¹⁹⁵.

Como o Direito do Trabalho é voltado à compensação das desigualdades havidas nas relações empregatícias, “a concepção de um modelo de igualdade voltado para as questões migratórias deve levar em conta as características que podem justificar medidas e distribuição de recursos que objetivam corrigir desigualdades”¹⁹⁶. É necessário, assim, aplicar ao trabalhador migrante uma igualdade compensatória e protetora com o objetivo de reduzir essa desigualdade. Isso significa dizer que o Direito Laboral precisa reconhecer as características específicas dos trabalhadores em condições migratórias, as quais evidenciam sua situação de hipervulnerabilidade na esfera laboral, e criar medidas efetivas para compensar a grande desigualdade havida na relação empregatícia entre o empregado migrante e o empregador nacional. O Estado tem obrigação de proteger o trabalhador mediante uma legislação que admita a existência de desigualdades entre as partes envolvidas na relação empregatícia e que proporcione efetiva proteção ao empregado independentemente de sua nacionalidade, classe social, etnia, raça ou status migratório. Desta forma, o Estado deve tomar todas as medidas necessárias para compensar as discriminações praticadas contra trabalhadores imigrantes¹⁹⁷ como forma de garantir a efetivação do tão caro princípio da proteção ao trabalhador.

Esse princípio protetivo é, portanto, o que justifica a possibilidade dessa proteção especial a ser conferida ao trabalhador imigrante, visto que a liberdade somente é possível se a

¹⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Migrantes sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Revista Praia Vermelha, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, 2015. p. 139.

¹⁹⁵ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 50.

¹⁹⁶ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 51-52.

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Judicial Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003. p. 108.

desigualdade de classes for reconhecida e um sistema protetivo especial aos vulneráveis for estabelecido, garantindo aos trabalhadores direitos mínimos. Em uma relação empregatícia caracterizada por uma desigualdade substancial “o direito deve buscar o reequilíbrio, desenvolvendo um anteparo normativo de preservação da dignidade do sujeito vulnerável, ou em outras palavras, a igualdade e a liberdade substancial (não meramente formal)”¹⁹⁸.

Há de se ponderar, também, que muitos países desenvolvidos adotam uma perspectiva hegemônica das migrações internacionais e não acabam por não permitir o efetivo exercício do direito de ser diferente desses estrangeiros, tampouco o atingimento de qualquer igualdade substancial em relação aos demais indivíduos. Os migrantes laborais aparecem como meras categorias econômicas homogêneas, correspondendo a uma oferta de mão de obra barata e disponível; e as políticas públicas acabam por ser o reflexo de uma visão economicista, repressiva, discriminatória e xenófoba dessas sociedades, gerando desigualdades e rechaçando os estrangeiros, impedindo-os de conviver em igualdade com os demais nacionais. Diante disso, é fundamental a adoção de uma perspectiva alternativa das migrações internacionais, a partir da qual o foco em segurança e controle de migração é abandonado para que o migrante seja o centro das políticas públicas e o destinatário de normas que as regulem, permitindo que esses indivíduos possam desfrutar de todos os seus direitos – o imigrante, independentemente de sua condição migratória, deve ser considerado, sobretudo, um sujeito de direitos¹⁹⁹.

Atualmente, o Direito do Trabalho brasileiro dispõe poucos mecanismos que visam ao combate às discriminações a estrangeiros nas relações empregatícias. Com relação à nacionalidade, o parâmetro antidiscriminatório foi introduzido na Constituição Federal de 1946, suprimido em 1967 em virtude da Ditadura Militar, e ressurgiu com a Constituição Federal de 1988. Embora não haja nenhuma referência específica sobre o tema quando abordados os direitos dos trabalhadores no artigo 7º, o artigo 5º, *caput*, da atual Constituição indica que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...)”²⁰⁰. Logo, infere-se que, pela ordem constitucional brasileira, não seria possível fazer distinções entre trabalhadores nacionais e trabalhadores estrangeiros, contudo a legislação

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 28.

¹⁹⁹ VICHICH, Nora Pérez. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 110-112.

²⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 153.

infraconstitucional ainda perpetua uma visão de certa forma discriminatória e separatista entre nacionais e estrangeiros no âmbito juslaboral.

Hoje, a entrada e permanência de estrangeiros no Brasil é regulada pela Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que trouxe significativos avanços aos direitos trabalhadores migrantes em relação às antigas disposições do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). O artigo 3º da Lei de Migração estabelece os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, dentre os quais está a igualdade de tratamento e oportunidade ao migrante e seus familiares (inciso IX); a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas (inciso X); e o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (inciso XI). Deixou-se de lado, assim, a política anterior de extrema restrição à migração, especialmente com relação aos direitos dos trabalhadores migrantes, o que demonstra que o Brasil está avançando na temática da migração internacional ao incrementar medidas que visam à redução de desigualdades entre estrangeiros e nacionais²⁰¹.

Ocorre que, com relação à legislação trabalhista, embora a CLT também tenha sido amplamente modificada no ano de 2017, avanço algum foi produzido com relação aos direitos dos trabalhadores imigrantes. O legislador brasileiro ainda impõe diversas restrições ao trabalhador imigrante, sobretudo no que diz respeito à burocracia na emissão de vistos, das restrições ao pleno exercício de diversas profissões, da ultrapassada regra de proporcionalidade entre o número de brasileiros em relação ao estrangeiro, da proibição de rescisão do contrato de um brasileiro, por falta de serviço, sem que um trabalhador migrante tenha sido dispensado previamente ao brasileiro²⁰².

Depreende-se, assim, que, diante das previsões constitucionais de igualdade, muitos têm considerado algumas distinções feitas pela CLT incompatíveis com o Direito Brasileiro, especialmente aquelas se referem à nacionalização do trabalho, na medida em que correspondem à nítida discriminação ao trabalhador estrangeiro no Brasil²⁰³.

A título exemplificativo, verifica-se que o artigo 354 da CLT²⁰⁴ estabelece expressamente que a proporcionalidade de empregados brasileiros nas empresas será

²⁰¹ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 105.

²⁰² LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 117.

²⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 159-160.

²⁰⁴ “Art. 354. A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar”.

obrigatoriamente de dois terços de empregados brasileiros, cabendo exceções apenas diante de circunstâncias especiais, mediante ato do Poder Executivo e apuração pelos órgãos competentes da insuficiência do número de brasileiros naquela atividade em específico; e o artigo 358 da CLT²⁰⁵ define que brasileiros não podem receber salários inferiores a estrangeiros que exerçam funções análogas às suas.

Da leitura desses dispositivos, infere-se que são regras que objetivam exclusivamente a proteção do trabalhador nacional, conforme bem pontua Orlando Gomes²⁰⁶, até mesmo porque estão inseridos em capítulo denominado “Da Nacionalização do Trabalho”. Inclusive, existem diversas discussões doutrinárias sobre a constitucionalidade dessas normas, principalmente do artigo 354, uma vez que alguns entendem que tal dispositivo viola o princípio antidiscriminatório em relação ao estrangeiro consubstanciado na Constituição Federal, enquanto outros entendem que o dispositivo foi regularmente recepcionado pela ordem constitucional²⁰⁷.

Sob um ponto de vista crítico, cabe questionar a finalidade dessas normas. Conforme amplamente exposto no tópico anterior, os imigrantes, em regra, estão submetidos a uma vulnerabilidade exacerbada no ambiente de trabalho, motivo pelo qual estão significativamente mais sujeitos a discriminações e explorações das mais diversas naturezas, inclusive salariais, do que os trabalhadores nacionais. Diante disso, não seria necessária a existência de uma norma que estabelecesse que nenhuma empresa poderia pagar para a *estrangeiro* que exerça função análoga à exercida por um brasileiro salário inferior ao deste, ao invés de uma norma em sentido contrário? Não seria essa uma forma de concretizar e garantir a efetividade do princípio da proteção ao trabalhador imigrante, garantindo-lhe os mesmos direitos que o trabalhador nacional?

