



Gabriela Soares Pommot Maia

A RELAÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO ATÍPICOS COM A
FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA PERSPECTIVA
LUSO-BRASILEIRA

Dissertação de mestrado, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Laboral, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor João Carlos Conceição Leal Amado.

Julho/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A RELAÇÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO ATÍPICOS COM A
FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA
PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA**

Gabriela Soares Pommot Maia

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Empresariais/Menção em Direito Laboral.*

Orientador: Professor Doutor João Carlos Conceição Leal Amado

Coimbra/2015

AGRADECIMENTOS

É tarefa massacrante, e ao mesmo tempo gratificante, fazer um agradecimento sucinto após o encerramento de um trabalho acadêmico que exige tamanha dedicação. Massacrante porque são muitos agradecimentos para poucas palavras; gratificante porque enfim simboliza o encerramento de um ciclo em que finalmente podemos evidenciar nossa gratidão.

Primeiramente agradeço ao Professor Doutor João Carlos Conceição Leal Amado, pelo amparo desde a escolha do tema, pela compreensão da distância territorial, pela paciência e confiança e, sobretudo, por toda a dedicação em me orientar durante este trajeto.

Agradeço também a minha família, minha mãe Nilcéia, meu pai Marcelo e minha irmã Carolina, que suportaram toda a saudade ocasionada pela distância e me forneceram todo o suporte para a persecução do meu objetivo. Não há palavra que expresse toda a minha gratidão.

Consigno meu agradecimento a todos os amigos que por certo me auxiliaram nesta trajetória e vibram comigo mais uma conquista. Citá-los todos fugiria da brevidade do presente, mas alguns merecem um agradecimento especial: à Juliana Machado Ribeiro pela parceria integral nesta empreitada; à Viviane Gomes da Silva Meister pelas melhores palavras de incentivo; à Daniel Cabó Diógenes pela sabedoria transmitida, à Guilherme Mello Lorenzetti pelo auxílio incondicional e, por fim, à Fernanda Ishikawa pelo incentivo integral e absoluto

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Ato de Disposições Constitucionais Transitórias

Art. – Artigo

CEEP – Centro Europeu com Participação Estatal

CES – Centro Europeu das Empresas

CF – Constituição Federal

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

Nº. – número

OIT - Organização Internacional do Trabalho

Séc. – século

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UNICE – União das Confederações europeias dos Sindicatos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1) PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO – DA DESREGULAMENTAÇÃO À FLEXIBILIZAÇÃO	8
1.1) Contexto mundial: Do período greco-romano à idade contemporânea.....	8
1.2) Contexto brasileiro	20
1.3) Contexto português.....	26
2) O FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL: CONCEITO E ASPECTOS PRIMORDIAIS	33
2.1) noções conceituais da flexibilização perante o direito do trabalho.....	33
2.2) Das raízes neoliberais à necessidade de atender as novas modalidades de trabalho – o nascedouro da flexibilidade.....	38
2.3) Flexibilização versus desregulamentação	42
2.4) Flexissegurança/flexicurity: equilíbrio de antagonismos	46
3) O CONTRATO DE TRABALHO ATÍPICO E SUA CORRELAÇÃO COM A FLEXIBILIDADE.....	52
3.1) O contrato de trabalho	52
3.1.1) Gênese e natureza jurídica	52
3.1.2) Elementos componentes do vínculo de emprego	56
3.1.3) Principais características do contrato de trabalho típico: Portugal e Brasil.....	61
3.2) Os contratos atípicos do direito laboral sob a perspectiva luso-brasileira	64
3.2.1) Contratos atípicos no Ordenamento Jurídico Português	65
3.2.1.1) Contrato de trabalho a termo resolutivo	66
3.2.1.2) Trabalho a tempo parcial	73
3.2.1.3) Trabalho Intermitente.....	75
3.2.1.4) Teletrabalho.....	78
3.2.2) Os contratos atípicos no Ordenamento Jurídico Brasileiro	80

3.2.2.1) <i>Contrato a termo</i>	81
3.2.2.2) <i>Teletrabalho</i>	85
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
instrumentos Normativos	96
jurisprudências	97

INTRODUÇÃO

Deparamo-nos, nos dias atuais, com uma insatisfação generalizada em relação ao Direito do Trabalho. Por um lado tem-se os empregadores atribuindo ao complexo normativo laboral uma rigidez tamanha que prejudica o desenvolvimento das empresas privadas, responsabilizando-o, ainda, pela atual crise de produção. Por outro lado, tem-se trabalhadores insatisfeitos com os empecilhos oriundos da Lei, que por vezes os impedem de dispor dos seus direitos trabalhistas como lhes convier.

Entretanto, o trabalho constitui substância essencial na vida social do empregado e, de acordo com Jorge Leite¹ é uma necessidade humana, uma vez que se mostra necessário para que o cidadão adquira bens essenciais a sua sobrevivência, tais como itens de vestuário e alimentação, restando indene de dúvidas que o trabalho assume papel de relevância na estruturação social.

A rigidez normativa, embora possua um caráter eminentemente protecionista para com o empregado, tem sido, cada vez mais, objeto de críticas por “congelar” o mercado de trabalho, sendo apontada, inclusive, como grande contributo das crises econômicas deflagradas recentemente, como a que enfrenta Portugal e mais recentemente o Brasil.

Diante da celeuma instaurada perante o conjunto normativo laboral, o neoliberalismo trouxe, dentre tantas inovações, a tendência de flexibilizar – também nomeada, equivocadamente, como desregulamentação – das normas juslaborais.

Esta tendência, em maior ou menor grau, apresentou impacto no ordenamento jurídico de diversos países, que, diante das modificações socioeconômicas, viram-se obrigados a alterar suas normas com vistas a englobar as novas modalidades de trabalho, principalmente de sobejar a forma de realização do trabalho.

Por outro lado, os ideais de melhoria nas relações entre Empregador x Empregado foram entendidos, e muitas vezes aplicados, como uma forma de burlar o regramento jurídico trabalhista, pois, ao fornecer maior autonomia entre as partes, subjuaga o empregado – notadamente a parte mais frágil desta relação – aos ditames do empregador.

¹ LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho*. Vol. I. Serviço de Ação Social da U.C.: Coimbra, 2003. p. 5.

Segundo este posicionamento, reduz-se o alcance do princípio protetor, preceito *mater* do direito do trabalho brasileiro e lusitano.

Diante deste conflito de entendimentos, pretendemos analisar, sob a ótica dos contratos de trabalho atípicos, as causas e as consequências da flexibilização do direito do trabalho com o intuito de apontar qual o limite da flexibilização das normas juslaborais e até que ponto as modificações neste conjunto normativo manterão intocados os direitos mínimos dos trabalhadores portugueses e brasileiros.

Para tanto, é essencial que tracemos o panorama histórico do direito do trabalho acoplado aos dois aspectos primordiais esmiuçados nesta pesquisa: a flexibilização do direito do trabalho e os contratos de trabalho, nomeadamente os atípicos.

Em um segundo momento do presente estudo debruçar-nos-emos sobre as peculiaridades que contornam o fenômeno da flexibilização do direito do trabalho, com o escopo de enquadrá-lo no contexto laborativo atual. Para tanto, oportuno tecer breves linhas a respeito da flexissegurança, enquanto medida assecuratória dos direitos mínimos dos trabalhadores frente ao estabelecimento de medidas que impingem maleabilidade à norma juslaboral.

Diante deste panorama, passaremos a discorrer acerca dos contratos de trabalho, e, antes de adentrarmos nas controvérsias das modalidades atípicas, importa explanar sobre a gênese e as principais características dos pactos laborais a evidenciar, assim, as diferenças com as tipologias atípicas, nomeadamente atinentes à estipulação do termo final do contrato laboral ou ainda às particularidades da atividade desenvolvida.

.Os temas objetos desta pesquisa serão analisados a fundo mediante a coligação da interpretação normativa, do entendimento jurisprudencial e do posicionamento doutrinário. Mostra-se essencial demonstrar as oposições com o fito de destacar até que ponto a flexibilização através dos contratos atípicos são viáveis ao empregado, mormente quando confrontadas com os limites principiológicos.

1) PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO – DA DESREGULAMENTAÇÃO À FLEXIBILIZAÇÃO

Embora seja uma seara jurídica recentemente delineada e delimitada, o trabalho em si pode ser constatado desde os primórdios da convivência em sociedade. Entretanto, trata-se de um instituto alvo de diversas qualificações, inclusive pejorativas, que sofreu diversas mutações até atingir o atual *status* de direito social – no que atine aos ordenamentos jurídicos lusitano e brasileiro –, e, portanto, tornou-se uma categoria jurídica objeto de proteções normativas.

Apesar da “*história do trabalho*” e da “*história do direito do trabalho*” serem institutos distintos², não podemos delinear o desenvolvimento do direito juslaboral sem expor as questões que envolvem o labor em si, uma vez que estas contribuiriam diretamente para a construção da seara jurídica sob análise.

Inobstante, faz-se essencial a análise do desenvolvimento do direito laboral e suas adequações às realidades sociais em termos mundiais e regionais (a título de Brasil e Portugal), ocasião em que demonstraremos como alguns eventos históricos influenciaram sobremaneira o reconhecimento do trabalho como instituto merecedor de regulamentação normativa, visando garantir, sobretudo, a dignidade ao trabalhador, que, neste momento, deixa de ser considerado apenas como um instrumento de produção.

Esta averiguação será efetuada em três contextos distintos: mundial, português e brasileiro. Salienta-se que o enfoque centrar-se-á nestas duas últimas conjunturas uma vez que tais regramentos constituem o amparo basilar da presente pesquisa.

1.1) Contexto mundial: Do período greco-romano à idade contemporânea

2 Amauri Mascaro define tais institutos de forma clara e sucinta na medida em que atribui à história do trabalho a característica de infraestrutura social, bem como concede à história do direito do trabalho o caráter de superestrutura normativa. Para aprofundamentos: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

Em que pese vigore atualmente a concepção de que “o trabalho dignifica o homem”, não podemos olvidar que as tarefas desempenhadas a título de *trabalho* foram subjugadas e inferiorizadas, como se fossem indignas.

A conotação pejorativa do trabalho encontra-se arraigada na própria origem do termo, o qual deriva da palavra latim *tripalium*, definido como uma espécie de instrumento de tortura formado por três paus, “(...) ou uma canga que pesava sobre os animais.”³

De forma similar, o texto bíblico⁴ conferiu ao trabalho significado de castigo quando relata a expulsão de Adão do paraíso e o condena a executar tarefas que, a custo de muito esforço, lhe fornecerão subsistência⁵.

No contexto da antiguidade greco-romano o trabalho braçal era considerado desprezível pelo homem livre, de modo que tais atividades eram restritas aos escravos, os quais eram considerados como propriedades, coisas, bens, ou seja, pertenciam a uma posição inferior em relação aos homens livres.⁶ Desta forma incumbia, em regra, aos homens livres o exercício de tarefas intelectuais como o pensamento e a contemplação, para as quais os escravos eram avaliados com incapazes⁷.

Ainda na conjuntura Romana, denota-se que já havia o exercício de atividades laborativas em regime de liberdade, tais como os artesãos, cujas associações eram denominadas de colégio dos Romanos, com finalidades religiosas e de socorro mútuo⁸.

Diante do aumento da população e da ausência de mão-de-obra no contexto Romano os escravos passaram a ser arrendados para outros senhores, ocasião em que os homens livres de baixa renda aproveitaram a necessidade de mão-de-obra e começaram a

3 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

4 Consta na Bíblia católica que Deus, após a criação do mundo, fez nascer um homem e uma mulher, concedendo-lhes o paraíso para que vivessem de acordo com os mandamentos que lhes foram fornecidos. Contudo, Adão e Eva não resistiram ao fruto proibido, e portanto, foram expulsos do paraíso para que pudessem redimir-se dos seus pecados, ocasião em que foram condenados a trabalhar para adquirir meios de subsistência. Patente, assim, a conotação negativa atribuída ao trabalho. É o que se infere da seguinte passagem: “Não oprimirás o diarista pobre e necessitado de teus irmãos, ou de teus estrangeiros, que está na tua terra e nas tuas portas. No seu dia lhe pagarás a sua diária, e o sol não se porá sobre isso; porquanto pobre é, e sua vida depende disso; para que não clame contra ti ao Senhor, e haja em ti pecado.”

BÍBLIA SAGRADA. Deuterônimo, capítulo 24, versículos 14 e 15 (Dt 24.14-15).

5 Neste particular oportuna a explanação da pós-tuma doutrinadora brasileira Alice Monteiro de Barros, na medida em que explicita a natureza do trabalho como forma de remissão perante Deus do pecado original cometido por Adão. Para aprofundamentos verificar: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Ltr, 2011. p. 43.

6 Tanto na Grécia antiga quanto no Império Romano atribuía-se aos escravos a característica de seres inferiores, com capacidade intelectual limitada. Portanto, cabia a estes apenas o exercício das tarefas puramente braçais e mecânicas.

7 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 43 e 44.

8 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 41.

locar seus serviços. Ambas as situações eram regidas pelo instituto da locação de coisas, denominadas, de forma genérica, como *locatio conductio*.⁹

Assim, vislumbra-se que a sociedade no período da antiguidade era composta também por pequenos produtores, tais como os camponeses e os artesãos, os quais podiam firmar contratos com a finalidade de prestar serviços mediante remuneração (*merces*). Frisa-se, contudo, que a modalidade de locação de mão-de-obra ou serviços era escassa se comparada com a escravatura. Isto porque só se permitia a locação para o exercício de atividades puramente materiais, ou seja, a *locatio* era proibida para funções de caráter intelectual¹⁰.

Outro marco histórico que contribuiu para o desenvolvimento do conceito de trabalhador, e, por consequência, da construção do direito do trabalho, foi a Idade Média¹¹, que perdurou do século V ao século XV. Nesta época, a classificação das atividades laborativas não estava vinculada à intelectualidade ou ao serviço braçal, como acontecia na Grécia e em Roma.

Oportuno evidenciar que a Idade Média compreende não só o Feudalismo¹² – de economia majoritariamente de produção agrária –, mas também de um período urbano, com grande incidência de trocas comerciais.

9 A *locatio* surgiu em meados dos séculos VII a VI a. C. no contexto Romano. Tal instituto pode ser definido como um ajuste consensual entre duas pessoas para uso e gozo de uma coisa, serviço ou obra em troca de um preço (*pensio* ou *merces*). Existiam três espécies de *locatio conductio*: a *Rei*, que como o próprio nome sugere, refere-se a locação de uma coisa; a *operis*, que regia as situações em que uma pessoa contratava a outra para a execução de uma obra, sendo oportuno ressaltar que se trata de um predecessor do que hoje se denomina por contrato de empreitada no Brasil; e, por fim, tem-se a espécie do *operarum*, considerado pela doutrina majoritária como um antecedente do contrato de trabalho, uma vez que regulamentava a utilização de mão-de-obra de outrem para prestação de serviços através de um pagamento. Para aprofundamentos acerca deste instituto consultar: BARROS, Maria Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. (...). p. 45 e 46. Ou ainda: LEITE, Jorge. *Direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 10 (notas 18 e 19).

10 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 46.

11 Em geral, o período medieval é conhecido como uma época em que havia pouca produção intelectual, conquanto existam divergências acerca deste particular.

12 A título elucidativo, o Feudalismo foi um fenômeno social e econômico que predominou na Europa Ocidental após a derrocada do absolutismo. Com a falta de segurança nos territórios urbanos houve uma migração em massa para regiões agrárias em que havia os Feudos (espaço territorial murado), que prometiam, sobretudo, segurança àqueles que os habitassem.

Havia nesta época uma divisão social que previamente estabelecia quais tipos de funções deviam ser destinadas a cada categoria. A maior autoridade em um Feudo era o Senhor Feudal, de modo que a este cabia o exercício de funções governamentais e políticas, tais como o estabelecimento de impostos, a forma de arrecadação, dentre outras questões. Abaixo do Senhor Feudal encontrava-se o Clero, que compunha os quadros das organizações religiosas. A seguir estavam posicionados os Vassalos, vulgarmente definidos como pessoas que exerciam funções de confiança do Senhor Feudal.

A produção dentro do território Feudal era estritamente agrícola, incumbindo aos servos o desempenho destas atividades braçais.

Enquanto predominava o Feudalismo as atividades produtivas pertenciam aos servos. Leciona-nos Jorge Leite¹³ que o servo era o antigo escravo ou ainda o camponês que não mais possuía terras, sendo esta uma condição hereditária. Encontravam-se restritos às terras que em que deveriam trabalhar, incumbindo a estes colocar a disposição do senhor feudal todos os frutos do seu labor.

Embora não se possa atribuir aos servos a característica de “bens” tais como aos escravos, na medida em que se reconhecia aos membros desta categoria social a qualidade de pessoas como detentores de direitos, é notável a ausência de autonomia dos servos quanto à sua produção no que tange ao consumo e a livre negociação. Os servos eram subordinados aos senhores feudais, executando as tarefas que lhes eram designadas e fornecendo sua produção no montante que lhes era exigido.

Com o início da falência do sistema Feudal, principalmente em razão da produção agrícola rudimentar e insuficiente face a quantidade de habitantes, aqueles que ainda residiam nos centros urbanos iniciaram relações de troca de mercadorias, inclusive com pessoas que se encontravam sob o mando de senhores feudais.

Em decorrência da alta concorrência e da perseguição que os mercadores sofriam, eles se agruparam em agremiações, também denominadas como corporações de ofício, as quais eram distinguidas de acordo com as atividades desempenhadas. Cada corporação possuía um regulamento próprio com a finalidade de definir as regras de produção e da profissão¹⁴.

Estas oficinas eram formadas por uma hierarquia, qual seja, mestres, aprendizes e companheiros. Cada corporação de ofício era responsável pela produção de determinados produtos, e, em alguns locais até pela sua comercialização. Conquanto estes trabalhadores fossem considerados livres, os aprendizes e companheiros possuíam uma liberdade de trabalho extremamente restrita, visto que eram praticamente proibidos de mudar de agremiação ou mesmo se desvincular¹⁵.

13 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p 11.

14 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 12.

15 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. P.. 12; ou ainda, BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho. (...)*. Op. Cit. p 47 e 48.

Não podemos deixar de considerar que o regime de trabalho dos aprendizes era extremamente exaustivo, com jornadas médias de 14 (quatorze) horas de labor por dia, finalizando, em geral, com o pôr-do-sol¹⁶.

Desta forma, o monopólio da produção e da comercialização das mercadorias foi o principal responsável pela decadência das corporações de ofício, uma vez que com o aumento de aprendizes, o período de aprendizado aumentou consideravelmente, dificultando a formação destes trabalhadores em companheiros¹⁷.

Obviamente o modelo de trabalho por agremiações foi satisfatório por um longo período, entretanto, a inflexibilidade deste sistema quanto ao livre exercício da profissão e também atinente ao livre comércio das mercadorias foi um dos fatores a ensejar sua derrocada.

A ocorrência da Revolução Francesa em 1789 finalmente suprimiu as corporações de ofício sob o crivo de que tais instituições eram incompatíveis com o ideal de liberdade¹⁸ oriundo do movimento social, na medida em que “(...) a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado.”¹⁹

Neste passo, a *Loi le Chapelier*, de 1791, vedou a instituição de corporações profissionais na França, e proibiu a reunião de trabalhadores, ainda que pacífica, em razão do cunho político que tais movimentos poderiam apresentar²⁰.

Quase concomitantemente, em 1775, desencadeou-se a revolução Industrial²¹ no Reino Unido, responsável, sobretudo, pela introdução das máquinas como meio de produção com o escopo de aumentar a produtividades das fábricas.

16 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho (...)*. Op. Cit. p. 5.

17 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho (...)*. Op. Cit. p. 5.

18 O trabalho passa a ter uma conotação abstrata, sendo considerado mais como capacidade produtiva do que como trabalho concreto. Esta abstrativização é que permite a transformação desta energia labora em *objeto passível de troca*. O renomado doutrinador português Jorge Leite relata que foi a ideia da transformação do trabalho em objeto de troca que fascinou o economista Adam Smith, o qual, segundo entendimento de Jorge Leite:

“(...) considera, aliás, esta possibilidade de cada um vender o seu trabalho uma verdadeira revolução, na medida em que torna autónomo aquele que goza de tal possibilidade. É este direito de dispor do próprio trabalho – que sucede ao não direito de épocas precedentes – que torna os indivíduos capazes de viver dos seus próprios recursos, da sua capacidade produtiva. É, afinal, este trabalho e esta liberdade – esta possibilidade de fazer do trabalho, da capacidade produtiva de cada um, um bem susceptível de troca, que passarão a figurar no centro da organização produtiva emergente” LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 17.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho (...)*. Op. Cit. p. 5.

20 Cfr. CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 15 e 16.

Em consonância com o que leciona o historiador Paulo Vicentino²², mecanizou-se, a princípio, o setor têxtil, mediante a utilização de algumas invenções da época, merecendo destaque a máquina de fiar, o tear hidráulico e o tear mecânico. Em 1712 introduziu-se no mercado a máquina movida a vapor, sendo que em sequência foram criados o barco e a locomotiva a vapor²³.

Neste contexto, estes trabalhadores fabris eram denominados de proletários, sendo assim designados aqueles que prestavam serviços por pelo menos 14 h (quatorze horas) diárias, sem possibilidade de estudar, e que residiam nas proximidades da empresa em que laboravam.

Entretanto, o advento da máquina reduziu e muito a necessidade de trabalhadores para a execução das atividades produtivas, ocasionando, por consequência a desvalorização da mão-de-obra, vez que havia um excedente de trabalhadores em relação às exigências do mercado. Dessa forma, em obediência à regra de mercado “*da oferta e da procura*” e também da legislação vigente²⁴, os trabalhadores estavam à mercê das condições impostas pelas indústrias/empregadores²⁵.

21 Considera-se, historicamente, a ocorrência de duas revoluções industriais. A primeira delas marcada principalmente pela invenção dos maquinários, e a segunda, cuja ocorrência data último quartel do século XX, momento em que se descobriu a eletricidade, a qual passou a ser utilizada como fonte de energia pelas indústrias, fomentando, sobretudo, o aumento da produção de aço pelas metalúrgicas.

CARVALHO, Augusto César Leite. *Direito do trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011. p. 6.

22 VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1997, p. 284.

23 Resta evidente que a invenção dos maquinários e a melhoria dos meios de transporte acarretavam, além da produção em larga escala, o aumento considerável da distribuição destas mercadorias.

24 A regulação jurídica das atividades laborativas embasavam-se no *Civil Code* de 1807 – o qual influenciou a legislação dos países Europeus –, que se embasa em quatro princípios primordiais:

“a) o princípio da liberdade de trabalho segundo o qual todo o homem, sem sujeição a quaisquer vínculos de natureza pessoal, pode escolher a profissão ou gênero de trabalho que lhe aprouver;

b) o princípio da autonomia da vontade segundo o qual os termos e as condições de troca da força de trabalho por um preço são determinados pelos sujeitos interessados, ambos livres e iguais;

c) o princípio da igualdade nos termos do qual todos nascem e permanecem iguais, pelo que qualquer privilégio ou vantagem previamente estabelecida em benefício de alguma das partes, além de falsear as leis da livre concorrência, quebraria o natural equilíbrio que o contrato supõe;

d) o princípio do individualismo que se traduzia na denegação de interesses coletivos e consequente proibição de quaisquer associações ou coligações consideradas atentatórias da liberdade individual.”

LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 18.

25 Cfr. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 34 e ss.

Para maiores detalhes sobre as condições de trabalho existentes no período da revolução industrial, consultar a obra acima referida (p. 40 e 41), em que o autor cita a obra de Claude Fohlen, nomeadamente no ponto em que consta um questionamento a pais de menores que trabalhavam nas fábricas, restando evidente a jornada excessiva, a falta de higiene e segurança no ambiente de trabalho, bem como os salários insuficientes que eles recebiam.

Logo, em face da ausência de um direito que regulamentasse as demandas relacionadas à atividade laboral, e tendo em vista os ideais iluministas, nomeadamente o liberalismo (*laissez-faire*²⁶) – que tinha como característica a omissão da intervenção estatal nas esferas socioeconômicas e defendia a total liberdade contratual –, as condições do exercício das atividades laborativas eram impostas pelos patrões, de modo que estes possuíam ampla discricionariedade para estabelecer jornadas desumanas, firmar contratos vitalícios, oferecer contraprestações ínfimas e expor os trabalhadores a riscos.²⁷

Devemos nos atentar, também, que a par da instituição de maquinários, os obreiros sequer foram preparados com treinamentos, tampouco receberam equipamentos necessários para as atividades que desempenhavam. Logo, os acidentes de trabalho e as doenças ocasionadas ou agravadas pelo ambiente de trabalho foram inevitáveis. Diante deste quadro, ressalta-se que os trabalhadores se encontravam completamente desamparados, na medida em que, como regra geral, inexistia contraprestação durante os afastamentos em razão de doenças ou acidentes²⁸.

O tratamento dispensado aos trabalhadores, os excessivos danos que lhes foram causados, a ausência de uma contraprestação correspondente ao trabalho desenvolvido, desencadeou uma insatisfação generalizada em relação aos empregadores. Surge então, o que doutrinariamente se denomina por “*questão social*”, traduzida como uma perturbação

O autor em voga, na mesma obra, mas em página subsequente, cita também uma matéria publicada no Jornal *The New York Times* em 1854 relatando a real situação a que as mulheres trabalhadoras eram submetidas, sem as mínimas condições de higiene, tampouco de estrutura para que as mesmas pudessem educar seus filhos.

26 Esta referência ao liberalismo econômico origina-se da expressão francesa *laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer*, que, numa tradução livre, significa: deixai ir, deixai fazer, deixai passar. Expressão esta bastante adequada aos ideais do liberalismo econômico no que atine ao distanciamento do Estado das questões relacionadas às atividades de produção. Por oportuno, destaca-se Adam Smith como representante da escola clássica liberal, o qual defendia a sujeição do salário à lei da oferta e da procura, considerando a relação capital *versus* quantidade de operários. Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho (...)*. Op. Cit. p. 47 e seguintes.

27 Neste ponto, o eminente doutrinador Jorge Leite elucidava que: “*Com uma oferta de mão-de-obra sempre muito superior à sua procura (o exército indústria de reserva de que falava Marx), a regulação do trabalho pelas leis de mercado traduziu-se na imposição unilateral das respectivas condições de troca por parte do empregador. O contrato não era, afinal, um acordo entre iguais e a liberdade de uma das partes pouco mais era do que a necessidade econômica de celebrar o contrato nas condições ditadas pela outra.*” LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)* Op. Cit. p. 18.

28 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho(...)* Op. Cit.. p. 45.

no seio social em decorrência de uma insatisfação coletiva²⁹, principalmente em face da miserabilidade a que a classe operária estava submetida³⁰.

