



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO

Statut a Labor



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE
ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Coordenadores

Giuseppe Ludovico, Alberto Levi,
Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas

CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL NOS SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO E BRASILEIRO



Milano University Press



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Coordenadores

Giuseppe Ludovico, Alberto Levi,
Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas

**CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL
NOS SISTEMAS JURÍDICOS
ITALIANO E BRASILEIRO**



Milano University Press

Contratos de trabalho flexível nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro / Coordenadores Giuseppe Ludovico, Alberto Levi, Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas. Milano: Milano University Press, 2023. (Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale; 3).

ISBN 979-12-5510-072-0 (print)

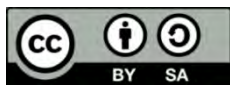
ISBN 979-12-5510-075-1 (PDF)

ISBN 979-12-5510-076-8 (EPUB)

DOI 10.54103/sdlps.149

Este volume e, em geral, quando não indicado de outra forma, as publicações da coleção de Estudos Ítalo-Brasileiros de Direito do Trabalho e da Previdência Social, são avaliados, revisados e aprovados pelo Comitê Científico, que atua como garante do conteúdo científico das publicações.

As edições digitais da obra são liberadas sob licença Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, cujo texto completo está disponível no URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



As edições digitais on-line são publicadas em acesso aberto em:
<https://libri.unimi.it/index.php/sdlps/index>.

© The Author(s) 2023

© Milano University Press per la presente edizione

Publicado por:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

A edição impressa do livro pode ser comprada em todas as livrarias e on-line e é distribuída pela Ledizioni: (www.ledizioni.it).

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diretores

Prof.ssa Thereza Christina Nahas Prof. Giuseppe Ludovico
Prof. Luciano Dorea Martinez Carreiro Prof. Lucio Imberti

Comitê Científico

Prof. Alexandre Agra Belmonte Prof. Ilario Alvino
Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite Prof. Guido Canavesi
Prof. Georgenor de Souza Franco Filho Prof.ssa Maria Teresa Carinci
Prof.ssa Yone Frediani Prof.ssa Silvia Ciucciovino
Prof.ssa Maria Cristina Irigoyen Peduzzi Prof. Stefano Giubboni
Prof. Vitor Salino de Moura Eça Prof. Alberto Levi

Comitê de Redação

Prof.ssa Alessandra Ingrao
Prof.ssa Naiara Posenato

Volumes da coleção

1. G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2021
2. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *I contratti di lavoro flessibile negli ordinamenti italiano e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2023
3. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *Contratos de trabalho flexível nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro*, Milano, Milano University Press, 2023

Sumário

Prefácio de Luiz Carlos Amorim Robortella 9

PARTE I

CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL NO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO

MICHELE SQUEGLIA, Colaborações coordenadas e continuativas 15

GABRIELE FRANZA, Contrato de trabalho por tempo determinado 27

GIUSEPPE PELLACANI, Contrato de trabalho a tempo parcial 47

MAURIZIO FALSONE, Contrato de trabalho intermitente 61

FRANCESCA MARINELLI, Trabalhos ocasionais e acessórios 75

FABIOLA LAMBERTI, Contrato de aprendizagem 85

ILARIO ALVINO, Fornecimento de trabalho por tempo indeterminado e determinado 103

LUCIO IMBERTI, GIUSEPPE LUDOVICO, Contratos e responsabilidade solidária 117

ALESSANDRA INGRAO, Trabalho em plataformas digitais 135

ALBERTO LEVI, Trabalho ágil (teletrabalho) 153

PARTE II

CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

YONE FREDIANI, Trabalho autônomo e parassubordinação 171

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA, Contrato de trabalho por tempo determinado 189

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Contrato de trabalho a tempo parcial 203

CAROLINA TUPINAMBÁ, Contrato de trabalho intermitente	217
LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, Contrato de aprendizagem	231
THEREZA CHRISTINA NAHAS, Trabalho temporário e terceirizado	249
ALEXANDRE AGRA BELMONTE, Trabalho em plataformas digitais	271
GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG, Teletrabalho	289
GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO, Trabalho e políticas públicas na Amazônia	307
Sobre os Autores	317

Prefácio

Eu quase que nada não sei, mas desconfio de muita coisa
(Guimarães Rosa)

Tenho a honra de escrever o prefácio desta notável obra jurídica, fruto de parceria entre a Academia Brasileira de Direito do Trabalho e a Universidade de Milão, Itália. Seus coordenadores – não menos notáveis – são os professores brasileiros Luciano Dórea Martinez Carreiro e Thereza Cristina Nahas, e os italianos Giuseppe Ludovico e Alberto Levi.

Os capítulos, assinados por nomes exponenciais do direito brasileiro e italiano, oferecem ao leitor grande riqueza e variedade de tipos contratuais, com inspiração na flexibilização dogmática dos princípios e instituições tradicionais de tutela do trabalho.

As formas flexíveis de contratação, aqui estudadas com rigor científico e sem apego a ideologias, afugentam a equivocada ótica maniqueísta da flexibilidade, rotulada pelo conservadorismo como poção maléfica ou bruxaria.

Essas modalidades novas – algumas nem tanto - consagram o triunfo do real sobre o formal, da realidade sobre a fantasia.

Repudiam o velho e elementar coletivismo que qualifica os trabalhadores como conjunto homogêneo a ser protegido por rígido arquétipo contratual.

A flexibilização é um imperativo do mercado globalizado e da internacionalização das operações econômicas, que exigem competitividade, eficiência e qualidade.

As tecnologias e novas formas de produzir, somadas a crises econômicas cíclicas, provocam grande impacto sobre o emprego, estimando-se pelo menos duzentas milhões de pessoas sem qualquer trabalho.

Os modelos contratuais expostos neste belo livro atualizam técnicas de proteção social includentes que favorecem a competitividade econômica.

Os adversários consideram esses modelos um real ataque aos direitos dos trabalhadores, fundado no sistema liberal de mercado vigente na Inglaterra, Holanda etc.

Apesar da controvérsia, algumas ideias parecem bem assentadas, tais como:

- a. a geração de trabalho é a melhor forma de proteção social e diminuição da pobreza;
- b. a regulação do mercado de trabalho não pode inibir o desenvolvimento de novas empresas e a geração de trabalho;
- c. contratos flexíveis melhoram a relação entre vida profissional e familiar, principalmente para as mulheres;
- d. os contratos permanentes devem ser flexibilizados.

Há um capítulo próprio sobre a crise da subordinação jurídica enquanto pressuposto da proteção trabalhista, demonstrando que sua inspiração fordista e taylorista não se acomoda aos ritmos e imperativos dos sistemas produtivos.

Não foi esquecido o trabalhador sem subordinação jurídica e também sem autonomia, cuja qualificação suscita controvérsias. É o parassubordinado, expressão cunhada na Itália e correspondente a *coordinated freelance worker, employee-like person, quasi self-employed worker* ou trabalhador autônomo economicamente dependente.

O leitor verá que o trabalho a projeto é examinado com grande peruciência.

A nova tecnologia e o dinamismo do mercado exigem crescente qualificação e requalificação profissional, sendo necessários tipos contratuais adequados a promover a inclusão.

Essa é a questão social, política e econômica do século XXI: inclusão versus exclusão.

O direito do trabalho tem como princípio fundador a proteção do trabalhador, mas vem promovendo sua revisão dogmática em face das novas realidades.

No Brasil, historicamente, a Consolidação das Leis do Trabalho adota a falsa premissa de que todo empregado é hipossuficiente no plano econômico e jurídico.

Ora, quase 50% dos verdadeiros hipossuficientes, ou seja, aqueles de baixa remuneração e qualificação, atuam nas sombras da informalidade, invisíveis ou submersos.

Tomadores de serviço, muitas vezes com plena convicção de legitimidade diante das características do trabalho, os excluem da legislação. Outros assumem conscientemente o risco para reduzir custos.

O acervo de garantias aos empregados clássicos empurrou para a periferia os demais. Significa dizer que o elevado nível de proteção se faz à custa dos excluídos, para quem ficam as sobras.

Os trabalhadores intelectuais, de alta qualificação e sem fragilidade econômica, com frequência constituem voluntariamente pessoas jurídicas e assim se inserem no mercado. Não querem ou não precisam se submeter à tutela trabalhista.

Muitas formas de contratação são consideradas atípicas por não se encaixarem na clássica relação de emprego. No entanto, dada sua multiplicidade e quantidade, constituem um dado fenomenológico incompatível com a atipicidade.

O teletrabalho se vale das novas tecnologias da informação e comunicação, é desconcentrado e flexível, sem local e horário.

É inclusive uma forma de exportação de mão de obra porque são profissionais de todo o mundo trabalhando em rede.

Realmente, quando se valoriza o acervo intelectual, o trabalhador passa a deter parcela decisiva dos meios e modos de produção, comprometendo a visão

dicotômica tradicional. Maior o nível de profissionalização e qualificação, mais ampla a autonomia no trabalho.

Os juízes enfrentam dificuldades para classificar tais figuras intermediárias à luz da legislação protecionista. Muitas vezes, por falta de normas aplicáveis concretamente, acabam por estender a legislação trabalhista. É um processo intuitivo, casuístico, que varia de um juiz a outro, causando instabilidade e insegurança no sistema de relações de trabalho.

Com a diminuição ou o fim da subordinação em várias tarefas, é natural a escolha de outras modalidades de contratação.

Vive-se a sociedade da informação. O trabalhador de formação sofisticada, jovem, com espírito empreendedor, sente-se desconfortável na relação de emprego.

O Relatório Supiot confirmou a tendência ao desaparecimento ou transformação da subordinação fordista que sempre caracterizou a relação de emprego.

Realmente, quando a prestação de serviço se intelectualiza, dilui-se a subordinação por ser maior a liberdade.

A subordinação é um conceito em reconstrução para se adequar às realidades da atividade econômica, assim como o princípio da proteção.

A atual dinâmica da produção torna muito variáveis as necessidades empresariais de mão de obra.

A maioria dos empregos criados nos últimos anos no mundo se encaixa nas várias modalidades tratadas neste livro, o que suscita diferentes perspectivas.

O otimista exalta a autonomia, qualificação mais elevada, maior possibilidade de desenvolver outros relacionamentos profissionais e sociais, além de melhor qualidade de vida familiar.

O pessimista acha que a autonomia se converte em rigoroso controle, alienação social e sindical, jornadas extensas e sem limites, prejudicando a relação com a família e a sociedade.

Entretanto, as mudanças legais são inexoráveis para que a legislação trabalhista não perca seu conteúdo fenomenológico.

O direito do trabalho, na concepção moderna, é um instrumento de síntese dos interesses comuns ao capital, ao trabalho e à sociedade.

Não se destina apenas a compensar a inferioridade econômica do trabalhador, mas também se abre para a organização da produção. Ao lado da proteção e redistribuição da riqueza, é o direito da produção e regulação do mercado de trabalho, devendo adotar técnicas gradualmente atualizadas.

A empresa atual tem estrutura muito diversa da que está nas origens do direito do trabalho. Vale-se intensamente da terceirização e se vê cercada de dezenas ou centenas de fornecedores de bens e serviços. Utiliza largamente contratos temporários ou precários.

Até nos empregos tradicionais de jornada completa há mudanças com as técnicas de gestão participativas e a remuneração flexível.

Outra importante questão tratada neste livro é o capitalismo das plataformas, onde há certamente aspectos preocupantes:

- e. aumento da informalidade e da desproteção;
- f. dificuldade de autoorganização;
- g. mobilização de descontentes;
- h. surgimento da nova classe social denominada “precarizado”.

É certo que predomina nas plataformas digitais o profissional independente com seus próprios meios de produção, mas há sinais de subordinação em algumas atividades.

Isto não significa serem subordinados clássicos de modo a atrair toda a legislação do trabalho. Na verdade, são figuras que nos obrigam a ressignificar o valor do trabalho sem chefes, horários e escritórios, pois isto nos reserva o futuro.

Já se nota que os próprios trabalhadores são consumidores. Afinal, através das plataformas consomem parcelas do mercado de trabalho.

Ao fim e ao cabo não mais teremos produtores, trabalhadores e consumidores como categorias independentes. Todos serão consumidores das plataformas digitais.

Daí a importância, além da intervenção do Estado, da responsabilidade social da empresa, exigida e fiscalizada por toda a sociedade, especialmente os consumidores.

Enfim, o direito não pode ignorar as estruturas sociais e econômicas, sob pena de se tornar injusto e ineficaz.

Dizia o grande mestre Miguel Reale:

«E logo me ocorre uma frase, que vem da Idade Média, passando por Lutero e até Carnelutti, de que o jurista que é só jurista é uma pobre e triste coisa. O jurista que pensa que o Direito é tudo e que responde a tudo, na realidade não tem compreensão plena da sua missão histórica» (Direito Natural e Direito Positivo, São Paulo, Saraiva, 1984, p.78).

Cumprimento mais uma vez os coordenadores desta magnífica obra de mestres brasileiros e italianos, que certamente vai iluminar a doutrina trabalhista com seu realismo, sabedoria e clarividência.

São Paulo, inverno de 2023.

Luiz Carlos Amorim Robortella
Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

PARTE I
CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL
NO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO

Colaborações coordenadas e contínuas

Michele Squeglia

SUMARIO: 1. Definição do âmbito da análise. – 2. Colaborações organizadas pelo contratante. – 2.1. A aplicação externa da “disciplina do vínculo do trabalho subordinado”. – 2.2. As exceções permitidas. – 2.3. A extensão da disciplina às colaborações hetero-organizadas que fazem uso de plataformas, inclusive digitais: reenvio. – 3. Colaborações organizadas pelo colaborador “de comum acordo” com o contratante. – 3.1. A requalificação da colaboração coordenada e contínua como trabalho subordinado. – 3.2. Estabilização dos colaboradores titulares de número de IVA.

1. Definição do âmbito da análise

Na sequência das alterações introduzidas pelo Decreto Legislativo de 15 de junho de 2015, n. 81 e do decreto legislativo de 3 de setembro de 2019, n. 101, convertido em lei de 2 de novembro de 2019, n. 129, a colaboração coordenada e contínua que deve ser entendida nos termos do art. 409, n. 3º, código de processo civil (c.p.c.), como um tipo de vínculo «que se realiza com uma prestação de trabalho contínua e coordenada, predominantemente pessoal, ainda que não de natureza subordinada», assumiu uma centralidade renovada – tanto em termos de contrato quanto de disciplina – no âmbito da chamada “parassubordinação”¹, depois das épocas das colaborações com projeto (nos termos dos artt. 61-69 do Decreto Legislativo n. 276/2003) e, posteriormente, de colaborações hetero-organizadas (nos termos do art. 2 do Decreto Legislativo n.º 81/2015).

O decreto legislativo n. 81/2015, com o objetivo de reorganizar os tipos de contrato de trabalho subordinado e autônomo, pôs termo, por um lado, a partir de 1 de janeiro de 2016, à experiência das colaborações com projeto² dos artigos 61-69-*bis* do decreto legislativo n. 276/2003, e, por outro lado, havia introduzido

1 Como se sabe, trata-se de uma categoria funcional de tipo teórico desenvolvida pela doutrina para designar uma vasta tipologia de relações de trabalho que possuem características tanto do trabalho autônomo quanto do trabalho subordinado. Sobre o tema, ver G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milão, 1975; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milão, 1989; G. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, em *Dir. Lav.*, 2004, p. 1103 ss.

2 Sobre a disciplina revogada do trabalho com projeto ver M. SQUEGLIA, *Lavoro a progetto, co.co. co. e prestazioni occasionali dopo la Riforma Fornero*, Napoli, Esselibri, 2013.

uma variante ou subtipo de colaboração coordenada e contínua estabelecendo que «as relações de colaboração que assumem a forma exclusivamente pessoal, contínua e cujas formas de execução são organizadas pelo contratante também com referência aos horários e locais de trabalho, aplica-se a disciplina da relação de trabalho subordinada» (art. 2, n. 1).

Portanto, parecia que o legislador, tomando como referência o conceito tradicional de “coordenação” da colaboração coordenada e coordenada, a ser entendida como uma ligação funcional entre a prestação contratualmente predefinida e a organização do contratante e, portanto, como uma interferência não invasiva na atividade do colaborador³, quis efetuar uma distinção entre a colaboração do art. 409, n. 3, c.p.c. e as colaborações hetero-organizadas do art. 2, n. 1, do decreto legislativo n. 81/2015, nas quais a autonomia do colaborador, no que diz respeito ao “quando”, ao “como” e “onde” realizar o serviço, não implicava a adaptação funcional à organização do contratante, mas uma dependência “organizacional” para fornecer uma *obra* (ou mais *obras*) morfológicamente mais próxima, embora diferente, ao trabalho subordinado.

A doutrina italiana foi imediatamente dividida sobre a linha de fronteira da nova colaboração hetero-organizada com a subordinação e a autonomia: se para alguns comentadores, o legislador introduziu um novo tipo de subordinação – sob forma precisamente «das relações de colaboração hetero-organizada» com referência também ao tempo e lugar de trabalho – que adicionava-se às tradicionais relações de trabalho heterodirigidas nos termos do art. 2094 do Código Civil (c.c.)⁴; para outros, a lei oferecia dois regimes distintos de trabalho autônomo (o primeiro, construído com base na disposição do art. 409, n. 3, c.p.c. e o segundo nos mesmos do art. 2 do decreto legislativo n. 81/2015)⁵.

Na verdade, o art. 2 do decreto legislativo n. 81/2015 revelou, em comparação com o art. 2094 c.c., várias ambiguidades que acabaram por tornar os modelos contratuais sobreponíveis. Tratava-se de distinguir não apenas a coordenação da subordinação, mas também a coordenação da nova noção de “hetero-organização”.

Quando uma colaboração podia ser considerada “principalmente pessoal” e quando, em vez disso, “exclusivamente pessoal”? Quando as “modalidades da prestação identificadas pelo contratante” invadiram a autonomia do colaborador? Quando o horário ou lugar de trabalho estabelecido pelo contratante

3 Veja, por exemplo, Cass. civ. n. 3485/2001.

4 Veja P. TOSI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione* in *Labor*, 2017, p. 245 ss.; segundo L. NOGLER (*La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità dal punto di vista giuridico*, em *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 47 ss.) seria uma presunção absoluta de subordinação.

5 Para esta posição, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate continuative e le prestazioni organizzate dal committente*, em A. PERULLI - L. FIORILLO (org.), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Turim, 2016, p. 320; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, em *Dir. lav. merc.*, 2016, 33 ss.

podiam ser avaliados como indícios de uma colaboração não genuína? Era suficiente para a configuração da hetero-organização que o contratante indicasse de forma pontual e unilateral o horário de trabalho do colaborador? E isso mesmo se ele tivesse indicado apenas as faixas horárias da prestação do colaborador? E se a prestação tivesse sido realizada na sede do contratante, mesmo nos casos em que não pudesse ser realizada em outros lugares, isso seria um indício de hetero-organização? A referência à “prestação de trabalho” e não à “prestação de obra” como no art. 409, n. 3º, c.p.c., havia estendido o requisito da continuidade também para prestações não ligadas à criação de uma obra, mas apenas a execução de trabalho?

As dúvidas interpretativas, particularmente insidiosas no plano estrutural e funcional, levaram o legislador italiano, por um lado, a introduzir novos requisitos para clarificar a previsão do art. 409, n. 3, c.p.c. e, por outro lado, para esclarecer, no plano interpretativo e qualificatório, a disposição do art. 2, n. 1, do decreto legislativo n. 81/2015, sem, porém, resolver definitivamente a questão do âmbito de aplicação da hetero-organização tanto no que diz respeito ao trabalho subordinado como às colaborações coordenadas e contínuas.

Então, se o art. 15, do decreto legislativo de 22 de maio de 2017, n. 81, adicionou um novo parágrafo ao art. 409, n. 3, c.p.c., esclarecendo que «a colaboração é coordenada quando, de acordo com as modalidades de coordenação estabelecidos de comum acordo entre as partes, o colaborador organiza autonomamente a atividade laboral»; o decreto legislativo n. 101/2019, convertido na lei n. 121/2019, modificou ainda mais os requisitos das colaborações hetero-organizadas do art. 2 do decreto legislativo n. 81/2015, estabelecendo que a prestação do colaborador hetero-organizado, para a aplicação da disciplina do trabalho subordinado, deve ser contínua, «predominantemente pessoal» (e, portanto, não mais *exclusivamente* pessoal), e organizada pelo contratante, sem referência alguma ao lugar ou tempo do trabalho.

A nova formulação das duas normas amplia, de forma não marginal, a discricionariedade do intérprete na qualificação do caso concreto. Estamos, portanto, assistindo a um processo evolutivo na Itália que enriquece com novas formas e conteúdos a atual estrutura do direito do trabalho. O trabalho subordinado continua a constituir a figura central do sistema jurídico trabalhista, enquanto os tipos emergentes de relações laborais que se vão colocando a seu lado, vislumbram situações de dependência econômica apesar da gestão autônoma da atividade laboral, solicitando proteções trabalhistas e também previdenciária derivadas da disciplina do trabalho subordinado.

A operação exigiu a definição dos requisitos de autenticidade da colaboração coordenada e contínua por meio de uma leitura conjunta do art. 409 c.p.c. e o art. 2 do decreto legislativo n. 81/2015; de modo que, se a primeira disposição indica os requisitos que a colaboração genuína coordenada e contínua deve

possuir, a segunda identifica os elementos que podem determinar a aplicação da disciplina da subordinação.

O que nos leva a concluir que (também) as colaborações hetero-organizadas (assim como as colaborações coordenadas e contínuas), mantêm sua natureza de trabalho autônomo⁶, no sentido que o acordo entre as partes permanece inalterado, enquanto a lei, como veremos, se limita a impor a a extensão das proteções previstas para as relações de trabalho somente no caso em que se verifique a presença dos requisitos previstos (personalidade, continuidade e hetero-organização).

A partir desse raciocínio, surge também uma importante implicação no plano da regulação das colaborações: a extensão da disciplina do trabalho subordinado ao colaborador hetero-organizado, configurando-se como mecanismo de proteção do trabalhador individual, não afeta a aplicação das regras ligadas ao número de trabalhadores subordinados da empresa (pense, por exemplo, à disciplina da colocação dos trabalhadores especiais da lei n. 68/1999)⁷.

2. Colaborações organizadas pelo contratante

Em ambos os tipos de colaboração, é necessário investigar o significado dos requisitos de cada um dos dois tipos contratuais, de modo a comparar a colaboração genuína com aquela que entra no regime de subordinação. Então, é apenas o requisito da hetero-organização que diferencia os dois tipos de colaboração, visto que tanto a exigência de personalidade predominante quanto a de continuidade não parecem capazes de distinguir uma colaboração da outra.

Já nos referimos à mudança introduzida pelo decreto legislativo n. 101/2019 que eliminou do art. 2, § 1, do Decreto Legislativo n. 81/2015 a referência a “exclusiva personalidade” da prestação, com a consequência de que, como no art. 409, n. 3, c.p.c., mesmo para colaborações hetero-organizadas é suficiente a personalidade “predominantemente pessoal”.

A *personalidade predominante* diz respeito ao perfil subjetivo do colaborador e, precisamente, à possibilidade de utilizar auxiliares ou substitutos na execução da prestação. Os serviços que são realizados com a ajuda de outros sujeitos devem ser qualificados como principalmente pessoais, uma vez que é suficiente a prevalência da prestação pessoal do colaborador, e assim também para os serviços que são prestados através da utilização de equipamentos ou meios à sua disposição⁸. Por outro lado, a personalidade predominante é excluída quando

6 Fala de “figura transtípica de trabalho autônomo”, M. T. CARINCI, *Tutele crescenti e lavoro eteroorganizzato al vaglio delle alte Corti*, em M. T. CARINCI, A. TURSI (editado por), Giappichelli, Turim, 2020, p.82.

7 Veja a Circular da Inspeção Nacional do Trabalho n. 7 de 30 de outubro de 2020.

8 Veja Cass. civ. 26 de fevereiro de 1996, n. 1495.

a atividade é desempenhada não pela pessoa física, mas pela pessoa jurídica ou empresa⁹.

Quanto à *continuidade* da atividade de trabalho, esse requisito indica que o serviço não deve ser ocasional (ou instantâneo ou episódico e, portanto, limitado a um trabalho específico e determinado), mas deve durar um período de tempo que exige o compromisso constante de o colaborador em favor do contratante¹⁰.

Assim, não se pode falar de ocasionalidade, quando a repetição da mesma prestação de trabalho é objeto do contrato, ainda que não seja definido o prazo de execução. A este respeito, portanto, não é relevante tanto a duração da relação de trabalho, mas sim o interesse continuado do contratante na repetição do trabalho realizado pelo colaborador. Por exemplo, é precisamente a falta de continuidade que caracteriza o contrato de intermediação de negócio, cuja atividade consiste na recolha de propostas de clientes para serem transmitidas ao proponente.

Não há dúvida de que os dois requisitos – personalidade predominante e continuidade – presentes em ambos os tipos de colaboração, não permitem uma distinção eficaz no que diz respeito à colaboração coordenada e contínua, pois na colaboração hetero-organizada o colaborador atua dentro de uma organização empresarial em relação à qual é obrigado a observar as diretrizes dadas pelo próprio contratante. Essa leitura foi aceita pela Corte de Cassação no caso Foodora (24 de janeiro de 2020 n. 1663) em que os juízes de legitimidade definem o requisito da hetero-organização como «a modulação unilateralmente definida pelo contratante das modalidades de execução do trabalho de tal forma que possa se encaixar na organização empresarial do próprio contratante»¹¹. Na mesma perspectiva encontra-se também uma interpretação recente dos técnicos do Ministério do Trabalho segundo a qual existe a hetero-organização quando a atividade do colaborador está totalmente integrada na atividade produtiva do cliente e este elemento é indispensável para desempenhar o trabalho¹².

Isso ajuda a entender a escolha do novo parágrafo do art. 409 n.3, c.p.c., de qualificar como genuína apenas a colaboração coordenada e contínua cujo desempenho de trabalho seja acordado entre as partes antes da execução do serviço. Basicamente, a genuína colaboração coordenada é caracterizada pelo pré-requisito da autonomia na execução do serviço relacionada à responsabilidade

9 Cass. civ. 21 de abril de 2011, n. 9273; Cass. civ. 25 de setembro de 1997, n. 2509.

10 Cass. civ. 19 de abril de 2002, n. 5698; Cass. civ., 20 de agosto de 1997, n. 7785.

11 A existência de uma colaboração hetero-organizada não determina uma requalificação do vínculo, obviamente salvo nas hipóteses em que a hetero-organização passa para uma hetero-direção. É assim excluída nesse hipotese a aplicação das sanções previstas pela violação das obrigações relacionadas com o estabelecimento de relações de trabalho subordinadas, como a comunicação prévia e a entrega da declaração de trabalho.

12 Veja Circular da Inspeção Nacional do Trabalho n. 7 de 30 de outubro de 2020.

e à assunção do risco pelo colaborador. Isso significa que na colaboração genuína coordenada e contínua as partes concordam em tornar útil o desempenho deduzido no contrato. Precisamente, no programa contratual o colaborador exerce a sua atividade, pactuando com outra parte as modalidades de execução do serviço, para que o mesmo se integre funcionalmente no ciclo produtivo da empresa, mesmo sem limitações de outro tipo ou natureza¹³.

2.1. A aplicação externa da “disciplina do vínculo do trabalho subordinado”

Neste ponto, é necessário aprofundar, brevemente, a hipótese em que a colaboração autônoma hetero-organizada não é genuína aproximando-se da subordinação.

Como já mencionado, uma vez que esta circunstância ocorre, o art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 81/2015 estabelece a aplicação «(...) da disciplina do trabalho subordinado».

Essa disposição tem levantado um acalorado debate na jurisprudência¹⁴ e na doutrina entre aqueles que consideram o art. 2º, n.º 1, uma “previsão sobre o tipo” que incide sobre a noção do trabalho subordinado¹⁵ e outros que o enquadram como “regra de disciplina”, ou seja uma previsão que intervêm sobre a disciplina sem alterar a natureza autônoma do tipo¹⁶.

13 De acordo com o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 293 de 30 de julho de 1997), é precisamente o envolvimento pleno do colaborador na organização do contratante que justifica as diferentes modalidades de execução do trabalho relativamente às do regime de autonomia.

14 São as decisões do Trib. Turim 7 de maio de 2018 em *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 283 ss., com comentário de P. ICHINO; Trib. Milão, 10 settembre 2018 in *Guida Lav.*, 2018, n. 37, p. 16 ss.; App. Turim 4 febbraio 2019, n. 26, em *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 340 ss., com comentário de M.T. CARINCI E DI R. DEL PUNTA.

15 Nesse sentido R. GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il D.Lgs 81/15*, em *Var. temi dir. lav.*, 2016, p. 265 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, em WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 278/2015; E.M. TERENCEZIO, *La riaffermata centralità della subordinazione*, em E. GHERA - D. GAROFALO (editado por), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 131 ss..

16 Para essa opinião ver M. MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il codice dei contratti*, em *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 961 ss.; C. LAZZARI, *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il D.Lgs 81/15*, em *Var. temi dir. lav.*, 2016, p. 311 ss.; A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, em *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 11 ss.; F. STOLFA, *Il ritorno alla co.co.co.*, em E. GHERA, D. GAROFALO (org), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, p. 395 ss.; R. VOZA, *La modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, em WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 318/2017; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata. Fattispecie e disciplina*, cit., p. 33 ss. Outras opiniões se baseiam sobre a eficácia e utilidade da regra: em particular, segundo P. TOSI, *L’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, em *Arg. dir. lav.*, 2015, 1117 ss., seria uma regra puramente aparente que liga os efeitos que já lhe são próprios.

Assim, por exemplo, a Corte de Cassação (intervindo sobre a versão anterior as mudanças introduzidas pelo decreto legislativo n. 101/2019) afirma, considerando que o legislador não foi explícito sobre o ponto, que deve ser considerada aplicável toda a disciplina do trabalho subordinado com o único limite das disposições «ontologicamente incompatíveis com a natureza do tipo que por definição não se enquadram no âmbito do art. 2094 cod. civ.». Em poucas palavras, a referência à disciplina do trabalho subordinado é interpretada como uma referência à disciplina legal e contratual concretamente aplicável¹⁷.

Em que consiste essa “extensão” da disciplina do trabalho subordinado não se compreende, dada a ausência de qualquer indicação do legislador. E é claro que o resultado é diferente dependendo se a noção da colaborações hetero-organizadas é interpretada como norma sobre o tipo ou como norma sobre a disciplina.

Em outras palavras, trata-se de optar por aplicar toda a disciplina do trabalho subordinado ou apenas um núcleo, sendo que o legislador não resolveu o problema da qualificação da colaboração hetero-organizada mas impôs somente a aplicação da disciplina do trabalho subordinado «sem prever um critério de interpretação»¹⁸.

Mas independentemente de se inclinar para uma ou outra abordagem, pode-se concordar com a aplicação da proteção do trabalho subordinado com referência ao pagamento do salário, contribuições, férias e licenças, limites legais e contratuais para o tempo e horário de trabalho, intervalos e descanso, proteção da saúde e segurança no trabalho, aplicação do acordo coletivo de forma compatível com a natureza da colaboração hetero-organizada.

17 O juiz de apelação afirmou que «(...) não era praticável a extensão generalizada da disciplina da subordinação», devendo optar «por uma aplicação selectiva das relativas disposições, limitadas às regras de segurança e higiene, à remuneração (relativa à classificação profissional), prazos, férias e *segurança social*, mas não as regras de despedimento» (grifo do autor). A Corte de Cassação, no seguinte grau do processo, não chegou à conclusão (lógica) do trabalho hetero-organizado como um *tertium genus* de contrato de trabalho «com características tanto de trabalho subordinado como autónomo, mas caracterizado por uma identidade própria, no plano morfológico, funcional e regulamentar (...)». Pelo contrário a Corte de Cassação, discordando das conclusões formuladas pelo juiz de apelação, afirma que o legislador equiparou «(...) o colaborador ao trabalhador subordinado quando a hetero-organização, acompanhada pela continuidade da prestação, é marcada de tal forma que torna o colaborador comparável ao empregado, que assim exige uma proteção equivalente e, portanto, a plena aplicação da disciplina do trabalho subordinado» (Cass. civ. 24 de janeiro de 2020, n. 1663, em *CED Cassazione*, 2020).

Para uma análise da solução interpretativa do caso Foodora, ver M.T. CARINCI, A. TURSI, *Licenziamento subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, Turim, 2020, p. 57 ss. e 65 ss.

18 Assim R. RIVERSO, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori*, em *Questione Giustizia* 15 de novembro de 2019.

Quanto a contribuição previdenciária, deve ser lembrado antes de tudo que a Corte de Cassação, ao adotar os argumentos da Corte de Apelação de Turim, destacou que «o trabalhador hetero-organizado permanece tecnicamente “autônomo”, mas para todos os outros aspectos e em particular para segurança e higiene, remuneração direta e diferida (e, portanto, classificação profissional), prazos, férias e segurança social, a relação é regulada da mesma forma». Daqui decorre que a base contributiva deve ser calculada de acordo com o critério geral dos mínimos contratuais previstos pelos contratos coletivos (art. 1, parágrafo 1, decreto lei n. 338/1989), aplicando-se as alíquotas previstas para os trabalhadores subordinados para o Fundo Aposentadoria Trabalhadores Subordinados¹⁹.

Além disso, aos colaboradores hetero-organizados se aplicam as proteções contra o despedimento, auxílio doença e maternidade, auxílio a família, no importe previsto para os trabalhadores subordinados.

2.2. As exceções permitidas

Nem todas as colaborações hetero-organizadas estão sujeitas à disciplina do trabalho subordinado porque alguns tipos de colaboração são excluídos da aplicação da art. 2 por expressa disposição legislativa.

Em particular, o parágrafo 2 do art. 2 do decreto legislativo n. 81/2015 identifica algumas hipóteses de colaboração hetero-organizadas para as quais o primeiro parágrafo não se aplica: a) colaborações identificadas pelas convenções nacionais coletivas de trabalho por particulares necessidades produtivas e organizacionais particulares de um setor econômico, com definição do tratamento econômico e normativo aplicável aos colaboradores; b) as colaborações prestadas no exercício de profissões intelectuais para as quais seja necessária a inscrição em registos profissionais; c) as atividades desempenhadas no exercício da função de membro dos órgãos de administração e de controlo das sociedades e pelos participantes em colégios e comissões; d) as colaborações realizadas com fins institucionais a favor de associações desportivas amadoras e clubes filiados as federações desportivas nacionais e organismos de promoção desportiva reconhecidos pelo CONI, nos termos do artigo 90.º da lei de 27 de dezembro de 2002, n. 289.

Entre as exceções previstas, aquela atribuída à negociação coletiva nacional tem perfis de indiscutível interesse, mesmo porque, se exercida adequadamente, permitiria recuperar as formas de trabalho pouco protegidas presentes no mercado para a aplicação de esquemas que reconhecem proteção regulatória e econômica específica²⁰.

19 Vale a pena ressaltar que, em caso de pagamento pelo contratante das contribuições para outro fundo previdenciário, estas devem ser deduzidas do valor das contribuições devidas.

20 Ver também Tribunal de Roma, 6 de maio de 2019, n. 4243.

2.3. A extensão da disciplina às colaborações hetero-organizadas das plataformas digitais: reenvio

A lei n. 128/2019, de conversão do decreto legislativo n. 101/2019, como parte das alterações introduzidas no parágrafo primeiro do art. 2, decreto legislativo n. 81/2015, estabeleceu que as disposições sobre as colaborações hetero-organizadas se aplicam também quando as modalidades da prestação são organizadas por meio de plataformas, inclusive digitais, que incluam serviços realizados por ciclistas que realizam entrega de bens por conta de terceiros (os chamados *entregadores*)²¹. Sobre este ponto, ver o capítulo específico de Alessandra Ingraio.

3. Colaborações organizadas pelo colaborador “de comum acordo” com o contratante

Uma vez esclarecido o âmbito de aplicação do art. 2, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 81/2015, podemos agora analisar as colaborações coordenadas e contínuas do novo art. 409, n. 3, c.p.c.. A disposição, como se sabe, estende as garantias processuais e materiais às categorias de trabalhadores que, mesmo na ausência de subordinação formal, prestem atividade de trabalho que se expresse em execução de uma prestação manual ou intelectual, de forma coordenada, contínua e principalmente pessoal. Estamos, assim, perante um esquema contratual transversal em que a indicação genérica do *genus* não proíbe eventualmente uma diferente qualificação jurídica. Nesse esquema é possível identificar uma série de relações de trabalho, algumas das quais se aproximam do emprego subordinado e outras do trabalho autônomo puro, mas que diferem dele em vários perfis característicos.

Essa é a razão pela qual a doutrina fala de “parassubordinação”²², que, apresentando-se como uma zona cinzenta limítrofe, ladearia a área de subordinação e autonomia, apresentando elementos e características próprias, de modo a ser atribuível a um *tertium genus*. Uma reconstrução que, no entanto, é rejeitada pela lei, uma vez que a identificação de uma terceira área nunca foi objeto de uma

21 Diferentemente de outros países europeus que se dividem entre a busca de uma solução qualificadora dentro dos tipos existentes e uma intervenção legislativa *ad hoc*. Por exemplo, para uma análise aprofundada do caso espanhol que enquadra a atividade dos entregadores na dependência econômica do trabalho autônomo, ver M. SQUEGLIA, “*Quante miglia deve camminare un uomo prima di sapere di essere un uomo?. La vicenda irrisolta dei riders in Spagna: analisi di un dibattito* de iure condendo, em *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 423 ss.

22 Para uma visão ampla sobre o assunto, ver F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Turim, 2003; F. ROSELLI, *Il lavoro parasubordinato*, em G. SANTORO PASSARELLI (org.), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, WoltersKluwer, Milão, 2000; V. BALLESTRERO, *L’ambigua nozione della parasubordinazione*, em *Lav. Dir.*, 1987, p. 417 ss.

codificação específica, mas também pela jurisprudência de legitimidade e mérito, que tem sustentado consistentemente ao longo dos anos que a noção de parassubordinação não representa um *tertium genus* no sistema jurídico italiano, assumindo de tempos em tempos diferentes significados, mas sempre na área do trabalho autônomo²³.

Além desses posicionamentos, o fato é que a qualificação da figura do colaborador coordenado e contínuo é confiada a uma avaliação cuidadosa das tarefas a ele atribuídas e, acima de tudo, da intromissão, ou, se preferir, da interferência, do contratante no desempenho de seus serviços.

Ora, para efeitos de enquadramento de uma genuína colaboração coordenada e contínua, é necessário, portanto, há então que ter em atenção às referidas alterações introduzidas pelo decreto legislativo n. 101/2019, e, portanto, à circunstância, já referida, de que o serviço, sendo realizado em autonomia, deve decorrer no âmbito das finalidades e necessidades organizativas acordadas por escrito com o contratante²⁴.

Isso significa que a autonomia efetiva do colaborador, no que diz respeito as modalidades da prestação, deve ser avaliada não tanto do ponto de vista subjetivo quanto do ponto de vista objetivo, pois o resultado da colaboração deve ser inserido na organização da empresa do contratante sem nenhuma restrição de espaço ou tempo.

Assim, o colaborador não tem restrições quanto ao local onde realiza o trabalho, podendo escolher pontualmente se pretende realizar o trabalho em lugares próprios ou na sede da empresa. Ao mesmo tempo, o colaborador não estará obrigado a respeitar horários predeterminados ou tempos de duração do trabalho que serão escolhidos livremente, no máximo com base nos acordos de coordenação com o contratante.

Não se exclui, portanto, que o contratante forneça diretrizes ao colaborador desde que isso ocorra dentro dos limites da autonomia profissional do próprio colaborador e, em qualquer caso, conforme o acordo entre as partes; em qualquer caso, um serviço ou atividade que vá além do que foi originalmente acordado com o colaborador não pode ser exigido, nem pode privar o colaborador de sua autonomia na execução do serviço. Em particular, o contratante não deve exercer controle sobre a atividade do colaborador, enquanto o serviço não deve ser meramente ocasional, mas contínuo e prestado em uma extensão considerável ao longo do tempo.

Consequentemente, o acordo entre as partes deve implicar a execução constante, pelo colaborados em favor do contratante, de uma série não especificada de atividades e serviços. Assim, ficam excluídas dessas colaborações as relações

23 Cass. civ. 7 de novembro de 1995, n. 11581; Pret. Nápoles, 23 de janeiro de 1989.

24 Cass. civ. 19 de abril de 2002, n. 5698; Cass. civ. 8 de janeiro de 1989, n. 92.

que, manifestando-se numa relação ocasional, se destinem a terminar com um único serviço previsto pelo acordo entre as partes.

Por se tratar de um serviço predominantemente pessoal, o colaborador também poderá se valer de outras pessoas, desde que não perca a predominância de sua participação pessoal, nem a exclusividade da sua responsabilidade²⁵.

Por fim, além desses elementos, há outros elementos subsidiários de colaboração genuína, como o pagamento de um salário periódico estabelecido nos termos do art. 50, parágrafo 1, lett. *c-bis* do decreto presidencial n. 917/1986, ou a inscrição no Regime previdenciário separado do INPS nos termos do art. 2, parágrafo 26, da lei n. 335/1995.

3.1. A requalificação da colaboração coordenada e contínua como trabalho subordinado

Em caso de inexistência dos requisitos acima mencionados (continuidade, coordenação, personalidade), por iniciativa do colaborador ou em caso de fiscalização, aplicam-se as consequências relacionadas com a requalificação judicial da colaboração coordenada e contínua de trabalho autônomo em trabalho subordinado. Assim, a remuneração paga pelo contratante ao colaborador será requalificada como “retribuição”, e como tal proporcional à remuneração específica prevista na convenção coletiva nacional aplicável à respetiva categoria.

Além disso, a rescisão da colaboração pelo contratante dará ao colaborador o direito de aviso prévio e, se a rescisão for ilegal, o direito às formas de proteção real ou econômica contra o despedimento. Sem descuidar que o contratante, após a requalificação do vínculo, será obrigado a recolher a contribuição social na medida devida pelo vínculo de trabalho subordinado e as sanções por sonegação calculadas com base no valor das contribuições omitidas.

3.2. Estabilização dos colaboradores titulares de número de IVA

O decreto legislativo n. 81/2015, para promover a estabilização do emprego através contratos de trabalho subordinado por tempo indeterminado e garantir a correta utilização dos contratos de trabalho autônomos, introduziu uma “anistia” das colaborações coordenadas e contínuas “duvidosos” realizadas pelos chamados números de IVA.

Em especial, o art. 54 do decreto legislativo n. 81/2015 estabeleceu que a partir de 1º de janeiro de 2016, os empregadores privados que contratam sujeitos com número de IVA ou contratos de colaboração coordenada e contínua, ainda que com indicação do projeto, poderão ver extintas as sanções para as

25 Cass. civ. 26 de fevereiro de 1996, n. 1495.

infrações administrativas, contributivas e fiscais relativas à qualificação errônea da relação de trabalho²⁶.

Para que exista esse efeito de extinção os empregadores devem cumprir duas condições específicas: a) os trabalhadores devem assinar um pacto de conciliação em “sede protegida” (ou seja, numa das sedes do art. 2113, parágrafo 4, c.c., ou perante as comissões de certificação do art.76 do decreto legislativo n. 276/2003); b) o empregador não pode proceder ao despedimento nos 12 meses seguintes, salvo por justa causa ou por justificado motivo subjetivo.

A regra é, em qualquer caso, sem prejuízo de qualquer infração apurada pelos órgãos de fiscalização antes da contratação do trabalhador.

26 Ver a Circular do Ministério do Trabalho de 22 de janeiro de 2016, n. 2.

Contrato de trabalho por tempo determinado

Gabriele Franzà

SUMARIO: 1. A natureza especial do contrato por tempo determinado. – 2. A evolução da disciplina do código de 1865 ao controlo sindical da flexibilidade. – 3. A Diretiva 99/70/CE e sua transposição no sistema jurídico italiano. – 4. Do limite da justificação do prazo ao sistema de limites quantitativos. – 5. O “decreto dignidade” e a emergência sanitária. – 6. O trabalho por prazo determinado no emprego público.

1. A natureza especial do contrato por tempo determinado

O contrato de trabalho por tempo determinado (chamado com prazo) termo) é um tipo específico de contrato de trabalho subordinado.

A particularidade deste contrato depende da extinção automática da relação laboral no prazo acordado pelas partes, precisamente identificado no termo final¹. Assim, para a cessação da relação no momento do prazo, não é necessário o ato de rescisão, ou seja, a manifestação unilateral da vontade de terminar a relação por parte do empregador (despedimento) ou do trabalhador (demissão)². Diz-se que o contrato expira com a chegada do fim natural do prazo (*dies interpellat pro homine*).

Do ponto de vista macroeconómico, o trabalho por tempo determinado representa uma variável relevante nas políticas de emprego³. O resultado é um interesse marcante na regulamentação da matéria, sem prejuízo do debate sobre a oportunidade de criação de um emprego que, se não se transformar em emprego estável, tende a se manifestar como uma condição de precariedade.

1 O termo final deve ser certo pelo menos no *an*, ou seja, na sua ocorrência. Por outro lado, o prazo não precisa necessariamente ser certo no *quando*, como às vezes acontece para um contrato estipulado para substituir um trabalhador ausente, mas com o direito de manter o vínculo.

2 A jurisprudência italiana afirma que a comunicação com a qual a iminente expiração do contrato é representada ao trabalhador é apenas um ato de reconhecimento. Portanto, esta declaração de ciência deve ser distinguida da manifestação da vontade de interromper a relação, que ao invés disso corresponde ao ato de despedimento.

3 Nos últimos vinte anos, a quantidade de contratos por tempo determinado ativados na Itália sempre foi superior a 10% do total de empregos no contrato de trabalho subordinado.

No plano individual, no entanto, a precariedade não depende apenas do contrato individual de trabalho individual que está destinado a terminar. É também necessário evitar que, através do instrumento do contrato por tempo determinado, uma única relação se desfaça ao longo do tempo, por exemplo através da repetição de vários contratos temporários com o mesmo trabalhador.

Nas últimas décadas, no entanto, o legislador italiano teve que reconhecer que a grave crise do emprego não pode ser combatida limitando qualquer forma contratual diferente do contrato standard, ou seja, o contrato por tempo indeterminado. Assim, o objetivo de proteger o trabalhador por tempo determinado foi acompanhado por uma atenuação da rigidez que caracterizava esse tipo de vínculo. De fato, recentemente a legislação italiana havia caminhado para uma espécie de “liberalização” do contrato por tempo determinado. As últimas reformas, embora condicionadas pela emergência sanitária, restabeleceram, contudo, alguns limites qualitativos, o que deverá confirmar a particularidade desta forma de trabalho.

Ainda ao nível da relação individual, é, no entanto, evidente que o enquadramento desse tipo de vínculo entre os chamados contratos de trabalho flexível está estritamente ligado à exclusão das garantias contra os despedimentos e às respetivas proteções a favor do trabalhador subordinado⁴. Daqui resulta que, salvo casos excepcionais, a flexibilidade garantida pelo trabalho por tempo determinado é desejada exclusivamente pelos empregadores.

2. A evolução da disciplina do código de 1865 ao controle sindical da flexibilidade

Conforme antecipado, a evolução da disciplina do contrato por tempo determinado foi bastante conturbada.

Originalmente, o sistema jurídico italiano chegou a proibir os vínculos de trabalho por tempo indeterminado por serem considerados semelhantes ao trabalho servil. Com efeito, segundo a lógica da *locatio operarum*, a relação de trabalho só poderia ser estabelecida por tempo determinado. No entanto, já no início do século passado a jurisprudência dos colégios dos árbitros considerava legítimos os contratos com prazo de longa ou longuíssima duração.

Com a afirmação definitiva do conceito jurídico de subordinação, entendido em sentido técnico-funcional e centrado na previsão de limites aos poderes do empregador, afirmou-se a regra de que o contrato de trabalho subordinado é

4 Deve ser lembrado que um verdadeiro despedimento (ou, respectivamente, a demissão do trabalhador) ocorre quando a rescisão de uma parte do contrato intervém *ante tempus*, ou seja, antes do prazo acordado. No entanto, essa rescisão antecipada só é permitida por justa causa nos termos do art. 2119, parágrafo 1, c.c.

normalmente estipulado por tempo indeterminado. De fato, essa característica garante a continuidade do emprego e, portanto, da renda do empregado.

Consequentemente, já no código civil de 1942 era permitida a possibilidade de colocar prazo no contrato de trabalho somente em razão da “especialidade da relação” (art. 2097 do código civil).

Pela elasticidade e ambiguidade do conceito, posteriormente o legislador italiano identificou uma série de hipóteses típicas, impropriamente chamadas de “causais”, que correspondiam a necessidades organizacionais e produtivas precisas, consideradas adequadas para justificar a aposição do prazo a um contrato de trabalho. Por exemplo, permitia-se a estipulação de um contrato por prazo determinado para substituir outro empregado que tivesse o direito a manutenção do posto de trabalho, ou para realizar atividades sazonais ou trabalhos específicos. Portanto, tratava-se de hipóteses caracterizadas pela inevitável provisoriedade da ocasião de trabalho que certamente estava destinada a cessar (a chamada provisoriedade intrínseca).

Fora dessas hipóteses, a contratação de um trabalhador subordinado era permitida apenas por tempo indeterminado (art. 1, l. n. 230/62). Assim, o vínculo por tempo determinado sem a existência concreta de um requisito entre os expressamente previstos na lei, era considerado por tempo indeterminado a partir da assinatura do contrato. O trabalhador poderia, portanto, obter tal qualificação em juízo, com direito à reintegração, bem como à indenização pelos salários perdidos devido ao término material ilegal de um vínculo que ainda estava legalmente em vigor.

Essas disposições foram acompanhadas de uma disciplina rigorosa tanto para a prorrogação do prazo contratual, que consiste no diferimento do prazo inicialmente acordado que foi permitida apenas uma vez, bem como para a continuação de facto da relação, ou seja, além do prazo acordado, e também para os contratos posteriores com prazo determinado, ou seja, novas relações por tempo determinado entre o mesmo trabalhador e o mesmo empregador. Em particular, cada contrato posterior, impropriamente qualificado como “renovação”, tinha de ser justificado com base nas necessidades identificadas pelo legislador e, além disso, só podia ser estipulado em conformidade com um curto intervalo sem trabalho depois do contrato anterior (art. 2, l. n. 230/62).

No entanto, deve-se lembrar que, na época, essa regulamentação não gerou grandes problemas. De fato, os empregadores ainda poderiam demitir empregados, se contratados por tempo indeterminado, nos termos do art. 2118 c.c., ou seja, com a única obrigação de comunicação e sem necessidade de justificação. Assim, face ao modesto custo do aviso prévio, não era conveniente que as empresas corressem o risco de assinar contratos ilegítimos por tempo determinado e como tal sujeitos ao regime sancionatório acima referido.

A situação mudou significativamente com a introdução da regra de justificar do despedimento (art. 1, l. n. 604/66)⁵. O sistema jurídico italiano previu em caso de violação desta regra um complexo sistema de garantias, que se alterou ao longo do tempo, que em todo o caso representa um custo indireto, adicional ao do aviso prévio. Os empregadores têm, portanto, todo o interesse em evitar esse custo.

Como consequência dessa estratificação regulatória⁶, na década de 70 houve um rápido aumento das disputas judiciais sobre o uso dos contratos por tempo determinado. Essa disputa foi baseada em uma tentativa das empresas de interpretar as hipóteses tipificadas pela lei em sentido amplo. No entanto, a jurisprudência italiana favoreceu uma aplicação tendencialmente restritiva dessas mesmas hipóteses, por exemplo, negando que um trabalhador pudesse ser contratado por tempo determinado para substituir outro trabalhador em férias, ou que o conceito de sazonalidade incluísse os chamados picos de atividade, que são normalmente registrados em coincidências dos feriados nacionais⁷.

No mesmo momento histórico, a questão se combinou com a repentina crise econômica, que gerou desemprego generalizado. O legislador italiano, na convicção que este estado de desemprego era apenas conjuntural, interveio então com uma disciplina de natureza emergencial⁸.

Quanto ao contrato por tempo determinado, o legislador flexibilizou os limites à utilização desse contrato decorrentes da lei de 1962. Assim, além da introdução, por lei, de outras hipóteses típicas, o uso de trabalho por tempo determinado no setor aeroportuário foi permitido, sujeito apenas a limites quantitativos de duração e no ano e de porcentagem em relação à força de trabalho da empresa. A esse respeito, falava-se de flexibilidade “pura”, pois isenta de qualquer exigência típica.

Mais tarde, no contexto da nova disciplina dos despedimentos coletivos, foi introduzida a chamada “causal subjetiva”. Permitiu-se, assim, a contratação

5 A obrigação de justificar a dispensa é considerada necessária com base nos princípios constitucionais e, portanto, não pode ser eliminada pelo legislador ordinário. Nesse sentido, Corte const. 9 de junho de 1965, n. 45; Corte const. 7 de fevereiro de 2000, n. 46; Corte const. 10 de fevereiro de 2006, n. 56.

6 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, em *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 383.

7 Para uma análise da evolução da disciplina, ver, entre outros, L. MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, em *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 901 ss.; L. MENGhini, *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milão, 1980; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, em M. ROCCELLA, P.A. VARESI, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Artt. 2096-2097*, in Schlesinger (dirigido por), *Il codice civile. Commentario*, 1990.

8 A. MARESCA, *Le innovazioni legislative in tema di contratti a termine*, em R. DE LUCA TAMAJO, VENTURA (editado por), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Nápoles, 1979, p. 375 ss.

9 Em relação a alguns períodos, foi dito que a flexibilização se baseou em um pressuposto legislativo de sazonalidade: L. MENGhini, *Il termine*, em F. CARINCI (direção de), *Diritto del lavoro. Commentario*, em C. CESTER (editado por), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Turim, 1998, p. 428.

temporária, justificada apenas pelo facto de um trabalhador ser despedido na sequência do procedimento de redução de pessoal.

No entanto, a intervenção mais significativa nesta matéria foi representada pela delegação, conferida pelo legislador aos sindicatos, para identificar outros motivos além dos previstos na lei (art. 23, l. n. 56/87). A extensão desse reenvio, no entanto, tem sido muito discutida. Somente em 2006 as Seções Unidas da Suprema Corte a qualificaram como uma delegação “em branco”, admitindo na prática, pelo menos em nível formal, a possibilidade de acordos coletivos poderem introduzir hipóteses de uso legítimo do trabalho por tempo determinado, mesmo no que diz respeito a oportunidades de trabalho não verdadeiramente temporárias¹⁰.

Em todo o caso, no exercício desta delegação, os sindicatos foram também obrigados a identificar um limite percentual de uso do trabalho por tempo determinado relativamente aos trabalhadores contratados por tempo indeterminado pela empresa (as chamadas cláusulas de quotas), de acordo com a técnica utilizada no setor aeroportuário. No que diz respeito ao papel da contratação coletiva, falava-se em flexibilização do trabalho controlada pelo sindicato¹¹.

3. A Diretiva 99/70/CE e sua transposição no sistema jurídico italiano

O status regulatório alcançado com essas reformas garantiu, também graças ao papel atribuído à contratação coletiva, uma estrutura regulatória tendencialmente estável do contrato por tempo determinado.

No entanto, a disciplina deste contrato foi novamente desestabilizada pela intervenção de uma fonte comunitária. Em 1999, após longas negociações¹², algumas confederações sindicais europeias assinaram um acordo-quadro para regular este contrato. O acordo foi implementado pela Diretiva n. 99/70, ainda em vigor, permitindo dar efeito vinculativo ao conteúdo do acordo para os Estados-Membros da União.

O principal problema levantado pelo acordo diz respeito ao caráter altamente comprometedor de algumas de suas regras. Além disso, estas regras visam apenas atingir objetivos comuns, na perspectiva habitual de harmonização (e não uniformidade) dos ordenamentos jurídicos nacionais, que a União Europeia prossegue no âmbito da política social.

10 Cass. Seções Unidas 2 de março de 2006, n. 4588.

11 M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, em *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 534.

12 B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 590 ss.

Em particular, os objetivos do acordo-quadro são dois e dizem respeito ao princípio da não discriminação e à prevenção de abusos na sucessão dos contratos por tempo determinado.

O princípio da não discriminação refere-se a um trabalhador por tempo indeterminado comparável e, com efeito, introduz a plena igualdade de tratamento, salvo diferenças objetivamente justificadas. Trata-se de uma cláusula com efeito direto¹³, que atua imediatamente nas relações entre as partes individuais, mas também nas relações de trabalho com as administrações públicas. Com efeito, o âmbito de aplicação da Diretiva n. 99/70 inclui o serviço público¹⁴.

Quanto ao segundo objetivo, os legisladores nacionais são obrigados a adotar medidas para evitar a precariedade dos trabalhadores a longo prazo, pelo menos no emprego do mesmo empregador. E isso porque o contrato por tempo indeterminado constitui a “forma comum” da relação de trabalho, conforme o *considerando* n. 6 da diretiva. O acordo indica algumas medidas possíveis para prevenir abusos, incluindo a justificação por razões objetivas do prazo, ou a previsão de um período de duração total máxima dos contratos por tempo determinado ou um número máximo de renovações permitidas.

A sanção pela violação da medida adotada, que inclui também a transformação do contrato em um por tempo indeterminado, é atribuída à legislação nacional, mas deve, em qualquer caso, garantir o cumprimento dos critérios de eficácia e proporcionalidade da diretiva comunitária. Porém, neste caso foi excluído que a cláusula do Acordo Europeu tenha efeito direto¹⁵. Isto significa que, se a lei nacional não transpuser corretamente a diretiva, a aplicação das medidas preventivas do acordo europeu não pode ser invocada nas relações entre partes individuais.

Segundo opinião generalizada, no momento da entrada em vigor da Diretiva n. 99/70, a legislação italiana já cumpria seus requisitos. De fato, a lei n. 230/62 impôs a igualdade de tratamento (art. 5º) e regulamentou o regime sucessório dos contratos (art. 2, n. 3 e 4), embora com algumas alterações introduzidas pela lei n. 196/97.

13 Corte de Justiça UE, 15 de abril de 2008, C-268/06. A eficácia direta também pode ser invocada retroativamente, para o período entre a expiração do prazo de transposição da diretiva e a data de entrada em vigor da legislação nacional que transpõe as suas disposições (Corte de Justiça UE, 22 de dezembro de 2010, C-444 e C-456/09). Para outras aplicações do princípio a problemas específicos, ver, entre muitos outros, Corte de Justiça UE, 13 de setembro de 2007, C-307/05; Corte de Justiça UE (ord.), 11 de novembro de 2010, C-20/10; Corte de Justiça UE, 8 de setembro de 2011, C-177/10; Corte de Justiça UE, 18 de março de 2011, C-273/10; Corte de Justiça UE, 18 de outubro de 2012, C-32 / 11-35 / 11; Corte de Justiça UE, 7 de março de 2013, C-393/11; Corte de Justiça UE, 12 de dezembro de 2013, C-361/12.