Depreende-se, assim, que, apesar das legislações trabalhistas de diversos países, inclusive a brasileira, reconhecerem a igualdade de direitos laborais entre estrangeiros e nacionais, aqueles são, na prática, mais vulneráveis que os demais, vulnerabilidade esta que se acentua quando interseccionada com questões de gênero, etnia ou religião. Sem dúvidas que os imigrantes, dada à sua condição de maior fragilidade, são mais afetados pelo desemprego, subemprego e sobrequalificação da mão de obra. Marinuci aponta que a exploração dos

²⁰⁵ “Art. 358. Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes: (...)”

²⁰⁶ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 437.

²⁰⁷ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 130.

trabalhadores migrantes esconde por trás um outro propósito – a precarização de todos os empregos e que “a violação dos direitos laborais dos estrangeiros é, portanto, o ponto de partida para a vulnerabilização de toda a classe trabalhadora”²⁰⁸.

Como os trabalhadores imigrantes e suas famílias constituem um setor especialmente vulnerável da sociedade, o Estado tem obrigação de garantir-lhes especial proteção, sem criar excessivas condições restritivas de trabalho a essas pessoas²⁰⁹. É importante lembrar que a ideia de vulnerabilidade como fundamento do Direito do Trabalho visa aproximar a operabilidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam no mundo do trabalho, reconciliando e impedindo a separação da instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda baseada na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas juslaborais²¹⁰.

Face à realidade sociojurídica dos trabalhadores migrantes aqui exposta, importa lembrar que o Direito e as normas jurídicas são instrumentos que determinam a realidade social conforme os objetivos de cada sociedade. São um verdadeiro mecanismo de justiça e inclusão social, bem como de proteção dos grupos sociais²¹¹ que necessitam de uma tutela mais efetiva. O novo contexto social pós-industrial, complexo e diversificado, no qual as migrações humanas aumentaram e tornaram-se ainda mais heterogêneos, justifica a possibilidade ou mesmo a necessidade de se graduar a incidência protetiva do Direito do Trabalho conforme as vulnerabilidades se acentuem, de forma a minimizar eventuais distorções causadas pelo Direito Laboral em sua concepção clássica²¹².

Nesse sentido, ao olhar para a questão migratória à luz da Teoria das Vulnerabilidades, cabe ao Direito do Trabalho buscar a efetividade do princípio da proteção através do reconhecimento de que existe uma maximização da desigualdade havida nas relações empregatícias que envolvem trabalhadores estrangeiros e da consequente criação de mecanismos jurídicos voltados a atender às especificidades desses indivíduos, de modo que

²⁰⁸ MARINUCI, Roberto. **Migrações e trabalho: precarização, discriminação e resistência**. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana, Brasília, v. 25, n. 49, 2017. p. 7.

²⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003. p. 57.

²¹⁰ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 83.

²¹¹ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 199.

²¹² STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 74.

essa tutela protetiva seja apta a reafirmar a verdadeira essência do Direito Laboral: a correção das desigualdades²¹³.

4.3. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA MINIMIZAR A HIPERVULNERABILIDADE DO TRABALHADOR IMIGRANTE E EFETIVAR O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Diante da aceitação da aplicabilidade da Teoria das Vulnerabilidades ao Direito do Trabalho e, em especial, aos trabalhadores migrantes, questiona-se: de que forma é possível minimizar concretamente a hipervulnerabilidade do trabalhador estrangeiro e garantir-lhe uma dosimetria protetiva suficiente para compensar as desigualdades existentes na relação empregatícia?

A resposta para essa pergunta é naturalmente complexa e exige uma profunda compreensão do movimento migratório e dos mecanismos jurídicos existentes no Direito Laboral para a proteção do trabalhador. Não existe uma única alternativa, tampouco uma solução simples e direta para esta problemática, entretanto buscar-se-á expor a seguir alguns caminhos possíveis para que o Direito do Trabalho trace um novo olhar sobre o trabalhador migrante e possa, ao graduar a sua vulnerabilidade, concretizar o princípio da proteção.