Oportuna a lição do ilustre jurista Jorge Leite³¹:

(...) a questão social: a exploração da força de trabalho e de vida, a repressão das acções colectivas de defesa de interesses fundamentais, provocaram e exprimiram uma situação de pré-ruptura que reclamava respostas urgentes para conter as tensões crescentes. A questão social representou também um desafio à capacidade da sociedade para restabelecer os laços dilacerados pelas miseráveis condições de existência daqueles que foram agentes e vítimas da industrialização.

Era um momento de ruptura com o modelo outrora adotado, como consequência dos inúmeros prejuízos ocasionados à classe trabalhadora. Trata-se do início do intervencionismo Estatal nas relações de carácter privado, ultrapassando-se, nesta ocasião, o liberalismo clássico representado por Adam Smith, para se adotar um modelo económico-normativo que melhor amparasse os proletários/operários. A mencionada intervenção estatal decorreu, inclusive, de influências sociais, políticas, ideológicas e religiosas.

Os trabalhadores valeram-se das armas que possuíam e deflagraram sabotagens, marchas de protesto e barricadas tanto em Europa quanto nos Estados Unidos da América. Tais manifestações foram, em geral, reprimidas com violência.

O descontentamento dos trabalhadores foi uma mola propulsora para incentivá-los a se unirem para buscarem, através de uma atuação coletiva, melhorias nas condições de labor. Contudo, a *Loi le Chapelier* – originariamente francesa, mas reproduzida em diversos ordenamentos jurídicos do continente Europeu – proibia expressamente reuniões e associações de qualquer natureza.. Em razão deste óbice, estas reuniões - historicamente relacionadas ao início do movimento sindical -, ocorriam clandestinamente e à margem da lei³².

29 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*: Introdução, quadros organizacionais e fontes. 3ed. Vol. I. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2004. p. 29

30 Assinala-se que vigorava a liberdade oriunda dos ideais iluministas, de modo que o mercado adotava o *laissez-faire*. Outrossim, estávamos diante de um Estado completamente indiferente aos problemas relacionados aos contratos privados, o que apenas contribuiu para o desencadeamento da questão social, visto que os trabalhadores não possuíam qualquer amparo estatal, tampouco normativo que lhes assegurassem condições mínimas para o desempenho de suas atividades laborativas.

31 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. *Op. Cit.* p. 22.

32 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho (...)* *Op. Cit.* p. 53; DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 30.

A Inglaterra foi precursora no que se denomina por *tradeunionismo*, uma vez que em 1871 reconheceu oficialmente as associações sindicais por intermédio da Lei dos Sindicatos.

O reconhecimento dos Sindicatos como entidade legítima e, neste passo, apta a representar os interesses de categorias de trabalhadores, evidencia uma modificação significativa do contexto das relações de trabalho, pois parte-se de uma completa submissão do empregado aos ditames do empregador, e alcança-se uma etapa crucial em que se permite, ao menos, a reunião destes obreiros para analisarem os pormenores das atividades que desempenhavam, visando adotar eventuais medidas de tutela coletiva para angariarem condições de trabalho mais dignas.

No cenário político as modificações permitiram a criação de partidos conectados à classe operária com o fulcro de superar o sistema liberal ante as injustiças sociais propagadas. Karl Marx foi um dos principais condutores destas correntes políticas³³.

A par disso, a Igreja católica passou a se preocupar com a situação precária a que os operários estavam submetidos e buscou intervir em favor da classe trabalhadora. A princípio o Bispo de *Anec* encaminhou um texto ao rei da Sardenha, em 1845, demonstrando sua irresignação com a ausência de proteção ao indivíduo enquanto trabalhador e, posteriormente, o Papa Leão XII, elaborou a Encíclica *Rerum Novarum*³⁴, de 1891, de caráter eminentemente sociológico e filosófico, ocasião em que restou patente uma etapa de transição da justiça social ao estabelecer regras para a intervenção do Estado nas relações laborais³⁵. Entretanto, o regramento oriundo da instituição eclesiástica não possui o condão de obrigatoriedade, mas tão somente uma finalidade de orientação.

33 Oportuna a elucidação de Alice Monteiro de Barros acerca da insurgência de determinadas ideologias contra os princípios liberais, vejamos:

“Da mesma forma, foram-se manifestando determinadas ideologias, opondo-se contra os abusos da propriedade privada. Sustenta-se que, até mesmo doutrinas opostas, como o cristianismo e o marxismo, insurgiram-se contra o liberalismo, ainda que por meios diversos, pois o primeiro não poderia compactuar com um sistema que implicava a negação da dignidade humana, e o segundo porque os princípios liberais oprimiam as classes trabalhadoras.”

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 52.

34 Em tradução livre, tal expressão pode significar *coisas novas*.

35 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 8.

Frisa-se, por oportuno, que a instituição eclesiástica elaborou outras encíclicas com o fito de evidenciar a necessidade de se proteger os trabalhadores, as quais foram utilizadas como fundamento, inclusive, para a reforma do ordenamento normativo de alguns países.

Isto posto, ultrapassa-se a etapa em que o trabalho é regulado pelo mercado iniciando-se, então, uma nova fase em que a lei, em conjunto com a convenção coletiva, será responsável por regular a relação entre o mercado e os trabalhadores “(...) *juridicamente subordinados e economicamente dependentes.*”³⁶

As primeiras leis sociais cuidaram de assegurar proteção aos trabalhadores pertencentes às categorias mais precárias, como mulheres e crianças e, gradualmente trataram de abarcar os demais trabalhadores, promulgando-se, então, normas que fixassem proteções mínimas de trabalho, estabelecendo, por exemplo, jornadas máximas e condições de higiene e segurança³⁷.

Neste passo, o início do século XX é marcado pela instituição do famigerado e também complexo *Welfare State*, o qual disciplina, sobretudo, a adoção de medidas de cunho social, visando humanizar o capitalismo decorrente do *laissez-faire*, que, como visto, pregava a liberdade irrestrita da produção. Assim, podemos dizer que o *Welfare State* é um regime que tenta equilibrar as ações econômicas e as provisões sociais fornecidas pelo Estado, tais como o acesso a saúde e medidas assistencialistas³⁸.

Um marco importante na regulação das normais laborais que surgiu como corolário da necessária realização da justiça social, foi a constitucionalização dos direitos sociais, que alberga normas fundamentais do direito do trabalho. Este fenômeno foi observado ao final da primeira guerra mundial quando em 1917 o México inseriu em sua Constituição preceitos relativos à seara juslaboral, sendo seguida pela Constituição alemã

36 -E Ray. *Apud* LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho (...). Op. Cit.* p. 22.

37 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...). Op. Cit.* p. 23.

38 GARLAND, David. *What is the Welfare State: A sociological restatement.* Palestra proferida em 14 de novembro de 2014 na “The London School of economics and Political Science”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=n0zkOFzkpeY>>. Último acesso em: 14 de abril de 2015.

Durante palestra proferida no *London Economic School*, David Garlan pondera que a população muitas vezes é contrária a este regime e defende as políticas de livre mercado, entretanto, contraditoriamente, apoia medidas de caráter social que são nada menos do que a fundação do regime do bem-estar social. A exemplo, o palestrante citou situação corrente nos Estados Unidos da América, em que grande parte da população defende a liberdade de mercado e repudia o *Welfare State* ao mesmo tempo em que defende medidas sociais como o *health insurance* e *medicare* (ambas referem-se a benefícios de saúde concedidos pelo governo estadunidense).

Atinente ao Estado de Bem-Estar Social cfr.: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho (...). Op. Cit.* p. 85.

de Weimar, de 1919. Desencadeou-se um efeito em cadeia, de modo que diversos outros países inseriram normas trabalhistas em suas constituições³⁹.

Em 1919 o Tratado de Versalhes instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), conferindo-lhe a incumbência de proteger as relações entre empregados e empregadores mediante a expedição de convenções e recomendações. Trata-se de um marco no desenvolvimento do quadro protetivo e regulador das normas laborais ao garantir proteção de amplitude internacional aos trabalhadores, universalizando-a.

Na sequência, institui-se na Itália, em 1927, a *Carta Del Lavoro*, a qual estabeleceu o sistema corporativista, que foi adotado por diversos países como Portugal, Espanha e Brasil. Na concepção que nos interessa neste momento, o corporativismo pode ser definido como:

(...) um modelo de representação de interesses ou categorias profissionais e econômicas, que é o sentido com que o vocábulo é aqui examinado, do corporativismo como uma forma de organização das classes sociais pela ação intervencionista do Estado visando a integrar as forças produtivas – os grupos profissionais e econômicos – em organizações verticais e não conflitivas, cujas associações, para que tenham existência legal, dependem do reconhecimento do Estado, do qual recebem a delegação do exercício de funções públicas, detentoras do monopólio da representação no interior de sua respectiva categoria.

⁴⁰

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, traz em seu bojo normas de limitação das condições de trabalho, como a duração razoável do trabalho e o direito a férias remuneradas, por exemplo.

Em consonância com a finalidade deste estudo e a par de toda a cronologia evolutiva da seara laboral no contexto mundial⁴¹, vislumbra-se que, a princípio, predominava a autonomia da vontade, de modo que as partes (empregado e empregador)

39 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.*, p. 8.

40 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 63 e 64.

41 A célebre jurista brasileira Alice Monteiro de Barros estabelece, de forma sintética e extremamente didática, quatro etapas de evolução do direito do trabalho no contexto mundial, quais sejam:

- Formação (1802 a 1848): quando são criadas as primeiras leis que visam tutelar os direitos dos trabalhadores;

- Intensificação (1848 a 1890): marcado pelo Manifesto Comunista e pela criação do seguro social (Alemanha em 1883);

- Consolidação (1890 a 1919): caracterizada pela manifestação eclesial a favor da proteção aos obreiros;

- Autonomia (1919 até o presente momento): assinalada pela criação da OIT, que universalizou o direito do trabalho, bem ainda pela constitucionalização do direito do trabalho enquanto direito social.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 54 e 55.

tinham maior liberdade para estipular as condições em que o labor seria prestado. Todavia, ao longo do processo de evolução do direito do trabalho e do conseqüente reconhecimento da importância das normas juslaborais, estabelece-se um sistema com restrições, fixando condições mínimas através de normas cogentes, imperativas⁴², que vedam renúncia pelas partes. Neste ínterim se mostra adequada a lição de Jorge Leite⁴³:

O direito do trabalho vai, assim, afirmar-se como um ‘direito da desigualdade’, abandonando o anterior dogma dos sujeitos livres e desiguais, um direito que não confia, nem nos automatismos do mercado, nem na autonomia da vontade, como mecanismos de realização de uma troca justa e que, por isso, limita a liberdade contratual, fixando um conjunto de garantias que a vontade das partes é impotente para afastar. É este o expediente a que recorre a nova forma de regulação para civilizar as relações de trabalho, isto é, para se subtrair à lógica das relações de força, um objetivo em que o direito civil claudicou.

Atualmente, não remanescem dúvidas de que a atividade laboral desempenha um papel de suma importância na vida social de cada indivíduo, tampouco que se traduz em direito humano fundamental, cercado de garantias de caráter constitucional e também internacional.

Entretanto, esta seara tem sido objeto de inúmeras modificações. Sob o prisma da readequação das normas trabalhistas às novas formas de produção e, principalmente, ao mercado globalizado, nos encontramos diante do dilema: flexibilização x desregulamentação x precarização, consoante será evidenciado em momento oportuno do presente estudo.

Não podemos deixar de considerar que os problemas que afetaram os sistemas econômicos em escala global aumentaram, por conseqüência, o índice de desemprego, os empregos informais, a redução de jornadas e salários para evitar dispensa em massa, bem como o aumento da terceirização⁴⁴. Outrossim, as inovações tecnológicas, dentre outros fatores, trouxeram a necessidade de readequação das normas laborais com a finalidade de englobar as novas modalidades de trabalho em consonância com as necessidades do mercado e dos próprios trabalhadores.

42 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 53.

LEITE, Jorge. *Direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 24.

43 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 24.

44 A NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 70.

Desta forma, nas brilhantes palavras de Amauri Mascaro do Nascimento⁴⁵:

(...) o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas.

Atribui-se a introdução dos novos maquinários tecnologicamente avançados a nomenclatura de terceira revolução industrial, sendo, dessa forma, um novo momento de ruptura que já está afetando as normas trabalhistas.

Denota-se de todo o conjunto histórico que os trabalhadores submetidos a condições desumanas de trabalho, garantiram, mediante um longo processo, uma proteção normativa paulatina até alcançar a constitucionalização e arrimo a nível internacional. A regulamentação das normas juslaborais nos moldes atuais é, então, reflexo de uma busca progressiva pela proteção dos trabalhadores enquanto cidadãos.

Contudo, é possível extrair dos atuais parâmetros a grande incidência das modificações das normas trabalhistas, visando, sobretudo, fornecer ao mercado produtivo uma maior amplitude de atuação. Neste contexto, há a probabilidade de estarmos diante de uma nova questão social a ocasionar profundas alterações no quadro normativo e até mesmo da própria finalidade do direito do trabalho.

1.2) Contexto brasileiro

Incontroverso que o Desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil foi inspirado nas modificações iniciadas em outros países – principalmente do continente europeu - inclusive, com a reprodução de movimentos sociais similares.

Contudo, por ser o Brasil um país muito recente quando comparado aos países da Europa ocidental, seu legado histórico, por conseguinte, é mais sucinto. Neste passo, não pretendemos nos alongar no discurso acerca da história do direito do trabalho, até porque

45 Idem.

isto não coaduna com o propósito do presente estudo. Desta forma, abordaremos os aspectos mais relevantes para a melhor compreensão do tema sob análise.

A primeiras constituições brasileiras cuidaram, tão somente, de estabelecer normas relacionadas à forma do Estado e ao sistema de Governo, contudo, passaram a abranger, paulatinamente, normas relativas aos demais ramos jurídicos.

A constituição imperial de 1824, acompanhando os ideais da revolução francesa e o movimento iniciado no continente europeu no sentido de garantir ampla liberdade para o exercício das profissões, aboliu as corporações de ofício (artigo 179, inciso XXV)⁴⁶.

Neste passo, em 1830 foi publicada a *Lei de 13 de Setembro de 1830*, que regulamentou a prestação de serviços tanto para brasileiros quanto para estrangeiros⁴⁷. A partir de então, o processo legislativo neste particular mostrou-se mais preponderante, de modo que em 1837 passou a vigorar a lei nº. 108 a respeito, novamente, dos contratos de prestação de serviços, disciplinando, sobretudo, a respeito da justa causa de ambas as partes⁴⁸.

O Código Comercial de 1850, primeiro código nacional, trouxe em seu bojo regras acerca de diversas searas do direito, sendo que cuidou, ainda, de mencionar o armador e seus tripulantes, bem como albergar preceitos relativos ao aviso prévio, indenização pela rescisão injusta do contrato a termo e a garantia do salário em caso de acidente de trabalho⁴⁹.

Diante das profundas modificações socioeconômicas oriundas da expansão da produção de café no sudeste brasileiro, o regime de escravidão passou a ser duramente questionado. O movimento abolicionista surgiu por volta de 1870, incentivando fugas e rebeliões.

Por outro lado, a expansão da produção cafeeira se deparou com a falta de mão de obra, ocasião em que os fazendeiros da região paulista decidiram substituir o trabalho

46 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 60 e 61.

47 A título de conhecimento, o texto da mencionada lei encontra-se disponível no seguinte link: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37984-13-setembro-1830-565648-publicacaooriginal-89398-pl.html>. Último acesso em: 16 de maio de 2015.

48 A mencionada lei está disponível para consulta no seguinte link:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-108-11-outubro-1837-559407-publicacaooriginal-85738-pl.html>>. Último acesso em: 16 de maio de 2015.

49 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho. (...)*. Op. Cit. p. 55; CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 61.

escravo pelo trabalho livre, incentivando a imigração dos europeus, principalmente italianos, para trabalharem junto às lavouras mediante contraprestação.

Neste contexto, como as Leis do Ventre Livre (1871)⁵⁰, Saraiva Cotegibe (1885)⁵¹ e Áurea (1888), trataram da libertação dos escravos e, esta última, da completa abolição da escravatura, o Brasil se deparou com uma excessiva demanda de trabalhadores, sendo que a maioria era desqualificada em termos profissionais, até porque oriundos do regime da escravatura.

Assim, com a abolição da escravidão – marco de referência para o direito do trabalho no Brasil – e a proclamação da república, o direito do trabalho inicia um período liberal, cujas produções legislativas, embora sem grande relevância, foram essenciais para o desenvolvimento do quadro normativo atual⁵².

O alto índice de imigração⁵³, a ausência de intervenção estatal nas relações de trabalho em razão da influência do liberalismo e as condições de trabalho com escassa proteção normativa, foram alguns dos motivos que ocasionaram a eclosão de movimentos grevistas como forma de lutar por melhorias de condições de trabalho, a exemplo da redução da jornada⁵⁴.

50 A Lei do Ventre Livre assegurou que os filhos de escravos fossem detentores de plena liberdade, não devendo ser submetidos ao regime de escravidão a que os pais estavam sujeitos. Entretanto, ainda que livres na concepção legal, estas crianças conviviam diuturnamente sob o manto da escravidão, até porque seus pais permaneciam nesta condição.

51 A Lei Saraiva Cotegibe concedeu liberdade aos escravos que completassem 65 (sessenta) anos de idade, impondo a condição de que estes deveriam cumprir pelo menos 03 (três) anos de trabalho espontâneo. Esta norma foi duramente repudiada, primeiro porque, diante das condições de sobrevivência dos escravos, estes raramente atingiam a idade indicada na lei; segundo porque beneficiava os proprietários de escravos ao libertá-los de arcar com eventuais custos destes escravos; terceiro em razão de, após atingir tal idade, raramente estes cidadãos encontrariam outro meio de garantir sua subsistência. Não era raro que, ainda livres, estes escravos continuassem exercendo suas atividades junto aos seus “senhores”, ou ainda que se direcionassem aos quilombos em busca de abrigo e proteção.

52 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 88.

53 Nesta senda, Amauri Mascaro do Nascimento, citando Leôncio Rodrigues, elucida que:

“No Estado de São Paulo, em 1901, dos 50.000 operários, os brasileiros eram menos de 10%. Na capital paulista, entre 7.962 operários, 4.999 eram imigrantes, sendo a maioria absoluta de italianos. Pelo recenseamento de 1906 do Rio de Janeiro, numa população de 811.443 habitantes, 118.770 eram operários e a maioria estrangeira, principalmente portuguesa e espanhola. No Relatório do Departamento Estadual do Trabalho de São Paulo, de 1912, consta que nas 31 fábricas de tecidos da capital trabalhavam 10.204 operários, dos quais 1.843 brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% espanhóis.”. Cfr. RODRIGUES, Leôncio apud NASCIMENTO, Amauri Macaro. *Curso de Direito do Trabalho (...)* Op. Cit. p. 89.

54 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 89.

Segundo o autor, a par de inúmeras paralisações perpetradas em diversas regiões do país, o movimento paredista de 12 de junho de 1917 possui relevância em decorrência da quantidade de trabalhadores que aderiram a greve – em torno de 20.000 -, bem como da longa extensão da paralisação dos obreiros – cerca de 01 mês. Os trabalhadores lograram êxito e conseguiram o aumento salarial que almejava. (PÁG. 90).

Atinente à incipiência dos operários em contraste com o modelo de Estado liberal não intervencionista adotado pelo Brasil, o jurista brasileiro Maurício Godinho Delgado⁵⁵ pondera que:

Paralelamente a essa incipiência na atuação coletiva dos trabalhadores, também inexistiu uma dinâmica legislativa intensa e contínua por parte do Estado em face da chamada questão social. É que prepondera no Estado brasileiro uma concepção liberal não intervencionista clássica, inibidora da atuação normativa heterônoma no mercado de trabalho. A esse liberalismo associa-se um férreo pacto de descentralização política regional — típico da República Velha —, que mais ainda iria restringir a possibilidade de surgimento de uma legislação heterônoma federal trabalhista significativa.

Assim, o período de 1888 a 1930 é marcado pela produção de diplomas esparsos concernentes às normas trabalhistas⁵⁶, como as normas referentes à sindicalização dos profissionais de agricultura (1903), bem como dos trabalhadores urbanos (1907). Além, em 1916⁵⁷ foi promulgado o código civil, cujo vasto conteúdo abarcava a prestação de serviços de trabalhadores.

Em 1919 tem-se as primeiras normas que abordam o acidente de trabalho, ainda que de maneira simplista. Na sequência, a Lei Elói Chaves, de 1923, representa um marco para o desenvolvimento da seara juslaboral no ordenamento jurídico brasileiro, que garantia a estabilidade decenal aos ferroviários que laboravam por mais de 10 anos para o mesmo empregador. Esta legislação foi estendida, posteriormente, às demais categorias.

Contudo, a doutrina atrela o surgimento do direito do trabalho nos quadros normativos pátrios ao surgimento do Ministério do Trabalho e Emprego⁵⁸, de 1930⁵⁹. Isto

55 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 44.

56 Não podemos deixar de considerar que a Constituição Federal de 1891 garantiu a liberdade de associação, de forma genérica, disciplinando que a todos era garantido o direito a livre associação sem armas, não devendo haver qualquer intervenção, exceto para manter a ordem pública.

Para incursão mais aprofundada nos diplomas legais publicados à época, conferir:

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 45.

57 Com a contribuição do renomado jurista Clovis Bevilacqua, o Código Civil brasileiro de 1916 possui grande relevância para a seara jurídica, visto que quase completou um século de vigência. Este *códex* permaneceu vigente até 2002, oportunidade em que foi aprovado o novo Código Civil.

58O Ministério do Trabalho e Emprego, instituído por intermédio do Decreto 19.433/1930, durante o Governo de Getúlio Vargas, é um órgão da administração pública e tem por finalidade precípua discutir questões relacionadas, por exemplo, à criação de empregos ou a geração de renda, bem como fiscalizar o correto cumprimento da Lei por ambas as partes envolvidas em uma relação de trabalho, aplicando, quando necessário, a devida sanção. Tal órgão possui autonomia, inclusive, para autuar empresas que descumprem a legislação vigente visando, sobretudo, inibir a reiteração da prática que considera ilícita.

A par disso, embora a atuação do Ministério do Trabalho seja alvo de duras críticas pela classe jurídica, nomeadamente pela ausência de razoabilidade ao aplicar uma penalidade, principalmente em função do poder-dever de autuação (artigo 628 da Consolidação das Leis do Trabalho), esta instituição exerce papel de suma relevância à sociedade e àqueles trabalhadores que se encontram em condições de trabalho precárias.

porque, embora houvesse legislação pretérita que visava regulamentar as relações de trabalho (em seu sentido amplo), a efetiva regulamentação foi notória tão somente após a criação do mencionado ministério.

A partir de então se inicia a etapa da institucionalização do direito do trabalho, marcada pela “(...) *intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica que se instaura no país com a derrocada, em 1930, da hegemonia exclusivista do segmento agroexportador de café.*”⁶⁰.

Desta forma, estamos diante de um estado altamente intervencionista, que embora reprimisse as manifestações dos operários, também instaurou um novo modelo do sistema juslaboral, com normas mais minuciosas, sendo controlado pelo Estado⁶¹. O mencionado modelo contemplou a criação do Ministério do Trabalho e Emprego, a estruturação sindical e a adoção de um sistema judicial de solução de conflitos trabalhistas, sendo este o nascedouro da justiça especializada do trabalho no Brasil.

Logo, vê-se que a criação das normas trabalhistas com viés de fornecer maior amparo ao lado mais frágil desta relação origina-se de uma intervenção estatal mais rigorosa, instaurando, assim, um modelo trabalhista corporativista (Constituição de 1937⁶²), o qual cuidou, ainda, de reprimir quaisquer tipos de manifestações, inclusive políticas e operárias.

Nesta esteira a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi formalizada em 1943, albergando em seu bojo as normas trabalhistas esparsas existentes até aquele momento, bem como trazendo modificações à legislação então vigente, sendo, em verdade, um efetivo código do trabalho, embora possua nomenclatura diversa.

Concernente à criação da CLT, Amauri Mascaro⁶³ pondera em sua obra que não foi possível atingir a finalidade de “(...) *cristalização dos direitos trabalhistas*”, pois

Apenas a título de esclarecimento, diversos Auditores-Fiscais do Trabalho, responsáveis pelas fiscalizações, já foram alvo de crimes brutais ou ainda de ameaças, sendo que tais atos são, em regra, direcionados aos profissionais que se deslocam para regiões rurais visando verificar as condições de trabalho.

59 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho.* (...) *Op. Cit.* p. 56.

60 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.*(...) *Op. Cit.* p. 46.

61 *Idem.* Para um melhor panorama sobre a legislação criada à época, conferir as páginas subsequentes, em que o autor detalha os instrumentos normativos mais importantes.

62 Esta Carta Magna cuidou de trazer a expressão “Justiça do Trabalho”, o que, posteriormente, conduziria a uma melhoria do sistema judicial, criando-se este ramo judicial por intermédio do Decreto-Lei 1.237/1939. – DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* (...) *Op. Cit.* p. 47

63 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 104.

trata-se de seara extremamente mutável que exige constantes adequações normativas. Além disso, ressaltou que:

(...) operou-se uma substancial alteração na filosofia que presidiu a evolução das normas constitucionais, com a Constituição Federal de 1946, de cunho social-democrático, com medidas de natureza neoliberalista, porém respeitando a liberdade em dimensão maior, confrontada com o pensamento corporativista que pesou na edificação dos principais pontos da CLT.⁶⁴

Nesta senda, a atual Constituição, publicada em 1988, cuidou de elevar ao patamar de direitos fundamentais diversos direitos trabalhistas, os quais se encontram elencados como direitos sociais nos artigos 7º ao 11º⁶⁵. Logo, vê-se que o Brasil acompanhou a tendência mundial de constitucionalização dos direitos do trabalho, embora com considerável atraso se comparado com países como México e Alemanha, nos moldes evidenciados alhures.

Não estávamos, portanto, diante do corporativismo autoritário de outrora. Contudo, em decorrência da dinamicidade deste ramo jurídico, e em razão das modificações socioeconômicas da década de 1990, originadas pelo estreitamento das relações comerciais interpaíses e intercontinentais, o direito do trabalho passou a ser questionado enquanto instrumento legal rígido, e passou a ser, constantemente, alvo de análises em inúmeros aspectos, inclusive o efeito que produz no mercado produtivo⁶⁶.

Em que pese o *status* atribuído à seara juslaboral por ocasião da promulgação da Constituição Cidadã, não se pode olvidar que o mencionado ramo jurídico se deparava com outro momento de transição, novamente, em face da nova realidade de mercado, que agora recebia o atributo de globalizado, acirrando, assim, a competição entre as indústrias a nível internacional⁶⁷.

A necessidade de readequação das normas trabalhistas no Brasil, embora pretendesse discorrer sobre a mesma situação fático-jurídica, foi abordada de variados modos pela doutrina, quais sejam: crise do direito do trabalho, democratização x desarticulação, ou ainda flexibilização *versus* desregulamentação.