14 Assim começando com Corte Just. UE, 23 de abril de 2009, C-378-380/07.

15 Assim começando com Corte de Justiça UE, 15 de abril de 2008, C-268/06.

Porém, o governo italiano, segundo alguns aproveitando a “ocasião” oferecida pela adoção da diretiva comunitária, decidiu intervir substituindo a legislação em vigor por um único texto legislativo, que foi o decreto legislativo n. 368/01.

A regra da igualdade de tratamento, salvo justificativas objetivas, foi obviamente confirmada (art. 6). No entanto, deve notar-se que a Corte de Justiça EU desenvolveu o significado do princípio da não discriminação previsto pela diretiva num sentido amplo e diacrónico. Em particular, as leis nacionais que excluem a relevância de um período de trabalho por tempo determinado antes de um contrato por tempo indeterminado com o mesmo empregador, foram consideradas discriminatórias, pelo menos na ausência de limites ou justificativas¹⁶.

A concretização da finalidade preventiva indicada pela diretiva foi, por outro lado, muito discutida, pois foi realizada com uma modificação do regime anterior de aposição legítima do prazo ao contrato de trabalho que correspondia à medida comunitária das “razões objetivas”. De fato, o legislador italiano, ao revogar a disciplina preexistente, havia introduzido uma única hipótese geral de utilização do trabalho por tempo determinado, que foi permitida «por razões de natureza técnica, produtiva, organizacional ou substitutiva». A este respeito, tem-se falado de um “causal geral” ou mesmo de um “causalone”.

Além do complexo sistema de exceções¹⁷, proibições¹⁸ e exclusões¹⁹, o principal problema interpretativo levantado por essa novidade dizia respeito à natureza, temporária ou não, das exigências empresariais que justificavam o uso do contrato por tempo determinado conforme a cláusula geral. Esse problema era muito relevante, pois a eventual violação da cláusula legal continuava a garantir a conversão em um contrato de trabalho por tempo indeterminado, uma vez

16 Corte de Justiça UE, 18 de outubro de 2012, C-32-35 / 11; Corte de Justiça UE, 7 de março de 2013, C-393/11; Corte de Justiça UE, 20 de setembro de 2018, C-466/17. Para algumas aplicações nacionais, especialmente no que diz respeito ao emprego público, Cass. civ. 7 de novembro de 2016, n. 22558; Cass. civ. 6 de abril de 2017, n. 8945; Cass. civ. 20 de abril de 2018, n. 9859; Cass. civ. 21 de setembro de 2021, n. 25570. A questão também envolveu a transformação voluntária do contrato por tempo determinado no que diz respeito à identificação da disciplina de despedimento aplicável *ratione temporis* (Corte de Justiça UE UE, 17 de março de 2021, C-652/19).

17 As exceções diziam respeito tanto a sectores específicos (como o dos serviços aeroportuários, para o qual se confirmou o regime acausal preexistente, depois alargado também aos serviços postais), como a atividades específicas (como os sazonais e os de curtíssima duração, os chamados *extrais*), e algumas figuras profissionais (como gerentes).

18 Essas proibições, que ainda existem (art. 20, decreto legislativo n. 81/15), dizem respeito ao uso do trabalho por tempo determinado: para substituição de trabalhadores em exercício do direito de greve; em determinadas condições, em empresas que tenham ativado despedimentos coletivos ou tenham recorrido ao fundo de caixa integração de renda; em empresas que não realizam a avaliação de risco para a saúde e segurança no trabalho.

19 As exclusões diziam respeito tanto a outros tipos contratuais “semelhantes”, mas com disciplina distinta, como os contratos de fornecimento de trabalho e formação, e alguns setores, também porque estavam dotados de regras especiais, incluindo principalmente o da agricultura em medida limitadamente aos operários.

desprovido do prazo, conforme o esquema já examinado com respeito à disciplina de 1962²⁰.

É certo que a ideia do legislador foi a de gerar emprego através de uma maior flexibilidade no uso do contrato por tempo determinado, segundo uma abordagem que depois encontrará confirmação, com o decreto legislativo n. 276/03, na multiplicação de tipos contratuais diferentes do contrato full-time por tempo indeterminado. Além disso, o contrapeso a essa flexibilização foi constituído pela necessária previsão das cotas, que o decreto legislativo n. 368/01 continuou a delegar à negociação coletiva, mas dessa vez em relação a uma flexibilização introduzida diretamente pela lei²¹.

No entanto, sobretudo em relação à fórmula «razões de natureza técnica, produtiva, organizacional», ficou a dúvida sobre qual era o elemento que diferenciava essas razões das exigências ordinárias da empresa, ou seja, aquelas para as quais se utiliza o contrato por tempo indeterminado.

A aplicação da norma pela jurisprudência foi, portanto, restritiva. Apesar da variedade de interpretações sugeridas em relação ao conceito de temporariedade²², quase todas as soluções judiciais têm sustentado que essa natureza temporânea deve distinguir o requisito que justifica a aposição do prazo ao contrato,

20 Para a confirmação definitiva Cass. civ. 21 de maio de 2008, n. 12985.

21 Apesar da revogação da delegação aos sindicatos, a introdução de um requisito causal geral de fonte legal não impediu, no entanto, que os acordos coletivos continuassem a identificar hipóteses específicas. Sobre o problema da coordenação dessa clausulas contratuais com a disciplina legal posterior, ver M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, em A. GARILLI, M. NAPOLI (org.), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Turim, 2003, p. 93; M. MAGNANI, A. BOLLANI, *I contratti di lavoro a termine nelle recenti riforme*, em M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (org.), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge del 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 de agosto de 2008, n. 133*, Giappichelli, Turim, 2008, p. 353 ss.

22 Para algumas leituras flexíveis, segundo as quais a temporariedade não seria mais inerente a situações externas subjetivamente imutáveis, mas poderia derivar também de escolhas livres empresariais de organização e modificação de uma estrutura específica da empresa, cf. S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, em *Dir. Lav.*, 2002, p. 31 ss.; no mesmo sentido G. PROIA, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine nel contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 191 ss. Para a tese ainda mais ampla, segundo a qual a exigência indicada no contrato individual determinaria, na realidade, apenas uma limitação do poder de modificar as tarefas, S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Turim, 2008, p. 105 ss. Por outro lado, na perspectiva de uma noção de temporariedade em sentido estrito, o maior problema interpretativo foi representado pela tipificação das exigências que, por se caracterizarem por uma certa cessação do trabalho, tornavam possível não aplicar os limites percentuais de utilização do trabalho por tempo determinado, sem prejuízo da regra geral (art. 10, co. 7, decreto legislativo n. 368/01). Para uma análise das diferentes interpretações desta norma, cf. VALLEBONA, PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Pádua, 2002, p. 27 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a termine*, em *Atti Aidlass, Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milão, 2003, p. 442 ss.

com base no pressuposto de que o contrato de trabalho “por sua natureza, não é por tempo determinado”²³.

Entretanto, crescia a convicção de que o legislador italiano tinha de algum modo entendido mal o objetivo da legislação comunitária. Por um lado, porque as razões objetivas, traspostas na previsão geral do decreto legislativo n. 368/01, eram exigidas para cada contrato por tempo determinado, enquanto a diretiva apenas as prevê como medida de prevenção de abusos na sucessão dos contratos. Assim, os Estados-Membros não teriam obrigação de impor uma justificação para o primeiro contrato por tempo determinado²⁴. Por outro lado, porque o sistema regulatório da sucessão dos contratos por tempo determinado²⁵ continuava a centrar-se, mesmo após a reforma, em regras correspondentes às da lei de 1962, ou seja, no respeito dos intervalos entre os contratos, agora combinados com as novas hipóteses gerais do contrato por tempo determinado, em vez das hipóteses tipificadas por lei ou acordos coletivos. Assim, observou-se que mesmo um caráter necessariamente temporário da exigência de justificação do termo não impediria, pela amplitude da cláusula geral, a repetida estipulação de contratos por tempo determinado certo com o mesmo trabalhador²⁶, também em razão de diferentes exigências.

Além disso, em outros Estados-Membros, a transposição da diretiva ocorreu através de medidas diferentes que não as das razões objetivas, como a fixação de um período máximo de trabalho por tempo determinado entre as mesmas partes. Nesse sentido, surgiu o conceito (não técnico) de “acausalidade”, justamente para indicar a ausência de uma justificativa necessária para a fixação do prazo ao contrato²⁷.

A Corte de Justiça aceitou então a legitimidade desta solução. Com efeito, os juízes luxemburgueses reconheceram que as razões objetivas são apenas uma

23 Nesses termos, Cass. civ. 21 de maio de 2002, n. 7468.

24 Corte de Justiça UE 22 de novembro de 2005, C-144/04, Corte de Justiça UE, 23 de abril de 2009, C-378-380/07; Corte de Justiça UE (ord.), 11 de novembro de 2010, C-20/10.

25 Um outro problema surgiu no que diz respeito ao regime de prorrogação do contrato, relativamente ao qual nunca foi clarificado se deveria ser considerado incluído na disciplina comunitária em matéria de sucessão. A tradução italiana do acordo europeu refere-se a contratos “subsequentes” e as “renovações”, mas a tradução alemã usa o termo mais elástico *verlängerung*.

26 G. FERRARO, *L'evoluzione del quadro legale*, in ID. (editado por), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Turim, 2008, p. 8 ss; em sentido semelhante já R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 547.

27 Um sistema acausal, baseado em várias hipóteses temporais, havia sido adotado na Alemanha já em dezembro de 2000 (M. CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, em *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 234) e depois na Bélgica (R. BLANPAIN, *The European Agreement on Fixed-term Contracts and Belga Law*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 1999, vol. 15, n. 2, p. 85 ss.), os Países Baixos (com a modificação do art. 668a do código civil) e o Reino Unido (por força do *The Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002, Part II, n. 8 (Successive fixed-term contracts)*).

das medidas possíveis para evitar abusos na sucessão dos contratos. Trata-se, portanto, de uma medida (também) alternativa às demais indicadas na diretiva²⁸.

4. Do limite da justificação do prazo ao sistema de limites quantitativos

Nesse contexto, com a lei n. 247 de 2007, o legislador realizou uma alteração significativa no sistema regulatório de 2001, que foi confirmado em outras partes, exceto pelo enquadramento dos direitos de prioridade nas previsões legais²⁹.

Com o objetivo declarado de contrastar o trabalho precário, foi introduzido um prazo de 36 meses, incluindo prorrogações e renovações do contrato, como duração máxima do trabalho por tempo determinado com o mesmo empregador. Basicamente, os períodos de trabalho por tempo determinado, desempenhados com o mesmo empregador, deviam ser cumulados e não podiam ultrapassar aquele limite temporal, derogável por convenções coletivas.

No caso de estipulação de vários contratos sucessivos por tempo determinado, porém, este limite apenas dizia respeito aos contratos que tivessem por objeto tarefas equivalentes, a ser entendida de acordo com o significado da equivalência profissional elaborada pela jurisprudência em razão do texto do art. 2103 c.c. na época em vigor.

A escolha de tarefas equivalentes, como critério de aplicação do limite de duração, gerou um amplo debate sobre os riscos de fraude que podem ser adotadas pelas empresas. Não obstante, a introdução deste limite máximo de duração, junto ao das razões objetivas, ainda exigidas para a justificação do prazo em qualquer contrato (inclusive o primeiro) entre as mesmas partes, permitia acreditar que o sistema italiano estava em conformidade com a disciplina europeia³⁰.

28 Corte de Justiça UE, 4 de julho de 2006, C-212/04; Corte de Justiça UE, 11 de setembro de 2006, C-53/04. Em um sentido crítico em relação à solução da Corte de Justiça anteriormente M. WEISS, *The Framework Agreement on Fixed-term Work: A German point of View*, em *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 1999, vol. 15, não. 2, p. 97 ss. De qualquer forma, a medida de razões objetivas, quando adotada, refere-se não apenas a necessidades reais, mas também provisórias da empresa: Corte Just. UE, 23 de abril de 2009, C-378-380/07.

29 São as hipóteses em que o trabalhador, já empregado por tempo determinado, tem direito, em determinadas condições, a ser contratado novamente por tempo determinado ou mesmo por tempo indeterminado, caso o empregador faça novas contratações. O regime dos direitos de prioridade ainda está em vigor (artigo 24, decreto legislativo n. 81/15). Sobre o assunto, veja S. EMILLANI, *Lavoro subordinato e precedenza nelle assunzioni*, F. Angeli, Milão, 2020, p. 231 ss.

30 Para uma ampla análise A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, na *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 300 ss.

No entanto, a mudança repentina na estrutura política levou, nos anos seguintes, a uma forte mudança em favor de maior flexibilidade na regulamentação desse contrato³¹.

Já em 2008 foi especificado que as exigências técnicas, produtivas, organizacional ou substitutivas exigidas pelo decreto legislativo n. 368/01 também poderiam se referir às atividades ordinárias da empresa. A este respeito, porém, a opinião de que a especificação era de fato supérflua deve ser compartilhada, porque a evolução da disciplina já tornou possível excluir que tais necessidades tivessem que ser necessariamente extraordinárias ou excepcionais.

Muito mais importante, porém, foi a reforma do regime sancionatório, implementada pelo art. 32 da lei 183/10. Até aquele momento, de fato, a ação em juízo para apurar a ilegalidade do contrato por tempo determinado era considerada não passível de prescrição, por se tratar de ação de nulidade apenas da cláusula contratual do prazo final. Além disso, a significativa duração dos julgamentos expôs as empresas, no caso de reconhecimento do vínculo por tempo indeterminado como consequência da nulidade da cláusula do prazo, não apenas à ordem judicial de reconstituição material do vínculo, mas também à indenização. Essa indenização correspondia aos salários perdidos pelo trabalhador a partir do término do contrato inicial até o momento de reconstituição do vínculo, conforme o instituto da *mora credendi*.

Para evitar fenômenos especulativos (ou seja, o atraso na apresentação da ação em juízo), o legislador introduziu, portanto, um prazo duplo para a impugnação do contrato. O trabalhador que contestar a aposição do prazo ao contrato de trabalho deve impugná-lo extrajudicialmente dentro de um curto período de tempo (atualmente igual a 180 dias) e a partir desse primeiro ato deve então depositar recurso em tribunal nos 180 dias seguintes³².

31 Sobre a evolução da disciplina desde a reforma de 2001 até 2010, ver, sem pretender ser exaustivo e além dos trabalhos já mencionados, R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milão, 2001; M. BIAGI (editado por), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milão, 2002; L. MENGhini (editado por), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milão, 2002; G. PERONE (editado por), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Turim, 2002; G. SANTORO PASSARELLI (editado por), *Il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Attuazione della Direttiva 99/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, CEEP e CES*, em *Nuove leggi civ. comm.*, 2002; M. PERSIANI, G. PROIA (editado por), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, Pádua, 2008; A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (editado por), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Turim, 2009; M. D'ONGHIA, M. RICCI (editado por), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milão, 2009; se quiser, G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milão, 2010.

32 Nos termos do art. 28, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 81/15, que reproduziu essa disciplina no novo marco regulatório (*infra*), a ação em juízo diz respeito ao contrato por tempo determinado e a todos os vícios do vínculo mesmo. Isso gera alguns problemas técnicos particulares para o caso de sucessões de contratos e a continuação material da prestação.

Além disso, para evitar que a duração excessiva dos juízos possa gerar um efeito multiplicador do dano *medio tempore* indenizável, o direito à indenização foi substituído pelo direito a um montante indenizatório igual ao máximo de 12 meses de salário. Dessa forma, portanto, a duração do juízo torna-se irrelevante até a sentença que determina a constituição (a chamada “conversão”, segundo a linguagem legislativa) da relação de trabalho por tempo indeterminado. Este mecanismo indenizatório foi considerado legítimo pelo Tribunal Constitucional e mantém-se em vigor, entendendo-se que o trabalhador tem em qualquer caso direito à reconstituição do vínculo e, a partir da sentença, também aos salários, sem limites temporais de indenização³³.

Dois anos depois, como parte de uma reforma mais ampla da legislação trabalhista e previdenciária, a lei n. 92 de 2012 interveio na disciplina do contrato por tempo determinado. Em particular, excluiu-se a necessidade de que o primeiro contrato por tempo determinado, desde que não tenha duração superior a doze meses (incluindo apenas uma prorrogação), seja justificado por razões objetivas concretas. Com exceção de um regime alternativo complicado deixado à negociação coletiva (que porém não tinha praticamente sido aplicado), esse primeiro contrato tornou-se, portanto, acausal. Em vez disso, para cada contrato posterior, foi confirmada a necessária justificação do prazo no limite global de 36 meses em caso de sucessão de contratos introduzido em 2007.

O debate sobre essa última reforma, porém, não teve tempo de amadurecer. De fato, depois de dois anos, antecipando as reformas realizadas com uma série de decretos conhecidos como “*Jobs Act*”, o legislador italiano optou pela transição para um sistema totalmente não causal (art. 1, d.l. n. 34/14, convertido em l. n. 78/14).

A regra de justificação foi de fato removida para qualquer contrato por tempo determinado. Assim, restava apenas o limite de duração global de 36 meses, tanto para um contrato único como às sucessões de mais contratos, com o risco de uma elevada fragmentação do período de trabalho em múltiplas relações de curta duração. Este risco foi ainda agravado pelo facto de o decreto legislativo 34/14 ter aumentado o número de prorrogações para cinco, entendendo-se, no entanto, segundo a opinião preferível, como o número máximo de prorrogações dentro de uma sucessão de mais contratos e não em relação a um contrato³⁴.

Em relação a essa mudança, um limite percentual máximo de trabalhadores por tempo determinado em relação ao pessoal por tempo indeterminado foi finalmente introduzido diretamente por lei. Este limite, igual a 20 por cento, era de qualquer modo derogável da autonomia coletiva.

33 Corte const. 14 de julho de 2009, n. 214. Em um sentido crítico P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2013.

34 Sobre o ponto ver A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, Turim, 2014, p. 64 ss.

Como a regulamentação legislativa estava extremamente fragmentada, devido às repetidas alterações, decidiu-se, com a reforma do *Jobs Act*, codificá-la em um novo e único texto. Portanto, todas as regulamentações acumuladas ao longo dos anos convergiram, com algumas modificações adicionais, para o decreto legislativo n. 81/15.

Naquela época, o sistema para o uso de trabalho por tempo determinado era, portanto, centrado em critérios exclusivamente quantitativos, ou seja, os limites acima mencionados de duração total máxima e os limites percentuais em relação aos trabalhadores por tempo indeterminado da empresa³⁵. Prosseguiu-se, assim, uma exasperada flexibilização nas modalidades de contratação dos trabalhadores (a chamada fase de “entrada” na relação de trabalho)³⁶, que correspondia também ao objetivo de flexibilizar a rigidez na “saída” da relação através da dupla reforma da disciplina dos despedimentos (art. 1, parágrafos 39 ss., lei 92/12 e decreto legislativo n. 23/15).

Na mesma perspectiva, recorde-se também que a reforma da disciplina das tarefas (art. 3, Decreto Legislativo n. 81/15, que alterou o art. 2103 c.c.) alterou o significado do parâmetro de equivalência profissional sobre o qual era (e ainda é) regulada a sucessão de contratos sucessivos³⁷. A nova referência apenas ao nível de classificação do contrato coletivo e à categoria jurídica legal, em substituição do critério anterior da equivalência profissional, parece permitir, pelo menos com relação ao assunto em questão (art. 19, parágrafo 2, decreto legislativo n. 81/15), a utilização de um critério de cálculo mais favorável aos trabalhadores³⁸.

35 Ambos os limites, porém, podem ser derogados dos acordos coletivos, ou seja, os «acordos nacionais, territoriais ou de empresa estipulados por associações sindicais comparativamente mais representativas em nível nacional e acordos coletivos de empresas estipulados pelos representantes sindicais ao nível de empresa ou por representação sindical unitária» (art. 51, Decreto Legislativo n. lgs. n. 81/15).

36 Para algumas críticas doutrinárias ver, entre muitos outros, A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Turim, 2016; P. SARACINI, L. ZOPPOLI (editado por), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017.

37 Ao mesmo tempo, porém, desapareceu qualquer referência à possibilidade de prorrogação do contrato para a mesma atividade realizada na execução do contrato inicial. Em sentido crítico C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il D.lgs. 81/2015*, em G. ZILIO GRANDI, M. BLASI (editado por), *Commentario breve alla Riforma “Jobs Act”*, Cedam, Pádua, 2016, p. 31.

38 Para diferentes interpretações, especialmente no que diz respeito à conformação às prescrições europeias, cf. V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, em *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 721; A. OLIVIERI, *Le novità del contratto a tempo determinato tra esigenze di certezza e incoerenze con la legislazione dell’Unione Europea*, em *Lav. giur.*, 2015, p. 1137; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Turim, 2017, p. 137 ss.

5. O “decreto dignidade” e a emergência sanitária

O impacto desta enésima reforma foi plausivelmente mitigado, no médio prazo, pela adoção de uma medida de política económica que consistia na isenção do pagamento de contribuições, até um valor anual significativo, para as contratações efetuadas por empresas por tempo indeterminado. Além disso, essa isenção também estava disponível no caso de transformação voluntária do contrato por prazo determinado³⁹.

Em coincidência com a expiração desse benefício, de duração máxima de três anos⁴⁰, ressurgiu o debate político sobre a oportunidade de correções na disciplina de trabalho por tempo determinado numa perspectiva contrária à flexibilidade garantida pelos últimos decretos.

O governo italiano, sustentado por uma nova maioria parlamentar, decidiu intervir com um decreto, definido como urgente para a «dignidade das pessoas e das empresas», também conhecido como “decreto dignidade” (d.l. n. 87/18, convertido em l. n. 96/18).

Não se trata de uma nova reforma geral da matéria. De facto, este decreto limita-se a introduzir novos limites à utilização do trabalho por tempo determinado no âmbito da disciplina de 2015. No entanto, as alterações têm um impacto significativo sobre os limites de utilização deste tipo de contrato.

Em primeiro lugar, é alterada a duração máxima total do trabalho por tempo determinado com o mesmo empregador, que é reduzido para 24 meses, novamente salvo exceções previstas pela negociação coletiva. A soma da duração de diferentes contratos por prazo determinado é limitada aos contratos com a mesma classificação contratual e categoria legal, de acordo com o novo texto do art. 2103 c.c..

Acima de tudo, porém, o legislador de 2018 reintroduz um regime causal parcial, apenas aparentemente comparável ao de 2012.

O primeiro contrato por tempo determinado mantém-se acausal, ou seja, isento de qualquer justificação, até ao máximo de doze meses.

As prorrogações são reduzidas ao número máximo de quatro, novamente no que diz respeito à sucessão de todos os contratos por tempo determinado com o mesmo enquadramento contratual e categoria legal, mas dentro do limite

39 De acordo com as regras ordinárias, é permitida a transformação voluntária e consensual do contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado, mesmo antes da expiração do prazo.

40 O benefício se referia às contratações por tempo indeterminado efetuadas no âmbito da disciplina dos despedimentos individuais introduzida pelo decreto legislativo n. 23/15, ou seja, sujeito a uma disciplina contra despedimentos ilegítimos que se centrava em proteções indenizatórias, com valores modestos e diretamente proporcional ao tempo de serviço. Sobre esta relação entre trabalho por tempo determinado e disciplina dos despedimentos, ver G. LUDOVICO, *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti. Gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*, em *Working Paper Adapt*, 2017, n. 14.

máximo de 24 meses. As prorrogações do primeiro contrato não precisam ser justificadas, ou seja, também são acausais, dentro da acausalidade de doze meses, típica do primeiro contrato.

Em vez disso, tanto um primeiro contrato com duração inicial superior a doze meses (e até um máximo de 24) quanto a prorrogação do primeiro contrato que implica a superação dos primeiros doze meses, e também as prorrogações posteriores e qualquer outro contrato por tempo determinado (inclusive as suas prorrogações) posterior ao primeiro (mesmo que a “renovação” ocorra antes de doze meses) devem ser justificados novamente.

Este complicado sistema de justificações é acompanhado pela rigidez das razões escolhidas pelo legislador. De fato, o “decreto dignidade” não repropôs a “causal geral” de 2001, identificando duas justificações alternativas.

A primeira representa uma justificação “aberta”, mas desta vez os requisitos que justificam o contrato por tempo determinado são expressamente definidos como «exigências objetivas e temporárias». Além disso, essas exigências devem ser alheias à atividade ordinária da empresa, ainda que não seja explícito o critério para identificar o que deve ser considerado ordinário.

A segunda hipótese, igualmente restritiva, diz respeito a necessidades ligadas a aumentos da atividade ordinária, mas que devem ser temporárias, significativas e não programáveis. Em particular, no que diz respeito a essa causalidade, permanece ainda duvidoso se as necessidades consistentes nos chamados picos sazonais de atividade podem ser consideradas legítimas, sendo, a rigor, qualificáveis como previsíveis e não programáveis.

As exceções a esse sistema de justificativas continuam sendo as exigências de substituição do trabalhador, assim como as atividades sazonais, que são certamente temporárias, mas também fisiologicamente repetíveis ao longo do tempo. Por atividades sazonais entendemos tanto as indicadas na lista específica do Decreto Presidencial n. 1525 de 1963, quanto aquelas identificadas posteriormente por acordos coletivos (neste caso, porém, desde que sejam atividades autenticamente sazonais). Além das críticas para as escolhas de política jurídica do legislador, a doutrina não tem demonstrado particular apreço pelas soluções técnicas adotadas por essa reforma⁴¹. A rigidez das novas causais e sua difícil interpretação, literal e sistemática, geram dois problemas opostos e especulares no plano aplicativo. Por um lado, é muito complicado para a empresa usar o trabalho por tempo determinado em um planejamento de longo prazo; por outro lado, os trabalhadores correm o risco de serem sujeitos a um *turn over* anual pelas

41 Entre os muitos, com diferentes leituras, ver L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2018, n. 377; L. FIORILLO, *La rivisitazione delle regole sui contratti temporanei: un tentativo (maldestro) di combattere la precarietà del lavoro*, em L. FIORILLO, A. PERULLI (editado por), “Decreto Dignità” e Corte costituzionale n. 194 de 2018. *Come cambia il Jobs Act*, Giappichelli, Turim, 2019, p. 8 ss.

empresas, ou seja, serem utilizados apenas durante o tempo máximo em que é permitida a não causalidade do contrato.

Em última análise, o risco é que o trabalhador não consiga concluir o caminho para a estabilização (entendido em sentido factual, independentemente das restrições estabelecidas por lei) com o mesmo empregador. Do lado empresarial é preciso perguntar se uma disciplina restritiva, que alimenta o interesse na rotatividade de pessoal, não gera também distorções de concorrência em função das características da produção e dos respectivos processos de formação ou aperfeiçoamento profissional.

Em todo o caso, esta reforma teve consequências imediatas também no âmbito das relações coletivas.

A este respeito, recorde-se que, alguns anos antes, o legislador italiano tinha permitido que os acordos coletivos em nível de empresa concluídos em presença de algumas condições específicas de representatividade sindical, derogassem em algumas matérias as mesmas regras estabelecidas por lei (art. 8, decreto legislativo 138/11, convertido em l. n. 148/11). Entre essas disciplinas está incluída a do trabalho por tempo determinado⁴².

Na realidade, os sindicatos não tinham explorado esta possibilidade, até porque as reformas do contrato por tempo determinado, introduzidas nos anos seguintes, tinham conseguido substancialmente uma liberalização do contrato, dentro dos limites inderrogáveis das normas europeias.

Com as mudanças restritivas introduzidas pelo “decreto dignidade”, no entanto, ressurgiu a atenção para a negociação coletiva que permite a derrogação da lei. De fato, muitos acordos coletivos principalmente em nível de grandes empresas que foram assinados recentemente, retiraram as mudanças de 2018 e restauraram o regime original do decreto legislativo n. 81/15⁴³.

Especificamente, estes acordos não se limitam a prolongar a duração máxima global do trabalho por tempo determinado com o mesmo empregador⁴⁴, mas também eliminam as novas causas nos vários casos previstos pela lei. Assim, em última análise, o sistema volta a um regime integral de não-causalidade.

A emergência sanitária, que exigia a adoção de medidas urgentes também no campo do trabalho, sobrepôs-se ao fenômeno que acabamos de descrever. Para salvaguardar o emprego, o legislador italiano recorreu a várias ferramentas de previdência social, incluindo em primeiro lugar uma integração salarial com

42 Para a análise ver A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, Pádua, 2013.

43 Sobre o tema M. VINCIERI, *La gestione negoziale della flessibilità: uno sguardo critico alla recente contrattazione di prossimità ed alle regole alla disciplina del contratto a tempo determinato*, em *Variaz. t. dir. lav.*, 2020, p. 1119 ss.

44 Muitas vezes também em cumulação com o trabalho prestado em regime de fornecimento de trabalho por tempo determinado, o que constitui um tipo diferente de contrato.

a causal de “Covid-19”, e proibiu os despedimentos, tanto individuais quanto coletivos, por razões econômicas.

Sendo vedada a utilização do trabalho por tempo determinado às empresas que recorrem à integração salarial (art. 20, parágrafo 1, lett. c), d.lgs. n. 81/15) foi necessário introduzir uma derrogação particular. Decidiu-se, assim, incentivar a continuação dos contratos por tempo determinado, de outra forma destinados a terminar quando expirar.

A derrogação, portanto, não dizia respeito à estipulação do primeiro contrato, que em qualquer caso ainda é acausal no prazo de 12 meses, mas apenas à possibilidade de não indicar o motivo das prorrogações e renovações⁴⁵. Para as renovações, também foi excluída a necessidade de cumprir os intervalos⁴⁶. Tratava-se de um regime transitório, depois prorrogado até 31 de dezembro de 2021, que em nenhum caso alterou a duração máxima dos contratos por tempo determinado que permanecia permitido no limite de 24 meses (art.17, decreto legislativo 41/21, convertido com l. n. 69/21).

Na retomada de atividades econômicas, embora com a pandemia ainda em andamento, foi feita uma tentativa de incentivar uma maior utilização do contrato por tempo determinado por diferentes razões das indicadas no “decreto dignidade”. Introduziu-se assim uma nova causal, que parece reproduzir a delegação aos sindicatos de 1987. De facto, a alteração deixa a identificação de outras hipóteses específicas aos acordos coletivos que permitem a aplicação do prazo ao contrato (art. 41-*bis*, decreto legislativo 73/21, convertido em l. n. 106/21)⁴⁷.

Esta nova causal é estrutural para prorrogações e renovações, enquanto para a estipulação do primeiro contrato com duração superior a doze meses (e até 24) é apenas experimental, sendo atualmente utilizável até 30 de setembro de 2022.

6. O trabalho por prazo determinado no emprego público

O trabalho por tempo determinado no emprego público sempre foi disciplinado por regras especiais.

Depois da contratualização dos vínculos de trabalho do emprego público, iniciada na década de noventa e concluída com o decreto legislativo n. 165/01,

45 Na realidade, a primeira medida urgente sobre o assunto não dizia respeito às causais. Isso foi previsto pelo art. 93, d.l. n. 34/20, convertido em l. n. 77/20.

46 A negociação coletiva está, em qualquer caso, autorizada (art. 21, parágrafo 2, decreto legislativo n. 81/15) a modificar o regime desses intervalos para “hipóteses” específicas. No entanto, na ausência de acordos pré-existentes, a urgência tornou necessária a intervenção legislativa.

47 Para uma primeira análise M. MARINELLI, *Sostenibilità dell'occupazione rapporto di lavoro privato*, Relatório ao XX Congresso Nacional AIDLASS, *Il Diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, p. 25 ss. do texto datilografado.

o legislador italiano contrariou a perspectiva favorável ao contrato por tempo determinado do setor privado. Esta escolha foi motivada por razões de eficiência, contenção de gastos públicos, transparência e imparcialidade.

No entanto, uma vez que as relações de emprego público passaram a ter uma natureza indubitavelmente contratual, foram feitos também esforços para assegurar a coordenação com as regras do emprego privado. Com efeito, há que considerar que os requisitos da diretiva comunitária se aplicam a ambos os sectores.

Em qualquer caso, a legislação especial para o emprego público está prevista no art. 36 do decreto legislativo n. 165/2001, que sofreu muitas alterações ao longo dos anos, sempre com o objetivo de limitar a utilização do contrato por tempo determinado.

A legislação em vigor estabelece que, para atender às suas exigências ordinárias, as administrações públicas contratam exclusivamente com contrato de trabalho permanente⁴⁸. O recurso a tipos de trabalho flexíveis, incluindo contratos por tempo determinado⁴⁹, é permitido apenas «para necessidades comprovadas de natureza exclusivamente temporária ou excepcional».

Em verdade, o mesmo artigo especifica que os contratos de trabalho por tempo determinado «podem ser estipulados nos termos dos artigos 19 e seguintes do decreto legislativo de 15 de junho de 2015, n. 81», fazendo assim referência ao emprego privado. Porém, não há dúvida de que a referência a essa disciplina não permite que os requisitos de temporariedade ou excepcionalidade sejam substituídos por um regime acasual, como o do texto original de 2015, nem pelo regime causal introduzido pelo “decreto dignidade”⁵⁰.

Portanto, deve-se considerar que, para o setor público, a referência à disciplina do privado só é válida dentro dos limites da compatibilidade com as regras especiais do setor público. A mesma conclusão também se aplica às diversas referências a acordos coletivos, que no emprego público devem ser entendidos como os nacionais assinados pela ARAN (Agência para a Representação Negocial das Públicas Administrações) nos termos do art. 36, parágrafo 2-*bis* do decreto legislativo n. 165/01.

De qualquer forma, até mesmo a aplicação formal de certas regras gerais, como as relacionadas ao sistema de extensões e renovações, é indiretamente condicionada, em um sentido restritivo, pelos requisitos que devem justificar cada contrato por tempo determinado. De fato, os requisitos de temporariedade

48 Esta é uma regra muito mais rigorosa do que a do setor privado, que qualifica o contrato por tempo indeterminado como a «forma comum» de contrato de trabalho, repetindo a expressão presente no acordo europeu (art. 1, d. lgs. n. 81/15).

49 Sem prejuízo da experimentação dos procedimentos seletivos regulados pelo art. 35.

50 Para evitar maiores dúvidas interpretativas, o d.l. n. 87 de 2018, que é posterior à última alteração do art. 36 do d.lgs. n. 165/01, excluiu expressamente que as novas regras de justificação sejam aplicáveis ao serviço público.

e excepcionalidade, ainda que indicados como alternativos, devem dizer respeito a necessidades de trabalho que certamente estão destinadas a cessar, seja por serem excepcionais, seja por serem “exclusivamente” temporárias. No mínimo, pode-se dizer que essas necessidades não se limitam às atividades extraordinárias da administração⁵¹. Isso porque o conceito de necessidade ordinária, para a qual se pode só contratar por tempo indeterminado e que é objeto de programação, não se identifica com o conceito de atividade ordinária, que também pode incluir necessidades imprevisíveis.

A disciplina especial do trabalho público por tempo determinado também afeta o perfil sancionatório. A principal diferença com o setor privado depende da regra de que a violação das condições de uso legítimo do tipo em questão «não pode levar ao estabelecimento de relações de trabalho permanentes com as mesmas administrações públicas» (art. 36, parágrafo 5, d.lgs. n. 165/01).

Essa proibição de transformação do contrato foi considerada legítima em razão da necessária salvaguarda do princípio do concurso público consagrado no art. 97, parágrafo 4, da Constituição⁵².

No entanto, essa proibição gerou um intenso uso do trabalho flexível para atender às necessidades permanentes e duradouras das administrações públicas. O legislador interveio através de um rigoroso sistema de responsabilidades de gestão, de natureza fiscal, disciplinar e remuneratória. Além disso, processos de estabilização foram iniciados para aqueles sujeitos que, trabalhando em regime de tempo determinado por longos períodos, desenvolveram expectativas significativas.

No entanto, essas intervenções legislativas não evitaram uma enorme disputa judicial. De fato, diante da proibição geral de estabelecer relações estáveis, as regras gerais de direito civil de indenização de danos não foram suficientes⁵³, especialmente se comparadas às diferentes proteções garantidas para situações equivalentes no setor privado.

A Corte de Justiça da União Europeia também já se pronunciou várias vezes sobre o assunto. Em particular, além de reiterar que a proibição de discriminação não diz respeito a setores distintos, a Corte especificou que mesmo para abusos na sucessão de contratos por tempo determinado no emprego público, a sanção para a transformação do contrato não é imposta pela Diretiva n. 99/70.

51 B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella L. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2008, n. 79, p. 15.

52 Corte const. 27 de março de 2003, n. 89. Essa regra foi estendida, por lei, às empresas controladas pelas administrações públicas (art. 19, d. lgs. n. 175/16).

53 Além disso, de acordo com as regras gerais, o dano deveria ser comprovado e, de fato, no que diz respeito ao período de trabalho prestado em execução de contrato nulo por tempo determinado, já seria compensado pela remuneração recebida pelo chamado “serviço de fato”, nos termos do art. 2126, parágrafo 2, c.c.

No entanto, os Estados-Membros devem assegurar uma proteção alternativa que seja proporcionada, eficaz, dissuasiva e equivalente⁵⁴.

Por essas razões, as Seções Unidas da Cassação estabeleceram que, em caso de violação das regras sobre a sucessão de contratos por tempo determinado no emprego público, é aplicável a proteção indenizatória introduzida pela lei 183/10 (agora prevista pelo art. 28 do d.lgs n. 81/15). De qualquer forma, exclui-se o direito de transformar o contrato em um por tempo indeterminado, mas o trabalhador pode pedir a indenização sob condição de demonstrar um dano “adicional”, como, por exemplo, o da perda de *chance*⁵⁵.

54 Corte de Justiça UE, 4 de julho de 2006, C-212/04; Corte de Justiça UE, 11 de setembro de 2006, C-53/04; Corte de Justiça UE, 1 de outubro de 2010, C-3/10; Corte de Justiça UE, 12 de dezembro de 2013 (ord.), C-50/13; Corte de Justiça UE, 7 de março de 2018, C-494/16. Para alguns setores, como as escolas, a questão tornou-se ainda mais complicada devido à existência de regras especiais adicionais. Sobre a questão ver Corte Just. UE, 26 de novembro de 2014, C-22/13; Corte const. 20 de julho de 2016, n. 187. O caso parecia parcialmente encerrado pela lei da “boa escola” (l. n. 107/15), que havia introduzido um limite máximo de três anos para as substituições chamadas “legais”. Mas esse limite foi abolido pelo decreto n. 87/18.

55 Cass. civ. Seç. Un. 15 de março de 2016, n. 5072; Cass. civ. 27 de novembro de 2017, n. 28253, no entanto, especificou, em consonância com as disposições europeias, que esta solução pressupõe a existência de uma reiteração ilegítima de contratos, enquanto para o contrato nulo único o dano indenizável ficaria totalmente sujeito às regras ordinárias de alegação e prova. Assim, entre outros, Cass. civ. 7 de fevereiro de 2019, n. 3662; Cass. civ. 11 de fevereiro de 2021, n. 3558.

Contrato de trabalho a tempo parcial

Giuseppe Pellacani

SUMARIO: 1. A difusão do trabalho a tempo parcial na Itália. – 2. O tempo parcial entre oportunidades e contraindicações. – 3. Voluntariedade do contrato de trabalho a tempo parcial e a programabilidade necessária do tempo livre. – 4. (*Segue*) voluntariedade e programabilidade na fase genética da relação contratual. – 5. (*Segue*) voluntariedade e programabilidade na fase executiva da relação contratual. Mudanças de horário e transformação de *part-time* para *full-time* e vice-versa.

1. A difusão do trabalho a tempo parcial na Itália

O trabalho a tempo parcial, ou trabalho a tempo parcial em relação ao trabalho normal a tempo inteiro, previsto por lei (40 horas semanais) ou por negociação coletiva, no nosso país tem registado um aumento progressivo e constante nos últimos vinte anos: a percentagem de trabalhadores a tempo parcial passou de 12,5% em 1998 (2,6 milhões) para 18,4% em 2021 (4,3 milhões)¹, valor próximo ao da média europeia. Além disso, a diferença entre homens e mulheres é significativa: «Na Itália, 7,9% dos trabalhadores têm um emprego a tempo parcial, em comparação com 31,8% das trabalhadoras, ou seja, quase uma em cada três mulheres. A média dos países da OCDE é, respectivamente, 9,6% e 25,4%»².

No emprego público (cujas disciplinas não trataremos neste artigo), segundo as constatações da Secretaria de Estado da Contabilidade (*Ragioneria generale dello Stato*), a percentagem é bem menor, inferior a 6% (homens 2% e mulheres 8,5%) em relação ao total dos empregados, com um valor negativo no setor escolar onde a incidência de mulheres a tempo parcial é muito baixa, cerca de 4%, enquanto nos restantes setores ultrapassa os 12%. No entanto, esses números não devem ser equivocados.

No setor escolar, de fato, entre os professores de todos os níveis (excluindo os da religião católica), as mulheres são mais de 700.000 entre 850.000 e,

1 ISTAT, *Il mercato del lavoro*, III trim. 2021, www.istat.it/it/files//2021/12/Mercato-del-lavoro-III-trim_2021.pdf

2 V. C. DI CRISTOFARO, *Il Covid ha ucciso il part time. E per le donne può essere una buona notizia*, ne *Ilsole24ore*, 8 de março de 2022, www.ilsole24ore.com/art/il-covid-ha-ucciso-part-time-e-le-donne-puo-essere-buona-notizia-ADP0mINB; OECD.Stat, *Employment: Share of employed in part-time employment, by sex and age group*, stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54746

portanto, representam 82% do total. O facto é que, embora seja uma atividade a tempo inteiro, a docência caracteriza-se por um horário semanal reduzido, por um número global de dias de trabalho efetivo inferior, por uma distribuição temporal predominante das atividades no horário da manhã, por uma maior disponibilidade de tempo durante os períodos de suspensão da atividade (durante os quais se goza a maior parte dos 30 ou 32 dias de férias anuais) e, portanto, permite uma conciliação mais fácil entre o tempo de trabalho e o tempo de vida³, como o tempo parcial.

Os dados acima resumidos atestam, portanto, uma forte propensão das mulheres para formas de emprego que, num contexto de persistente desequilíbrio na distribuição das tarefas de cuidado (em sentido lato) entre os sexos, permitem uma conciliação mais fácil entre família e trabalho e confirmam assim como esta é a principal razão que leva um número significativo de trabalhadores a escolher o tempo parcial.

2. O tempo parcial entre oportunidades e contra-indicações

A redução do horário de trabalho, ao diminuir a carga de trabalho e liberar tempo para se dedicar a outras atividades, pode atender a uma variedade de necessidades e servir a vários objetivos. Na perspectiva da Estratégia Europeia para o emprego, no âmbito da Estratégia Europa 2020 para o crescimento, e a *flexisecurity*⁴, e como também destacado pela OIT⁵, destaca-se de facto, também na perspectiva da Directiva 97/81/CE, que esta forma contratual pode constituir um instrumento adequado para melhorar a organização do trabalho, tornando-o mais produtivo e adaptável às necessidades em evolução do mercado, para aumentar a taxa de emprego, sobretudo feminino, favorecendo a entrada ou permanência no mercado de trabalho das pessoas mais frágil (especialmente mulheres, jovens, idosos, doentes oncológicos ou com doenças crónicas graves), bem como melhorar a vida dos trabalhadores que, por diversos motivos, necessitam de tempo para se dedicarem a outras atividades.

O tempo parcial pode, em particular, responder ao interesse de quem, por exemplo, tem responsabilidades familiares de cuidados e assistência (de crianças, idosos, deficientes, doentes), de quem pretende concluir os estudos ou seguir um curso de formação ou aqueles que simplesmente necessitam de

3 G. PELLACANI, A. BELSITO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 670 ss..

4 Cfr. A. BOSCATI, S. FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2010 p. 537 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, em A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, vol. II, em *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2009, pp. 1177-1178.

5 L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 141.

complementar a sua renda, mas também os trabalhadores com deficiência, os trabalhadores idosos (como uma passagem gradual para a aposentadoria, se for o caso em combinação com a aposentadoria antecipada) e os que sofrem de doenças graves (agravamento oncológico ou crónico), permitindo que permaneçam ativos graças a um alívio (caso temporário) das cargas de trabalho⁶.

Estas considerações são válidas também quando a utilização do tempo parcial resulta da livre escolha do trabalhador, e não quando se trata de uma opção determinada pela falta de alternativas, e desde que, na fase executiva, a programabilidade dos tempos de trabalho e livre seja assegurada ao trabalhador.

A este respeito, deve-se lembrar que no mercado de trabalho italiano há uma incidência acentuada do trabalho a tempo parcial involuntário que, mais uma vez, afeta principalmente as mulheres⁷.

O Instituto Nacional de Análise de Políticas Públicas (Inapp) observa então como o crescimento do emprego após a crise da pandemia é em grande parte “a tempo parcial”, mas principalmente involuntário, devido à contínua incerteza sobre a estabilidade da retomada econômica: «mais de 3,3 milhões de novos contratos foram ativados, mas destes mais de um milhão são a tempo parcial, na maioria das vezes “involuntários”, ou seja, não solicitados pelo trabalhador mas propostos pelas empresas. As diferenças de género aumentam: quase metade das novas contratações de mulheres são a tempo parcial contra 26,6% dos homens»⁸.

Deve-se ter em mente que o trabalho em tempo parcial também tem, em termos mais gerais e de qualquer forma, desvantagens não desprezíveis: o salário mais baixo, já que é proporcional ao tempo trabalhado, as possibilidades de carreira mais baixas, as contribuições mais baixas e, portanto, as aposentadorias futuras mais baixas, levam a um risco maior de pobreza e exclusão social, especialmente para as mulheres⁹. Por fim, a possibilidade de usar o instituto em uma função evasiva também não pode ser descartada: o contrato a tempo parcial poderia, de facto, ser utilizado para abranger uma relação que de facto decorre a tempo inteiro, portanto, “meio informal”. Por um lado, tais contra-indicações obrigam o legislador a ser muito cauteloso na dosagem de flexibilização a favor do empregador, sobretudo (como se dirá) na fase executiva e, por outro, levam a olhar com interesse, na perspectiva do equilíbrio entre vida profissional e pessoal, para uma figura diferente (obviamente para aquelas atividades nas quais o tempo parcial é conveniente): o trabalho ágil (ou *smart working*), cuja ampla difusão durante a pandemia deu a um grande número de

6 V. art. 9 c. 2, lett. c, convenção da OIT 24 de junho de 1994, n. 175.

7 ISTAT, *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*, 2021, in www.istat.it/it/files/2021/03/3.pdf

8 www.inapp.org/it/inapp-comunica/sala-stampa/comunicati-stampa/17112021-lavoro-inapp-boom-part-time-rischio-ripresa-non-strutturale%E2%80%9D

9 A.M. BATTISTI, *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, em *Mass. giur. lav.*, 2019, 3, p. 474.

empresas e trabalhadores a oportunidade de testar sua utilidade¹⁰, mas também seus riscos e limites¹¹, e induziu o legislador a incentivar sua difusão¹².

3. Voluntariedade do contrato de trabalho a tempo parcial e a programabilidade necessária do tempo livre

O contrato de trabalho a tempo parcial, como referido, constitui um instrumento útil de “boa flexibilidade” se for desejado, e não imediatamente, pelo trabalhador e se, durante a execução do contrato, for garantida ao trabalhador a certeza da colocação temporal da prestação e, conseqüentemente, a programabilidade do tempo livre, durante o qual ele pode se dedicar a outras atividades (um segundo emprego, família, cuidados, estudo etc.). Esta necessidade, como é evidente, entra inevitavelmente em tensão com o interesse do empregador para a flexibilização da organização empresarial, tanto que a busca de um ponto de equilíbrio entre as necessidades opostas constitui o aspecto crucial das disciplinas que se sucederam ao longo dos anos que se iniciaram desde a primeira disciplina introduzida pela lei de 19 de dezembro de 1984 n. 863.

O princípio da natureza necessariamente voluntária do trabalho a tempo parcial surge de forma absolutamente inequívoca ao nível das fontes supranacionais.

A Convenção da OIT de 24 de junho de 1994, n. 175 e a Recomendação coeva de 24 de junho de 1994, n. 182 expressam a ideia de que o contrato a tempo parcial deve responder ao interesse de ambas as partes e ao resultado de uma livre escolha do trabalhador. Os Estados, portanto, são chamados a remover as regulamentações que dificultam o acesso ao trabalho em tempo parcial e a adotar medidas para facilitar o acesso (mesmo quando a relação já está em andamento) se houver razões que sugiram um interesse real em trabalhar em tempo parcial (família, saúde, formação) e ainda proporcionando em determinadas circunstâncias (por exemplo gravidez, necessidade de cuidar de uma criança e

10 *Ex plurimis*, v. L. ZOPPOLI, *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e “gli altri”*, em *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2022, spec. p. 4.

11 Apona V. FULI, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, em *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2021, p. 4, que durante a pandemia o trabalho “ágil” «se transformou numa armadilha, revelando o outro lado da moeda, o claustrofóbico e obsessivo, em que a inexistência de fronteiras entre a vida e os tempos de trabalho tornava muito difícil conciliar o trabalho com os cuidados infantis, especialmente se em DAD (agora conhecido acrônimo de “ensino a distância”)».

12 Lei de 30 de dezembro de 2018, n. 145, Decreto Legislativo de 30 de junho de 2022, n. 105. O atual art. 18 da lei de 22 de maio de 2017, n. 81 exige que os empregadores que celebrem acordos de trabalho ágeis deem prioridade aos pedidos dos trabalhadores com deficiência grave, *caregivers* ou com filhos até doze anos de idade ou em condições de deficiência.

de um familiar deficiente ou doente) um direito à transformação, com garantia de reversibilidade¹³.

Quanto às fontes comunitárias, a Directiva do Conselho europeu de 15 de Dezembro de 1997 n. 81, que transpõe o acordo-quadro de 6 de junho de 1997, além de sancionar expressamente a proibição de discriminação «pela única razão de trabalhar em tempo parcial»¹⁴, também se preocupa em reafirmar o princípio da natureza voluntária do tempo parcial para «favorecer a liberdade de escolha dos trabalhadores quanto à extensão temporal do seu trabalho, através da constante transição de tempo parcial para tempo integral e vice-versa»¹⁵, sem, no entanto, prever uma disciplina detalhada e, portanto, deixando aos Estados uma ampla margem de discricionariedade na transposição.

O interesse das instituições europeias dirige-se então para o trabalho a tempo parcial como instrumento adequado para favorecer, do lado do empregador, uma organização adaptável às necessidades do mercado e, do lado do trabalhador, a melhoria das condições de vida em todas as circunstâncias em que haja necessidade de conciliação (por motivos de família, idade, saúde, estudo ou formação)¹⁶.

Além disso, é evidente que quanto mais o legislador favorece a aspiração à flexibilidade empresarial, permitindo ao empregador variar a extensão do trabalho, mais as margens de programação do tempo livre são comprimidas para o trabalhador e, portanto, a possibilidade de se dedicar a outra ocupação ou atividades que o levaram a aceitar o emprego a tempo parcial (filhos, assistência a um familiar doente ou deficiente, estudo, etc.) e aumenta o risco de precariedade do trabalhador¹⁷.

Portanto, é justo perguntar o que deve ser entendido por “voluntariedade” e se isso pode ser resolvido em uma mera manifestação de consentimento formal ou requer algo mais¹⁸.

Nesse sentido, uma distinção deve ser feita.

No momento genético, a «liberdade de determinar quanto e como trabalhar», «garantida a todos os indivíduos pelo art. 4º da Constituição, que atribui a todo cidadão o direito – bem como o dever – de trabalhar “de acordo com suas próprias possibilidades e escolha”» e, portanto, confere prevalência (e cobertura constitucional) ao interesse do indivíduo de negociar seu próprio tempo de

13 V. G. CALVELLINI, *La volontarietà del part-time: un principio dimenticato da riscoprire?*, em *Giorn. dir. lan. rel. ind.*, n. 152/2016, pp. 673-674.

14 V. M. BROLLO, *op. cit.*, p. 1215 ss.

15 V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. II. *Soggetti e oggetto, sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, já dirigido por A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuado por P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2003, p. 359.

16 Cfr. G. CALVELLINI, *op. cit.*, pp. 679-680.

17 V. M.G. GAROFALO, *Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro»*, em *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 138

18 V. G. CALVELLINI, *op. cit.*, p. 671 ss., *passim*.

trabalho dentro dos limites máximos estabelecidos por lei¹⁹, impede a imposição de qualquer filtro seletivo. Assim, este princípio não permite limitar a possibilidade do uso do contrato a tempo parcial aos casos em que este corresponda a um interesse efetivo do trabalhador (família, estudo, cuidados, etc.) difícil de individualizar *a priori*, nem preparar alguma forma de verificação das razões subjacentes à escolha do contrato.

No máximo, mesmo com base em indicações de fontes supranacionais, é possível incentivar a tempo parcial voluntário, ou seja, aquele determinado por necessidades consideradas justificadas e dignas de proteção.

A certeza e previsibilidade do horário de trabalho e a garantia do trabalhador da inalterabilidade unilateral do mesmo assumem pelo empregador um peso e importância muito diferente: por outro lado, como já referido, a utilidade do recurso ao tempo parcial depende sobretudo sobre isto: sobre a possibilidade de programar horários de tempo livre.

Nesse sentido, deve ser atribuída uma posição central à sentença histórica do Tribunal Constitucional de 11 de maio de 1992, n. 210²⁰ que, ao declarar fundada a questão da legitimidade constitucional do art. 5º, parágrafo segundo, da lei n. 863 de 1984, sancionou uma série de princípios de absoluta importância:

- «A previsão de que o contrato de trabalho a tempo parcial indique, além das tarefas, também a “distribuição do tempo, com referência ao dia, semana, mês e ano” não parece poder ser interpretada no sentido que o legislador considerou suficiente a indicação da duração da execução do trabalho com referência aos parâmetros de tempo especificados na norma (e menos ainda com referência a apenas alguns deles). A utilização do termo “distribuição” e a referência conjunta a todos os parâmetros temporais denotam claramente que o legislador não considerou suficiente que o contrato especificasse o número de horas de trabalho por dia (ou seja, o número de dias por semana, mês ou por ano, ou seja, o número de semanas por mês ou ano, ou seja, o número de meses por ano) em que o trabalho deve ser realizado, mas pretendia impor que, se as partes concordassem um horário de trabalho diário inferior ao normal, deve ser determinada a “distribuição” deste horário diário, ou seja, a colocação ao longo do dia; se as partes tiverem acordado que o trabalho ocorrerá em um número de dias da semana inferior ao normal, a “distribuição” desses dias durante a semana deve ser determinada com antecedência; se as partes acordaram que a execução do trabalho deve ocupar apenas algumas semanas ou alguns meses, deve ser determinado antecipadamente pelo contrato quais (e não apenas quantas) são as semanas e meses em que a prestação de trabalho deve ser realizada. Em última análise, o legislador

19 Cf. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 360.

20 em *Foro it.*, 1992, I, 3232, com comentário de A. ALAIMO, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, com comentário de P. ICHINO; em *Giur. it.* 1993, I, 1, p. 277 com comentário de M. BROLLO.

- excluiu, de facto, a admissibilidade de qualquer forma de contrato denominada à chamada ou à ordem (onde estas fórmulas se destinam a referir as relações em que o contrato individual permite ao empregador decidir unilateralmente quando utilizar o trabalhador);
- é inadmissível «um contrato de trabalho a tempo parcial em que seja reconhecido o poder do empregador de determinar ou alterar unilateralmente, a seu critério, a colocação temporal da prestação do trabalho». Tal possibilidade «Estaria, aliás, em contradição com as razões subjacentes à disciplina deste contrato. Como bem salientou a jurisprudência da Corte de Cassação, o contrato de trabalho a tempo parcial “difere do emprego em tempo integral pelo facto de, em função da redução quantitativa da prestação de trabalho (e, correlativamente, do salário), deixa ao trabalhador” um grande espaço para outras atividades possíveis, cuja programabilidade, pelo mesmo trabalhador, deve ser salvaguardada, mesmo com o objetivo óbvio de lhe permitir receber, com muitas relações a tempo parcial, uma remuneração que seja suficiente (artigo 36, n. 1, da Constituição) para alcançar uma existência livre e digna». E, com base nessas conclusões, a mesma jurisprudência fundamentou sua afirmação de que «a natureza necessariamente bilateral da vontade em relação a esta redução, bem como a colocação da prestação de trabalho num dado momento (considerado pelas partes como o mais correspondente aos seus interesses) significa que cada modificação do referido horário não pode ser implementada unilateralmente pelo empregador em virtude de seu poder de organizar a atividade empresarial, uma vez que é necessário o consentimento mútuo de ambas as partes» (Cass., seção de trabalho, 22 de março de 1990, n. 2382);
 - pelas mesmas razões é também necessário «excluir a admissibilidade de acordos que atribuam tal possibilidade ao empregador. Cláusulas desse tipo, de fato, impossibilitariam o trabalhador de planejar outras atividades com as quais integraria a renda obtida com o contrato de trabalho a tempo parcial. Esta possibilidade – como se observou – deve, pelo contrário, ser salvaguardada, pois por si só torna legítimo que o trabalhador receba um salário inferior ao suficiente para assegurar uma existência livre e digna para si e para a sua família. Certamente seria também prejudicial à liberdade do trabalhador se um contrato de trabalho subordinado pudesse sujeitá-lo a um poder de chamada exercível, não dentro de coordenadas temporais contratualmente predeterminadas ou objetivamente predeterminadas, mas *ad libitum*, com a supressão, portanto, de qualquer espaço de livre disponibilidade do tempo de vida, inclusive aquele não ocupado pelo trabalho».

4. (Segue) voluntariedade e programabilidade na fase genética da relação contratual

O legislador cumpriu esses requisitos na formulação tanto do art. 2, do decreto legislativo n. 61 de 2000 bem como do atual art. 5 do Decreto Legislativo de 15 de junho de 2015, n. 81 que, após prever que «O contrato de trabalho a tempo parcial é estipulado por escrito para fins da prova» (n. 1) impõe que «O contrato de trabalho a tempo parcial contém uma indicação precisa da duração do trabalho e do horário com referência ao dia, semana, mês e ano» (n. 2), mesmo quando a organização do trabalho esteja estruturada por turnos (n. 3)²¹. Em relação a esta última disposição, há quem entenda que a lei autoriza «o empregador a prever a inserção do trabalhador de tempos a tempos nos diversos turnos em função de necessidades organizacionais contingentes, tendo como único limite o cumprimento das as mais amplas “faixas horárias” afetadas pelo sistema de turnos», mas essa interpretação se presta a «suspeitos de ilegitimidade constitucional em relação à proteção rigorosa do trabalhador quanto à eventual interferência do empregador nos horários não ocupados pela atividade laboral conforme a decisão n. 210/1992 do Tribunal Constitucional»²².