Conforme já explanado anteriormente, o panorama atual das migrações é composto por países de acolhida que são pouco receptivos ao trabalhador estrangeiro, muito embora as nações em geral concordem que as migrações a trabalho podem gerar grandes benefícios econômicos. Apesar disso, muitos ainda atuam com vistas a impedir a livre circulação de trabalhadores, muitas vezes com violência, impedindo a travessia de suas fronteiras²¹⁴. Os elevados números de migrações ao redor do mundo têm levado a restrições à migração para o exercício de atividade remunerada e os países criam leis internas cada vez mais restritivas ao trabalho dos estrangeiros em território nacional e parecem ser contra a integração desse trabalhador ao país receptor, incentivando, assim, o regresso e conservação de laços eternos com o país de origem²¹⁵.

Face a esse contexto, é preciso que as legislações se pautem em um “direito humano de imigrar” e que seja criado um microsistema legal que comporte instrumentos de proteção e promoção dos direitos humanos dos migrantes intrinsecamente vulneráveis em decorrência de

²¹³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 97.

²¹⁴ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 19.

²¹⁵ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-158.

sua condição de mobilidade e diversidade. Não bastam garantias legais; são necessárias, também, políticas de acessibilidade e tipificação de condutas xenofóbicas e exploratórias dos migrantes. A vulnerabilidade político-jurídica do migrante exige a existência de um estatuto próprio para a proteção dos direitos humanos desses indivíduos, cabendo à legislação afirmar a importância sociocultural das migrações para o país, deixando de lado critérios discriminatórios que veem o estrangeiro como uma ameaça à segurança nacional²¹⁶.

A Lei de Migração sancionada no ano de 2017 já foi uma grande conquista para o tema migratório e um grande avanço para a construção desse microsistema legal sugerido por Giuliana Redin, entretanto, especificamente no âmbito legal trabalhista, como refere Nadia Lacerda, a completa integração do migrante na sociedade exige que sejam reconhecidos os direitos que lhe são atribuídos na Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Tal Convenção foi assinada pelo Brasil no ano de 2009, contudo ainda não houve, até o momento, ratificação do instrumento, embora, em 2010, o então Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim, tenha enviado pedido de ratificação à Presidência da República justificando que “a ratificação da Convenção daria maior legitimidade ao Brasil em seu papel em foros internacionais sobre direitos dos imigrantes, contribuindo para o processo de universalização da ratificação desse instrumento”²¹⁷.

A ratificação desse instrumento é de extrema importância à efetividade dos direitos dos trabalhadores migrantes porque a Convenção se preocupa em garantir todos os principais direitos humanos tanto dos trabalhadores migrantes regulares, quanto dos irregulares, bem como de suas famílias. A ONU, busca, assim, reduzir a oferta de emprego irregular e incentivar o respeito e cumprimento das leis trabalhistas pelos empregadores²¹⁸. Ocorre que são poucos os países que ratificaram a Convenção, sendo que nenhum deles recebe grandes contingentes de trabalhadores migrantes – os que ratificaram foram, em verdade, os países de origem desses indivíduos. Até outubro de 2018, apenas 53 países ratificaram o acordo, não incluindo o Brasil²¹⁹. Isso tem gerado preocupações por parte de Comitês da ONU porque, em 2014, mais

²¹⁶ REDIN, Giuliana. Novo marco legal para a política imigratória no Brasil: por um direito humano de imigrar. In: REDIN, Giuliana. MICHOLA, Augusto Bittencourt. **Imigrantes no Brasil: proteção dos direitos humanos e perspectivas político-jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 131-138.

²¹⁷ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 177.

²¹⁸ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 166.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Convention on The Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families**, 18 dez. 1990. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 19 out. 2018.

de 200 milhões de pessoas eram migrantes – 30 milhões em situação irregular e, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), 21 milhões em trabalhos forçados²²⁰.