64 Idem.

65 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 06.

66 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* .p. 06.

67 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* .p. 07.

À semelhança do que já foi constatado em outras oportunidades no transcurso do presente estudo, mais uma vez o direito do trabalho brasileiro foi influenciado pelas convergências constatadas em outros países, entretanto, como efeito direto da globalização, a reanálise/readequação das normas trabalhistas está sendo objeto de questionamento em diversos países ocidentais, de forma concomitante.

Conquanto tal fenômeno tenha se apresentado nos primórdios da década de 1990, o Brasil ainda não logrou estabelecer normas com caráter duradouro, até porque o próprio mercado tem sofrido mutações contínuas, o que impede a cristalização normativa.

Deste modo, considerando que a legislação trabalhista majoritária encontra previsão na CLT e na Constituição Federal, ambas inaptas a abarcar todas as peculiaridades das relações laborais, o Judiciário Especializado⁶⁸, por intermédio das jurisprudências, vêm, constantemente, suprimindo os vazios das normas com o estabelecimento de súmulas, orientações jurisprudenciais e decisões colegiadas.

Por fim, destaca-se que o quadro atual das normas laborais no Brasil não divergem do contexto mundial, no sentido de se encontrar em momento de transição e readaptação às novas modalidades de trabalho, face as alterações do panorama sócioeconômico.

1.3) Contexto português

Em termos gerais podemos dizer que o desenvolvimento do direito do trabalho luso acompanhou o processo explicitado alhures como contexto mundial, embora com algumas particularidades.

Assim como em diversos países, nomeadamente aqueles do continente europeu, o desenvolvimento do direito do trabalho em Portugal enfrentou duas fases, quais sejam: a etapa da anomia, definida pela total ausência de participação estatal nas relações de trabalho, estando estas a mercê das leis de mercado e da autonomia das partes, bem como a fase de “(...) *intervenção tutelar do direito do Estado no mundo do trabalho*”⁶⁹, também denominada por heteronomia.

68 A título de elucidação esclarece-se que a Justiça Especializada do Trabalho no Brasil é composta por 24 tribunais, sendo que cada qual corresponde a um Estado Federativo, bem como possui um Tribunal Superior do Trabalho, cuja atribuição é o exame de contendas de maior complexidade, possuindo rol extremamente restritivo de matérias que lhe competem.

69 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...). Op. Cit.* p. 26.

Limitando-nos ao que pretendemos desenvolver ao longo do presente estudo, deter-nos-emos, tão somente, à fase da heteronomia com o propósito de evidenciar as principais especificidades do desenvolvimento da seara jurídica sob exame. Visto que inexistente consenso sobre a periodização desta etapa, elucidamos que acompanharemos a quadripartida.

O primeiro interregno que abrange de meados do século XIX até 1910 (monarquia) é marcado pelo início da formação do direito do trabalho.

Nos moldes dos acontecimentos históricos desencadeados nos demais países do continente europeu, Portugal adotou um modelo liberalista, o qual confrontava com a existência das corporações de ofício, uma vez que tais instituições tolhiam a liberdade de exercício das profissões, consoante já explicitado alhures. Outrossim, a greve era considerada crime pelo artigo 227 do Código Penal de 1852.

Neste passo, o Decreto de 07 de Maio de 1834⁷⁰ pôs fim às corporações de ofício, e, através de uma interpretação extensiva, proibiu qualquer tipo de associação profissional, inclusive as sindicais. Apesar de proibido, o associativismo passou a ser uma realidade, “(...) sendo a sociedade dos Artistas Lisbonenses (1838) e o Centro Promotor dos Melhoramentos das classes Laboriosas (1852) as suas primeiras expressões com alguma importância”⁷¹.

O primeiro Código Civil, datado de 1867, embora trouxesse em seu bojo normas relacionadas à prestação de serviços, assemelhava-se ao *code civil* de 1804 na medida em que apenas abordou o trabalho assalariado de forma superficial sem, sequer, conferir proteção ao hipossuficiente.

Ao final do século XIX são promulgadas as primeiras leis sociais portuguesas, as quais cuidaram de conferir amparo aos menores e crianças, de estabelecer condições de higiene e segurança, de criar serviços públicos com a finalidade de fiscalizar as condições

70 O texto do Decreto de 7 de maio de 1934 foi promulgado por D. Pedro IV, nos seguintes termos:

“Não se coadunando com os princípios da Carta Constitucional da Monarquia, base em que deve assentar todas as disposições legislativas, a instituição de Juiz e Procuradores do Povo, Mesteres, Casa dos Vinte e Quatro e classificação dos diferentes grêmios; outros tantos estorvos à indústria nacional, que para medrar muito carece de liberdade que a desenvolva e da proteção que a defenda; Hei por bem, em nome da Rainha, decretar o seguinte: Artigo 1º Ficam extintos os lugares de Juiz e Procuradores do Povo, Mesteres, Casa dos Vinte e Quatro, e os grêmios dos diferentes ofícios.”

Cfr. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1993. p. 48.

71 GOODOLPHIM, Costa *apud* LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho (...)*. Op. Cit. p. 27.

de trabalho, bem ainda, de criar órgãos voltados à resolução dos conflitos oriundos do trabalho⁷².

Nesta senda, o Decreto de 14 de abril de 1891, juntamente com o regulamento de 16 de março de 1893, representou o início da intervenção estatal no direito do trabalho, através da imposição de uma jornada máxima de labor (dez horas diárias) e de uma idade mínima para a admissão ao trabalho, dentre outras particularidades⁷³.

Apesar da inexistência de órgão judiciário responsável pela resolução dos conflitos originados nas relações de trabalho, foram criados os Tribunais dos Árbitros Avindores. Entretanto, tais conflitos deveriam ser solucionados pessoalmente pelos empregadores e trabalhadores, sendo proibida a intervenção de advogados⁷⁴.

Com a queda da monarquia e instituição da república, inicia-se um novo interstício que transcorre de 1910 a 1926. A produção legislativa neste período não foi abundante, conquanto possuam suma importância para a seara laboral ao garantirem direitos de extrema relevância para os trabalhadores.

Merece realce o decreto de 06 de dezembro de 1910 que regulamentou a greve e o *lockout* e, por consequência revogou legal do crime de greve. Bem ainda, destacam-se os diplomas relativos à duração do trabalho e a responsabilidade civil em caso de acidente de trabalho⁷⁵.

Outro marco deste período foi a criação do Ministério do Trabalho e da Previdência Social através da Lei 494 de 1916.

A terceira periodização do desenvolvimento do direito do trabalho abarca todo o período ditatorial desde o golpe de que derrubou a I República, em 28 de Maio de 1926, até a restauração da República após a derrocada de Salazar, em 1974.

72 JORGE LEITE – PG. 27. Para aprofundamentos, conferir a nota de rodapé 47 do autor em questão, em que o mesmo elenca uma série de autores do período que elucidam a realidade da época.

73 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 28.

74 É o que dispõe o artigo 10º da Lei de 14 de Agosto de 1889. Esta norma permitia que, em situações excepcionais, as partes fossem representadas por operários ou indústrias.

75 A Lei 83 de 1913 trouxe normas relacionadas aos acidentes de trabalho nas indústrias ou atividades perigosas, consagrando a teoria do risco profissional. Na sequência instituiu-se o seguro obrigatório para os acidentes de trabalho, bem como seguros sociais para os casos de invalidez, doença e sobrevivência, conforme, respectivamente, os decretos 5.637 e 5.638, ambos de 1919.

Por outro lado, os diplomas normativos da época também determinaram o descanso semanal remunerado (decreto 8 de 1911) e estabeleceram a jornada máxima diária em 10 horas (Lei 295 de 1915) e semanal em 60 horas (Lei 296 de 1915). Nesta toada, o decreto 5.516 de 1919, que modificou a duração trabalho e estabeleceu jornadas mais benéficas, em 08 horas diárias e 48 semanais.

Diante do vasto lapso temporal, este interregno foi subdividido em: pré-corporativo, corporativo e pós-corporativo (marcado pela retirada do corporativismo das políticas do trabalho).

Através da Constituição de 1933 - que além de consagrar alguns direitos trabalhistas também passou a regular o sistema laboral – e do Estatuto do Trabalho Nacional foram estabelecidos os alicerces do sistema corporativista no direito português, oportunidade em que se constatou uma vasta produção normativa atinente à seara laboral, constituindo o “(...) primeiro conjunto sistemático registrado pela história do Direito do Trabalho português.”⁷⁶.

O corporativismo lusitano foi inspirado no sistema instituído por Mussolini, de modo que se fundou na doutrina da igreja católica, bem como se caracterizava pela valorização do coletivo em detrimento do individual e pelo poder autoritário e centralizador do Estado⁷⁷.

O eminente Jorge Leite disciplina que a adoção do sistema corporativista pretendeu fornecer uma resposta à então questão social, em vista dos inúmeros conflitos decorrentes dos interesses opostos dos operários e dos empregadores. Outrossim, o mencionado doutrinador define o corporativismo português nos seguintes moldes:

(...) o corporativismo português assentava, assim, em princípios opostos aos do liberalismo e aos do associativismo; se, por um lado, não vedava a iniciativa económica nem negava a propriedade privada (ambas limitadas pelo interesse público), ocultava, por outro lado, a conflitualidade social afirmando a solidariedade de patrões e trabalhadores e entendendo os interesses de uma e de outros limitados pelo bem comum e pelo interesse nacional.⁷⁸

Não podemos olvidar que o direito do trabalho português obteve seu ápice legislativo no período corporativista, pois houve uma abundante criação de normas que visavam regulamentar todos os pormenores das relações laborais. Este período correspondeu à uma fase de profusa produção científica, inclusive, do Direito do Trabalho⁷⁹.

76 FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do Trabalho*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 36.

77 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. *Op. Cit.* p. 31.

78 LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. *Op. Cit.* p. 32.

79 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 74.

Nesta senda merece destaque a Lei n.º 1.952/1937 que instituiu o Regime Jurídico do Contrato Individual do Trabalho⁸⁰, o qual foi aperfeiçoado pelos Decretos-Lei n.º 47.032/1966 e n.º 49.408/1969.

Os sindicatos e as associações patronais pertenciam à própria organização corporativa, conquanto tenham sido instituídos, à época, sob o manto da unicidade sindical, não sendo permitida a concorrência entre entidades sindicais da mesma categoria profissional⁸¹. Neste passo, as convenções coletivas eram reguladas pelos Decretos-Leis n.º 36.173/1947 e n.º 49.212/1969.

Além, destacam-se os diplomas legislativos relativos à redução da jornada de trabalho (Decretos-Leis n.º 24.402/1934 e 409/1971, aos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (Leis n.º 1.942/1936 e n.º 2.127/1965, bem como Decreto-Lei 360/1971).

A intervenção estatal nas relações do trabalho se mostra, assim notória, uma vez que denota-se que o Estado preocupou-se em disciplinar regras relacionadas as mais variadas minúcias das relações laborais, como as condições mínimas de trabalho, o associativismo sindical, duração do trabalho, férias, acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Na etapa denominada por *liberalização corporativista*, com início por volta da segunda metade da década de 1960, foi marcada por reformas nas principais leis trabalhistas, com alterações no regime jurídico dos contratos individuais de trabalho, bem como na contratação coletiva⁸².

A última etapa de periodização do desenvolvimento do direito do trabalho em Portugal inicia com a Revolução dos Cravos, em 25 de abril de 1974, cujo almejo foi atingido com a ruína do Estado Novo de Salazar e consequente reinstauração da república.

As normas laborais, mais uma vez, refletem a realidade enfrentada por Portugal, qual seja: grande agitação social oriunda da transição do regime autoritário e crise econômica, designadamente em razão da crise do petróleo⁸³.

80 Oportuno asseverar que esta lei foi parcialmente revogada pela promulgação do Código do Trabalho de 2003, o qual representa um dos marcos da modificação das leis trabalhistas sob o prisma da flexibilização desta seara jurídica. *A posteriori*, promulgou-se o Código do Trabalho de 2009, o qual continua em vigor no ordenamento jurídico português.

81 A Constituição da República de 1976 garante a ampla liberdade sindical em seu artigo 55, vigorando atualmente, por conseguinte, a pluralidade sindical.

82 Para aprofundamentos conferir: LEITE, Jorge. *Direito do trabalho (...)*. Op. Cit. p. 37.

83 A crise do petróleo da década de 1970 foi ocasionada pela excessiva procura do produto, que ultrapassava a produção das grandes indústrias petrolíferas, e, como consequência, o preço do barril de petróleo aumentou consideravelmente, o que ocasionou a crise econômica da época.

A princípio (até meados de 1975) os trabalhadores reivindicaram aumento de salários reais e influenciaram, inclusive, na gestão de grandes empresas.

Entretanto, após a entrada em vigor da Constituição da República de 1976 resta evidente a constitucionalização de inúmeros direitos trabalhistas, consoante se denota dos preceitos consignados nos artigos 53º e seguintes na Carta Magna.

Nas brilhantes palavras de Jorge Leite:

A legislação deste período reflecte ainda duas outras tendências, idênticas, aliás, às da generalidade dos países da Europa Ocidental: uma, mais conjuntural, com características de emergência através da adopção de medidas adequadas a situações de crises das empresas, e outra, mais estrutural, de maior flexibilização de alguns institutos jurídico-laborais frequentemente justificada com as profundas transformações tecnológicas (que alguns autores designaram como terceira vaga) e com a chamada mundialização da economia.

Em 2003, após minucioso processo de revisão das normas laborais e visando unificar as leis esparsas, entrou em vigor o Código do Trabalho português. Embora conste em sua exposição de motivos que se tratou de unificação da legislação outrora vigente, o mencionado *códex* foi muito criticado pela redução dos direitos trabalhistas.

A exemplo cita-se a supressão do princípio do *favor laboratoris* (também denominado como tratamento mais favorável), insculpida no artigo 4º, n.º 1, que autorizava a convenção coletiva do trabalho a constituir condições de trabalho contrárias à lei, ainda que prejudiciais aos obreiros. Inexistia, sequer, um rol mínimo de direitos inatingíveis por esta regra, de modo que se questionou, inclusive, a constitucionalidade deste preceito, porquanto a Constituição da República consagra em seu artigo 59º as garantias mínimas dos trabalhadores. Com a reforma do Código de Trabalho em 2009, o princípio do tratamento mais favorável não foi ressuscitado, contudo, as normas trabalhistas continuaram com sua qualidade de convênio-dispositivas⁸⁴, conquanto este Código estabeleça exceções à regra em seu artigo 3º, n.º 3⁸⁵.

84 As normas convênio-dispositivas são aquelas que podem ser subjugadas pelas disposições convencionais, ou seja, que permitem que a convenção coletiva de trabalho disciplinem direitos trabalhistas em contrariedade com a previsão da Lei, ainda que de forma prejudicial.

85 Por outro lado, faz-se oportuno ressaltar o posicionamento adotado por Maria do Rosário Palma Ramalho e Monteiro Fernandes no sentido que o *favor laboratoris* foi mantido pelo ordenamento jurídico luso no Código do Trabalho de 2009 no que se mostrava conveniente, qual seja, a proteção dos direitos mínimos dos trabalhadores. Para maiores delongas, inclusive sobre a vertente de supressão do famigerado preceito, conferir:

A reforma do Código do Trabalho de 2009 não abrandou as críticas do Código anterior. Não podemos deixar de considerar que ambos os códigos laborais decorreram de momentos de crises econômicas que atingiram Portugal, e ressaem do período em que a bandeira da flexibilização encontra-se hasteada.

Por outro lado, merece realce o fato de que o mercado de trabalho luso, à semelhança do que ocorre no Brasil, está sofrendo transformações constantes, o que dificulta a solidificação de um conjunto normativo laboral, demandando adaptações contínuas, precipuamente relacionadas às modalidades de contratação face às novas formas de trabalho, principalmente originadas das recentes tecnologias inseridas no meio ambiente de trabalho.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática geral*. 2. ed. Almedina, Coimbra: 2009. p. 265 e ss.

FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do Trabalho*. 15. ed. Almedina: Coimbra, 2010. p. 124 e ss.

AMADO, João Leal. *NEGOCIADO X LEGISLADO: O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção coletiva em Portugal*. “PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO: estudos e documento de trabalho”. Nelson Mannrich (apresentação). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo N. 13, 2012.

ROUXINOL, Milena Silva. *O princípio do tratamento mais favorável nas suas relações entre a lei e a convenção colectiva de trabalho*. “Questões laborais”. FERNANDES, Francisco Liberal (direcção) et. Al. Ano XIII – n.º 28, 2006. (159 a 187).

LEITE, Jorge. *Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade*. Questões laborais”. FERNANDES, Francisco Liberal (direcção) et. Al. Ano X – n.º 22, 2003.

2) FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL: CONCEITO E ASPECTOS PRIMORDIAIS

A flexibilidade que ora se pretende analisar surgiu como tentativa de solucionar a delicada crise que o direito do trabalho tradicional está enfrentando. A instauração da crise decorre, precipuamente, da insuficiência normativa, vez que não oferece mais a regulamentação jurídica que as diversificadas relações de trabalho necessitam.

Embora a flexibilização do direito do trabalho possua conceituação lógica, no sentido de retirar a rigidez normativa que outrora se fez presente, em reflexão acurada, tem-se que este fenômeno nos remete a diversos conceitos e institutos jurídicos, tornando-se mister que esmiuçemos cada qual com a finalidade de destacar as divergências, as influências e até mesmo as intersecções destes para com a flexibilização das normas juslaborais.

Indubitável, portanto, que estamos diante de um tema complexo, com consideráveis divergências na seara jurídica e também na socioeconômica, de modo que não pretendemos esgotar todas as vertentes relacionadas à flexibilização do direito do trabalho, mas tão somente explanar a respeito dos principais aspectos com o fito de melhor elucidar sua aplicabilidade nos contratos de trabalho, designadamente no que reflete no surgimento dos famigerados contratos atípicos.

Faz-se, portanto, essencial que estabeleçamos os limites da flexibilização visando, sobretudo, evidenciar os principais pontos de conflito entre aqueles que adotam uma postura mais conservadora acerca da flexibilização *versus* os que defendem as políticas flexibilizadoras enquanto solução para as problemáticas, não só do direito do trabalho, mas também das econômicas.

Isto posto, visando atingir o fim colimado, limitar-nos-emos, no presente momento, a conceituar a flexibilização do direito do trabalho para, após, traçarmos breve panorama histórico, sendo essencial, ainda, evidenciarmos a linha tênue que separa a flexibilização da desregulamentação e, por fim, debruçar-nos-emos na definição da flexissegurança enquanto instituto que pretende equilibrar valores opostos, quais sejam, a flexibilidade do mercado de trabalho e a garantia de direitos mínimos aos trabalhadores.

2.1) Noções conceituais da flexibilização perante o direito do trabalho

Denota-se da própria palavra flexibilização a existência de uma antonímia com o que é rígido, sendo notória sua finalidade de romper com a severidade vigente para abarcar as diferentes circunstâncias, trazendo a ideia de flexibilizar para englobar situações diversas.

A origem do termo flexibilidade advém da observação dos movimentos de uma árvore, a qual:

(...) se dobra ao vento e volta à posição normal sem se quebrar o danificar-se. Tal comportamento da árvore é indicado também para o homem em sociedade, no sentido de se adaptar às intempéries que a vida proporciona, possibilitando transporte as dificuldades sem sucumbir a elas.⁸⁶

Introduzindo este conceito para a realidade laboral, podemos concluir que a flexibilização seria, então, a adequação das normas trabalhistas às novas conjunturas de trabalho, que demandam a reformulação normativa para abarcar o contexto contemporâneo. Contudo, existem divergências sobre a finalidade da flexibilidade, sendo que alguns doutrinadores atribuem a este fenômeno a intenção de redução e diminuição dos direitos mínimos, em contrariedade, assim, com a mera readaptação normativa.

Arion Sayão Romita⁸⁷ narra que há três correntes doutrinárias sobre o fenômeno da flexibilidade: a) favorável à flexibilização; b) contrária à flexibilização; e, c) corrente moderada. Nesta senda, o mencionado autor salienta que as duas primeiras acepções são radicais, enquanto a terceira traduz-se numa transição dos pontos positivos das duas outras, operando a conciliação destas.

Oscar Ermida Uriarte⁸⁸ sustenta que na seara juslaboral a flexibilidade tem o viés de eliminar, diminuir afrouxar ou ainda adaptar a proteção trabalhista clássica, visando, assim, contribuir para o aumento na produtividade das empresas, salientando que as principais formas de promover esta flexibilização são através da diminuição/eliminação de direitos trabalhistas ou na modificação entre a relação das fontes do direito do trabalho. Acerca desta última modalidade o mencionado autor explicita que:

86 RIBEIRO, Francisco. "Direito do Trabalho: flexibilização ou desregulamentação?". in *Revista Jurídica da Amara da 17ª região*, ano IV, nº 9, maio/2007. p. 46.

87 ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança – A Reforma do Mercado de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2008. p. 30.

88 URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

Esta segunda modalidade flexibilizadora – a ‘prescindibilidade’ de norma heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é, em última instância, um meio para chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas.⁸⁹

O doutrinador brasileiro Amauri Mascaro Nascimento, ao atrelar o desenvolvimento do direito do trabalho aos fenômenos socioeconômicos, dentre os quais podemos citar crises econômicas e aumento do índice de desemprego, amolda a flexibilidade como a adoção de medidas destinadas a “(...) reconhecer que a lei trabalhista e sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico.”⁹⁰

Vê-se, assim, que este jurista vai além de uma leitura superficial da definição que pretendemos tecer para relacionar a flexibilidade do direito do trabalho com as próprias raízes que ensejaram sua aplicação na seara juslaboral: os imperativos econômicos, trazendo à lume a celeuma: direito do trabalho *versus* desenvolvimento econômico.

Süssekind atribui à flexibilidade a característica de prever formas mais maleáveis de condições de trabalho⁹¹, ou seja, adota a corrente de adaptabilidade da norma às novas realidades do mercado de trabalho. Vejamos:

Com a flexibilização, os sistemas legais preveem formas opcionais ou flexíveis de estipulações de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários. Por conseguinte: a) amplia o espaço para a complementação ou suplementação do ordenamento legal; b) permite a adaptação de normas cogentes a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; c) admite derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia.⁹²

89 URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilidade. (...) Op. Cit.* p. 9.

90 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho (...) Op. Cit.* p.117.

Para melhor análise do contexto em que o doutrinador insere o desenvolvimento do direito do trabalho, operando as intersecções com fenômenos socioeconômicos, conferir as páginas que antecedem a 117 da obra citada.

91 A doutrinadora brasileira Alice Monteiro de Barros também acompanha este posicionamento, consignando em sua famigerada obra que a flexibilização possui o intuito de adaptação das normas trabalhistas às novas necessidades do mercado de trabalho. Nesta ocasião a autora ainda salienta o caráter político – econômico do ramo laboral.

Para maiores delongas conferir: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho. (...) Op. Cit.* p. 70 e ss.

92 SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio & SEGADAS VIANNA, José. *Instituições de Direito do Trabalho.* 22ª Ed. São Paulo, SP: LTr, 2005

O eminente jurista português João Leal Amado⁹³ pondera que a flexibilização nasce como resposta às críticas direcionadas ao direito do trabalho, nomeadamente ao que atine à rigidez normativa e ao protecionismo conferido ao empregado enquanto parte hipossuficiente. Sabiamente sustenta que o Direito do Trabalho passou:

(...) a ser concebido, sobretudo, como um instrumento ao serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável da política económica, mostrando-se dominado — quando não obcecado — por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas, etc.)

Desta feita, este ramo jurídico se depara com uma crise de identidade⁹⁴, visto que sua estrutura basilar — profundamente arraigada no princípio protetor a equilibrar as desigualdades latentes da relação de trabalho — calhou a ser arduamente questionada, atribuindo-se ao rigorismo das normas jurídico-laborais a responsabilidade pelo aumento dos índices de desemprego, o que coloca o direito do trabalho à mercê dos ditames económicos.

Uriarte pertence ao grupo que contempla a flexibilização — ou o que assim se denomina atualmente — como um prejuízo ao trabalhador na medida em que acarreta a precarização das relações trabalhistas ao permitir a modificação normativa *in pejus*, defendendo que a flexibilidade já existia, conquanto fosse limitada a situações que trouxessem benefícios ao trabalhador⁹⁵.

Por outro lado, devemos considerar que o Direito do Trabalho tradicional com todo seu caráter protecionista não abrange mais todas as relações de trabalho subordinado que pedem a intervenção do direito, principalmente em razão da “(...) *diversificação das relações jurídicas entre os sujeitos que prestam serviços (trabalhadores) e os que deles necessitam para o desenvolvimento dos seus negócios.*”⁹⁶

93 AMADO, João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. Palestra proferida no Centro Universitário de João Pessoa em 23 de maio de 2013. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013 Disponível em: <<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>. Último acesso em: 19 de junho de 2015.

94 Idem.

95 URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilidade*. (...) *Op. Cit.* p. 10.

96 SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2004, pág. 76 (versão digital).

Tais diversificações são reflexos da inserção de novas tecnologias no mercado de trabalho, e nas brilhantes palavras de Nelson Mannrich⁹⁷:

(...) colocam em xeque não apenas o protecionismo do Direito do Trabalho, como a dicotomia trabalho subordinado x trabalho autônomo. Vale a pena discutir saídas para uma reforma trabalhista que vem sendo adiada com prejuízo da competitividade das empresas.

O que se observa é um antagonismo sobre a própria finalidade da flexibilidade do direito laboral. Seria então uma adequação normativa às novas realidades do mercado de trabalho decorrentes, principalmente, da inserção de novas tecnologias; ou seria, tão somente, uma forma de derrogação de direitos mínimos visando a solução das problemáticas econômicas?

Podemos dizer que se trata de um confronto entre as pessoas que possuem vínculo empregatício e aqueles desempregados ou com emprego precário. Nesta senda as brilhantes palavras de João Leal Amado⁹⁸:

(...) sendo o clássico (e, dir-se-ia, historicamente ultrapassado) conflito social entre empregadores e trabalhadores substituído pelo novo conflito entre insiders (os trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado e com emprego estável) e outsiders (os desempregados e os que apenas dispõem de um emprego precário, como os contratados a prazo e os falsos trabalhadores independentes).

Neste contexto Júlio Gomes⁹⁹ reflete que quanto maior a flexibilidade nas condições de trabalho, menor a maleabilidade para a gestão outros aspectos da vida do empregado, citando como exemplo que a flexibilidade de horários de trabalho ocasiona uma redução de flexibilidade para o empregado administrar sua vida familiar e pessoal.

Além disso, a par do risco de precarização que a flexibilidade apresenta às relações de trabalho, é indubitável a necessidade de modificação legislativa para albergar

97 MANNRICH, Nelson. *Autonomia, Parassubordinação e Subordinação: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Último Acesso em: 15 de maio de 2015.