21 De acordo com o art. 10, n. 1, na falta de comprovação da estipulação a tempo parcial do contrato de trabalho (que pode ser dada por confissão ou por remissão de juramento à contraparte), o trabalhador pode requerer a existência de um contrato de trabalho por tempo integral (sem prejuízo do direito a salários e contribuições anteriores). A mesma consequência está igualmente prevista em caso de não determinação da duração da prestação (n. 2). Para os aspetos previdenciários e especificamente para aplicação do regime ordinário da contribuição v. Cass. civ. Sez. Un. 5 de julho de 2004, n.12269, em *Dir. relaz. ind.*, 2005, p. 185; recentemente Cass. civ. de 10 agosto de 2020, n. 16864, em *Diritto & Giustizia*, 2020, 11 agosto, e a jurisprudência aí referida; App. Firenze sez. lav., 3 de novembro de 2021, n. 658, em *Dejure*. Cass. 14 maio 2019, n. 12777, em *Giust. civ. mass.* 2019 considerou legítima a dispensa do trabalhador que, sem acionar o procedimento nos termos do art. 8, § 2, do decreto legislativo n. 61 de 2000, recusou-se repetidamente a cumprir o serviço nos dias indicados no acordo, embora observado pacificamente por sete meses). Quando não houver indicação do horário, as modalidades temporais para a realização do serviço serão determinadas pelo juiz, levando em consideração as responsabilidades familiares do trabalhador e sua necessidade de complementação de renda, bem como as necessidades do empregador. Para o período anterior à decisão, o trabalhador tem, em ambos os casos, direito, além da remuneração devida pelos serviços efetivamente prestados, a um montante adicional a título de indemnização por danos. V. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 672 ss.. De acordo com o art. 1, parágrafo 1, let. o) do decreto legislativo de 26 de maio de 1997, n. 152, conforme alterado pelo chamado “decreto de transparência” (d.l. 27 de junho de 2022, n. 104) o empregador público e privado é obrigado a comunicar ao trabalhador «o horário normal de trabalho e quaisquer condições relativas às horas extras e a sua remuneração, bem como quaisquer condições de mudança de turno, se o contrato de trabalho prever uma organização total ou largamente previsível do horário de trabalho».

22 S. BELLOMO, *Il contratto di lavoro a tempo parziale ed il lavoro ripartito dopo le modifiche e le abrogazioni operate dal d.lgs. 15/06/2015, n. 81*, em G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Tomo primo, Utet, Torino, 2020, pp. 653-654.

De acordo com a jurisprudência «é legítima a proposta contratual do empregador que, desde o início, prevê uma relação de trabalho a tempo parcial com um cronograma de trabalho em turnos precisos e predeterminados, de modo a permitir que o empregado saiba exatamente o horário do seu compromisso de trabalho, dentro de coordenadas de tempo contratualmente definidas e objetivamente predeterminadas»²³, o que também ocorre quando os turnos (neste caso nos domingos) são previamente comunicados através de um calendário divulgado no início do ano²⁴.

Prestações “imprevisíveis”, adicionais ou diferentes das contratualmente previstas, podem ser solicitadas pelo empregador em dois casos: como horas extras ou como resultado de uma “cláusula elástica”.

De acordo com o art. 6 do decreto legislativo m. 81 de 2015, o empregador tem o direito de solicitar «a execução de serviços adicionais, ou seja, aqueles executados após o horário acordado»:

- em conformidade com as disposições das convenções coletivas, às quais o legislador atribui uma espécie de delegação em branco. Obviamente, a legitimidade das disposições que concedem ao empregador margens tão amplas de discricionariedade que prejudicam o direito do empregado de realizar um segundo emprego ou de se dedicar a outras atividades para as quais ele aceitou o trabalho em tempo parcial, ainda precisa ser avaliada;

- na falta de regulamentação da negociação coletiva, o empregador pode, em qualquer caso, «pedir ao trabalhador a prestação de horas extras até ao limite de 25 por cento das horas de trabalho semanais acordadas». O trabalho adicional é pago com um acréscimo de 15 por cento, mas o trabalhador não pode recusar a realização do trabalho adicional, salvo «necessidades comprovadas de trabalho, saúde, família ou formação profissional». O ónus da prova destas comprovadas necessidades recai obviamente sobre o trabalhador e a recusa injustificada pode constituir conduta disciplinarmente relevante.

O artigo 6, n. 4, do decreto legislativo m. 81 de 2015 dispõe que as partes «podem acordar, por escrito, cláusulas elásticas relativas à variação da colocação temporal da prestação de trabalho ou relativas ao aumento da sua duração», de acordo com as disposições dos acordos coletivos (de qualquer nível). O trabalhador tem direito a um aviso prévio de dois dias (mas a disposição é revogável por acordo individual) e a uma indemnização específica.

A cláusula elástica também pode ser incluída no contrato inclusive na ausência da disciplina do acordo coletivo, desde que estipulada por escrito perante as

23 Cass. 25 de julho de 2014 n. 17009, em *Giust. civ. mass.*, 2014.

24 V. Trib. Milão seç. trab., 31 de março de 2021, em *Ilgiuslavorista.it* 26 agosto 2021, com comentário de S. APA, segundo o qual «as trabalhadoras estavam cientes de que certamente trabalhariam às sextas e sábados e, limitado a algumas ocasiões previamente comunicadas no início do ano, aos sábados e domingos. Portanto, não se pode discernir nenhuma incerteza no que diz respeito à identificação específica do horário de trabalho».

comissões de certificação (artigo 6, parágrafo 6). Essa indicação é certamente apropriada, pois essas comissões são adequadas para permitir a verificação da vontade efetiva do trabalhador. O acordo deve especificar «sob pena de nulidade, as condições e modalidades pelas quais o empregador, com aviso prévio de dois dias, pode alterar a colocação temporal da prestação e aumentar a sua duração, bem como a extensão máxima do aumento, que não pode exceder o limite de 25 por cento do trabalho anual normal a tempo parcial». Para as horas extras ou para as trabalhadas fora do horário acordado, é concedido ao trabalhador um aumento de 15 por cento do salário.

Não há mais o direito de “retratação”, salvo na presença de condições específicas e obrigatórias: o trabalhador que sofra de doenças oncológicas ou doenças crônico-degenerativas graves, ou que assista um familiar afetado pelas doenças mencionadas ou uma pessoa com deficiência que necessite de assistência contínua, pais com filho em coabitação não maior de treze anos ou incapaz (artigo 8, n. 3-5, Decreto Legislativo n. 81/2015), trabalhadores estudantes (artigo 10, n. 1, Lei 20 de maio de 1970, n. 300).

5. (Segue) voluntariedade e programabilidade na fase executiva da relação contratual. Mudanças de horário e transformação de part-time para full-time e vice-versa

Para além das hipóteses referidas no item anterior (horas extras e cláusula elástica), qualquer alteração do horário de trabalho (em termos de quantidade ou de colocação) requer o acordo das partes, não constituindo a eventual recusa do trabalhador um justificado motivo de despedimento (artigo 8, n. 8)²⁵.

Ao contrário do que acontece no caso de uma relação de trabalho por tempo integral, em que pode ser configurado o direito do empregador de decidir o horário de trabalho como expressão do poder de organização da atividade, que só pode ser limitado mediante acordos específicos entre as partes²⁶, nos contratos a tempo parcial «a distribuição do tempo de trabalho, com referência ao dia, semana, mês e ano, integra o núcleo do contrato»²⁷ e a programabilidade do tempo livre, eventualmente em função da realização de outra atividade de

25 Sobre a ilegitimidade, nos termos do artigo 5 do Decreto Legislativo n. 61 de 2000, da demissão de um funcionário por recusar a transformação unilateral da relação de trabalho em tempo parcial em uma relação de tempo integral, na implementação de um acordo coletivo da empresa que previa a redistribuição de pessoal com a consequente reorganização do horário de trabalho, ver. Cass. 26 de abril de 2018, n. 10142, em *Foro it.*, 2018, 6, I, p. 2017.

26 V. Cass. 3 de novembro de 2021, n. 31349, em *Giust. civ. mass.*, 2021; em relação aos turnos Cass. 6 de dezembro de 2019, n. 31957, em *Dejure*.

27 Nesses termos, embora com referência à disciplina da Lei n. 863/1984, ver Cass. 24 de junho de 2020, n. 12502, em *Dejure*.

trabalho, assume um caráter essencial²⁸. O horário de trabalho, portanto, não é suscetível a mudanças unilaterais, que alterariam o equilíbrio contratual e afetariam a vida pessoal do trabalhador²⁹.

Uma decisão recente chegou a reconhecer a configurabilidade do crime de intermediação ilícita e exploração do trabalho (artigo 603-*bis* do Código Penal italiano) em um caso em que trabalhadores, obrigados a aceitar as condições impostas pela necessidade de manter o emprego, trabalharam um número de horas superior ao previsto na negociação coletiva e, com a modificação unilateral do contrato de trabalho, passando de um contrato de subordinação “a tempo integral” para um contrato de trabalho “a tempo parcial”, continuaram a trabalhar durante número de horas correspondente ao contrato a tempo inteiro, recebendo o salário previsto para os contratos a tempo parcial³⁰.

O acordo também é necessário para a transformação da relação de tempo integral para tempo parcial ou vice-versa, pois não é possível configurar, além das hipóteses prevista pela lei³¹, nenhum direito do trabalhador a esse respeito (e muito menos uma obrigação)³². A lei, a esse respeito, limita-se a prescrever

28 Trib. Milão seç. trab., 7 de novembro de 2018, n. 2787, em *Ilgiuslavorista.it*, 3 de dezembro de 2018, com comentário de S. APA.

29 V. Trib. Milão seç. trab., 31 de março de 2021, cit.; App. Roma seç. trab., 27 de setembro de 2018, n. 3312, in *Dejure*.

30 Cass. pen. seç. IV 10 de março de 2022, n. 24388, em *Guida dir.*, 2022, n. 31-32.

31 Trabalhadores que sofrem de patologias oncológicas ou de doenças crônicas degenerativas graves, para os quais permanece uma capacidade de trabalho reduzida (Art. 8, parágrafo 3, Decreto Legislativo n. 81/2015). Se as patologias acima mencionadas afetarem o cônjuge, os filhos ou os pais do empregado, ou se o empregado cuidar de uma pessoa coabitante com incapacidade grave total e permanente para o trabalho, ou que necessite de assistência contínua por ser incapaz de realizar as atividades de vida diária, ou que tenha um filho coabitante de até treze anos de idade ou que seja incapaz, a lei dá ao empregado prioridade na conversão do contrato de trabalho de tempo integral para tempo parcial (Artigo 8, parágrafos 4 e 5). Em caso de retratação, o empregado tem o direito de precedência na contratação com contrato a tempo integral para desempenhar as mesmas funções ou funções do mesmo nível e categoria legal (parágrafo 6). O direito de transformar o emprego de tempo integral em emprego a tempo parcial, embora com uma redução nas horas de trabalho de no máximo 50 por cento, é concedido, por uma única vez, em lugar da licença parental, de acordo com o Capítulo V do Decreto Legislativo n. 151 de 26 de março de 2001 (parágrafo 7). A licença parental também pode ser tirada por hora (Artigo 32, parágrafos 1-*bis* e 1-*ter* do Decreto Legislativo n. 151/2001), que é uma opção economicamente mais vantajosa. Em arg. ver. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 667 e seqs.

32 A lei limita-se a prever que, em caso de contratação a tempo parcial, o empregador é obrigado a informar prontamente os trabalhadores já contratados a tempo integral nas unidades produtivas situadas no mesmo município e a considerar os pedidos de transformação em tempo parcial dos contratos de empregados a tempo integral. O fato é que, como mencionado, o trabalho a tempo parcial não é apreciado pelas empresas afetando negativamente a produtividade da empresa – pode “causar ineficiências de coordenação e comunicação dentro das empresas; ou uma redução da produtividade individual do trabalhador devido ao que na literatura se denomina “*start-up costs*”” – e acarreta custos mais altos, especialmente custos fixos «ou seja, aqueles não ligados ao número de horas trabalhadas mas ao número

que no primeiro caso (transformação de tempo integral para tempo parcial) o contrato deve resultar de forma escrita enquanto nada está previsto para o segundo (transformação de tempo parcial a tempo inteiro).

No que diz respeito à transformação de tempo integral para tempo parcial, portanto, a jurisprudência, partindo do pressuposto de que “a modalidade horária” configura «um elemento qualificador da prestação prevista pelo contrato por tempo parcial», entende que «a variação, para mais ou para menos, do número de horas acordado constitui uma novação objetiva do acordo inicialmente estabelecido, que exige uma manifestação renovada de vontade e, portanto, não pode ser deduzida por *facta concludentia* da conduta subsequente das partes, de acordo com o Artigo 1362 do Código Civil»³³.

Outra abordagem específica que a diminuição do horário de trabalho pode, embora não possa ser imposta e exija acordo, pode ser inferida do comportamento das partes e acrescenta que, tal como o princípio da efetividade, onde o trabalhador não contesta a variação mas solicita as diferenças de salário em uma data posterior, mesmo depois vários anos, a reivindicação deve ser indeferida, uma vez que o salário é devido somente se o trabalho for realizado, a menos que o empregador esteja numa situação de *mora credendi*³⁴.

Por outro lado, reconhece-se pacificamente que a transformação de tempo parcial para tempo integral (que também exige o acordo e, portanto, não pode ser exigida ou imposta) também pode ocorrer para fatos concludentes, mediante a execução repetida e prolongada de outras prestações, também decorrentes de folhas de vencimento: «a observância de um horário de trabalho igual ao previsto para a tempo integral é suscetível de implicar, apesar das diferentes vontades iniciais das partes, a transformação automática da relação a tempo parcial em outra a tempo integral, não sendo necessário, para isso, o cumprimento de qualquer requisito formal»³⁵.

A decisão, uma vez tomada, não é reversível (salvo a hipótese expressamente prevista no art. 8, parágrafo 3, Decreto Legislativo n. 81/2015): «O empregado por tempo parcial não tem direito ao restabelecimento do horário origina

de trabalhadores (por exemplo, custos de recrutamento e formação)» mas também à gestão administrativa (folhas de pagamento, comunicações obrigatórias, etc.) (V. F. DEVICIENTI, E. GRINZA, D. VANNONI, *Perché le aziende non amano il part-time*, em *lavoce.info*, 30 de abril de 2019, www.lavoce.info/archives/58841/perche-le-aziende-non-amano-il-part-time/ e os estudos aí referidos).

33 Cfr. Cass. 19 de janeiro de 2018, n. 1375, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 897; Cass. 11 de dezembro de 2014, n. 26109, em *Dejure* (em relação uns aos outros regidos por l. 863/1984, que exigia a forma escrita sob pena de nulidade); Cass. civ. seç. VI, 6 de dezembro de 2016, n. 25006, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

34 V. Cass. 29 de maio de 2019, n. 14684; Cass. 19 de janeiro de 2018, n. 1375, cit..

35 Assim Cass. 25 de julho de 2019, n. 20209, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Trib. Torino seç. trab., 24 de agosto de 2020, n. 703, in *Dejure*. Ver S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 668, e as decisões aí referidas na nota 60 (Cass. ord. 4 de dezembro de 2018, n. 31342; Cass. 30 de maio de 2011, n. 11905; Cass. 13 de outubro de 2010, n. 21160).

a tempo integral, uma vez que a variação, para mais ou para menos, durante a relação de trabalho, do número de horas inicialmente acordado entre as partes constitui uma novação objetiva do contrato existente, que exige uma nova manifestação de vontade»³⁶.

36 App. Roma, 18 de dezembro de 2019, n. 3873, in *Dejure*.

Contrato de trabalho intermitente

Maurizio Falsone

SUMARIO: 1. A complicada evolução da disciplina. – 2. A classificação dos contratos. – 3. Os requisitos de legitimidade. – 4. (*Segue*) Limites e proibições de uso. – 5. A disciplina da relação de trabalho intermitente.

1. A complicada evolução da disciplina

O contrato de trabalho intermitente foi regulamentado pela primeira vez na Itália em 2003 com o decreto legislativo n. 276, implementando a chamada lei Biagi (n. 30/2003). Este decreto, entre outras coisas, regulamentou uma série de contratos de trabalho chamados atípicos: entre aqueles com «horários reduzidos, modulados ou flexíveis» (Título V), o primeiro a ser regulamentado foi exatamente o contrato de trabalho intermitente, também comumente chamado de contrato de plantão e, em inglês, *job on call*.

A disciplina tem sido objeto de inúmeras reformas. Alguns de impacto apenas formal ou de esclarecimento¹, outros de impacto significativo, tanto em termos substanciais quanto politicamente. As numerosas reformas que ocorreram foram bem diferentes, em linha com a alternância de maiorias parlamentares que caracterizou a política italiana nas duas décadas depois de 2000. Assim, as maiorias de centro-esquerda chegaram a abolir quase completamente este tipo de contrato², enquanto as maiorias de centro-direita, em poucos meses, o “ressuscitaram”³. Por fim, a disciplina do trabalho intermitente foi rigorosamente reformada pelo art. 1 n. 21 da Lei 92/2012 (chamada Lei Fornero) e depois transposta, com algumas alterações, para o novo texto legislativo de referência para as formas atípicas de trabalho, ou seja, o Decreto Legislativo 81/2015, que dá execução à lei n. 81/2014, conhecida como *Jobs act*.

Como ser deduzido das inúmeras intervenções realizadas, trata-se de um tipo de contrato que é objeto de um importante debate político e científico. Pelo muito significativo grau de flexibilidade que caracteriza a relação de trabalho,

1 Veja, por exemplo, as alterações feitas pelo art. 10 do Decreto Legislativo 251/2004 ou pelo art. 1-*bis* d. l. 25/2005.

2 Que estava reservado apenas para o setor de turismo e entretenimento (ver o artigo 1, parágrafos 45-47 da Lei 247/2007 (a chamada lei sobre o *welfare*).

3 Veja o art. 39, parágrafo 11, do decreto legislativo 112/2008 convertido em lei n. 133/2008.

como veremos em detalhe, alguns o consideraram o emblema do contraste entre a proteção do indivíduo e as necessidades de flexibilidade organizacional da empresa⁴, outros um instrumento a ser valorizado, pelo menos em determinadas áreas e com devida cautela⁵.

2. A classificação dos contratos

Antes de analisar a disciplina em vigor (com algumas referências às evoluções mais significativas) relativa ao desenvolvimento do contrato, é oportuno enquadrar o trabalho intermitente e identificar a qualificação do tipo de contrato. Esta não é uma operação fácil ou óbvia, uma vez que o contrato de trabalho intermitente tem um grau de flexibilidade organizacional que torna a natureza da relação evanescente, a ponto de pôr em causa a própria existência de uma relação contratual⁶.

A própria definição de contrato de trabalho intermitente não é, na verdade, clara. O legislador afirma que «o contrato de trabalho intermitente é o contrato (...) pelo qual um trabalhador se coloca à disposição de um empregador que pode utilizar a prestação de forma descontínua ou intermitente (...)» (art. 13 d.l.gs n. 81/2015). No entanto, esta definição só pode abranger todo o fenómeno regulado pelo legislador se interpretada de forma muito flexível.

Com efeito, o legislador prevê o pagamento de “subsídio de disponibilidade” apenas no caso de o trabalhador garantir a aceitação de pedidos de prestações descontínuas/intermitentes (art. 13, parágrafo 4 e art. 6). A partir da análise geral da disciplina (ver também o art. 15 parágrafo 1 lett. *b*) e *c*) sobre o qual falaremos mais adiante), portanto, deduziu-se que o trabalho intermitente pode implicar a obrigação de aceitar a solicitação de serviço ou a liberdade de aceitar a solicitação (geralmente se fala de trabalho intermitente com obrigação ou sem obrigação de “responder”). Assim, o objeto da relação de trabalho intermitente, ou seja, o “colocar-se à disposição” mencionado na definição do legislador, deve ser entendido, além do compromisso de prestar o serviço solicitado, como

4 P. ALBI, *Lavoro intermittente*, em F. CARINCI (dirigido por), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series, n. 48, 2015, p. 139 ss., onde se referências à extensa literatura crítica.

5 M. CERBONE, *Il lavoro intermittente dopo il jobs act: persistono le anomalie*, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 4, 2019, espec. p. 833 onde se faz referência à hipótese de utilização do contrato de trabalho intermitente em escritórios de advocacia, não apenas no que se refere às atividades administrativas e de secretariado, mas mesmo no que se refere às atividades de conteúdo profissional para as quais seja necessária inscrição no registro ou ordem de advogados (atividade que, no entanto, não pode ser desempenhada *de jure condito* de forma subordinada).

6 Falou-se mesmo de um “contrato sem contrato” (ver L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?* em *Argomenti di diritto del lavoro*, 1, 2004, p. 885, R. ROMEL, *op. cit.*, p. 703).

um *compromisso de aceitar* pedidos de serviços ou, ao menos, como *um compromisso de avaliar* tais solicitações.

Isso levou alguns a afirmarem que a disciplina diz respeito a dois tipos diferentes de relação: alguns acreditam que o caso ordinário/principal é o do contrato de trabalho intermitente com obrigação de resposta⁷, porque é a relação que tem efeitos vinculativos claros como convém às relações contratuais normais, outros acreditam que o caso principal seja aquele sem obrigação de resposta⁸, pois a disciplina do Decreto Legislativo 81/2015 parece tratar da obrigação de responder com cláusula eventual/opcional do contrato de trabalho intermitente.

Independentemente disso, deve-se destacar que o trabalho intermitente com obrigação de resposta foi reconduzido pela maioria ao patamar do trabalho subordinado, no pressuposto, agora aceito, de que o vínculo de subordinação nos termos do art. 2094 cod. civ. não consiste apenas na obrigação de prestar trabalho, mas também na obrigação de se colocar à disposição do empregador⁹. Por outro lado, o trabalho intermitente sem obrigação de resposta trouxe problemas de qualificação mais graves, pois é difícil identificar efeitos vinculantes como os que normalmente caracterizam os contratos de trabalho. Os esforços no sentido de dar consistência jurídica à relação deram origem a várias hipóteses reconstrutivas: alguns enquadraram este tipo de trabalho intermitente na categoria de contratos de trabalho autônomo que envolvem trabalho ocasional não vinculativo¹⁰, mas foi justamente contestado que cada prestação aceita pelo empregado deve ser desempenhada de acordo com os padrões do emprego subordinado; outros enquadraram esse tipo de contrato na categoria do contrato normativo, com o qual as partes se comprometem a dar um conteúdo específico a quaisquer acordos contratuais posteriores¹¹; outros ainda levantaram a hipótese de que em ambos os casos existe um vínculo de disponibilidade, mas de intensidade diferente: no caso de trabalho intermitente com obrigação

-
- 7 R. ROMEI, *Il contratto di lavoro intermittente*, em G. SANTORO PASSARELLI (org.), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Turim, 2020, I tomo, p. 684.
- 8 M. G. MATTAROLO, *Tipologie di lavoro a orario ridotto, modulato o flessibile*, em M. BROLO, M.G. MATTAROLO, S. MENGHINI (org.), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, em F. CARINCI (dirigido por), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milão, 2004, 6 e 46.
- 9 V. PINTO, *Commento all'art. 13 d.lgs. 81/2015*, em R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (editado por), *Codice commentato del lavoro* Wolters Kluwer, Milão, 2019, p. 2753.
- 10 F. LUNARDON, *Il lavoro intermittente*, em L. FIORILLO, A. PERULLI (org.), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Turim, 2016, p. 79, L. BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata, occasionale, e job sharing*, em *Guida al lavoro*, 2003, p. 34. O esquema também foi utilizado para qualificar o trabalho dos *gig workers* das plataformas digitais.
- 11 R. VOZA, *Il lavoro intermittente*, em F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, em C. CESTER (org.), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione, svolgimento*, Giappichelli, Turim, 2007, p. 1415; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, CEDAM, Pádua, 2004, p. 60; P. E. MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro.*, 2007, I, p. 196.

de resposta, qualquer recusa de resposta só é permitida se houver justificativas específicas, enquanto no caso de trabalho intermitente sem obrigação de resposta, qualquer recusa é permitida de acordo com os princípios de boa-fé contratual¹². Quanto ao resto, a doutrina tem tentado justaposições com outros tipos de contratos, como o de fornecimento de mão de obra¹³, ou o contrato de trabalho a tempo parcial (*part-time*). No entanto, os esforços de justaposição não tiveram muita sorte; portanto, alguns preferem afirmar que o contrato de trabalho intermitente é um tipo contratual separado, que não pode ser classificado em outros esquemas contratuais¹⁴.

3. Os requisitos de legitimidade

A radical flexibilização que caracteriza a relação de trabalho intermitente levou o legislador a identificar dois requisitos alternativos na presença dos quais é possível celebrar esse tipo de contrato¹⁵.

Um primeiro requisito refere-se à esfera do empregador (a chamada hipótese objetiva) e serve para limitar o uso desse contrato dentro dos limites de determinados exigências organizacionais que se presume serem efetivamente caracterizadas pela intermitência/descontinuidade e que, portanto, podem ser objetivamente mais bem atendidas por um contrato que permita serviços intermitentes/descontínuos. O segundo requisito, por sua vez, refere-se à esfera do trabalhador (a chamada hipótese subjetiva) e serve para autorizar a celebração desse tipo de contrato com pessoas que se encontram em posição fraca no mercado, especialmente por motivos de idade.

No que respeita ao primeiro requisito, em particular, prevê-se que o empregador pode utilizar a prestação de forma descontínua/intermitente «de acordo com as necessidades identificadas pelas convenções coletivas, também no que se refere à possibilidade de prestar os serviços em períodos predeterminados durante a semana, mês ou ano» (artigo 13, parágrafo 1, do Decreto Legislativo n. 81/2015). Assim, o legislador atribuiu aos sindicatos a função de identificar as necessidades organizativas dos empregadores que justifiquem a utilização deste tipo de contrato, indicando, apenas a título de exemplo, a possibilidade

12 L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 890.

13 V. PINTO, R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro dal libro Bianco al Disegno di L. delega*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2002, I, p. 483

14 R. ROMEI, *op. cit.*, p. 686. Uma reconstrução recente do tipo contratual pode ser lida em App. Roma, 29 de setembro de 2021, n. 3306 em *OneLegal*.

15 A alternância dos requisitos é expressamente enfatizada pelo Tribunal de Ravenna, 6 de setembro de 2017, n. 279 em *De Jure*.

de identificar necessidades que tornem adequada a realização da prestação em determinadas partes da semana, mês ou ano¹⁶.

De acordo com o art. 51 do mesmo Decreto Legislativo 81/2015, a referência a acordos coletivos deve ser entendida no sentido de «acordos coletivos nacionais, territoriais ou empresariais celebrados por associações sindicais que sejam comparativamente mais representativas em nível nacional e acordos coletivos empresariais celebrados pelos representantes sindicais da empresa ou pela representação sindical unitária». Antes mesmo do *Jobs act* eram os acordos coletivos de qualquer nível que estavam autorizados a identificar as necessidades das empresas; no entanto, a representatividade que autorizava os parceiros sociais a intervir na questão do trabalho intermitente era medida apenas no âmbito territorial, enquanto agora a representatividade das organizações sindicais (ou dos seus representantes sindicais unitários (RSA)) deve ser avaliada apenas à escala nacional.

Não são muitos os acordos coletivos que identificaram as necessidades que autorizam o uso do tipo contratual. Alguns exemplos podem ser úteis para compreender como os parceiros sociais interpretam o reenvio da lei. O Contrato Coletivo Nacional para estudos profissionais estipulado em 17 de abril de 2015, por exemplo, prevê que o contrato de trabalho intermitente pode ser utilizado «para períodos com determinada intensidade de trabalho, como, a título de exemplo, as seguintes atividades laborais: - Declarações anuais em na área profissional econômico-administrativa e nas demais atividades profissionais; - Arquivamento de documentos para todas as áreas profissionais; - Informatização do sistema ou documentos para todas as áreas profissionais». O Contrato Coletivo Nacional do Turismo, Agências de Viagens e Estabelecimentos Públicos de 23 de maio de 2017 (assinado pelo CISAL) no art. 84 estabelece que a empresa pode utilizar o contrato de trabalho intermitente, «a) para o desempenho de tarefas de natureza descontínua ou intermitente e para a intensificação temporária do trabalho, tais como: serviços de porteiros, guardas, atendimento e recepção; mensageiros, entrega de mercadorias, inclusive utilizando meios de transporte; serviços antifurto; trabalhadores de *call center*; promotores e trabalhadores de *merchandising*; atividades como garçom, cozinheiro, pizzaiolo, padeiro, confeitiro, sorveteiro ou atendente de loja; atividades de animação e entretenimento; atividades de natureza sazonal em geral; atividades de natureza descontínua; atividades de preparação, manutenção e limpeza extraordinária necessárias para a abertura de instalações sujeitas a sazonalidade (nos 3 meses anteriores a essas aberturas); atividades no final da temporada,

16 No passado, a disciplina parecia distinguir o caso das necessidades identificadas pela negociação coletiva do caso da predeterminação dos períodos da semana, mês ou ano para a realização do serviço, que parecia a alguns confiado à negociação individual (M. MARAZZA, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, 4, I, p. 681 ss.).

para proteger e abrigar (nos 2 meses seguintes ao fechamento sazonal); b) para trabalho a ser realizado nos finais de semana, nos períodos de férias (Páscoa, verão, Natal) (...), ou em quaisquer outros períodos posteriormente identificados pela negociação de segundo nível entre as partes da empresa».

Devem ser destacados os casos de negociação coletiva, que desaprovam expressamente a utilização do contrato de trabalho intermitente. O Contrato Coletivo Nacional do BBC de 9 de janeiro de 2021, no art. 31-ter sobre as políticas ativas de emprego, estabelece que «durante o período de vigência do presente contrato, as Empresas não utilizarão as seguintes tipologias contratuais: aprendizagem para o cumprimento do direito-dever de educação e formação, contrato de fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado, intermitente e compartilhado»; o Contrato Coletivo Nacional de transporte-logística de 26 de maio de 2014, na Introdução ao Capítulo III sobre o mercado de trabalho, afirma que «no que diz respeito ao trabalho intermitente e ao fornecimento de mão de obra, dada a novidade das ferramentas e dada a situação económica do setor, as partes concordam em não aplicá-los ao setor».

A este respeito, surgiu um contraste interpretativo quanto ao direito dos parceiros sociais de proibir a utilização do contrato de trabalho intermitente. Por um lado, poder-se-ia invocar a regra geral segundo a qual no sistema italiano a negociação coletiva tem o poder de derrogar a lei num sentido favorável aos trabalhadores e que a opção de excluir o uso de contratos de trabalho intermitentes deve ser entendida como medida para promover o recrutamento de trabalhadores por meio de contratos de trabalho mais protetores e seguros para eles¹⁷. Por outro lado, porém, pode-se argumentar que, neste caso específico, o legislador limitou expressamente a delegação (e a competência) da negociação coletiva, confiando aos parceiros sociais apenas a tarefa de identificar os requisitos organizacionais que permitem o uso do instrumento contratual, mas não a tarefa de proibir ou legitimar seu uso, tarefa que o legislador já teria desempenhado no sentido de introduzir imperativamente este tipo de contrato no mercado de trabalho¹⁸.

A esse respeito, a Corte de Cassação afirmou recentemente que a cláusula do acordo coletivo que, ao invés de identificar as necessidades organizacionais dos empregadores, se limita a excluir o uso do contrato não afeta a legitimidade da celebração do contrato de trabalho intermitente entre as partes individuais, pois a lei é clara em vários lugares no sentido de não atribuir tal poder de veto à negociação coletiva¹⁹.

17 G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, em *Lavoro e diritto*, 2015, p. 491.

18 Ver R. ROMEI, *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, em *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2020, p. 609.

19 Cass. 13 de novembro de 2019, n. 29423, em *De Jure*. Veja G. PIGLIALARMÌ, *L'Ispektorato nazionale del lavoro chiarisce il ruolo della contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro a chiamata*, em

Com efeito, e chegamos a outro perfil da disciplina do contrato, é significativo que a lei preveja que «na ausência de convenção coletiva, os casos de utilização de trabalho intermitente são identificados por portaria do Ministro do Trabalho e Políticas sociais». De fato, a intenção do legislador parece ser evitar que a inércia da negociação coletiva dificulte o uso do instrumento contratual; contudo, deve-se notar que o dispositivo, a rigor, refere-se apenas ao caso em que a negociação coletiva permanece omissa, e não ao caso em que expressa explicitamente a vontade de proibir o uso do trabalho intermitente.

Seja qual for o caso, é preciso primeiro destacar que enquanto a negociação coletiva é chamada para identificar as “necessidades” que autorizam a estipulação de contratos de trabalho intermitentes, a portaria é chamada para identificar “casos de uso”. Teria sido melhor referir-se ao mesmo tipo de exigência, ainda que, na prática e também à luz de como a negociação coletiva está interpretando o reenvio da lei, a diferença é sutil e insignificante.

Em segundo lugar, refira-se que, enquanto na regulamentação anterior ao *Jobs act* (art. 40 do decreto legislativo n. 276/2003) a intervenção suplementar do decreto ministerial era prevista apenas no caso de inércia do acordo coletivo nacional, hoje o decreto ministerial também é chamado para compensar a inércia dos acordos coletivos territoriais ou empresariais, possivelmente aplicados na empresa. Isso significa que, atualmente, o decreto ministerial é chamado para preencher a lacuna, mesmo nos casos não raros em que o empregador não aplica acordos coletivos nacionais na empresa. No entanto, um possível problema operacional deve ser apontado no caso de um empregador aplicar vários acordos coletivos de diferentes níveis que identificam diferentes necessidades que justificam a celebração do contratos de trabalho intermitentes: no sistema sindical italiano, de fato, não há uma hierarquia clara das fontes contratuais coletivas: de acordo com a orientação jurisprudencial predominante, deve ser identificada de tempos em tempos e considerando a dinâmica global das relações intersindicais qual seria a real vontade das partes quanto à prevalência de um acordo coletivo sobre outro²⁰.

Apesar da importância central agora atribuída ao decreto ministerial, o ministério competente ainda não deu seguimento ao reenvio legal do decreto legislativo 81/2015. Por força de uma disposição transitória deste último decreto – segundo a qual «até à publicação dos decretos a que se refere o disposto no presente decreto legislativo, aplicam-se os regulamentos em vigor» (art. 55, parágrafo 3, d.lgs. n. 81/2015) – é possível, no entanto, fazer referência ao decreto ministerial emitido em atuação ao reenvio legal da versão anterior do decreto

Diritto delle relazioni industriali, 2, 2021, p. 555.

20 Permite-se a referência a M. FALSONE, *La ricerca della volontà delle parti in caso di conflitto fra contratti collettivi di diverso livello: un approccio da approfondire o un cul-de-sac?*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2, 2016, p. 446.

legislativo 276/2003 (art. 40)²¹. Este decreto ministerial foi publicado em 23 de outubro de 2004 e, em vez de identificar os casos de utilização do contrato de trabalho intermitente, refere-se apenas a um antigo decreto régio (n. 2657/1923) que, para outros fins, enumera as profissões que exigem trabalho descontínuo ou simples de espera ou de custódia: portanto, não individua as necessidades ou casos organizacionais, mas perfis profissionais. Portanto, atualmente são as respostas às perguntas dirigidas ao Ministério do Trabalho que orientam intérpretes e operadores em casos duvidosos, e na ausência de intervenção de negociação coletiva²². No entanto, deve-se ressaltar que as respostas do Ministério a essas questões não vinculam os juízes, que poderiam, portanto, chegar a conclusões diferentes sobre a legitimidade da celebração do contrato.

Chegamos agora ao segundo requisito alternativo que legitima a estipulação do contrato de trabalho intermitente. O legislador prevê que o contrato pode ser estipulado com trabalhadores com menos de 24 anos (desde que as prestações terminem aos 25 anos) ou com mais de 55 anos (independentemente de beneficiarem ou não da aposentadoria²³). Ou seja, devem ser trabalhadores jovens que também possam beneficiar de atividades descontínuas, numa fase inicial da sua vida profissional, ou trabalhadores mais idosos que tenham dificuldades de recolocação no mercado de trabalho e/ou que estejam a preparar-se para terminar a sua carreira profissional.

O problema levantado por este requisito subjetivo está relacionado à possível discriminação por idade que pode sofrer um jovem trabalhador intermitente que, ao completar 26 anos de idade, recebe um aviso de rescisão do contrato de trabalho intermitente por ter atingido o limite legal de idade. A questão tem sido objeto de uma disputa interpretativa porque a discriminação com base na idade é proibida no sistema jurídico da União Europeia (v. art. 1 e 2 dir. 2000/78/CE), mesmo que algumas diferenças de tratamento sejam justificadas (v. art. 6 dir. 2000/78/CE). Pois bem, inicialmente alguns juízes consideraram o requisito de idade incompatível com a legislação europeia e, portanto, julgaram ilegítimo o despedimento do jovem trabalhador intermitente²⁴. No entanto, a Corte de Cassação considerou a questão duvidosa e deixou à Corte de Justiça da União Europeia avaliar a coerência da legislação nacional com a europeia²⁵. Por fim, Corte de Justiça resolveu a questão, declarando que o tratamento desigual objetivo com base na idade perpetrado pela legislação italiana é compatível com o direito da União Europeia, pois persegue «um objetivo legítimo da

21 Mas ver R. ROMEL, *Il lavoro intermittente*, cit., p. 693.

22 Veja uma lista de casos admitidos pelo ministério relatados por M. CERBONE, *op. cit.*, p. 821.

23 Ver Circular do Ministério do Trabalho n. 20 de 1 de agosto de 2012.

24 App. Milão 15 de abril de 2014, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, II, p. 534 com comentário de L. CALAFÀ.

25 Cass. 29 de fevereiro de 2016, n. 3982, em *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2016, p. 1111 com comentário de E. GRAGNOLI.

política de emprego e do mercado de trabalho por meios que são «adequados e necessários»²⁶.

4. (*Segue*) Limites e proibições de uso

Com relação ao direito de celebrar um contrato de trabalho intermitente, é importante ressaltar que o legislador não faz distinção entre empregador-empresendedor ou não empreendedor, pelo que o contrato pode ser estipulado independentemente da natureza empresarial ou não do empregador²⁷. Por outro lado, não há dúvida de que o contrato de trabalho intermitente não possa ser utilizado pela administração pública, ou pela categoria de administrações elencadas no art. 1 parágrafo 2 do decreto legislativo 165/2001. Isso está expressamente previsto no art. 13 parágrafo 5 do decreto legislativo 81/2015, e é confirmado, *a contrario*, pelo art. 36 do decreto legislativo 165/2001 que disciplina a contratação com formas de trabalho flexíveis, prevendo que os contratos “atípicos” só podem ser utilizados no emprego público dentro dos limites e da forma em que o legislador prevê expressamente a aplicação nas administrações públicas.

Existe um limite de tempo de utilização destinado a prevenir a utilização fraudulenta do tipo contratual, ou seja, quando a necessidade de serviços é muito pouco descontínua/intermitente. O legislador, aliás, tem previsto que «com exceção dos sectores do turismo, exercícios públicos e entretenimento, é permitido o contrato de trabalho intermitente, para cada trabalhador com o mesmo empregador, por um período total não superior a quatrocentos dias de trabalho efetivo ao longo de três anos civis».

O limite parece referir-se a um único contrato de trabalho intermitente; portanto a doutrina apontou criticamente que esse limite pode ser facilmente contornado com a rescisão do contrato e a celebração de um novo contrato com o mesmo trabalhador²⁸. Na opinião do autor, no entanto, cabe ao juiz avaliar caso a caso se a sucessão de contratos de trabalho intermitente esconde ou não uma única relação de trabalho intermitente e, portanto, um uso fraudulento da liberdade contratual das partes. Em caso afirmativo, de fato, o juiz estará autorizado a somar os dias de trabalho efetivo dos diversos contratos para verificar se o limite foi efetivamente ultrapassado. Em qualquer caso, o limite é estabelecido para proteger a genuinidade do contrato, e não os interesses do trabalhador

26 Corte de Justiça da UE, 19 de julho de 2017, 143/16, *Abercrombie*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, II, p. 878 com nota de F. MARINELLI. Por último Cass. 21 de fevereiro de 2018, n. 4223, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, p. 4129 com comentário de M. PERUZZI.

27 A disciplina anterior, em alguns pontos, referia-se apenas ao empresário, mas o decreto legislativo 81/2015 superou todas as dúvidas ao referir-se sempre apenas ao empregador.

28 M. BROLLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, I, p. 1252.

individual, que pode celebrar contratos de trabalho intermitentes com múltiplos empregadores, sem limites quantitativos. Para além disso, do ponto de vista operacional importa referir que, para efeitos do limite de 400 dias, o dia deve ser contabilizado como trabalho efetivo independentemente do número de horas trabalhadas, e que os dias de mera disponibilidade não devem ser contados. O período de três anos começa a partir da data de contratação e não do primeiro dia efetivamente trabalhado, uma vez que o legislador se refere expressamente aos três anos-calendário.

A violação deste último requisito implica a transformação em vínculo trabalhista subordinado por tempo indeterminado e integral. Esse é um mecanismo sancionatório projetado para impor uma conversão onerosa do vínculo empregatício, independentemente da vontade real das partes por trás da celebração de um contrato de trabalho intermitente ilegal. O juiz, portanto, não terá que verificar se a relação, de fato, ocorreu de acordo com outros tipos de contratos (como o trabalho a tempo parcial).

Ainda a propósito dos limites à utilização deste tipo de contrato, há que referir que o legislador prevê expressamente que o contrato de trabalho intermitente pode ser estipulado por tempo indeterminado ou determinado. Neste último caso, aliás não tão raro, não é claro se se aplicam os limites estabelecidos na disciplina do contrato de trabalho por tempo determinado²⁹.

Segundo a interpretação do Ministério do Trabalho, a natureza especial da disciplina de trabalho intermitente permite excluir a aplicação da disciplina especial do contrato de trabalho por tempo determinado. Um outro argumento a favor dessa tese consiste no fato de que, em outros casos semelhantes, o legislador previu expressamente a aplicação simultânea de duas disciplinas especiais para contratos de trabalho atípico (ver o art. 34, parágrafo 2, .lgs. 81/2015 que prevê a aplicação parcial da disciplina do trabalho por tempo determinado ao contrato de fornecimento de mão de obra)³⁰.

No entanto, foi enfatizado que as proteções para o trabalho por tempo determinado estão especificamente vinculadas à cláusula de prazo e deveriam/poderiam ser adicionais às (poucas) proteções fornecidas em relação à descontinuidade do trabalho intermitente. Em apoio a esta tese milita também a legislação europeia sobre trabalho por tempo determinado, que impõe sempre medidas de proteção em caso de trabalho por tempo determinado, prevendo exceções em que não é possível incluir o caso de trabalho intermitente (Directiva 1999/70/CE)³¹.

Analisados os requisitos em presença dos quais é possível celebrar contratos de trabalho intermitente e os limites de aplicação, chegamos aos casos de

29 Ver artigos 19-29 do decreto legislativo 81/2015, sobre o qual o capítulo de G. FRANZA neste volume.

30 Conf. Trib. Monza 15 de outubro de 2012, em *De Jure*.

31 V. PINTO, *op. cit.*, p. 2758.

proibição em presença dos quais é proibida de qualquer forma a utilização do trabalho intermitente (Artigo 14, n. 1). Esses são os casos em que o legislador pretende evitar abusos particularmente graves de diferentes tipos de contratos de trabalho flexível (ver artigo 20 do decreto legislativo 81/2015 para contratos de trabalho por tempo determinado e art. 32 do decreto legislativo 81/2015 para o contrato de fornecimento de mão de obra).

Em primeiro lugar, o trabalho intermitente não pode ser utilizado para substituir os trabalhadores que exercem o direito à greve. Este é um limite que já no passado alguns intérpretes consideravam implícito em relação a qualquer contrato de trabalho atípico, em virtude da suposta ilegalidade do chamado fura-greve externo, ou seja, a contratação de trabalhadores para substituir os grevistas. Mas esta avaliação de ilegitimidade não foi unânime nem na doutrina nem na jurisprudência³². Portanto, a previsão (juntamente com os demais de teor semelhante acima mencionados) teve a importante função sistemática de consagrar a orientação que via nessa forma de fura-greve uma violação substancial do direito constitucional de greve.

Propôs-se interpretar a proibição no sentido de proibir a contratação de trabalhadores intermitentes por ocasião de greve, mas não excluir a utilização de um trabalhador intermitente já contratado antes da greve³³. Esta é uma interpretação que não pode ser compartilhada porque o objeto da proibição é literalmente o recurso mesmo ao trabalho intermitente e não apenas ao instrumento contratual³⁴.

Em segundo lugar, é proibido o recurso ao trabalho intermitente nas unidades de produção em que, nos seis meses anteriores, tenham sido efetuados despedimentos coletivos ou utilizado a caixa integração de renda, relativamente ao pessoal com as mesmas tarefas a que se refere o contrato de trabalho intermitente. A intenção do legislador neste caso é uma política do mercado de trabalho: ele não quer favorecer a substituição de contratos de trabalho mais protetivos por relações de trabalho intermitentes³⁵.

Por fim, é proibido recorrer ao trabalho intermitente se o empregador não tiver realizado a avaliação de riscos para saúde e segurança do trabalho em aplicação do decreto legislativo 81/2008. Neste caso, a proibição é funcional tanto para promover, por si só, o cumprimento da normativa em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores, como para assegurar que o trabalhador intermitente preste serviço num contexto de trabalho onde os riscos específicos

32 Ver todas as referências M.V. BALLESTRERO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Turim, 2018, p. 424.

33 M.G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 32.

34 Conf. R. ROMEI, *Il lavoro intermittente, cit.*, p. 694.

35 A legislação anterior autorizava os parceiros sociais a derrogar esta proibição legal. Hoje a proibição é obrigatória.

ligados ao contrato flexível são conhecidos e sujeitos a intervenções preventivas específicas.

Conforme referido, em caso de violação do requisito temporal de 400 horas no calendário de três anos, está expressamente prevista a conversão em emprego a tempo indeterminado e integral. Por outro lado, em caso de violação de todos os outros requisitos até agora examinados, o legislador não previu um sistema sancionatório específico, pelo que devem ser utilizados princípios gerais.

Várias hipóteses têm sido propostas: segundo alguns, deve ser aplicada a sanção da conversão a tempo integral e indeterminado³⁶, mesmo que isso exponha o trabalhador a um eventual despendimento posterior por “motivo objetivo justificado” na ausência na organização da empresa de uma posição de trabalho integral e indeterminado³⁷. Segundo outros, no entanto, a violação implicaria a nulidade do contrato, sem prejuízo dos direitos adquiridos até que a nulidade seja apurada (nos termos do artigo 2126 cod. civ.)³⁸, com a possibilidade de conversão do contrato (nos termos do artigo 1424 cod. civ.) se o negócio for idôneo para produzir os efeitos de outro contrato, depois verificar, com jurisdição exclusiva do juiz de primeira instância, da vontade das partes³⁹. Esta última parece ser a interpretação preferível, enquanto mais problemática é a orientação que identifica a violação dos requisitos como um caso de nulidade parcial do contrato, não sendo claro qual seria a cláusula nula⁴⁰.

5. A disciplina da relação de trabalho intermitente

A disciplina relativa ao desempenho da relação de trabalho intermitente é limitada e traz uma série de problemas interpretativos.

Como vimos, a relação de trabalho intermitente caracteriza-se por uma fase de disponibilidade (com ou sem obrigatoriedade de resposta) e por uma eventual fase de realização efetiva da prestação.

Ora, o legislador dispõe que o trabalhador intermitente *a)* nos momentos de disponibilidade, «não acumula nenhum tratamento económico e regulamentar», sem prejuízo de eventual indemnização de disponibilidade em caso de obrigação de resposta (art. 13, parágrafo 4); *b)* pelos períodos trabalhados, receba um tratamento económico e regulamentar pelo menos igual ao dos demais trabalhadores subordinados, com as mesmas funções e, naturalmente, sem prejuízo

36 Trib. Milão 19 de junho de 2017, n. 1806 e 1810, na doutrina ver S. NAPPI, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, em *Diritti lavori mercati*, 2004, p. 151 ss.

37 V. PINTO, *op. cit.*, p. 2762.

38 E. RAIMONDI, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2014, I, p. 624. Ver também Trib. Bari 16 de setembro de 2015, n. 4527, *De Jure*.

39 Veja Cass. 11 de dezembro de 2020, n. 28345 em *De Jure*.

40 Trib. Vicenza 19 de julho de 2017, n. 343 em *De Jure*.

da necessidade de recalculá-lo em função do serviço efetivamente prestado (artigo 17).

A falta de reconhecimento de direitos e proteções na fase de disponibilidade do trabalhador intermitente representa talvez o aspecto mais problemático do ponto de vista sistemático e operacional. Na verdade, trata-se de um trabalhador que já faz parte de uma relação jurídica, mas que não adquire direitos e proteções específicos se não realizar um trabalho efetivo. Note-se, no entanto, que a disciplina em vigor exclui apenas a acumulação de benefícios económicos e regulamentares, mas não também a titularidade de direitos, como acontecia na vigência da disciplina do decreto legislativo 276/2003. De fato, alguns direitos também podem ser usufruídos durante o período de disponibilidade, se e na medida em que tenham sido acumulados em períodos anteriores de trabalho efetivo. Isso se aplica, por exemplo, a feriados ou períodos de descanso semanal. Do ponto de vista operacional, no entanto, é difícil determinar os períodos de férias/descanso e regulá-los adequadamente, dada a descontinuidade/intermitência dos serviços⁴¹.

O legislador não especifica se, durante o período de mera disponibilidade, obrigações colaterais/instrumentais do empregado não estritamente relacionadas à prestação do serviço são impostas ao trabalhador intermitente. Considere, por exemplo, o dever de lealdade, segundo a qual o empregado não pode celebrar negócios em concorrência com o empregador, nem divulgar informações relativas à organização e aos métodos de produção de forma potencialmente prejudicial ao empregador (artigo 2105 cod. civ.). A existência de uma relação de emprego contínua (ainda que extravagante devido à incerteza quanto ao desempenho real) deve levar a considerar a existência desses tipos de obrigações; por outro lado, razões de equilíbrio contratual autorizariam a hipótese de que, dado o não reconhecimento de tratamento económico e regulatório, o trabalhador pode ser considerado dispensado de obrigações especificamente relacionadas ao trabalho, sem prejuízo dos deveres de boa-fé e equidade que devem informar todas as relações contratuais.

Conforme referido, em caso de obrigação de resposta à chamada, o trabalhador intermitente acumula o direito a um subsídio de disponibilidade, regulado pelo art. 16 do decreto legislativo 81/2015.

Do ponto de vista formal, deve especificar-se que a obrigação de resposta, o lugar e as modalidades da disponibilidade, bem como o montante do subsídio de disponibilidade, devem ser especificados no contrato por escrito (art. 15, parágrafo 1, lett. b) e c) do decreto legislativo 81/2015).

Em alguns aspectos, o subsídio de disponibilidade parece ser de natureza remuneratória. De fato, seu valor é determinado por negociação coletiva, não

41 G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, em *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003, I, p. 523 e segs., R. VOZA, *op. cit.*, p. 1413.

pode ser inferior a um valor mínimo determinado por portaria ministerial⁴² e está sujeito a contribuições previdenciárias. Dada a especialidade do subsídio de disponibilidade, no entanto, não se aplica a chamada taxa mínima de contribuição aplicada aos trabalhadores subordinados, ou seja, o mecanismo que exige o pagamento de uma contribuição previdenciária mínima independentemente do valor real da remuneração acordada. A este respeito, A esse respeito, também deve ser mencionado que o empregado pode pagar excepcionalmente uma contribuição suplementar apenas para períodos de disponibilidade ou no caso de remuneração por serviço efetivo abaixo de um mínimo convencional estabelecido por decreto ministerial.

Em outros aspectos, o subsídio de disponibilidade não parece ser de natureza remuneratória. Na verdade, está excluída do cálculo de qualquer outra remuneração prevista pela lei ou acordo coletivo: portanto, não afeta a indenização por demissão, o décimo terceiro ou o décimo quarto.

O fato de o subsídio de disponibilidade ser considerado de natureza remuneratória ou não tem um impacto significativo, pois no ordenamento jurídico italiano o art. 36 da Constituição impõe uma remuneração proporcional, mas também suficiente. Por isso, dúvidas de legitimidade constitucional têm sido levantadas justamente em referência a esse aspecto da disciplina⁴³.

Por fim, o subsídio de disponibilidade é regulado de forma bastante peculiar e pouco linear com referência a eventos imprevistos que impeçam o atendimento da chamada em caso de obrigação de resposta. Com efeito, prevê-se que em caso de doença ou outro evento impeditivo, o trabalhador deva informar prontamente o empregador sobre o impedimento e a sua duração (que, no entanto, pode não ser conhecida *a priori*). Neste período de impedimento o trabalhador não acumula o subsídio de disponibilidade, nem o auxílio de doença em relação ao empregador ou às instituições de segurança social. Caso não comunicar o impedimento e recuse a proposta de prestação devida, o trabalhador perderá/retornará o subsídio por 15 dias, além da perda/retorno do subsídio por todos os dias seguintes à recusa. A recusa injustificada pode autorizar o despedimento do trabalhador.

42 O decreto ministerial ainda não foi publicado, mas considera-se aplicável o decreto publicado na vigência da norma anterior (decreto legislativo 276/2003), por força do referido art. 55 parágrafo 3 do decreto legislativo 81/2015. Trata-se do decreto ministerial de 20 de março de 2004 que fixa o limite mínimo de 20% do salário previsto no contrato coletivo nacional aplicável ao empregador.

43 P. G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del D.Lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2003, I, p. 887.

Trabalhos ocasionais e acessórios

Francesca Marinelli

RESUMO: 1. As origens: os trabalhos ocasionais de tipo acessório. – 2. A evolução (atormentada) da disciplina até à transformação do instrumento em trabalho ocasional. – 3. A disciplina em vigor. – 4. Sobre a qualificação do vínculo.

1. As origens: os trabalhos ocasionais de tipo acessórios

a Itália, os trabalhos ocasionais de tipo acessórios foram introduzidos pela primeira vez com o decreto legislativo n. 276/2003.

Em particular, o art. 70 do referido decreto definiu como tal as atividades laborais, eventualmente realizadas também a favor de vários beneficiários, caracterizadas pelos seguintes requisitos, ou seja, desempenhadas:

- i)* por sujeitos frágeis (em termos de risco de exclusão social ou em qualquer caso ainda não inseridos no mercado de trabalho ou em vias de o abandonar) estritamente indicados pelo legislador¹;
- ii)* no âmbito de atividades específicas sempre expressamente indicadas pelo decreto legislativo n. 276/2003²;
- iii)* por um período não superior a 30 dias durante o ano civil e, em qualquer caso, que não gerem, no total, uma remuneração superior a 3.000 euros em qualquer ano civil³.

Esses serviços estavam sujeitos a uma escassa disciplina – de natureza declaradamente experimental⁴ – baseada, por um lado, em alguns requisitos formais⁵

1 *Id est*: desempregados há mais de um ano, donas de casa, estudantes, aposentados, pessoas com incapacidade e pessoas em comunidades de recuperação, trabalhadores não comunitários que residam legalmente na Itália nos seis meses seguintes à perda do emprego (ver art.71, parágrafo 1 d.lgs. n. 276/2003, texto original).

2 Em outras palavras: pequenas tarefas domésticas de caráter extraordinário – incluindo cuidados domiciliares para crianças e idosos, doentes ou incapazes –; aulas particulares adicionais; pequenos trabalhos de jardinagem, bem como de limpeza e manutenção de edifícios e monumentos; a organização de eventos sociais, desportivos, culturais ou beneficentes; colaboração com entidades públicas e associações voluntárias para a realização de trabalhos de emergência, como os decorrentes de catástrofes ou fenómenos naturais repentinos, ou de solidariedade (ver art. 70, parágrafo 1, decreto legislativo n. 276/2003, texto original).

3 Veja art. 70, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

4 Veja art. 86, parágrafo 12, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

5 Ver o art. 71, parágrafo 2 e art. 72 do decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

e, por outro, no chamado mecanismo dos *voucher*. Em particular, esse tipo de contrato obrigava as partes a utilizarem cupom (os chamados *vouchers*) como meio de pagamento, conversíveis em moeda mediante apresentação dos mesmos a uma determinada concessionária⁶.

Apesar de o valor nominal horário ter sido fixado em 7,5 euros⁷, a concessionária, na devolução do *voucher* pelo trabalhador, devia reter (e pagar por conta deste⁸), por um lado, ao INPS, a contribuição de 1 euro para efeitos de seguridade social; por outro lado, ao INAIL um montante igual a 50 cêntimos de euro para efeitos de seguro contra acidentes no trabalho e doenças profissionais⁹. Por fim, um valor de 20 centavos de euro foi retido pela concessionária como reembolso de despesas operacionais¹⁰. A remuneração líquida (igual a 5,8 euros¹¹) não só estava isenta de qualquer imposto, como também não tinha influência no eventual estado de desemprego do trabalhador¹².

Uma figura tão engenhosa – construída com inspiração de um instrumento de origem belga¹³ – tinha claramente o objetivo de combater o trabalho informal. Com efeito, ao oferecer, por um lado, ao trabalhador, um rendimento isento de imposto para serviços em qualquer caso com cobertura da seguridade social e, por outro, ao utente/cliente, a obtenção de serviços de trabalho isentos das rígidas obrigações geralmente decorrentes das relações tradicionais de trabalho, com o objetivo de incentivar a regularização de atividades que, por serem marginais, provavelmente não seriam declaradas.

A figura em questão, no entanto, permaneceu disciplinada na forma descrita por um curto período de tempo. De facto, no espaço de três décadas a disciplina foi: antes remodelada (por meio de alterações dos artigos 70 e seguintes do decreto legislativo n. 276/2003); depois transferida nos artigos 48-50 do decreto legislativo n. 81/2015; posteriormente suprimida pelo decreto lei 25/2017 convertido sem alterações em lei 49/2017; e, por fim, reintroduzida no sistema jurídico pelo decreto legislativo n. 50/2017 convertido com alterações em lei 96/2017.