É importante, portanto, que exista um aparato legal robusto e específico para garantir a proteção dos trabalhadores migrantes, de modo que as instituições modifiquem seu olhar sobre a pessoa migrante inserida nos mais diversos contextos sociais e laborais. Nesse sentido, Lacerda refere que:

O caminho para o alinhamento do tema migratório no Brasil passa necessariamente pelos acordos bilaterais e por uma reforma ampla da instituições e mecanismos que atuam sobre esse tema, mediante a consciência de que o fluxo de pessoas só tende a aumentar pela atuação das forças da globalização, tornando necessário repensar nossa política migratória de modo que o País possa realmente tirar proveito dos migrante qualificados para o desenvolvimento da economia e ao mesmo tempo tratar da temática do migrante sem qualificação mediante a integração, em vez da exclusão²²¹.

Além de mudanças no plano jurídico-legal, para que seja possível uma verdadeira e positiva inclusão dos trabalhadores migrantes no mundo do trabalho, é necessária a existência de políticas de integração e de segurança e saúde no trabalho voltadas especificamente a esses indivíduos, as quais levem em consideração todas as particularidades específicas relacionadas ao contexto migratório para a promoção de trabalho digno àqueles que deixaram seus países em busca de melhores condições de vida. Ainda, é igualmente importante que sejam desenvolvidas políticas públicas de educação, formação, saúde, segurança social e trabalho que verdadeiramente considerem todos os fatores que caracterizam as populações imigrantes como vulneráveis, visando, assim, diminuir os riscos laborais aos quais esses indivíduos estão diariamente sujeitos²²². Mas que políticas públicas podem ser essas?

O antropólogo Sidney Antônio da Silva sugere algumas alternativas para tornar menos dificultosa a inserção dos migrantes a postos de trabalho no Brasil, tais como a oferta de cursos profissionalizantes oferecidos por instituições como o SENAI, SENAC, SESI e afins como uma forma de evitar que indivíduos qualificados não consigam exercer suas funções de origem; a incorporação da temática migratória ao sistema PRONATEC do Ministério do Trabalho e Emprego; a oferta de cursos de idiomas por instituições públicas de forma presencial ou virtual;

²²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direito dos migrantes: Comitê da ONU pede que países ratifiquem tratado global**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²²¹ LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. p. 190-191.

²²² CARDOSO, Maria José. Os trabalhadores imigrantes e os riscos associados ao trabalho. In: **Migrações e mercado de trabalho**. Observatório Da Imigração – ACIDI, Lisboa, n. 2, 2008. Disponível em: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/migracoes2_completo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 205.

e, ainda, a facilitação do acesso ao ensino superior e concursos públicos para garantir um ingresso igualitário dos migrantes ao mundo do trabalho brasileiro²²³.

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes também sugere uma série de estratégias que podem ser implementadas para enfrentar as vulnerabilidades dos trabalhadores migrantes e contribuir para uma convivência enriquecedora, como a consolidação da participação em fóruns de criação e execução de políticas migratórias como o CNIg e CONARE; instituir e participar, no âmbito local, de fóruns e outras iniciativas que busca prevenir conflitos envolvendo trabalhadores migrantes, principalmente nos locais em que eles estão majoritariamente concentrados; idealizar e implementar mecanismos de mediação intercultural de conflitos do trabalho com a participação dos migrantes, sindicatos, universidades e ONGs; e identificar, apoiar e destinar recursos a projetos que se dedicam ao apoio das populações migrantes, especialmente dos mais vulneráveis²²⁴.

Ademais, Nora Vichich aponta que, na América Latina, o Mercosul já vem buscando, no plano técnico de direitos, trabalhar pontos relacionados aos direitos laborais através da standardização das regras de acesso ao empregado regional nos países do bloco e a facilitação ao acesso a postos de trabalho independentemente do país aonde se encontre; da eliminação de procedimentos e requisitos de contratação laboral diferentes entre estrangeiros do Mercosul e nacionais; e da garantia ao exercício de direitos sociolaborais e acesso à sua defesa em todos os territórios nacionais²²⁵.