98 AMADO, João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. Palestra proferida no Centro Universitário de João Pessoa em 23 de maio de 2013. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>. Último acesso em: 19 de junho de 2015.

99 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho, relações individuais de trabalho*. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 47.

as novas modalidades de trabalho visando evitar, sobretudo, que estas fiquem à margem da Lei.

Nesse diapasão a flexissegurança¹⁰⁰ pretende equilibrar a maleabilidade da norma com a garantia dos direitos mínimos aos trabalhadores, operando um contrabalanço entre excessiva rigidez da norma e a precarização¹⁰¹ das relações laborais.

2.2) Das raízes neoliberais à necessidade de atender as novas modalidades de trabalho – o nascedouro da flexibilidade

Neste tópico não pretendemos discorrer sobre a historicidade do ramo jurídico-trabalhista, até porque este tema já foi abordado alhures e nos limites que nos interessa para a devida compreensão do presente estudo. O que se mostra necessário, neste momento, é esmiuçar o surgimento da flexibilidade laboral através da contextualização da realidade socioeconômica à época, e ainda, para explorarmos a celeuma que dela se origina.

O direito do trabalho tem como cerne estrutural o princípio protetor¹⁰², o qual tem por escopo sanar a desigualdade fática entre empregado e empregador para assegurar condições dignas à parte hipossuficiente na relação de trabalho. Essa proteção foi inserida

100 *Flexissegurança* é, de fato, um neologismo, que pode ser encontrado nas mais diversas facetas: flexissegurança, flexigurança, flexi-segurança e flexicurity. Estes termos nada mais são do que sinônimos do mesmo fenômeno.

101 O conceito de precaridade exige cautela, na medida em que não se pode considerar que toda flexibilização precariza as relações de trabalho, conquanto, a adoção de algumas medidas flexibilizantes ocasiona, sim, a precarização das relações de trabalho. Sobre o REDINHA, Maria Regina Gomes. *A precariedade do emprego – uma interpelação ao direito do trabalho*. “I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias”. Coimbra: Almedina, 1998.

A autora salienta que a vinculação do direito do trabalho aos problemas econômico, e ao (des) emprego, é um problema, porque o direito do trabalho se submete, cada vez mais, aos ditames econômicos, razão pela qual tem perdido, paulatinamente, sua principal característica: a proteção ao hipossuficiente por intermédio legal.

102 Em Portugal os princípios norteadores do direito do trabalho encontravam previsão específica na lei. Atualmente, persiste o conflito doutrinário tangente à manutenção, ou não, do *favor laboratoris* no ordenamento jurídico português, visto que existem posicionamentos refutando a manutenção deste preceito no CT de 2009 e outros conferindo-lhe condição de exceção. Para aprofundamentos conferir nota 90.

No Brasil, face a ausência de previsão legal específica sobre os princípios que arrimam o direito do trabalho, a doutrina majoritária adota subdivisão do princípio protetor em três subprincípios, quais sejam: *in dubio pro operário* (caráter interpretativo da norma, no sentido de que remanescendo dúvidas sobre a finalidade da regra, deve-se interpretar de forma mais benéfica ao empregado), *favor laboratoris* (preceito relacionado à regulação de fontes, impondo-se a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador) e o princípio da aplicação da condição mais benéfica (tem por escopo vedar o retrocesso às condições já conquistadas).

Essa classificação foi estabelecida por Plá Rodríguez, consoante a obra:

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, p. 41.

no contexto normativo¹⁰³ através de normas impositivas, inderrogáveis, irrenunciáveis; tudo com o intuito de evitar que ao empregado fossem conferidas condições sub-humanas de trabalho¹⁰⁴, vedando, por exemplo, a imposição de jornadas extenuantes, contraprestação ínfima e ausência de proteção quando o labor coloca em risco a saúde e a integridade física do trabalhador.

Não há como dissociar o fenômeno sob exame das modificações substanciais do sistema produtivo mediante o taylorismo, o fordismo e o toyotismo. Isto porque as alterações na forma de produção afetam, diretamente, o mercado de trabalho, na medida em que a inserção de maquinários visando o aumento da produtividade reduz a necessidade de trabalhadores e ainda exige a qualificação técnica dos operários para o adequado manuseio dos equipamentos.

A crise do Direito do Trabalho se acentuou a partir de 1970 como decorrência dos choques do petróleo¹⁰⁵, responsável pelo aumento da inflação, pelo desemprego e pela desorganização do sistema produtivo.

Diante disso, o sistema capitalista de outrora apresenta indícios de crise, dentre os quais citamos a derrocada do *Welfare State*. Fez-se necessário, então, a readequação do modelo de mercado mediante a instauração do neoliberalismo que implantava um modo de produção mais flexível (toyotismo)¹⁰⁶.

Nesta ocasião a classe empresária, sob o argumento de redução de custos, postulou pela flexibilidade normativa, com o fulcro de conceder “(...) *maior governabilidade ao fator trabalho.*”¹⁰⁷

O avanço tecnológico, responsável pelo surgimento de novas profissões e pelo crescimento do terceiro setor, trouxe uma nova realidade ao mundo do trabalho. Logo,

103 Quando nos referimos à contexto normativo limitamo-nos aos ordenamentos jurídicos objetos de nosso estudo: Portugal e Brasil.

104 Um exemplo simples são as férias. O empregado tem direito ao recebimento de férias anuais, inexistindo permissão para o empregador dispor deste direito e desistir do usufruto da integralidade das férias. Isto porque a concessão de férias encontra-se atrelada a higidez e segurança do trabalho, consectário da manutenção da própria dignidade humana.

105 REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada – estudo sobre o trabalho temporário*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 33 a 39.

106 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho, ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 31 a 28.

Nesta obra Ricardo Antunes explora as causas da crise financeira e relata a modificação da legislação trabalhista sob o prisma das problemáticas do mercado produtivo, fazendo, assim, a intersecção entre a economia e o direito do trabalho.

107 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho (...) Op. Cit.* p. 80 e 81

considerando que o Direito do Trabalho é diretamente influenciado por questões socioeconômicas, irretocável a necessidade de adaptação normativa, até porque a própria fundação foi modificada, essencial à adequação normativa¹⁰⁸.

Neste passo, as críticas à rigidez e ao excesso de protecionismo oriundos da norma juslaboral se intensificaram, visto que se atribuiu a esta seara jurídica a responsabilidade pelas altas taxas de desemprego em razão do alto custo da empregabilidade. Logo, foi apontado como o causador de problemas de ordem econômica e até de gestão empresarial¹⁰⁹.

É nesta ótica que a flexibilidade afirma-se como:

(...) como um instrumento ao serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável da política económica, mostrando-se dominado — quando não obcecado — por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas, etc.).¹¹⁰

Indubitável que a modificação normativa se faz essencial para abarcar toda a classe trabalhadora para evitar a marginalização de certas modalidades de emprego. Contudo, será que a conferência de certa autonomia à iniciativa privada e a redução da imperatividade na norma trabalhista é suficiente para reduzir os índices de desemprego?

Em 1994 a *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) realizou um estudo no qual se posicionou favorável à flexibilização do emprego e das normas trabalhistas, consignando, para tanto, que o aumento do desemprego no continente Europeu estava diretamente ligado aos altos custos financeiros do Empregador para contratação e demissão, bem como às restrições da *employment protection legislation* (EPL). Assim, o mercado de trabalho ficaria dividido entre *insiders* e *outsiders*¹¹¹.

108 BARROS, Cassio Mesquita de. *O futuro do direito do trabalho*. p. 11 a 18. Disponível em: <http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?view=article&id=29%3Ao-futuro-do-direito-do-trabalho&format=pdf&option=com_content&Itemid=3&lang=es>. Último acesso em: 07 de junho de 2015.

109 AMADO, João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. Palestra proferida no Centro Universitário de João Pessoa em 23 de maio de 2013. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>. Último acesso em: 19 de junho de 2015.

110 AMADO, João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. Palestra proferida no Centro Universitário de João Pessoa em 23 de maio de 2013. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>. Último acesso em: 19 de junho de 2015.

111 SANTOS, Alvaro. *Labor Flexibility, Legal Reform and Economic Development*. “Georgetown Public Law Research Paper”. 50 Va. J. Int’l, 43-106 (2009). p. 49.

De outro norte, o sociólogo Jeremy Rifkin, em sua obra intitulada *The end of Work*¹¹² faz uma análise minuciosa sobre o aumento do desemprego a nível mundial, e explicita que o aumento do desemprego resulta da substituição de trabalhadores por máquinas, explicitando que alcançaremos um ponto em que as nações deverão repensar o papel do ser-humano na sociedade¹¹³.

Neste ínterim, o autor demonstra, por intermédio de dados coletados ainda nos primórdios da década de 90 do século passado, que o desemprego aumentaria sensivelmente como consequência da continuação da substituição do homem pela máquina para o fornecimento de mercadorias e serviços, inclusive nos ramos da agricultura, indústria e comércio. Desta forma, a maior problemática tem caráter eminentemente social, e invoca uma atuação Estatal mais intervencionista, pois, ainda que haja crescimento econômico, se concomitante com o declínio de condições sociais e o aumento do desemprego, há patente desequilíbrio ao Estado, que necessita intervir e evitar a miserabilidade dos seus cidadãos¹¹⁴.

O investimento no terceiro setor com o fito de inserir esses trabalhadores em serviços comunitários seria uma medida razoável para evitar o desemprego estrutural¹¹⁵, ocasionado pela nova questão social, atrelada à extinção dos postos de trabalho.

112 Em tradução livre significa: O fim do trabalho.

113 Nas palavras do autor: *“The wholesale substitution of machines for workers is going to force every nation to rethink the role of human beings in the social process, Redefining opportunities and responsibilities for millions of people in a society absent of mass formal employment is likely to be the single most pressing social issue of the coming century”*.

RIFKIN, Jeremy. *The end of work: the decline of labor force and dawn of the post-market era*. New York: Putnam's Sons, 1995.p. XV.

114 RIFKIN, Jeremy. *The end of work*. (...). *Op. Cit.* p. 291 e ss.

Consoante o próprio autor afirma:

“If the talent, energy, and resourcefulness of hundreds of millions of men and women are not redirected to constructive ends, civilization will probably continue to disintegrate into a state of increasing destitution and lawlessness from which there may be no easy return. For this reason, finding an alternative to formal work in the marketplace is the critical task ahead for every nation on earth. Preparing for a postmarket era will require far greater attention to the building up of the third sector and the renewal of community life. Unlike the market economy, which is based solely on "productivity" and therefore amenable to the substitution of machines for human input, the social economy is centered on human relationships, on feelings of intimacy, on companionship, fraternal bonds, and stewardship-qualities not easily reducible to or replaceable by machines.”

115 Expressão utilizada por Amauri Mascaro do Nascimento, que segundo este doutrinador, afetou princípios consagrados na seara juslaboral, como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* (...). *Op. Cit.* p. 70 e 71.

Logo, de acordo com o posicionamento de Rifkin, a flexibilização das normas juslaborais não surtiria o efeito esperado na redução do desemprego, ou ainda na manutenção dos índices existentes.

Alguns exemplos verídicos realçam esta dissociação entre flexibilidade e (des)emprego. Em Espanha o processo flexibilizador iniciou em 1984 com o intuito de reduzir a taxa de desemprego que, à época, alcançava o índice de 10%. Após o transcurso de uma década, o desemprego aumentou para 22%, de modo que a adoção da flexibilização não atingiu o fim colimado. Em 1997 a Espanha celebra o “Acordo Internacional de Estabilidade no Emprego”, assegurando o contrato de trabalho perene e, posteriormente, os índices de desemprego reduziram para cerca de 19%¹¹⁶.

Resta claro, portanto, que embora o surgimento da flexibilidade tenha íntima relação com os índices do desemprego, buscando-se reduzi-los através da concessão de maior autonomia entre as partes (empregador e empregado), vê-se que, de fato, não se pode atribuir tais fatores unicamente aos rigorismos da Lei, até porque outros aspectos influenciam diretamente na criação de postos de emprego. Outrossim, em situações práticas evidenciou-se que a flexibilidade não foi hábil em reduzir os índices de desemprego, não sendo, assim, a medida adequada para esta finalidade, conquanto subsista o conflito entre *insiders* e *outsiders*.

Por outro lado, não podemos ignorar que o quadro normativo laboral da atualidade se encontra defasado, sendo essencial uma modificação legislativa para abarcar as modificações do mercado produtivo, tendendo, sobretudo, a abrigar as atividades laborativas decorrentes da inserção de novas tecnologias, citando, a exemplo, o teletrabalho, que será pormenorizado em momento oportuno do presente estudo.

2.3) Flexibilização versus desregulamentação

116 URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. (...) *op. cit.* p. 57.

Uriarte cita exemplos de diversos países em situação semelhante a da Espanha, tais como Argentina, Colômbia e Chile. Desta feita, o autor inclusive pondera que há a possibilidade da flexibilidade gerar o desemprego. Ainda que assim não o seja, Uriarte registra que outros fatores interferem muito mais no quadro do desemprego do que o Direito do Trabalho, quais sejam: taxa de juros, taxa de câmbio, investimento e poupança. (p. 57 a 59).

Não devemos tratar a flexibilização e a desregulamentação como sinônimos, embora haja uma vertente doutrinária que se posiciona no sentido de que desregulamentar pertence ao processo flexibilizador.

Em verdade, há uma linha tênue que separa a flexibilização da desregulamentação. Contudo, coadunamos com a corrente doutrinária que define esta última como a retirada de proteção do Estado ao trabalhador, deixando aos cuidados da autonomia privada a regulação da relação de trabalho e dos direitos e obrigações que dela sobrevém. Já a flexibilidade consiste em tornar as normas mais adaptáveis, reduzindo, por vezes, a intervenção estatal em determinados aspectos, permanecendo, contudo, direitos mínimos a assegurar a dignidade do trabalhador¹¹⁷.

Denota-se que desregulamentar possui a conotação de extirpação do ordenamento jurídico, excluindo-se o direito do arcabouço jurídico, já a flexibilidade, consoante definição explicitada alhures, tem a finalidade de “(...) *compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes nas relações entre o capital e o trabalho.*”¹¹⁸. Ademais, diferencia-se também da precarização do trabalho, vez que assim entende-se quando o labor é incerto, indefinido, ou ainda com regulação deficiente, ocasionando, por conseguinte, a marginalização daquele trabalhador.

Embora sejam conceitos distintos, estão intimamente relacionados no que concerne ao âmbito da flexibilidade. Isto porque a desregulamentação pura – compreendida como a ausência de intervenção estatal em algumas matérias, com a regulação em sede de contrato individual de trabalho – e a re-regulamentação – estabelecimento de normas convênio-dispositivas, ou seja, que podem ser afastadas por força de negociação coletiva, mas não pelo contrato individual de trabalho – foram medidas adotadas em alguns países do continente Europeu para a implementação da flexibilização em seus primórdios.¹¹⁹

117 BELTRAN, Ari Possidono. *Direito do Trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico*. In *Empresa e trabalho – estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 158 a 182.

118 MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilidade das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9 a 15.

119 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Modernizar o Direito do Trabalho para o século XXI. Notas breves sobre o Livro Verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006, e sobre os desafios da flexisegurança*. In NAHAS, Thereza Christina (coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 36

Apesar das diferenças que lhes são nítidas, há uma intersecção entre estes intitutos, na medida em que a flexibilização pode acarretar a desregulamentação e a precarização das condições de trabalho, por exemplo.

De fato, os primeiros modelos instaurados apresentaram desequilíbrio no seio das relações de trabalho, ao segmentar o mercado de trabalho entre aqueles que usufruíam das benesses do trabalho indeterminado (*insiders*) e os que estavam submetidos a contratos atípicos (*outsiders*). Foi diante deste quadro que surgiu a flexssegurança¹²⁰.

No Brasil, a par de todo o protecionismo conferido pela própria Constituição Federal em prol do direito dos trabalhadores, a própria Carta Magna permite que a negociação coletiva (Convenções Coletivas de Trabalho ou Acordos Coletivos de Trabalho¹²¹) estipule em sentido contrário à lei, a exemplo da jornada de trabalho e os salários¹²².

Não podemos nos esquecer do caso notório dos Sindicatos dos Metalúrgicos de São Paulo (representante dos empregados), que ainda em 1996 celebrou Convenção Coletiva de Trabalho com diversas organizações de empregadores na qual estabeleceram o contrato de trabalho flexível, em que a contraprestação seria paga de acordo com as horas efetivamente trabalhadas, bem ainda que o contrato seria por prazo determinado, podendo, ainda, serem renovados. Diante deste quadro precário de condições de trabalho, a Procuradoria Geral do Trabalho buscou o Poder Judiciário para pleitear a anulação de oito cláusulas da mencionada norma coletiva, sob o argumento de serem diametralmente opostas à ordem pública trabalhista, o que foi acolhido pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo¹²³.

Acerca desta celeuma, observa-se que a norma coletiva precarizou as condições de trabalho dos metalúrgicos ao sequer estipular remuneração mínima, deixando que a contraprestação pelo dispêndio do labor fosse computada, tão somente, com base na quantidade de tempo destinado ao trabalho. Prescindível uma reflexão profunda para

120 Idem, p. 37 e 38.

121 No ordenamento jurídico brasileiro tem-se a convenção coletiva como uma negociação pactuada entre o sindicato obreiro e o sindicato patronal de uma categoria profissional, lembrando que no Brasil vigora a unicidade sindical. Já o acordo coletivo é firmado entre o sindicato dos empregados e a empresa. Frisa-se que remanescem limites de pactuação de determinadas condições de trabalho.

122 URIARTE, Oscar Ermida., *A flexibilidade*. (...) *op. cit.* p. 37.

123 URIARTE, Oscar Ermida., *A flexibilidade*. (...) *op. cit.* 44 e 45.

concluir que estes trabalhadores se encontravam em situação de total insegurança jurídica, visto que sequer lhe eram assegurados direitos mínimos.

Entretanto, o contrato de trabalho por tempo determinado foi regulamentado pela Lei 9.601/1998.

Uriarte¹²⁴ afirma que no Brasil, apesar de inexistir uma reforma legislativa, há a desregulamentação imposta por leis esparsas, ou ainda pelas vias administrativa e judicial. Assim, o mencionado autor cita como exemplo a substituição da estabilidade decenal pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço¹²⁵, a instituição das cooperativas e a criação do regime de participação nos lucros¹²⁶.

No arcabouço jurídico português as principais alterações legislativas decorreram do Código de Trabalho (CT) de 2003 e do Código do Trabalho de 2009. Em ambos os *códex* um ponto permissivo de flexibilização foi a extirpação do princípio do *favor laboratoris* (tratamento mais favorável) enquanto regra de princípio quando se trata de aparente conflito entre fontes do direito do trabalho. Isto porque o CT de 2003, ao disciplinar que as normas possuíam o caráter de convênio-dispositivas, permitindo, inclusive, modificações *in pejus* por intermédio de negociação coletiva, sequer apresentou um rol de garantias mínimas ao trabalhador com natureza imperativa, a impedir qualquer disposição em contrário por meio de norma coletiva.

O Código de Trabalho de 2009 apresentou em seu artigo 3.º um rol de direitos mínimos que não poderiam ser mitigados por força de norma coletiva, mantendo-se, contudo, a regra geral do CT de 2003¹²⁷.

Reitera-se, assim, que conquanto institutos distintos, a flexibilização pode ocasionar a desregulamentação e também a precarização das relações de trabalho, sendo

124 URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. (...) *op. cit.* p. 45 e 46.

125 Este tema será explicitado em tópico específico.

126 Neste ponto o autor afirma que o programa de participação nos lucros ocasiona prejuízo ao empregado porque tais verbas não tem natureza salarial; o salário básico é reduzido proporcionalmente; dentre outros motivos. Conferir: URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. (...) *op. cit.* p. 46 e 47.

127 A este respeito oportunos dois julgados oriundos do Tribunal Constitucional português, que concluíram que a manutenção do tratamento mais favorável no arcabouço jurídico ocorreu de forma excepcional. Para aprofundamentos:

Acórdão 338/2010, de 22 de setembro, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>>. Acesso em 27 de março de 2014.

Acórdão 794/2013, de 21 de novembro, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html>>. Acesso em 27 de março de 2014

despiciendo a adoção de medidas para fornecer segurança da classe trabalhadora durante o processo flexibilizador. É o que se denomina por flexissegurança.

2.4) Flexissegurança/flexicurity: equilíbrio de antagonismos

A flexissegurança¹²⁸ foi um novo modelo adotado na década de 1990 em França tentando promover a flexibilidade mediante a capacitação do trabalhador e adoção políticas que incentivem a recolocação dos desempregados¹²⁹.

Trata-se de uma terceira via a ser adotada como forma de equilibrar discussões– dominadas majoritariamente pelos Estados Unidos e pelos países Europeus – sobre a rigidez das normas trabalhistas¹³⁰. Intenta-se, assim, conciliar:

(...) dois valores sensivelmente antagônicos, quais sejam, a flexibilidade do mercado de trabalho e a segurança dos trabalhadores contra o desemprego que amarga o número de 16 milhões de trabalhadores europeus no fechamento do ano de 2007.¹³¹

João Leal Amado sabidamente a define como:

(...) uma espécie de «triângulo mágico» de políticas de articulação e compatibilização entre (i) flexibilidade acrescida em matéria de contratações e despedimentos (flexibilidade contratual, “de entrada e de saída”), (ii) protecção social elevada (leia-se: adequada) no desemprego, (iii) políticas activas de formação, qualificação e emprego, propiciando uma transição rápida e não dolorosa entre diversos empregos.¹³²

128 Também denominada por: flexissegurança, flexigurança, *flexicurity*, *flexsecurity*, ou ainda, *flexsecurité*.

129 LEMOS, Luciane Souza Soares de. *Flexissegurança – aspectos gerais*. In *Revista trabalhista – Direito e processo*. São Paulo, a. 9, n. 33, janeiro/março 2010, p. 146.

130 SHARKH, Miriam Abu. *Are there optimal global configurations of labour Market flexibility and security? – tackling the flexicurity oxymoron*. Genebra: OIT, 2008. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/employment/download/wpaper/wp15.pdf>>. Último acesso em: 23 de abril de 2015.

131 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Flexissegurança nas Relações de Trabalho. Que bicho é esse?*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexisseguranca2.pdf>. Último acesso em: 23 de maio de 2015.

132 AMADO, João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. In *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013. p. 167. Disponível em: <<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>. Último acesso em: 19 de junho de 2015.

Denota-se que a União Europeia, ao dispor sobre os princípios orientadores da flexissegurança, deixa claro que acompanha o posicionamento de que a flexigurança se traduz em contraponto entre a flexibilidade dos trabalhadores, enquanto adaptação destes às evoluções no mercado de trabalho, e a segurança aos empregado, no sentido destes possuírem condições de desenvolvimento profissional e de progressão na carreira, garantindo-lhes, também, apoio nos períodos de inatividade¹³³.

No seio comunitário estabelecem-se os seguintes princípios que devem ser adotados pelos Estados-Membros para a adaptação das estratégias de flexigurança:

- aprofundar a aplicação da Estratégia de Lisboa para melhorar o emprego e a coesão social na UE;
- procurar um equilíbrio entre os direitos e as responsabilidades dos empregadores, dos trabalhadores, das pessoas à procura de emprego e dos poderes públicos;
- adaptar o princípio de flexigurança à situação de cada Estado-Membro;
- apoiar e proteger os trabalhadores em período de transição ou de inatividade, com vista à sua integração no mercado de trabalho ou para os acompanhar no acesso a disposições contratuais estáveis;
- desenvolver a flexigurança dentro da empresa e a flexigurança externa entre várias empresas, de forma a apoiar as progressões na carreira;
- promover a igualdade entre homens e mulheres, bem como a igualdade de oportunidades para todos;
- favorecer a colaboração entre os parceiros sociais, os poderes públicos e os outros intervenientes;
- distribuição equitativa dos custos orçamentais e dos benefícios das políticas de flexigurança, nomeadamente entre empresas, indivíduos e orçamentos públicos, com uma atenção especial para as PME.

Outrossim, Brendan Burchel¹³⁴ leciona que a flexigurança apresenta, pelo menos, quatro características básicas: facilidade na contratação e dispensa dos trabalhadores; fornecimento de treinamentos e políticas de mercado de trabalho; fornecimento de apoio pelo sistema da seguridade social; e diálogo social.

133 EUROPA: Síntese das legislações da EU. “Para a definição de princípios comuns de flexigurança”. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/c10159_pt.htm>. Último acesso em: 24 de junho de 2015.

134 BRUCHELL, Brendan. *Can flexicurity reduce the relationship between job security and psychological well-being?*. Cambridge: OIT, 2008. <Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/meetingdocument/wcms_123864.pdf>. Último acesso em: 15 de maio de 2015.

A Comissão Europeia¹³⁵, através de comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, noticiou que a flexissegurança possui as seguintes finalidades:

135 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - Para a definição de princípios comuns de flexigurança: Mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança.* BRUXELAS, 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0359&from=PT>>. Último acesso em: 24 de junho de 2015.

Neste mesmo comunicado a Comissão Europeia citou políticas de *flexicurity* adotadas por alguns Estados-Membros da União Europeia, cujo resultado foi positivo. Vejamos:

“A Áustria combina uma flexibilidade relativamente elevada do mercado de trabalho com níveis médios de prestações sociais, acompanhados de políticas activas de emprego eficazes e de uma forte aposta na parceria social. A legislação laboral austríaca proporciona um nível relativamente baixo de protecção do emprego, ainda que as estatísticas mostrem um índice médio. Esta discrepância está associada a aspectos metodológicos propícios a processos de despedimento relativamente facilitados. Os empregadores não sentem muita necessidade de recorrer a contratos a termo, cuja proporção se situa abaixo da média (9% em 2006, contra uma média da UE de 14,4%). A taxa de desemprego situa-se entre as mais baixas da Europa (4,8%). O desemprego de longa duração cifra-se nos 1,3%. As taxas de emprego cumprem as metas de Lisboa (70,2% para o emprego total e 63,5% para o emprego das mulheres). A participação em acções de aprendizagem ao longo da vida ultrapassa a meta comunitária e situa-se nos 12,9% (2005). A taxa de risco de pobreza é baixa, correspondendo a 12%.

(...)