O próximo parágrafo será dedicado à complexa evolução regulatória do instrumento. Em vez disso, a disciplina em vigor e o problema da qualificação serão analisados, respectivamente, nos parágrafos §§ 3 e 4.

6 Identificado pelo Ministro do Trabalho e Políticas Sociais.

7 Ver o art. 72, parágrafo 1, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

8 De acordo com critérios e procedimentos especificamente elaborados por portaria do Ministro do Trabalho e Políticas Sociais.

9 Ver o art. 72, parágrafo 3, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

10 Ver o art. 72, parágrafo 4, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

11 Ver o art. 72, parágrafo 2, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

12 Ver o art. 72, parágrafo 2, decreto legislativo n. 276/2003, texto original.

13 Trata-se dos *Chèques ALE* (ver no ponto V. PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, em G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (org.), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 170).

2. A evolução (atormentada) da disciplina até a transformação do instrumento em trabalho ocasional

Conforme antecipado no final do parágrafo anterior, os serviços ocasionais de tipo acessórios têm sido alvo de uma evolução regulatória atormentada. De 2004 a 2018 todos os governos, independentemente da orientação política, acabaram por colocar a mão no instrumento fazendo-o alternadamente assumir e descartar, de forma quase esquizofrênica, as mais variadas formas¹⁴.

Querendo simplificar uma situação muito mais complexa, basta dizer que o legislador terminou em apenas uma década transformar os serviços em questão de meras atividades laborais marginais abertas apenas a certas categorias de sujeitos em setores não empresariais com limites de duração e renda rigorosos (como visto no § 1), em instrumento flexível utilizável, em geral, por qualquer trabalhador em todos os setores (incluindo empresas e administrações públicas) e com limites de tempo e rendimentos muito fluidos.

Este processo de distorção do instrumento levou-o, no entanto, a assumir o papel de *concorrente* (desleal, dada a sua “inconsistência” tanto em termos de proteção do trabalhador como de tributação) do contrato de trabalho subordinado “normal”, bem como de outros tipos de contratos de trabalho flexível, muito mais protegidos¹⁵. Isso levou sindicato CGIL (Confederação Geral Italiana do Trabalho) a apresentar um referendo revogador em 2016 para cancelá-lo do ordenamento jurídico¹⁶.

Daí a súbita revogação do instrumento¹⁷ (para evitar o referendo acima referido¹⁸) e a sua substituição, passados alguns meses, por uma figura denominada “serviços ocasionais” por meio do art. 54-*bis* do decreto legislativo n. 50/2017, convertido com alterações em lei 96/2017 (e alterada marginalmente primeiro pela lei n. 205/2017 e, posteriormente, pelo decreto-lei n. 87/2018 convertido em lei 96/2018).

Embora os promotores do referendo duvidassem da originalidade da figura recém-criada em comparação com a anterior, ao ponto de solicitar a transferência da questão do referendo da antiga para a nova disciplina, o Gabinete Central do

14 Para uma reconstrução da evolução da figura, gostaríamos de nos referir a F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale in Italia. Evoluzione, disciplina e potenzialità della fattispecie lavoristica*, Giappichelli, Turim, 2017.

15 Sobre o espantoso aumento da utilização do instituto em paralelo com a ampliação dos limites da figura v. COORDINAMENTO GENERALE STATISTICO ATTUARIALE – INPS, *Lavoro accessorio. Statistiche in breve*, abril de 2018.

16 Declarado admissível pelo Corte Const. n. 28/2017 em *Foro italiano*, 2017, I, c. 790.

17 Veja art. 1 do decreto legislativo n. 25/2017 convertido sem alterações em lei 49/2017.

18 Ver no ponto v. A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è “PrestO” fatto*, em D. GAROFALO (org.), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, Adapt University press, 2018, p. 527 e ss.

referendo optou pela rejeição da referida solicitação. De acordo com a portaria, aliás, a nova figura, tendo recuperado «o requisito da “ocasionalidade” da exigência de trabalho [... e que é aquele] elemento fundamental para garantir ao instrumento [...] não [ser] uma alternativa a outras formas de contratos já presentes no mercado de trabalho»¹⁹ parece ser digna de proteção no ordenamento jurídico.

Uma vez analisado brevemente o processo que levou à transformação do trabalho ocasional de tipo acessório do art. 70 e segs. do decreto legislativo n. 276/2003 nas prestações ocasionais do art. 54-*bis* do decreto legislativo n. 50/2017, convertido com alterações em lei 96/2017, resta apenas analisá-los; faremos isso no próximo parágrafo.

3. A disciplina em vigor

O art. 54-*bis*, parágrafo 1, qualifica como trabalho ocasional as atividades laborais, exercidas por qualquer pessoa²⁰, que dão origem (como regra geral²¹) no decurso de um ano civil²²:

- i) por cada trabalhador, com referência a todos os contratantes, a um montante total não superior a 5.000 euros²³;
- ii) por cada contratante, com referência a todos os trabalhadores, a um montante total não superior (em regra²⁴) a 5.000 euros;
- iii) pela totalidade dos serviços prestados por cada trabalhador ao mesmo utilizador, a remuneração de valor não superior a 2.500 euros ou alternativamente a 280 horas²⁵.

19 V. Cass. Gabinete central do referendo, ord. 29 de novembro de 2017, em *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, I, 192 e segs., com comentário crítico de CGIL- Ufficio giuridico e vertenze, *La Cassazione sul referendum voucher*.

20 A única exceção prevista no art. 54-*bis*, parágrafo 5, é aquele para o qual os serviços de trabalho ocasional não podem ser adquiridos a sujeitos com os quais o utilizador tenha em curso ou tenha cessado há menos de seis meses qualquer vínculo laboral subordinado ou de colaboração coordenada e contínua.

21 Uma definição especial foi introduzida pelo art. 1, parágrafo 368, let. a), lei n. 205/2017 para atividades de apoio à gestão de torcida nos estádios (os chamados *stewarding*), cf. sobre o ponto V. F. GIGLIO, *Il lavoro occasionale in ambito sportivo, l'attività degli steward*, em ID. (org.), *Il nuovo lavoro occasionale. Disciplina, profili critici e soluzioni operative*, em *Guid. lav. - Insetto* n. 11/2018, p. XXI.

22 *Id est* de 1 de janeiro a 31 de dezembro do mesmo ano (conforme clarificado pela Circular INL n. 5/2017).

23 A Circular do INPS n. 107/2017 esclareceu, no ponto 2, que este valor, bem como os subsequentes referidos na letra b) e c) devem ser considerados líquidos de contribuições, prémios de seguro e custos de gestão.

24 Uma regra diferente se aplica nos termos do parágrafo 8 do art. 54-*bis* para alguns tipos de trabalhadores considerados fracos pelo legislador (ver C. CARCHIO, *La tutela del lavoratore occasionale (compenso - orario - sicurezza)*, em D. GAROFALO (org.), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale, cit.*, p. 574 e s.).

25 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 20.

Para obter os serviços mencionados, o legislador criou uma ferramenta dupla para substituir o antigo *voucher*: por um lado, a chamada Carteira de Família (*Libretto di Famiglia* doravante LF); por outro lado, o Contrato de Prestação Ocasional (*Contratto di Prestazione Occasionale*, doravante CPO).

A LF é uma carteira cadastrada pré-financiada contendo títulos de pagamento²⁶ que podem ser adquiridos, por meio de plataforma informática específica do INPS ou nas estações de correios²⁷, por dois tipos de entidades:

- i) em regra, por pessoas físicas que não exerçam atividade profissional ou empresarial para satisfação de necessidades familiares específicas no âmbito de pequenos trabalhos domésticos (incluindo trabalhos de jardinagem, limpeza ou manutenção), assistência ao domicílio a crianças e idosos, doentes ou deficientes pessoas e aulas particulares adicionais²⁸;
- ii) excepcionalmente, a partir de 1 de janeiro de 2018, pelos clubes desportivos referidos na lei 91/1981 e, ou seja, pelas empresas autorizadas a contratar atletas profissionais, para atividades de apoio à gestão de torcedores nos estádios (as chamado *stewarding*)²⁹.

O CPO, por outro lado, pode ser ativado mediante o pagamento³⁰ das quantias necessárias ao pagamento dos serviços através de uma plataforma informática específica do INPS³¹ e pode ser utilizado por duas categorias de sujeitos:

- i) em regra, qualquer utilizador particular desde que possua as seguintes características, ou seja: pessoa a quem não é permitido o uso da LF; pequena dimensão (ou seja, que não tenha mais de cinco trabalhadores subordinados por tempo indeterminado³²) e desde que não opere em sectores particularmente perigosos (tais como: construção ou similar; escavação ou processamento de material de pedra; o sector mineiro, pedreiras e turfeiras, bem como, com algumas exceções, o sector agrícola) ou no âmbito da execução de contratos de obras ou de prestação de serviços³³.
- ii) excepcionalmente, inclusive pelas administrações públicas. O art. 54-*bis*, parágrafo 7, com efeito, prevê que as administrações públicas referidas no art. 1, parágrafo 2, decreto legislativo n. 165/2001, independentemente do número de trabalhadores³⁴, podem recorrer, em conformidade com as restrições de contenção de despesas com pessoal, ao CPO no limite de 280 horas durante o ano civil, exclusivamente para responder a «necessidades temporárias ou excepcionais» em determinadas áreas, tais como: projetos especiais destinados

26 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 10 e ss.

27 Art. 54-*bis*, parágrafo 9.

28 Veja o parágrafo 6 let. a), 10, let. a), b), c) do art. 54-*bis*.

29 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 10, c-*bis*).

30 Veja art. 54 *bis*, parágrafo 9.

31 Art. 54 *bis*, parágrafo 6, let. b) e parágrafos 13 e ss.

32 Mas o mesmo art. 54-*bis*, parágrafo 14 prevê algumas exceções.

33 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 14.

34 Parágrafo 7 do art. 54-*bis* de fato prevê neste caso uma derrogação expressa do parágrafo 14, let. a).

a categorias específicas de pessoas em situação de pobreza, incapacidade, detenção, toxicod dependência ou que beneficiam de subsídios sociais; realizar trabalhos de emergência relacionados a desastres ou eventos naturais súbitos; atividades de solidariedade, em colaboração com outras entidades públicas ou associações voluntárias; a organização de eventos sociais, desportivos, culturais ou beneficentes.

Apesar do silêncio do legislador sobre a origem contratual dos serviços obtidos por meio de LF, o Autor, de acordo com a orientação predominante³⁵, considera indubitável que mesmo os serviços ocasionais por meio de LF surgem por meio de um acordo entre as partes.

Daí decorre que o art. 54-*bis* atribui a mesma estrutura negocial ao CPO e ao LF. Isso parece ainda mais plausível se pensarmos apenas no fato de que o art. 54-*bis* reconhece as mesmas proteções para os serviços que podem ser acionados tanto pela LF quanto pelo CPO ou seja:

- i) o seguro de invalidez, velhice e sobrevivência³⁶;
- ii) o seguro contra acidentes de trabalho e doenças profissionais³⁷;
- iii) a proteção da saúde e segurança no trabalho³⁸;
- iv) o reconhecimento de um salário-mínimo por hora (hoje igual a 8 euros líquidos no LF³⁹ e 9 euros líquidos no CPO⁴⁰);

35 Ver: S. CIUCCIOVINO, *Prestazioni di lavoro occasionale*, em *Il libro dell'anno del diritto* 2018, Treccani, 2018, p. 314 e s.; F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, em M. LANOTTE (org.), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 258; P. MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, em *Working papers CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 346/2017, p. 19; A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: cit.*, p. 540; S. DONÀ, *Prestazioni occasionali: tutte le novità, Il civilista*, Giuffrè, Milão, 2017, p. 31. O mesmo INPS, inclusive na Circular INPS n. 107/2017, ponto 1, definiu o LF como um "tipo de contrato". *Contra* V. PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro, cit.*, p. 175 e s. o que, na verdade, força o dado textual da norma (pelo menos no que diz respeito ao PCO, visto que o mesmo art. 54-*bis* o define como contrato) e considera tanto a LF quanto o PCO meros regimes de contratação facilitada.

36 Com inscrição no regime previdenciário separado nos termos do art. 2, parágrafo 26, lei n. 335/1995 (cf. art. 54-*bis*, parágrafo 2).

37 Disciplinado pelo Decreto Presidencial 1124/1965 (ver art. 54-*bis*, parágrafo 2).

38 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 3.

39 Veja art. 54-*bis* parágrafo 11, onde dispõe que os instrumentos de pagamento constantes do LF têm o valor nominal de 10 euros e são «utilizáveis para compensar serviços com duração não superior a uma hora».

40 Veja art. 54-*bis* parágrafos 16 e 17, let. e), que preveem, respectivamente, um duplo limite para o CPO: «a tarifa horária mínima [...] igual a 9 euros» e que «a tarifa acordada para o serviço [...] não pode ser] inferior a 36 euros para serviços com duração não superior a quatro horas contínuas ao longo do dia» (mas regras diferentes se aplicam ao setor agrícola). Novamente o parágrafo 16 do art. 54-*bis* dispõe que «no setor agrícola [...] o salário-mínimo é igual ao valor do salário-hora das prestações de trabalho subordinado identificados pelo acordo coletivo de trabalho estipulado pelos sindicatos comparativamente mais representativos no nível nacional» (ver F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto di Famiglia. Contratto di prestazione occasionale, cit.*, p. 281).

v) o direito ao descanso diário⁴¹ e semanal⁴² e às pausas⁴³.

Não só isso, até mesmo as ferramentas criadas para incentivar o uso do instrumento parecem idênticas tanto no caso de uso da LF quanto no caso do CPO. Consistem em reconhecer que as remunerações recebidas através deste tipo de trabalho são:

- i)* isentos de qualquer tipo de tributação;
- ii)* irrelevante para a condição de desempregado;
- iii)* calculável para efeitos de determinação dos rendimentos necessários à emissão ou renovação da autorização de residência⁴⁴.

Uma vez analisada a disciplina das prestações ocasionais, ainda que brevemente, resta apenas questionar a sua natureza.

4. Sobre a qualificação do vínculo

Em uma leitura mais atenta, o art. 54-*bis* não trata da qualificação de serviços ocasionais, limitando-se a afirmar que, no caso de um utilizador ultrapassar o limite de valor de 2.500 euros por ano ou, em qualquer caso, das 280 horas por ano admissíveis por lei com o mesmo trabalhador, a relação de trabalho se

41 *Id est* o direito do trabalhador a onze horas de descanso a cada vinte e quatro horas, a serem gozadas consecutivamente, sem prejuízo de atividades caracterizadas por períodos de trabalho distribuídos ao longo do dia ou por plantão (ver art. 54-*bis*, parágrafo 3, onde se refere ao art.7 do decreto legislativo n. 66/2003).

42 *Id est* o direito do trabalhador a gozar de um período de descanso de pelo menos vinte e quatro horas consecutivas a cada sete dias (normalmente coincidindo com o domingo), a ser cumulado com as horas de descanso diário e calculado em média num período não superior a 14 dias – salvo no caso de: *a)* trabalho por turnos sempre que o trabalhador mudar de turno ou de equipe e não puder ter períodos de descanso diário ou semanal entre o fim do serviço de um turno ou equipe e o início do seguinte; *b)* atividades caracterizadas por períodos de trabalho divididos durante o dia; *c)* para os trabalhadores do setor de transporte ferroviário: atividades descontínuas; o serviço prestado a bordo dos trens; atividades ligadas aos horários do transporte ferroviário que assegurem a continuidade e regularidade do tráfego ferroviário – (ver artigo 54-*bis*, parágrafo 3, onde se refere o artigo 9 do Decreto Legislativo n. 66/2003).

43 *Id est* o direito do trabalhador a gozar de uma pausa, se a jornada diária de trabalho ultrapassar o limite de seis horas, estabelecido por acordos coletivos ou, na falta de disciplina coletiva, consistindo em pausa, também no local de trabalho, entre o início e o fim de cada período diário de trabalho, com duração não inferior a dez minutos e cuja localização deve levar em conta as exigências técnicas do processo de trabalho (ver o art. 54-*bis*, parágrafo 3, que faz referência ao art. 8 do decreto legislativo n. 66/2003).

44 Veja art. 54-*bis*, parágrafo 4.

transformará (como regra⁴⁵) em uma relação de tempo integral e por tempo indeterminado com efeito a partir da data em que o limite foi excedido⁴⁶.

Daí a polêmica que surgiu entre os especialistas entre: aqueles⁴⁷ que colocam as prestações ocasionais na área da subordinação; e aqueles⁴⁸ que, pelo contrário, reconhecem a natureza autónoma; e, por fim, aqueles⁴⁹ que, baseando-se, por um lado, na prática recente⁵⁰ e, por outro, nas orientações doutrinárias⁵¹, jurisprudenciais⁵² e administrativas⁵³ formadas no passado com relação à figura do trabalho ocasional de tipo acessório, a consideram um tipo contratual diferente.

Caso se concorde com a orientação predominante⁵⁴ que considera a causa como o principal instrumento para a identificação do tipo contratual, para resolver a questão será preciso perguntar se o intercâmbio entre remuneração e trabalho ocasional por meio de LF e CPO é reconduzível ao intercâmbio entre retribuição e o exercício de atividades exercidas por e sob a direção do

45 Esta regra não se aplica às administrações públicas e prevê limites diferentes para o setor agrícola.

46 V. Circ. INL n. 5/2017.

47 L. VALENTE, *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2017, p. 758; A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è “PrestO” fatto*, cit., p. 540; P. MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, cit., p. 16 e s.; S. P. EMILIANI, *Prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, em *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2018, p. 1.

48 F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto di Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, cit., p. 258 e ss.; C. CORDELLA, *Libretto Famiglia e Contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, em *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 1181.

49 S. CIUCCIOVINO, *Prestazioni di lavoro occasionale*, cit., p. 318, M. FALSONE, *Art. 54 bis*, em R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (continuado por), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 3102; F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale in Italia*, cit., p. 96 e ss.

50 Veja a Circular INL n. 5/2017.

51 Veja: A VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padua, 2004, p. 27; F. BASENGHI, *Il lavoro occasionale ed accessorio: spunti ricostruttivi*, em *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2004, p. 261; M. DELL'OLIO, *Le nuove tipologie e la subordinazione*, em AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro. D.lgs n. 276/2003, Circ. min. lav. n. 1/2004, Circ. min. lav. n. 3/2004*, Ipsoa, Milão, 2004, p. 24; T. VETTOR, *Articoli 70-74. Le prestazioni occasionali accessorie*, em G. GHEZZI (org.), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 348; A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, em M. MAGNANI-P.A. VARESI (dirigido por), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 435; M.C. CATAUDELLA, *Prestazioni occasionali e lavoro subordinato*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, p. 777.

52 Ver Tribunal Administrativo Regional da Lombardia-Brescia, seção II, 7 de abril de 2015, n. 490; Trib. Milão, 26 de maio de 2016, n. 429.

53 Veja: Circular INPS n. 88/2009; Circular INPS n. 44/2009; Circular INPS n. 17/2010 e, por fim, a Circular INPS n. 49/2013.

54 Entre os muitos, ver: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Turim, 1950, II ed., p. 179 e ss.; A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, em *Diritto del Lavoro*, 1983, I, p. 81; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, em Id. (org.), *I contratti in generale*, Utet, Turim, 1999, p. 45 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 2001, p. 430 e s. Como se sabe, a tese foi questionada em particular por G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Pádua, 1974.

empresário (que é, como se sabe, a causa do contrato de trabalho subordinado) ou, ao contrário, visa ao intercâmbio entre trabalho autônomo e remuneração (que é, como se sabe, a causa do contrato de trabalho autônomo) ou, ainda, dá origem a um interesse diferente.

Na opinião do Autor, não há dúvida quanto ao fato de que no contrato de trabalho ocasional do art. 54-*bis* o interesse subjacente consiste no intercâmbio entre duas prestações muito peculiares, ou seja, o pagamento de uma contraprestação compulsoriamente por meio da LF ou da CPO contra um serviço de trabalho cuja natureza heterodirigida ou não parece ser totalmente irrelevante para o legislador. O que significa que a tese a ser defendida é que o art. 54-*bis* dá origem a um tipo separado de contrato.

Contrato de aprendizagem

Fabiola Lamberti

SUMÁRIO: 1. O quadro regulatório multinível entre autonomia estadual, regional e coletiva. – 2. Escopo, limites legais e cotas. – 3. Tipos de aprendizagem e requisitos subjetivos. – 3.1. Aprendizagem para qualificação e diploma profissional, diploma de ensino secundário superior e o certificado de especialização técnica superior. – 3.2. Aprendizagem profissional. – 3.3. Aprendizagem de ensino superior e pesquisa. – 4 A disciplina da relação. – 4.1. Contrato, horário de trabalho, duração e possibilidade de acumulação de vários contratos de aprendizagem. – 4.2. A remuneração do aprendiz. – 4.3. A cessação da relação de aprendizagem. – 5. O conteúdo formativo. – 5.1. O Plano de Formação Individual e o possível Protocolo com a instituição de formação. – 5.2. A figura do tutor, o fornecimento da formação e a certificação das competências profissionais. – 6. Cobertura de seguro, incentivos legislativos, fiscais e previdenciários. – 7. O sistema de sanções entre a violação dos princípios gerais, o incumprimento da obrigação de formação e o ônus da prova.

1. O quadro regulatório multinível entre autonomia estadual, regional e coletiva

O contrato de aprendizagem visa promover o emprego dos jovens tentando, por um lado, reduzir a distância entre o mundo da educação e o mundo do trabalho e, por outro, adaptar a profissionalismo do trabalhador às necessidades um mercado de trabalho em constante evolução. O sistema é disciplinado por uma regulamentação multinível que combina disposições de graus diferentes: a disciplina nacional, que fornece um quadro geral; as disciplinas regionais que têm competência concorrente para regular o sistema educacional; a autonomia coletiva que, por meio de acordos interconfederais e coletivos, pode intervir em assuntos expressamente reservados a ela.

O decreto legislativo n. 81/2015, que regulamenta o contrato de aprendizagem no art. 41-47, representa com referência específica ao contrato em questão o ponto de chegada de várias disciplinas que se sucederam ao longo do tempo¹

1 Em ordem cronológica: lei n. 196/1997; decreto legislativo n. 276/2003; decreto lei 35/2005; lei n. 247/2007; lei n. 133/2008; decreto legislativo n. 167/2011 (o chamado TU da aprendizagem); lei n. 92/2012; decreto legislativo n. 76/2013; decreto legislativo n. 104/2013; decreto legislativo n. 34/2014; decreto legislativo n. 81/2015.

e implementando a delegação feita pela lei n. 183/2014 que visa a adoção de um decreto «contendo um texto orgânico simplificado das disciplinas dos tipos contratuais», reescreveu completamente a disciplina do contrato de aprendizagem, com o duplo objetivo de simplificar o quadro regulamentar e incentivar a sua utilização. A intervenção legislativa de 2015 teve também por objetivo recuperar a componente formativa uma vez que, em comparação com a ideia original por trás do instrumento – uma *locatio operis* em que o conteúdo «fundamental e fisionômico» era o ensino² – houve gradualmente uma aplicação distorcida com a marginalização do componente da formação. Nessa perspectiva, o contrato de aprendizagem, que o próprio legislador no art. 41 do decreto legislativo 81/2015 define como um «contrato de trabalho por tempo indeterminado destinado à formação e emprego de jovens»³ é comumente entendido como o «protótipo de um contrato de inserção»⁴ para os jovens no mercado de trabalho através de um curso de formação.

Não *um* contrato, mas *o* melhor contrato para a entrada dos jovens no mundo do trabalho⁵, que, no entanto, ainda hoje, continua a ser pouco comum porque, talvez, excessivamente burocratizado⁶.

-
- 2 L. BARASSI, *Il contratto di tirocinio*, em L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, SEL, 1915, p. 796-803.
- 3 *Ex multis*: D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, em F. CARINCI (org.), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 247-459; M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, em F. CARINCI (org.), *Jobs Act: un primo bilancio*, ADAPT University Press, 2016, p. 306-330; V. LUCIANI, *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescente e "riordino" delle fonti di regolazione*, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 739-759; P.A. VARESI, *Apprendistato*, em Treccani on line, 2017; antes da reforma ver F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, em WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2012, n. 145; M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, em *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, I, p. 211-242; M. TIRABOSCHI (org.), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, Milano, 2011; S. FAGNONI, P.A. VARESI, *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, p. 155-181; S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 103-135.
- 4 M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2004, n. 104, p. 581-625.
- 5 G. IMPELLIZZIERI, *Appunti per una ricerca sull'apprendistato: una prospettiva di diritto delle relazioni industriali*, em *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2021, p. 746.
- 6 M. D'ONGHIA, *L'ennesimo (inutile) intervento del legislatore sul contratto di apprendistato*, em *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2014, I, p. 757. Além das muitas previsões, há uma prática administrativa abundante recentemente reconstruída por G. MONTEMARANO, *Apprendistato e prassi amministrativa: un quadro di sintesi*, ADAPT, 2021.

Trata-se, como também confirmado pela jurisprudência constitucional⁷ e de legitimidade⁸, de um instrumento “complexo”, caracterizado por uma “estrutura bifásica” e uma “causa mista”.

Em particular, nesse contrato a primeira fase caracteriza-se por uma causa mista – ao intercâmbio normal entre trabalho e salário é adicionado, com função particular, o intercâmbio entre trabalho e formação – enquanto a segunda fase, só possível porque (como será explicado melhor) condicionada ao não despedimento nos termos do art. 2118 cod. civ., enquadra-se na estrutura ordinária da relação de trabalho subordinado⁹.

2. Escopo, limites legais e cotas

Os empregadores de qualquer setor de produção podem empregar trabalhadores com um contrato de aprendizagem, direta ou indiretamente por meio de agências de emprego, observados determinados limites numéricos e de tempo.

Os limites quantitativos (os chamados tetos de cotas), previstos no art. 42, parágrafo 7, do decreto legislativo n. 81/2015, são funcionais ao objetivo de garantir a formação considerando que o aprendiz deve ser acompanhado durante todo o curso de formação e que um número excessivo de aprendizes afetaria o próprio sucesso da aprendizagem. O empregador na contratação de aprendizes deve assegurar a proporção de três para dois em relação aos trabalhadores subordinados qualificados¹⁰ em serviço e a proporção não pode ultrapassar 100%, quando o empregador tem menos de dez trabalhadores; enquanto os empregadores que não têm trabalhadores especializados ou qualificados, ou que tenham menos de três, podem contratar até três aprendizes¹¹. A norma específica ainda que, para fins de cumprimento da cota, também são considerados aprendizes em administração, necessariamente por tempo indeterminado¹².

Com relação às “profissões” que permitem esses contratos, a prática ministerial excluiu a possibilidade de ativar contratos de aprendizagem para profissões

7 Corte Const. 4 de fevereiro de 1970 n. 14, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1970, o, 141 ss., com comentário de L. RIVA SANSEVERINO, *Sull'ordinamento applicabile al rapporto di apprendistato*.

8 *Ex- multis* mais recentemente Cass. 3 de fevereiro de 2020 n. 2365, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, p. 174; Cass. 15 de março de 2016, n. 5051, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 911.

9 Veja Cass. 8 de junho de 2021 n. 15949; Trib. Roma Seção Trab. 1 de julho de 2020 n. 3921.

10 Figuras profissionais previamente formadas referentes ao empregador, portanto «trabalhadores em qualquer caso pertencentes à mesma realidade empresarial, ainda que operem em unidades produtivas ou escritórios diferentes»; cf. Ministério do Trabalho Int. n. 11/2010.

11 Estas não se aplicam ao setor artesanal, para o qual se aplicam as normas mais favoráveis da lei n. 443/1985. Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 5/2001 que reforça a peculiar capacidade de formação do setor artesanal.

12 R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milão, 2018, p. 721.

da área de saúde «que exigem qualificações especiais, incluindo treinamento técnico e prático» e, por outro lado, permitiu seu uso para docentes que já possuem uma qualificação de ensino, desde que o plano de treinamento identifique para fins de qualificação habilidades adicionais àquelas já adquiridas¹³.

O decreto legislativo n. 81/2015, no oitavo parágrafo do artigo 42, também prevê o chamado ônus de estabilização, segundo o qual a contratação de novos aprendizes com aprendizagem profissional está sujeita à continuação do vínculo empregatício por prazo indeterminado, ao final do período de treinamento, de pelo menos 20% dos aprendizes empregados pelo mesmo empregador nos trinta e seis meses anteriores¹⁴.

Os aprendizes contratados em violação a esses limites «são considerados empregados por tempo indeterminado a partir da data de estabelecimento do vínculo empregatício»¹⁵.

3. Tipos de aprendizagem e requisitos subjetivos

O Decreto Legislativo n. 81/2015 atribui à fonte legislativa estadual a competência para regulamentar tipos específicos de aprendizagem, identificando três modelos distintos.

3.1. Aprendizagem para a qualificação e diploma profissional, diploma do ensino secundário superior e o certificado de especialização técnica superior

Para a aprendizagem destinada à obtenção da habilitação e do diploma profissional (art. 43), do diploma do ensino secundário e do certificado de especialização técnica superior (a chamada aprendizagem de primeiro nível), a lei identifica os jovens entre 15 e 25 anos como destinatários do contrato. Este tipo de aprendizagem, juntamente com a aprendizagem de terceiro nível (ver abaixo), integra um “sistema dual”, em que a obtenção de diplomas de estudos, respectivamente, do ensino secundário e do nível superior de formação, pode também ocorrer por meio do aprendizado na empresa, na tentativa de reduzir o *mismatch* entre oferta e demanda de mão de obra através da metodologia de aprendizagem experiencial chamada “*on the job*”¹⁶. Estes propósitos, já definidos no d. lgs. 81/2015, foram recentemente lembrados pelo Ministério do Trabalho, em

13 Veja Ministério do Trabalho Int. n. 38/2010; Ministério do Trabalho Circ. n. 5/1999.

14 Excluindo as relações cessadas por rescisão durante o período de experiência, demissão ou dispensa por justa causa.

15 M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, em M. TIRABOSCHI (org.), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20.05.2014, n. 34 convertito, con modificazioni*, in l. 16.05.2014, n. 78, ADAPT University Press, 2014.

16 Os dados do último Relatório de Monitoramento do INAPP mostraram que no ano de formação 2019/2020, 96,9% dos contratos de aprendizagem em Itália são de segundo nível e apenas 2,7% de primeiro nível.

linha com as recentes Recomendações do Conselho da União Europeia¹⁷ que atribuíram à aprendizagem um papel estratégico para o reforço dos “sistemas de alternância escola-trabalho”, inspirados na perspectiva *work-based*.

O objetivo é obter um diploma de ensino médio por meio de um percurso de formação “dual” que ocorre em parte em uma instituição educacional que oferece “treinamento externo” e em parte em uma empresa que oferece “treinamento interno”. Um elemento essencial do contrato é a formação, como ferramenta prioritária para desenvolver a aquisição de competências dos sujeitos envolvidos, de forma a facilitar a sua inserção no mercado de trabalho. O aprendiz assume a dupla condição de estudante/trabalhador, pois realiza – por médio de experiência direta de trabalho – um curso de formação integrado (PFI). Para além do exame do PFI e do Protocolo, que analisaremos nos parágrafos seguintes, importa aqui esclarecer que o contrato de aprendizagem de primeiro nível deve necessariamente integrar e concretizar duas dimensões: a dimensão formativa, que coincide com a duração dos cursos de ensino, e a dimensão laboral, ou seja, o cumprimento da jornada de trabalho. O número contratual de horas deve, portanto, incluir – além das horas de formação – o tempo de desempenho de trabalho.

O decreto legislativo n. 81/2015 e o subseqüente Decreto Ministerial de 12 de outubro de 2015 estabelecem a duração do percurso de formação na aprendizagem e, neste caso, assumem como prazo final a obtenção do diploma, e, sem prejuízo da duração mínima de seis meses geralmente previstos por decreto legislativo n. 81/2015 (art. 42, parágrafo 2; art. 43, parágrafo 2 e 5), a duração máxima prevista é identificada de acordo com o percurso de estudo identificado. O cumprimento do prazo inicialmente previsto pode, então, determinar, alternativamente, a rescisão ou a continuação do contrato como vínculo empregatício por tempo indeterminado (art. 42, parágrafo 4); qualquer prorrogação (art. 43, parágrafo 4); a transformação do contrato de aprendizagem de primeiro nível em aprendizagem profissionalizante (art. 43, parágrafo 9).

3.2. Aprendizagem profissional

A aprendizagem profissional (a chamada aprendizagem de segundo nível) é destinada a jovens entre os 18 e os 29 anos (artigo 44 do decreto legislativo n. 81/2015)¹⁸ para os quais é o principal meio de entrada no mundo do trabalho de acordo com o que foi indicado na introdução; mas também é destinada nos termos do art. 47, parágrafo 4, do decreto legislativo n. 81/2015, a trabalhadores

17 Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 12/2022 recorda a Recomendação de 15 de março de 2018 sobre um quadro europeu para aprendizagens eficazes e de qualidade e a Recomendação de 24 de novembro de 2020 sobre educação e formação profissional para competitividade sustentável, equidade social e resiliência.

18 Os contratos de aprendizagem de segundo grau também são permitidos para jovens de 17 anos, se eles tiverem uma qualificação obtida nos termos do decreto legislativo n. 226/2005.

que se beneficiam de subsídio de mobilidade¹⁹ e a pessoas que recebem o benefício de desemprego²⁰, sem limites de idade.

Esta extensão deixa clara a principal finalidade laboral deste tipo de contrato em que, no entanto, também é evidente a finalidade formativa, que se baseia na aquisição pelo trabalhador das competências necessárias para se qualificar profissionalmente, onde o profissionalismo é entendido como síntese de competências adquiridas na sequência da execução efetiva da prestação de trabalho deduzida no contrato e da formação teórico-prática ministrada. Se o curso de formação terminar com resultado positivo, ou seja, com a efetiva aquisição das competências e capacidades inferidas, o profissionalismo alcançado torna-se obrigatório em caso de continuação da relação trabalhista para além do período de formação, para efeitos da respetiva classificação contratual. Esta referência desvincula este tipo de aprendizagem do sistema público de ensino e reserva a identificação de perfis e qualificações profissionais à competência exclusiva da autonomia coletiva. O papel central da negociação coletiva é, de fato, expressamente invocado no art. 44 que, nos termos do parágrafo 1, atribui às partes do contrato a determinação da qualificação profissional cuja realização o contrato é finalizado, estabelecendo que essa determinação deverá ocorrer com base nas disposições dos sistemas de classificação de pessoal estabelecidos pelos acordos interconfederais e acordos coletivos assinados pelos sindicatos comparativamente mais representativos a nível nacional.

A formação de tipo profissional é realizada sob a responsabilidade do empregador e está integrada na oferta pública de formação, interna ou externa à empresa, regida pelas regiões e províncias autónomas de Trento e Bolzano, após consultar os parceiros sociais. A duração e os conteúdos desta oferta complementar – que tem por objeto competências “gerais” independentes da especificidade das tarefas desempenhadas, tais como noções relativas à adoção de comportamentos seguros, organização e qualidade empresarial, capacidade relacional e de comunicação, competências sociais e cívicas – são determinados com base no diploma de ensino obtido pelo aprendiz no momento da contratação e decrescem em função da qualificação superior detida²¹.

19 As listas de mobilidade foram abolidas a partir de 1 de janeiro de 2017.

20 Veja Ministério do Trabalho Int. n. 21/2012 segundo o qual, em relação a esses trabalhadores, que atendem os requisitos de idade para o estabelecimento de outro tipo de aprendizagem, é possível optar entre a disciplina normal ou a “especial” nos termos do art. 47, parágrafo 4, do decreto legislativo n. 81/2015.

21 São previstas, pelo menos, 120 horas para aprendizes sem diploma (licença elementar ou licença do ensino secundário inferior); 80 horas para aprendizes com diploma do ensino secundário superior ou qualificação ou diploma de ensino e formação profissional; 40 horas para aprendizes com graduação ou equivalente. Ver Decreto ministerial de 12 de outubro de 2015 “Definição das normas de formação da aprendizagem e critérios gerais para a realização dos percursos de aprendizagem” e, antes disso, as “Orientações para a aprendizagem

3.3. Aprendizagem de ensino superior e pesquisa

Os beneficiários de aprendizagem de ensino superior e pesquisa (chamada de aprendizagem de terceiro nível) são os jovens entre 18 e 29 anos de idade que já possuem um diploma de ensino médio ou um diploma profissionalizante, complementado por um certificado de especialização técnica superior ou diploma de formação profissional ao término do curso anual complementar (art. 45, decreto legislativo n. 81/2015). O objetivo do contrato é obter qualificações universitárias e de ensino superior, inclusive doutorados, diplomas de institutos técnicos superiores, atividades de pesquisa, estágios para acesso às profissões ordinárias²².

A disciplina e duração deste tipo de aprendizagem cabem às Regiões, apenas para os perfis relativos à formação, de acordo com os parceiros sociais comparativamente mais representativos a nível nacional, as Universidades, os Institutos Técnicos Superiores e outras instituições de formação ou pesquisa²³. Este tipo de aprendizagem faz parte dos percursos de formação da aprendizagem “dual” e a responsabilidade do plano de formação individual é da instituição formadora, sem prejuízo do envolvimento da empresa. Também neste caso o empregador, tal como na aprendizagem de primeiro nível, assina um protocolo com a instituição de ensino em que o aluno está matriculado ou com a instituição de pesquisa envolvida e neste protocolo são definidas a duração e as modalidades da formação interna, a ser realizada na instituição onde o aluno está matriculado, e externa, a ser realizada pelo empregador. Para a formação externa, os créditos de formação atribuíveis a cada aluno são definidos com base no número de horas de formação realizadas na empresa.

A duração da formação está, tal como na aprendizagem de primeiro nível, relacionada com a obtenção do diploma ou a conclusão da atividade de pesquisa e, sem prejuízo da duração mínima de seis meses geralmente prevista pelo decreto legislativo n. 81/2015 (art. 42, parágrafo 2), a duração máxima é identificada em função da duração legal dos cursos ou, para atividades de pesquisa, na duração máxima de três anos, sem prejuízo da possibilidade de prever hipóteses

profissional” de 20 de fevereiro de 2014; F. BANO, *I contratti a contenuto formativo*, em A. PERULLI (org.), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Turim, 2004, p. 167.

22 M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato di alta formazione*, em M. TIRABOSCHI (org.), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milão, 2008, 105 ss.; M. MAGNANI, P. A. VARESI (org.), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Turim, 2016.

23 Na ausência de regulamentação regional, a ativação da aprendizagem de ensino superior e pesquisa está sujeita a acordos específicos estipulados por empregadores ou suas associações com universidades, institutos técnicos superiores e outras instituições de formação ou pesquisa. Sobre a divisão de competências entre Estado e Regiões, ver D. COMMANDÉ, *Il diritto del lavoro al “plurale”. Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante*, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2008, p. 997 e segs.; L. ZOPPOLI, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi (o viluppi?)*, em *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2006, p. 193-202.

de prorrogação do contrato de até um ano na presença de necessidades particulares relacionadas ao projeto de pesquisa, enquanto para acesso às profissões, a prorrogação está relacionada à obtenção do certificado de prática concluída para admissão ao exame de acesso à ordem profissional.

4. A disciplina da relação

Sem prejuízo das peculiaridades das diferentes formas de aprendizagem, os quatro primeiros parágrafos do art. 42 do decreto legislativo n. 81/2015 regulamentam os conteúdos do contrato de aprendizagem comuns a cada tipo, sendo proibida qualquer derrogação pela autonomia coletiva²⁴.

4.1. Contrato, horário de trabalho, duração e possibilidade de acumulação de vários contratos de aprendizagem

O art. 42, parágrafo 1, prevê expressamente que «o contrato de aprendizagem seja estipulado por escrito para efeitos da prova». A forma escrita do contrato de aprendizagem é, portanto, exigida *ad probationem* e não como requisito para a validade do próprio contrato²⁵. A falta da forma escrita do contrato é punida com sanção administrativa e a obrigação de formalizar o contrato por escrito não pode considerar-se cumprida com a mera entrega da comunicação de contratação aos Serviços de Emprego²⁶. Também está expressamente previsto que o contrato de aprendizagem contenha de forma resumida o Plano de Formação Individual, que analisaremos mais adiante.

No que diz respeito ao horário de trabalho, é possível afirmar que, em geral, não existe incompatibilidade entre a relação de trabalho a tempo parcial e o contrato de aprendizagem, mas esta compatibilidade deve ser analisada caso a caso, devendo avaliar-se se «a articulação particular do tempo de trabalho não é obstáculo à concretização do objetivo típico deste contrato», que é a formação²⁷.

A qualificação normativa prevista no art. 41, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 81/2015, do contrato de aprendizagem como “contrato de trabalho por tempo indeterminado”, elimina qualquer dúvida quanto ao fato de o contrato se enquadrar na categoria de contratos por tempo determinado, sendo a determinação da duração referida não ao contrato em sua totalidade, mas apenas à

24 D. GAROFALO, *L'ennesima riforma dell'apprendistato*, E. GHERA, D. GAROFALO (org.), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel jobs act 2*, cit., 351.

25 M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit., 219; pelo mesmo Autor *I contratti a finalità formative. Apprendistato e contratto d'inserimento*, em P. CURZIO (org.), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 278.

26 Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 29/2011.

27 Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 46/2001, Circ. n. 9/2004, Int. n. 4/2007, segundo o qual a avaliação da compatibilidade deve ser realizada *ex post*.

componente formativa do mesmo²⁸. Para tornar efetivas as finalidades educativas inerentes ao contrato e desincentivar o uso irregular do mesmo, o legislador fixou limites legais de duração. Em primeiro lugar, o art. 42, parágrafo 2, dispõe que «o contrato de aprendizagem tem duração mínima não inferior a seis meses» para todos os tipos de aprendizagem, a menos que previsto de outra forma na negociação coletiva para atividades sazonais ou picos sazonais. A *ratio* desta disposição legislativa consiste na vontade de evitar a evasão da finalidade formativa do contrato de aprendizagem, considerada incompatível com uma duração excessivamente curta do contrato²⁹. Depois de estabelecer o limite mínimo para a duração do vínculo, o legislador toma o cuidado de estabelecer outros limites de duração, diversificados – conforme mencionado acima – de acordo com as características específicas de cada tipo de aprendizagem.

Para a aprendizagem de primeiro nível, o art. 43 prevê alguns parâmetros máximos em função da qualificação ou diploma a obter: *a*) 3 anos para a qualificação nos cursos de educação e formação profissional; *b*) 4 anos para o diploma de cursos de educação e formação profissional; *c*) 4 anos, a partir do segundo ano, para o diploma do ensino secundário; *d*) dois anos para o curso anual complementar para admissão ao exame de acesso à ordem profissional; *e*) um ano para o diploma de ensino e formação profissional para os que já possuam a qualificação de ensino e formação profissional no curso profissional correspondente; *f*) um ano para o certificado de especialização técnica superior. Para a aprendizagem de terceiro nível, o parágrafo quarto do art. 4 esclarece que a regulamentação e duração deste tipo de estágio cabe às Regiões apenas para os perfis que dizem respeito à formação e, também neste caso, a duração máxima é identificada em função da duração legal dos respectivos cursos. Caso contrário, para a aprendizagem de segundo nível, o parágrafo segundo do art. 44 atribui à negociação coletiva a definição da duração da relação que não pode em nenhum caso ultrapassar três anos «ou cinco para os perfis profissionais que caracterizem a figura do artesão identificada pela negociação coletiva». Nesse caso, o legislador estabelece um limite legal para a duração máxima do contrato, deixando, no entanto, à negociação coletiva a liberdade de definir a duração efetiva da relação dentro desse limite³⁰.

Não há dúvidas sobre a possibilidade de prorrogação de aprendizagem em caso de doença, acidente ou outra causa de suspensão involuntária da relação, quando o evento durar mais de 30 dias, previsto pelo art. 42, parágrafo 5, let. *f*). Não há dúvida também sobre a inexistência para os aprendizes do direito de

28 S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 59.

29 S. CIUCCIOVINO, *Ibidem*; L. TESSAROLI, *Il contratto di apprendistato*, em *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, 2015, p. 101.

30 Quando um prazo mais longo é indicado, a violação só se tornaria relevante depois que o limite legislativo de 36 meses mencionado acima fosse ultrapassado; cf. TAR Lazio seção III, 14 de abril de 2017 n. 4625.

precedência dos trabalhadores por tempo determinado, pois na aprendizagem o contrato é já celebrado no momento da ativação³¹.

No que se refere à possibilidade de sucessão entre diferentes tipos de aprendizagem, o Ministério especificou que «por se tratar de contratos para fins de formação diferentes»³², sem prejuízo dos requisitos pessoais estabelecidos pela lei e da avaliação da legitimidade da relação com base na conteúdo do Plano Individual de Formação³³, a relação de aprendizagem anterior não prejudica a celebração de uma relação de formação posterior, desde que a qualificação a obter com o novo contrato não seja já detida à data do estabelecimento da relação, pois, neste caso, «O contrato de aprendizagem seria nulo pela impossibilidade de formação do trabalhador relativamente às competências que já possui»³⁴.

4.2. A remuneração do aprendiz

O contrato de aprendizagem é, como vimos, um contrato de trabalho para todos os efeitos e embora caracterizado pelas duas finalidades típicas da instituição em questão, ou seja, formação por um lado e emprego por outro, obriga o empregador a pagar um salário específico ao aprendiz. Para facilitar a contratação de aprendizes, diversos incentivos e benefícios foram previstos para os empregadores³⁵, dentre os quais se destaca o referido à remuneração.

Prevê-se, com efeito, que o aprendiz, durante o período de formação, receba uma remuneração menor do que o trabalhador já possui a qualificação ou o perfil profissional para o qual o período de formação se destina. A art. 42, parágrafo 5, let. *b*), atribui à negociação coletiva a possibilidade de estabelecer a remuneração devida ao aprendiz durante o período de formação, por meio da escolha – alternativa e não cumulativa – entre dois mecanismos de identificação da remuneração: o sistema de classificação menor e o sistema de retribuição em percentual com respeito ao tempo de serviço.

O primeiro – a classificação menor – prevê a possibilidade de atribuir ao aprendiz «até dois níveis inferiores em comparação aos previstos pelo acordo coletivo nacional para os trabalhadores com tarefas que exijam qualificações correspondentes àquelas para as quais o contrato se destina».

Já o sistema de remuneração por percentual dá a possibilidade de fixar a remuneração do aprendiz «em percentual e de forma gradual em relação ao tempo de serviço»³⁶.

31 Veja Ministério do Trabalho Int. n. 17/2007; Int. n. 34/2010; Int. n. 2/2017.

32 Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 40/2004; Circ. n. 2/2006.

33 M. SQUEGLIA, *Il cumulo dei periodi di apprendistato e il principio di integrazione delle politiche formative*, em M. TIRABOSCHI (org.), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit.; cf. Ministério do Trabalho Int. n. 8/2007; Circ. n. 5/2013.

34 Ver nota da Fiscalização Nacional do Trabalho n. 1023/2020.

35 Veja abaixo par. 6.

36 Os Acordos Interconfederais, inequivocamente, optaram pela classificação menor na aprendizagem de terceiro nível e pelo percentual na aprendizagem de primeiro nível. Ver Acordo

No que se refere à “aprendizagem dual” prevê-se que, salvo disposição em contrário das convenções coletivas, pelas horas de formação a cargo do empregador, o aprendiz terá direito a um salário igual a 10% do normalmente devido e o empregador está isento de qualquer obrigação de remuneração pela formação realizada na instituição de formação (art. 43, parágrafo 7; art. 45, parágrafo 3).

Por fim, o quinto parágrafo do art. 42, let. *a*), proíbe o pagamento por peça, ou seja, o pagamento ao aprendiz de uma remuneração vinculada ao resultado da produção, em razão do prejuízo resultante da capacidade de produção reduzida decorrente da menor experiência.

4.3. A cessação da relação de aprendizagem

A qualificação do contrato de aprendizagem no *genus* dos contratos por tempo indeterminado não é contrariada pela presença no contrato de um termo final relativo à formação profissional, uma vez que se trata de um prazo que não se refere ao contrato, mas à primeira fase da relação, pois ao término do primeiro período, na falta de rescisão, a relação (única) continua com a causa típica do contrato de trabalho subordinado. Consequentemente, a disciplina atual sobre demissões individuais e coletivas, conforme previsto no artigo 42, parágrafo 3, do decreto legislativo n. 81/2015, é aplicável.

Nesse caso, há duas possibilidades de resolução: resolução durante o período de formação e resolução ao final deste período.

Quanto à primeira hipótese, o art. 42, parágrafo 3, dispõe que «durante a aprendizagem são aplicadas as sanções previstas na legislação vigente para o despedimento ilícito»³⁷. Em outros termos, durante a fase de formação a relação de trabalho só pode ser rescindida por justa causa ou por motivo justificado, tanto objetivo como subjetivo³⁸. A Corte Constitucional³⁹ e a Corte de Cassação⁴⁰ sempre confirmaram que, apesar da causa mista, a parte formativa do contrato não se sobrepõe, absorvendo-a totalmente, a disciplina da prestação de trabalho: «trata-se de uma relação complexa, composta de elementos

Interconfederal de 18 de maio de 2016 Confindustria; Acordo Interconfederal 19 de julho de 2016 Confservizi; Acordo Interconfederal 26 de julho de 2016 Confcooperative, Legacoop, todos assinados por CGIL CISL UIL.

37 F. OLIVELLI, *Contratto di apprendistato e garanzie del procedimento disciplinare*, em *Giurisprudenza Italiana*, 2020, I, p. 1158-1164.

38 Veja Ministério do Trabalho Int. n. 79/2009.

39 Veja Corte Const. 28 de novembro de 1973 n. 169, em *Foro Italiano*, 1974, I, c. 16.; Corte Const. 4 de fevereiro de 1970 n. 14, em *Giustizia Civile*, 1970, p. 134; Corte Const. 1 de junho de 1995 n. 220, em *Giurisprudenza Italiana*, 1996, I, p. 44; Corte Const. 25 de julho de 1989 n. 427, em *Diritto del Lavoro*, 1989, II, p. 360 com comentário de G. PERA e em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1989, p. 389, com comentário de R. SCOGNAMIGLIO.

40 Cass. 3 de fevereiro de 2020, n. 2365, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, p. 174 seg., com comentário de F. MARINELLI, *Ancora una pronuncia della Cassazione sulla natura del contratto di apprendistato*; P.A. VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formativa*, F. Angeli, Milão, 2001, p. 125-189.

que, quando compostos, não perdem sua individualidade»⁴¹. Nessa perspectiva, em particular, é predominante a orientação segundo a qual, em caso de despedimento durante o período de formação por conduta negligente ou culposa do aprendiz, as garantias processuais previstas pelo art. 7 da lei 300/1970 (Estatuto dos Trabalhadores), se aplicam a todos os vínculos empregatícios, mesmo os especiais, caso o despedimento estiver ligado a razões “ontologicamente” disciplinares⁴².

O art. 42, parágrafo 3, especifica que, apenas para o tipo de aprendizagem de primeiro nível, o incumprimento dos objetivos formativos, certificado pela instituição formadora, constitui também motivo justificado de despedimento. A *ratio* da previsão consiste na necessidade de tornar ainda mais sólida a ligação entre a formação e a finalidade laboral do contrato em causa, valorizando sobretudo o valor educativo e formativo do trabalho⁴³.

Com referência, no entanto, ao término da relação no final do período de formação, o art. 42, parágrafo 4, dispõe que, uma vez terminado o período de aprendizagem, qualquer uma das partes pode rescindir a relação contratual com aviso prévio no final do período de formação, nos termos do art. 2118 cod. civ., exceto no caso de aprendizagens para trabalhadores beneficiários de subsídio de mobilidade ou subsídio de desemprego (art.47, parágrafo 4) para os quais a disciplina sobre o despedimento individual se aplica tanto durante o período de formação como no final do mesmo. Em todos os outros casos, se nenhuma das partes rescindir, o contrato prossegue como uma relação de trabalho por tempo indeterminado. De qualquer forma, as disposições que limitam o despedimento durante períodos de doença e acidente, bem como todos os casos possíveis de nulidade do despedimento, também se aplicam aos aprendizes, entendendo-se que «ao final dos períodos de proibição [do despedimento], o empregador poderá exercer legitimamente o direito de rescisão»⁴⁴.

5. O conteúdo formativo

A formação representa o traço distintivo da aprendizagem e o empregador é obrigado não só a pagar a remuneração, mas também a dar ao aprendiz a formação exigida. Daqui decorre que, para a avaliação da genuinidade e validade da causa do contrato de aprendizagem, importa verificar se na execução da relação

41 F. OLIVELLI, *op cit.*, p. 1160.

42 Veja Cass. 2 de fevereiro de 2019, n. 3464, em *Diritto & Giustizia*, 7 de fevereiro de 2019; Cass. 15 de março de 2016 n. 5051, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 911 ss. com comentário de D. GAROFALO, *La Cassazione ribadisce (per l'ultima volta?) la natura a tempo indeterminato del contratto di apprendistato*.

43 M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit., p. 211.

44 Ministério do Trabalho Int. n. 16/2012.

foi ou não alterada a função económica de intercâmbio entre remuneração e formação para adquirir uma profissionalização mais elevada⁴⁵.

Nesta perspectiva, o Plano de Formação Individual e o Protocolo com a Instituição Formadora tornam-se elementos fundamentais e essenciais para a implementação e verificação da componente formativa.

5.1. O Plano de Formação Individual e o possível Protocolo com a instituição de formação

A disciplina comum a todos os tipos de aprendizagem estabelecida pelo art. 42 do decreto legislativo n. 81/2015, dispõe que o contrato de aprendizagem – além da celebração por escrito *ad probationem* – deve conter obrigatoriamente o Plano Individual de Formação (PFI) elaborado de forma sintética, utilizando também os modelos e formulários da negociação coletiva, ou elaborados por órgãos bilaterais. Esta disposição é inderrogável pela negociação coletiva.

O PFI deve, portanto, ser considerado parte integrante do contrato e, tal como o contrato, deve ser redigido por escrito para efeitos da prova. O PFI deve conter dados relativos ao aprendiz, ao empregador, ao tutor, à qualificação/título a adquirir no final do curso de formação, à duração do contrato e ao horário de trabalho, ao nível de classificação do emprego (entrada e saída), resultados de aprendizagem e métodos de avaliação. É um documento dinâmico que pode ser modificado no decorrer da relação, sem prejuízo da qualificação e/ou título a obter no final do curso de formação. Com referência específica à aprendizagem dual, prevê-se que o PFI seja elaborado «pela instituição formadora em colaboração com a empresa» antes da assinatura do contrato. A *ratio* da lei encontra-se na vontade de dar destaque ao aspecto formativo do contrato e a opção de atribuir à instituição formadora a tarefa de definir o curso de formação é aceitável, sendo competente para conciliar o direito do aprendiz à formação adequada ao título a ser obtido e à necessidade da empresa de formar o aprendiz de forma coerente com o setor⁴⁶. Por outro lado, a estrutura genética do PFI é diferente na aprendizagem de tipo profissional onde a formação ocorre principalmente na empresa, sob a responsabilidade do empregador, e visa adquirir as competências técnico-profissionais e especializadas necessárias para atingir a qualificação profissional a que se dirige a relação. Nesse caso é a negociação coletiva que define as modalidades de formação e a sua duração, em função da idade do aprendiz e do tipo de qualificação a atingir, também em correlação com a aquisição de competências básicas e transversais. A regulamentação dos aspectos da formação indicados no PFI, embora a cargo das Regiões e da negociação coletiva, deve ser coerente com os critérios estabelecidos por lei e os

45 Tribunal de Roma Seção trabalho, 04.06.2020 n. 2934, fala de um defeito genético parcial de causa.

46 S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 86; A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, Bari, 2012.

parâmetros definidos a nível nacional pelo Decreto Ministerial de 12 de outubro de 2015 que também ofereceu formulários muito pontuais e específicos que depois foram também utilizados nas resoluções regionais e nos acordos coletivos.

Para além do Plano de Formação Individual, no caso de uma aprendizagem de primeiro ou terceiro nível, está prevista a assinatura de um “Protocolo” que consiste no acordo celebrado entre o empregador e a instituição formadora que visa definir os conteúdos, duração e métodos de formação interna e externa à empresa, de acordo com o modelo de protocolo anexo ao Decreto Ministerial de 12 de outubro de 2015. Neste caso, o Protocolo também estabelece o número de créditos de formação a serem garantidos pelo empregador e o número de créditos concedidos pelas universidades de acordo com cada regulamento didático⁴⁷.

5.2. A figura do tutor, o fornecimento da formação e a certificação das competências profissionais

Para efeitos da função de formação, a lei obriga o empregador a garantir aos aprendizes a presença de um *tutor* ou representante da empresa (art. 42, parágrafo 5, let. c).

O já referido Decreto Ministerial de 12 de outubro de 2015 prevê duas figuras distintas de *tutor*: o *tutor* de formação e o *tutor* de empresa. Enquanto o segundo está presente em todos os tipos de aprendizagem, o tutor de formação está previsto apenas nos casos de aprendizagem de primeiro e terceiro nível. O *tutor* da empresa «favorece a inserção do aprendiz na empresa, apoia-o e acompanha-o no percurso formativo interno, transmite-lhe as competências necessárias ao exercício das suas atividades laborais»; o *tutor* de formação «ajuda o aprendiz na relação com a instituição formadora, acompanha o andamento do curso e intervém na avaliação inicial, intermédia e final do período de aprendizagem» (art. 7, decreto ministerial de 12 de outubro de 2015). O *tutor* de formação e o *tutor* da empresa indicam, no PFI, as atividades a realizar e as competências a adquirir, bem como os resultados da aprendizagem e eventuais ações corretivas complementares relacionadas com as normas formativas. De acordo com o disposto no parágrafo 1.2.1. letra a) das Orientações para a interoperabilidade dos organismos públicos anexas ao Decreto de 5 de janeiro de 2021 contendo “Disposições para a adoção das orientações para a interoperabilidade dos organismos públicos detentores do sistema nacional de certificação de competências”, o *tutor* da empresa e o *tutor* da formação elaboram, durante e no final do curso, um *Dossiê individual*, funcional para o acesso seguinte aos serviços de identificação, validação e certificação de competências.

O legislador identifica então o quadro normativo geral para os conteúdos formativos, deixando a definição dos detalhes à competência regional e à autonomia

47 A aprendizagem para a pesquisa e a aprendizagem para o acesso às profissões, para as quais a formação externa não é obrigatória, não estão incluídas neste regime.

coletiva. Para a aprendizagem dual, a norma estabelece o princípio segundo o qual a formação fora da empresa é realizada na instituição de formação em que o aluno está matriculado e, na aprendizagem de primeiro nível, estabelece o número de horas de formação a realizar no sistema de ensino e formação profissional que não deve exceder 60% das horas “ordinárias” para o segundo ano e 50% para o terceiro e quarto ano, bem como para o ano seguinte destinado à obtenção do certificado de especialização técnica (art. 43, parágrafo 6). Da mesma forma, no caso das aprendizagens de terceiro nível, está previsto que a formação externa não pode exceder 60% do tempo normal (art. 45, parágrafo 2).