Para além disso, é sempre importante que o Estado busque internamente a adoção de ações afirmativas que visem à compensação das desigualdades. Ações afirmativas são mecanismos que concedem, temporariamente, preferências a certos grupos de indivíduos que estão em desvantagem na sociedade, mas sem infringir o princípio da isonomia – é a concretização da justiça distributiva ao tratar de forma desigual os desiguais. Um exemplo clássico de ação afirmativa são as cotas sociais e raciais para o ingresso em universidades públicas no Brasil. Conforme refere Alice Monteiro de Barros, várias normas internacionais da ONU e da OIT vêm sugerindo a adoção de ações afirmativas no âmbito trabalhista, como, por exemplo, o artigo 4º da Convenção 159 da OIT, expresso ao referir, com relação aos

²²³ SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 169.

²²⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. A atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria de imigração e refúgio. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano de Godoy. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016. p. 134-135.

²²⁵ VICHICH, Nora Pérez. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 118.

trabalhadores deficientes²²⁶, que “medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento (...) não devem ser vistas como discriminatórias”²²⁷. Assim, dada à especial vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes, cabe ao Estado adotar ações afirmativas para buscar a redução das desigualdades intrínsecas da situação de fragilidade desses indivíduos. Nesse mesmo sentido, conforme já mencionado no capítulo 3, Américo Plá Rodríguez refere que a desigualdade e a inferioridade econômica do trabalhador somente poderão ser corrigidas através de “desigualdades de sentido aposto”, isto é, através de uma desigualdade compensatória proporcionada ao trabalhador através da legislação trabalhista²²⁸.

Apesar das diversas políticas públicas possíveis de serem implantadas, um dos maiores desafios à concretização da proteção dos trabalhadores migrantes pelo Direito Laboral ainda está relacionado à integração cultural desses indivíduos na sociedade, fato que depende muito de como essa sociedade enxerga a migração. A aceitação das diferenças não é um processo natural e sem conflitos²²⁹, motivo pelo qual a migração precisa estar em constante discussão nas pautas políticas e jurídicas para que seja possível quebrar pré-conceitos e estereótipos que servem apenas para perpetuar a condição de vulnerabilidade dessas pessoas. Sabe-se que a desigualdade é o principal vetor das migrações econômicas e a migração não pode ser vista como um “problema” a ser tratado apenas quando o migrante chega na fronteira dos países, e sim como um problema geopolítico mundial, possibilitando a criação de efetivas políticas de redistribuição e reconhecimento para que, assim, seja possível que todos tratem as pessoas migrantes como seres humanos iguais em todos os direitos²³⁰.

Minimizar a hipervulnerabilidade do trabalhador migrante exige, portanto, a implementação de uma série de modificações jurídicas, políticas e sociais que demandam a atuação conjunta de todos os setores da sociedade para que se componha um novo olhar sobre as migrações laborais. A aceitação de uma dosimetria protetiva pautada nas particularidades de cada relação empregatícia à luz dos preceitos da Teoria das Vulnerabilidades é o primeiro passo para a garantia da efetividade do princípio da proteção do trabalhador em qualquer das relações

²²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 736.

²²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 159, de 1983**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_159.html>. Acesso em 22 out. 2018.

²²⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. p. 25.

²²⁹ SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 170.

²³⁰ KÖCHE, Rafael. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de. SANTORO, Emilio. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 38-39.

juslaborais e é essa mudança de paradigma no Direito do Trabalho que poderá abrir portas para as demais modificações necessárias à efetiva concretização dos direitos dos trabalhadores migrantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontroverso que o Direito do Trabalho tem como objetivo precípua a compensação das desigualdades havidas nas relações de emprego clássicas. Da ampla análise da doutrina trabalhista realizada na presente monografia, foi possível constatar que, na busca dessa compensação de desigualdades, convencionou-se um padrão de proteção a ser aplicado a todo e qualquer indivíduo que se encontra na condição de empregado nos moldes definidos pelos artigos 2º e 3º da CLT, padrão esse que não se mostra mais suficiente para atender às complexidades do mundo do trabalho moderno. Aquele clássico empregado operário dos séculos XIX e XX coexiste, hoje, com uma ampla variedade de outros empregados cujas necessidades são diversas daquelas nas quais o Direito Laboral pautou-se em seu surgimento, o que exige um novo olhar sobre as relações de emprego e sobre o modo que deve ser conferida proteção a esses indivíduos.