O mercado de trabalho dinamarquês apresentar uma combinação de sucesso de flexibilidade e segurança, com uma legislação laboral flexível e uma protecção do emprego relativamente baixa, intensas medidas de aprendizagem ao longo da vida e políticas activas de emprego, bem como um sistema de segurança social generoso. Esta situação remonta ao chamado "acordo de Setembro" de 1899, pelo qual se negociou o direito de contratar e despedir em troca do desenvolvimento de um sistema público de prestações ligadas ao emprego. Nos anos 60, com a criação do serviço público de emprego, o Estado assumiu a maior parte dos riscos de desemprego. No final da década de 80 e princípio dos anos 90, foram acrescentadas políticas activas de emprego, visando motivar os desempregados a procurar e a aceitar empregos e a actualizar as respectivas qualificações. O desenvolvimento de competências foi estimulado por um sistema de rotação de postos de trabalho, que permite aos trabalhadores frequentarem formações enquanto pessoas desempregadas os substituem temporariamente. Juntos, estes elementos foram o chamado "triângulo dourado" da flexibilidade das disposições contratuais, generosidade da segurança social e dos regimes assistenciais e exaustividade das políticas activas de emprego. A Dinamarca caracteriza-se por elevadas taxas de emprego (77,4% em 2006), reduzidos níveis de desemprego (3,9%), desemprego juvenil (7,7%) e desemprego de longa duração (0,8%), grande mobilidade profissional (um quarto dos trabalhadores permanece ao serviço do mesmo empregador menos de um ano), elevada participação em acções de aprendizagem ao longo da vida (27,4%), baixa taxa de risco de pobreza (12%) e um generalizado sentimento de segurança entre a população.

(...) Nos Países Baixos, o acordo de Wassenaar (1982) negociou moderação salarial em troca de emprego e preparou o caminho para a proliferação de empregos a tempo parcial, no contexto de acordos colectivos. Os empregos a tempo parcial são, na sua maioria, contratos de duração indeterminada e não devem ser confundidos com "emprego precário". Grande parte dos trabalhadores a tempo parcial, na sua maioria mulheres, são-no voluntariamente. Durante a década de 90, a relativa rigidez do mercado de trabalho constituía uma preocupação crescente, mas os poderes públicos não conseguiram chegar a um acordo sobre a modernização da legislação laboral. Os parceiros sociais foram finalmente convidados a negociar um acordo de compromisso. Este acordo colocava a tónica no reforço da posição dos trabalhadores com contratos temporários, reduzindo assim a precariedade sem retirar o aspecto da flexibilidade, e articulava-se em torno de três eixos principais: (1) limitar a três o recurso consecutivo a contratos a termo (sendo o seguinte um contrato de duração indeterminada); (2) eliminar os obstáculos às agências de trabalho temporário; (3) reconhecer no código laboral os contratos a termo e de trabalho temporário e introduzir um nível mínimo de protecção e rendimento. Os trabalhadores com contratos temporários seriam abrangidos

A flexibilidade tem a ver, por um lado, com transições bem sucedidas ao longo da vida: entre a escola e o mundo profissional, entre postos de trabalho, entre períodos de desemprego ou inactividade e emprego e entre a vida activa e a reforma. Não se restringe a dar maior liberdade às empresas para contratar ou despedir pessoal e não implica que os contratos de duração indeterminada se tornem obsoletos. Trata-se, sim, de favorecer a progressão dos trabalhadores para melhores empregos, numa perspectiva de mobilidade ascendente e desenvolvimento óptimo de talentos. A flexibilidade diz também respeito a formas flexíveis de organizar o trabalho, capazes de rápida e eficazmente gerir novas necessidades produtivas e competências, bem como a uma maior facilidade de conjugar responsabilidades profissionais e privadas. A segurança, por outro lado, representa mais do que a garantia de manter um posto de trabalho: implica também dotar as pessoas das competências que lhes permitam progredir nas suas vidas profissionais e ajudá-las a encontrar novos empregos. Trata-se ainda de garantir um nível adequado de subsídios de desemprego que facilite as transições. Por último, inclui oportunidades de formação para todos os trabalhadores, em especial os pouco especializados e os mais velhos.

por um acordo colectivo com garantias em matéria de salários, formação e pensões complementares. O acordo foi traduzido na lei de flexibilidade e segurança, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1999. Nos anos 90, os Países Baixos assistiram a uma drástica redução do desemprego e a uma forte criação de postos de trabalho. As taxas de emprego são elevadas, tanto a taxa global (74,3% em 2006) como a das mulheres (67,7%). Os níveis de emprego em equivalentes a tempo inteiro são mais reduzidos, em virtude de uma elevada taxa de emprego a tempo parcial. O desemprego total é baixo (3,9%), à semelhança do desemprego juvenil (6,6%) e do desemprego de longa duração (1,7%). A participação em acções de aprendizagem ao longo da vida é relativamente importante (15,9%). A taxa de risco de pobreza é relativamente baixa, cifrando-se nos 11%.

(...) A Espanha regista uma proporção persistentemente elevada de contratos a termo, correspondendo a cerca de 34% do emprego total. Em Maio de 2006, foi assinado entre os parceiros sociais um acordo global, com vigência até finais de 2007, que contou com o apoio do governo, reduzindo o recurso excessivo a contratos a termo e aligeirando as exigências impostas aos empregadores. Um trabalhador que tenha assinado dois ou mais contratos a termo com a mesma empresa, e tenha ocupado o mesmo posto de trabalho por mais de 24 meses num período de 30 meses, adquire automaticamente o direito a um contrato de duração indeterminada; no âmbito deste contrato, a indemnização por despedimento passa de 45 a 33 dias de salário por ano trabalhado.

O acordo Towards 2016 entre os parceiros sociais na Irlanda. A economia e o mercado de trabalho da Irlanda viveram um período de rápida mudança nos últimos anos. A economia irlandesa sofreu uma transformação, deixando de ser caracterizada por baixos rendimentos, crescimento lento e importantes taxas de desemprego, para passar a registar um intenso crescimento, elevados rendimentos e baixo desemprego. A Irlanda tem um mercado de trabalho flexível e está a reforçar os investimentos em políticas activas de emprego (0,75% do PIB comparado com uma média comunitária de 0,5%). Os baixos níveis de habilitações dos trabalhadores mais velhos (41,7% do grupo etário 45-54 têm, no máximo, o ensino secundário inferior) reflectem o anterior subinvestimento em educação, situação que está a ser consideravelmente melhorada para as gerações mais jovens. A participação em aprendizagem ao longo da vida ainda não se aproxima dos melhores resultados da UE e traduz dificuldades em garantir oportunidades para os trabalhadores pouco qualificados e mais velhos. O acordo assinado em 2006, intitulado Towards 2016, enfrenta desafios através de uma abordagem global. Identifica a necessidade de aumentar a participação, a produtividade e a activação, com uma tónica acrescida nos desempregados de longa duração, nos jovens desempregados e nos que mais afastados estão do mercado de trabalho. Coloca ainda em evidência o facto de a actualização de competências ter de visar a aprendizagem no local de trabalho (incluindo competências básicas), bem como os trabalhadores pouco especializados e vulneráveis e os migrantes. Define planos para desenvolver a aprendizagem no local de trabalho e aumentar o financiamento do fundo de ensino de competências básicas no local de trabalho, que visa solucionar os problemas de iliteracia e inumeracia.”

Patente que se trata de fenômeno com considerável amplitude de atuação, de modo que se mostra essencial demonstrar algumas conceituações que lhe são conferidas.

Essencial evidenciar que os valores antagônicos (flexibilidade e segurança) assim se mostram porque, por um lado, embora haja a possibilidade de redução dos índices de desemprego, atribui-se às medidas flexibilizadoras a responsabilidade pelo decréscimo da proteção legal do empregado, bem como da sua capacidade econômica. Contudo, o que se almeja com a adoção da flexissegurança é operar a flexibilidade sem acarretar prejuízos à vida do trabalhador, de forma a afiançar a manutenção de uma mínima proteção jurídica aos obreiros para que não haja qualquer minoração em sua qualidade de vida (convívio familiar, condições econômicas).

Mas como se opera a implantação deste modelo intermediário de flexibilidade? Para tanto, o Estado atua de modo intervencionista, concedendo política de bem-estar social em combinação com diálogo social. Nesta senda, Ricardo Nascimento¹³⁶ destaca a situação da Dinamarca, que em concomitância com o fornecimento de maior amplitude nas dispensas por iniciativa do Empregador, fortalece o apoio àqueles que se encontram sem colocação no mercado de trabalho.

No Brasil, a flexigurança encontra ainda uma atuação tímida¹³⁷, inexistindo, assim, um efetivo modelo de ação prática visando assegurar a manutenção de direitos mínimos dos trabalhadores, em contrapartida à flexibilidade das normas juslaborais¹³⁸. Por certo que isto não fornece qualquer benefício, visto que a discussão da flexissegurança em termos ideológicos e sem qualquer parâmetro de aplicação não basta para solucionar a problemática que se mostra cada vez mais intensa, fazendo-se essencial a inserção de diretrizes, a exemplo do que adotou a União Europeia. As modificações no mercado de trabalho ocorrem de forma extremamente fugaz, e, em atenção ao quadro de crise

136 NASCIMENTO, Ricardo. “Flexissegurança ou flexibilizar a insegurança?”. In *Revista O Advogado*, n. 36, ano 2007.

137 Através de estudo proeminente a OIT explicita medidas adotadas pelo Brasil para o enfrentamento da crise, inclusive com a concessão de maior tempo de seguro-desemprego, e outros benefícios decorrentes de políticas públicas. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Estudo sobre crescimento com equidade: Brasil, uma estratégia inovadora alavancada pela renda*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/estudos_sobre_crescimento_com_equidade_brasil_387.pdf>. Último acesso em: 23 de maio de 2015.

138 A título de elucidação esclarece-se que recentemente o Brasil enrijeceu as regras para a percepção do benefício do seguro-desemprego, por intermédio da medida provisória 665/2014, que disciplina a necessidade de manutenção do vínculo de emprego por pelo menos 18 meses para fazer jus a tal benefício.

socioeconômica que se instaurou e aparenta ser insuperável, torna-se cada vez mais dificultoso que a produção normativa possua tamanha eficiência.

Em Portugal, já se faz possível a adoção dos princípios norteadores da flexigurança emanados da União Europeia. Vê-se, ainda, que o tema foi objeto de inúmeras discussões de cunho político, sendo notória a preocupação mais latente com a manutenção de garantias mínimas aos trabalhadores, dentre as quais se inclui a estabilidade no emprego, prevista no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa.

Por derradeiro, apesar das benesses concedidas pelo modelo da flexissegurança mediante subsídios aos trabalhadores que se encontram sem colocação no mercado de trabalho, não podemos olvidar que ele possui um considerável custo financeiro, razão pela qual deixou de ser prioridade dos países que foram afetados pela crise econômica de 2008 e, até os dias atuais, amargam os danos.

3) O CONTRATO DE TRABALHO ATÍPICO E SUA CORRELAÇÃO COM A FLEXIBILIDADE

Nesta etapa crucial do desenvolvimento do presente estudo, pretendemos discorrer sobre as principais modalidades dos contratos de trabalho atípicos nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, operando o entrecorte destes contratos com a flexibilização do direito do trabalho, visando evidenciar benefícios e prejuízos com a adoção de novas tipologias contratuais.

Contudo, para se atingir tal desiderato, urge, a princípio, esboçar brevemente a gênese do contrato de trabalho, consignando, ainda, as divergências sobre a sua natureza jurídica, se puramente contratual ou não.

Além disso, elencar-se-á as principais características do contrato de trabalho típico para a ulterior explanação sobre os modelos atípicos, apontando os desvirtuamentos do modelo tradicional, cingindo-se, para tanto, aos arcabouços jurídicos português e brasileiro.

Derradeiramente, destacar-se-á como o processo flexibilizador, encabeçado pelas ideias de necessária modificação normativa, influenciou diretamente no surgimento dos contratos atípicos.

3.1) O contrato de trabalho

3.1.1) Gênese e natureza jurídica

A relação jurídica de trabalho é fenômeno histórico recente, visto que foi constituído sob este molde após a derrocada do modelo servil oriundo do feudalismo¹³⁹, o que já restou amplamente evidenciado anteriormente.

Apesar de ser reconhecida como relação jurídica, faltava-lhe regulação legal a amparar suas particularidades, razão pela qual, na ausência de normas próprias, utilizava-se o contrato civil para pactuar relações de trabalho, *lato sensu*. Conferiam-se às partes igualdade de condições para “negociar” o pacto laboral, sob o prisma de que possuíam capacidade de negociação mútua.

139 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 290.

Inegável, contudo, que o trabalhador está em posição jurídica inferior a do empregador, uma vez que depende da contraprestação para assegurar sua subsistência e de sua família. Por esta razão, o contrato de natureza civil, seja de prestação de serviços, seja de compra e venda, ou qualquer outra modalidade, conforme será esmiuçado adiante, não comporta a relação de trabalho, pois coloca o obreiro em situação de fragilidade ao permitir a livre negociação.

Embora se atribua ao trabalho o caráter de mercadoria, é uma mercadoria fictícia, porquanto não se permite a aplicação das normas utilizadas na transação dos demais produtos e serviços, porque o trabalho em si não pode ser comercializado. De fato, o que o empregado entrega ao empregador mediante o contrato de trabalho é sua força de trabalho, sua capacidade laborativa¹⁴⁰.

Logo, não há como quantificar o labor efetivamente dispendido e, por este motivo, as relações de trabalho são desenhadas por critérios específicos. Não foi a toa que a partir do surgimento do ramo jurídico especializado, a institucionalização do contrato individual de trabalho atendeu as particularidades da relação de emprego (*stricto sensu*) e vedou a ampla liberdade negocial, estipulando, assim, regras mínimas a serem observadas na ocasião da mencionada pactuação: jornadas máximas de trabalho, salário mínimo, descanso semanal remunerado, pagamento das horas extraordinárias, dentre outras.

Ainda assim, a natureza jurídica dos contratos de trabalho é objeto de controvérsia doutrinária, existindo defensores da corrente contratualista e da corrente anticontratualista.¹⁴¹

A vertente que assinala que não se trata de contrato embasa seu posicionamento no argumento de que a mera inserção do empregado nos quadros da empresa é suficiente para gerar direitos e obrigações, independente da manifestação de vontade das partes. O anticontratualismo na forma pura refuta totalmente a necessidade do ato subjetivo, enquanto a corrente paracontratualista afirma que a própria relação de emprego nasce da

140 HYMAN, Richard. *Europeização ou erosão das relações laborais?* “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 62, Junho 2002: (pp. 7 a 32). p. 18 e 19.

141 Além destas teorias, há ainda quem defenda a natureza acontratualista do contrato de trabalho. Os adeptos da primeira vertente sustentam que o contrato de trabalho decorre de um ato jurídico bilateral, defendendo-se, inclusive, o contrato de trabalho como instituição, visto que o empregado se submete a uma situação estatutária, a condições de trabalho pré-estabelecidas. As principais críticas a esta corrente situam-se no sentido de que o contrato de trabalho tem caráter contratual, o que afasta qualquer feição de instituição. Para maiores delongas conferir:

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 191.

manifestação de vontade, havendo, portanto, uma intervenção da vontade, ainda que mínima¹⁴².

Da teoria contratualista emana a ideia de que a relação de emprego¹⁴³, formada por empregado e empregador possui natureza contratual. Tal corrente é subdividida em duas fases: a clássica e a moderna¹⁴⁴. Na etapa clássica, procurava-se enquadrar o contrato de trabalho dentre uma modalidade do ramo do direito civil¹⁴⁵, tais como compra e venda, locação, mandato e sociedade.

Enquanto compra e venda, o contrato de trabalho regularia a venda da força de trabalho em troca da contraprestação pecuniária. Esta teoria resta ultrapassada na medida em que o trabalho humano não pode ser considerado mercadoria comum, “(...) *tampouco pode essa atividade, inseparável do homem, assemelhar-se a uma coisa.*”¹⁴⁶

Ademais, sequer pode ser enquadrado como locação de serviços (*locatio operarum*), mandato ou ainda sociedade, no sentido de que o empregado aluga sua força de trabalho ao empregador. Isto porque a doutrina moderna, embora reconheça a natureza contratual do vínculo empregatício, rechaça a possibilidade de amoldá-lo a qualquer contrato de natureza civil, face a ausência de autonomia das partes na formulação das cláusulas contratuais, as quais são, majoritariamente, delimitadas pela lei¹⁴⁷.

142 SILVA, Edson Braz da. *Natureza jurídica da relação individual de emprego*. In “Revista da Faculdade de Direito UFG.” 17/18 (I), 61-77. 1993/1994. p. 64 e 65.

Para aprofundamentos acerca das teorias atinentes ao contrato de trabalho, conferir:

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 276 a 277.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 189 e ss.

143 Cumpre-nos atentar para a diferença entre relação de emprego e relação de trabalho, precipuamente no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a legislação trabalhista não abarca todas as modalidades de trabalho, mas apenas aquelas que satisfazem os requisitos da empregabilidade, disposta no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

144 NASCIMENTO, Amauri Macaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. rev. São Paulo, LTr, 1994. p. 136.

145 João Leal Amado logra diferenciar o texto preconizado no artigo 11º do Código do Trabalho de 2009 com as disposições contidas no Código Civil de modo a demonstrar que o contrato de trabalho não se confunde com a prestação de serviços, sendo um contrato com particularidades face a própria natureza do objeto do contrato.

AMADO, João leal. *Contrato de Trabalho*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 57 a 59.

146 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 185.

A autora discorre que Carnelutti, através de tentativa frustrada, comparou a força de trabalho com a energia elétrica, na tentativa de atribuir àquela a qualidade de mercadoria submetida, então, aos contratos de compra e venda. Para tanto, Carnelutti alegou que a força de trabalho, embora intrínseca do ser humano, não pode ser restituída depois do “consumo”. Logo, deve ser considerada mercadoria, assim como o é a energia elétrica. Contudo, esta teoria é amplamente refutada sob o argumento de que o empregador não detém a energia laborativa do empregado, mas tão somente o produto resultado da energia despendida pelo empregado.

147 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 276.

A interferência estatal na pactuação do contrato de trabalho decorre da própria origem do direito do trabalho, que enseja solucionar as desigualdades fáticas entre as partes, limitando a livre negociação e a autonomia da vontade para assegurar a proteção conferida ao hipossuficiente, conquistada através de longo processo histórico. Neste sentido, trazemos a colação o escólio de Amauri Mascaro Nascimento¹⁴⁸:

Se há um ramo do Direito no qual o contrato é controlado pelas leis, ele é o direito do trabalho.

Os motivos são encontrados na história do direito do trabalho e na questão social que evidenciou a desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, diante da qual, para restabelecimento do equilíbrio, foi necessário restringir a autonomia da vontade, e, no campo contratual, em vez de prevalecerem as cláusulas autodeterminadas pelas partes, a lei interferiu, reduzindo a autonomia das partes e incluindo-se no contrato, ainda que as partes, mesmo não contratando, não quisessem no seu contrato as cláusulas da lei, porque estas passariam a ser automaticamente aplicadas, ainda que contra a vontade dos sujeitos do contrato.

Essa foi a forma encontrada pelo direito do trabalho para seguir o princípio da igualdade, como tratar desigualmente situações desiguais, ou seja, a proteção do empregado como recurso jurídico para compensar uma descompensação econômica e contratual resultante da disparidade dos pratos da balança, que pende a favor do empregador por ele ter um poder natural que faz com que a situação que se encontra diante do trabalhador não seja de igualdade real.

Indubitável, portanto, que o contrato de trabalho é de fato um contrato¹⁴⁹, mormente em razão da declaração de vontade (expressa ou tácita) emanada das partes. A própria lei corrobora com esse posicionamento, pois além de adotar a expressão “contrato individual de trabalho” no título IV da CLT, veda expressamente a alteração unilateral das condições ajustadas¹⁵⁰. Outrossim, o Código do Trabalho português de 2009, em seu artigo 11.º, também prevê expressamente a natureza contratual do contrato de trabalho.

Entrementes, trata-se de ajuste que não concede ampla autonomia de vontade às partes, visto que é quase integralmente regulado por normas imperativas oriundas da própria Lei, todavia, necessita do consentimento para ser efetivado, razão pela qual sua natureza contratual é manifesta¹⁵¹.

148 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 550.

149 Cumpre destacar que a exposição de motivos da CLT, em seus artigos 27 e 28, ao contrário do que dispõe a própria Lei, não consignou a natureza jurídica contratual do contrato de trabalho, conquanto sublinhou que a feição institucional e estatutária prevalece sobre a acepção contratual da relação de trabalho.

FILHO, Alexandre Marcondes. *Exposição de Motivos*. 1943. p. 5. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1>. Último acesso em: 26 de junho de 2015.

150 Cfr. Artigos 443 e 468 DA CLT.

151 O eminente ministro Mauricio Godinho Delgado salienta que “A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento vontade essencial à configuração da relação de emprego. A presença da liberdade – e sua projeção na relação concreta, a vontade – é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho

Corrobora-se com o posicionamento de que se trata, então, de um contrato do tipo adesão¹⁵², cuja função primordial é criar a relação jurídica entre as partes, visando apenas complementar as determinações decorrentes de lei ou negociação coletiva, de forma que às partes apenas incumbe assinalá-las, nomeadamente ante a impossibilidade de negociação das normas imperativas, bem como do contrato individual suplantar as normas convênio-dispositivas¹⁵³.

Por derradeiro, o Código do Trabalho português de 2009 é explícito acerca da qualidade de *adesão* do contrato de trabalho, nos moldes preconizados no artigo 104.^o¹⁵⁴ do mencionado *códex*. Entretanto, do exame acurado do referido dispositivo legal denota-se que a norma adotou uma natureza jurídica mista – contratualista e institucionalista – ao estabelecer que a vontade do empregador é manifestada pelo regulamento interno da empresa, de modo que apenas a do trabalhador se submete aos ditames da adesão.

3.1.2) Elementos componentes do vínculo de emprego

empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.” Crf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 291.

¹⁵² BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 192. Neste ponto a autora expõe que acompanha o posicionamento de Cesarino Júnior, Arnaldo Süssekind e Contrin Neto. Logo, para confirmar sua hipótese, exemplifica-a mediante o artigo 423 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual as normas contraditórias ou ambíguas do contrato de adesão deverão ser interpretadas da forma mais favorável ao aderente. Por analogia, na seara juslaboral, o aderente seria o empregado.

Leal Amado coaduna com esse posicionamento doutrinário, reiterando que: “(...) o trabalhador limita-se a aceitar as condições contratuais previamente predispostas pelo empregador, seja num formulário geral de contratação, seja no próprio regulamento da empresa, (vd., a este propósito o art. 104º do CT), Para além do ordenamento juslaboral restringir, nos moldes já expostos, a liberdade de modelação do conteúdo contratual proposto pelo empregador, o art. 105º do CT determina que o regime das cláusulas contratuais gerais se aplica aos aspectos essenciais do contrato de trabalho em que não tenha havido prévia negociação específica (suscitando, desde logo, a delicada questão de saber quais serão esses <<aspectos essenciais do contrato>>).”

AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 64.

¹⁵³ Por convênio-dispositivas entende-se às normas que são disponíveis a qualquer alteração por normas convencionais, ou seja, não possuem natureza imperativa, porquanto as normas convencionais podem dispor ao contrário, independente se em benefício ou não do empregado. Esta é a natureza jurídica da maioria das normas trabalhistas portuguesas. No Brasil, em razão da prevalência do *favor laboratoris*, as normas convênio-dispositivas são excepcionais.

¹⁵⁴ “Artigo 104.º

Contrato de trabalho de adesão

1 – A vontade contratual do empregador pode manifestar-se através de regulamento interno de empresa e a do trabalhador pela adesão expressa ou tácita ao mesmo regulamento.

2 – Presume-se a adesão do trabalhador quando este não se opuser por escrito no prazo de 21 dias, a contar do início da execução do contrato ou da divulgação do regulamento, se esta for posterior.”

Compete, neste momento, cotejar os elementos proeminentes da relação de emprego, à luz das normas portuguesas e brasileiras, de modo a apresentar, ainda, as intersecções entre ambos os arcabouços jurídicos.

O atual Código do Trabalho português elenca em seu artigo 11º quais os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, vejamos:

Artigo 11.º

Noção de contrato de trabalho

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira disciplina que o vínculo de emprego advém do preenchimento dos seguintes requisitos:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Denota-se de ambos os textos legislativos que há alguns elementos comuns para a caracterização da relação de emprego nos ordenamentos legislativos objeto do estudo, quais sejam: pessoa física, prestação de serviço, retribuição/onerabilidade e subordinação.

Logo, discorrer-se-á, primeiramente, sobre os requisitos previstos unicamente na legislação brasileira: a pessoalidade e a habitualidade/não-eventualidade. O primeiro deles subjaz que o empregado não pode se fazer substituir quando se submete à relação de emprego, posto que o contrato de trabalho é *intuitu personae*; já o segundo requisito demonstra que há a necessidade do trabalho ser exercido com continuidade¹⁵⁵, pois o labor esporádico não satisfaz o liame de emprego, até porque afasta a subordinação que lhe é característica.

Frisa-se, por oportuno, que embora inexista previsão legal expressa acerca da pessoalidade do empregado para a caracterização do vínculo de emprego em Portugal, ao

155 Refutamos que a habitualidade está associada à frequência semanal de trabalho, visto que este pode ser considerado habitual se for realizado uma vez por semana durante dez anos ininterruptos. Entretanto, há crescente corrente jurisprudencial no Brasil que defenda a necessidade da prestação de atividade laborativa por, pelo menos, duas vezes por semana. Tal entendimento emanado da Corte Superior Trabalhista restringe-se, por enquanto, ao trabalho doméstico.

considerar caráter *intuitio personae* do vínculo empregatício, remanesce o posicionamento de que o empregado não pode se fazer substituir por outrem¹⁵⁶.

Acerca dos requisitos comuns em ambos os conjuntos normativos português e brasileiro tem-se que não merece delongas a exigência que de o labor seja realizado por pessoa física/singular. Deve-se apenas ater que não há pacto laboral entre duas pessoas jurídicas, mas sim mera prestação de serviços¹⁵⁷.

Acerca do elemento prestação de trabalho/serviço, tem-se que a realização de atividade (neste contexto atividade pode ser considerada a intelectual, braçal, manual, técnica, dentre outras) consubstanciada no dispêndio da sua capacidade laborativa ao serviço e em benefício do empregador.

O que se denomina por onerosidade/retribuição, define-se como a contraprestação devida pelo dispêndio da capacidade laborativa do empregado, que pode não ser integralmente convertida em pecúnia, mas também mediante a concessão de alguns benefícios.

Já a subordinação é o requisito crucial para a caracterização do vínculo de emprego face seus detalhamentos e as diversas formas como se apresenta.

Pode-se defini-la como:

(...) transferência, ao empregador, do poder de direção sobre a atividade a ser prestada, em decorrência dos naturais limites da autonomia da vontade em face da obrigação assumida de ficar à disposição. Por conta do contrato de trabalho, o empregado coloca-se em estado de sujeição pessoal em face do empregador que, no dia-a-dia, dá conteúdo às obrigações pactuadas genericamente.¹⁵⁸

Diz-se que é subordinação jurídica porque incide sobre a forma em que o trabalho é realizado, e não sobre a pessoa do trabalhador, de modo que não se pode vislumbrá-la sob a ótica subjetiva (subordinação do empregado à pessoa do empregador) com vistas a caracterizar o liame empregatício. Inobstante, a sujeição do próprio trabalhador pode ocorrer no plano fático em alguns tipos de atividades, mas é “(...) incapaz de captar a

156 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 65.