No que se refere à aprendizagem profissionalizante, o art. 44, parágrafo 3, prevê que a formação seja realizada sob a responsabilidade do empregador, e seja integrada, dentro dos limites dos recursos disponíveis anualmente, pela oferta pública de formação, interna ou externa à empresa, destinada à aquisição de competências básicas e transversais mencionadas acima. No que se refere à possibilidade de ensino à distância (FAD), a Fiscalização Nacional do Trabalho reconheceu a possibilidade de recorrer ao método de formação *e-learning*, somente em modo síncrono, pois só através deste sistema é «a monitoração da realização das aulas e a participação dos aprendizes»⁴⁸.

No que respeita à avaliação e certificação de competências, é assegurada ao aprendiz a garantia de transparência da atestação das atividades desenvolvidas e das competências adquiridas, mesmo em caso de cessação antecipada⁴⁹. As competências adquiridas na aprendizagem e certificadas devem (na verdade, *deveriam*, dada a atual inoperância do sistema) ser registradas na “carteira de formação do cidadão”, nos termos do art. 42, parágrafo 5, let. f). A este respeito, o art. 46, parágrafo 2, distingue entre a aprendizagem profissional e os outros dois tipos de aprendizagem: no primeiro caso, esta anotação cabe ao empregador; no segundo, cabe à instituição de ensino ou instituição de pesquisa⁵⁰.

6. Cobertura de seguros, incentivos legislativos, fiscais e previdenciários

Para promover o contrato de aprendizagem, o legislador sempre reconheceu incentivos e isenções fiscais aos empregadores que contratam aprendizes. Do ponto de vista regulatório, ver, por exemplo, o art. 47, parágrafo 3, decreto legislativo n. 81/2015, com base no qual as contratações com contrato de

48 Fiscalização Nacional do Trabalho Circ. n. 2/2022.

49 Ver Decreto Ministerial 5 de janeiro de 2021 “Disposições para a adoção das diretrizes para a interoperabilidade dos organismos públicos detentores do sistema nacional de certificação de competências”.

50 Ver d.lgs. n. 13/2013 sobre os padrões mínimos do sistema nacional de certificação de competências, em consonância com o Quadro Europeu de Qualificações (QE) e o Diretório de Profissões.

aprendizagem não se enquadram na base de cálculo para aplicação de proteções particulares previstas em lei ou negociação coletiva para toda a duração da aprendizagem. De modo geral, a empresa que faz uso do aprendiz pode se beneficiar de muitos incentivos e benefícios fiscais, tais como: a contribuição subsidiada igual a 10% do salário; a dedutibilidade das despesas e contribuições da base tributável do IRAP; a redução do custo da mão de obra dos aprendizes, operada – como vimos – por meio de uma subclassificação de até 2 níveis, ou de uma redução percentual do salário ordinário; um salário reduzido a 10% para horas de formação interna no caso de aprendizagem dual. No entanto, esses benefícios não correspondem a uma redução da proteção do aprendiz a quem se aplicam todas as proteções previstas em matéria de segurança social e assistência social obrigatória, tais como: a) seguro contra acidentes de trabalho e doenças profissionais; b) seguro saúde; c) seguro de invalidez e velhice; d) maternidade; e) subsídios familiares; f) seguro de desemprego⁵¹. Com art. 2 do decreto legislativo n. 148/2015, o número de beneficiários de subsídios salariais foi ampliado para incluir, pela primeira vez, trabalhadores com contratos de aprendizagem profissional.

Além disso, o legislador tem frequentemente oferecido às empresas que utilizam aprendizagem a grande vantagem de poderem se beneficiar de uma carga contributiva reduzida, que prevê a aplicação de uma alíquota “especial” em comparação a normal⁵². As contratações com aprendizagem não estão sujeitas à disciplina da contribuição em caso de despedimento e estão isentas do pagamento da contribuição do NASpI (seguro de desemprego) e da contribuição complementar⁵³. Além disso, a Lei do Orçamento de 2022 prevê que para os contratos de aprendizagem de primeiro nível estipulados em 2022, os empregadores que empreguem um número de trabalhadores igual ou inferior a nove beneficiam de uma dedução contributiva de 100%⁵⁴ nos três primeiros anos do contrato, sem prejuízo da alíquota de 10% para os anos do contrato subsequentes ao terceiro⁵⁵. Esta redução das contribuições está condicionada à regularidade das contribuições apurada por meio do DURC (Documento Único de Regularidade Contributiva) e ao cumprimento pelo empregador das demais regras e obrigações de proteção do trabalhador previstas pela lei e a negociação coletiva.

51 No caso de aprendizagem dual, o seguro contra acidentes, incluindo os *in itinere*, é financiado pelo empregador pelas horas de trabalho e formação interna, enquanto pela instituição formadora pelas horas de formação externa.

52 Cf. INPS, Mens. n. 1478/2019.

53 Veja art. 2, parágrafos 31 e 32, da lei n. 92/2012, n. 92; art. 25, parágrafo 4, l. n. 845/1978.

54 Veja art. 1, parágrafo 645, lei 234/2021; art. 1, parágrafo 773, quinto período, lei n. 296/2006.

55 Veja INPS Circ. n. 70/2022.

7. O sistema de sanções entre a violação dos princípios gerais, o incumprimento da obrigação de formação e o ônus da prova

O art. 47, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 81/2015 sanciona a violação da disciplina geral comum aos três tipos de aprendizagem prevendo uma sanção administrativa⁵⁶ pecuniária de □ 100 a □ 600, elevada em caso de reincidência respectivamente para □ 300 e □ 1.500, em caso de violação: *a*) obrigação do acordo por escrito para efeitos da prova e do plano de formação em forma sintética (art. 42, parágrafo 1); *b*) disposições contratuais coletivas que implementem os princípios relativos: à proibição do pagamento à peça (art. 42, parágrafo, let. *a*)); à subclassificação até dois níveis inferiores ou, alternativamente, à remuneração em percentual e proporcional ao tempo de serviço, nos termos do art. 42, parágrafo 5, let. *b*); à presença de um tutor ou representante da empresa (art. 42, parágrafo 5, let. *c*).

Sanções diferentes e mais rigorosas são previstas para o incumprimento da obrigação de formação. Relativamente ao objeto da infração, que é o «incumprimento na prestação da formação», é necessário «apurar qualquer, mas efetivo e real, incumprimento em prestar ou fazer beneficiar o aprendiz da formação contratualmente previstas e obrigatória»⁵⁷. O art. 47, parágrafo 1, prevê que, em caso de incumprimento por parte do empregador de modo a impedir a realização dos objetivos de formação pelo quais ele é o único responsável, o empregador é punido com sanção administrativa que consiste no pagamento da diferença entre a contribuição paga e a devida com referência ao nível contratual mais elevado que teria sido atingido pelo trabalhador no final do período de aprendizagem acrescido de cem por cento. Para além da sanção administrativa, o incumprimento das obrigações formativas determina a transformação do contrato de aprendizagem, desde o início, em vínculo de trabalho por tempo indeterminado quando o incumprimento tem relevância objetiva, materializando-se na falta total de formação, teórica e prática, ou em atividade de formação inexistente ou inadequada em relação aos objetivos indicados no PFI⁵⁸. Sobre a obrigação de formação do empregador, é jurisprudência consolidada que a falta de ensino invalida fundamentalmente a causa do contrato e determina sua conversão em uma relação de trabalho subordinado por tempo indeterminado, com a classificação do trabalhador no nível ordinário. Embora o empregador possa exercer uma discricção limitada na realização do programa de formação, o momento de formação constitui elemento qualificador e essencial do contrato de aprendizagem e a violação da obrigação de formação implica que a relação

56 Ver Ministério do Trabalho Circ. n. 29/2011 e Circ. n. 5/2013.

57 P. RAUSEI, *Apprendistato. Assumere, gestire e formare*, Ipsoa, Milão, 2018, p. 95-98.

58 Cass. 17 de março de 2014 n. 6068.

de trabalho deve ser qualificada *ab initio* como vínculo de trabalho por tempo indeterminado⁵⁹.

O ônus da prova da formação é do empregador. Em particular, no caso de o trabalhador reclamar que a relação é, na realidade, de trabalho subordinação por falta de atividade de ensino e formação, o ônus da prova relativa, e em particular a prova de ter ministrado o ensino e a formação, é do empregador nos termos dos conhecidos princípios de repartição do ônus probatório em caso de incumprimento contratual⁶⁰.

59 Trib. Roma Seç. Trab. 30 de novembro de 2019 n. 3512; Cass. 3 de outubro de 2020 n. 16595; Trib. Parma Seç. Trab. 18 de novembro de 2019 que lembra Cass. 7 de março de 2018 n. 5375.

60 Trib. Milão Seò. Trab. 22 de março de 2021 n. 100; Trib. Rieti Seç. Trab. 10 de novembro de 2018 n. 206.

Fornecimento de trabalho por tempo indeterminado e determinado

Ilario Alvino

SUMARIO: 1. Breve história da introdução do contrato de fornecimento de mão de obra no sistema jurídico italiano. – 2. A diretiva europeia sobre o trabalho temporário. – 3. A estrutura do esquema contratual: o contrato de fornecimento de mão de obra. – 3.1. O contrato de fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado. – 3.2. As proibições do uso de fornecimento de mão de obra. – 3.3. As condições do uso do fornecimento de mão de obra por tempo determinado. – 3.4. As condições para o uso de fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado. – 3.5. Os requisitos formais do contrato de fornecimento. – 4. A estrutura do fornecimento de mão de obra: o contrato de trabalho. – 5. A disciplina da relação de trabalho: poderes e obrigações das partes. – 6. O tratamento económico e normativo do trabalhador. – 7. As sanções previstas para o fornecimento irregular e fraudulento de mão de obra.

1. Breve história da introdução do fornecimento do trabalho no sistema jurídico italiano

O direito trabalhista italiano tem, entre seus princípios fundamentais, aquele segundo o qual a relação de trabalho deve necessariamente ser estabelecida entre o trabalhador subordinado e o sujeito (pessoa física ou jurídica) que, em relação a tal trabalhador, exerce os poderes típicos do empregador.

Em outras palavras, por força de uma regra agora implícita no sistema¹, não é permitida a interposição entre o sujeito que recebe a prestação de trabalho subordinado, inserindo-a em sua organização (ou seja, o empregador), e o trabalhador que presta o serviço.

A referida proibição, introduzida em 1960, visava combater o chamado fenômeno da contratação ilegal (“*caporalato*”), muito difundido especialmente no setor agrícola na Itália pós-Segunda Guerra Mundial. Em particular, esse

1 No passado, a lei expressava explicitamente esta regra através do art. 1, parágrafo 1, da Lei n. 1369/1960. Embora a disposição acima mencionada tenha sido revogada em 2003, é opinião predominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a proibição de interposição ainda está em vigor, embora implicitamente, tendo em vista que as exceções a esse princípio constituem um *numerus clausus*.

fenômeno consistiu na exploração do trabalho por empresas que poderiam empregar trabalhadores subordinados, sem assumir o papel formal do empregador e, portanto, sem assumir as obrigações relacionadas.

A proibição de interposição permaneceu substancialmente inalterada até 1997, ano da introdução do chamado fornecimento de trabalho temporário pelo art. de 1 a 11 da lei n. 196/1997 (o chamado Pacote Treu).

Com o fornecimento de trabalho temporário, sem revogar a lei n. 1369/1960, o legislador havia introduzido uma exceção à proibição de interposição, permitindo que a empresa adquirisse trabalho subordinado, sem contratar diretamente o trabalhador, que lhe era “emprestado” pelo que se denominava agências de trabalho temporário.

O fornecimento de trabalho temporário foi assim concretizado através da estipulação de dois contratos interligados: o contrato de fornecimento de mão de obra estipulado entre a empresa fornecedora e a denominada empresa utilizadora; o contrato de trabalho temporário, estipulado, por tempo determinado ou indeterminado, entre a empresa fornecedora e o trabalhador subordinado.

Por meio dessa operação, houve de fato uma cisão entre a posição formal de empregador (correspondente à empresa fornecedora, obrigada a cumprir as obrigações de remuneração e contribuição para os trabalhadores) e a posição substancial (correspondente à empresa utilizadora). O trabalhador cedido à empresa utilizadora estava, de facto, integrado, no tempo da prestação, na organização desta que o dirigia e o empregava como seu próprio trabalhador subordinado (embora formalmente empregado pela agência de trabalho temporário).

Justamente pela natureza do fornecimento de mão de obra como derrogação do princípio geral, a lei de 1997 limitou as possibilidades de recurso a este instrumento, estabelecendo limites rigorosos que podem ser assim resumidos: *a)* a necessidade de a empresa fornecedora ser previamente autorizado pelo Ministério do Trabalho após a verificação de requisitos precisos de integridade e confiabilidade econômica; *b)* a possibilidade de fornecer trabalhadores apenas a título temporário; *c)* fornecimento permitido apenas para limitadas necessidades temporárias específicas da empresa utilizadora.

A introdução do trabalho temporário levantou um debate intenso na Itália, também na doutrina, com base na experiência adquirida em outros sistemas jurídicos nos quais o trabalho temporário demonstrou produzir efeitos positivos no emprego².

Em particular, verificou-se que o trabalho temporário sob a supervisão de órgãos públicos era capaz de facilitar a correspondência entre a oferta e a

2 Sobre o tema ver, para todos: M. T. CARINCI, *Art. 2127. La fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Milão, Giuffrè, 2000; C. ZOLI, *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, em F. CARINCI (org.), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna*, em *Adapt Labor Studies*, n. 40, p. 42 ss.

demanda de mão de obra e permitir que as empresas enfrentassem a necessidade de trabalho descontínuo.

Os artigos 1-11 da lei n. 196/1997 e a lei n. 1369/1960 foram posteriormente revogados pelo decreto legislativo n. 276/2003, que, ao reformar a disciplina do mercado de trabalho italiano, não revogou a proibição de interposição nem o regime de prestação de trabalho temporário.

O legislador de 2003, aliás, pretendia valorizar o trabalho temporário para ampliar as ocasiões de emprego, substituindo-o pelo “fornecimento de trabalho”.

O fornecimento de trabalho reproduz o mesmo esquema do trabalho temporário. Ou seja, a estipulação de dois contratos: o primeiro, denominado contrato de fornecimento de trabalho, estipulado entre a agência fornecedora (autorizada pelo Ministério do Trabalho) e a empresa utilizadora; o segundo, denominado contrato de trabalho através o fornecimento, estipulado, por prazo determinado ou por tempo indeterminado, entre a agência fornecedora e o trabalhador subordinado.

Como veremos nas páginas seguintes, as condições de acesso ao trabalho com agência de fornecimento de mão de obra são agora muito mais amplas do que no passado.

Após esta extensão, porém, e como já visto, apesar da sua revogação formal, a proibição de interposição de mão-de-obra ainda pode ser considerada em vigor, ainda que de forma implícita, pelo que a prestação de trabalho constitui uma das duas únicas exceções³ a esta proibição permitidas pelas normas trabalhistas atuais.

2. A diretiva europeia sobre o trabalho temporário

Antes de passar ao exame da disciplina italiana sobre o fornecimento de mão de obra, é necessário lembrar as regras previstas sobre o assunto pela Diretiva n. 2008/104/CE que, pelos princípios bem conhecidos da legislação da União Europeia, estabelece disposições que os sistemas jurídicos dos Estados-Membros devem respeitar, não sendo permitidas normas nacionais conflitantes.

A referida diretiva adota uma abordagem favorável ao fornecimento de trabalho, observando que «o trabalho temporário responde não só às necessidades de flexibilidade das empresas, mas também à necessidade de os trabalhadores conciliarem a vida privada e profissional» (considerando 11). O mesmo considerando destaca ainda que o fornecimento «contribui deste modo para a

3 A outra exceção à proibição de interposição é constituída pelo instrumento do destacamento, por meio do qual o empregador, para satisfação de interesse próprio, coloca temporariamente um ou mais trabalhadores à disposição de outro sujeito para o exercício de determinada atividade laboral (art. 30, Decreto Legislativo n. 276/2003).

criação de empregos, bem como para a participação e inserção no mercado de trabalho»⁴.

Isto não exclui, como a diretiva também indica, que os Estados-Membros podem prever restrições e proibições à utilização do fornecimento de mão de obra, se justificadas «por razões de interesse geral respeitantes, nomeadamente, à proteção dos trabalhadores, às exigências de segurança e saúde no trabalho e à necessidade de assegurar o bom funcionamento do mercado de trabalho, incluindo a prevenção de eventuais abusos».

Neste contexto, a legislação europeia exige que os legisladores nacionais respeitem determinados limites, considerados funcionais para atingir os objetivos mencionados.

Em poucas palavras, deve recordar-se que a diretiva exige, em primeiro lugar, a aplicação prática do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores fornecidos e trabalhadores diretamente contratados pela empresa utilizadora com mesmas tarefas. Na verdade, o art. 5 afirma que devem ser garantidas «enquanto durar a respectiva cedência ao utilizador, [condições] pelo menos iguais às condições que lhes seriam aplicáveis se tivessem sido recrutados diretamente pelo utilizador para ocuparem a mesma função».

Isto não impede que os Estados-Membros prevejam exceções a este princípio, inclusive possivelmente por maio da negociação coletiva, desde que «seja concedido aos trabalhadores temporários um nível de proteção adequado».

Desta forma, a diretiva tem o objetivo de evitar que o uso do fornecimento de mão de obra seja motivado por razões exclusivas de poupança de custos laborais.

De acordo com o objetivo de favorecer o encontro entre demanda e oferta de trabalho, a diretiva exige, por um lado, que os trabalhadores temporários sejam informados da existência de vagas na empresa utilizadora e, por outro, que seja decretada a nulidade das «cláusulas que proíbam ou tenham por efeito impedir a celebração de um contrato de trabalho ou o início de uma relação de trabalho entre a empresa utilizadora e o trabalhador temporário no termo da sua missão».

Por último, a legislação europeia obriga os Estados-Membros a limitar o uso do trabalho temporário apenas em caso de necessidades específicas. Ao contrário, como vimos, o trabalho temporário é visto favoravelmente pelos efeitos positivos que pode produzir no encontro entre demanda e oferta de trabalho.

Dito isto, no entanto, a diretiva exige que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para evitar abusos e, em particular, «para evitar cedências

4 Esta abordagem é claramente destacada em Corte Just. UE, de 11 de abril de 2013, C-290/12, que destaca, entre outras coisas, que a Diretiva 1999/70/CE não se aplica à relação de trabalho por tempo determinado com agência. Sobre o tema V. A. STIZIA, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 391/2019.

sucessivas com o propósito de contornar o disposto na presente diretiva» (artigo 5, parágrafo 5).

A este respeito, a Corte de Justiça da União Europeia especificou recentemente que o art. 5, parágrafo 5, primeira frase, da Diretiva 2008/104/CE «deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que não limita o número de cedências sucessivas que um mesmo trabalhador temporário pode cumprir na mesma empresa utilizadora e não faz depender a legalidade do recurso ao trabalho temporário da invocação de razões de caráter técnico, de produção, de organização ou de substituição que justificam esse recurso»⁵.

No entanto, os Estados-Membros são obrigados a adotar medidas para «preservar a natureza provisória do trabalho temporário» e para «evitar cedências sucessivas de um mesmo trabalhador temporário à mesma empresa utilizadora com o propósito de contornar as disposições da Diretiva 2008/104 no seu conjunto»⁶. Isso para evitar que o trabalho temporário na mesma empresa utilizadora se torne uma situação permanente para o trabalhador⁷.

No entanto, a fim de transpor a diretiva europeia, esta não exige que os Estados-Membros limitem o número de cedências sucessivas do mesmo trabalhador na mesma empresa utilizadora ou condicionem o uso dessa forma de emprego por tempo determinado à indicação de motivos de natureza técnica, produtiva, organizacional ou de substituição⁸.

Posteriormente, a Corte de Justiça da União Europeia esclareceu também que «o termo “temporariamente” não tem por objeto limitar a aplicação do trabalho temporário a lugares que não existissem de modo duradouro ou que devessem ser ocupados a título de substituição, uma vez que esse termo caracteriza não o lugar de trabalho que deve ser ocupado na empresa utilizadora, mas as modalidades de cedência de um trabalhador a essa empresa»⁹.

3. A estrutura do esquema contratual: o contrato de fornecimento de mão de obra

Conforme previsto, a prestação de trabalho é desempenhada através do vínculo negocial estabelecido entre dois contratos distintos¹⁰.

O primeiro destes contratos é de natureza comercial e é celebrado entre a agência de emprego (ou seja, a agência de trabalho, doravante AT) e a empresa utilizadora (doravante EU).

5 Corte Just. UE, 14 de outubro de 2020, C-681/18.

6 Corte Just. UE, 14 de outubro de 2020, C-681/18.

7 Corte Just. UE, 14 de outubro de 2020, C-681/18, ponto. 60.

8 Corte Just. UE, 14 de outubro de 2020, C-681/18, ponto. 42.

9 Corte Just. UE, 17 de março de 2022, C-232/20.

10 M. AIMO, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, em M. AIMO, D. IZZI (org.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Turim, 2014, p. 415 ss.

Este contrato realiza o intercâmbio entre a obrigação assumida pela AT de disponibilizar um ou mais dos seus trabalhadores e aquela assumida pela EU de pagar um montante que será determinado pelo somatório do salário e contribuição previdenciária devidos ao trabalhador com o valor devido à EU pelo serviço prestado.

A EU pode utilizar a prestação de trabalho (por tempo determinado ou indeterminado) respeitando determinados limites. Limites que, como veremos, por um lado, dizem respeito à agência fornecedora e, por outro, consistem na determinação das quantidades máximas de trabalhadores fornecidos que o utilizador pode utilizar, não sendo mais relevante os motivos que levaram EU a recorrer à AT¹¹.

3.1. O contrato de fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado

Conforme previsto, a atividade de arrendamento mercantil não pode ser exercida por qualquer pessoa, mas exclusivamente por agências autorizadas pelo Ministério do Trabalho, no qual foi constituído cadastro especial de AT.

O Ministério do Trabalho é chamado a emitir a respectiva autorização após avaliação positiva dos requisitos específicos previstos na lei, cuja permanência o mesmo Ministério é chamado a fiscalizar.

Em particular, a empresa que o requerer pode obter a autorização relativa apenas após avaliação positiva dos requisitos específicos constantes da lei, dos quais os mais relevantes são os seguintes:

- constituição do AT sob a forma de sociedade de capitais, cooperativa ou consórcio de cooperativas, com capital mínimo não inferior ao exigido por lei;
- sede social ou dependência no território italiano ou em outro Estado membro da UE e a garantia de que a atividade é desempenhada numa esfera distribuída em todo o território nacional e em qualquer caso não inferior a quatro regiões;
- a disponibilidade de escritórios em locais adequados ao uso específico e competências profissionais adequadas no setor dos recursos humanos ou das relações laborais;
- ausência de condenações criminais dos titulares de cargos de chefia e representação da AT por crimes de especial gravidade e, em qualquer caso, por crimes previstos na legislação laboral e previdenciária;
- estrutura organizacional da AT que é composta por divisões operacionais distintas no caso de sujeitos que exercem outras atividades diferentes do que a de fornecimento de trabalho;
- cumprimento regular de contribuições e obrigações previdenciárias;
- cumprimento das regras sobre o tratamento dos dados pessoais do trabalhador.

11 I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, Nápoles, 2018, p. 105 ss.

Após a verificação positiva dos requisitos acima mencionados, o Ministério do Trabalho emite uma autorização provisória que, após dois anos, pode tornar-se permanente.

3.2. As proibições de uso de fornecimento de mão de obra

Em qualquer caso, a lei italiana proíbe o uso de fornecimento de mão de obra com referência a algumas hipóteses específicas.

Em especial, nos termos do art. 32, do decreto legislativo n. 81/2015, é proibida a utilização de fornecimento de trabalho:

- a) para substituição de trabalhadores em exercício do direito de greve;
- b) nas unidades de produção em que, nos seis meses anteriores, tenham ocorrido despedimentos coletivos de trabalhadores com mesmas tarefas a que se refere o contrato de fornecimento, salvo se o contrato for celebrado para prever a substituição de trabalhadores ausentes ou com duração não superior a três meses;
- c) nas unidades de produção em que houver uma suspensão do trabalho ou uma redução das horas de trabalho no âmbito da caixa integração de renda, envolvendo trabalhadores com mesmas tarefas a que se refere o contrato de fornecimento;
- d) por empregadores que não tenham efetuado a avaliação de risco prevista pela legislação sobre proteção da saúde e segurança dos trabalhadores.

3.3. As condições do uso do fornecimento de mão de obra por tempo determinado

A hipótese mais frequente na prática é aquela em que a EU recorre à AT para solicitar o fornecimento de um ou mais trabalhadores para serem empregados em tarefas específicas por um período de tempo limitado (doravante FTD).

Além das limitações mencionadas acima, o art. 31, parágrafo 2, do decreto legislativo 81/2015 dispõe que o EU pode fazer uso da FTD até o limite de 30% do número de empregados por tempo indeterminado diretamente empregados pelo utilizador¹².

Dentro desta quota, no entanto, devem ser contabilizados quaisquer trabalhadores que trabalhem diretamente para EU também com contrato de trabalho por tempo determinado, que não pode exceder 20%. Para maior clareza, portanto, quando a EU tiver contratado um número de trabalhadores fornecidos por tempo determinado em proporção igual a 20% do pessoal empregado em regime permanente, pode recorrer a trabalhadores FDT por um número máximo de 10% dos trabalhadores por tempo indeterminado diretamente contratados.

12 P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, em WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 380/2018, p. 53 ss.

As percentagens acima indicadas podem ser alteradas, tanto para cima como para baixo, por negociação coletiva, de nível nacional, territorial ou empresarial, desde que sejam assinadas pelas organizações sindicais comparativamente mais representativas a nível nacional ou pelos seus representantes na empresa.

Para utilizar esse contrato como instrumento de aumento do emprego, a lei declara isenta de limites o fornecimento por tempo determinado dos trabalhadores em condição de maior dificuldade de emprego (demitidos coletivamente, desfavorecidos, que usufruem de benefício de desemprego há mais de seis meses).

3.4. As condições para o uso de fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado

Como no caso da FDT, o fornecimento de mão de obra por tempo indeterminado (doravante FTI) está sujeito a limites apenas de natureza quantitativa¹³. Ou seja, o EU que pretenda utilizar trabalhadores FTI pode fazê-lo desde que o número de trabalhadores fornecidos não exceda 20% do número de trabalhadores por tempo indeterminado, calculado em de 1º de janeiro do ano.

Há muito tempo contestada pelos sindicatos, a FTI agora está difundida no mercado de trabalho italiano, embora, por motivos que serão melhor destacados adiante, a contratação de trabalhadores da agência impõe custos mais altos do que se o trabalhador fosse empregado diretamente pelo utilizador.

Do ponto de vista da EU, o FTI tem vantagens indiscutíveis.

O primeiro deles é, sem dúvida, aquele pelo qual, em decorrência do fornecimento de mão de obra, a EU elimina o risco de ausência do trabalhador (por doença, maternidade, acidente, etc.), pois a AT tem obrigação de garantir o fornecimento para toda a duração do contrato.

A segunda vantagem pode ser identificada no facto de, sendo o trabalhador formalmente contratado pela AT, não ser necessário proceder ao seu despedimento para terminar a relação. Caso deixe de necessitar do trabalho oferecido pelo trabalhador fornecido, ou não goste do trabalhador enviado, a EU pode limitar-se a comunicar à AT, respetivamente, a rescisão do contrato de fornecimento ou o pedido de substituição do trabalhador.

Como se verá, tendo em vista a vantagem que a EU deriva da possibilidade de empregar o trabalhador fornecido sem assumir a onerosa posição de empregador, a lei obriga a AT a enfrentar a obrigação de fornecimento de mão de obra somente utilizando trabalhadores pela mesma diretamente contratados por tempo indeterminado.

13 P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 53 ss.

3.5. Os requisitos formais do contrato de fornecimento

Tendo em conta a natureza que a lei atribui ao fornecimento de mão de obra como instrumento excepcional de aquisição de trabalho subordinado na empresa, a lei exige que o contrato de fornecimento seja celebrado por escrito. A falta da forma escrita é sancionada com a nulidade do contrato e o consequente efeito para o qual os trabalhadores devem ser considerados em todos os aspetos contratados pelo utilizador (artigo 38, parágrafo 1, decreto legislativo n. 81/2015).

Em virtude da disposição do art. 33, decreto legislativo 81/2015, o contrato de fornecimento deve conter a indicação dos seguintes elementos:

- a. os detalhes da autorização ministerial da agência;
- b. o número de trabalhadores a serem fornecidos;
- c. a indicação de quaisquer riscos à saúde e segurança do trabalhador e as medidas de prevenção adotadas;
- d. a data de início e a duração prevista do fornecimento de mão de obra;
- e. as tarefas dos trabalhadores e a classificação dos mesmos;
- f. o local, o horário de trabalho e o tratamento económico e regulamentar dos trabalhadores.

Como os dois contratos por meio dos quais o fornecimento de mão de obra é realizado (contrato de fornecimento de mão de obra e contrato de trabalho) estão apenas funcionalmente relacionados, sendo celebrados por partes diferentes, o sistema jurídico tomou o cuidado de impor à agência a obrigação de informar o trabalhador em questão sobre a “cedência” na qual ele será empregado.

Na verdade, art. 33, parágrafo 3, do decreto legislativo 81/2015 prevê que as informações acima enumeradas contidas no contrato de fornecimento de mão de obra, bem como a duração previsível da cedência, devem ser comunicadas por escrito ao trabalhador pela agência no momento da celebração do contrato de trabalho ou no momento do envio em missão ao utilizador.

4. A estrutura do fornecimento de mão de obra: o contrato de trabalho

O compromisso assumido pela AT com a EU de enviar um ou mais trabalhadores para a administração é cumprido pela mesma por meio de seus próprios empregados.

Em outras palavras, o trabalhador que realizará seu próprio trabalho subordinado para a EU é contratado – e, portanto, formalmente empregado – pela AT.

O contrato de trabalho subordinado estipulado entre a AT e o trabalhador que será enviado em missão para a EU é um contrato de trabalho normal, ao qual se aplicam as regras gerais relativas às relações de trabalho subordinado, embora com algumas adaptações necessárias decorrentes da operação do fornecimento.

Procedendo em ordem, é de salientar que, no caso de FTD, a AT pode dar resposta ao pedido da EU através do envio tanto de trabalhadores contratados por tempo determinado como de trabalhadores contratados com contrato de trabalho por tempo indeterminado.

No primeiro caso, que é também o mais comum na prática, a AT, após ter estipulado o contrato de fornecimento de trabalho por tempo determinado, por sua vez, contratará o trabalhador que enviará em missão para EU. Neste caso, a duração do contrato por tempo determinado estará normalmente vinculada à duração do FTD.

No entanto, cabe aqui especificar que o art. 34, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 81/2015 dispõe que as regras gerais sobre os contratos por tempo determinado se aplicarão à relação de trabalho por tempo determinado estipulada pela AT com o trabalhador, com algumas exceções limitadas justificadas pela peculiaridade do esquema do fornecimento.

Daí decorre que a agência de trabalho fornecido pode empregar o trabalhador por um período máximo de 24 meses, para a execução de tarefas do mesmo nível e categoria jurídica. Esse limite máximo de tempo se aplica tanto ao contrato individual quanto à soma das durações de todos os contratos por tempo determinado, se houver, entre a mesma AT e o mesmo trabalhador.

Caso a duração do primeiro contrato por tempo determinado estipulado entre a AT e aquele determinado trabalhador seja igual ou inferior a 12 meses, o mesmo não deve indicar as exigências que levaram a AT a contratar o trabalhador. Pelo contrário, quando a contratação ocorra por um período superior a 12 meses (e por um período máximo de 24 meses), ou esse trabalhador já tenha trabalhado por tempo determinado para a mesma AT (sendo irrelevante a duração do contrato anterior), o contrato de trabalho por tempo determinado deve indicar as exigências da contratação que devem se enquadrar, sob pena de conversão da relação de trabalho em um vínculo por tempo indeterminado, entre as previstas na lei, ou seja:

- a. necessidades temporárias e objetivas, alheias às atividades ordinárias, ou necessidade de substituição de outros trabalhadores;
- b. necessidades relacionadas com aumentos temporários, significativos e não programáveis da atividade ordinária;

b-bis) necessidades específicas previstas nas convenções coletivas nos termos do art. 51 do decreto legislativo 81/2015.

Relativamente à eventualidade em que o contrato de trabalho por tempo determinado deve indicar as necessidades da contratação, de acordo com o disposto acima, o legislador esclareceu que essas necessidades devem referir-se à organização e à atividade da EU (art. 2, parágrafo 1-*ter*, decreto legislativo n. 87/2018, convertido na lei n. 96/2018). No contrato de trabalho por tempo determinado, a AT deve assim referir-se às necessidades, entre aquelas previstas pela lei, que levaram a EU a recorrer ao fornecimento de mão de obra.

Por outro lado, as disposições menos compatíveis com as peculiaridades do fornecimento não se aplicam à relação de trabalho por tempo determinado.

Em particular, não há limites ao número de trabalhadores por tempo determinado que a agência pode contratar para o fornecimento, assim como não deve haver um intervalo mínimo entre um contrato por tempo determinado e o seguinte com o mesmo trabalhador.

Conforme antecipado, a obrigação de fornecer trabalhadores por tempo determinado também pode ser cumprida pela AT através do envio de trabalhadores que tenha contratado por tempo indeterminado.

Essa é uma ocorrência frequente na prática quando a AT tem interesse em ter um funcionário permanente com habilidades que são particularmente procuradas pela UE e/ou difíceis de encontrar.

Neste caso, o trabalhador, contratado por tempo indeterminado pela AT, pode vir a desempenhar o seu serviço no contexto de sucessivas cedências por tempo determinado na mesma ou em diferentes EU.

Discurso diferente deve ser feito no caso de fornecimento por tempo indeterminado. Como já referido, a lei prescreve que a AT pode cumprir a obrigação de disponibilizar trabalhadores permanentes apenas enviando trabalhadores que por sua vez tenha contratado por tempo indeterminado.

5. A disciplina da relação de trabalho: poderes e obrigações das partes

O fornecimento de mão de obra altera a dinâmica normal da relação laboral ao produzir uma subdivisão dos poderes típicos do empregador (poder de direção, poder de controlo, poder disciplinar) que se dividem entre a AT e a EU¹⁴.

Em particular, os poderes e obrigações que estão ligados à titularidade formal da relação de trabalho permanecem com a AT.

A AT será a entidade obrigada a cumprir as formalidades administrativas obrigatórias (notificação da ativação da relação, alteração e rescisão do contrato de trabalho) e as obrigações salariais, de contribuição e de seguro relacionadas à execução do trabalho.

Em particular, será a AT que terá de pagar mensalmente o salário do trabalhador e periodicamente as contribuições previdenciárias e do seguro contra os acidentes no trabalho e doenças profissionais em relação ao serviço prestado pelo trabalhador.

Permanecerá também à AT o exercício do poder disciplinar, ou seja, o poder de aplicar sanções disciplinares ao trabalhador que não tenha cumprido corretamente as obrigações decorrentes da relação laboral.

14 L. GIASANTI, *Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato*, em M. AIMO, D. IZZI (org.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Turim, 2014, p. 500 ss.

Por outro lado, devido ao fato de que o trabalhador prestará seus serviços para EU, o poder de direção e o poder de controle são transferidos para a EU. Isso ocorre porque, claramente, como o trabalhador faz parte da organização da EU, é a EU que terá de organizar e coordenar a prestação e também supervisionar seu trabalho.

A divisão dos poderes do empregador que ocorre no fornecimento de mão de obra tem efeitos também nas obrigações e responsabilidades previstas em matéria de proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Em particular, a AT tem a obrigação de informar o trabalhador fornecido dos riscos de segurança e saúde associados às atividades produtivas em que irá trabalhar em cedência, bem como a obrigação de formá-lo e informá-lo no uso dos equipamentos necessários para realizar o trabalho para o qual foi contratado.

A EU será, por seu lado, obrigada a cumprir as mesmas obrigações de prevenção e proteção que lhe cabem em relação a todos os seus trabalhadores, podendo também ser delegada pela AT para cumprir as obrigações de informação e formação mencionadas acima.

6. O tratamento econômico e normativo do trabalhador

A disciplina legal visa evitar que o fornecimento de trabalho seja utilizado com o objetivo de evitar as proteções previstas para os trabalhadores subordinados e, em particular, para evitar que seja utilizado para economizar nos custos de mão de obra.

Para isso, o art. 35, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 81/2015 estabelece que, durante toda a duração da cedência na EU, o trabalhador tem direito a condições econômicas e normativas globais não inferiores às reconhecidas aos trabalhadores que desempenhem tarefas do mesmo nível diretamente contratados pela EU.

Isso significa que o tratamento econômico e normativo é parametrizado ao utilizado na EU e, portanto, normalmente ao tratamento previsto pelas convenções coletivas aplicadas por ela.

Esta norma tem como consequência imediata que, para a EU, o uso de um trabalhador fornecido implica um custo superior ao que a mesma teria de suportar caso contratasse o trabalhador diretamente. Isso porque a EU, além de ter que devolver ao AT o valor econômico correspondente à remuneração, contribuição e tratamento de seguro (não inferior aos aplicados para seus empregados diretos), também terá que pagar o custo do serviço prestado pela AT.

Para fortalecer a posição creditícia do trabalhador, o art. 35, parágrafo 2, do decreto-lei 81/2015 estabelece um regime de responsabilidade solidária entre a AT e a EU, de modo que esta última é solidariamente obrigada com a AT a

pagar aos trabalhadores fornecidos os salários e aos institutos de previdência social as contribuições previdenciárias.

Caso o trabalhador tenha sido contratado por tempo indeterminado pela AT, pode acontecer que o mesmo esteja em intervalo de inatividade, aguardando o retorno em missão. Durante este período de espera, o trabalhador, contratado por tempo indeterminado, mantém-se em condição de “disponibilidade”, o que o obriga a atender a chamada da AT. A lei prevê que a obrigação de disponibilidade seja remunerada mediante o pagamento de um subsídio ao trabalhador. O valor desse subsídio pode ser definido por acordo coletivo da agência ou, na sua falta, determinado pelo Ministério do Trabalho.

O sistema jurídico também visa evitar que os trabalhadores da agência, que normalmente trabalham juntos com os funcionários diretos da empresa utilizadora, possam estar sujeitos a condições inferiores às desses últimos.

Por esta razão, o art. 35, parágrafo 3, do decreto legislativo 81/2015 estabelece o direito dos trabalhadores da agência de acessar os sistemas de remuneração e incentivos previstos nos acordos coletivos da empresa utilizadora, bem como o direito de se beneficiar dos serviços sociais e assistenciais de que gozam os empregados da utilizadora que trabalham na mesma unidade de produção, excluindo aqueles cujo gozo está condicionado à filiação em associações ou cooperativas ou ao cumprimento de um determinado tempo de serviço.

Em termos de direitos sindicais, a inclusão do trabalhador na organização da EU implica o reconhecimento dos direitos sindicais dos trabalhadores desta última. Assim, está expressamente previsto que sejam reconhecidos aos trabalhadores da agência os direitos sindicais previstos no estatuto dos trabalhadores (lei 300/1970), bem como o direito de exercer na empresa utilizadora, durante toda a duração da cedência, os direitos de liberdade e atividade sindical, bem como participar nas reuniões sindicais dos trabalhadores das empresas utilizadoras (art. 36 do decreto legislativo n. 81/2015).

Por fim, é importante lembrar que o trabalhador fornecido não é contabilizado na força de trabalho da empresa utilizadora para fins de aplicação das previsões legais e contratuais que se referem ao número de empregados, com exceção das disposições relativas à proteção da saúde e segurança no trabalho.

7. As sanções previstas para fornecimento irregular e fraudulento de mão de obra

A lei reforça as regras ilustradas até agora, prevendo um sistema de sanções civis, criminais e administrativas no caso de a AT e a EU violarem alguns dos limites examinados¹⁵.

15 S. CIUCCIOVINO *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione dopo il Jobs Act*, em *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, p. 611 ss.

Em particular, o trabalhador fornecido tem o direito de solicitar a constituição de um vínculo de trabalho subordinado por tempo indeterminado diretamente com a EU, não apenas na hipótese de o contrato de fornecimento não ser celebrado por escrito ou de algumas informações terem sido omitidas, mas também nos casos em que: a utilizadora não tenha respeitado os limites quantitativos ou o fornecimento tenha ocorrido em casos proibidos por lei. Nesta eventualidade, se o juiz verificar que os limites acima mencionados foram violados, além de constituir o vínculo empregatício com a utilizadora, ele também ordenará que esta pague uma indenização entre um mínimo de 2,5 e um máximo de 12 meses do último salário utilizado para o cálculo do montante pago em caso de cessação do vínculo.

O trabalhador que pretende solicitar a constituição do vínculo com a empresa utilizadora é obrigado a expressar essa vontade no prazo de 60 dias a contar do término da missão com a EU, mediante recurso extrajudicial. Este recurso deverá ser acompanhado, sob pena de caducidade, no prazo de 180 dias a partir da apresentação do recurso perante o juiz do trabalho.

Para além das sanções civis já vistas, a lei prevê ainda a aplicação de sanções administrativas (art. 40 do decreto legislativo 81/2015), bem como sanções penais no caso de o fornecimento irregular ocorrer em condições de exploração (603-*bis* cod. pen.) ou com o objetivo específico de contornar disposições obrigatórias de lei ou acordo coletivo (art. 38-*bis*, decreto legislativo 81/2015).

Contratos e responsabilidade solidária

Lucio Imberti, Giuseppe Ludovico*

SUMARIO: 1. A noção de contrato no código civil italiano e a proibição da interposição. – 2. A definição atual de contrato para fins da legislação trabalhista e as sanções para o uso de contratos não genuínos. – 3.1. As proteções para os trabalhadores empregados pela empresa contratada: o artigo 1676 do código civil. – 3.2. As proteções para os trabalhadores empregados pela empresa contratada: responsabilidade solidária nos termos do artigo 29, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003. – 4. A responsabilidade solidária pela indenização dos danos decorrentes de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. – 5. Conclusões.

1. A noção de contrato no código civil italiano e a proibição da interposição

De acordo com o artigo 1655 do código civil italiano de 1942, o “*appalto*” «é o contrato pelo qual uma parte se compromete, com a organização dos meios necessários e com gestão por sua própria conta e risco, a realizar uma obra ou serviço em troca de uma contraprestação monetária».

O “*appalto*”, portanto, implica em uma obrigação de fazer: a empresa contratada se compromete com o comitente a realizar, utilizando sua própria organização material e pessoal (capital, estruturas, máquinas, trabalhadores) e assumindo o risco do negócio, uma obra concluída ou um serviço específico. Por outro lado, com o contrato de fornecimento de trabalho, a agência de trabalho assume uma obrigação de dar: enviar trabalhadores ao utilizador para que este os utilize, exercendo o poder de direção, de acordo com suas necessidades¹.

A linha de distinção entre os dois contratos é conceitualmente e juridicamente clara, mas o legislador italiano – a partir da década de 1950 – teve que registrar na prática o frequente uso distorcido de contratos (*appalti*) com o único propósito de contornar a disciplina protetora dos trabalhadores e, conseqüentemente, reduzir os custos da mão de obra. Em outras palavras,

* Embora este capítulo seja o resultado de uma reflexão conjunta dos dois autores na fase de redação, Lucio Imberti redigiu os parágrafos 1, 2, 3.1 e 3.2; Giuseppe Ludovico redigiu o parágrafo 4; finalmente, o parágrafo 5 foi redigido em conjunto e compartilhado pelos dois autores.

1 Ver *supra* I. ALVINO.

alguns comitentes recorreram aos contratos para usar mão de obra não contratada diretamente por eles, mas formalmente empregada pelos contratados sem verdadeira substância econômica e organizacional: estes últimos, longe de realizar uma obra ou serviço nos termos do artigo 1655 do Código Civil, simplesmente colocavam trabalhadores à disposição dos comitentes.

Em 1960 – após o inquérito e as avaliações de uma Comissão Parlamentar sobre as condições dos trabalhadores na Itália, que constatou a presença consistente do fenômeno dos chamados “contratos de mão de obra” – foi editada a lei n. 1369, contendo a “Proibição de intermediação e interposição no fornecimento de mão de obra e novas regulamentações sobre o uso de mão de obra em contratos de obras e serviços”.

Em particular, prevê-se que é vedado ao empresário contratar ou subcontratar ou sob qualquer outra forma, mesmo a sociedades cooperativas, simples prestações de execução de trabalho mediante a utilização de mão de obra contratada e paga pelo contratante ou intermediário, qualquer que seja a natureza da obra ou serviço a que se referem as prestações (art. 1, parágrafo 1) e será considerado como contrato para a mera execução de trabalho também qualquer forma de contratação ou subcontratação, inclusive para a execução de obras ou serviços, em que o contratado emprega capital, máquinas e equipamentos fornecidos pelo contratante, mesmo que um valor seja pago ao contratante por seu uso (art. 1, parágrafo 3).

Os trabalhadores empregados em violação a essas proibições são considerados, para todos os efeitos, como trabalhadores do empresário que de fato utilizou seus serviços, ou seja, o contratante (Art. 1(5)).

Essa lei é, portanto, drasticamente repressiva em relação ao fornecimento de mão de obra e, de qualquer forma, desconfia da terceirização, vista como um instrumento contratual de descentralização produtiva potencialmente prejudicial aos direitos dos trabalhadores².

Essa concepção começou a ser superada a partir da década de 1980, quando, na Itália, o modelo fordista clássico de organização empresarial – baseado principalmente na contratação direta de trabalhadores para todas as funções da empresa – foi progressivamente substituído por um novo modelo de empresa mais flexível do ponto de vista organizacional e que tendia a se concentrar mais em sua própria especialização, com recurso frequente e fisiológico a

2 M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, 3rd ed., Giappichelli, Turim, 2013, p. 3 ss, bem como, mais extensivamente, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro di altrui*, em *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milão, 2000, p. 11 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, t. 2, em *Comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, Milão, 2000, p. 407 ss.

contratos com partes externas³ para adquirir bens e serviços que poderiam ser fundamentais para a realização do negócio principal da empresa⁴.

A esse novo cenário econômico, o legislador – a partir da segunda metade da década de 1990 – respondeu com uma revisão das regulamentações sobre oferta e contratação de mão de obra.

Com relação ao fornecimento de mão de obra, a proibição absoluta inicial de interposição estabelecida pela lei n. 1369/1960 foi limitada, admitindo, dentro de uma estrutura detalhada de regras e proteções, a possibilidade de fornecimento de mão de obra a terceiros (nesse sentido, a lei n. 196/1997), depois revogando a lei n. 1369/1960 (art. 85, decreto legislativo n. 276/2003) e regulando de forma mais ampla o fornecimento de mão de obra (arts. 20 e seg. do decreto legislativo n. 276/2003 e agora arts. 30-40 do decreto legislativo n. 81/2015).

Com relação ao contrato, o artigo 29 do decreto legislativo n. 276 de 2003 define melhor a noção – e, conseqüentemente, as hipóteses de recurso legítimo a ela, bem como a distinção com relação ao fornecimento de mão de obra⁵ – e, ao mesmo tempo, estabelece regras para proteger o tratamento econômico e regulamentar dos trabalhadores empregados por empresas contratadas e subcontratadas.

Deve-se, no entanto, esclarecer explicitamente que a legitimidade do contrato não depende de forma alguma do tipo de atividade que é objeto do contrato – genérica ou especializada, realizada dentro ou fora das instalações do comitente, pertencente ao ciclo de produção dele, à sua atividade principal, ou não, todas hipóteses legítimas nos termos do artigo 41, parágrafo 1, da Constituição⁶ – mas apenas pela maneira concreta como o contrato é desempenhado, com especial atenção na maneira como a mão de obra é utilizada.

A esse respeito, a regulamentação atual do artigo 29, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 276/2003, que fornece uma definição específica de contrato para fins de legislação trabalhista, é de importância decisiva.

3 Sobre esse assunto, L. CORAZZA, *'Contractual integration' and labour relations*, Cedam, Pádua, 2004, p. 1 ss; A. PERULLI, *Esternalizzazione dei processi produttivi e nuovi lavori*, em *Diritto del lavoro*, 2000, I, p. 304 ss.

4 Ver V. R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica 'multisocietaria'*, em *Diritto del mercato del lavoro*, 1999, p. 49 ss.

5 Veja M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, em M. MAGNANI, P.A. VARESI (org.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Turim, 2005, p. 283 ss., bem como os escritos publicados em A. MARESCA (org.), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milão, 2009.

6 «A iniciativa econômica privada é livre».

2. A definição atual do contrato para fins da legislação trabalhista e as sanções para o uso de contratos não genuínos

O artigo 29, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 276/2003 afirma que «o contrato de trabalho, estipulado e regulado nos termos do artigo 1655 do Código Civil, distingue-se do fornecimento de mão-de-obra pela organização dos meios necessários por parte da empresa contratada, que também pode resultar, em relação às necessidades da obra ou do serviço objeto do contrato, do exercício do poder de organização e direção dos trabalhadores utilizados no contrato, bem como da assunção, pela mesma empresa contratada, do risco empresarial».

Com relação a essa regra, a doutrina tem entendido que não há uma nova noção de contrato, mas uma definição mais específica do mesmo para fins de legislação trabalhista: isso se dá por meio do reconhecimento explícito (com base na jurisprudência formada na interpretação da lei n. 1369/1960) da legitimidade – sob certas condições – dos chamados contratos “*labour intensive*” (como, por exemplo, contratos de limpeza, de vigilância e segurança, contratos de serviços de TI, contratos de serviços logísticos etc.), nos quais o impacto dos bens materiais que constituem o capital organizacional da empresa é reduzido e a organização “leve” resultante até mesmo do exercício dos poderes de direção e organização da empresa contratada se torna suficiente⁷.

Vinte anos de jurisprudência de mérito e legitimidade se encarregaram então de aplicar a regra a casos concretos, chegando a orientações já bastante consolidadas.

A esse respeito, a jurisprudência recentemente decidiu que há dois índices principais para distinguir um contrato regular de um fornecimento ilegal de mão de obra: o exercício do poder de direção pela contratada sobre seus funcionários e a assunção do risco empresarial pela contratada mesma⁸. Também foi esclarecido que «a diferença entre fornecimento de mão de obra e contratação de obra ou serviço, que é permitida pelo decreto legislativo n. 276 de 2003 sob certas condições, está no exercício efetivo do poder de direção da prestação de trabalho e na organização dos meios necessários da empresa pelo contratado, enquanto a mera existência de um poder organizacional de natureza administrativa por parte deste último, como, por exemplo, em matéria de férias ou licenças, é secundária»⁹. De acordo com esse último pronunciamento, no que diz respeito especificamente aos chamados contratos “intra-empresa” (internos

7 Nesses termos: L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, em *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 93/2009, p. 7 ss.

8 Trib. Alessandria, 7 de fevereiro de 2022, em *De Jure Database*.

9 Trib. Bari, 13 de janeiro de 2022, em *Banca Dati De Jure*.

à empresa contratante), caracterizados pela atribuição a um contratado externo de atividades estritamente ligadas ao ciclo de produção geral do contratante (atividade fim), a proibição de interposição de mão de obra sempre se aplica quando o contratado coloca uma prestação de trabalho à disposição do comitente, com apenas as tarefas administrativas da relação permanecendo com o contratado, sem qualquer organização real do serviço com o objetivo de um resultado de produção autônomo.

Nesses casos, portanto, é necessário, de tempos em tempos, proceder a uma análise detalhada de todos os elementos que caracterizam a relação entre as partes, a fim de verificar se a empresa contratada, assumindo o risco econômico da empresa, opera em condições de real autonomia organizacional e gerencial em relação à empresa contratante; se a empresa contratada está equipada com sua própria organização empresarial; se ela realmente assume o risco econômico inerente à atividade de produção que é objeto do contrato; e, finalmente, se os trabalhadores empregados para alcançar esses resultados são realmente dirigidos pela contratada e agem sob sua autoridade. Se esses elementos não forem encontrados, o contrato se tornará um fornecimento ilegal de mão de obra.

Por sua vez, a jurisprudência de legitimidade considerou que a distinção entre o contrato genuíno – referido no artigo 1655 do código civil e no artigo 29, parágrafo 1, do decreto legislativo n. 276 de 2003 – e o fornecimento irregular de mão de obra é identificada pela presença dos seguintes requisitos (para a existência do contrato genuíno): organização dos meios necessários pela contratada, com a especificação, no entanto, de que a organização dela também pode ser mínima, com a prevalência da capacidade de especialização da contratada mesma; o exercício pela contratada do poder de organização e direção com relação ao trabalho desempenhado; a assunção pela contratada do risco da empresa. Na ausência desses requisitos, há um fornecimento proibido de mão de obra, de modo que os trabalhadores são considerados empregados da empresa contratante¹⁰.

Além disso, foi posteriormente esclarecido «que o uso de equipamentos e bens do comitente não é relevante apenas quando a atividade contratada consiste essencialmente na execução de um mero serviço organizacional ou logístico e envolve material de valor modesto ou inapreciável, uma vez que a existência da organização efetiva e autônoma do trabalho pelo contratado pode ser relevante para fins de identificação de um contrato genuíno. Em vez disso, quando a atividade implica a execução de atividades mais complexas, a mera gestão organizacional da relação (por exemplo, férias, licenças, turnos etc.) não é suficiente para excluir a existência de uma interposição irregular de mão de obra»¹¹.

10 Cass. civ. 18 de maio de 2021, n. 13143; Cass. civ. 27 de abril de 2022, n. 13182.

11 Cass. civ. 7 de fevereiro de 2022, n. 3768.

Essencialmente, a Corte de Cassação, em outra sentença, considerou que, para que exista um contrato genuíno de obras ou serviços no sentido do artigo 29, parágrafo 1, do decreto legislativo 276/2003, é necessário verificar, especialmente no caso de contratos “*labour intensive*”, que o contratado foi encarregado da realização de um resultado autônomo, a ser alcançado por meio de uma organização autônoma e efetiva do trabalho, com real sujeição ao poder de direção e controle sobre seus empregados, utilização de seus próprios meios e assunção por ele do risco da empresa, por outro lado, deve ser reconhecida uma interposição ilícita de mão de obra – ou seja, um fornecimento ilícito de mão de obra – quando o poder de direção e organização é inteiramente confiado ao comitente, sendo irrelevante a falta de escolha dos trabalhadores por parte do contratante, pois na interposição ilícita de mão de obra é comum que o comitente confie no intermediário, que seleciona os trabalhadores e depois os disponibiliza para o verdadeiro empregador¹².

De acordo com o artigo 29, parágrafo 3-*bis*, do decreto legislativo n. 276/2003, quando o contrato for celebrado em violação às disposições do artigo 29, parágrafo 1, o trabalhador pode solicitar o reconhecimento de um vínculo empregatício com a parte que utilizou o serviço¹³, ou seja, o comitente, na maioria dos casos uma parte mais sólida do ponto de vista econômico e organizacional.

Essa sanção imposta ao comitente explica a razão pela qual que o contencioso relativo à qualificação do contrato como um legal ou como um contrato de fornecimento (illegal) ainda é particularmente significativo.

As Seções Unidas da Suprema Corte de Cassação também especificaram que, no que diz respeito à interposição de mão de obra, quando sua ilegitimidade é verificada e a existência de uma relação de emprego de duração indefinida com o comitente é declarada, o não restabelecimento material do vínculo empregatício por parte do comitente não exclui a obrigação deste último de pagar os salários a partir da data da notificação¹⁴.

Deve-se observar, entretanto, que a imputação da relação ao contratante não é aplicável no caso de contratos da Administração Pública¹⁵, tanto por causa do art. 1, parágrafo 2¹⁶ do decreto legislativo n. 276/2003, quanto, de modo mais

12 Cass. civ. 25 de junho de 2020, n. 12551.

13 Ver Ap. Milão, 8 de outubro de 2021, no caso *Banca Dati De Jure*, segundo o qual a contratação de mão de obra constitui uma transação indireta em fraude à lei, nos termos do artigo 1344 do código civil, na medida em que utiliza um esquema típico, o do contrato, para atingir um objetivo que é normativamente proibido nos termos do artigo 29 do decreto legislativo n. 276 de 2003, com a conseqüente nulidade da relação de trabalho com o contratado e nulidade do contrato entre contratante e contratado, permanecendo válida e eficaz apenas a relação que de fato ocorreu entre o trabalhador e o beneficiário dos seus serviços.

14 Cass. civ. Seç. Un., 7 de fevereiro de 2018, n. 2990.

15 Cass. civ. 7 de fevereiro de 2022, n. 3768, sobre a inaplicabilidade da sanção civil às chamadas empresas “*in house*”, com participação pública no capital.

16 «Este decreto não se aplica a administrações públicas e seus funcionários».

geral, por causa da restrição decorrente do art. 97, parágrafo 4, da Constituição, segundo o qual «o emprego nas administrações públicas é por concurso, exceto nos casos estabelecidos por lei».

Além da sanção civil da imputação da relação, há também sanções administrativas (art. 18, decreto legislativo n. 276/2003) e sanções penais (art. 38-*bis*, decreto legislativo n. 81/2015; art. 603-*bis*, cod. pen.).

3. As proteções para trabalhadores empregados pela empresa contratada: o artigo 1676 do código civil

Desde o código civil de 1942, o legislador italiano considerou apropriado fornecer formas especiais de proteção para os empregados da contratada, mesmo no caso de uso legal do contrato.

A primeira e mais antiga disposição que salvaguarda especificamente os «direitos dos trabalhadores do contratado» é precisamente o artigo 1676 do código civil¹⁷, segundo o qual «aqueles que, a serviço do empreiteiro, tiverem prestado seus serviços para executar a obra ou prestar o serviço poderão mover uma ação diretamente contra o comitente para obter o que lhes é devido, até o montante da dívida que o comitente tiver com o empreiteiro no momento em que apresentarem a reclamação».