A problemática que se vislumbra reside na inexistência de uma real graduação em níveis de vulnerabilidade dos trabalhadores face a seus contextos fáticos em particular. Diante disso, mostrou-se ao longo da pesquisa que, ao se deixar de lado o conceito meramente econômico de hipossuficiência do trabalhador e adotar uma conceituação mais ampla através da noção de vulnerabilidade, é possível garantir a concretização do princípio protetivo ao permitir a realização de uma verdadeira graduação das vulnerabilidades havidas em cada relação de emprego – se o empregado for hipervulnerável, ele terá maior proteção juslaboral; se ele for hipovulnerável, terá menor proteção; se ele seguir o padrão de vulnerabilidade ordinário, terá uma proteção juslaboral também ordinária.

Essa ideia de dosimetria protetiva é inspirada na Teoria das Vulnerabilidades amplamente adotada pelo Direito do Consumidor, disciplina que também visa à proteção de sujeitos que se encontram em desigualdade dentro das relações jurídicas. Ocorre que, diferentemente do Direito Privado, o Direito do Trabalho ainda não foi capaz de consolidar uma efetiva abordagem de graduação da vulnerabilidade para determinar a incidência das normas laborais protetivas. Conforme se verificou, o Direito Laboral tradicional já assentou suas noções clássicas de hipossuficiência, dependência e subordinação para explicar as assimetrias das relações laborais e encontra certa resistência em deixar de lado esse paradigma clássico em prol da adoção da ampla noção de vulnerabilidade. A tendência atual tem sido de aceitar algumas mudanças de paradigma apenas no sentido de flexibilizar a vulnerabilidade de trabalhadores com o intuito de reduzir a tutela a lhes ser conferida, e jamais para ampliá-la, o que resta

evidente quando analisadas as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017).

Visando revelar a importância de uma verdadeira dosimetria protetiva, demonstrou-se que os imigrantes são um nítido exemplo de trabalhadores que se encontram em uma situação de hipervulnerabilidade nas relações laborais que exige a existência de um aparato protetivo mais robusto do que o tradicional. Se o Direito do Trabalho parte da premissa de que existe um polo que é significativamente mais fraco do que o outro e que demanda uma proteção especial apta à compensação dessa desigualdade, é evidente que, nos contextos migratórios, o polo mais fraco é ainda mais fraco, motivo pelo qual demanda uma proteção ainda maior por parte do Direito Laboral.

Simplemente em decorrência de sua condição de migração o imigrante está manifestamente mais suscetível a sofrer abusos por parte dos empregadores do que o empregado nacional. Assim como o menor, o deficiente e a mulher, o trabalhador imigrante necessita de maior proteção e, para tanto, precisa que o Direito do Trabalho reconheça a maximização de sua posição de vulnerabilidade e crie mecanismos jurídicos voltados a atender às especificidades de suas necessidades e a resguardar seus direitos, permitindo, assim, uma real correção das desigualdades. É apenas a partir do reconhecimento da condição de vulnerabilidade exacerbada do imigrante à luz da Teoria das Vulnerabilidades que se torna possível proporcionar maior proteção aos trabalhadores estrangeiros e garantir a efetividade de seus direitos fundamentais e sociais, especialmente de seus direitos trabalhistas.

É diante desse panorama que a ideia de que é necessário analisar concretamente a vulnerabilidade de cada indivíduo dentro de uma relação jurídica real, com o intuito de determinar de que forma ocorrerá a sua proteção, precisa ser amplamente adotada pelo Direito do Trabalho. O tratamento homogêneo dado a todos os trabalhadores precisa ser deixado de lado em favor de uma visão mais abrangente sobre as necessidades protetivas em concreto porque a padronização de tratamento das relações de emprego pode perpetuar desigualdades e impedir a concretização do princípio da proteção, uma vez que jamais permitirá que aquele que não possui uma vulnerabilidade “padrão” possa efetivamente estar em uma posição de igualdade com relação ao seu empregador.