157 Destaca-se, contudo, que há a possibilidade de configuração de fraude nesta prestação de serviço quando restar evidente que a constituição da forma empresarial empresa decorre da vontade da empresa contratante se abster do pagamento das verbas trabalhistas. Para se comprovar a fraude da prestação de serviços – pejetização, essencial evidenciar a presença de todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício.

158 MANNRICH, Nelson. *Autonomia, parassubordinação e subordinação: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador*. p. 6. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf> Último Acesso em: 15 de maio de 2015.

presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos funcionários.”¹⁵⁹

Há, assim, uma dependência jurídica os dois sujeitos desta relação, de modo que aquele se submete às diretrizes emanadas por este (poder diretivo) para o desenvolvimento das atividades laborativas. Ainda que o empregador não tenha conhecimentos específicos sobre as atividades desempenhadas pelo empregado, possui ingerência no labor despendido quando indica direcionamentos a serem adotados por este. Resta, pois, superado o entendimento de que a mera dependência econômica caracterizaria o liame empregatício¹⁶⁰.

Por outro lado, a autonomia para o desenvolvimento das atividades laborativas, mormente quando se trata de atividade intelectual, não afasta a subordinação por si só, visto que “(...) a autonomia do trabalho não é incompatível com a execução de certas directivas da pessoa servida e de algum controle desta sobre o modo como o serviço é prestado”¹⁶¹.

Nesta senda a célebre jurista Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁶², salienta o que diferencia o trabalho subordinado do trabalho autônomo (prestação de serviço), veja-se:

(...) a emissão de ordens directas e o controlo da prestação do trabalhador apontam para a sua subordinação e, nessa medida, para a qualificação laboral do contrato; já a simples sujeição a instruções genéricas e a um controlo de resultados pode apontar para o trabalho autónomo.

Apesar dos direcionamentos doutrinários a indicar a presença da subordinação jurídica, a efetiva visualização deste elemento, na prática, pode se tornar muito nebulosa, face a linha tênue que separa o trabalho autônomo do trabalho subordinado, precipuamente quando inexistente prova robusta do vínculo empregatício e se trata de atividades desempenhadas por profissionais especializados, tal como a advocacia no seio da empresa.

Diante disto, e considerando a presunção de laboralidade preconizada no artigo 12.^o¹⁶³ do atual Código do Trabalho, a jurisprudência portuguesa adotou o entendimento de

159 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 281.

160 Neste sentido Romano Martinez: “(...) dependência econômica não caracteriza o contrato de trabalho”. Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do trabalho anotado*. Coimbra: Almedina, 2008. P. 105.

161 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. Lisboa: Verbo, 1993. p. 302.

162 RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais*. atual. Coimbra: Almedina, 2012. p. 36 e 37.

163 “Artigo 12.º

Presunção de contrato de trabalho

que, nestas circunstâncias, a subordinação jurídica deve ser avaliada em cotejo com os indícios fáticos que o caso concreto apresenta. Vejamos partícula do seguinte aresto oriundo do Supremo Tribunal de Justiça:

V - A subordinação jurídica, traduzindo-se na possibilidade de a entidade patronal orientar e dirigir a actividade laboral em si mesma e ou dar instruções ao próprio trabalhador com vista à prossecução dos fins a atingir com a actividade deste, deduz-se – na ausência de comportamentos declarativos expressos definidores das condições do exercício da actividade contratada, situação frequente quando se trata de convénios informais – de factos indiciários, todos a apreciar em concreto e na sua interdependência, sendo os mais significativos: a sujeição do trabalhador a um horário de trabalho; o local de trabalho situar-se nas instalações do empregador ou onde ele determinar; existência de controlo do modo da prestação do trabalho; obediência às ordens e sujeição à disciplina imposta pelo empregador; propriedade dos instrumentos de trabalho por parte do empregador; retribuição certa, à hora ou ao dia, à semana ou ao mês; exclusividade da prestação do trabalho.¹⁶⁴ - STJ – Proc. 295/07.9TTPT.S1, Rel. Vasques Dinis, decisão de 19.05.2010.

Os tribunais brasileiros coadunam com este entendimento, consoante se denota da ementa abaixo, oriunda de julgamento no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro)¹⁶⁵:

RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. No exercício de funções intelectuais, a subordinação jurídica deve ser apurada com maior cuidado, como bem salientado pela r. sentença, uma vez que o critério tradicional de apuração, que realça a submissão funcional do empregado às ordens do empregador, não se mostra suficiente nesta nova realidade social. (TRT-1 - RO: 00100516820145010053 RJ, Relator: LEONARDO DA SILVEIRA PACHECO,

1 – Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características:

- a) A actividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da actividade;
- c) O prestador de actividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;
- d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma;
- e) O prestador de actividade desempenhe funções de direcção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

2 – Constitui contra-ordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de actividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado.

3 – Em caso de reincidência, é aplicada a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, por período até dois anos.

4 – Pelo pagamento da coima, são solidariamente responsáveis o empregador, as sociedades que com este se encontrem em relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como o gerente, administrador ou director, nas condições a que se referem o artigo 334.º e o n.º 2 do artigo 335.º¹⁶⁴

164 Acórdão do processo n.º 295/2007, de 19 de maio de 2010, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/77d396444d5477ee8025772d004d9d39?OpenDocument>>. Último acesso em 07 de julho de 2015.

165 TRT-1 - RO: 00100516820145010053 RJ, Relator: LEONARDO DA SILVEIRA PACHECO, Data de Julgamento: 16/06/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 23/06/2015.

Data de Julgamento: 16/06/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 23/06/2015)

Assim, a subordinação é o elemento nuclear para demonstrar a existência de relação empregatícia, mostrando-se, também, o de mais difícil identificação, face as minúcias que o envolvem.

Logo, para a devida caracterização do liame empregatício patente a demonstração de todos estes requisitos, posto que, a ausência de um, já afasta a relação de emprego em sentido estrito.

3.1.3) Principais características do contrato de trabalho típico: Portugal e Brasil

De proêmio, faz-se essencial analisar as particularidades que envolvem o contrato de trabalho em sua forma típica, para, após, confrontarmos com os contratos atípicos e, ainda, avaliar os principais pontos de modificação. Para evitar um desvirtuamento do foco do presente estudo, não se delongará nos pressupostos de origem do direito civil para a pactuação de contrato¹⁶⁶, cingir-se-á, tão somente, no ponto que nos interessa: principais características do contrato de trabalho típico.

Em ambos os conjuntos normativos revolvidos, vislumbra-se que o contrato de trabalho é: bilateral, sinalagmático, consensual, oneroso, perene/duradouro e *intuito personae*.

Em breves linhas, esmiuçar-se-á cada atributo acima elencado, presentes tanto no conjunto normativo português quanto no brasileiro.

A bilateralidade remete à pactuação entre duas pessoas, com expressa declaração de vontade das partes – empregado e empregador –, inexistindo interferência de terceiros. O ajuste pode ser efetuado tanto de forma escrita quanto de forma oral, visto que a lei não prevê forma específica para tanto¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Capacidade das partes e licitude do objeto de trabalho, por exemplo. Para aprofundamentos: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 191.

¹⁶⁷ A ausência de formalidade restringe-se ao contrato de trabalho por prazo indeterminado. O próprio Código do Trabalho português disciplina no seu artigo 147.º, 1, “c”, que o contrato verbal, ou ainda reduzido a termo mas sem assinatura das partes, sem data da celebração, e início de vigência, ou sem qualquer outro requisito, será considerado por prazo indeterminado.

Vejamos o texto legal:

“Artigo 147.º

Tem-se por sinalagmático porque conduz a um quadro de obrigações recíprocas, sumariamente delineadas como atividade laboral (empregado) e contraprestação em pecúnia. Entretanto este sinalagma não é concebido de forma absoluta, pois se assim o fosse, a ausência de prestação de trabalho eximiria o empregador de plano, do cumprimento da sua obrigação, o que não coaduna com a realidade. Em muitas ocasiões, em que não há prática de atividade laborativa (faltas justificadas, férias, feriados, dentre outras) o empregador deverá arcar com seu dever retributivo¹⁶⁸. É o que Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁶⁹ denomina por sinalagma imperfeito:

Todavia, o sinalagma do contrato de trabalho é um sinalagma imperfeito, porque, em alguns casos, subsiste o dever principal de uma das partes perante a ausência de cumprimento da outra parte.

Assim, o sinalagma do contrato de trabalho é mitigado, não podendo ser considerado de forma absoluta, por destoar das excepcionalidades legais e das particularidades desta modalidade contratual.

A onerosidade do pacto laboral consiste nas vantagens mútuas concedidas por ambas as partes envolvidas, o empregador o resultado do trabalho despendo pelo empregado que, em contrapartida, ecebe o respectivo pagamento.

Vólia Bonfim¹⁷⁰ salienta que a onerosidade possui a vertente objetiva e a subjetiva, as quais são compreendidas na forma que segue:

O objetivo (finalidade, meta) da prestação de serviços é o **tipo de trabalho** em si e não a paga que dele deriva.

Por isso, aspecto **objetivo** ocorre quando, mesmo que não tenha havido o interesse principal no pagamento ou intenção de se trabalhar pelo dinheiro, houve de fato contraprestação. É o que ocorre com alguns professores, que ministram aula apenas por amor ao magistério (...).

Contrato de trabalho sem termo

1 – Considera-se sem termo o contrato de trabalho:

- a) Em que a estipulação de termo tenha por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo;
- b) Celebrado fora dos casos previstos nos n.os 1, 3 ou 4 do artigo 140.º;
- c) Em que falte a redução a escrito, a identificação ou a assinatura das partes, ou, simultaneamente, as datas de celebração do contrato e de início do trabalho, bem como aquele em que se omitam ou sejam insuficientes as referências ao termo e ao motivo justificativo; (...)

Outrossim, o artigo 443 da CLT contém previsão expressão no sentido de que o contrato de trabalho pode ser firmado de forma verbal e escrita, consoante se infere do recorte que segue:

“Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.”

168 AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 63.

169 RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais(...)* *Op. Cit.* p. 92.

170 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 293. (versão digital).

Subjetivo quando o trabalho é desempenhado pela necessidade de subsistência, isto é, pelo dinheiro que dele rende, em troca do salário, de vantagens, do pagamento. Demonstra-se pela intenção onerosa manifestada pelo trabalhador.

Godinho¹⁷¹ corrobora com o posicionamento jungido acima, e leciona que o plano objetivo da onerosidade corresponde ao pagamento pelo empregador de parcelas que visam remunerar o obreiro decorrente do contrato de trabalho; já a dimensão subjetiva corresponde ao interesse monetário das partes no contrato firmado, nomeadamente o empregado, que depende da contraprestação laborativa para manter a própria subsistência.

Ademais, a principal característica do contrato de trabalho típico é a sua perpetuação no tempo, ou seja, a inexistência de termo para encerramento do vínculo empregatício, posto que grande parte dos contratos atípicos estipulam encerramento do contrato após transcurso de determinado interregno temporal, o que será demonstrado adiante. A este respeito Leal Amado faz ressalva no sentido de que o fato do contrato ser perene não significa que ele é vitalício¹⁷².

A título de elucidação, patente destacar que o contrato duradouro pode ainda ser rescindido. Em Portugal, as possibilidades de romper o vínculo empregatício são mais restritas, em vista da segurança no emprego assegurada pelo artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa¹⁷³. Logo, vigora como regra de princípio a dispensa, tão somente, por justa causa sendo imperioso, para tanto, comprovar a falta grave do empregado no exercício das suas atividades laborativas. O Código do Trabalho elenca algumas hipóteses de falta grave a ensejar a justa causa, tanto por parte do empregado quanto pelo empregador, conquanto, em sendo demonstrada a inexistência de justa causa no caso concreto, a parte que ocasionou a resolução do contrato de trabalho arcará com indenização estabelecida em Lei¹⁷⁴.

O artigo 478¹⁷⁵ da Carta Magna brasileira previa, em seu texto original, a possibilidade de aquisição de estabilidade após 10 (dez) anos de efetivo labor àqueles trabalhadores que não eram optantes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

171 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 277 e 278.

172 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 65.

173 “Artigo 53.º

Segurança no emprego

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”.

174 As indenizações por dispensa ilícita ou por resolução ilícita do pacto laboral estão previstas, respectivamente nos artigos 390.º e 399.º do CT.

175 Cfr. Artigo 478 da CLT.

(FGTS)¹⁷⁶, contudo, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou a estabilidade decenal do quadro normativo brasileiro, na medida em que estipulou a obrigatoriedade à adesão ao FGTS.

Outrossim, atualmente a legislação brasileira permite a dispensa imotivada do empregado, conquanto, o empregador deverá arcar com o pagamento de indenização pelo rompimento do vínculo empregatício¹⁷⁷, de modo a garantir ao empregado amparo financeiro para a persecução de nova colocação profissional.

Por derradeiro, mais uma vez salienta-se o caráter *intuito personae* do contrato de trabalho face o caráter de personalidade da relação empregatícia. Ressalva-se o posicionamento do eminente Leal Amado que não atribui tal predicado ao contrato de trabalho como regra, sob o argumento de que “(...) *as particulares qualidades do trabalhador não constituem motivo determinante de contratação;*”¹⁷⁸.

Neste passo, traçados os principais liames do contrato de trabalho típico à luz dos regramentos português e brasileiro, passamos a analisar o ponto chave do presente estudo: os contratos atípicos.

3.2) Os contratos atípicos do direito laboral sob a perspectiva luso-brasileira

Considerando a modalidade típica como regra de princípio, há que se estabelecer como atípica toda forma de contratação que difere de qualquer dos parâmetros já explicitados alhures¹⁷⁹, ou seja, que desviam da espécie típica.

Inegável que a criação de novas formas de contratação de mão-de-obra são reflexos das modificações nas relações sociais e econômicas, decorrentes, assim, do sistema globalizado que, diuturnamente, insere formatos diversos de produzir e trabalhar,

176 O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) assemelha-se a uma poupança constituída pelos depósitos mensais obrigatórios a serem efetuados pelo Empregador. O FGTS é gerido pelo banco Caixa Econômica Federal, sendo garantido ao empregado o direito de saque quando dispensado sem justa causa. Autoriza-se, ainda, a movimentação dos valores do FGTS para aquisição de imóvel ou mesmo para tratamento médico do próprio empregado ou algum parente próximo. Para maiores detalhes conferir a Lei 8.036/1990, que dispõe sobre todo o arcabouço organizacional do mencionado fundo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Último acesso em 20 de junho de 2015.

177 Além das verbas rescisórias comumente devidas (aviso prévio, verbas proporcionais), o Empregador deverá quitar a multa indenizatória no importe de 40% sobre todo o valor depositado na conta vinculada de FGTS do Empregado.

178 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 66.

179 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 267.

principalmente, em razão do veloz desenvolvimento da tecnologia. Ademais, não podemos esquecer das demandas econômicas que pedem maior dinamicidade nas relações de trabalho, bem como redução de custos de contratação, manutenção e dispensa do empregado.

As crises financeiras, com amplitude cada vez mais universal, aguçam ainda mais a intenção de deixar a relação de trabalho menos onerosa para as empresas, utilizando-se, para tanto, do pretexto de que a dureza do regramento laboral enrijece, também, o campo de ação do empregador, o qual, em situações economicamente críticas, não vê outra saída senão reduzir seu quadro de colaboradores. Ao fim, a intenção primordial seria evitar aumento dos índices de desemprego.

É neste contexto complexo que se alberga os famigerados contratos de trabalho atípicos, os quais, em conjunto com o protótipo clássico, formam um “(...) *mosaico juslaboral rico e diversificado*.”¹⁸⁰. Há, contudo, uma fragmentação no mercado de trabalho constituído, assim, pelos *insiders* (assim considerados os empregados submetidos a contrato sem prazo determinado e com razoável segurança na colocação profissional) e pelos *outsiders* (trabalhadores informais, submetidos às condições de precariedade, como o termo final de encerramento contratual e os desempregados)¹⁸¹.

Para melhor compreensão dos impactos – benéficos ou não – das espécies contratuais excepcionais, discorrer-se-á a respeito das tipologias de maior relevância à luz dos conjuntos normativos de Portugal e do Brasil. Não se dedicará a esgotar tais hipóteses de contratação, visto que se pretende evidenciar a linha tênue entre a atipicidade e a precarização da relação de emprego, na medida em que algumas espécies colocam o empregado em situação de insegurança frente as mínimas garantias, enquanto outras efetivamente asseguram a readequação normativa

O enfoque não será, portanto, exaurir os atributos dos contratos atípicos, mas trazer à colação os aspectos mais relevantes que envolvem estas tipologias contratuais com a flexibilidade.

3.2.1) Contratos atípicos no Ordenamento Jurídico Português

180 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 92.

181 *Idem*.

O Código do Trabalho vigente em Portugal cuidou de elencar, a partir do seu artigo 139.º, variadas tipologias de contratação atípica, dentre os quais se destaca: contrato a termo; contrato intermitente; contrato a tempo parcial; comissão de serviços; teletrabalho; e trabalho temporário.

Frente à complexidade de todo o conglomerado de contratos atípicos permitidos pela legislação trabalhista portuguesa e em atenção ao objetivo do presente trabalho, que foge à necessidade de esmiuçar cada modalidade desta tipologia contratual, cingir-se-á a fazer exposições acerca das principais hipóteses (mais corriqueiras e mais relevantes), observando-se, para além da letra da Lei, as diretrizes oriundas da União Europeia e os pronunciamentos do Judiciário.

Por questões meramente didáticas e organizacionais, explanar-se-á, de forma segmentada, sobre as tipologias atípicas de maior proeminência no contexto trabalhista português. Assim, não se esgotará todas as modalidades contratuais, mas se esmiuçar-se-á as que demonstram mais relevância para o deslinde do presente estudo.

3.2.1.1) Contrato de trabalho a termo resolutivo

Dentre as espécies atípicas, o contrato a termo é a principal modalidade inserta no ordenamento jurídico português. Conforme sua própria nomenclatura sugere, consiste na pactuação laboral com estipulação de um termo final para o encerramento do pacto. A este respeito Leal Amado¹⁸² aduz que se trata de liberdade condicional de contratação, porque “(...) a nossa lei estabelece requisitos para a verificação obrigatória para que seja validamente celebrado um contrato de trabalho a prazo.”

No quadro comunitário a Diretiva 1999/70/CE¹⁸³ já buscava consolidar um acordo entre os Estados-Membros com vistas a inserir nos quadros normativos pátrios a permissão de se contratar empregados através de prazo determinado. Esta diretiva, além de expor requisitos gerais para a implementação do contrato a termo, evidencia medidas para proteger os trabalhadores comunitários contra discriminações.

182 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho (...)*. Op. cit. p. 95.

183 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo. Jornal Oficial nº L 175 de 10/07/1999 p. 0043 – 0048.

Frente à garantia de estabilidade no emprego insculpida no artigo 53.º da CRP, o legislador português se viu diante de um dilema, vez que a rigidez nas formas de cessação do contrato de trabalho em sua forma típica, embora necessária para estabilizar os índices de desemprego, inviabilizava a competitividade das empresas em momento de intensa globalização. O contrato a termo nasce, então, como opção para conferir esta maleabilidade ao mercado produtivo, enquanto medida apta a suprir as necessidades temporárias da empresa mediante custo financeiro reduzido¹⁸⁴.

Neste sentido elucida Palma Ramalho¹⁸⁵:

A evolução no tratamento da figura do trabalho a termo noutros sistemas europeus, evidencia, tal como entre nós, a importância vital desta figura para prosseguir objectivos de flexibilidade da gestão dos recursos humanos e na promoção do emprego, mas também a sua delicadeza, pela facilidade com que este regime propicia a segmentação do mercado de trabalho (entre os trabalhadores por tempo indeterminado e os trabalhadores a termo), a que inerem diferenças de tratamento de relevo e que tendem a prolongar-se no tempo.

Por outro lado, a legítima contrariedade entre a garantia de emprego prevista constitucionalmente e a contratação com estipulação de termo ensejou a proposição de ação postulando pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 140.º do CT, cuja decisão foi corporificada no Acórdão 338/2010¹⁸⁶ do Supremo Tribunal de Justiça.

Em profunda análise meritória, esta corte de justiça cotejou que, a princípio, não há como afastar o confronto entre o contrato a prazo e a garantia de emprego, contudo, visualizando-se toda a conjuntura normativa, a Corte Constitucional ponderou que a contratação a prazo determinado, conquanto restrinja a segurança no emprego, intenta, também, assegurar outros direitos constitucionalmente consagrados, consoante fragmento abaixo:

Nesta mesma linha, podemos também afirmar: é certo que há uma restrição ao direito à segurança no emprego (artigo 53.º), mas ela é justificada por outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). Trata-se de apoiar a livre iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), promovendo assim a «transformação e modernização das estruturas económicas e sociais» [artigo 9.º, alínea d)] e contribuindo para a possível universalização do «direito ao trabalho» (artigo 58.º,

184 CAMPOS, Alice Pereira de. *O Contrato de Trabalho a termo: uma forma de trabalho precário?*. Lisboa: Universidade Católica, 2013. p. 11 e 12.

185 RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais (...)*. Op. Cit. p. 258.

186 Acórdão 338/2010, de 22 de setembro, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>>. Acesso em 27 de março de 2014.

n.º 1) que corresponderia ao objectivo constitucional do «pleno emprego» [artigo 58.º, n.º 2, alínea a), todos da Constituição da República Portuguesa].¹⁸⁷

Nesta senda, o Supremo Tribunal de Justiça reputou como constitucional a contratação a termo, visto que legalmente instituída em situações limitadas, de carácter excepcional¹⁸⁸.

O legislador cuidou de prever o contrato a termo, em suas minúcias, nos artigos 139.º a 149.º do CT vigente.

Atribui-se ao regime jurídico dos contratos a prazo a natureza convênio-dispositiva, nos moldes do que prevê o artigo 139.º do CT¹⁸⁹. Assim, como regra de princípio, subjugam-se tal regime aos ditames da regulamentação coletiva.

Para que se atenda a esta modalidade excepcional impõe-se o preenchimento de pressupostos de ordem material (tipo de atividade) e formal (modo de pactuação), todos amplamente disciplinados nos artigos 140.^{o190} e 141.^{o191} do atual Código do Trabalho.

Em atenção ao que disciplina o Código do Trabalho, a pactuação do contrato a termo apenas se faz possível para suprir necessidade temporária da empresa – até porque permitir tal modalidade de contratação para persecução de atividade permanente acarretaria na desvirtuação do próprio instituto – cuja delimitação está inscrita no artigo 140.º, item 2, do CT, citando-se, a título exemplificativo, a substituição de empregados ausentes ou sobrecarga temporária de atividade (época natalina, por exemplo).

Para melhor elucidar os diversos limites temporais albergados pela norma pátria no que atine a esta modalidade contratual, propicia a quadro abaixo¹⁹²:

Código do Trabalho	Delimitação
--------------------	-------------

187 Idem.

188 Atinente ao carácter excepcional do contrato a termo, que o reputa como válido, corroboram Canotilho/Vital Moreira; e Rui Medeiros/Jorge Miranda. Para aprofundamentos conferir: CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 711. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*: Tomo I. 2. ed. rev. atual. ampl. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010. p. 1060.

189 Cfr. Artigo 139.º do Código do Trabalho vigente.

190 Cfr. Artigo 140.º do Código do Trabalho vigente.

191 Cfr. Artigo 141.º do Código do Trabalho vigente.

192 O quadro apresentado foi inspirado no contido na seguinte obra:

REIS, João Pena dos; *et al* (coord). *Contrato de Trabalho a Termo*. Centro de Estudos do Judiciário: Coleção Formação Inicial, novembro, 2013. p. 13 (ebook). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno_Contrato_trabalho_termo.pdf?id=9>. Último acesso em: 05 de Julho de 2015.

Art. 140.º n.º 2 alíneas a) a g)	Duração mínima: a prevista para a tarefa ou serviço a realizar, podendo ser inferior a 6 meses (art. 148.º n.º 2 do CT) Duração máxima: 3 anos (art. 148.º n.º 1 alínea c) do CT)
Art. 140.º n.º 2 alínea h) – execução de atividade definida e temporária	Duração mínima: 6 meses (art. 148.º n.º 2 a contrario do CT) Duração máxima: 3 anos (art. 148.º n.º 1 alínea c) do CT)
Art. 140.º n.º 4 alínea a) – lançamento de nova atividade de duração incerta (até 750 funcionários)	Duração mínima: 6 meses (art. 148.º n.º 2 a contrario do CT) Duração máxima: 2 anos (art. 148.º n.º 1 alínea b) do CT)
Art. 140.º n.º 4 alínea b), 1.ª parte (trabalhador à procura de primeiro emprego)	Duração mínima: 6 meses (art. 148.º n.º 2 a contrario do CT) Duração máxima: 18 meses (art. 148.º n.º 1 alínea. a) do CT)
Art. 140.º n.º 4 alínea b), com exceção da 1.ª parte (trabalhador em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego)	Duração mínima: 6 meses (art. 148.º n.º 2 a contrario do CT) Duração máxima: 2 anos (art. 148.º n.º I alínea b) do CT)

Vê-se, assim, que há uma variação do prazo de validade do contrato, cuja estipulação decorre, sobretudo, do motivo que justifica a contratação de mão-de-obra por prazo determinado.

Em que pese a norma explicitamente evidenciar que se trata de modalidade de contratação extravagante, a ser invocada quando a empresa enfrentar circunstância transitória, diz-se que o item 4 do artigo 140.º permite, de fato, a utilização desta espécie contratual para formação de vínculo empregatício precário com empregados que, em verdade, desempenharão atividades perenes para o empregador. Observe-se o texto da Lei:

4 – Além das situações previstas no n.º 1, pode ser celebrado contrato de trabalho a termo certo para:

- a) Lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores;
- b) Contratação de trabalhador à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego.

A este respeito, mostra-se oportuno trazer a colação a ponderação de Leal Amado¹⁹³:

A verdade é que, tudo visto, e ao invés do que sugere o n.º 1 do art. 140º, o contrato a termo pode ser celebrado para satisfazer as necessidades permanentes

¹⁹³ AMADO, João Leal Amado. *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 98.

das empresas. A uma necessidade permanente de mão-de-obra pode, pois, corresponder, licitamente, um contrato a prazo.

Logo, indubitável que, em algumas ocasiões, permite-se a contratação a termo ainda que não se trate de condição transitória da empresa. Entretanto, são possibilidades submetidas a restrições mais extremadas, porque, se assim não fosse, haveria um real desvirtuamento da sua finalidade, tornando-se regra a situação de exceção, o que coloca o trabalhador em condição de precariedade.