A ação, como a jurisprudência de legitimidade estabeleceu claramente, baseia-se em quatro pré-requisitos: 1. a existência de uma relação de trabalho subordinado com o contratado que, com a organização dos meios necessários e com a gestão por sua conta e risco, realiza uma atividade destinada à conclusão de uma obra ou serviço para um comitente específico em troca de remuneração; 2. a execução do trabalho para a conclusão dessa obra ou serviço específico contratado por esse comitente; 3. a existência de um crédito trabalhista dos referidos trabalhadores, que não foi cumprido pelo contratado ou empregador; 4. ao mesmo tempo, a existência de um crédito do contratado contra o comitente em relação à conclusão da obra ou serviço contratado.

Se todos esses elementos forem atendidos, a lei prevê que os trabalhadores, ao moverem uma ação contra o comitente, podem obter diretamente deste último a menor soma entre o que lhes é devido em razão da relação de emprego e o que é devido pelo comitente ao contratante em relação ao contrato da obra ou serviço¹⁸.

17 Ver, na doutrina do direito do trabalho, M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 474 ss.; L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1997, I, p. 79-81.

18 Cass. civ. 14 de março de 2001, n. 3559, em *Giur. it.*, 2001, p. 1883, onde também se afirma que «com a ação prevista no artigo 1676 do Código Civil, os trabalhadores reivindicam um direito próprio» e que o comitente «torna-se o devedor direto dos trabalhadores ... além do

A jurisprudência de legitimidade e mérito, no entanto, interpretou a regra de forma restritiva, sustentando que a ação direta nos termos do artigo 1676 do código civil está prevista com referência apenas ao crédito acumulado pelo empregado em virtude da atividade desempenhada para a execução da obra ou da prestação do serviço coberto pelo contrato, e não também com referência a outros créditos, mesmo que relacionados à mesma relação de emprego¹⁹.

À luz desses elementos, tem-se observado na doutrina que o artigo 1676 do código civil prevê uma ação excepcionalmente concedida para maior proteção dos trabalhadores contra aqueles que, embora permaneçam alheios às relações individuais de trabalho, ainda assim se valeram do resultado da prestação dos trabalhadores do contratante e que «a utilização do acaao processual, ..., pres-supõe, ..., o direito substantivo, ou seja, o direito do trabalhador de acionar seu crédito trabalhista diretamente contra o *debitor debitoris*»²⁰, sem prejuízo, é claro, do direito do trabalhador de mover uma ação também contra o contratado ou seja o seu empregador²¹.

Além disso, não obstante a redação literal da norma, acredita-se que a demanda previsto no artigo 1676 do código civil também pode ser azionada extrajudicialmente²², por meio de notificação formal dirigida ao contratante com «referência expressa à responsabilidade do comitente pelas dívidas trabalhistas contraídas com o contratado»²³. Após o pedido judicial, o comitente se junta ao contratado solidariamente na posição devedora²⁴, embora nos limites da dívida existente no momento em que o pedido é feito²⁵. Além disso, uma vez

contratado-empregador, o único devedor original». Consulte também Cass. civ. 24 de outubro de 2007, n. 22304, em *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 518.

19 Cass. civ., 17 de dezembro de 2019, n. 33407; Cass. civ., 19 de novembro de 2010, n. 23489; Corte Apelação Potenza, 16 de maio de 2017, em *Banca Dati De Jure*, Trib. Roma, 29 de setembro de 2021, em *Banca Dati De Jure*.

20 Nesses termos, B. MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lavoro* 80, 1988, p. 842. Cf. com referência à hipótese de subcontratação, Cass. civ. 9 de agosto de 2003, n. 12048, onde se afirma que, de acordo com o art. 12 das disposições preliminares, o art. 1676 cod. civ. também se aplica aos «empregados do subcontratado (contra o subcontratante). O subcontrato, de fato, nada mais é do que um verdadeiro e próprio contrato, com a única particularidade de que, como um contrato derivado, ele depende do contrato que constitui seu pré-requisito, de natureza idêntica, estipulado antes». Em termos semelhantes, mais recente, Cass. civ. 16 de outubro de 2017, n. 24368.

21 Veja, a esse respeito, Cass. civ. 10 de julho de 1984, n. 4051, em *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1744.

22 Cass. civ. 19 de abril de 2006, n. 9048; Cass. civ. 14 de março de 2001, n. 3559; Pret. Avezzano, 11 de julho de 1989, em *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2192.

23 Trib. Bologna, 8 de junho de 2007, em *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 517.

24 Cass. civ., 14 de março de 2001, n. 3559.

25 Veja Trib. Turim, 11 de março de 2005, em *Giur. piemontese*, 2006, p. 84, que afirma que são irrelevantes as dívidas do contratante no momento em que o pedido foi apresentado, referentes a outros períodos ou outras obras ou serviços prestados pelo mesmo contratado, e Trib. Monza, 12 de junho de 2002, em *Giur. milanese*, 2002, p. 363, segundo o qual cabe ao empregado do contratado provar a dívida do contratante no momento do pedido.

que o pedido tenha sido feito, o comitente não poderá mais pagar o contratado e, se pagar, não será liberado de sua obrigação com os trabalhadores do contratado²⁶.

Problemas específicos são gerados pelo possível conflito entre a cessão pelo contratado de créditos relativos ao contrato e a reivindicação dos trabalhadores nos termos do art. 1676 cod. civ.: em qualquer caso, de acordo com a orientação predominante, o ato notificado (ou comunicado) pela primeira vez ao contratado deve ser considerado vinculativo para ele²⁷.

A jurisprudência de mérito e legitimidade é, então, unânime em afirmar que a ação direta prevista no art. 1676 cod. civ. é independente dos fatos econômicos do contrato a que se refere, uma vez que o crédito é devido aos trabalhadores do contratante por título próprio, reconhecido não em substituição ao devedor, mas diretamente²⁸. Daí decorre que o interesse creditório dos trabalhadores pode ser satisfeito, por meio da ação prevista no art. 1676 cod. civ., preferencialmente aos demais credores do contratado²⁹.

Por fim, é de especial relevância o âmbito geral de aplicação do art. 1676 cod. civ., que se refere aos contratos públicos³⁰ e privados, bem como, no lado passivo da obrigação, tanto aos comitentes empregadores, quanto todos os comitentes que não realizam atividades comerciais ou profissionais.

26 Cass. civ., 19 de abril de 2006, n. 9048; Cass. civ., 14 de março de 2001, n. 3559; Trib. Venezia, 19 de janeiro de 2022, em *Banca Dati De Jure*. Cf. Trib. Turim, 15 de maio de 2004, in *Giur. piemontese*, 2004, 433, que, por outro lado, considera relevante apenas o momento da apresentação do pedido judicial para determinar a existência e o valor da dívida do contratante.

27 Veja, a esse respeito, Cass. civ., 14 de junho de 2002, n. 8608, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 911: «deve-se afirmar que antes da comunicação da cessão do crédito do contratado, o comitente deve pagar os trabalhadores do contratado mesmo, de acordo com o art. 1676 cod. civ.; após a comunicação - ... - o comitente deve pagar somente ao cessionário, porque então o pagamento aos empregados não tem efeito liberatório». Veja também Pret. Avezzano, 11 de julho de 1989, citado acima, segundo o qual prevalece a parte que primeiro notificou a cessão ou o pedido de pagamento direto nos termos do art. 1676 cod. civ.

28 Cass. civ., 14 de março de 2001, n. 3559. Veja Trib. Roma, 5 de outubro de 1988, em *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 544, segundo o qual «o artigo 1676 do Código Civil tem ... precisamente a finalidade de fornecer aos empregados do contratado uma garantia particular para o caso de dificuldades, principalmente econômicas, de seu empregador, permitindo excepcionalmente a satisfação de créditos, dentro dos limites previstos pela norma, pelo comitente»; Trib. Grosseto, 3 de maio de 2005, em *Lav. giur.*, 2006, p. 193.

29 Cf. Pret. Avezzano, 11 de julho de 1989, citado anteriormente; Trib. Roma, 5 de outubro de 1988, citado anteriormente.

30 Veja Cass. civ., 28 de julho de 2009, n. 17497; Cass. civ., 10 de julho de 1984, n. 4051; App. Firenze, 28 de outubro de 2021, em *Banca Dati De Jure*; Trib. Bari, 16 de novembro de 2021, em *Banca Dati De Jure*.

3.1. As proteções para os trabalhadores empregados pela empresa contratada: responsabilidade solidária nos termos do artigo 29, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003

Atualmente, nas hipóteses de legítimo recurso aos contratos e subcontratos, o principal instrumento de proteção dos créditos dos trabalhadores é a responsabilidade solidária entre o empregador formal (contratado ou subcontratado) e as demais partes (contratante e subcontratantes) que se valem indiretamente dos serviços desses trabalhadores, permanecendo fora da relação de emprego.

O art. 29, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003 estabelece que «no caso de contratos de obras ou serviços, a empresa contratante é solidariamente obrigada com a empresa contratada, bem como com cada um dos subcontratantes eventuais, dentro de um limite de dois anos a partir do término do contrato, a pagar aos trabalhadores seus salários, incluindo as indenizações por cessação do vínculo, bem como as contribuições previdenciárias e os prêmios de seguro devidos em relação ao período de execução do contrato, excluindo no caso das contribuições qualquer solidariedade para as sanções civis pelas quais apenas a parte responsável pela violação é obrigada».

Conforme apontado pela jurisprudência da legitimidade³¹, essa é uma responsabilidade especial do comitente, que pressupõe uma operação econômica totalmente legal e genuína, no contexto da qual o trabalhador permanece empregado pelo empregador contratado: o comitente está, no entanto, envolvido na gestão da dívida da relação de trabalho pois o contrato visa, em última análise, satisfazer seus interesses organizacionais de produção.

Em outras palavras, com essa disposição, o sistema jurídico pretendeu perseguir o objetivo de regular a cadeia de contratos, assegurando que os trabalhadores de pequenas e microempresas subcontratadas tivessem oportunidades de proteção até então não reconhecidas, evitando o risco de que os mecanismos de descentralização e a dissociação entre a titularidade do contrato de trabalho e a utilização do serviço prejudicassem os trabalhadores utilizados na execução do contrato comercial³².

A redação da disposição já deixa claro que ela abrange todos os casos de trabalho prestados no contexto dos contratos, sem prever limitações da responsabilidade do comitente em termos quantitativos (o art. 29, parágrafo 2, não prevê – ao contrário do art. 1676 cod. civ. – o limite da dívida que o comitente tem com a empresa contratada) e sem qualquer possibilidade de isenção da mesma responsabilidade por meio de cláusulas contratuais.

A responsabilidade solidária funciona, portanto, independentemente de o comitente ter proibido contratualmente a subcontratação (tornando responsável

31 Cass. civ. 25 de janeiro de 2022, n. 2169.

32 Cass. civ., 21 de outubro de 2020, n. 22997.

também perante os empregados do subcontratado)³³ ou de ele não ter conhecimento da natureza subordinada da relação de emprego entre o contratado e a pessoa que desempenha o trabalho previsto no contrato³⁴, estendendo-se até mesmo a relações de emprego subordinadas não regularmente estabelecidas entre o contratado e os trabalhadores utilizados na execução do contrato.

A *ratio* da regra é, portanto, estender a garantia patrimonial em favor dos trabalhadores, que podem atacar tanto o patrimônio do próprio empregador quanto o do comitente, alcançando um balanceamento entre os interesses opostos, por um lado, prevendo um limite de tempo para o exercício da ação do funcionário e, por outro lado, limitando o objeto da responsabilidade conjunta e solidária à remuneração e às contribuições³⁵.

Nesse último aspecto, a Corte de Cassação tem afirmado repetidamente que a responsabilidade solidária do comitente com o contratado deve ser interpretada estritamente no sentido da natureza apenas retributiva dos emolumentos que o empregador é obrigado a pagar a seus funcionários³⁶ e, por exemplo, excluiu a aplicabilidade do regime de responsabilidade solidária às quantias pagas a título de indenização por danos por despedimento ilegal³⁷, redução unilateral ilegal da jornada de trabalho³⁸, ou em relação a vale-refeição e indenização por férias³⁹.

Além disso, de acordo com a jurisprudência, caso a contratada não cumpra com a obrigação de apresentar o documento único de regularidade contributiva (DURC) que certifica o pagamento regular das contribuições previdenciárias, o comitente tem o direito de suspender o pagamento devido ao contratante nos termos do artigo 1460 cod. civ., tendo em vista a natureza sinalgmática da relação contratual e a exposição do comitente ao risco de ser solidariamente responsável pelo pagamento das dívidas relativas às contribuições previdenciárias nos termos do art. 29, parágrafo 2⁴⁰.

Da mesma forma, o prazo de caducidade de dois anos serve para conciliar a posição de crédito do trabalhador com a necessidade do comitente de limitar temporariamente a permanência de sua obrigação⁴¹.

A esse respeito foi considerado que – no caso de uma sucessão ininterrupta de vários contratos com o mesmo contratante – o prazo de caducidade de dois

33 Cass. civ., 25 de outubro de 2019, n. 27382.

34 Veja, na jurisprudência sobre o mérito, Corte Ap. Veneza, 18 de outubro de 2022, em *Banca Dati De Jure*, segundo a qual a responsabilidade solidária é indiferente ao *status* subjetivo do comitente e independe da boa-fé ou confiança induzida pelo contratado.

35 Veja também Cass. civ., 25 de janeiro de 2022, n. 2169.

36 Veja, recentemente, na jurisprudência Trib. Veneza, 19 de janeiro de 2022, cit.

37 Cass. civ. 30 de outubro de 2018, n. 27678.

38 Cass. civ. 6 de novembro de 2019, n. 28517.

39 Cass. civ. 19 de maio de 2016, n. 10354.

40 Cass. civ. 9 de fevereiro de 2022, n. 4079.

41 I. ALVINO, *Art. 29, D.Lgs. n. 276/2003*, em R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (eds.), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milão, 2020, p. 2145.

anos previsto no art. 29, parágrafo 2, para acionar a responsabilidade solidária do comitente deve ser contado a partir do término da relação contratual, ou seja, do último contrato, e não a partir do término dos contratos individuais entre o comitente e o contratante em relação ao mesmo contrato. De fato, a necessidade de garantir uma proteção ampla e eficaz do trabalhador levou a Cassação a excluir que o *dies a quo* do prazo de caducidade de dois anos possa ser contado a partir da data de expiração dos contratos individuais, tanto porque essa data pode não ser conhecida pelo trabalhador quanto porque essa solução poderia se prestar a contornar garantia fornecida pelo legislador por meio de uma “fragmentação” do trabalho por meio de uma pluralidade de relações contratuais formalmente distintas. Em consonância com a *ratio* do art. 29, parágrafo 2, o prazo de caducidade para a ação contra o comitente foi, portanto, ancorado no dado factual, imediatamente perceptível pelo beneficiário da garantia, representado pela cessação efetiva do contrato entre contratante e contratado⁴².

Além disso, foi afirmado que o prazo de caducidade de dois anos não é aplicável a ações movidas por instituições de previdência social, que estão sujeitas apenas ao prazo prescricional, uma vez que a obrigação de pagar contribuições não se confunde com a obrigação de pagar salários⁴³. De fato, a relação de emprego e a relação previdenciária, embora conectadas, permanecem inteiramente diferentes, e a obrigação de pagar contribuições ao INPS, é distinta e autônoma em relação à obrigação de pagar as retribuições sendo de natureza também indisponível.

Além disso, diferentemente do que está previsto no art. 1676 cod. civ., a responsabilidade solidária não se aplica quando o comitente é uma pessoa física não envolvida em atividades comerciais ou profissionais (art. 29, parágrafo 3-*bis*, decreto legislativo n. 276/2003) e para contratos da administração pública⁴⁴. Com relação a esse último aspecto, entretanto, deve-se observar que o art. 29, parágrafo 2, é aplicável a empresas com participações públicas⁴⁵.

Além disso, a Corte Constitucional⁴⁶ afirmou que o âmbito de aplicação da responsabilidade solidária do artigo art. 29, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003 deve ser estendido ao contrato de fornecimento da lei n. 192/1998.

42 Cass. civ. 10 de março de 2022, n. 7815.

43 Cass. civ. 2 de setembro de 2021, n. 23788, que também especifica que não seria coerente com o sistema jurídico «a possibilidade, mesmo implicitamente prevista pela lei como efeito fisiológico, de que o pagamento de um salário após a ação prontamente proposta pelo empregado não possa ser seguido também pelo cumprimento da obrigação de pagar a contribuição apenas porque o instituto de previdência social não apresentou seu pedido no prazo de dois anos a partir do término do contrato; em outras palavras, o vínculo entre o salário devido (...) e cumprimento da obrigação de pagar contribuições seria quebrado, sem qualquer razão lógica e jurídica plausível, causando, assim, um *in ius* na proteção do trabalhador que, por outro lado, o mencionado art. 29 buscava reforçar». Veja também Cass. civ. 25 de agosto de 2022, n. 25338; Cass. civ. 25 de outubro de 2019, n. 27382.

44 Cass. civ. 7 de julho de 2014, n. 15432.

45 Cass. civ. 13 de outubro de 2022, n. 30100; Cass. civ. 28 de outubro de 2021, n. 30602.

46 Corte Const. 6 de dezembro de 2017, n. 254.

Isso se baseia na consideração de que «a *ratio* da introdução da responsabilidade solidária do comitente – que é evitar o risco de que os mecanismos de descentralização e de dissociação entre a titularidade do contrato de trabalho e o uso do serviço sejam em detrimento dos trabalhadores usados na execução do contrato comercial – não justifica uma exclusão (...) da garantia fornecida para os funcionários do subcontratante, uma vez que a proteção da pessoa que garante atividade de emprego indireto não pode deixar de se estender a todos os tipos de descentralização». Esse pronunciamento da Corte Constitucional é, no entanto, uma fonte de novas dúvidas interpretativas⁴⁷, devido à identificação não ambígua dos casos aos quais a responsabilidade solidária pode ser considerada estendida.

4. A responsabilidade solidária pela indenização dos danos decorrentes de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais

Uma hipótese particular de responsabilidade solidária do comitente é regida pelo art.26, parágrafo 4, do decreto legislativo n. 81/2008 (doravante T.U.), que implementou, com certas alterações, a disposição inicialmente contida no art. 7, parágrafo 3-*bis*, do decreto legislativo n. 626/1994, que, por sua vez, foi introduzido pelo art. 1, parágrafo 910, da lei n. 296/2006 (Lei do Orçamento de 2007). Em sua redação atual, a disposição prevê que «Sem prejuízo das disposições da lei em vigor relativas à responsabilidade solidária pelo incumprimento do pagamento de salários e contribuições previdenciárias, o contratante principal será solidariamente responsável com o contratado, bem como com cada um dos subcontratados, por todos os danos pelos quais o trabalhador, empregado pelo contratado ou subcontratado, não seja indenizado pelo Instituto Nacional de Seguros contra Acidentes de Trabalho (Inail) ou pelo Instituto de Previdência do Setor Marítimo (Ipsema)», com a exclusão de «danos resultantes dos riscos específicos próprios da atividade dos contratados ou subcontratados».

Em uma primeira leitura, o conteúdo da disposição parece muito claro, sua função é fortalecer o pedido de indenização dos danos pelos quais o trabalhador não tenha recebido benefícios pelos institutos previdenciários. Em uma análise mais aprofundada, no entanto, sua redação apresenta problemas significativos de interpretação que devem ser abordados, começando pela definição dos limites de aplicação da responsabilidade solidária e, em seguida, passando para a identificação de seus pressupostos.

Em primeiro lugar, a intenção legislativa de limitar a intervenção da solidariedade a certos tipos de riscos é evidente, mas eles são definidos de forma negativa,

47 Ver G. LUDOVICO, *La responsabilità solidale oltre il contratto di appalto e di subfornitura*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, pp. 497 seg.; I. ALVINO, *Art. 29*, cit., 2153 e as referências doutrinárias relevantes.

excluindo os riscos específicos que são próprios dos contratados e subcontratados. Para definir positivamente o escopo da responsabilidade solidária, é necessário, portanto, identificar os riscos que não são específicos próprios dos contratados ou subcontratados. Excluindo-se que poderiam ser os riscos específicos do contratante, pelos quais este responderia diretamente sem a necessidade de solidariedade, é inevitável concluir que o legislador pretendeu se referir aos riscos comuns às diversas empresas envolvidas na execução do contrato que, como tais, não são especificamente atribuíveis aos contratados ou subcontratados.

De fato, vale a pena lembrar que, de acordo com o art. 26, o comitente é chamado não apenas para verificar a capacidade técnica e profissional dos contratados (parágrafo 1) e para exercer um papel importante na promoção e coordenação das atividades de prevenção dos riscos (parágrafo 2), mas também é obrigado a elaborar um documento único que avalie os riscos devidos à interferência entre as empresas envolvidas no contrato, exceto para os «riscos específicos próprios das atividades das empresas contratadas ou trabalhadores autônomos individuais» (parágrafo 3).

Com relação à fundamentação da responsabilidade, argumentos sistemáticos levam à conclusão de que o contratado e o subcontratado são responsáveis com os próprios empregados com base na culpa pela violação da obrigação de segurança consagrada no artigo 2087 cod. civ..

Se os contratados e subcontratados são responsáveis com base na responsabilidade contratual, o mesmo não pode ser dito do contratante, que é chamado a responder pelas ações de outros de acordo com uma regra de imputação objetiva.

Pode-se dizer, então, que o contratante é objetivamente responsável⁴⁸ por meio da responsabilidade aquiliana⁴⁹ pelos danos causados pelo incumprimento

48 Reconhecem a imputação objetiva de responsabilidade solidária: G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, p. 567 seg.; V. SPEZIALE, *Le aziende sottoposte a procedura concorsuale, la sicurezza del lavoro negli appalti e gli appalti di opere o servizi*, em R. BORTONE, G. FONTANA (org.), *La Finanziaria e il lavoro. La tutela dei lavoratori nella legge finanziaria per il 2007*, Ediesse, Roma, 2007, p. 43; S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, p. 36; F. SCARPELLI, *Le responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in *Note Informative*, 2007, n. 40, p. 32-33; P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, em *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 73/2008, p. 117-118.

49 *Contra* P. ALBI, *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, em *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milão, 2008, p. 199 e ss. e 202, que, configurando os deveres de prevenção do comitente como obrigações contratuais que integram *ex lege* o contrato de trabalho, reconhece a mesma natureza à responsabilidade solidária. No mesmo sentido, com relação à natureza contratual das obrigações preventivas do comitente, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, cit., p. 154, bem como L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Pádua, 2004, p. 188 seg., que se refere à disposição – idêntica ao atual art. 26 – contida no art. 7 do decreto legislativo n. 626/1994.

contratual do contratado, que, por sua vez, de acordo com a responsabilidade contratual, é chamado junto com o comitente a responder eventualmente pelo ilícito contratual do subcontratado. O comitente, portanto, assume o “risco da culpa”⁵⁰ do contratado, que se torna o pressuposto para sua responsabilidade⁵¹, de acordo com um esquema semelhantes ao art. 2049 cod. civ., pelo qual o empregador é objetivamente responsável pelos atos ilícitos dolosos ou negligentes dos próprios empregados, desde que cometidos no desempenho de suas funções⁵².

A solidariedade indenizatória do art. 26, parágrafo 4, do T.U. refere-se, portanto, à diferença monetária entre a indenização e os benefícios pagos pelos institutos previdenciários, que corresponde tanto aos chamados danos “diferenciais”, que se referem aos títulos de danos incluídos na cobertura do seguro social, quanto aos chamados danos “complementares”, que se referem a danos completamente estranhos à proteção social do INAIL⁵³.

A expressão utilizada pelo legislador para definir os danos indenizáveis solidariamente traz outros problemas significativos em termos de interpretação e aplicação. Em especial, trata-se de entender se os danos não indenizáveis pelo INAIL são apenas aqueles excluídos do seguro social ou se nessa categoria também se incluem os danos decorrentes dos eventos alheios à proteção previdenciária⁵⁴, como, por exemplo, o exercício ilegal do poder disciplinar ou despedimento⁵⁵. A resposta negativa parece ser a mais coerente com o critério de imputação de responsabilidade solidária, que não visa a onerar o comitente com qualquer dano decorrente da relação de emprego entre trabalhadores e contratado ou subcontratado, mas apenas com os danos causados por riscos intrinsecamente relacionados à atividade contratada.

50 Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milão, 1961, p. 79.

51 Assim também M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 133-134; L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, em *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 72/2008*, p. 24; F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 32.

52 Sobre a responsabilidade dos proprietários e diretores como um caso de responsabilidade estrita pelo risco comercial, consulte P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 57 ss.

53 Sobre esse ponto G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, p. 1049 segs.; G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 295 segs.

54 Em resposta afirmativa, E. BARRACO, *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, em *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, p. 1508, nt. 12.

55 Sobre a estranheza das lesões por mobbing com à noção de risco segurado, ver G. LUDOVICO, *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, em *Rivista del diritto della sicurezza social*, 2006, p. 381 e segs. e G. LUDOVICO, *L'INAIL e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, p. 1042 e segs.

Por fim, algumas questões relativas à fase posterior ao cumprimento da obrigação solidária ainda precisam ser esclarecidas.

Considerando que o principal efeito da responsabilidade solidária reside na possibilidade de o credor agir indiscriminadamente contra qualquer devedor, sem a necessária união das partes⁵⁶, torna-se necessário entender se e em que medida o devedor que cumpriu integralmente sua obrigação tem direito a ação contra outros devedores.

O verdadeiro problema é identificar os critérios para comparar os diferentes títulos de responsabilidade, que são de natureza objetiva para o comitente e de natureza subjetiva para o contratado empregador⁵⁷.

O problema do concurso da responsabilidade por risco e culpa foi amplamente tratado pela doutrina civilística, que tem sustentado que é possível deduzir do valor da indenização uma soma apropriada para penalizar a culpa, imputando o dano residual aos responsáveis por risco de acordo com a quantidade de risco atribuível a cada um deles⁵⁸.

Uma solução semelhante poderia ser estendida por analogia ao presente caso, com o resultado de que, para fins de alocação interna dos danos, a gravidade da conduta atribuível ao empregador deve ser levada em conta, com a indenização restante sendo suportada pelo contratante e subcontratante em proporção da periculosidade da atividade respectivamente contratada, da previsibilidade do dano, da confiabilidade dos contratados e de qualquer outro critério útil para dar evidência concreta da dimensão do risco atribuível a cada um deles.

5. Conclusões

Como já observado nos parágrafos anteriores, a legislação italiana sobre contratos vem tentando há muito tempo definir uma disciplina mais apropriada para regular essa forma de descentralização produtiva. A esse respeito, a maior dificuldade está em alcançar um equilíbrio entre as necessidades da empresa – e, especificamente, a possibilidade de definir e alterar livremente sua estrutura organizacional e produtiva à luz do art. 41, parágrafo 1, da Constituição – e os interesses de proteção dos trabalhadores, incluindo, acima de tudo, o reconhecimento de um tratamento econômico e regulatório adequado, a confiabilidade do empregador e sua capacidade de cumprir suas obrigações, a garantia de

56 M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2055, cit.*, em *Commentario del Codice Civile*, editado por SCIALOJA, BRANCA, *Dei fatti illeciti (artt. 2043-2059)*, Zanichelli-Il Foro It., Bolonha-Roma, 1993, p. 741.

57 Para todos, ver P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 298 ss.

58 P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 304.

emprego, perfis também sujeitos à proteção constitucional nos artigos 35⁵⁹ e 41, parágrafo 2⁶⁰.

A decisão do legislador de prever a multiplicação dos centros de imputação de responsabilidade patrimonial é certamente funcional para garantir a eficácia da proteção aos trabalhadores, seja qual for o ponto da cadeia de contratos em que se encontra a empresa ou o empregador do qual o trabalhador individual depende. De fato, precisamente à luz dessa responsabilidade, o comitente deve ser induzido a exercer um controle efetivo sobre a consistência empresarial ou, pelo menos, organizacional dos contratados ou subcontratados, bem como sobre sua solvência econômica. Com base nessa avaliação de custos e benefícios, o comitente – que, em poucas palavras, se torna a parte responsável por toda a cadeia de contratação – deve, portanto, recorrer à descentralização da produção em caso de necessidade real envolvendo empresas com capacidade econômica e organizacional adequada, e não em uma função puramente de contenção de custos de mão de obra em detrimento das proteções dos trabalhadores⁶¹.

Essa linha de intervenção – exemplificada pelo artigo 29, parágrafo 2, do decreto legislativo n. 276/2003 atualmente em vigor – se baseia, portanto, no princípio típico do direito do trabalho de proteger o trabalhador por meio de uma cadeia de responsáveis solidários. Nesse sentido, de fato, a responsabilidade solidária constitui uma simples consolidada regra para disciplinar e proteger a complexa situação das relações de trabalho em contratos e subcontratos e se baseia na conscientização da insuficiência das técnicas de proteção que imputam todas as obrigações ao único empregador formal, titular de todas as posições jurídicas ativas e passivas. A responsabilidade solidária, portanto, visa a garantir a proteção efetiva das reivindicações dos trabalhadores envolvidos na execução dos contratos e, em particular, daqueles empregados por empresas de pouca consistência organizacional e capacidade econômica limitada.

O compartilhamento da solidariedade – mesmo sem prever a igualdade de tratamento entre os empregados do contratante e do contratado⁶² - parece constituir um mecanismo de proteção bastante incisivo para os trabalhadores. É claro que, mesmo com esse mecanismo de rígida corresponsabilidade entre comitente, contratados e subcontratados, o aumento potencial da responsabilidade patrimonial configura apenas um meio de coerção indireta para o controle

59 «A República protege o trabalho em todas as suas formas e aplicações».

60 A iniciativa econômica privada «não pode ser realizada em conflito com a utilidade social ou de forma a prejudicar a segurança, a liberdade e a dignidade humana».

61 Ver L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, I, p. 1198; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, p. 33-34; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, em *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 94/2010, p. 24.

62 Crítico sobre esse ponto A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, em *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 454/2022, p. 7-8.

do comitente da cadeia de contratação, permanecendo a falta de instrumentos preventivos, substituídos pelo único remédio da indenização. Pode-se afirmar, portanto, que o sistema de responsabilidade solidária em vigor, se não conduz necessariamente a um comportamento mais responsável, pelo menos oferece garantias econômicas para a satisfação das reivindicações dos trabalhadores envolvidos em contratos e subcontratos.

Trabalho em plataformas digitais

Alessandra Ingraio

SUMARIO: 1. Prefácio: heterogeneidade do fenômeno do trabalho em plataformas digitais. – 2. A primeira lei da Itália sobre trabalho em plataforma: decreto legislativo n° 101 de 3 de setembro de 2019, convertido com alterações pela lei n° 128 de 2 de novembro de 2019. – 2.1. A parte geral: a extensão do âmbito do trabalho hetero-organizado. – 2.2. A parte especial: Capítulo V-bis e a proteção dos entregadores autônomos de bicicletas. – 2.2.1. Aporias e questões críticas na parte especial. – 3. Os eventos interessantes das relações industriais espontâneas e aquelas “induzidas” pela l. 128/2019. – 3.1. A função das *Unions* Metropolitanas. – 3.2. Movimentos nacionais e empresariais e submovimentos de organizações sindicais confederadas. – 3.2.1. A subordinação “adaptada” dos *riders* nos contratos das empresas de *Just eat* e *Runner Pizza*. – 3.3. Relações trabalhistas induzidas pela chamada lei *riders*: o contrato nacional Assodelivery-UGL e as reações dos tribunais.

1. Prefácio: heterogeneidade do fenômeno do trabalho em plataformas digitais

A *gig economy* é um fenômeno emergente que se espalhou primeiro nos Estados Unidos da América¹ e depois ganhou destaque no resto do mundo², chegando também à Europa e à Itália, onde ocupa um lugar de destaque no debate sobre a transformação da organização do trabalho e as mudanças que a tecnologia está introduzindo nas empresas digitalizadas.

A maioria das chamadas plataformas *labour-based-income* chamada *lean* (leves)³, ou seja, aquelas que obtêm seu lucro com a intermediação de pequenos

1 A jornalista norte-americana Tina Brown usou o termo pela primeira vez para se referir a atividades de trabalho marginais e fragmentadas que ajudavam a garantir os orçamentos pessoais de seus conhecidos. Hillary Clinton usou o termo “*Gig Economy*” em sua campanha eleitoral para a presidência dos EUA em 2015, propondo um programa econômico que poderia minimizar os riscos em termos de proteção ao trabalhador. *Gig* é um termo em inglês para uma apresentação curta de jazz. O assunto é tratado comparativamente em G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (coord.), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un’analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, 2021, *passim*.

2 A. INGRAO, *Uberlabour: l’organizzazione “uberiana” del lavoro in Brasile e nel mondo. Il driver è un partner di Uber o un suo dipendente?*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, n. 2, p. 705 ss.

3 De acordo com a partição de N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 2017, p. 36 ss.

trabalhos, propõe um modelo de organização do trabalho baseado na redução do trabalho em “tarefas” curtas, intermitentes e descontínuas (a chamada *taki-fication*) que o prestador de serviços autônomo pode realizar se, como e quando quiser, de acordo com o conhecido paradigma do autoempreendedor (as plataformas digitais se apressam em apontar). «Antes da Internet, teria sido difícil encontrar alguém que trabalhasse para você por 10 minutos e depois demiti-lo imediatamente. Com a tecnologia, você pode fazer isso, pagar o pouco que lhe é devido e se livrar dele se não precisar mais dele», as palavras de Lukas Biewald, CEO da Crowdfunder, uma plataforma de corretagem de empregos, são realmente ilustrativas dos novos cenários que estão surgindo cada vez mais poderosamente no limiar do terceiro milênio, atraindo a atenção de acadêmicos, políticos, jornalistas e até mesmo cineastas⁴.

O fenômeno, no entanto, não é fácil de fotografar, pois é articulado internamente e está em constante evolução. A heterogeneidade dos modelos organizacionais das plataformas não escapou nem aos estudos sociológicos⁵ nem aos estudos jurídicos⁶, com base nos quais é possível isolar três cenários substanciais:

- a) plataformas que se comportam como meros intermediários (*Job board* digitalizados para fazer *matchmaking* entre a demanda e a oferta de mão de obra, inclusive digital); b) plataformas que criam relações triangulares reais, seguindo o modelo de fornecimento de mão de obra (mas fazendo modificações substanciais nele) (plataformas no setor de *welfare* que fornecem serviços de limpeza, *family care*, *baby-sitting* etc., ou mesmo empregos *on-line*)
- c) plataformas que organizam a atividade de prestadores de serviços em benefício de consumidores finais que permanecem fora da relação de trabalho (os ciclo-trabalhadores).

Em suma, nem todos os *gig workers* são *riders* que andam de bicicleta nas ruas para entregar comida ou outros bens de consumo.

No entanto, pelo menos na Itália, o debate no início e os esforços regulatórios da legislação e da negociação coletiva depois foram polarizados em torno dessa categoria de trabalhadores.

Nas páginas a seguir, portanto, a questão de longa data da qualificação das relações de trabalho dos *riders* no *food delivery*, como autônomos e subordinados, será reconstituída, assim como a primeira lei italiana que se encarregou não

4 Faz-se referência ao filme “*Sorry, We Missed You*”, de Ken Loach, que é uma denúncia autêntica das condições de exploração dos trabalhadores produzidas pela economia de bicos.

5 D.L. ARCIDIACONO, I. PAIS, F. ZANDONAI, *Platform-Firming Welfare: Examining Digital Transformation in Local Care Services*, em E. ARMANO, *Digital Platforms and Algorithmic Subjectivities*, University of Westminster Press, London, 2022, pp. 203-214.

6 Ver A. INGRAO, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 2020; M. FAIOLI, *Il lavoro nella gig economy*, em *Il libro dell'anno del diritto* 2019, Treccani, Roma, 2019; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, Bologna, 2019.

apenas do problema da qualificação, mas também de criar uma disciplina *ad hoc* para os *riders* do *food-good delivery* que continuam sendo trabalhadores autônomos – a lei 2 de novembro de 2019, n. 128 de conversão do decreto lei 3 de setembro de 2019, n. 101 –; finalmente, será explorada a interessante dinâmica sindical e de negociação coletiva que essa lei desenvolveu.

2. A primeira lei da Itália sobre trabalho em plataforma: decreto legislativo nº 101 de 3 de setembro de 2019, convertido com alterações pela lei nº 128 de 2 de novembro de 2019

A principal inovação legislativa italiana destinada a regular o trabalho em plataforma, mais conhecida como “lei dos *riders*” – ou seja, o decreto legislativo n. 101 de 3 de setembro de 2019, convertido com alterações pela lei n. 128 de 2 de novembro de 2019 – pode ser idealmente dividida em duas partes relevantes, que, como será analisado, seguem direções diferentes e paralelas.

A primeira é de natureza geral, relativa à extensão do âmbito de aplicação do art. 2 do Decreto Legislativo n. 81 de 15 de junho de 2015, uma disposição que visa tocar o coração da chamada parassubordinação – a área cinzenta que fica no vau entre a autonomia (art. 2222 cod. civ.) e a subordinação (art. 2094 cod. civ.), onde colaborações coordenadas e contínuas já estavam presentes (art.409, parágrafo 1, n. 3, art.). A disposição, conforme expressamente especificado em 2019, destina-se a ser aplicada «também quando o modo de execução do serviço for organizado por meio de plataformas, incluindo plataformas digitais» (infra Seção 2.1).

A segunda inovação, por outro lado, é de natureza especial e setorial e coincide com a introdução do Capítulo *V-bis* (composto por oito artigos de 47-*bis* a 47-*octies*) ao Decreto Legislativo n. 81, de 15 de junho de 2015, intitulado «Proteção do trabalho por meio de plataformas digitais» e dedicado a garantir «níveis mínimos de proteção» exclusivamente para os entregadores trabalhadores autônomos que realizam a atividade de transporte de mercadorias, por conta de terceiros, com bicicletas ou ciclomotores⁷ (infra par. 2.2) .

A análise começará com a parte geral.

2.1. A parte geral: a extensão do âmbito do trabalho hetero-organizado

Dentro dos limites internos da área do trabalho autônomo coordenado, o art.2 do Decreto Legislativo n. 81, de 15 de junho de 2015, identifica as relações jurídicas às quais a disciplina do direito do trabalho do emprego subordinado

7 U. CARABELLI, L. FASSINA (coord.), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 3; M. CORTI, A. SARTORI, *Il decreto sui «riders»*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, pp. 15-24.

deve ser estendida⁸. A regra, desde sua promulgação, continha um critério seletivo que se baseava na presença simultânea de três elementos: personalidade exclusiva, continuidade e hetero-organização do tempo e do lugar de execução.

O tríptico critério, em seu ainda breve tempo de vida, foi alterado pela Lei n. 129, de 2 de novembro de 2019, convertendo o Decreto-Lei n. 101, de 3 de setembro de 2019, também e sobretudo com vistas a interceptar um maior número de relações autônomas de colaboração estabelecidas no contexto das plataformas, às quais foram estendidas as proteções do trabalho subordinado. Em particular, o novo texto do art. 2 define como hetero-organizadas as relações de colaboração que assumem a forma de serviços de trabalho predominantemente pessoais e contínuos, cuja forma de execução é organizada pelo contratante. Um esclarecimento foi então adicionado à disposição – para dizer a verdade, pleonástico – de acordo com o qual a extensão das proteções do emprego subordinado opera «mesmo que a forma de execução do serviço seja organizada por meio de plataformas, incluindo plataformas digitais».

Basicamente, as duas alterações dignas de nota dizem respeito: a) ao caráter da personalidade, que deixa de ser «exclusiva» e passa a ser «prevalente» e, portanto, capaz de incluir relações como a dos *riders*, em que o prestador de serviços faz uso de uma organização instrumental mínima (o smartphone e a bicicleta ou velocípede); b) ao conteúdo da hetero-organização exercida pelo comitente/plataforma digital, que pode ser apurada pelo juiz mesmo quando se tratar de elementos extrínsecos do serviço diferentes dos tempos e lugares do mesmo. De fato, caiu a referência expressa à hetero-organização de tempos e lugares, que na regra anterior havia dado ensejo a uma opinião depreciativa do art. 2º, considerada uma «regra aparente» e «destituída de eficácia normativa própria»⁹. Segundo essa opinião, a regra teria delineado um caso mais circunscrito do que aquele identificado pelo art. 2.094 cod. civ., que define o trabalho subordinado, porque a hetero-organização constituiria o reconhecimento formal dos índices subsidiários, já utilizados pela jurisprudência formada sobre a noção de “subordinação ampliada”¹⁰ onde, na ausência de critérios precisos sobre a

8 Sobre a natureza jurídica da heterorganização e o Artigo 2 como uma norma disciplinar, consulte o capítulo escrito por M. SQUEGLIA neste Volume. Sobre esse ponto, ver Cass. 20 de janeiro de 2020, n. 1663 com comentário de M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, p. 50 ss.

9 P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, n. 6, p. 1117 ss.

10 Esses são todos os casos em que a jurisprudência admite a ajuda probatória de índices subsidiários (continuidade e duração da relação, regulamentação do horário, cadência regular de remuneração, etc.) na ausência de prova da heterodireção, considerada um elemento essencial. Essa hipótese é necessária quando as funções são predeterminadas ab origine no modo de execução porque repetitivas, elementares ou monótonas, vide sobre esse ponto Cass. 4 de julho de 2017, n. 16377, em *Guida al diritto*, 2017, n. 39, p. 54, relativo a um caso de entregadores de pizza; S. D'ASCOLA, *Sul rapporto di lavoro del collaboratore fisso*, em *Argomenti di diritto del lavoro*, 2017, n. 6, p. 1568 ss.

direção da prestação, o que assume relevância é o poder que se dirige sobre elementos extrínsecos da mesma, como tempo e lugar da prestação. Essa tese foi validada pelo Tribunal de Turim¹¹, que rejeitou o pedido dos *riders* de Foodora para verificar a natureza subordinada ou, subalternamente, hetero-organizada da relação de trabalho, mas foi superada pela jurisprudência majoritária (em particular pelo Tribunal de Apelação de Turim¹² e pelo Tribunal de Cassação¹³) e definitivamente eliminada pelo legislador que, como mencionado acima, removeu definitivamente a referência a tempo e lugar do texto da disposição, eliminando assim a dúvida de que a disposição era desnecessária e repetitiva.

Em última análise, se o juiz constatar a presença simultânea dos três elementos mencionados acima, toda a disciplina da relação de emprego subordinado será estendida aos trabalhadores de plataforma.

Note-se, porém, que a intervenção modificativa de 2019, deixou incólume o parágrafo segundo do art. 2 do Decreto Legislativo 81/2015, que, segundo muitos, é a verdadeira inovação do dispositivo, pois prevê que as convenções coletivas em âmbito nacional, se celebradas por sindicatos comparativamente mais representativos em âmbito nacional, podem prever disciplinas específicas tanto no plano econômico quanto no plano normativo. O poder dado à negociação coletiva foi definido na doutrina como uma «delegação em branco»¹⁴, uma vez que a negociação coletiva não só pode adaptar disciplinas específicas e seletivas das proteções do trabalho subordinado, mas também pode excluir completamente a aplicação dessas proteções aos trabalhadores de plataformas hetero-organizadas¹⁵.

-
- 11 Trib. Turim 7 de maio de 2018, n. 778, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, n. 2, II, p. 283, com comentário de P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy* e E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, em *Labor*, 2018, n. 5, pp. 603 ss. M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, em *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, n. 3, p. 673 ss.
- 12 Apelação de Turim, 4 de fevereiro de 2019, n. 26, em *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2019, n. 2, II pp. 340 ss., com comentário de M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei rider di Foodora* e R. DEL PUNTA, *Sui rider e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente?*
- 13 Cass. 24 de janeiro de 2020, n. 1663, em *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, n. 2; M.T. CARINCI, *Il lavoro etero-organizzato secondo cass. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, em CARINCI M.T., TURSÌ A. (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto, giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, Torino, 2020 p. 54 e *ivi*, A. TURSÌ, *La disciplina del lavoro eterorganizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediabile, e nuovo paradigma di protezione sociale*, p. 69 ss.
- 14 G. SANTORO PASSARELLI, *La "delega in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni etero-organizzate e prime applicazioni concrete*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, n. 4, p. 1167.
- 15 L. IMBERTI, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, n. 2, p. 393 ss.

A ampla margem de manobra com a qual a negociação pode contar é explicada pela necessidade de promover uma transição «suave»¹⁶ do regime contratual de trabalho autônomo para o estatuto de proteção «forte» do trabalho subordinado, articulado de acordo com etapas «moduladas no tempo e nas disciplinas de gestão da relação»¹⁷ e, de qualquer forma, sem forçar os atores do mercado de trabalho digital (as plataformas) a uma transição rápida e imediata.

2.2. A parte especial: Capítulo V-*bis* e a proteção dos entregadores autônomos de bicicletas

O Capítulo V-*bis* introduzido pela lei 128/2019, embora tenha permanecido quase sem implementação, contém a verdadeira inovação legislativa que se mostrou um “quebra-cabeças” desde o início para os intérpretes (*infra* 2.1.1).

De fato, o legislador italiano parte do pressuposto de que há entregadores que realizam entregas de mercadorias com total autonomia e/ou por meio de colaboração autônoma em favor da plataforma sem os traços distintivos da hetero-organização (art. 2 do Decreto Legislativo 81/2015, personalidade predominante, continuidade e hetero-organização). Conseqüentemente, para os entregadores autônomos (nota: não para todos os trabalhadores da plataforma), o Capítulo V-*bis* estabelece alguns direitos específicos com conteúdo mínimo.

Deve-se presumir que a parte especial da Lei 128/2019 é de importância estratégica por dois motivos.

A primeira é que os direitos ali previstos constituem o primeiro passo por meio do qual a lei reconhece certas necessidades genuínas dos entregadores por meio de plataformas; há alguma dúvida de que, como será apontado mais adiante, a aplicação da disciplina toda do trabalho subordinado seja a solução para os desafios regulatórios apresentados pelo trabalho em plataforma (seção 3.2.1. *infra*). Apenas a título de exemplo, os direitos subjetivos – como os correspondentes à proibição de desativação da conta em razão de um baixo índice de aceitação das entregas – constituem proteções adicionais em relação à disciplina do trabalho subordinado nos termos do art. 2 do Decreto Legislativo n. 81/2015, que não contempla proibições de rescisão caracterizadas por tal especificidade.

A segunda razão é que os direitos em questão representam um ponto de partida aperfeiçoável e útil para a negociação coletiva, também com referência a outros trabalhadores de plataforma, que poderia elaborar «disciplinas específicas relativas ao tratamento econômico e normativo» dos *riders* hetero-organizados (aproveitando a «procuração em branco» conferida pelo art. 2, par. 2, decreto legislativo n. 81 de 15 de junho de 2015, sobre o qual *amplius supra* par. 2.1.). De fato, esses direitos deveriam ser considerados como padrões mínimos

16 R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, em WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 282/2015, p. 14.

17 R. PESSI, *Il tipo contrattuale*, *op. cit.*, p. 14.

obrigatórios de tratamento que nenhum contrato derogatório/regulatório deve ser capaz de excluir.

Com relação ao conteúdo dos direitos, o Capítulo V-*bis* estabelece a extensão em favor dos *riders* não hetero-organizados das proteções previdenciárias, alguns direitos de informação e regras sobre remuneração e saúde e segurança e uma proteção da dignidade e liberdade contra discriminação e intrusões (investigações e controles) da plataforma na esfera privada e de trabalho.

A Lei n. 128, de 2 de novembro de 2019, por outro lado, apresenta uma grave lacuna no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos sindicais e coletivos nos termos do Título III do Estatuto dos Trabalhadores.

Sobre a forma e o conteúdo do contrato e a proteção da dignidade e da liberdade, é reconhecido ao entregador o direito à estipulação de um contrato formal (forma *ad probationem*) que torne transparentes as condições de contratação (que a plataforma deve comprovar por escrito), bem como «qualquer informação útil para a proteção» de seus interesses, direitos e segurança (art. 47-*ter*)¹⁸. A lista de direitos de informação, portanto, deveria ter sido enriquecida com o Decreto de Transparência, Decreto Legislativo 104/2022, que, no entanto, exclui de seu escopo de aplicação as relações de trabalho autônomo não colaborativo, precisamente o tipo de contrato no qual os *riders* estão atualmente classificados.

A extensão das normas antidiscriminatórias e de proteção à liberdade e à dignidade previstas no Título I do Estatuto dos Trabalhadores para os trabalhadores subordinados – com previsão expressa da proibição de exclusão da plataforma ou da redução de oportunidades de trabalho atribuíveis à não aceitação do serviço (Art. 47-*quinqüies*), bem como as normas de proteção à privacidade dos indivíduos (Art. 47-*sexies*) – constituem uma tentativa de regular os complexos sistemas algorítmicos por meio dos quais as plataformas organizam e, às vezes, dirigem o trabalho, elaborando rankings de produtividade e fidelidade e excluindo ou penalizando aqueles que não atingem determinados padrões de comportamento estabelecidos pelas próprias plataformas; a extensão da proteção antidiscriminação (já aplicável, de fato, aos trabalhadores autônomos) constitui um importante baluarte de defesa contra a discriminação que os sistemas algorítmicos são capazes de ampliar e replicar em série¹⁹.

18 A violação da obrigação de fornecer informações acarreta, para o comitente, a aplicação de uma sanção administrativa (aquela estabelecida no art. 4, Decreto Legislativo n. 152 de 26 de maio de 1997) e, para o funcionário, o direito de receber uma compensação justa por meio de uma indenização determinada equitativamente pelo juiz (em relação à gravidade e à duração da violação), dentro do limite do valor da remuneração recebida no último ano pelo prestador de serviços. Prevê-se então - por meio de uma disposição bastante sibilina - que a violação do dever de fornecer informações deve ser avaliada como um elemento de prova; em essência, isso seria uma presunção das condições aplicadas ao relacionamento e da violação dos direitos previstos no Capítulo V-*bis*.

19 M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, em *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 1, n. 7, p. 1.1 ss.

Deve-se, então, garantir ao *riders* a cobertura de seguro obrigatório contra acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, com a consequente obrigação da plataforma de cumprir todas as regras previstas no Decreto Presidencial n. 1124/1965 e de garantir o cumprimento das regras de prevenção e segurança no trabalho estabelecidas no Decreto Legislativo n. 81/2008²⁰.

Por último, mas não menos importante, o Capítulo V-*bis* se posiciona sobre o perfil de remuneração (o art. 47-*quater* adiou a entrada em vigor das disposições sobre remuneração para 3 de novembro de 2020, deixando um ano para as plataformas se reorganizarem e se adaptarem). A regra é de absoluta importância, especialmente porque está na origem de uma questão debatida sobre relações industriais e negociação coletiva no *delivery* (discutida na Seção 3 abaixo). De qualquer forma, para entender o impacto generalizado que a disposição teria tido (se não tivesse sido neutralizada, como será discutido abaixo), é necessário entender que a redução dos custos legais e econômicos relacionados ao contrato de trabalho subordinado é uma característica comum de quase todas as plataformas digitais. Não é de se surpreender, portanto, que o risco econômico (e comercial) seja suportado pelos *riders*, por meio de sistemas de remuneração por peça – embora ladeados por formas de compensação por hora – que proporcionam o valor da remuneração ao número de entregas feitas (ou, em qualquer caso, de serviços) em um determinado período de tempo e sem levar em conta circunstâncias que são bastante relevantes para o cálculo de uma remuneração que pode ser considerada «proporcional à quantidade e qualidade» do trabalho realizado (art. 36 da Constituição)²¹.

O pagamento por peça, por definição, transfere parcialmente o risco do resultado da produção para o trabalhador e, portanto, esse sistema de pagamento tem sido historicamente limitado pela negociação coletiva. Esse requisito me parece ainda mais evidente no presente caso, uma vez que o trabalho por peça incentiva os *riders* a circularem em alta velocidade nos centros urbanos, sem se preocuparem em respeitar o código da estrada e colocando em risco sua segurança pessoal e a de todos os que estão na rua. Em outras palavras, a opção

20 G. LUDOVICO, *Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore*, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. CHRISTINA NAHAS (coord.), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, 2021, p. 79 ss.

21 O perfil de remuneração está ligado em um fio duplo à organização do trabalho e, mais especificamente, ao modelo de alocação de turnos adotado por cada plataforma. Os turnos são alocados de duas maneiras: alocação prévia ou com agendamento no calendário semanal e alocação baseada em leilão após o login do trabalhador no aplicativo. Pois bem, as plataformas que adotam um sistema de remuneração horária pelo tempo de disponibilidade – assumindo o risco econômico de não receber pedidos – normalmente recorrem ao mecanismo de alocação prévia; já as plataformas que recorrem ao trabalho por peça, puro ou variável (ou seja, em que outros fatores contribuem para a determinação da remuneração, como a quilometragem percorrida), tendem a descarregar o risco da ausência de pedidos inteiramente sobre o *riders* e, portanto, recorrem ao mecanismo de alocação por leilão após o login.

pelo trabalho por peça, se combinada com um ambiente de trabalho que não coincide com o perímetro da empresa, na ausência de proteções ou limitações adequadas, constitui um risco para a saúde do trabalhador e para a segurança e proteção de terceiros. Tanto é assim que alguns municípios propuseram a ideia de obrigar as plataformas a pagar taxas de urbanização, pela ocupação de terrenos públicos, que se tornaram a unidade de produção por onde circulam os *riders*.

É nesse panorama bastante complexo que o artigo 47-*quater* trata de assegurar a garantia de um salário-mínimo aos *riders* autônomos, distinguindo duas hipóteses:

- a) o primeiro parágrafo considera a hipótese em que os sindicatos e as organizações de empregadores comparativamente mais representativos em nível nacional «podem» chegar à celebração de um acordo coletivo que defina critérios para a determinação da remuneração global, levando em conta a «forma de execução do serviço e a organização do comitente». Assim, é possível uma negociação coletiva dedicada e delegada à qual o legislador confere um amplo mandato, chegando a admitir que ela possa determinar a remuneração até mesmo introduzindo o pagamento por peça.
- b) No segundo parágrafo, entretanto, é especificado que, na ausência de remuneração (e organização) negociada de acordo com o primeiro parágrafo, os empacota *riders* não podem «ser remunerados com base nas entregas feitas». A proibição legal da remuneração por peça, inédita no direito do trabalho, é então acompanhada por uma obrigação para a plataforma de reconhecer «uma remuneração horária mínima (...)», comparada com as taxas mínimas estabelecidas por acordos coletivos nacionais em setores «similares ou equivalentes».

Em qualquer caso, o trabalho noturno, em feriados ou em condições climáticas desfavoráveis deve ser compensado com um subsídio de não menos que 10%.

Para finalizar, foi criado um observatório permanente no Ministério do Trabalho e Políticas Sociais, presidido pelo Ministro ou seu delegado e composto por representantes das plataformas e trabalhadores designados pelos sindicatos comparativamente mais representativos em nível nacional (Art. 47-*octies*), confirmando que a questão dos *riders* se tornou uma questão política importante.

2.2.1. Aporias e questões críticas na parte especial

A introdução da parte especial da lei *rider* foi criticada principalmente em dois aspectos.

Em primeiro lugar, foi considerada por muitos²² como não razoável em termos do princípio constitucional da igualdade (art. 3 da Constituição), porque o Capítulo V-*bis* garante um núcleo essencial de proteção a um grupo muito

22 M.T. CARINCI, *I lavoratori delle piattaforme quali "working poos"*, em *Labor*, 2021, n. 6, p. 627 ss.

pequeno de trabalhadores – identificados, além disso, por meio de referências detalhadas (aqueles que «realizam entregas de mercadorias para terceiros que circulam em áreas urbanas em bicicletas e veículos motorizados de duas rodas») – esquecendo que os *riders* representam apenas a ponta de um iceberg, ou seja, o fenômeno mais heterogêneo do trabalho em plataformas, que teria merecido maior consideração, uma vez que esse segundo grupo de trabalhadores, esquecido pelo legislador, constitui o mais numeroso (par. 1 *supra*).

Há, portanto, aqueles²³ que propuseram superar o tratamento desigual com uma interpretação analógica do Capítulo V-*bis* que preenche a lacuna na proteção da outra metade do céu dos trabalhadores de plataforma com base na *eadem ratio*, pelo menos em todas as hipóteses em que os trabalhadores operam entregando mercadorias dentro e fora do território urbano, mesmo com a ajuda de velocípedes e independentemente do número de rodas do veículo que utilizam.

Em segundo lugar, em relação ao caso do *riders*, não se pode ignorar que a hipótese do Capítulo V-*bis* soa, no mínimo, incomum e bizarra. Raciocinando sobre todos os detalhes já conhecidos da organização algorítmica do trabalho das principais plataformas que operam no setor de entrega de alimentos – que, como a jurisprudência italiana²⁴ já reconheceu várias vezes, exercem, por meio da inteligência artificial combinada com o sistema de classificação, um poder diretivo inovador orientado por dados (*data driven*)²⁵ – é realmente difícil imaginar a “coexistência” hipotética de *riders* hetero-organizados (se não realmente subordinados) com *riders* autônomos que realizam a mesma atividade sob as mesmas condições impostas unilateralmente.

Para justificar a aporia, argumentou-se que a única explicação possível do dilema é que o legislador, ciente do debate sobre a suposta liberdade dos *riders* para decidir, de tempos em tempos, se atender ou não ao pedido da plataforma, previu uma disciplina mínima aplicável apenas àqueles que *não prestam o serviço continuamente*. Haveria, portanto, entregadores autônomos hetero-organizados e entregadores autônomos ocasionais, aos quais se aplicaria a disciplina do Capítulo V-*bis*. Essa interpretação justificaria, além disso, a proibição de

23 D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, em *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, 1, pp. 5 ss.

24 Trib. Milão, 20 de abril de 2022, n. 1018, A. INGRAO, *Riders: un altro passo verso la subordinazione*, em *Labour & Law Issues*, 2022, vol. 8, n. 1; Trib. Palermo n. 3570 de 24 de novembro de 2020, comentado por M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, em *Labour & Law Issues*, 2020, vol. 6, n. 2, p. R63 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2021; Trib. Torino, 18 novembro 2021, comentado por A. GARILLI, C. DE MARCO, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*, em *Labor*, 2022, p. 213 ss.

25 A organização digitalizada da mesma plataforma, na maioria dos casos, implementa coletas de dados refinadas sobre o comportamento fiel do trabalhador, dados que servem para exercer prerrogativas organizacionais sobre eles no interesse da plataforma.

exclusão da plataforma e a redução das oportunidades de trabalho devido à «não aceitação do serviço» (art. 47-*sexies*), que é adequada à natureza ocasional típica do trabalho autônomo, no qual o trabalhador, longe de estar condicionado ao *quando* e *quantum* da prestação, permanece genuinamente livre para desfrutar do «principal benefício relacionado à autonomia»²⁶.