Adotar a Teoria das Vulnerabilidades para possibilitar uma dosimetria protetiva no âmbito trabalhista é, pois, uma necessidade imediata, na medida em que a dinamicidade do mundo do trabalho moderno modificou as relações de emprego clássicas e colocou os trabalhadores em diferentes posições de vulnerabilidade, fugindo do padrão tradicional e exigindo um olhar diferenciado para garantir a efetividade do princípio da proteção do

trabalhador. A máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade nunca foi tão importante para o Direito do Trabalho, dado que somente será possível atingir uma verdadeira igualdade substancial nas relações empregatícias modernas se aceitarmos a necessidade de olharmos com outros olhos a vulnerabilidade dos trabalhadores em busca da real compensação de desigualdades.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. IBGE. **PNAD Contínua tri: taxa de subutilização da força de trabalho é de 24,6% no segundo trimestre de 2018**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22218-pnad-continua-tri-taxa-de-subutilizacao-da-forca-de-trabalho-e-de-24-6-no-segundo-trimestre-de-2018>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

CARDOSO, Maria José. Os trabalhadores imigrantes e os riscos associados ao trabalho. In: **Migrações e mercado de trabalho**. Observatório Da Imigração – ACIDI, Lisboa, n. 2, 2008. Disponível em: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/migracoes2_completo.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 203-206.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. I.

CESARINO JR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1970. v. II.

COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 89-94.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03 de 17 set. 2003.

CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. 12ª Ed. México: Editora Porrúa, 1966, v. I.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

FAZEL-ZARANDI, Mohammad. FEINSTEIN, Jonathan S. KAPLAN, Edward H. **Yale Study Finds Twice as Many Undocumented Immigrants as Previous Estimates**. Disponível em: <<https://insights.som.yale.edu/insights/yale-study-finds-twice-as-many-undocumented-immigrants-as-previous-estimates>>. Acesso em 17 out. 2018.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration Report 2018**. Geneva: International Organization for Migration, 2018. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

KÖCHE, Rafael. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de. SANTORO, Emilio. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 25-41.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968.

LACERDA, Nadia Demoliner. **Migração internacional a trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. A atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria de imigração e refúgio. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano de Godoy. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

LUSSI, Carmem. MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2007. Disponível em: <http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf>. Acesso em 13 out. 2018.

MAGANO, Otávio Bueno. **Curso de direito do trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARINUCI, Roberto. **Migrações e trabalho: precarização, discriminação e resistência**. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana, Brasília, v. 25, n. 49, 2017.

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

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hipossuficiente/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/migrante/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/migra%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLEA, Manuel Alonso. **Introducción al Derecho del Trabajo**. 7ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2013.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direito dos migrantes: Comitê da ONU pede que países ratifiquem tratado global**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Convention on The Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families**, 18 dez. 1990. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 19 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 159, de 1983**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_159.html>. Acesso em 22 out. 2018.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. **A imigração venezuelana para o Brasil e o desafio do combate à xenofobia**. In: Revista Consultor Jurídico, 9 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/imigracao-venezuelana-desafio-combate-xenofobia>>. Acesso em 14 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Migrantes sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Revista Praia Vermelha, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, 2015.

REDIN, Giuliana. Novo marco legal para a política imigratória no Brasil: por um direito humano de imigrar. In: REDIN, Giuliana. MICHOLA, Augusto Bittencourt. **Imigrantes no Brasil: proteção dos direitos humanos e perspectivas político-jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 123-139.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito Objetivo de Subordinação. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, Ano 35, n. 148, out./dez. 1978.

RUBIO, David Sánchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidade y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 127-162.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Sidney Antônio da. Inserção social e produtiva dos haitianos em Manaus. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 165-173.

STÜMER, Gilberto. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TATURCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

VICHICH, Nora Pérez. Las políticas migratorias regionales y los derechos de los trabajadores: perspectivas e desafíos. In: PRADO, Erlan José Peixoto do Prado. COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 107-126.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.