Além disso, merece realce o contrato a termo incerto, cujas tipificações taxativas estão contempladas no artigo 140.º, n.º 3 do CT¹⁹⁴. Tal modalidade de contratação a prazo faz-se necessária nas raras ocorrências em que o “(...) *evento é certo quanto à sua verificação, mas incerto quanto à data em que a mesma irá ocorrer (certus na, incertus quando)*.”¹⁹⁵

Ou seja, não há como estipular quando advirá o encerramento da condição transitória que ensejou o pacto laboral. Por exemplo: uma empregada está afastada por problemas de saúde (artigo 140.º, 2, “a”, do CT), o que demanda a contratação de um substituto até o retorno da colaboradora enferma. Não há como determinar o tempo essencial para a recuperação desta, o que impede a colocação de um termo expreso no pacto laboral firmado com o substituto.

Embora o termo seja incerto, o atual CT cuidou de inserir duração máxima para o acontecimento da condição resolutive, sendo que, transcorridos 06 (seis) anos (artigo 148.º do CT¹⁹⁶) sem que o evento incerto efetivamente sobrevenha, a legislação não autoriza a continuidade do contrato nestes moldes, ante a condição de precariedade que o empregado permanece vinculado. Caso as partes deem prosseguimento ao vínculo de emprego após o atingimento da caducidade estipulada em lei, ou ainda depois de perpassados 15 (quinze) dias do evento resolutive, ele deixa então, de se tornar precário, e transforma-se em contrato de trabalho típico, cuja duração é inexaurível.

194 Coadunamos com o posicionamento doutrinário de que a contratação a termo incerto deverá ser realizada apenas nas hipóteses taxativas estipuladas na lei. Neste sentido Maria Irene Gomes salienta: “*relativamente ao contrato de trabalho a termo incerto, quer o CT de 2009, quer o anterior CT de 2003 mantêm a legitimidade da sua celebração dependente da verificação de uma das situações taxativamente admitidas pela lei (respectivamente, arts. 140.º, n.º 3, e 143.º)*”. . GOMES, Maria Irene. *Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho*. “Scientia Iuridica”, LVIII, 2009, n.º 318, pp. 281 a 310. p. 286, nota 11. Corrobora com esta vertente: AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 110.

195 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 110.

196 Cfr. Artigo 478 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Verifica-se que o termo incerto é acolhido com maiores restrições e sujeito a considerável rigor da Lei, embora Leal Amado diz que a dureza legal é mais aparente do que efetiva¹⁹⁷.

Quanto ao mais, em Portugal, não há a espécie contratual de experiência, nomeadamente porque, de fato, corresponde ao período inicial de todo contrato de trabalho (artigo 111.º do CT¹⁹⁸) e possui, em geral, carácter obrigacional. Denota-se do próprio texto legal sua finalidade de permitir que as partes verifiquem sua adequação na colocação profissional. Deste modo, tanto o empregador avalia a capacitação daquele empregado para o desempenho de determinadas atividades, quanto o empregado em questão analisa se a colocação profissional lhe oferece as condições necessárias/prometidas.

A duração deste interstício varia de acordo com o tipo de contrato formalizado entre as partes, senão vejamos o que disciplina o artigo 112.º do Código do Trabalho:

Artigo 112.º

Duração do período experimental

1 – No contrato de trabalho por tempo indeterminado, o período experimental tem a seguinte duração:

- a) 90 dias para a generalidade dos trabalhadores;
- b) 180 dias para os trabalhadores que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, bem como os que desempenhem funções de confiança;
- c) 240 dias para trabalhador que exerça cargo de direcção ou quadro superior.

2 – No contrato de trabalho a termo, o período experimental tem a seguinte duração:

- a) 30 dias em caso de contrato com duração igual ou superior a seis meses;
- b) 15 dias em caso de contrato a termo certo com duração inferior a seis meses ou de contrato a termo incerto cuja duração previsível não ultrapasse aquele limite.

3 – No contrato em comissão de serviço, a existência de período experimental depende de estipulação expressa no acordo, não podendo exceder 180 dias.

4 – O período experimental, de acordo com qualquer dos números anteriores, é reduzido ou excluído, consoante a duração de anterior contrato a termo para a mesma actividade, ou de trabalho temporário executado no mesmo posto de trabalho, ou ainda de contrato de prestação de serviços para o mesmo objecto, com o mesmo empregador, tenha sido inferior ou igual ou superior à duração daquele.

5 – A duração do período experimental pode ser reduzida por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por acordo escrito entre partes.

6 – A antiguidade do trabalhador conta-se desde o início do período experimental.

O interstício de experiência, permite, outrossim, a denúncia do contrato por qualquer das partes sem que haja obrigatoriedade de aviso prévio, invocação da justa causa

197 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 111.

198 Cfr. Artigo 11.º do Código do Trabalho vigente.

ou indenização, ressalvando-se as restrições elencadas nos itens 2, 3 e 4 do artigo 114.º do Código do Trabalho. Logo, enquanto perdura o interregno experimental, tem-se que o contrato de trabalho não está integralmente vigente nos moldes pactuados (a termo, sem prazo determinado, por exemplo), visto que pode ser denunciado sem acarretar graves ônus às partes.

O contrato a termo é precário às relações de emprego, pois coloca o empregado em situação de insegurança e fragilidade, vez que o vínculo empregatício tem durabilidade temporal limitada. A par disso, o ordenamento jurídico português garante o subsídio desemprego quando do encerramento do contrato a termo, de modo a evitar subjugar este empregado a situação de incerteza no momento em que este se depara com a finalização do seu pacto laboral, sendo-lhe assegurado benefício social para auxiliá-lo no processo de recolocação no mercado de trabalho, desde que satisfeitos os requisitos para tanto¹⁹⁹.

Ressalta-se que a legislação portuguesa possui avanço memorável neste particular, porque concede o subsídio desemprego a todo cidadão que não deu causa à rescisão do pacto de emprego e preencha os demais requisitos para tanto.

Sobremais, pondera-se que, diante da crise econômica que tem assolado o continente Europeu e, particularmente, Portugal, o Direito do Trabalho se encontra cada vez mais frágil, principalmente, em decorrência da desvirtuação da Lei para manutenção de contrato precário. Muitas empresas, visando evitar a garantia no emprego consolidada na CRP, deixam de firmar o contrato de trabalho típico, e estabelecem para com o empregado uma incontável quantidade de contratos a termo, durante inúmeros anos, desvirtuando completamente a finalidade do instituto.

Coaduna-se com a vertente de que o contrato a termo se faz essencial em inúmeras circunstâncias, conquanto seu caráter de exceção deve sempre prevalecer, sob pena de ser subvertida à regra.

¹⁹⁹ Verificar: Decreto-Lei 220/2006.

O guia prático do subsídio de desemprego, elaborado pelo órgão da seguridade social, embora não explicita que o encerramento do termo autoriza o recebimento do benefício quando do preenchimento dos requisitos, também não contém qualquer vedação, de modo que o entendimento é no sentido de que a ausência de voluntariedade engloba, também, o encerramento do contrato a termo.

Para aprofundamentos:

INSTITUTO DE SEGURANÇA SOCIAL. Guia Prático – Subsídio de Desemprego, 2015. Disponível em: <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15007/subsidio_desemprego>. Último acesso em: 07 de julho de 2015.

3.2.1.2) Trabalho a tempo parcial

Reitera-se que as crises econômicas influenciam diretamente o sistema de duração do trabalho. Isto porque a classe empresária, sob o argumento de redução de custos com o fito de aumentar a produção, postula pela flexibilização dos direitos laborais, inclusive no que tange à duração do trabalho.

Nesta senda, a duração e organização do tempo de trabalho tem sido alvo de transformações significativas, “(...) sempre num sentido de aumentar a disponibilidade laboral do trabalhador e a flexibilização permitida ao empregador.”²⁰⁰

Irrefragável que o contrato de trabalho a tempo parcial vem, por um lado, atender os anseios do empregador enquanto medida flexível na organização do seu quadro de colaboradores, permitindo-lhe contratar sob jornada reduzida e, por consequência, com salários menores; e por outro lado oferecer colocação profissional àqueles que, embora necessitem de emprego, não possuem disponibilidade a tempo inteiro, tais como o estudante, a mãe que precisa cuidar dos seus filhos e a pessoa que tem parente enfermo que demanda cuidados.

Além disso, salienta-se que:

(...) o trabalho a tempo parcial tem ainda um importante papel a desempenhar em matéria de combate ao desemprego, permitindo, quiçá, partilhar os empregos disponíveis e, logo, abrir as portas do mercado de trabalho a mais pessoas.²⁰¹

Entretanto, a inserção do trabalho a tempo parcial no arcabouço normativo português decorreu da transposição obrigatória da Diretiva n.º 97/81/CE²⁰² às normas internas, efetivada mediante a Lei 103/1999. Mencionada Diretiva referia-se a acordo celebrado entre UNICE (União das Confederações europeias dos Sindicatos), CEEP (Centro Europeu com Participação Estatal) e CES (Centro Europeu das Empresas).

O atual Código do Trabalho dedica os artigos 150.º a 156.º ao trabalho a tempo parcial, cuidando de defini-lo nos seguintes termos:

200 CARVALHO, Catarina de Oliveira. *A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho*. In “Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?”, Coimbra: Coimbra, 2011. pp. 359 ss. (p. 359).

201 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 131. A respeito da alegada distribuição dos empregos disponíveis como medida paliativa para redução do desemprego, este autor esclarece que se trata de medida de *job splitting* e não de *job sharing*. (nota 177).

202 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 97/81/CE do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES - Anexo : Acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial. Jornal Oficial n.º L 014 de 20/01/1998 p. 0009 – 0014.

Artigo 150.º

Noção de trabalho a tempo parcial

1 – Considera-se trabalho a tempo parcial o que corresponda a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável (...).

O item 3 do artigo 150.º do Código do Trabalho discorre sobre o trabalho a tempo parcial vertical, o qual consiste no exercício das atividades laborais em alguns dias da semana, mês ou ano, consoante acordo firmado entre as partes. Assim, o contrato a tempo parcial horizontal, nada mais é do que a prestação de labor durante todos os dias da semana através de jornada reduzida (tal como o empregado que labora 4h diárias, 5 dias por semana).

A pactuação do contrato a tempo parcial deve observar os ditames do artigo 153.º do CT²⁰³, o qual prevê os requisitos obrigatórios de forma e conteúdo, quais sejam: forma escrita; identificação, assinaturas e domicílio/sede das partes; e indicação do período normal de trabalho diário e semanal, indicando, inclusive, a referência do trabalho a tempo completo. Caso o modo de contratação não seja observado com minúcia, o vínculo de emprego poderá ser considerado a tempo inteiro, ocasionando ônus financeiro ao Empregador, que, nesta circunstância, deverá quitar as diferenças remuneratórias do empregado.

Merece realce o posicionamento de Leal Amado, no sentido de que o legislador demonstrou certo zelo para com os contratos a tempo parcial, na medida em que vedou a exclusão desta modalidade contratual por instrumento coletivo (artigo 151.º²⁰⁴ do CT)²⁰⁵.

Este autor faz, ainda, interessante circunspeção sobre a utilização prática do contrato a tempo parcial, aludindo que, apesar desta tipologia contratual não ter um público alvo no que atine ao gênero (homem ou mulher), é patente que tem atraído majoritariamente mulheres, o que demanda, nas palavras de Leal Amado²⁰⁶:

(...) prudência e rigor: *prudência*, porque a difusão do tempo parcial pode contribuir para reproduzir velhos estereótipos sobre a divisão de papéis entre os pais trabalhadores (desde logo, o estereótipo de que, quando se mostra necessário ou conveniente dedicar mais tempo a um filho menor, caberá à mãe, e não ao pai, a passagem ao regime de trabalho a tempo parcial...); rigor, porque as

203 Cfr. Artigo 153.º do Código do Trabalho vigente.

204 Cfr. Artigo 151.º do Código do Trabalho vigente.

205 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p.132. Em tempos de normas convênio-dispositivas, a vedação à disponibilidade da modalidade contratual por instrumento coletivo apenas reitera o cuidado em assegurar esta forma de pactuação, talvez pelo seu caráter multifacetário, cujo benefício reverte a ambos os lados interessados.

206 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 135.

diferenciações regimentais relativas ao trabalho a tempo parcial (...) podem traduzir-se em formas discriminação indirecta de género (...).

Logo, ainda que o trabalho a tempo parcial evidencie preponderância de empregadas mulheres, deve-se ter cautela visando evitar que este quadro inclusivo seja transmutado para ideais de discriminação de gênero e patriarcalismo.

3.2.1.3) Trabalho Intermitente

Cumprido, então, dedicar breves linhas ao trabalho intermitente, com o intuito de demonstrar seu caráter flexível e suas principais características, considerando que, formalmente, existe há pouco tempo no mundo do trabalho.

Com efeito, o CT de 2009 tratou de inovar ao prever, pela primeira vez e de forma explícita, a modalidade de trabalho intermitente, que pretende atender necessidades específicas dos empregadores que não necessitam da mão-de-obra de forma integral e duradoura, mas apenas de forma incontinua, por períodos sequenciais. Tal tipologia é detentora de considerável flexibilidade, conforme explorado adiante.²⁰⁷

Tem-se, então, que o legislador inseriu nova figura contratual, cuja aplicabilidade é adstrita às empresas que efetivamente exercem atividades com “(...)descontinuidade (só as desenvolvem durante alguns períodos do ano) ou intensidade variável (apresentam flutuações previsíveis de maior e menor necessidade de mão-de-obra.”²⁰⁸

O artigo 157.º do CT²⁰⁹ cuidou de vedar a pactuação do trabalho intermitente mediante termo resolutivo ou regime temporário²¹⁰ face a incompatibilidade destas espécies contratuais, visto que a execução da atividade intermitente, ou seja, de forma intervalada, não condiz com a aposição de termo para o encerramento do vínculo

207 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 135.

208 CARVALHO, Catarina de Oliveira. *A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho. (...) Op. Cit.* p. 386.

209 “Artigo 157.º

Admissibilidade de trabalho intermitente

1 – Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade.

2 – O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.”

210 A este respeito merece atenção o escólio de Leal Amado ao exemplificar que embora o trabalho intermitente não possa ser pactuado com aposição de termo resolutivo, não podemos ignorar que, caso um empregado contratado de forma intermitente por ventura adoeça, este pode ser substituído por trabalhador cujo contrato constitua em prazo determinado, mas não em regime de intermitência. Cfr:

AMADO, João Leal. . *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 142.

empregatício. Ademais, esta proibição constitui importante proteção ao empregado, na medida em que impede intensa precarização das condições de emprego. Isto porque o empregado que desempenha trabalho intermitente já convive com a incerteza de quando será a próxima escala de atividade da empresa, de modo que seria, então, mais penoso ainda sustentar a insegurança decorrente do vínculo com duração limitada no tempo. Além disso, são modalidades contratuais que não convivem harmonicamente.

O regime subscrito pelos artigos 158.º a 160.º do Código do Trabalho institui que o contrato intermitente apresenta como espécies, tanto o trabalho alternado, quanto o trabalho à chamada, nos moldes seguintes:

Artigo 159.º

Período de prestação de trabalho

1 – As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele.

2 – A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

3 – A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias.

4 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Denota-se do item 1 do artigo supramencionado que a subespécie *trabalho alternado* consiste no prévio estabelecimento entre as partes dos períodos de atividade, consignando-se o início e o encerramento de cada interregno de labor efetivo; já no trabalho à chamada não há determinação do momento em que a atividade laborativa será essencial, dependendo-se, para tanto, da requisição por parte do empregador, o que deve acontecer com antecedência mínima de 20 (vinte) dias da data do início do trabalho.

Em ambos os casos, o contrato de trabalho intermitente está sujeito à forma escrita e deverá conter explicitamente a quantidade de horas ou de dias de labor prestados pelo empregado durante o ano, de modo que “(...) o volume anual de trabalho, o quantum da prestação laboral, terá de ser programada pelos sujeitos.”²¹¹. Além desses pontos de intersecção, estas submodalidades são bem destoantes acerca da sua forma de execução, consoante explicitado alhures.

Oportuna-se sopesar que, em termos práticos, o trabalho alternado assemelha-se ao contrato a tempo parcial, conquanto naquele em que:

211 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 135.

“(…) a organização da jornada, em lugar de consistir numa jornada inferior (relativamente à jornada a tempo completo) ao longo do dia, da semana ou do mês, se traduz numa jornada inferior ao longo do ano.”²¹²

Inclusive, em razão desta similaridade entre o contrato intermitente *alternado* e o contrato a tempo parcial *anual*, diz-se que houve uma sobreposição normativa neste particular²¹³.

Para além, o trabalho alternado é instrumento servível para as empresas que atuam de forma descontínua, mas com certa previsibilidade e programação acerca dos períodos em que necessitará da mão-de-obra. Outrossim, o trabalho à chamada concede ao empregador a liberalidade de determinar “(…) o se e o quando da prestação, ficando o trabalhador num aparente “estado de sujeição.”²¹⁴

O trabalho intermitente, na forma estabelecida em Portugal, desafia até mesmo os requisitos clássicos do vínculo de emprego, conforme evidencia a ausência da continuidade na espécie sob apreço. Não se olvida, portanto, que se trata de modalidade contratual extremamente flexível, na medida em que exige, apenas, a prévia estipulação da carga horária anual, e, no trabalho alternado, quais os períodos de concreta ativação do trabalhador.

Enquanto modalidade de contrato atípico, com profundas raízes nos movimentos de flexibilização do Direito do Trabalho, esta espécie veio assistir àquelas empresas cujo funcionamento é sazonal ou condicional, buscando estabelecer meios de reduzir o ônus de manutenção da mão-de-obra, considerando que durante os interstícios de inatividade a receita do empregador tende a ser menor.

Todavia, apesar do caráter eminentemente maleável desta espécie contratual, o empregado submetido ao regime intermitente não deverá ser esquecido no transcurso das inatividades da Empresa, sob pena de ver sua própria subsistência comprometida com a

212 VILLAR, José Manuel del Valle; CARBAJO, Pedro Rabanal Carbajo APUD MARTINS, André Almeida. *O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009*. “I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais” (pp. 66 a 97). p. 77. Disponível em: < <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>>. Último acesso em: 20 de junho de 2015.

213 Para aprofundamentos acerca desta corrente, consultar:

CARVALHO, Catarina de Oliveira. *A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho*. (...) Op. Cit. p. 385 e seguintes.

214 MARTINS, André Almeida. *O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009*. “I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais” (pp. 66 a 97). p. 78. Disponível em: < <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>>. Último acesso em: 20 de junho de 2015.

finalização de um período de trabalho. Sob esta ótica, o empregador deverá garantir, por exemplo, a *compensação retributiva*²¹⁵, cujo valor deverá ser estipulado por instrumento coletivo de trabalho ou, em caso de inexistência deste, 20% da contraprestação base, bem como férias e subsídio de natal.

3.2.1.4) Teletrabalho

A Recomendação 184 e a Convenção 177²¹⁶, ambas da OIT, embora traçassem diretrizes sobre o trabalho em domicílio, cuidaram de apontar algumas especificidades relacionadas ao teletrabalho.

O conjunto normativo lusitano já regulamenta o teletrabalho mediante os artigos 165.º e seguintes do atual CT²¹⁷, restando tal modalidade definida como:

Artigo 165.º

Noção de teletrabalho

Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

Denota-se, assim, que os principais caracteres do teletrabalho são: trabalho subordinado, prestação de labor em local diverso ao estabelecimento empresarial e mediante utilização de recurso tecnológico. Dentre todos, é a utilização do aparelho tecnológico que tipifica esta espécie contratual, porquanto subsistem contratos de trabalho cuja execução é realizada em local diverso ao da sede da empresa, tal como o trabalho a domicílio.

215 “Artigo 160.º

Direitos do trabalhador

1 – Durante o período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

2 – Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior.

3 – Durante o período de inactividade, o trabalhador pode exercer outra actividade.

4 – Durante o período de inactividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.

5 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.”

216 Cfr. Recomendação 184 e Convenção 177, ambas da OIT.

217 A inserção do teletrabalho como tipologia contratual no ordenamento jurídico pátrio foi efetiva da pelo CT de 2003 no artigo 223.º.

Dentre as inúmeras modalidades de contratos atípicos, o teletrabalho decorre da mais recente modificação no meio social: a inserção da tecnologia de informação/comunicação no seio da empresa, permitindo a convergência de informações em *softwares* que auxiliam na consecução da tarefa laboral em locais distintos da sede da empresa.

Os benefícios à ambas as partes são inequívocos: redução de custos para ambas as partes (empregado não se desloca para a sede da empresa e reduz as despesas do empregador); redução do *stress* em razão da liberdade concedida ao empregado para melhor gerir seu tempo visando conciliar o trabalho com as demais atividades e facilitação de acesso ao emprego de pessoas portadoras de necessidades especiais²¹⁸. Contudo, não se pode esquecer que há também o lado negativo, mormente em consequência do isolamento deste cidadão para o desempenho das suas funções laborais, o que pode acarretar, inclusive, quadro depressivo.

O legislador cuidou de especificar todos os liames que circundam o teletrabalho, explicitando que o contrato deve ser efetuado de forma escrita, com o aval de ambas as partes acerca do formato de realização das atividades laborais, o regime contratual (art. 166.º e 167.º CT)²¹⁹. Além disso, delinea qual será o instrumento de trabalho (art. 168.º CT)²²⁰.

O CT foi diligente ao garantir expressamente que, ao teletrabalhador, deverá ser dispensado tratamento igualitário ao dos demais colaboradores, (art. 169.º CT)²²¹ com respeito à reserva da privacidade do empregado submetido a este regime de trabalho (art. 170.º CT)²²². Essencial que a Lei expressamente assegure a proteção do teletrabalhador, porque a utilização de meio eletrônico para desempenho das suas atividades e a distância da sede da empresa são fatores que provocam animosidades no ambiente de trabalho.

De outro norte, deve-se observar que o telelabor confronta muitos aspectos do contrato de trabalho *standard*, colocando em xeque, inclusive, o tempo em que o empregado permanecia a disposição do empregador enquanto promotivo do controle da jornada de trabalho e da qualidade do serviço prestado. Isto porque existem meios mais

218 AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 150.

219 Cfr. Artigo 166.º e 167.º do Código do Trabalho vigente.

220 Cfr. Artigo 168.º do Código do Trabalho vigente.

221 Cfr. Artigo 169.º do Código do Trabalho vigente.

222 Cfr. Artigo 170.º do Código do Trabalho vigente.

modernos que permitem a mesma ingerência da empresa nas atividades perseguidas pelo obreiro.

3.2.2) Os contratos atípicos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diversos aspectos relacionados ao trabalho já foram objeto de flexibilização enquanto adaptação das realidades laborativas. Grande exemplo no Brasil seria o estabelecimento da jornada 12x36 (doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso), amplamente aplicada em estabelecimentos que necessitam de funcionamento ininterrupto, tais como hospitais²²³.

Volvendo-se ao núcleo do presente estudo, os contratos de trabalho atípicos na conjuntura normativa brasileira são aqueles constituídos sob modelo diferenciado do “(...) contrato pleno e de duração indeterminada.”²²⁴. Várias são as denominações direcionadas a esta tipologia contratual, sendo patente, outrossim, que se tenha em mente o seu caráter excepcional em relação aos contratos típicos, já explicitados alhures.

Amauri Mascaro²²⁵ destaca que algumas profissões, devido às suas peculiaridades, também demandam contratos de trabalho diferenciados, como é o caso do bancário, do ferroviário, do aeronauta, dentre outras. Contudo, foge da finalidade do presente estudo esmiuçar todos os contratos específicos do arcabouço justralhista brasileiro, de modo que se aterá aos contratos atípicos originados pelo processo flexibilizador e que demonstram preponderância e atualidade na realidade laboral.

Cita-se alguns exemplos de contratos atípicos previstos tanto na CLT quanto na legislação extravagante, dentre as quais se destacam: experiência (artigo 443 da CLT), por prazo determinado (artigo 443 da CLT), teletrabalho, trabalho avulso, temporário (artigo 11 da Lei 6.019/74) atleta profissional (artigo 28 da Lei 9.615/1998), artista profissional

223 A jornada especial 12x36 não possui previsão específica na legislação trabalhista brasileira, visto que o artigo 58 da CLT, que disciplina sobre a jornada de trabalho nada contém sobre esta. Entretanto, a Jurisprudência consolidou entendimento de que se trata de jornada válida, desde que prevista em CCT ou ACT, o que se consubstancia na Súmula 444 do Colendo TST: “SÚM-444. JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima se-gunda horas.”

224 NASCIMENTO, Amauri Macaro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 882.

225 Idem, p. 883.

(artigo 9 da Lei 6.533/78), contrato provisório (Lei nº. 9.601/1998) e o contrato de safra (artigo 14 da Lei 5.889/73).

A par do esboço de introito, passar-se-á então a pincelar as principais características de alguns contratos de trabalho intimamente relacionados à flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, com enfoque nos contratos a termo, de experiência e teletrabalho, por representarem os contratos atípicos mais aplicados e mais recentes.

3.2.2.1) Contrato a termo

A criação de novas tipologias contratuais, que abarca a inclusão da previsão legal de contratos a termo (com prazo determinado para encerramento), origina-se da necessidade de conceder maior maleabilidade a relação de emprego *stricto sensu*. O Brasil, já ao final da década de 1960, implantou na CLT a possibilidade do contrato a termo, regulamentado pelo parágrafo 2º do artigo 443 do mencionado *códex*, veja-se:

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

b) de atividades empresariais de caráter transitório; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”.

Salutar que se trata de contratação excepcional, observando-se, sobretudo, a natureza e o caráter transitório da atividade desenvolvida pela empresa.

Acerca da forma de pactuação, filia-se a vertente doutrinária mista, que defende a desnecessidade do contrato formal/escrito, com expressa previsão do termo final, em todas as hipóteses²²⁶. Existem modalidades contratuais cujo termo final consiste no próprio término da condição que demandou a contratação, tal como o contrato de safra. Contudo, ainda que a ausência de contrato escrito não descaracterize a tipologia contratual, não se

226 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho. (...) Op. Cit.* p. 607 (versão digital); DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. (...) Op. Cit.* p. 506. Parcela considerável da doutrina considera que o contrato a termo só pode ser firmado de forma expressa. É o posicionamento de: CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93.

pode olvidar de que o documento formal possui relevância probatória, não devendo ser descartado²²⁷.

Acerca dos contratos a termo Vólia Bonfim²²⁸ aduz que são prejudiciais ao trabalhador sob o fundamento de que impedir a inserção do empregado de forma permanente no quadro da empresa faz com que este não se comprometa integralmente com o trabalho a desempenhar. Além, a autora afirma que esta circunstância pode ocasionar práticas discriminatórias a partir dos trabalhadores submetidos à forma de contratação típica, ou seja, perene. Ademais o empregado se vê em situação de completa insegurança, pois ao ter ciência de quando o pacto laboral se encerrará, busca a todo momento uma colocação permanente no mercado de trabalho, já que o desemprego, em geral, compromete a subsistência de um conjunto de pessoas que dependem daquela renda.