Essa justificativa não é totalmente convincente: ocasionalidade não é sinônimo de autonomia executiva, já que esta última deve ser verificada em termos concretos, observando a maneira real como o trabalho é realizado, mesmo em um período de tempo muito curto²⁷.

Na verdade, o Capítulo V-*bis* encontrou uma aplicação residual, ou talvez inexistente, no âmbito do *food delivery*, também devido à disposição das plataformas digitais do setor – agrupadas na associação representativa Assodelivery desde o final da primavera de 2018 – de não aplicá-lo, substituindo-o por um acordo coletivo considerado por muitos como “pirata”, como será discutido em breve (seção 3.3. abaixo).

3. Os eventos interessantes das relações industriais espontâneas e aquelas “induzidas” pela l. 128/2019

Observar o nascimento e a evolução das relações industriais no setor de entregas intermediado por plataformas digitais é uma grande oportunidade para os acadêmicos, uma vez que elas surgiram do nada e se desenvolveram por meio de um complexo entrelaçamento entre sindicatos metropolitanos, os chamados *Unions* e as organizações confederadas (federações de categorias pertencentes às confederações CGIL, CISL e UIL). No entanto, o fenômeno das plataformas submete a lei sindical a um teste de esforço, uma vez que, apesar de alguns pronunciamentos jurisprudenciais, os *riders* são considerados pelas plataformas como trabalhadores autônomos e as regulamentações que apoiam a atividade sindical no local de trabalho (Título III do Estatuto dos Trabalhadores) são projetadas para serem aplicadas a relações de emprego subordinadas.

Portanto, vale a pena analisar nas páginas a seguir as principais etapas que marcaram a jovem história da representação sindical dos *riders* e os resultados obtidos pelas reivindicações, acompanhadas de formas inovadoras de luta; sem esquecer de apontar os traços característicos dos diferentes atores que entraram em campo.

26 G. CAVALLINI, *La “carica” del decreto 101: le nuove regole per la gig economy mettono alla prova le piattaforme di food delivery (e non solo)*, em *Sintesi*, 2019, p. 10 ss.

27 Concordar com os argumentos de V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2019, p. 582 ss., espec. 589-591.

3.1. A função das *Unions* Metropolitanas

As *Unions* metropolitanas, que surgiram espontaneamente como uma forma de auto-organização dos trabalhadores em uma base urbana, contribuíram, especialmente no início da história sindical do setor, para a causa dos entregadores de plataforma e não somente eles. De fato, realidades como a Deliverance Milão, a Riders Union Bolonha e outras formas de organização tiveram um papel decisivo nesse jogo²⁸.

Sua atividade sindical começou – de certa forma, refazendo a história dos sindicatos originais – com a revitalização das formas de mutualismo *taylor made* sobre as necessidades específicas dos *riders*, por meio da criação de oficinas de bicicletas nas cidades – que, em última análise, constituem as unidades de produção –, a distribuição de mapas urbanos indicando pontos de recarga de celulares e a solidariedade dos ciclistas em pontos de encontro após o trabalho. No que diz respeito à atividade sindical, as *Unions*, explorando o potencial das redes sociais que lhes permitem criar uma espécie de assembleias permanentes, organizaram mobilizações (a greve de 26 de março de 2021 em nível nacional) cujos resultados só podem ser lembrados de forma geral.

A eficácia das lutas das *Unions* pode ser melhor apreciada considerando que as mobilizações, em vez de causar danos às plataformas de entrega de alimentos, conseguiram captar a atenção institucional a ponto de solicitar a abertura de mesas de negociação em nível local e nacional que levaram à estipulação, em primeiro lugar, da “Carta dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores Digitais no Contexto Urbano”, assinada em Bolonha em 31 de maio de 2018, que constitui uma espécie de Declaração geral dos direitos dos entregadores de plataforma²⁹ e, posteriormente, à aprovação da chamada lei dos *riders*, a lei italiana sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores digitais, ou seja, o d.l. 3 de setembro de 2019 no. 101, convertido com alterações na l. 2 de novembro de 2019, no. 128 (já analisada fundamentalmente supra par. 2).

3.2. Movimentos nacionais e empresariais e submovimentos de organizações sindicais confederadas

Na difícil trilha, cheia de buracos, percorrida pelos entregadores de bicicletas e pelos sindicatos metropolitanos, surgiram mais tarde várias federações setoriais das principais confederações italianas CGIL, CISL e UIL, organizando progressivamente os entregadores e auxiliando e dando maior organização e sistematicidade, especialmente em termos de representação e negociação,

28 M. MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, em *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, n. 1, p. 1 ss.

29 M. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, em *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, n. 1, p. 35 ss.; F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, em *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, n. 1, p. 16 ss.

às ações espontâneas das *Unions* metropolitanas, que, nesse meio tempo, se organizaram em uma coordenação nacional chamada “Retexidiriti”.

As federações de categorias mencionadas acima são aquelas que já operam no setor de transporte e logística, comércio, bem como organizações ativas em trabalhos atípicos (colaborações, fornecimento, etc.).

Portanto, as principais confederações não optaram pela criação de uma categoria específica dedicada a todos os trabalhos de plataforma e não apenas aos *riders*³⁰.

Do ponto de vista da negociação coletiva nacional, deve-se observar que as federações de transporte e logística buscaram imediatamente, em julho de 2018, trazer o trabalho dos *riders* de volta ao contexto regulatório e organizacional do emprego subordinado, acrescentando um adendo muito importante ao CCNL Logística, transporte e expedição de mercadorias. Especificamente, com um acordo sindical de 18 de julho de 2018, as partes signatárias – embora na ausência da Assodelivery, a associação que representa as principais plataformas de entrega digital: Glovo, Deliveroo, Just Eat, etc. – esclareceram o âmbito de aplicação do contrato coletivo nacional de trabalho (CCNL) com referência especial à distribuição de mercadorias com bicicletas, ciclomotores e motocicletas (os chamados *riders*), com o objetivo de «aproveitar todas as oportunidades de crescimento proporcionadas pela forte implementação da distribuição urbana de mercadorias». Assim, complementaram o acordo de renovação do CCNL de 3 de dezembro de 2017, incluindo a figura do *rider* «a fim de regular as relações de trabalho» no campo da «distribuição de mercadorias com veículos como ciclos, ciclomotores e motocicletas (incluindo triciclos) que ocorrem em áreas urbanas, também por meio do uso de tecnologias inovadoras (plataformas, palmtops, etc.)».

No adendo, em primeiro lugar, o *rider* é descrito como um «trabalhador envolvido em atividades de logística de distribuição, incluindo operações de transporte auxiliares, por meio do uso também de plataformas digitais e meios de transporte para os quais a posse de uma carteira de motorista B ou superior não é necessariamente exigida».

30 A CGIL, por exemplo, está demonstrando certa dificuldade em decidir se deve trazer os trabalhadores de plataforma de volta a uma das categorias tradicionais (correspondentes aos setores de produtos tradicionais) – com a árdua tarefa, então, de escolher uma federação apropriada (explicando por que logística e transporte em vez de comércio ou setor terciário, dado que os *riders* transportam mercadorias compradas em restaurantes e que as classificações desses contratos preveem a figura do “entregador”) – ou criar uma categoria específica possivelmente dedicada a todos os trabalhadores digitais ou, ainda mais amplamente, a todos os trabalhadores atípicos. Tanto é assim que não apenas as confederações sindicais e nenhuma de suas federações de categoria participaram das negociações para a celebração da Carta de Bolonha, mas, sobretudo, o recurso interposto pela CGIL contra o algoritmo de Frank foi assinado conjuntamente pelos secretários de três categorias distintas.

Em segundo lugar, está prevista uma regulamentação mínima, cujos pontos principais são a proibição de que as plataformas usem sistemas de classificação de reputação gerados por algoritmos (quaisquer turnos podem, de fato, ser comunicados com uma plataforma digital, mas não podem ser organizados com base em um algoritmo); a aplicação das coberturas de seguro e previdência social previstas em lei e no CCNL, incluindo assistência médica suplementar, bilateralidade contratual e seguro por danos a terceiros; a previsão de classificação profissional entre os trabalhadores envolvidos em atividades de logística de distribuição (área profissional C relativa à disciplina do pessoal viajante que não tem direito ao subsídio de viagem referido no artigo 62 do CCNL Transporte e logística 2018 - 2019). Nessa perspectiva a remuneração é parametrizada de acordo com o tempo de serviço e o tipo de veículo utilizado para a entrega. Com relação à jornada de trabalho, é estabelecida uma jornada de trabalho ordinária correspondente a 39 horas semanais, distribuídas em um máximo de 6 dias, bem como um horário médio máximo de trabalho, incluindo horas extras, não superior a 48 horas semanais.

Em terceiro lugar, e mais importante, o adendo de julho de 2018 reserva um papel de liderança para a negociação de segundo nível, que tem a possibilidade de adaptar, no nível da empresa, a disciplina de subordinação, conforme previsto no contrato do setor, às peculiaridades da organização empresarial de trabalho. A negociação nacional, portanto, reconhece a possibilidade de uma possível e futura negociação da empresa para concluir acordos específicos autorizados a derogar, mesmo *in peius*, a disciplina contratual padrão de emprego subordinado para atender às necessidades de extrema flexibilidade exigidas pelo trabalho em plataforma.

3.2.1. A subordinação “adaptada” dos *riders* nos contratos das empresas de Just eat e Runner Pizza

O adendo ao CCNL do setor de transporte e logística abriu caminho para a conclusão de vários contratos de segundo nível que precederam a contratação, como trabalhadores subordinados, de vários *riders* em todo o país. A negociação da empresa mostrou, portanto, que os parceiros sociais podem combinar extrema flexibilidade com as proteções do emprego subordinado, criando uma forma de “subordinação adaptada” às peculiaridades da relação de emprego dos *riders* no setor de entrega de alimentos.

A importância dos contratos empresarial de Just eat³¹ e Runner Pizza³² pode ser ainda mais apreciada se pensarmos que eles desmascaram todas as posições interpretativas que consideravam a subordinação incompatível com a extrema flexibilidade e descontinuidade do trabalho dos *riders*. A subordinação, ainda que em sua versão “adaptada”, deve, portanto, ser o caminho a ser seguido, esperamos que também pelas outras plataformas de entrega que – ainda hoje – continuam a se concentrar na tríade precariedade-otimização-intensificação do trabalho autônomo por meio da aplicação do acordo coletivo Assodelivery-UGL (sobre o qual a seção 3.3. abaixo).

Não é possível aqui tratar exaustivamente de cada cláusula contratual destinada a dar ensejo à subordinação adaptada, bastando limitar o discurso à superação das conjunturas mais problemáticas do trabalho em plataforma.

Em primeiro lugar, é preciso entender que o modelo organizacional negociado e adotado por ambas as empresas mencionadas acima elimina o uso de algoritmos e rankings de reputação – sob a égide do Adendo de 2018, que previa a proibição expressa de tais sistemas – em favor de uma organização e planejamento de entregas com base em turnos, o que pressupõe a aplicação de regulamentos de tempo de trabalho, incluindo disposições sobre a duração máxima da semana de trabalho, períodos de descanso, bônus de horas extras ou bônus de desempenho, regulamentos de tempo parcial³³ e feriados.

Em poucas palavras, ambos os acordos confirmam que a flexibilidade, ou melhor, a descontinuidade e a intermitência, inerentes ao modelo de organização do trabalho baseado em plataforma, também podem ser reguladas pela disciplina do emprego subordinado, garantindo proteções e direitos ao empregado,

31 Acordo complementar da empresa em 29 de março de 2021, assinado pela Takeaway.com Express Italy e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti, bem como, «para fins de assistência aos trabalhadores que fazem a transição do trabalho autônomo para o emprego», por Nidil-Cgil, Felsa-Cisl e Uiltemp-Uil. Uma edição especial da revista *Labour & Law Issues*, 2021, editada por M. BARBIERI, é dedicada ao acordo Just Eat-Takeaway. Para mais comentários, consulte A. INGRAO, *Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo - fattorini Just eat - Takeaway.com Express Italy*, em *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-116 ss. e A. INGRAO, *La subordinazione "adattata" dei rider nell' accordo Takeaway.com express - OO.SS.: le relazioni industriali alla conquista della gig economy* su <https://www.labourlawcommunity.org/dialoghi/la-subordinazione-adattata-dei-riders-nell-accordo-takeaway-com-express-oo-ss-le-relazioni-industriali-alla-conquista-della-gig-economy/contribusto>

32 Veja os acordos de segundo nível assinados pela Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti com as empresas Laconsegna e Montegrappa (afiliadas ao grupo Runner Pizza) em 22 de julho de 2019 e 19 de janeiro de 2021, respectivamente, A. SCELSI, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider: il modello Runner Pizza e il perdurante equivoco fra discontinuità oraria e intermittenza*, em *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, p. 555 ss.

33 V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, em *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-156 ss e V. LECCESE, *Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-143 ss.

embora com algumas adaptações que reconhecem as instâncias das plataformas digitais de preservação das necessidades de produção específicas do setor³⁴. A alocação de turnos não é mais dominada pelo algoritmo “cego” e discriminatório: o *quantum* trabalhado não pode mais depender da produtividade, confiabilidade ou lealdade registrada e avaliada.

Deve-se observar também que ambas as empresas garantem a aplicação das normas de saúde e segurança (Art. 2087 do Código Civil Italiano, TU 81/2008 e T.U. 81/2008), as leis especiais, obrigando-se a fornecer todos os equipamentos de proteção necessários (capacetes, instrumentos refletivos, máscaras, etc.) e também a fornecer treinamento digital adequado à natureza perigosa do trabalho. Além disso, além da cobertura do INAIL e do INPS, os entregadores recebem seguro de vida por morte ou invalidez permanente.

Por fim, os *riders* têm a garantia de remuneração com base nos mínimos contratuais do CCNL do transporte, expedição e logística³⁵ e direitos sindicais, conforme previsto no Título III do Estatuto dos Trabalhadores.

3.3. Relações trabalhistas induzidas pela chamada lei *rider*: o contrato nacional Assodelivery-UGL e as reações dos tribunais

Em 18 de setembro de 2020, um acordo coletivo nacional de trabalho (CCNL) ao menor custo para não dizer “capestro” foi assinado pela Assodelivery – uma associação que representa as principais plataformas de entrega de alimentos³⁶ – e a UGL, uma associação sindical reconhecida pela contraparte e autodenominada representante dos *riders*.

34 Dois pontos particularmente polêmicos do acordo *Just eat*, que admite o uso generalizado do tempo parcial, que pode ser de apenas 10 horas (em derrogação ao CCNL e com repercussões óbvias sobre a remuneração), dizem respeito ao trabalho adicional exigido no limite de 50%, em derrogação à lei (que prevê um limite de 25%), e à cláusula elástica sem ônus para a empresa, em contraste, portanto, com o que é previsto pela lei e pelo CCNL para a logística, o transporte de mercadorias. Esses acordos, portanto, permitem que o contrato empresarial em questão seja qualificado como contrato de proximidade em derrogação tanto do CCNL (que admite acordos modificativos) quanto da lei, M. TRABOSCHI, *Accordi in deroga ex articolo 8 e loro conoscibilità*. *A proposito di un recente contratto aziendale di regolazione del lavoro dei rider e di alcuni orientamenti della magistratura*, em *Bollettino ADAPT*, 2021, n. 4.

35 Com a especificação relativa ao acordo da Runner Pizza de que «a forma comum (ou, pelo menos, predominante) de trabalho na empresa parece ser a de tempo parcial (...); cada trabalhador teria direito a um tempo de trabalho semanal total de pelo menos 16 horas, dentro do qual o acordo faria uma distinção, para fins de remuneração, entre segmentos de tempo de “trabalho real” e mera “disponibilidade”», *amplius* A. SCELSI, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider*, *op. cit.*, p. 565 ss.

36 G. PACELLA, *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, em *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 3, n. 1, p. 188 ss. a p. 193, o autor define a Assodelivery como uma associação de empregadores “nascida como uma resposta à ação institucional do governo”, tendo sido formada em vista das repetidas chamadas de plataforma do Ministério do Trabalho desde a posse do ex-ministro do Trabalho Luigi Di Maio na primavera-verão de 2018.

O chamado CCNL Rider tem como objetivo final manter o status de autônomo dos entregadores, tentando realizar uma atividade de qualificação que contradiz em substância não apenas o art. 2 do Decreto Legislativo 81/2015, mas também as inúmeras decisões que reconheceram os entregadores como trabalhadores subordinados.

Em essência, o argumento das plataformas digitais sobre a natureza genuinamente autônoma da relação é reiterado para desautorizar as proteções que teriam sido aplicáveis aos ciclistas em virtude do Capítulo V-*bis* (que, conforme mencionado acima no par. 2.2, contém um plano mínimo de proteções também aplicável aos *riders* autônomos). De fato, pode-se razoavelmente presumir que esse CCNL «pirata»³⁷ foi induzido pela própria lei 128/2019, já que seu objetivo real é evitar as consequências da aplicação do art. 47-*quater*, que, em matéria de remuneração, pressupunha que, se uma negociação delegada não tivesse intervindo para estabelecer os critérios de determinação da remuneração global dos *riders* autônomos, seria aplicada a regra da remuneração horária mínima parametrizada a mínimos estabelecidos pelos CCNL de setores similares, o que, em essência, mascarava uma proibição do pagamento por peça (supra par. 2.2).

E, de fato, não apenas o momento de sua estipulação quase no final do ano de eficácia diferida (com relação à adoção da Lei 128 de novembro de 2019) do art. 47-*quater*, mas também outros elementos, convenceram a maioria da natureza não genuína do CCNL dos *riders*³⁸.

É suspeito, não apenas o fato de que o conteúdo do CCNL dos *riders* replica os termos e condições gerais do contrato estabelecido pela maioria dessas plataformas³⁹, mas também a circunstância de que a Assodelivery optou por celebrar o contrato com um único sindicato, uma vez que é bem sabido que diferentes e plurais são os sindicatos que representam esses trabalhadores.

O mesmo Ministério do Trabalho e das Políticas Sociais, aliás, dois dias após a estipulação desse contrato de categoria, emitiu uma nota – inaugurando em verdade uma prática incomum – na qual advertia os estipulantes de um perfil: as exceções permitidas pelo parágrafo 2, letra a) art. 2, e 47-*quater* ainda estão

37 F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei rider*, em *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2020.

38 *Contra* P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero pirata?*, em *Lavoce.info*, 21 Settembre de 2020, que ressalta que «em nosso regime de liberdade sindical, ao contrário do regime corporativista fascista, a categoria sindical e contratual não preexiste ao contrato, não é estabelecida pela lei, muito menos pelo Ministério do Trabalho (nem, como alegam CGIL, CISL e UIL e Confindustria no Pacto pela Fábrica de 2018, pelo Cnel). Pelo contrário, a categoria tem origem justamente na negociação coletiva, que a define e delimita soberanamente. Ela é – e é essencial que continue a ser – fruto do livre jogo da agregação sindical e da negociação entre as partes».

39 Para dar apenas um exemplo, o horário da 1h às 7h é considerado noturno, ou seja, quando quase todos os restaurantes estão fechados, sem mencionar que os feriados não incluem os domingos, apenas os feriados nacionais.

condicionadas à representatividade das “organizações estipulantes”, que nas disposições estão indicadas no plural.

O Ministério, portanto, estigmatizou o acordo, observando a ausência dos índices tradicionais de representatividade do sindicato estipulante UGL, que: a) é único (apesar do pluralismo de sindicatos no setor); b) tem um número pequeno de membros (embora difícil de medir no caso dos *riders*); c) nunca participou das negociações com as autoridades públicas em que o conteúdo do futuro acordo coletivo foi discutido ou de greves organizadas por outras organizações sindicais.

A nota ministerial, que não tem força vinculante, constitui, no máximo, um alerta para os juízes que terão de julgar a legitimidade da aplicação do acordo.

Aqui, basta lembrar o que aconteceu no caso da Deliveroo, que impôs a aceitação do acordo de negociação coletiva Assodelivery-UGL como uma condição indefectível para continuar trabalhando e, posteriormente, comunicou a rescisão aos *riders* que não aceitaram essa condição.

O Tribunal de Bolonha, por decreto de 30 de junho de 2021, julgou procedente a ação por conduta antissindical, ordenando que a plataforma se abstinhasse de aplicar o acordo a seus *riders*, reintegrasse o trabalhador e condenou a Deliveroo Itália a publicar a decisão, às suas próprias custas, nas edições locais dos principais jornais. A condenação foi então confirmada na sentença de oposição, onde o juiz reiterou que o ônus de provar a representatividade comparativa real da organização com a qual a plataforma celebrou um CCNL nos termos do art. 2, parágrafo 2, Decreto Legislativo 81/2015 recai sobre a própria plataforma⁴⁰.

O Tribunal de Florença foi ainda mais rigoroso, que, com a sentença n. 781 de 24.11.21 (reformando a decisão de 9 de fevereiro de 2021), julgando o mesmo caso relativo à Deliveroo, considerou os *riders* da UGL um verdadeiro sindicato de conveniência abrangido pela proibição do artigo 17 do Estatuto dos Trabalhadores. Isso não resultou em uma ordem para dissolver a associação “amarela”, mas na condenação da plataforma por conduta antissindical.

Esses pronunciamentos, juntamente com outros⁴¹, são de importância decisiva, pois representam uma primeira resposta (positiva) à questão de saber se é possível estender as regras do Estatuto dos Trabalhadores que atribuem direitos e prerrogativas sindicais concebidos para o emprego subordinado – incluindo a ação de repressão da conduta antissindical do empregador – para a área do emprego não subordinado.

40 Conclusões idênticas são alcançadas pela sentença do T. Firenze de 24.11.21 no. 781 «Diante das objeções decisivas dos reclamantes, que negam que o UGL *rider* (o sindicato que assinou o acordo coletivo nacional aplicado na empresa) tenha os requisitos de representatividade exigidos pela regra, teria sido o ônus exato do réu (que se opõe à hipótese particular de isenção) provar a existência dos referidos requisitos. Tal prova não foi apresentada».

41 A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, em *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-3 ss.

Trabalho ágil (teletrabalho)

Alberto Levi

SUMARIO: 1. O trabalho ágil: uma possível declinação da nova categoria de “trabalho híbrido”. – 2. O longo processo de remotização do trabalho, na experiência jurídica italiana: trabalho em casa e teletrabalho. – 3. (*Segue-se*) os elementos constitutivos da figura do trabalho ágil. – 4. A centralidade regulatória do contrato individual. – 5. O exercício dos poderes do empregador. – 6. O reconhecimento explícito do direito do trabalhador ágil de se desconectar. – 7. A disciplina de segurança no trabalho.

1. O trabalho ágil: uma possível declinação da nova categoria de “trabalho híbrido”

A profunda transformação das tradicionais categorias jurídicas de tempo e lugar de trabalho, possibilitada pela tecnologia e pelas novas formas de organização do trabalho, levou à plena conscientização em nível global da necessidade de aprimorar o chamado “trabalho híbrido”.

Como se sabe, não existe um modelo de trabalho híbrido pré-definido de forma monolítica. Não existe um protótipo necessariamente idêntico para todas as empresas, mas – pelo contrário – as soluções de aplicação mais adequadas às necessidades organizacionais individuais diferem de empresa para empresa. No entanto, há um mínimo denominador comum: o objetivo de buscar alquimias de flexibilidade espacial e temporal que deixem amplo espaço de autonomia ao trabalhador.

É assim, então, que o trabalho ágil representa uma materialização tangível dessas novas necessidades de flexibilidade, pois essa figura fornece uma forte e adaptável dose de flexibilidade tanto no que diz respeito ao “onde” você trabalha, quanto no que diz respeito ao “quando”.

Em particular, o trabalho ágil foi introduzido na Itália através da lei n. 81 de 2017, ou seja, bem antes da pandemia. Em termos quantitativos, no entanto, até fevereiro de 2020, a disseminação do instituto não era nem um pouco comparável ao boom real após a emergência sanitária. Desde o início, de fato, o trabalho ágil foi usado na Itália com um objetivo explícito de anticontágio, para remotamente todas as atividades para as quais era possível organizacionalmente iniciar o distanciamento social.

A emergência sanitária foi, portanto, fator de grande aceleração para a implantação do instituto. No entanto, deve-se notar que a disciplina regulatória do

trabalho ágil durante a pandemia, estabelecida pelos dispositivos normativos dos primeiros meses de 2020, foi fortemente derogatória ao disposto na lei n. 81 de 2017. Um exemplo para todos: como vocês verão, um dos pilares estabelecidos em 2017 foi o da voluntariedade, no sentido de que o trabalho ágil não pode ser imposto ao trabalhador de forma unilateral, mas tem como ingrediente essencial o consentimento de ambas as partes. Em particular, prevê-se que a fonte normativa na noção jurídica do instituto só possa ser um acordo individual entre o empregador e o trabalhador, que será abordado no número seguinte n. 4. Pois bem, na regulamentação do trabalho ágil durante a pandemia este pilar falhou, no sentido de que foi imediatamente possível recorrer ao trabalho ágil independentemente da assinatura do pacto individual.

Cumpra ainda dizer que, a rigor, embora as fontes do direito de emergência falassem explicitamente de “trabalho ágil”, na realidade não se tratava de um trabalho ágil que atendessem perfeitamente aos requisitos identificados na lei n. 81 de 2017 (que será discutido no parágrafo 3), mas sim de um método de trabalho nascido talvez de uma hibridização entre trabalho em casa, teletrabalho (ou seja, aquela instituição que presta trabalho remoto, via telemática de conexão, mesmo que não necessariamente a partir de casa) e, de fato, trabalho ágil, conforme exigido pela lei n.º 81.

2. O longo processo de remotização do trabalho, na experiência jurídica italiana: trabalho em casa e teletrabalho

Para sistematizar o instituto do trabalho ágil, no quadro articulado do trabalho remoto, vale, portanto, refazer, segundo uma perspectiva diacrônica, as diversas etapas jurídicas realizadas pelo direito trabalhista italiano, no que diz respeito, precisamente ao trabalho domiciliar antes, então ao teletrabalho e, finalmente, ao trabalho ágil.

O atual regulamento do trabalho em domicílio foi estabelecido em 1973, com a lei n. 877. O principal objetivo do legislador italiano era estabelecer quando as regras do direito do trabalho deveriam ser aplicadas ao trabalhador em domicílio¹. E, a esse respeito, o art. 1 da referida lei dispõe que o «trabalhador a domicílio é aquele que, com vínculo de subordinação, exerce em domicílio próprio ou em local à sua disposição, ainda que com a ajuda acessória de membros da sua família que vivam juntos e dependentes, mas com exclusão de mão de obra assalariada e aprendiz, trabalho remunerado por conta de um ou mais empresários, utilizando matérias-primas e equipamentos auxiliares próprios ou do mesmo empresário, ainda que fornecidos por terceiros»².

1 Neste ponto, L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, XVIII edic., 2012, p. 202.

2 Sobre isso, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU – F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI, vol. I, Milano, 2000, p. 329 ss.

A doutrina italiana, desde os anos setenta, destacou imediatamente que a subordinação do trabalhador domiciliário evoluiu para o conceito de subordinação técnica, no sentido de que o trabalhador domiciliário era obrigado a seguir as instruções técnicas dadas *ex ante* pelo empregador, apesar da flexibilidade do local e horário de trabalho. Assim, desde os anos 70, tem sido uma primeira evolução necessária do conceito de subordinação, evidentemente exigida pelas pressões em termos de flexibilidade organizacional dos modelos de trabalho subordinado.

Da mesma forma, na década de 1990, a tecnologia levou a um novo repensar da noção de subordinação.

É com a tecnologia, em particular, que vêm à tona formas extremamente flexíveis de realizar o desempenho do trabalho, como o teletrabalho, em que as categorias de tempo e local de trabalho se tornam fluidas ao enésimo grau.

Este pode ser considerado o segundo estágio evolutivo. Em particular, no que diz respeito ao teletrabalho, o prefixo “tele” serve para indicar que este método de trabalho pressupõe, de facto, a utilização conjunta da telemática e/ou das tecnologias de informação.

O teletrabalho dá um impulso muito forte em termos de flexibilidade organizacional, afetando o local de trabalho como é classicamente entendido. De fato, apesar de ser uma instituição extremamente heterogénea, abrangendo diferentes tipos de situações possíveis³, o teletrabalho tem uma versatilidade muito forte em termos de trabalho remoto⁴, permitindo qualquer delocalização no que diz respeito ao local interno da empresa. É suficiente pensar no fenómeno do nomadismo digital, que agora está se espalhando por todo o mundo.

É quase óbvio sublinhar que a categoria de teletrabalho e trabalho a domicílio também podem ser combinadas na figura do teletrabalho a domicílio, mas esta é uma mera possibilidade. De facto, o teletrabalho pode ser prestado também a partir de um local diferente do domicílio do trabalhador.

No ordenamento jurídico italiano, desde o final da década de 90 o teletrabalho recebeu uma disciplina diferenciada no setor público, em relação ao setor privado. Em particular, no setor público, essa forma de trabalho é regulamentada por lei⁵, enquanto no setor privado por acordos coletivos⁶.

3 Sobre isso: Y. FREDIANI, *Nómades digitais*, em curso de publicação na obra coletiva em homenagem ao Ministro Sérgio Pinto Martins, 2022, p. 2; L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993, p. 69 ss.

4 L. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, em L. GAETA, P. PASCUCCI (org.), *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998, p. 1-2.

5 Sobre isso: l'art. 4, da lei 16 de junho de 1998, n. 191 e o Decreto do Presidente da Repubblica 8 de março de 1999, n. 70.

6 A nível europeu, foi assinado em 16 de julho de 2002 um acordo-quadro sobre teletrabalho entre a UNICE (Associação Europeia de Empregadores) e a CES (confederação dos sindicatos europeus). A nível nacional, então, foi assinado o acordo interconfederal de 9 de junho de 2004, assinado pela CGIL, CISL e UIL e por todas as organizações patronais.

Além da diversidade de fontes de regulação, no entanto, tanto no trabalho contratado pela administração pública quanto no trabalho privado, são previstas como proteções fundamentais para o teletrabalhador: igualdade de tratamento econômico e regulatório, bem como igualdade de oportunidades, inclusive de carreira; o “direito à socialização”, na forma de comunicação constante com outros trabalhadores e com o empregador; o exercício dos direitos sindicais; a proteção da segurança e saúde e a proteção da privacidade.

3. (*Segue-se*) os elementos constitutivos da figura do trabalho ágil

Chegamos assim ao terceiro estágio evolutivo, ou seja, aquele ao qual se pode remontar o trabalho ágil, jurídico – como mencionado – no ordenamento jurídico italiano em 2017, com a lei n. 81.

O legislador estabelece que o trabalho ágil é caracterizado por três pilares fundamentais, que passam a fazer parte do DNA da instituição: a alternância entre o trabalho realizado dentro da empresa e o trabalho realizado fora dela, a isenção de restrições de tempo e, finalmente, a isenção de restrições de lugar.

Quanto ao primeiro elemento, espera-se que o trabalho ágil seja uma modalidade de execução da relação de trabalho caracterizada por uma necessária alternância entre o trabalho fora da empresa e o trabalho realizado dentro da empresa. A identificação da quantidade de trabalho fora e dentro do trabalho fica a critério do acordo individual entre as partes, que, como veremos no parágrafo 4, é estipulado pelo empregador, por um lado, e pelo único trabalhador ágil, por outro lado⁷.

Além disso, o empregador e o trabalhador determinam consensualmente a localização temporal do trabalho a realizar dentro e fora da empresa⁸.

Quanto ao segundo elemento, a lei n. 81 estabelece que o trabalho ágil implica a ausência de «limitações precisas de tempo», respeitando apenas os «limites máximos de duração da jornada de trabalho diária e semanal, decorrentes da lei e da negociação coletiva»⁹. É quando o trabalhador empresta seu negócio fora da empresa.

7 Assim, por exemplo, poderia ser acordado realizar 50% do desempenho geral internamente e os restantes 50% externamente; ou 70% internamente e 30% externamente, bem como diferentes percentuais, livremente determinados pelas partes, dependendo das diferentes necessidades organizacionais que possam surgir.

8 Assim, as partes individuais, assim como no trabalho part-time, podem ter interesse em diminuir a flexibilidade para trabalhar uma parte do dia dentro e outra fora, ou alguns dias da semana dentro e outros fora. Ou algumas semanas dentro e outros fora, ou alguns meses dentro e outros fora.

9 Artigo 18, par. 1, da lei n. 81.

Aqui é preciso reflexão. Em particular, o trabalhador ágil, não sendo obrigado a cumprir restrições de tempo precisas, tem uma marcada autonomia, ou seja um poder de autodeterminação quanto aos horários de trabalho, circunstância que inevitavelmente se reflete no poder diretivo do empregador. Como dizer que a noção de subordinação deve necessariamente se adaptar, pelo menos no que diz respeito a como foi concebida em sua essência tradicional.

Justamente por essa autonomia marcada, o trabalho ágil se assemelha à figura do trabalho “*smart*”. Neste último aspecto, em particular, destaca-se o alto grau de autonomia operacional do *smart worker*, que é justamente “*smart*” na medida em que é capaz de realizar seu trabalho de forma independente, ou seja, sem a necessidade de receber constantemente diretivas. Ainda o trabalhador *smart* tem competências transversais no *problem solving*.

O alto grau de autonomia une trabalho *smart* com trabalho ágil, tanto que este último pode ser considerado a variação italiana do primeiro.

De fato, no trabalho *smart* falta o elemento da necessária alternância entre o trabalho fora das instalações da empresa e o trabalho realizado dentro, típico em vez do trabalho ágil, circunstância que – na opinião do autor – permite manter-se distintas as duas figuras, certamente contíguas, mas diferentes¹⁰.

Chegamos ao terceiro pilar. Lei n. 81 estabelece que o trabalhador ágil não está sujeito a «restrições específicas do local de trabalho» quando empresta seu negócio fora da empresa¹¹.

Este é mais um reflexo da situação particular de autonomia do trabalhador ágil, que, embora subordinado, ainda possui uma ampla margem de autodeterminação tanto no que diz respeito ao perfil espacial, quanto no que diz respeito ao perfil temporal.

Portanto, quando as duas partes individuais estipulam o pacto de trabalho ágil, definem o local para a realização do trabalho no exterior, deixando também, neste caso, um grau inevitável de autonomia ao trabalhador, que, como já foi dito, não é sujeito a restrições específicas relacionadas a onde emprestar sua atividade.

No que diz respeito ao lugar de trabalho, é preciso destacar que a Lei n. 81 específica dois possíveis propósitos do trabalho ágil: aumentar a competitividade da empresa e facilitar os tempos de vida e de trabalho¹².

10 Do ponto de vista estritamente aplicativo, no entanto, deve-se notar que hoje na Itália, especialmente na negociação coletiva, muitas vezes falamos com indiferença de trabalho *smart* e trabalho ágil, considerando os dois termos como sinônimos.

11 Artigo 18, par. 1, da lei n. 81.

12 Hoje, após a pandemia, pode-se dizer que o trabalho ágil - além dos dois propósitos mencionados no texto, também pode ter o objetivo de evitar contágios. No entanto, este é claramente um propósito que não poderia ter sido previsto em 2018, quando foi adotada a Lei n. 81.

São dois objetivos que, na opinião do autor, podem ser alternadamente, ou combinados.

Se por um lado, portanto, o fato de facilitar a conciliação da vida e dos tempos de trabalho sugere a comodidade para o trabalhador ágil em emprestar sua atividade na casa ou em qualquer caso de um local por ele definido, por outro lado, não está excluído que o lugar externo possa ser, por exemplo, um cliente da empresa, ou em qualquer caso qualquer local onde o empresário possa ter interesse em que o seu empregado trabalhe. Portanto, a flexibilidade topográfica pode responder a uma comodidade que ora é só do trabalhador (como, justamente, a conciliação da vida e dos tempos de trabalho), ora da empresa (como aumentar a competitividade), ora para os dois.

Hoje, após a pandemia, pode-se dizer que o trabalho ágil – além dos dois propósitos mencionados no texto – também pode ter o objetivo de evitar contágios. No entanto, este é claramente um propósito que não poderia ter sido previsto em 2018, quando a Lei n. 81. Neste caso, o local de trabalho é escolhido – ainda que com algumas limitações¹³ – pelo trabalhador, como no caso do objetivo de conciliar vida e tempo de trabalho.

Há outro elemento importante a destacar. Em relação ao local de trabalho, o trabalhador ágil – quando ele está fora da empresa – não tem posto de trabalho fixo. Esta é uma primeira circunstância que nos permite perceber a diferença entre trabalho ágil e teletrabalho. O teletrabalhador, de fato, no ordenamento italiano possui um lugar de trabalho fixo.

Mas, além disso, sempre com referência exclusiva à parte do trabalho realizado fora das dependências da empresa, a Lei n. 81 de 2017 estabelece que o trabalho ágil é realizado com a «possível utilização de ferramentas tecnológicas para a realização da atividade de trabalho». Para falar a verdade, é provável que no trabalho ágil, do ponto de vista da aplicação, o uso de tais ferramentas tecnológicas seja muito frequente. Mas – como se pode verificar – a utilização destas ferramentas é apenas possível, com a consequência de que este perfil não é um elemento definidor do caso, como é o caso do teletrabalho. No teletrabalho, de fato, o prefixo “tele” sublinha a indispensabilidade da utilização de ferramentas telemáticas e informáticas, que, pelo contrário, no trabalho ágil podem faltar. Daí, de fato, a segunda diferença entre teletrabalho e trabalho ágil, mais uma vez instituições contíguas, mas distintas.

O trabalho ágil é portanto uma figura que representa uma novidade para o ordenamento italiano. Uma figura que pertence a uma nova época. Mais autonomia, mais flexibilidade. Uma figura que demonstra como o conceito de “hora trabalhada” hoje seja um conceito velho.

13 Assim, por exemplo, na opinião do autor, o empregador pode não aceitar que o trabalho tenha sido realizado no exterior, pela necessidade de evitar o risco de remarcação de retorno à empresa, em caso de bloqueio da mobilidade internacional.

Na visão tradicional do direito do trabalho, a quantidade de tempo que o trabalhador dedica ao trabalho sempre foi um elemento fundamental para quantificar, avaliar e conseqüentemente remunerar o trabalho executado.

Então, quando o trabalhador ágil empresta sua atividade fora das dependências da empresa, é difícil, entre outras coisas, tomar o tempo de trabalho como parâmetro para a atividade prestada.

O trabalhador ágil, pelo maior grau de autonomia avaliativa de que dispõe, é capaz de atingir objetivos em relação aos quais, de fato, a relevância da hora trabalhada é desvalorizada.

Num cenário futuro, então, a utilização cada vez mais massiva do trabalho remoto deve ser razoavelmente acompanhada por uma transformação organizacional, no sentido de um repensar do trabalho, que deve ser cada vez mais orientado para os resultados, e não para o tempo dedicado ao trabalho.

Trata-se de um ponto de evolução epocal, que exigirá importantes esforços reconstrutivos. Sobre este perfil há uma outra desintegração da noção clássica de subordinação, centrada no conceito de obrigação de meios a que o trabalhador é exigido, em contraposição ao conceito de obrigação de resultado.

O caminho a seguir, já amplamente traçado pela ciência organizacional, parece ser o do *management by objectives*, certamente capaz de potencializar essas necessidades de gestão de pessoas. Por outro lado, isso pressupõe uma profunda mudança cultural, que deve afetar a noção de subordinação, pelo menos tal como foi desenvolvida na tradição do direito do trabalho.

Obviamente, este não é o lugar para a análise de um tema tão amplo, mas pelo menos é possível apreender, já nesta fase que vivemos, a importância de uma reflexão jurídica na direção indicada.

4. A centralidade regulatória do contrato individual

Como tivemos a oportunidade de antecipar, a lei n. 81 estabeleceu que o trabalho ágil tem como pré-requisito um acordo específico entre empregador e trabalhador¹⁴. Disso deriva, de fato, o necessário fundamento consensual do instituto.

Este contrato deve ser celebrado por escrito, para fins de regularidade administrativa e comprovação da escritura¹⁵.

A importância deste acordo advém do facto de regular a execução de trabalhos fora das instalações da empresa. Em particular, estabelece elementos fundamentais na regulação da relação: os locais fora da empresa onde se situa o serviço; a duração do serviço externo e sua localização temporal; a

14 O período de pandemia, durante o qual foi possível recorrer ao trabalho ágil como função anti-contágio, foi exceção a esta regra, sem acordo individual.

15 Artigo 19 da lei n. 81.

identificação das formas de exercício do poder diretivo, do poder de controle e do poder disciplinar (a este respeito, consultar o n. 5 seguinte); a identificação dos tempos de descanso do trabalhador; a indicação das medidas técnicas e organizativas necessárias para assegurar o direito à desconexão (que serão discutidas no número seguinte n. 6); o fato de que o trabalho ágil é fornecido por prazo determinado ou por tempo indeterminado¹⁶.

Além disso, o pacto de trabalho ágil pode introduzir o direito à aprendizagem ao longo da vida, de forma formal, não formal ou informal, bem como a certificação periódica de competências¹⁷. Trata-se claramente de uma previsão perfeitamente alinhada com o carácter marcante da mudança e, conseqüentemente, com a necessidade de acompanhar o trabalhador com uma formação adequada, que não é isolada a um momento específico, mas que perdura ao longo da sua vida laboral. Trata-se de uma importante referência ao grande tema da formação do trabalhador, que – principalmente pelas inovações geradas pela chamada quarta revolução industrial – agora se torna imperdível, como muitas vezes se testemunha na negociação coletiva.

Como se vê, portanto, no contexto do trabalho ágil, o pacto individual assume um papel regulatório extremamente relevante.

Por um lado, o fato de o local identificado por lei para formalizar tais medidas de proteção ser o acordo individual para trabalho ágil, abre espaço para possíveis diferenciações exigidas pela especificidade das situações. E, portanto, este é um fator de flexibilidade individual.

Por outro lado, no entanto, esta circunstância tem despertado por vezes preocupação, pois a assimetria contratual entre empregador e trabalhador, típica da relação individual, poderia ser superada em um contexto coletivo.

É justamente por isso que – apesar da centralidade do pacto individual do trabalho ágil – o papel da autonomia coletiva no sistema de fontes é de extrema relevância.

Os sindicatos estão plenamente conscientes do papel crucial que podem desempenhar na definição compartilhada de trabalho ágil e o compromisso ativo assumido até agora através da ação coletiva é a demonstração mais tangível disso.

Entre outras coisas, em plena sintonia com essas considerações, também o “Protocolo Nacional sobre o trabalho ágil” de 7 de dezembro de 2021 reitera

16 De acordo com o disposto no legislador, no caso de o contrato de trabalho ágil ser por prazo indeterminado, é sempre possível a desistência de ambas as partes com aviso prévio não inferior a trinta dias (no caso de trabalhador com deficiência, o é aumentado para noventa dias, para facilitar as necessidades de reorganização, em relação às necessidades de vida e cuidados do próprio trabalhador). Se houver motivo justificado para a rescisão, cada uma das partes contratantes poderá rescindir sem aviso prévio, se o contrato tiver sido celebrado por tempo indeterminado, ou antes do termo do prazo, se o contrato tiver sido celebrado por prazo determinado.

17 Artigo 20, parágrafo 2.

a necessidade de «reforçar a negociação coletiva como fonte privilegiada de regulação (...) do trabalho ágil»¹⁸.

5. O exercício dos poderes do empregador

No âmbito do trabalho ágil, os poderes do empregador, nomeadamente o poder diretivo, o poder de controlo e o poder disciplinar, recebem regulamentação específica.

Em particular, no que diz respeito ao poder diretivo, o legislador estabelece que o acordo individual «rege a execução dos trabalhos realizados fora das instalações da empresa, também no que diz respeito às formas de exercício do poder diretivo do empregador»¹⁹.

Além disso, o acordo individual regula «o exercício do poder de controle do empregador sobre o serviço prestado pelo trabalhador fora das dependências da empresa, observado o disposto no art. 4» do Estatuto do Trabalhador²⁰.

E, por fim, no que respeita ao poder disciplinar, prevê-se que o acordo identifique “as condutas, ligadas à execução de trabalho fora das instalações da empresa, que dão origem à aplicação de sanções disciplinares”²¹.

Esta disciplina particular dos poderes do empregador, no entanto, limita-se à atividade exercida fora da empresa, mantendo-se as regras normais para a atividade exercida no seu interior. Mesmo sem esta última clarificação, porém, o que é sancionado pelo legislador tem alcance potencialmente subversivo em relação aos princípios subjacentes ao direito do trabalho e à própria noção de subordinação. O que se subverte é – se não justamente a unilateralidade dos três poderes típicos do empregador, em que se baseia o conceito de subordinação²² – pelo menos seu modelo de declinação, o *quomodo* de sua tradução na dinâmica concreta da relação.

Em geral, a posição civil de poder implica em como se contrapor à posição jurídica de sujeição.

Em vez disso, no trabalho ágil, o credor é, em certo sentido, legitimado para co-determinar com a contraparte os métodos de exercício dos três poderes, tanto que uma parte da doutrina italiana tem falado em “parcialmente” comparilhada “subordinação através do meio do contrato individual”²³.

18 O Protocolo referido no texto é um documento assinado após discussão promovida pelo Ministro do Trabalho e Políticas Sociais com os sindicatos.

19 Artigo 19, par. 1, da lei n. 81.

20 Artigo 21, par. 1, da mesma lei.

21 Artigo 21, par. 2.

22 Sobre isso, A. BAYLOS GRAU, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, em *Lavoro e diritto*, 2017, n. 1, p. 7.

23 A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, em *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 341 del 2017, p. 15.

O fato de essa definição normativa se dar de forma individualizada permite afirmar que são concedidos ao trabalhador espaços de “negociabilidade pactuada”, o que, sem dúvida, representa um elemento importante, tanto que parte da doutrina italiana tem avançado a ideia de que o trabalho ágil pode ser classificado como vínculo empregatício especial, envolvendo desvio causal do regime típico a que se refere o art. 2.094 do código civil²⁴, que constitui o pilar normativo em que se fundamenta a noção de subordinação, em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, não há dúvida de que diante de um trabalho que muda rapidamente, é necessário reagir no plano jurídico por meio de uma adaptação das categorias tradicionais, pelo menos como foram elaboradas classicamente e o sentimento que é percebido pelos observando o disposto na lei n. 81 é uma espécie de desconstrução dos poderes dos três empregadores.

Em particular, como antecipado, exige-se do trabalhador ágil uma autonomia avaliativa particular, que se conjuga com aquela alma colaborativa da qual o instituto está permeado, tanto que parte da doutrina chegou a se perguntar se no trabalho ágil há não é uma alteração daquele corolário de subordinação segundo o qual o risco deve necessariamente pertencer ao empregador²⁵. Supõe-se, portanto, de certa forma, que o poder diretivo, o poder de controle e, conseqüentemente, o poder disciplinar, sofrem uma alteração em relação ao que acontece na relação padrão, permitindo explicações flexíveis sobre o desempenho do trabalho, com um modelo remodelado. subordinação, assim como hoje, em geral, a economia colaborativa exige²⁶.

6. O reconhecimento explícito do direito do trabalhador ágil de se desconectar

A disciplina instituída pela lei n. 81 de 2017 é de particular importância no que diz respeito ao direito do trabalhador de se desconectar, uma vez que esse direito foi regulamentado pela primeira vez na Itália naquela mesma lei.

De um modo geral, a este respeito, refira-se que a existência de uma fronteira (o mais clara possível) entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso responde a uma necessidade fundamental de proteção da pessoa do trabalhador,

24 Ainda A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, citado, p. 15.

25 Sobre isso M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, em *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 335 del 2017, p. 11-12.

26 Sobre isso: C. ROMEO, *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 12 del 2017, 826; A. PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, em *Lavoro e diritto*, 2017, p. 259.

que não se limita à necessidade fisiológica de descanso, mas estende-se ao gozo pleno e livre dos chamados tempos da vida.

Surge, assim, a matriz normativa mais clássica da disciplina do tempo de trabalho, que visa definir o quantum temporal da atividade deduzida no contrato, para evitar uma pervasividade que possa prejudicar, antes de tudo, a dignidade do trabalhador.

O risco dessa difusão no trabalho ágil é ainda mais insidioso, dada a ausência de restrições de tempo precisas.

Esse risco foi explicitamente interceptado para o trabalho ágil, mas na realidade vai muito além do escopo de aplicação desse método de trabalho, pois a fluidez espaço-temporal resultante dos processos de reorganização do trabalho gerados pela quarta revolução industrial e fortemente acelerada a pandemia faz com que o elemento de desconexão assuma um valor transversal e multifacetado, que pertence a todo o vasto universo de trabalho que pode ser realizado remotamente e além²⁷.

De facto, a utilização agora massiva e quase generalizada de instrumentos tecnológicos como um simples smartphone ou tablet - juntamente com as inúmeras e indiscutíveis positivities que agora caracterizam o nosso quotidiano, não só no trabalho - traz consigo também elementos de potencial criticidade, como, precisamente, o risco de uma erosão profunda dos tempos de descanso.

Entre outras coisas, no que diz respeito especificamente ao trabalho ágil, o tema do risco de hiperconexão também está ligado ao fato de que o trabalho ágil – em sua fisionomia delineada pelo legislador pré-pandemia – tem entre seus dois propósitos possíveis justamente o de uma melhor conciliar os tempos de vida e de trabalho, a par do aumento da competitividade da empresa. Portanto, a não contenção adequada do risco de uma possível hiperconexão do trabalhador poderia dar origem a uma espécie de heterogênese dessa finalidade²⁸.

Com o elemento adicional de atenção que consiste na ausência de um “posto de trabalho fixo” para o trabalho fora do trabalhador ágil, o que implica a alta “probabilidade de que o posto de trabalho normal seja precisamente aquele do local de vida do trabalhador”, com a consequência de tornar o tempo de vida e o tempo de trabalho mais facilmente sobrepostos²⁹.

27 No tópico: B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, em *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 439 del 2021, 41; V. FERRANTE, *Il lavoro a distanza e il diritto “alla disconnessione”*, em A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, p. 125 ss.; C. LAZZARI, *Alla ricerca di tutele per i gig-workers, fra supplenza giurisprudenziale, regolazione sociale e tentativi di regolazione eteronoma*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2019, p. 530.

28 Neste sentido M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, em *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 335 del 2017, 45.

29 F. CARINCI, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (org.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna,

Bem, a lei n. 81 de 2017 estabelece que o acordo individual referido no n. 4 identifica «as medidas técnicas e organizacionais necessárias para garantir a desconexão do trabalhador (ágil) das ferramentas tecnológicas de trabalho»³⁰.

Essa formulação, dada a fundamentalidade dos valores jurídicos subjacentes ao direito de desconexão, tem levado parte da doutrina a considerar muito tímida a escolha inicialmente adotada pela lei, no sentido de limitar a disciplina do próprio direito a uma mera referência ao contrato individual trabalho ágil³¹.

O legislador interveio posteriormente sobre este ponto, com o decreto-lei n. 30 de 2021, convertida na lei n. 61 de 2021, reconhecendo expressamente ao trabalhador «o direito de se desligar dos equipamentos tecnológicos e plataformas informáticas, em cumprimento de quaisquer acordos celebrados pelas partes e sem prejuízo de quaisquer períodos de disponibilidade acordados»³².

Isso significa, em primeiro lugar, que o trabalhador ágil não pode ser obrigado a permanecer sempre conectado, mesmo fora do horário de trabalho, como que para “compensar” a flexibilidade resultante da ausência de restrições de tempo precisas.

Dadas estas premissas, ao nível das fontes reguladoras do direito à desconexão, cria-se um entrelaçamento de direito, autonomia individual e autonomia coletiva.

Pois bem, na opinião do autor, a autonomia individual é sem dúvida o foro mais adequado para regular os aspectos que podem variar subjetivamente de trabalhador para trabalhador³³, como, por exemplo, a especificação da atividade requerida durante a eventual disponibilidade solicitada ao trabalhador, bem como a determinação temporal da própria disponibilidade, a ser compatibilizada no caso concreto com o incontornável cumprimento dos prazos máximos diários e semanais duração.

Embora mais adequada à negociação coletiva, especialmente no segundo nível, é a parte serial da disciplina do direito de desconexão, como a identificação das «medidas técnicas e organizacionais necessárias para garantir a desconexão do trabalhador dos equipamentos tecnológicos de trabalho»³⁴. Em primeiro

Piacenza, 2020, p. 45.

30 Artigo 19, par. 1, da lei n. 81.

31 No tópico: A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, em *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, n. 2, p. 317, que sublinham que a lei n. 81 de 2017 não estabelece expressa e diretamente um “direito de desconexão”, contendo apenas uma referência muito genérica e indireta à “técnica protetiva” por meio da qual atingir o objetivo de proteção adequada do trabalhador ágil.

32 Artigo. 2, par 1-ter, do decreto lei n. 30 de 2021.

33 No tópico: M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il Lavoro agile al tempo della pandemia*, em *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Bari, 2021, Tomo I, p. 372; M. NICOLSI M., *Le sfide del lavoro agile dopo l'emergenza pandemica*, em GARILLI A. (org.), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Torino, 2020, p. 113.

34 Artigo 19 da lei n. 81.

lugar, porque, de facto, as soluções organizativas e técnicas identificadas têm uma área de aplicabilidade geral, normalmente referente à generalidade dos trabalhadores em causa. E, em segundo lugar, porque a assimetria contratual entre o empregador e o trabalhador individual - mencionada no n. 4 - poderia jogar muito negativamente na efetividade da lei.

Não é por acaso, aliás, que os parceiros sociais se comprometeram de imediato a sério, mesmo ao nível das empresas, na procura de uma possível declinação concreta do direito à desconexão³⁵.

Assim, por exemplo, a negociação coletiva tem, em alguns casos, previsto que «fora do horário de trabalho ou no contexto de motivos legítimos de ausência, acesso e ligação aos sistemas da empresa»³⁶. Com a consequência que o trabalhador ágil tem o direito de desativar os seus dispositivos de ligação no final da prestação de trabalho e a eventual recepção de comunicações da empresa não obriga os colaboradores a tomarem providências antes de retomarem o trabalho de acordo com o calendário contratual, sem prejuízo de permanecerem quaisquer necessidades objetivas e excepcionais³⁷.

Ou, para exemplificar ainda mais, outras vezes a empresa negociando rigidamente a desconexão entre 20h e 8h do dia seguinte³⁸.

Noutros casos, ficou também estabelecido que os sindicatos têm direito à informação sobre o número de acessos aos sistemas da empresa que decorrem fora do horário normal de trabalho, ainda que para fins estatísticos e de forma agregada³⁹. A partilha de informação com os parceiros sociais, afinal, é o primeiro passo na prossecução de uma política regulatória participativa.

Por último, por vezes, os acordos coletivos estabeleceram uma comissão conjunta a nível nacional, com a tarefa de estudar as formas mais adequadas para consolidar uma regulação equilibrada da instituição (também no que se refere, por exemplo, ao planeamento de reuniões virtuais⁴⁰, que muitas vezes envolvem ultrapassagens imprevisíveis de tempo e têm forte impacto na vida

35 Sobre isso V. ZEPPIILLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2019, I, p. 316 e ss.

36 Ponto 25 do acordo coletivo *smart work* AXA, empresa do setor do crédito de 15 julho de 2021.

37 Acordo coletivo AXA de 15 de julho de 2021. No mesmo sentido, ponto 2 do acordo sobre trabalho ágil SNAM, empresa do setor químico, de 25 de março de 2021, que, de fato, identifica em detalhes os intervalos de tempo dentro dos quais o trabalhador ágil tem o direito de se desconectar.

38 Neste sentido, o acordo coletivo GROMART SRL de 4 de janeiro de 2021, em <http://fare-contrattazione.adapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Accordo-Gromart-04-1-2021.pdf>.

39 Acordo coletivo de GRUPPO GENERALI, do setor segurador, de 27 de julho de 2021, ponto 6.

40 Ainda o ponto 5 do acordo coletivo SNAM de 25 de março de 2021.

privada), ou com a tarefa de desenvolver e divulgar um conjunto de boas práticas de negócios⁴¹.

7. A disciplina de segurança no trabalho

Evidentemente, como emerge do direito à desconexão, uma questão particularmente importante na disciplina do trabalho ágil diz respeito à proteção de acidentes, especialmente levando em conta que quando o prestador de serviço está fora das instalações da empresa, ele foge da esfera de controle do empregador.

A Lei n. 81 contém duas regras a esse respeito: art. 18, parágrafo 2 e art. 22.

A primeira estabelece que o empregador é responsável pela segurança e bom funcionamento das ferramentas tecnológicas atribuídas ao trabalhador. Conforme mencionado no parágrafo n. 3, o uso de ferramentas tecnológicas no trabalho ágil é possível, ou seja, é meramente possível (não é essencial como no teletrabalho). No entanto, sempre que o desempenho da atividade laboral requiera estas ferramentas, a sua segurança e bom funcionamento é da responsabilidade do empregador.

Com a segunda regra, porém, o legislador estabelece em primeiro lugar que o empregador garante a saúde e a segurança do trabalhador ágil. Para o efeito, em particular, o empresário é obrigado a entregar ao Representante de Segurança dos Trabalhadores, pelo menos anualmente, uma informação escrita na qual são identificados os riscos gerais e os riscos específicos associados ao método particular de execução da relação⁴².

Para identificar o alcance efetivo da disposição segundo a qual o empregador é obrigado a garantir a saúde e a segurança do trabalhador ágil, parece oportuno observar como isso representa – em essência – uma reafirmação do princípio cardeal contido no art. 2.087 do código civil. Esta norma, que constitui o centro de gravidade regulador de todo o cenário geral de prevenção de acidentes, estabelece que o empresário é obrigado a adotar as medidas de segurança que, de acordo com a natureza particular do trabalho, experiência e técnica, são necessárias para proteger a integridade personalidade física e moral do empregado. Portanto, o empregador deve se encarregar da proteção de prevenção de acidentes do trabalhador ágil, mesmo quando este empresta seus negócios fora da empresa, talvez em sua casa.

No que se refere, pelo contrário, à obrigação de elaborar informação escrita sobre os riscos gerais e os riscos específicos ligados às especificidades do trabalho ágil, salienta-se que está prevista para efeitos de uma participação efetiva

41 Acordo coletivo WIND TRE, do setor de telecomunicações, de 3 de fevereiro de 2021, ponto 7.

42 Artigo 22, par. 1, da lei n. 81.

e participativa do Representante da Segurança dos Trabalhadores, sujeito de a obrigação de segurança que tem funções consultivas e propositivas sobre o assunto. De fato, a lei italiana prevê periodicamente a realização de uma reunião periódica na qual participam sujeitos devedores de segurança. Entre esses sujeitos está o Representante dos Trabalhadores, que, de fato, é obrigado a formular suas próprias propostas para melhorar o padrão de segurança dentro da empresa, levando em conta também as sugestões e solicitações que são destacadas pelos trabalhadores. A informação escrita, como se vê, pressupõe claramente o fato de que para um envolvimento efetivo é necessário antes de tudo informar adequadamente o estado da situação, no que diz respeito aos riscos genéricos e riscos específicos a que o trabalhador ágil está exposto.