No Brasil, o contrato de experiência²²⁹ é uma subespécie do contrato a termo, de modo que não possui caráter obrigacional, sendo implementado apenas quando as partes assim optam. A Lei cuidou apenas de estabelecer um período que tem a duração máxima de 90 dias, permitindo-se apenas uma prorrogação²³⁰.

O pacto experimental nasce como permissivo para que as empresas “testem” novos funcionários e, durante este transcurso temporal, avaliem se o colaborador possui todas as capacitações necessárias para permanecer indefinidamente na empresa²³¹. Para consolidar essa possibilidade, permitiu-se que a rescisão deste pacto ocorresse quando do encerramento do prazo, sem constituir considerável ônus financeiro à empresa - não há: aviso prévio nem multa de 40% sobre o FGTS, que, como regra, são as verbas que concedem amparo financeiro ao empregado na hipótese de encerramento do pacto laboral contínuo.

Faz-se oportuno esclarecer que ainda que se admita a sucessão do contrato de experiência há recontração de antigo empregado para exercer função totalmente

227 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 506.

228 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 606 (versão digital).

229 Não pretendemos esmiuçar a celeuma se o contrato de experiência é ou não contrato, conquanto seja válido reportar a existência desta ponderação doutrinária. Verificar: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 885.

230 A título de elucidação exemplifica-se: A empresa pode firmar contrato de experiência com determinado trabalhador pelo prazo de 45 dias. Neste caso a prorrogação é permitida uma única vez, pelo interregno máximo de 45 dias, alcançando-se, assim, os 90 dias da experiência. Caso a empresa pactue contrato de experiência de 30 dias, por exemplo, ainda que decida prorrogar por igual período – atingindo assim 60 dias –, não há permissivo para nova prorrogação. Artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho.

231 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. (...). *Op. Cit.* p. 885.

destoante da anterior, o mesmo não se aplica quando a recontração visa a recolocação do empregado para desempenhar a mesma atividade, até porque não é plausível que a empresa submeta a período de experiência pessoa que já lhe prestou serviços laborativos naquela atividade, presumindo-se, portanto, que o empregador conheça as capacitações daquele colaborador.

As hipóteses de contrato a prazo determinado elencadas no artigo 443 da CLT (§ 2º “a” e “b”) merecem breves linhas, principalmente por traduzirem a principal forma de contratação a prazo formalizada no Brasil. Embora a norma restrinja tais hipóteses às atividades transitórias da empresa ou à natureza da função, não há clareza na lei de quais seriam, efetivamente, tais situações.

Mauricio Godinho²³² buscou esclarecê-las de forma bastante elucidativa, consoante cita-se abaixo:

“(…) serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo do contrato é bastante recorrente no cotidiano trabalhista. Trata-se, ilustrativamente, de contratos a termo para atendimento a substituição de empregado permanente, em gozo de férias ou licença previdenciária. Do mesmo modo, contratações efetivadas para atendimento a acréscimo extraordinário e provisório de serviços empresariais (elevação de vendas no período natalino, por exemplo).

(…)

Também pode ser contratado a termo o trabalho certo e delimitado em sua dimensão temporal – como, por exemplo, uma obra específica (…).

O tipo legal atividades empresariais de caráter transitório é menos recorrente no cotidiano trabalhista do que o anterior. Aqui a transitoriedade não diz respeito à atividade do trabalhador (como no caso acima, mas é aferida em vista das próprias atividades da empresa. A atividade da empresa é que é passageira, fugaz, justificando, assim, que ela pactue contratos a prazos preestabelecidos. Trata-se, ilustrativamente, de atividades empresariais em feiras industriais, comerciais ou agropecuárias; atividades circenses em determinadas comunidades; atividades empresariais sazonais (vendas de fogos de artifício em períodos juninos), etc.”

Para além destas possibilidades, o famigerado autor salienta que existem outras hipóteses que permitem a formalização de contrato de trabalho com aposição de termo final²³³. Seria, por exemplo, o caso do contrato provisório disciplinado pela Lei 9.601/98. A par das restrições contidas na Norma Celetista, o legislador cuidou de prever requisitos específicos para esta modalidade contratual, quais sejam: instituição por intermédio de negociação coletiva e admissões que representem acréscimo no total de empregados. Logo,

232 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 594.

233 Tem-se como algumas das subespécies dos contratos a termo: contrato de safra, o contrato rural por pequeno prazo, o contrato por obra certa e o contrato por temporada. Para aprofundamentos conferir: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 509 e ss.

o trabalho provisório possui regulamentação própria, não se aplicando a esta submodalidade as regras genéricas contidas na CLT²³⁴.

Outrossim, o contrato de trabalho a prazo determinado na sua modalidade principal, pode ser pactuado por no máximo dois anos, permitindo-se uma prorrogação desde que obedeça ao prazo máximo estabelecido no artigo 445 da CLT.

Não se pode olvidar da sapiência de Vólia Bonfim quando afirmou que os contratos a termo promovem insegurança ao trabalhador. Ainda que se justifique a ausência de pagamento de indenizações compensatórias ao empregado sob o argumento de que o mesmo tinha amplo conhecimento da data do encerramento do contrato de trabalho, não há que se desconsiderar a insegurança do trabalhador face a iminência do encerramento do seu contrato.

Por este mesmo motivo, os contratos a prazo determinado constituem situações excepcionalíssimas, bem ainda se prolongam no tempo caso não sejam rescindidos no prazo estipulado, inclusive o contato de experiência.

Finalmente, faz-se oportuno exemplificar situação que excepciona o encerramento do contrato a termo. É o caso da empregada gestante. A legislação brasileira confere estabilidade gestante desde o descobrimento da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto, consoante disciplina o artigo 10 do ADCT²³⁵ e muito se discutiu em termos jurisprudenciais se esta estabilidade se estendia àquelas trabalhadoras regidas sob contrato a termo. Atualmente, a Corte Superior Trabalhista brasileira pacificou seu posicionamento no sentido de que o estado gravídico durante o interregno de contrato a termo (ainda que a gestação apenas venha a ser descoberta após o encerramento do vínculo) asseguram a estabilidade decorrente do estado gravídico. Frisa-se que o direito ultrapassa a pessoa da gestante para conceder proteção ao feto²³⁶.

234 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 522 e 523.

235 Cfr. Artigo 10 do ato de disposição constitucionais transitórias.

236 “**Súmula nº 244 do TST**

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

Cediço que nos contratos a termo inexistente qualquer garantia ao empregado face o desemprego que lhe acomete com o término do pacto laboral, prevalecendo o entendimento de que o mesmo possuía ciência do momento da ruptura do vínculo de emprego. As medidas assecuratórias do desemprego, como o seguro desemprego e a multa de 40% sobre o FGTS, apenas são fornecidas aos empregados de contrato perene.

Não se pode dizer, assim, que os trabalhadores submetidos a contratos a termo no Brasil possuem muitas garantias quando o desemprego se mostra iminente. Ainda que o empregado possua amplo conhecimento acerca do encerramento do pacto, de modo que a dispensa não lhe ocasiona qualquer surpresa, não se pode afirmar que ele possua qualquer segurança quando se vê sem colocação no mercado de trabalho.

Não é à toa, que a contratação a termo (englobando aqui o contrato de experiência) é permitida em hipóteses excepcionais, sob pena de submeter a classe trabalhadora a condições de trabalho menos benéficas.

3.2.2.2) *Teletrabalho*

O teletrabalho, enquanto modalidade de contrato atípico, traduz-se na melhor manifestação do contrato decorrente da flexibilização do Direito do Trabalho, quando analisada sob a perspectiva de inserção de novas tecnologias no seio laboral.

Nelson Mannrich²³⁷ o define como:

Teletrabalho, trabalho periférico, remoto ou à distância, são denominações utilizadas para indicar novas formas de atividade, destacando-se o trabalho eletrônico em domicílio, pelo qual o empregado trabalha fora da empresa, mesmo mantendo vínculos de estreita colaboração com ela, utilizando-se das novas tecnologias da informação e comunicação.

No Brasil, ao contrário de Portugal, a legislação pátria encontra-se silente sobre a instituição do teletrabalho, apesar de sua aplicabilidade prática tornar-se cada vez mais evidente, precipuamente quando definida mediante negociação coletiva.

237 MANNRICH, Nelson. *Autonomia, Parassubordinação e Subordinação: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador*. p. 9. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf> Último Acesso em: 15 de maio de 2015.

Vólia Bonfim²³⁸ esclarece que existem divergências doutrinárias sobre a real aceção do teletrabalho, pois a doutrina diverge sobre a forma de realização da atividade laborativa. Alguns aduzem que se faz essencial a utilização de instrumentos de informática; outros dizem que basta a utilização de moderna tecnologia (fotocopiadoras, telefones, computadores, dentre outros).

Logo, embora seja de difícil delimitação conceitual, deve-se atentar para os requisitos preponderantes desta modalidade laborativa: trabalho na própria residência ou em qualquer outro local quando suas atividades demandam tão somente a utilização de meios eletrônicos/digitais.

Nesta senda, repisa-se o que já foi afirmado anteriormente no sentido de que o elemento primordial para a caracterização do teletrabalho é o instrumento que vai fornecer meios de exercer o trabalho a distância, qual seja, o aparelho eletrônico/digital, o que remete aos instrumentos da informática.

Diante da forma de execução do teletrabalho, presume-se, erroneamente, que o poder de fiscalização do empregador sobre o teletrabalhador é mitigado, na medida em que este não pode verificar a produtividade, a atividade executada e o tempo despendido para tanto. Trata-se de uma falsa sensação, uma vez que nos dias atuais dispõe-se de inúmeros sistemas informáticos plenamente avançados que permitem o controle sobre a produtividade do empregado, ainda que o mesmo execute suas funções em outro lugar que não a sede da empresa, sendo natural que a ingerência do empregador também se opere por intermédio da tecnologia (câmeras, softwares, microfones, dentre outros)²³⁹, respeitando-se, contudo, os limites da privacidade e da vida privada do empregado.

Ademais, possibilitando-se o controle sobre a jornada de trabalho destes obreiros, ainda que por instrumentos eletrônicos, não há que se falar em equiparação ao trabalhador externo dispensado do controle do tempo de trabalho (artigo 62, inciso I, da CLT²⁴⁰). Por

238 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. (...) *Op. Cit.* p. 709 (versão digital).

239 HOFFMAN, Fernando. *O Teletrabalho e a nova competência da justiça do trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho*. In Revista TRT da 9ª Região, ano 30, n. 54, Curitiba, Janeiro a Junho/2005 (pp. 223 a 287). p. 268 e seguintes.

240 “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

outro lado, espera-se que a classe empresária atente-se muito mais para os resultados do que para a forma, o local ou o momento de desempenho das tarefas.

O grande risco de se prever tal modalidade de forma expressa seria não assegurar o mínimo a que o trabalhador faz jus, retirando-lhe benefícios ao argumento de que sua forma de trabalho (a distância, por intermédio de aparelho digital) já perfaz melhoramentos suficientes ante a maleabilidade em que o labor é executado.

Outrossim, enfrenta-se modificações profundas nos conceitos basilares do contrato de trabalho, tal como o “*tempo a disposição do empregador*”, que encontra novo propósito quando se trata do teletrabalho, vez que, nestes casos, não se exige a presença do empregado na sede da organização para configurar a disposição aos ditames do empregador, o que dificulta e muito a aferição do tempo a disposição para fins laborais.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)”.

CONCLUSÃO

Numa primeira reflexão sobre o tema objeto da presente dissertação, havia a intenção de examinar a flexibilização do direito do trabalho de forma ampla e irrestrita, sem qualquer direcionamento à uma subespécie justralhista. Entrementes, diante da complexidade do tema e da sua inserção nos mais variados pormenores da realidade empregatícia, não se mostrava viável analisar a flexibilização sem delimitá-la a um subtema desta seara jurídica.

Diante deste quadro e tendo em vista a necessidade de esmiuçarmos certas particularidades da flexibilização, a analisamos sob a perspectiva dos contratos atípicos à luz dos conjuntos normativos português e brasileiro, sempre com a pretensão de evidenciar como as modalidades atípicas de contrato de trabalho surgiram como corolário das medidas flexibilizadoras e da inclusão de novas tecnologias no mercado de trabalho, a ensejar modificações substanciais na forma de produção.

Consoante amplamente evidenciado no decorrer deste trabalho, a flexibilização desta seara jurídica surge sob o manto da salvaguarda do emprego, albergada pelo discurso da necessidade de retirar a dureza da norma para reduzir o ônus à empresa, e, desta forma, permitir o aumento dos índices de empregabilidade. Além disso, a flexibilização encampa, também, o imperativo de adequação normativa em vista das novas tecnologias e das diversas formas de trabalho, que necessitavam de proteção legal para, sobretudo, evitar a marginalização destes obreiros.

Nesta senda, a flexissegurança se apresenta como contraponto entre a flexibilização e a garantia de direitos mínimos ao trabalhador. Seria, por exemplo, a adoção de políticas assistenciais que auxiliam aqueles que se encontram desempregados, fornecendo-lhes meios de subsistência enquanto estes buscam nova colocação no mercado de trabalho.

Sob a ótica dos contratos atípicos, a flexibilidade ensejou a inserção de novas modalidades contratuais que escapam ao modelo *standard*, sobrepujando os requisitos

basilares da relação de emprego para formalizar vínculos laborais que melhor se adequam à determinada atividade laboral.

O contrato a termo é a principal manifestação da flexibilização na seara dos contratos de trabalho e, embora seja medida de exceção, é amplamente utilizado, tanto em Portugal quanto no Brasil, ainda que no formato de experiência.

Entretanto, não há dúvidas que a submissão de trabalhadores a contratos de trabalho com prazo de encerramento os coloca em situação de grande insegurança, pois este trabalhador se vê na iminência de perder sua colocação profissional, o que os obriga a buscar outro emprego a todo momento. Em atenção aos parâmetros da flexissegurança, incumbe, portanto, ao ente estatal fornecer condições para que este obreiro encontre uma nova colocação profissional.

Portugal demonstrou maior avanço nesta seara ao fornecer o subsídio desemprego aos que se encontram desempregados em decorrência do encerramento do contrato a termo, desde que preenchidos os demais requisitos para tanto. Por outro lado, o Brasil, além de implantar medidas que restringem a concessão deste auxílio, enrijeceu os requisitos para a habilitação no programa seguro-desemprego.

Merece realce o teletrabalho, enquanto principal modalidade de labor que representa a readequação normativa às realidades sociais e do trabalho, precipuamente em razão da utilização de aparelhos eletrônicos para desenvolvimento das atividades laborais. Entendemos que se trata de interessante modificação no quadro normativo, porquanto prevê a inserção das tecnologias não apenas no setor produtivo, mas na execução de tarefas de cunho organizacional, administrativo e intelectual.

Outrossim, cotejando os contextos normativos português e brasileiro verificamos que o CT lusitano se encontra mais adaptado às novas realidades do mercado de trabalho, conquanto possua previsão expressa de diversas modalidades contratuais recentes, inclusive o teletrabalho. Já no Brasil, considerando que a CLT data de 1943, as normas laborais vigentes são precárias no que atine a tipologias contratuais, sendo necessária a corrente intervenção do Judiciário, enquanto intérprete da Lei, para apontar a abrangência da norma positivada. Não é a toa que o ramo justrabalhista brasileiro é orientado por um vasto caderno de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais.

Isto posto, concluímos que a flexibilidade alberga duas possibilidades: reduzir o desemprego e modernizar a Lei.

Contudo, é notório que a adoção de medidas flexibilizadoras não possuem o condão de estabilizar, tampouco reduzir os índices de desemprego

Desde a promulgação do CT 2003, Portugal tem o escopo de modernizar suas relações de emprego mediante a flexibilização, visando amenizar a representação do desemprego. Ocorre que, passados 04 (quatro) anos de vigência do CT de 2003, a taxa de desemprego aumentou em 4%²⁴¹. No Brasil enfrentamos situação semelhante. Ainda que inexista promulgação de um código do trabalho com viés flexibilizador, o Brasil operou a modificação da própria CLT, promulgou Leis esparsas e interpretou as normas com o sentido de mitigar a rigidez normativa e conceder maior autonomia às partes, ou seja, buscou, para além da readequação normativa, tentar estabilizar o crescente índice de desemprego ao retirar o ônus financeiro de manutenção, contratação e dispensa de colaboradores, modificando diversos aspectos das relações de trabalho.

Entretanto, tais medidas não se mostraram eficazes para tal desiderato. Recentemente, instituiu-se, através da medida provisória 680/2015, o “Plano de Proteção ao Emprego”. Trata-se de planejamento governamental que visa reduzir as massivas dispensas de colaboradores por parte das indústrias situadas em território brasileiro. Neste passo, o Estado fornecerá auxílio temporário a estas empresas, desde que comprovem a situação financeira delicada.

Este auxílio consistirá na permissão da redução da jornada de trabalho dos colaboradores das mencionadas organizações, bem como autorizará a correspondente redução salarial, contudo, visando evitar prejuízos nefastos à subsistência destes cidadãos, arcará com parcela da verba salarial destes.

Logo, vê-se que a problemática do desemprego é muito mais complexa do que se pensava. Provavelmente Jeremy Rifkin, ainda nos primórdios da década de 1990, teve uma visão melhor do futuro do trabalho ao apontar que o desemprego decorre da crescente

241 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Flexissegurança nas Relações de Trabalho. Que bicho é esse?*. p. 8. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexisseguranca2.pdf>. Último acesso em: 23 de maio de 2015.

extinção dos postos de emprego ante as modificações nas formas de produção de bens, serviços e até de atividades intelectuais e organizacionais.

Assim, devemos voltar nosso olhar, não apenas para a flexibilização enquanto solucionadora da crise do trabalho, mas para as medidas sociais de inserção destes trabalhadores.

A realização plena do direito do trabalho não deve consistir em normas rigorosas, onerosas e imutáveis. A modificação normativa faz-se essencial para atender a realidade empregatícia local, até porque a imutabilidade da norma a transforma em “letra morta”.

Posicionamo-nos favorável à adoção de medidas flexibilizadoras enquanto adaptadoras de normas obsoletas e ultrapassadas, que não mais condizem com a realidade laboral. Neste contexto, tem-se a previsão do teletrabalho. Todavia, não podemos ignorar que a criação de normas flexíveis deve esbarrar seus limites no princípio protetor, não sendo viável a pactuação dos liames laborais sob o manto da autonomia privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, João leal. *Contrato de Trabalho*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 2013.

_____. João Leal. *NEGOCIADO X LEGISLADO: O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção coletiva em Portugal*. “PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO: estudos e documento de trabalho”. Nelson Mannrich (apresentação). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo N. 13, 2012.

_____. João Leal. *O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho*. Palestra proferida no Centro Universitário de João Pessoa em 23 de maio de 2013. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013. Disponível em:
<<https://unipe.br/periodicos/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/247/214>>.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho, ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Ltr, 2011.

BARROS, Cassio Mesquita de. *O futuro do direito do trabalho*. p. 11 a 18. Disponível em:
<http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?view=article&id=29%3Ao-futuro-do-direito-do-trabalho&format=pdf&option=com_content&Itemid=3&lang=es>. Último acesso em: 07 de junho de 2015.

BELTRAN, Ari Possidono. *Direito do Trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico*. In *Empresa e trabalho – estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 12. ed. São Paulo: King's Cross Publicações, 2012.

BRUCHELL, Brendan. *Can flexicurity reduce the relationship between job security and psychological well-being?*. Cambridge: OIT, 2008. <Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/meetingdocument/wcms_123864.pdf>. Último acesso em: 15 de maio de 2015.

CAMPOS, Alice Pereira de. *O Contrato de Trabalho a termo: uma forma de trabalho precário?*. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Augusto César Leite. *Direito do trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. *A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho*. In “Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?”, Coimbra: Coimbra, 2011. pp. 359 ss.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Para a definição de princípios comuns de flexigurança: Mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança*. BRUXELAS, 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0359&from=PT>>. Último acesso em: 24 de junho de 2015.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Flexissegurança nas Relações de Trabalho. Que bicho é esse?*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_afonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexisseguranca2.pdf>. Último acesso em: 23 de maio de 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

EUROPA: Síntese das legislações da EU. “Para a definição de princípios comuns de flexigurança”. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/c10159_pt.htm>. Último acesso em: 24 de junho de 2015.

FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do Trabalho*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FILHO, Alexandre Marcondes. *Exposição de Motivos*. 1943. p. 5. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1>. Último acesso em: 26 de junho de 2015.

GARLAND, David. *What is the Welfare State: A sociological restatement*. Palestra proferida em 14 de novembro de 2014 na “The London School of economics and Political Science”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=n0zkOFzkpeY>>. Último acesso em: 14 de abril de 2015.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho, relações individuais de trabalho*. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOMES, Maria Irene. *Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho*. “Scientia Iuridica”, LVIII, 2009, n.º 318, pp. 281 a 310.

HOFFMAN, Fernando. *O Teletrabalho e a nova competência da justiça do trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho*. In Revista TRT da 9ª Região, ano 30, n. 54, Curitiba, Janeiro a Junho/2005 (pp. 223 a 287).

HYMAN, Richard. *Europeização ou erosão das relações laborais?*. “Revista Crítica de Ciências Sociais, 62, Junho 2002: 7-32.

INSTITUTO DE SEGURANÇA SOCIAL. Guia Prático – Subsídio de Desemprego, 2015. Disponível em: <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15007/subsidio_desemprego>. Último acesso em: 07 de julho de 2015.

LEITE, Jorge. *Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade*. “Questões laborais”. FERNANDES, Francisco Liberal (direção) et. Al. Ano X – n.º 22, 2003.

_____. Jorge. *Direito do Trabalho*. Vol. I. Coimbra: Serviço de Ação Social da U.C, 2003.

LEMONS, Luciane Souza Soares de. Flexissegurança – aspectos gerais. In Revista trabalhista – Direito e processo. São Paulo, a. 9, n. 33, janeiro/março 2010.

MANNRICH, Nelson. *Autonomia, Parassubordinação e Subordinação: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Último Acesso em: 15 de maio de 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do trabalho anotado*. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS, André Almeida. *O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009*. “I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais” (pp. 66 a 97). p. 77. Disponível em: <<https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>>. Último acesso em: 20 de junho de 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Sérgio Pinto. *Flexibilidade das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada: Tomo I*. 2. ed. rev. atual. ampl. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Ricardo. “Flexissegurança ou flexibilizar a insegurança?”. In *Revista O Advogado*, n. 36, ano 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Estudo sobre crescimento com equidade: Brasil, uma estratégia inovadora alavancada pela renda*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/estudos_sobre_crescimento_com_equidade_brasil_387.pdf>. Último acesso em: 23 de maio de 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: MÉTODO, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – situações laborais individuais*. atual. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Parte I - Dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Maria do Rosário Palma. *Modernizar o Direito do Trabalho para o século XXI. Notas breves sobre o Livro Verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006, e sobre os desafios da flexisegurança*. In NAHAS, Thereza Christina (coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REDINHA Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada – estudo sobre o trabalho temporário*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. Maria Regina Gomes. *A precariedade do emprego – uma interpelação ao direito do trabalho*. “I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias”. Coimbra: Almedina, 1998.

REIS, João Pena dos; *et al* (coord). *Contrato de Trabalho a Termo*. Centro de Estudos do Judiciário: Coleção Formação Inicial, novembro, 2013. p. 13 (ebook). Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Caderno_Contrato_trabalho_termo.pdf?id=9>. Último acesso em: 05 de Julho de 2015.

RIBEIRO, Francisco. “Direito do Trabalho: flexibilização ou desregulamentação?”. in *Revista Jurídica da Amatra da 17ª região*, ano IV, nº 9, maio/2007.

RIFKIN, Jeremy. *The end of work: the decline of labor force and dawn of the post-market era*. New York: Putnam’s Sons, 1995.

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

ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança – A Reforma do Mercado de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.

ROUXINOL, Milena Silva. *O princípio do tratamento mais favorável nas suas relações entre a lei e a convenção colectiva de trabalho*. “Questões laborais”. FERNANDES, Francisco Liberal (direcção) et. Al. Ano XIII – n.º 28, 2006. (159 a 187).

SANTOS, Alvaro. *Labor Flexibility, Legal Reform and Economic Development*. “Georgetown Public Law Research Paper”. 50 Va. J. Int’l, 43-106 (2009).

SHARKH, Miriam Abu. *Are there optimal global configurations of labour Market flexibility and security? – tackling the flexicurity oxymoron*. Genebra: OIT, 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/employment/download/wpaper/wp15.pdf>. Último acesso em: 23 de abril de 2015.

SILVA, Edson Braz da. *Natureza jurídica da relação individual de emprego*. In “Revista da Faculdade de Direito UFG.”17/18 (I), 61-77. 1993/1994.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio & SEGADAS VIANNA, José. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol I. 22. ed. São Paulo, SP: LTr, 2005.

Último acesso em: 19 de junho de 2015.

URIARTE, Oscar Ermida. *A Flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1997.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1993.

_____. Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho: Introdução, quadros organizacionais e fontes*. 3ed. Vol. I. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2004.

Instrumentos Normativos

_____. *Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT* (1988).

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943).

_____. *Constituição* (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado 1988.

_____. *Lei de 13 de setembro de 1830*.

_____. *Lei de 13 de setembro de 1830*.

_____. *Lei n.º 8.036 de 1990: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*.

_____. *Lei n.º 108 de 1837*.

_____. *Medida Provisória 665 de 2014*.

PORTUGAL Decreto-Lei n.º 47.032/1966.

_____. Decreto-Lei n.º 49.408/1969.

_____. *Código do Trabalho* (2003).

_____. *Código do Trabalho* (2009).

_____. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: 1976.

_____. *Decreto* de 7 de maio de 1934.

_____. Decreto n.º 5.637 de 1919.

_____. Decreto n.º 5.638 de 1919.

_____. Decreto-Lei n. 220 de 2006.

_____. Lei de 14 de Agosto de 1889.

_____. Lei n.º 1.952 de 1937.

_____. Lei n.º 83 de 1913.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo. Jornal Oficial nº L 175 de 10/07/1999 p. 0043 – 0048.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 97/81/CE do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES - Anexo : Acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial. Jornal Oficial nº L 014 de 20/01/1998 p. 0009 – 0014.

Jurisprudências

Acórdão 338/2010, de 22 de setembro, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>>. Acesso em 27 de março de 2014.

Acórdão 794/2013, de 21 de novembro, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html>>. Acesso em 27 de março de 2014

Acórdão do processo n.º 295/2007, de 19 de maio de 2010, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/77d396444d5477ee8025772d004d9d39?OpenDocument>>. Último acesso em 07 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 244. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Último acesso em 16 de junho de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº. 444. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444>. Último acesso em: -03 de junho de 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1º Região (TRT – 1) - RO: 00100516820145010053 RJ, Relator: LEONARDO DA SILVEIRA PACHECO, Data de Julgamento: 16/06/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 23/06/2015.