Em particular, com referência a riscos específicos, por exemplo, pode-se destacar a ausência de um limite claro e preciso entre a vida profissional e a vida privada do trabalhador ágil, especialmente quando seu trabalho é realizado em casa.

Ou, para ilustrar ainda mais, em alguns casos, trabalhar em casa pode levar a uma intensificação dos ritmos de trabalho, com o possível surgimento de um estado de estresse.

Não há dúvida, porém, que a questão em questão é muito delicada, tendo em vista que o trabalhador ágil, quando presta sua atividade fora da empresa, não está sujeito, como foi dito, ao controle da esfera de o empregador.

É assim, pois, que para equilibrar a situação o legislador especifica que o trabalhador ágil é obrigado a cooperar na implementação das medidas preventivas elaboradas pelo empresário para fazer face aos riscos associados à execução do serviço fora das instalações da empresa⁴³.

Portanto, uma obrigação de cooperação explicitamente formulada que certamente reforça a obrigação geral de cooperação prevista no art. 20 do decreto legislativo n. 81 de 2008, sobre segurança no trabalho. Esta norma prevê que todos os trabalhadores, não apenas os ágeis, cuidem de sua própria saúde e segurança e de outras pessoas presentes no local de trabalho, que sejam afetadas pelos efeitos de suas ações ou omissões, de acordo com seu treinamento, instruções e os meios fornecidos pelo empregador⁴⁴.

Além disso, especifica-se que os trabalhadores devem contribuir, juntamente com o empregador, gerentes e supervisores, para o cumprimento das obrigações previstas para a proteção da saúde e segurança no trabalho.

Esta que acaba de ser mencionada é a regra geral prevista pela Lei Consolidada sobre segurança e a obrigação de cooperação nela prevista deve ser considerada intensificada no que diz respeito ao trabalhador ágil, precisamente porque, como foi dito, das características específicas inerentes no serviço prestado fora

43 Artigo 22, par. 2.

44 Artigo 20 do decreto legislativo n. 81 de 2008.

das instalações da empresa. Isso se traduz inevitavelmente em maior atenção e diligência do trabalhador ágil em relação à sua própria segurança e à dos outros, o que é reflexo do maior grau de autonomia decisória de que goza.

PARTE II
CONTRATOS DE TRABALHO FLEXÍVEL
NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho autônomo e parassubordinação

Yone Frediani

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias sobre a subordinação clássica e demais formas de subordinação. – 2. Subordinação e suas peculiaridades. – 3. Autonomia e seus desdobramentos. – 4. Parassubordinação e suas especificidades. – 5. Principais contratos autônomos no ordenamento brasileiro. – 5.1. Corretor de imóveis. – 5.2. Representante comercial. – 6. Conclusões

1. Noções introdutórias sobre a subordinação clássica e demais formas de subordinação

O estudo do trabalho subordinado, autônomo e do parassubordinado em seus inúmeros desdobramentos na atualidade, exige a análise, ainda que sinteticamente, sobre a subordinação tradicional, utilizada largamente desde o início da primeira revolução industrial em que o processo produtivo exigia o comparecimento e permanência do empregado no estabelecimento do empregador no cumprimento de longas jornadas de trabalho.

Este estilo na forma de trabalhar exigindo o comparecimento e permanência do trabalhador na empresa perdurou durante a segunda e terceira revoluções industriais, em que o processo produtivo e da prestação de serviços foram aprimorados com a utilização de incontáveis progressos tecnológicos e científicos na agricultura, indústria, transportes, comércio e prestação de serviços, ou seja, nos diversos ramos da economia, com o desenvolvimento da mecanização, automação, robótica, engenharia genética e biotecnologia, dentre outras descobertas de igual relevância, sem alterações sensíveis quanto à subordinação do empregado em relação a seu empregador.

Não seria exagerado afirmar que as inovações tecnológicas introduzidas nas diversas áreas da economia, a saber, agricultura, indústria, comércio, transportes e na prestação dos serviços, provocou, não só o fracionamento das empresas, bem como a multiplicação das denominadas empresas em rede e virtuais”, as quais, regra geral, não necessitam mais da presença física do trabalhador como ocorria no passado¹.

1 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, em Y. FREDIANI (COORD.), *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, Lex Magister, Porto Alegre, 2015.

Porém, a partir de 1990-2000, surge a denominada Revolução 4.0, fundada no surgimento das tecnologias disruptivas, ou seja, tecnologias que rompem com os padrões, modelos ou tecnologias até então existentes criando um novo mercado de trabalho marcado pela robótica, inteligência artificial, nanotecnologia, impressão 3D, internet das coisas, etc. e, nesse contexto de modernidade e das constantes mudanças no mundo do trabalho, mister examinar-se as transformações da subordinação do empregado. A inovação tecnológica, portanto, sempre implicará em alteração das condições sociais e econômicas, sejam elas mínimas e praticamente invisíveis ou mais severas e drásticas, a ponto de alterar o mercado na medida de sua relevância².

Os elementos caracterizadores da figura do empregado encontram-se no art. 3º da CLT³ e diante do conceito legal, verifica-se que para caracterização da relação de emprego, o trabalho deve ser prestado por pessoa física (pessoalidade), de forma não eventual (habitualidade), onerosa (mediante pagamento) e sob subordinação.

Portanto, não existem dúvidas de que o empregado se encontra sujeito ao comando do empregador que, assumindo os riscos em relação à atividade desenvolvida, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, de acordo com a regra contida no art. 2º da CLT⁴.

Via de consequência, a subordinação que caracteriza o contrato de trabalho é a subordinação jurídica – traço essencial que distingue o vínculo de emprego de outras modalidades contratuais, porque existem elementos comuns a outras formas de prestação de serviços em que se encontram presentes a pessoalidade, habitualidade e remuneração.

Ressalte-se que a evolução tecnológica provocada pela denominada revolução 4.0 alterou profundamente as condições em que o trabalho é executado e, em consequência, atenuou a denominada subordinação clássica, por meio da qual o empregado se submete ao poder de direção do empregador no que respeita ao modo de realização de sua atividade e pela intensidade de ordens recebidas.

A atenuação da subordinação clássica recebeu classificações como direta, indireta, integrativa ou reticular⁵, podendo ser mais frequentemente representada pela:

- a) “subordinação objetiva” caracterizada pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento tomador dos serviços, traduzindo-se por uma relação harmônica do trabalho executado aos fins do empreendimento;

2 P.C. BARIA DE CASTILHO, *Subordinação por algoritmo*, LTR, São Paulo, 2021.

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

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

5 A. SAYÃO ROMITA, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2013.

uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa através da qual a atividade do trabalhador como se segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos⁶.

- b) “subordinação estrutural” por meio da integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, independentemente do recebimento de ordens diretas deste : o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços⁷; cabe realçar que a ampliação dos diversos aspectos da subordinação estrutural ao contrário de constituir um avanço, gera, na verdade, insegurança jurídica⁸ quando adotada para o reconhecimento da relação de emprego entre o prestador e o tomador dos serviços.

Fabio Ulhoa assevera que, se qualquer hipótese de integração com a atividade empresarial configura uma forma de “subordinação de natureza trabalhista”, diversos contratos comerciais teriam que ser reclassificados – franquia, distribuição, representação comercial, concessão mercantil, comissão, etc⁹.

c) mais recentemente, surgiu a “subordinação algorítmica” decorrente das novas tecnologias que introduziram a utilização de várias ferramentas e aplicativos, podendo ser traduzida em um programa executado por um computador, oferecendo serviços variados aos seus clientes, como consultas médicas, transporte de pessoas, entrega de refeições, tratamentos de beleza, exercícios físicos, etc., verificando-se que a finalidade de referidos aplicativos objetiva colocar o cliente e o prestador de serviços em contato, por meio de uma plataforma digital.

O algoritmo como fundamento de um *software*, encontra-se integrado às programações que foram criadas especificamente para determinadas situações concretas; na hipótese dos serviços de transporte, ocorre a identificação do motorista disponível no momento em que o usuário aciona o aplicativo, fazendo a devida intermediação com indicação do valor do serviço e na sua finalização, propicia a avaliação do prestador; referida situação que tem gerado inúmeras decisões judiciais reconhecendo que os prestadores de serviços em plataformas, ao contrário de exercerem sua atividade com autonomia estariam “subordinados ao algoritmo”.

6 P.E. RIBEIRO DE VILHENA, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, Saraiva, São Paulo, 1975.
 7 M. GODINHO DELGADO, *Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista*, em A. GOULART DE SENA, G. NEVES DELGADO, R. PORTUGAL NUNES (coord.), *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*, LTR, São Paulo, 2010.
 8 A. JOBIM AZEVEDO, *Relações contemporâneas de trabalho: observações*, in Y. FREDIANI (coord.), *op. cit.*
 9 F. ULHOA COELHO, *Subordinação empresarial e subordinação estrutural*, in Y. FREDIANI (coord.), *op. ult. cit.*

Sonia Mascaro Nascimento afirma que, a subordinação ao algoritmo, de fato, não é subordinação jurídica, mas tão somente uma forma de administrar a plataforma de serviços para que os consumidores possam utilizá-los com confiança e uniformidade¹⁰.

O controle do trabalho à distância por meio de plataformas digitais que se utilizam de algoritmos é muito mais severo e eficaz do que aquele feito pessoalmente pelo chefe da seção no chão da fábrica da década de 1970¹¹.

Dentro do tema proposto sobre a necessidade de se disciplinar juridicamente as novas relações de trabalho diante das inovações tecnológicas, o primeiro passo foi dado para reconhecer que a subordinação por algoritmo é hoje uma realidade social¹².

A subordinação por algoritmo, ao mesmo tempo em que tenta ser dissimulada, revela-se como mais densa, intensa e eficaz do que a subordinação clássica que é feita por meio de ordens diretas, compelindo o trabalhador a executar cada vez mais tarefas e avaliando-o continua e automaticamente por meio de sofisticados sistemas computacionais de gestão¹³.

Yuval Noah Harari, alerta que, “neste exato momento os algoritmos estão observando você. Estão observando onde você vai, o que compra, com quem se encontra. Logo vão monitorar todos os seus passos, todas as suas respirações, todas as batidas do seu coração”¹⁴.

Com tais considerações, constata-se que a execução de trabalho no ordenamento brasileiro classifica-se em: a) trabalho subordinado, representado pelo contrato de trabalho e regulado pela CLT e b) trabalho autônomo, tipificado como a prestação de serviços independente disciplinada pela lei civil (arts. 593/609) e diplomas especiais e pela recente Lei 13.467/2017, que tratou do trabalho autônomo, com a inserção do art. 442-B na CLT¹⁵.

Thereza Nahas, assevera que o dispositivo trata da possibilidade de o autônomo ter a característica da exclusividade, isto é, refere-se ao trabalhador economicamente dependente, que é aquele que presta serviço a um ou mais empregadores e dele depende economicamente. Todavia, não é um trabalhador

10 S. A. C. MASCARO NASCIMENTO, *Subordinação por Algoritmo e o novo mercado de trabalho*, em C.R. DE OLIVEIRA, J. NEPOMUCENO BORBA, Y. FREDIANI (coord.), *Produção em Rede e proteção Social Social – Estudos em homenagem ao professor Nelson Mannrich*, Editora Mizuno, São Paulo, 2021.

11 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*.

12 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*.

13 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*.

14 Y.N. HARARI, *21 lições para o século 21*, Cia das Letras, São Paulo, 2018.

15 Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

subordinado em sentido estrito e conserva a autonomia na organização do seu tempo e condições de trabalho¹⁶.

2. Subordinação e suas peculiaridades

O trabalho subordinado é executado pela pessoa do empregado e se desenvolve no âmbito de um contrato de trabalho, ficando o empregado à disposição do empregador¹⁷. Pode-se, pois asseverar que na modalidade de trabalho subordinado, o núcleo central gira em torno do trabalhador e sua subordinação jurídica ao empregador constitui elemento primordial na caracterização da relação de emprego.

Nas lições de Romita, a dependência pessoal ou subordinação continua sendo a característica fundamental da relação de trabalho, no sentido específico do direito obreiro. A organização da empresa exige uma ação de comando, continuativa e centralizada na pessoa do empregador, à qual se subordinam, em maior ou menor grau, todos os dependentes, vale dizer, todos os trabalhadores subordinados¹⁸.

Portanto, trabalhador subordinado é a pessoa física que coloca sua energia pessoal à disposição de pessoa física ou jurídica mediante retribuição e sujeição¹⁹.

O ordenamento brasileiro, apresenta uma variedade de situações em que o trabalho é prestado sob subordinação, envolvendo trabalho rural, urbano, doméstico, em domicílio, etc.

Examinando a questão assevera Pedro Manus que, o tradicional contrato de trabalho disciplinado pela CLT se aplica inteiramente às relações de trabalho sob subordinação. Porém, para os novos modelos de trabalho que surgem e que não se enquadram no modelo tradicional, é necessário que o Direito do Trabalho reconheça tais mudanças e apresente soluções jurídicas próprias para cada uma nova realidade contratual, por absoluta impossibilidade de que o modelo tradicional atenda às novas exigências²⁰.

Estima-se que a relação de trabalho clássica fundada no trabalho executado integralmente na sede do empregador com jornada rígida, mediante constante supervisão do empresário, tende a ser substituída rapidamente por uma relação

16 T. C. NAHAS, L. PEREIRA, R. MIZIARA, *CLT Comparada Urgente*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

17 N. MANNRICH, *Reinventando o Direito do Trabalho: novas dimensões do trabalho autônomo*, in Y. FREDIANI (coord.), *op. ult. cit.*

18 A. SAYÃO ROMITA, *A subordinação no contrato de trabalho*, Forense, Rio de Janeiro, 1979.

19 E.G. LOPES ANDRADE, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2013.

20 P.P. TEIXEIRA MANUS, *A subordinação jurídica no contrato individual de trabalho*, em Y. FREDIANI (coord.), *op. ult. cit.*

mais flexível, seja em relação ao local onde o serviço é prestado, ao horário de trabalho e, especialmente, quanto aos meios de controle do trabalhador²¹.

Em sentido oposto ao trabalho subordinado, também são diversas as modalidades em que prestação de serviços é realizada sem a existência do vínculo empregatício, citando-se o trabalho avulso, portuário, diarista e eventual que executam seus serviços sem continuidade, ocasionalmente. Ele pode ter todos os demais requisitos da relação de emprego, mas não tem habitualidade, o que o impede de ser considerado empregado, seja no meio urbano ou rural, também conhecido pela expressão “chapa”²².

Entretanto, nem sempre a diferenciação entre trabalho subordinado e autônomo se apresenta de forma clara, na medida em que entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo existem situações intermediárias, de difícil caracterização porque a subordinação pode ou não estar presente ou ser atenuada diante da forma pela qual os serviços são executados. O trabalhador autônomo, por faltar-lhe o pressuposto da subordinação jurídica, está fora da égide do Direito do Trabalho²³.

Portanto, a distinção entre as modalidades de execução de trabalho subordinado ou sob autonomia nem sempre é fácil de ser apurada, especialmente a partir da utilização das novas tecnologias introduzidas pela denominada 4ª Revolução Industrial, porque tais aspectos ficaram ainda mais diferenciados, não só pela alteração na forma de realização da atividade laboral, mas também em decorrência do conceito de empresa, sendo cada vez mais frequente, a atuação empresarial nos espaços digitais²⁴.

Thereza Nahas afirma que, no modelo tradicional de relação de trabalho, era possível perfeitamente definir as partes pactuantes, tendo o trabalhador o exato conhecimento da organização em que se inseria. Modelo este que começou a se diluir com a prestação de serviços por intermédio de empresas terceiras que na extensa cadeia de produção ensejou a situação que o trabalhador já não tem a menor possibilidade de saber a quem o fruto do seu labor se destina. Permite ainda que as relações de trabalho sejam absolutamente fragmentadas de modo que os trabalhadores desconhecem, muitas vezes, aqueles que trabalham no mesmo ambiente que o seu²⁵.

21 Y. FREDIANI, *O porvir da autonomia negocial coletiva*, em M. JORGE, S. NETO (coord.), *Desafios à Autonomia Negocial Coletiva*, ESMPU, Brasília, 2021.

22 P.P. TEIXEIRA MANUS, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2013.

23 A. MONTEIRO DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2017.

24 N. MANNRICH, *Direito do Trabalho na era digital*, em T. FERRAZ ANDRADE et al. (COORD.), T. CARNEIRO et al. (org.), *Labor 4.0: direito do trabalho e inovações tecnológicas*, Thomsom Reuters Brasil, São Paulo, 2021.

25 T.C. NAHAS, *Qualificação do vínculo de subordinação*, em G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (coord.), *Novas tecnologias, plataformas digitais e Direito do Trabalho. Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.

Situações concretas duvidosas existem e a caracterização da relação de emprego necessita a demonstração em juízo da existência ou ausência de subordinação do prestador de serviços, na medida em que o trabalhador autônomo como o representante comercial, o corretor de imóveis, vendedores independentes, parceiros em institutos de beleza dentre outros, podem ajuizar ações judiciais buscando a declaração judicial da existência da relação de emprego, obtendo o pagamento dos títulos decorrentes do contrato de trabalho eventualmente reconhecido.

Ao contrário, prestação de serviços executada com autonomia do prestador e que lhe confira maior liberdade na execução dos serviços contratados, afasta a participação direta do tomador de serviços na execução do contrato; porém, situações concretas especiais existem e revelam que eventual participação e/ou direção do tomador de serviços não pode ser considerada subordinação para fins de reconhecimento da relação de emprego e serão apreciadas oportunamente.

3. Autonomia e seus desdobramentos

A prestação de serviços com total independência corresponde ao núcleo essencial do trabalho autônomo, manifestada pela execução de tarefas ou serviços por conta própria.

Constituem características do trabalho autônomo: pessoalidade e autonomia na prestação de serviços; exercício de atividade econômica; habitualidade ou não na execução de serviços para o mesmo tomador; estrutura empresarial; independência, ainda que relativa, tanto do ponto de vista econômico quanto técnico²⁶.

Não obstante a existência de independência e autonomia, pode-se verificar na relação autônoma a existência de elementos comuns ao contrato de trabalho como a pessoalidade, o caráter oneroso dos serviços prestados e, eventualmente, execução de tarefas ou serviços de forma habitual.

Observe-se que nos contratos de prestação de serviços autônomos, o pressuposto primordial reside na ausência de intenção de qualquer das partes no estabelecimento de qualquer vínculo de subordinação, podendo o trabalhador dedicar-se total ou parcialmente a um único ou vários tomadores de serviços, sem que de tal fato resulte a perda de sua autonomia e sua liberdade na prestação de serviços²⁷.

Segundo Alice Monteiro de Barros, no trabalho autônomo o prestador de serviços atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e

26 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit..

27 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

disciplinar de uma organização empresarial²⁸. De tal peculiaridade, constituem características do trabalho autônomo, a execução de serviços, livre, independente e autogerido²⁹.

A diferenciação entre trabalho subordinado e o autônomo tem constituído um desafio usualmente definido por meio de ações judiciais que buscam o reconhecimento da relação de emprego e as consequências decorrentes de referido vínculo, porque o ordenamento brasileiro encontra-se bifurcado entre subordinação e autonomia na prestação dos serviços.

No passado, o exercício do trabalho autônomo encontrava-se normalmente ligado aos profissionais liberais que representavam as clássicas profissões como engenheiro, advogado, médico ou arquiteto, ao lado daqueles que trabalhavam por conta própria que, com ou sem qualquer formação universitária ou de nível médio, atuavam como representante comercial, vendedor, marceneiro, empreiteiro, etc³⁰.

Porém, na atualidade, considerando-se a utilização das novas tecnologias, o surgimento de novas profissões e estruturas empresariais, o avanço da terceirização, da globalização dos mercados e dos investimentos responsáveis pela produção industrial em massa como forma de barateamento de produtos, notadamente os ligados à área da tecnologia da informação, comunicação, computação, robótica, internet e plataformas digitais, não restam dúvidas de que também a prestação de serviços sob subordinação e autonomia sofreram profundas alterações.

A realidade que se apresenta na atualidade, é muito diferente em razão da diminuição da atividade industrial, passando o setor de serviços a ocupar o papel central da atividade econômica, somando-se a tais fatos como moldura de fundo, a irreversível utilização de novas tecnologias na produção e na prestação de serviços³¹.

Parece inevitável que o mercado de trabalho continue em contínua mutação, com a inserção de contratos de curta duração em substituição aos contratos por prazo determinado e que também serão substituídos por contratos de prestação de serviços sem qualquer vinculação empregatícia, notadamente por meio das plataformas digitais a cada mais utilizadas no cotidiano das pessoas e empresas, não se duvidando que as atuais atividades e profissões serão substituídas pelas novas tecnologias, o mesmo ocorrendo com os empregos nas diversas áreas da economia.

28 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

29 M. GODINHO DELGADO, *op. ult. cit.*, p. 21

30 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

31 T.C. NAHAS, Y. FREDIANI, *Sindicatos no novo modelo produtivo*, em A. AGRA BELMONTE, L. MARTINEZ, T.C. NAHAS (coord.), *Liberdade Sindical: uma proposta para o Brasil*, Lacier, Campinas, 2021.

Como lembra Yuval Harari, “nenhum dos empregos humanos que sobram estará livre da ameaça da automação, porque o aprendizado de máquinas e a robótica continuarão a se aprimorar. Um caixa do Walmart de quarenta anos de idade desempregado que graças a esforços sobre-humanos consegue se reinventar como piloto de drone poderá ter de se reinventar novamente dez anos depois quando a pilotagem de drones poderá também ter sido automatizada. Essa volatilidade também dificultará a organização de sindicatos e a garantia de direitos trabalhistas. Se hoje muitos novos empregos em economias avançadas já envolvem trabalho temporário sem proteção, trabalho de freelancer e tarefas isoladas realizadas só uma vez, como sindicalizar uma profissão que prolifera e desaparece em uma década?”³².

Inúmeras atividades legalmente previstas, trazem na sua essência o elemento subordinação, sem contudo configurar a relação de emprego, citando-se a hipótese do representante comercial, cuja atividade encontra-se disciplinada pela Lei 4886/65, complementada pela Lei 8.420/92, cujas obrigações para com o representado têm caráter subordinativo, sem que o mesmo perca sua condição de profissional autônomo, porque todas as vezes em que o trabalhador coloca à disposição de outrem sua força de trabalho, haverá de sujeitar-se, também, a uma certa dose de subordinação a fim de que a prestação de serviços possa atingir os objetivos propostos.

De igual forma, também na execução trabalho voluntário disciplinado pela Lei 9608/98, embora silente o diploma legal, verifica-se a presença do elemento subordinação porque na organização do trabalho voluntário também se exige um mínimo de ordens para dividir o trabalho e elaborar a escala de comparecimento³³. O § único do art. 1º da citada lei, dispõe expressamente que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, tampouco obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

Outra situação bastante típica é obtida com o trabalho de vendedores ou representantes de cosméticos autônomos, mercado extremamente explorado na atualidade em que, via de regra, tais profissionais adquirem produtos para revendê-los sem qualquer interferência do fabricante, agindo sob sua própria responsabilidade, inclusive no que respeita ao preço de venda.

Referida atividade, nem sempre é prestada pessoalmente pelo próprio representante ou vendedor, que na prática, costuma montar equipes de vendas para que um maior número de pessoas possa ser atingido no mercado de vendas e divulgação do produto, constatando-se que a tais profissionais interessa a liberdade de ação inerente ao trabalho autônomo, sem qualquer sujeição a horário, disciplina e regulamentação do trabalho que é prestado em seu inteiro proveito e no período que lhe pareça mais conveniente, podendo-se definir que

32 Y.N. HARARI, *op. cit.*, p. 54.

33 J.A. DALLEGRAVE NETO, *Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural*, LTR, São Paulo, 1998.

tal atividade corresponde ao trabalho executado pelo pequeno comerciante, na medida em que a compra de bens para revenda constitui ato de comércio.

Na mesma situação encontra-se o comerciante ambulante, regido pela Lei 6586/78, definido como o profissional que pessoalmente, por conta própria e sob seu próprio risco, exerce pequena atividade comercial em via pública ou de porta em porta. O exercício de referida atividade obriga à inscrição do ambulante como segurado da previdência social na condição de autônomo, bem como ao cadastro perante a municipalidade, embora na prática, a grande maioria de tais profissionais exerça suas atividades na total informalidade.

Também o exercício de atividades como cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure e demais profissionais que executam serviços ligados ao embelezamento, encontra-se disciplinado pela Lei 12.592/2012, com as alterações introduzidas pela Lei 13.352/2016, autorizando a celebração de contratos de parceria entre os estabelecimentos e referidos profissionais, determinando que enquanto durar a parceria, o parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade como o respectivo estabelecimento.

Segundo Ulhoa, o que tem sido chamado genericamente de “novas formas de trabalho”, no âmbito da doutrina juslaboralista, abrange um extenso espectro de atividades econômicas; aduz, também que, a falsa concepção de que a subordinação seria elemento típico e exclusivo da realidade disciplinada pelo direito do trabalho; mas isto não é verdade. Há atividades desenvolvidas de “modo subordinado” que não se submetem à regência deste ramo jurídico³⁴.

O contrato de colaboração empresarial se caracteriza por assumir um dos contratantes (o empresário colaborador) a obrigação de criar, ampliar ou consolidar mercados para os produtos fabricados ou comercializados pelo outro (o empresário fornecedor). Nestes contratos, há subordinação daquele contratante a este, mas nem por isso se caracteriza o vínculo empregatício³⁵.

De igual forma, o franqueado não está pessoalmente subordinado ao franqueador (até mesmo por ser, em geral, pessoa jurídica); mas a empresa que ele organiza, em razão do contrato de franquia, deve atender estritamente às determinações do franqueadores. A subordinação, quando empresarial, não existe em relação à pessoa do franqueado (ou, que seja, de seu sócio majoritário), mas afeta a empresa por ele organizada³⁶.

Via de consequência, a multiplicação de forma atípicas na prestação de serviços, bem como a multiplicação de trabalhadores autônomos, parece ser irreversível, aos quais, certamente, não poderão ser aplicadas as regras de proteção contidas na CLT, já que destinadas àqueles que mantêm contrato de trabalho³⁷.

34 F. ULHOA COELHO, *op. cit.*

35 F. ULHOA COELHO, *op. cit.*

36 F. ULHOA COELHO, *op. cit.*

37 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit..

Diante de tais considerações, dúvidas não pairam de que a realidade na prestação de serviços constitui fator determinante para demonstração da real autonomia ou se o trabalhador executou sua atividade com inteira sujeição ao tomador de seus serviços ou empregador.

4. Parassubordinação e suas especificidades

A doutrina italiana sensível à realidade de compatibilizar e disciplinar as transformações operadas nas modalidades de trabalho, introduziu de um modelo intermediário entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, isto é, o trabalho parassubordinado ou coordenado³⁸.

Os trabalhadores, nesse caso, não são subordinados, mas prestam uma colaboração contínua e coordenada à empresa e, por motivos fáticos e de desnível econômico, contratam seus serviços em condições de inferioridade, sob a modalidade de contratos civis ou mercantis, como o de obra, prestação de serviços profissionais, transportes, etc., sem entretanto, possuírem uma efetiva liberdade negocial³⁹. Propõe-se para o trabalho parassubordinado uma tutela adequada, sem a intensidade prevista para o trabalho subordinado e sem a ausência de tutela eficaz que ainda caracteriza o trabalho autônomo⁴⁰.

A instituição do trabalho parassubordinado, ao lado do trabalho autônomo e do trabalho subordinado, implica, sem dúvida, redimensionamento do Direito do Trabalho. Em primeiro porque, se esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do Direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação e “perseguir os fugitivos”, na hipótese de burla à subordinação jurídica⁴¹.

Segundo Rodrigues Pinto, parassubordinação é uma circunstância da prestação de trabalho que, mesmo preservando o perfil autônomo do trabalhador, prende-o tão fortemente às necessidades organizacionais da empresa, que acaba colocando-o num estágio muito próximo da subordinação do empregado⁴².

Considerando-se que a parassubordinação é um tipo de prestação de trabalho que vai além da subordinação é que Amauri Mascaro Nascimento assevera que o trabalho parassubordinado constitui uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente numa dessas modalidades tradicionais⁴³.

38 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

39 O. ERMIDA URIARTE, O. HERNANDES ALVAREZ, *Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação*, em *Revista Syntesis*, São Paulo n° 35/33.

40 M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli de collaborazione lavorativa*, in *Contratto e lavoro subordinato. Scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova, Cedam, 2000.

41 O. ERMIDA URIARTE, O. HERNANDES ALVAREZ, *op. cit.*

42 J.A. RODRIGUES PINTO, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2013.

43 A. MASCARO NASCIMENTO, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, São Paulo, 2013.

A identificação do trabalho parassubordinado pode ocorrer pela mensuração do exercício do poder diretivo do tomador. Assim, quanto mais intenso e constante se mostrar o controle dos detalhes executivos da prestação pela empresa, mais próximo se estará do trabalho subordinado. Quanto menos intenso o controle das diretivas da prestação, tendendo-as para a generalidade, mais próximo se estará da subordinação. Fica possível dizer, então, numa apertada síntese, que a pessoalidade, a continuidade, a onerosidade e a dependência econômica são traços comuns do trabalho subordinado e parassubordinado, enquanto a sujeição diretiva e a coordenação executiva são seus requisitos diferenciáveis⁴⁴.

Assevera Uriarte que, a instituição do trabalho parassubordinado implica re-dimensionamento do próprio Direito do Trabalho, a fim de que se definam as situações que serão por ele abrangidas, bem como os institutos de natureza trabalhista que lhe serão aplicados. A utilidade desse terceiro gênero, ou seja, dessa alternativa, consiste na possibilidade de se incluírem no seu âmbito situações fronteiriças, localizadas na chamada “zona grise”, habitada, por exemplo, por trabalhadores intelectuais, cujo trabalho envolve situações dúbias, de qualificação jurídica difícil de ser delineada. Isso ocorre exatamente porque não há possibilidade de um critério abstrato capaz de fornecer o conteúdo da subordinação jurídica⁴⁵.

As hipóteses de prestação de serviços que se encontram na zona cinzenta ou fronteiriça, encontram-se integrada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos, fora da órbita do Direito do Trabalho. A jurisprudência tem sustentado que a questão deverá ser resolvida em face das circunstâncias específicas de cada caso concreto⁴⁶.

5. Principais contratos autônomos no ordenamento brasileiro

A prestação de serviços executada com autonomia do prestador e que lhe confira maior liberdade na execução dos serviços contratados, afasta eventual participação do tomador de serviços na execução do contrato; porém, situações concretas existem que revelam que eventual participação e/ou direção do tomador de serviços não pode ser considerada subordinação para fins de reconhecimento da relação de emprego, cujos exemplos práticos serão a seguir examinados, iniciando-se com a figura do corretor de imóveis.

44 J.A. RODRIGUES PINTO, *op. cit.*

45 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

46 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

5.1. Corretor de imóveis

A corretagem de imóveis, disciplinada pela Lei 6.50/78, complementada pelo Dec. 81.871/78, Lei 13.097/2015 e ainda pelos arts.722/729 do Código Civil, constitui contrato típico, com forma, objeto e partes definidas, podendo ser exercida por pessoa física ou pessoa jurídica, desde que intermediada por técnico em corretagem que se encontre devidamente habilitado a intermediar transação imobiliária⁴⁷.

A onerosidade, constitui elemento característico pelo exercício de atividade, que na transação imobiliária é suportada por terceiro, que participa do negócio jurídico objeto da transação, embora na prática ocorram casos em que a comissão da intermediação possa ser paga por imobiliária.

Na hipótese sob estudo, o único elemento capaz de distinguir se o prestador de serviços é autônomo ou empregado, reside na existência ou ausência de subordinação, visto que se a atividade do corretor de imóveis for dirigida, disciplinada e remunerada pelo tomador dos serviços configura-se a relação de emprego.

Outro elemento importante na relação sob estudo refere-se ao risco da atividade, porque se o corretor de imóveis apenas recebe remuneração quando da conclusão de contrato de compra e venda que intermediou, ele assumiu o risco de sua atividade, e, em assumindo o risco, não há entre ele e a patrocinadora contrato de trabalho, pois consabidamente, o risco é elemento identificador⁴⁸.

Porém, a sistemática utilizada usualmente no meio imobiliário específico deixa dúvidas quando à existência de subordinação, porque refere-se a trabalho organizado com fornecimento de estrutura pela imobiliária, sob condições por ela imposta e que não refletem sujeição jurídica, por se tratarem de situações típicas da natureza da atividade, qual seja a intermediação de negócios imobiliários como compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, o corretor opinar quanto as vantagens e desvantagens de determinada comercialização e/ou investimento na área imobiliária⁴⁹.

A natureza jurídica do contrato de corretagem é de contrato-mandato, pois é através de instrumento que, por um lado, são pactuadas as condições em que o corretor contratado vai desenvolver sua atividade, em relação de coordenação e/ou cooperação, critérios para partilha do resultado da atividade e, por outro,

47 J. NEPOMUCENO BORBA, *Trabalho autônomo sob a perspectiva dos direitos humanos e atividade de corretagem de imóveis*, em C.R. DE OLIVEIRA, J. NEPOMUCENO BORBA, Y. FREDIANI (coord.), *Produção em Rede e proteção Social. Social – Estudos em homenagem ao professor Nelson Mannrich*, Editora Mizuno, São Paulo, 2021

48 J. MARTINS-COSTA, G. HAICAL, *O corretor autônomo e a empresa de corretagem : entre colaboração e subordinação*, em Y. FREDIANI (coord.), *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, cit..

49 Lei n. 6.530/78, art. 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto n. 81.871, de 29.06.1978, reproduzindo-se o mesmo conteúdo da lei em seu art. 2º.

o vendedor contratante que lhe confere poder de representação específico para o fim de realizar negócio com bem imóvel de sua propriedade, enfatizando-se que a autonomia profissional é da essência da atividade⁵⁰.

Joselita Borba, assevera que regra geral, os corretores costumam se organizar sob a liderança de profissional com maior expertise e facilidade de captação para venda do produto, valendo dizer que o trabalho executado em equipe, costuma ser mais produtivo, mediante partilha de comissões. O trabalho é organizado pelos corretores integrantes da equipe que distribuem entre si atividades negociais e administrativas, entre estas, a escala de plantão, cuja organização não afronta a lei, porque a atividade do corretor envolve processo de captação e avaliação do perfil de cliente, apresentação de descritivo técnico dos imóveis disponíveis, orientação do cliente sobre a documentação necessária, visitação às unidades ou aos imóveis, quando não estiverem expostos em *stand* de vendas e, finalmente, concretização o negócio⁵¹.

As atividades acima citadas se revelam incompatíveis com rigidez de horário de trabalho, pela possibilidade de o corretor atuar a partir de qualquer local ainda que não seja o espaço físico da imobiliária, podendo, inclusive, trabalhar de sua residência; lembra-se, também, que nem sempre, o cliente tem disponibilidade para visitar imóvel ou o *stand* de vendas em horário comercial, daí a necessidade de conciliação dos interesses, com atendimentos e visitas fora dos horários normais de trabalho tratando-se, repita-se de trabalho organizado e não de trabalho subordinado⁵².

50 J. NEPOMUCENO BORBA, *op. cit.*

51 J. NEPOMUCENO BORBA, *op. cit.*

52 Entre tantos julgados que acolheram a tese da existência de trabalho organizado, destaca-se a fundamentação sentença seguinte, que, à luz da prova, rejeitou pedido de reconhecimento de vínculo de emprego de corretor. Eis os termos: [...] Ou seja, o que se extrai do presente documento é que, tal como consta na prova oral, o pagamento do reclamante era feito diretamente pelo cliente, ainda que o cheque seja entregue nas dependências da reclamada (...). Ainda sobre remuneração, o reclamante confirma que se não vendesse, não recebia, que arcava com os gastos com condução, que não recebia valores fixos e admite o custeio de cartões de visita. (...) Ademais, o contrato entre as partes e a prova oral produzida indicam que era possível a pactuação do *fifty-fifty*, o que acaba por reduzir o importe da comissão atrelando-se ao risco do negócio e a autonomia (...). O fato de existir sugestão de escala, aqui, e convocação para reunião (...) não indica, por si só, subordinação, eis que diante da quantidade de corretores, é natural que haja uma organização para que não tenha excesso de correr num único plantão e falta em outros, o que prejudica, diretamente, o direito as comissos dos mesmos já que, se não houver venda, não há remuneração e, conseqüentemente o corretor nada recebe. (...) Os e-mails (...) possuem forte teor motivacional, não indicando subordinação jurídica. Friso: a associação (a Lei 6.530 se utiliza da expressão “associar-se”) entre corretor e imobiliária é uma parceria com ganhos para ambos e, aqui, o fato de corretor associar-se a uma imobiliária grande porte e melhor estruturação lhe traz benefício de atingir maior clientela, potencializando as vendas. (...) Não se nega que o liame entre a corretagem autônoma e o empregado pode ser sutil, ocorre que ao optar por associar-se a uma imobiliária e natural que participe da organização para fins de melhor exercer a intermediação na

A atividade executada por meio deste tipo de organização de trabalho e reconhecimento de sua licitude, não se confunde com os aspectos da subordinação clássica e tem sido utilizada pelos tribunais no que respeita ao acolhimento ou rejeição das pretensões de reconhecimento de vínculo de emprego de corretor de imóveis, sendo necessária a conjugação dos diversos elementos apontados além da subordinação como a assunção dos riscos da atividade, a intenção das partes no exercício de atividade autônoma, bem como os desdobramentos em que a execução dos serviços foi realizada.

5.2. Representante comercial

A representação comercial, disciplinada pela Lei nº 4.886/65 e alterada pela Lei nº 8.420/92, trata-se, também, de contrato típico, cujos direitos e obrigações das partes encontram-se disciplinados de forma minuciosa e específica. O Código Civil, nos arts. 710/21 trata da Agência e Distribuição, atividade assemelhada à representação comercial.

O primeiro aspecto a ser considerado refere-se à pessoa do representante comercial, podendo tratar-se de pessoa física, ou seja, o empresário individual, que explora a atividade econômica sem sócios, na forma do artigo 966 do Código Civil⁵³ ou pessoa jurídica, representada por sociedade empresária segundo a regra contida no artigo 982⁵⁴ do diploma legal apontado, geralmente adotando a forma de Sociedade Limitada.

A prestação de serviços executa-se mediante habitualidade e onerosidade porque o ato de mediação mercantil isolado, não se aplica à representação comercial.

Ressalte-se que o representante comercial deve desempenhar suas funções de acordo com as orientações recebidas de seu representado, constatando-se a existência de subordinação típica do contrato de representação, que não pode ser tratada como subordinação de natureza pessoal, porque o representante encontra-se sujeito ao recebimento de instruções definidas pelo representado, obrigando-se a desenvolver suas atividades de acordo com as orientações e condições do negócio oferecido, citando-se como exemplos, preços, prazos e condições de pagamento, prazo de entrega, etc⁵⁵.

Portanto, o fato de o representante comercial sujeitar-se a treinamento para conhecimento das qualidades do produto cujas vendas se propõe a desenvolver, não retira sua condição de autonomia.

venda [...] Processo: 1000799-11.5.02.0606, 6ª Vara do Trabalho de São Paulo/Zona Leste, proferida em 01/08/2019, Juíza Federal do Trabalho Thais Tannus de Carvalho.

53 Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

54 Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

55 Y. FREDIANI, *Considerações apresentadas no 6º Congresso Brasileiro de Direito Comercial*, São Paulo, 2016.

Com efeito, as instruções transmitidas ao representante comercial não podem ser consideradas eventual ingerência nas atividades do representado como, fixação de metas, cumprimento de horário ou produção mínima, porque a sua atividade deve pautar-se com autêntica e total autonomia na prestação dos serviços, circunstância que, em princípio, afasta a configuração da relação de emprego entre as partes, posto inexistir subordinação hierárquica do representante com o representado, requisito típico do contrato de trabalho⁵⁶.

Sérgio Pinto Martins assevera que «a característica fundamental do representante comercial autônomo é a sua autonomia, tanto que o art. 1º da Lei 4.886 prevê que não há vínculo de emprego entre as partes. O representante comercial autônomo não é dirigido ou fiscalizado pelo tomador de serviços, não tem obrigação de cumprir horário de trabalho, de produtividade mínima, de comparecer ao serviço, etc. O trabalhador autônomo não tem de obedecer às ordens, de ser submisso às determinações do empregador. Age com autonomia na prestação dos serviços. O Representante comercial autônomo recebe apenas diretivas, orientações ou instruções de como deve desenvolver seu trabalho, não configurando imposição ou sujeição ao tomador dos serviços, mas apenas de como tem de desenvolver seu trabalho, caso queira vender os produtos do representado»⁵⁷.

Por força do disposto no artigo 2º da Lei nº 4.886/65, para que o representante comercial possa exercer sua atividade, exige-se que se encontre, devidamente, registrado no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, na condição de empresário individual ou sociedade empresária, porque a falta desta formalidade, além de não habilitar legalmente o representante para o exercício de sua atividade, aumenta, consideravelmente, o risco da configuração da relação de emprego.

As cláusulas obrigatórias do contrato de representação comercial encontram-se elencadas no art. 27 e regra geral, o representante é remunerado por meio de comissão ajustada em face do valor dos pedidos encaminhados ao representado, mediante pagamento mensal, salvo ajuste em contrário, exigindo-se o cumprimento de duas condições: a) o aceite do pedido e b) o recebimento do preço pelo representado, porque a comissão do representante só se concretiza com a efetiva conclusão do negócio.

De igual forma, o estabelecimento ou não de exclusividade de zona ou de não retira do representante comercial sua condição de autonomia se tal condição for essencial para a execução do contrato de representação, na medida em que a variação da intensidade da subordinação está diretamente ligada à atividade exercida.

56 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

57 S. PINTO MARTINS, *Direito do Trabalho*, Atlas, São Paulo, 22ª ed., 2006.

Na hipótese de utilizar-se a representação comercial para encobrir verdadeira relação de emprego existente entre as partes, com realce à subordinação pessoal e demais requisitos do vínculo de emprego, a Justiça do Trabalho, aplicando o princípio da primazia da realidade, poderia reconhecer o vínculo e declarar que a relação havida entre representante e representado foi de emprego.

Porém, de acordo com recente decisão (setembro/2020), concluiu o STF, em processo de Repercussão Geral, tema 550, pela competência da Justiça Comum quando o litígio envolver o representante comercial com o seguinte entendimento: Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes⁵⁸.

6. Conclusões

Diante dos diversos aspectos examinados sobre a subordinação, parassubordinação e autonomia, é necessário reconhecer que o mundo do trabalho e o mercado de trabalho foram sensivelmente afetados pelas novas tecnologias introduzidas pela Revolução 4.0, pelas novas formas de prestação de serviços e produção de bens.

Não obstante tais aspectos evidentes em todo o mundo, lamentavelmente, o Brasil não evoluiu nos inúmeros aspectos, relativos ao mercado de trabalho e proteção ao trabalhador, pois continua à margem das inovações que se apresentam primordiais no campo da legislação trabalhista, porque insiste em continuar vinculado a um modelo de relações entre empregado e empregador dos anos '50.

Por outro lado, não se desconhece a recente regulamentação do teletrabalho, porém, suas diretrizes não se revelaram suficientes, especialmente a partir do agravamento social, econômico e produtivo afetados pela pandemia decorrente do Covid-19.

O que se busca alcançar e que constitui dever do Estado, é a garantia de trabalho como valor máximo expresso na Constituição Federal, resultando imperioso o redimensionamento das diretrizes de proteção do trabalhador, que devem estar voltadas muito mais ao grau de sua debilidade como prestador de serviços, quando concretamente existir, do que em função do grau de subordinação em relação a quem o contratou, pessoa física ou jurídica⁵⁹.

Outro aspecto importante e que merece ser mencionado é que não se pode perder de vista o fato de que a empresa, independentemente de seu porte ou área de atuação, depende no seu cotidiano de um conjunto de pessoas para atingir seus objetivos, e que em face da garantia constitucional da livre-iniciativa

58 RE 606.003, julgado em sessão virtual encerrada em 25/9/2020.

59 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit.

inserida no art. 170 da CF/88, assegura, exatamente, a possibilidade de que o empresário organize seu empreendimento e dimensione sua estrutura administrativa e produtiva da maneira que lhe convier, desde que respeitadas as demais normas legais aplicáveis a cada caso concreto⁶⁰.

Dessa forma, dentre os participantes desse “pequeno exército” que integra a atividade empresarial, encontram-se empregados, prestadores de serviços autônomos e eventuais, prestadores de serviços que atuam em empresas especializadas tais como transportadoras, vigilância, limpeza, empresas de assessoria logística, call center e de tecnologia da informação, agências de publicidade, centros de pesquisa e tecnologia, etc⁶¹.

Por conseguinte, constitui fato público e notório que, é da multiplicidade de conhecimentos e de atividades prestadas pelos mais diversos profissionais que a empresa alcança seus objetivos sociais, não se valendo, para tanto, somente de seus empregados, até porque algumas dessas atividades podem ser consideradas primordiais ou essenciais e outras, meramente complementares⁶².

Espera-se, pois, que o Estado, alertado para as necessidades atuais da prestação de serviços sensivelmente modificadas pelas novas formas de prestação de serviços e de produção em rede e dos novos tipos contratuais, caminhe com a necessária rapidez, adotando uma nova postura tutelar em relação aos trabalhadores por meio de políticas sérias e efetivas frente à nova ordem econômica, garantindo como postulado de conotação universal, direito ao trabalho e não necessariamente a um contrato de trabalho.

60 Y. FREDIANI, *op. cit.*

61 Y. FREDIANI, *op. cit.*

62 Y. FREDIANI, *op. cit.*

Contrato de trabalho por tempo determinado

André Araújo Molina

SUMARIO: 1. Introdução. – 2. A previsão geral da CLT. – 3. Modalidades específicas previstas na CLT. – 3.1. Serviços de natureza transitória. – 3.2. Atividades empresariais transitórias. 3.3. Contrato de experiência. – 3.4. Contrato de aprendizagem. – 3.5. Trabalhador interino ou substituto. – 4. Modalidades previstas na legislação ordinária. – 4.1. Contrato por obra certa. – 4.2. Contrato por safra. – 4.3. Trabalho temporário. – 4.4. Atleta profissional. – 4.5. Acréscimo de empregados por negociação coletiva. – 4.6. Empregado doméstico. –

1. Introdução

O Brasil apenas aboliu a escravatura no final do século XIX, tendo a Lei Áurea, aprovada em 13 de maio de 1888, servido como o seu marco formal, ainda no período do Império, consolidando um movimento abolicionista que foi ganhando corpo e angariando conquistas nas décadas anteriores.

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o país iniciou uma nova fase, na perspectiva jurídica, de paulatina substituição das Ordenações do Reino de Portugal por uma legislação genuinamente local, sendo o Código Civil de 1916 o seu mais reluzente resultado.

A partir das suas matrizes individualista, patrimonialista e liberal, como de resto eram os códigos civis da época, a exemplo do alemão e do francês, o Código Civil brasileiro não trouxe a previsão de nenhum direito social que fosse garantido aos trabalhadores, alcançando os recém-libertos.

O art. 1.216 permitiu que toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pudesse ser contratada mediante retribuição, dentro da modalidade da locação de serviços. Porém, para se evitar um retorno, por via transversa, à escravidão, o art. 1.220 impôs a limitação de prazo para a locação de serviços em, no máximo, quatro anos, mesmo nos casos em que a obra, que deu origem à pactuação, ainda não tivesse sido concluída.

A regra, da época, era a de que os contratos de trabalho em sentido lato (*rectius*: locação de serviços) somente poderiam ser celebrados por tempo determinado, não se comportando nenhuma exceção.

Somente com o reconhecimento dos direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais, com a Constituição de 1934, foi que o Direito do Trabalho ganhou, definitivamente, autonomia em relação ao Direito Civil no Brasil, pavimentando o caminho para que fosse aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, quando passou a se admitir a contratação por tempo indeterminado.

2. A previsão geral da CLT

O art. 443 da CLT estatuiu que o «contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado», complementando, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que se considerava como de tempo determinado o pacto de trabalho cuja vigência dependesse de termo prefixado, da execução de serviços especificados ou da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

A partir de 1943, então, os contratos de trabalho passaram a admitir as duas formas de contratação, quanto ao tempo de duração, indistintamente: determinado ou indeterminado, escapando da regulação do Código Civil de 1916 quanto à locação de serviços.

Na época, passou a ser direito subjetivo dos contratantes escolher qual a modalidade, quanto ao tempo de duração, que pretendiam ajustar, sem que houvesse uma preferência legislativa por uma modalidade ou outra. Havia, apenas, a exigência de que nos casos de prazo determinado, que tal fosse fixado por uma data certa, pela execução de serviços específicos (obra certa) ou pelo implemento de certo acontecimento suscetível de previsão.

Foi apenas com o Decreto-Lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967, que o art. 443 da CLT foi reformado, mantendo-se a regra do *caput*, renumerando-se o parágrafo único e inserindo-se um § 2º com a seguinte redação:

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

A nova redação de 1967 inverteu a lógica anterior, para admitir que o contrato por tempo determinado passasse a ser aceito em algumas hipóteses específicas, legalmente autorizadas, retirando das partes o direito potestativo de escolha. Significou, invertendo-se os modais deônticos, que o contrato de trabalho por tempo indeterminado passou a ser a regra geral no país.

A partir da alteração, a doutrina desenvolveu, para além de mera técnica de classificação dos contratos de trabalho, a ideia de que a regra geral do prazo

indeterminado e a pretensão de continuidade do contrato deram origem a um princípio informador do Direito do Trabalho.

Alice Monteiro de Barros lecionou que o princípio da continuidade visa à preservação do emprego, com o intento de dar segurança econômica e social ao trabalhador, incorporando-o ao organismo empresarial. Relembrou que os contratos de trabalho são da modalidade de trato sucessivo, que não se esgotam mediante a realização instantânea de certo ato, decorrendo que a relação de emprego pressupõe uma vinculação que perdure no tempo. Sendo a regra os contratos de duração indeterminada, o próprio sistema jurídico procurou preservá-los quando criou a estabilidade decenal, as hipóteses de garantias provisórias, a indenização do FGTS para o caso de dispensa imotivada e, no limite, quando sinalizou a sua resistência à dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da Constituição de 1988)¹.

O Tribunal Superior do Trabalho consagrou o princípio da continuidade do contrato de trabalho e a regra geral pela indeterminação do seu tempo de duração. O Enunciado n. 212, aprovado, originalmente, em setembro de 1985, mas cuja redação atual, de novembro de 2003, quando o verbete foi convertido na Súmula no 212, ostenta a seguinte redação: «O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constituiu presunção favorável ao empregado».

Luciano Martinez, neste exato sentido, anota que: «A regra passou a ser da contratação sem qualquer prazo, ingressando a contratação por tempo determinado no campo da exceção. Nesses moldes, segundo normas contidas no diploma trabalhista, toda vez que a referida exceção for desnaturada o contrato por tempo determinado será convolado em ajuste sem prazo, mais vantajoso para o trabalhador, haja vista a expectativa de continuidade do vínculo e de manutenção da sua própria sobrevivência»².

Com o passar dos anos, além das hipóteses estritas do art. 443, §§, da CLT, a legislação seguiu criando novas modalidades de contratos por tempo determinado, tanto por meio da sua inserção em outros dispositivos da CLT, quanto pela edição de leis especiais, porém sempre seguindo a lógica geral de que os contratos por tempo indeterminado são a regra e os contratos por prazo a exceção, por isso, devem ter sustentáculo em previsão legislativa expressa, sob pena de converterem-se em pactos por tempo indeterminado.

Mais recentemente, com a Lei n. 13.467 de 2017, o art. 443 da CLT foi, novamente, alterado, mas apenas para introduzir, ao lado das modalidades por tempo indeterminado ou determinado dos pactos de trabalho, a terceira via das

1 A. MONTEIRO DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2005, p. 174.

2 L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 303.

contratações para prestação de trabalho intermitente, cujo conceito encontra-se no novel § 3º introduzido pela mesma lei.

Hoje, a contratação por prazo determinado pode ocorrer tanto por via direta, quando o empregador está autorizado a fazê-lo, formando o vínculo com o trabalhador, quanto por via indireta, por meio de uma interposta pessoa, também nos casos legais específicos, que serão inventariados nos próximos tópicos.

Houve certa cizânia em torno da necessidade da forma escrita para a contratação por prazo, de sorte a marcar a sua excepcionalidade, porém prevaleceu a compreensão de que o art. 443, *caput*, da CLT, admite o ajuste verbal para ambos os gêneros de contrato quanto ao prazo de duração.

A formalização por escrito é exigida, expressamente, apenas em algumas das modalidades de contrato a prazo, mas, mesmo assim, é recomendável aos empregadores que façam a celebração formal em relação a todas as demais, mesmo que facultativa, na medida em que em uma futura ação trabalhista a presunção decorrente do princípio da continuidade do vínculo de emprego, estampada na citada Súmula n. 212 do TST, vai pesar em favor do reconhecimento de que o liame era por tempo indeterminado, se não vier aos autos um prova contundente em sentido inverso, demonstrando que se tratava o caso da excepcionalidade da contratação a prazo.

O art. 445 da CLT fixa o tempo máximo de duração dos contratos por tempo determinado em dois anos, excetuando-se os de experiência, cujo lapso será de até noventa dias, em todos os casos admitindo-se uma única prorrogação, dentro destes limites, sob pena de passar a vigorar sem tempo determinado, na dicção do art. 451 da Consolidação.

Para evitar fraudes a partir das contratações do trabalhador para diferentes e sequenciais contratos a prazo, o art. 452 da CLT impôs uma cláusula de barreira que foi a sua proibição dentro de seis meses a partir da expiração do prazo da primeira contratação, sob pena de, não se respeitando o lapso do impedimento, considerar-se a nova contratação por prazo indeterminado, mesmo que haja instrumento formal em sentido inverso.

As exceções admitidas ocorrem quando o primeiro pacto dependeu da execução de serviços especializados, que foram satisfeitos, autorizando uma segunda contratação em menos de seis meses, casos novas tarefas surjam e haja a necessidade da contratação, novamente, do profissional especialista para desincumbir-se, por tempo certo, da nova demanda. Esse raciocínio de excepcionalidade também se aplica aos casos em que o fim do primeiro contrato ocorreu pela realização de certos acontecimentos previsíveis, que autorizariam uma nova celebração sequencial ou em menos de seis meses.

A rescisão dos contratos por tempo determinado gera aos trabalhadores o direito ao recebimento, a título de verbas rescisórias, do saldo de salário, 13º proporcional e férias +1 /3, vencidas e proporcionais, além do direito de saque dos valores depositados na conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, mas

não são devidas as parcelas de aviso prévio e indenização de 40% do FGTS, que seriam incidentes no caso de tempo indeterminado.

Caso o contrato seja rescindido antes do prazo ajustado, por iniciativa do empregador, diz o art. 479 da CLT que ficará obrigado a pagar ao operário uma indenização equivalente a metade da remuneração que o trabalhador teria direito até o final previsto do contrato.

Da parte do empregado, se for ele quem romper com o contrato antes do prazo ajustado, o art. 480 da CLT impõe a obrigação de indenizar o empregador dos prejuízos que causou, cujo montante não poderá superar a indenização que o próprio trabalhador teria direito em caso de rescisão pelo empregador de modo antecipado.

Porém, o art. 481 da CLT permite que as partes, ao contratarem pela modalidade de tempo determinado, possam ajustar a inserção de cláusula que assegure o direito recíproco de rescisão unilateral antes do fim do prazo, acionamento que fará incidir as obrigações rescisórias iguais às dos pactos por tempo indeterminado.

3. Modalidades específicas previstas na CLT

Há no texto atual da Consolidação a autorização para a contratação por tempo determinado em diferentes dispositivos, que não somente nos casos originários do art. 443 do diploma trabalhista, cujas hipóteses serão tratadas de modo sequencial nos subitens abaixo.

3.1. Serviços de natureza transitória

A primeira autorização legislativa expressa, do art. 443, § 2º, “a”, da CLT, que permite a contratação do trabalhador por tempo determinado, ocorre quando o serviço a ser executado pelo empregado é transitório em relação aos fins da atividade do contratante.

Tal situação pode ocorrer em uma infinidade de hipóteses práticas, como a contratação de um profissional de informática para revisar e adequar todos os computadores de uma grande rede varejista de produtos alimentícios, com vários estabelecimentos pelo país.

Note-se que, no caso, o profissional contratado desempenha atividades especializadas que não se inserem naquelas que são o objeto principal da sociedade empresária, justificando a pactuação por tempo certo – que pode ser uma data específica ou a conclusão da revisão de todos os computadores da rede de lojas –, revelando a transitoriedade desta atividade em relação às necessidades permanentes do tomador dos serviços.

Seria diferente a tentativa de contratação do mesmo profissional por uma empresa especializada em fornecer soluções de informática, que atende os mesmos grandes clientes para realizar o serviço de manutenção. Neste caso, a

mão-de-obra especializada em informática é parte dos fins do negócio, está inserida em sua atividade principal, de modo que não estaria autorizada a empresa a contratar os profissionais pela modalidade de tempo determinado, ao menos não pela exceção do art. 443, § 2^a, “a”, da CLT.

3.2 Atividades empresariais transitórias

Se na hipótese anterior a autorização da contratação especial está focada na transitoriedade da necessidade de servir-se dos serviços especializados, supondo que a atividade principal da contratante seja contínua, a próxima situação, prevista no art. 443, § 2^o, “b”, da CLT, cuida dos casos em que a atividade empresarial é transitória, por isso autorizando que o seu pessoal também seja contratado por tempo determinado, apenas no período em que a atividade demanda a mão-de-obra, ainda que em sua atividade-fim.

Basta imaginarmos as atividades empresariais focadas na área de turismo, apresentações culturais, artísticas, em que os profissionais que precisam ser contratados, inobstante atuarão nas tarefas relacionadas ao objeto principal do negócio, porém a demanda empresarial não é permanente, como no caso da empresa especializada em turismo de pescaria (barco-hotel), que somente funciona no período do ano em que a atividade é permitida no pantanal mato-grossense, geralmente entre os meses de março a setembro.

No caso do exemplo, não faria sentido a contratação e manutenção dos contratos de trabalho por tempo indeterminado, durante os meses em que a atividade empresarial não tenha qualquer movimento (faturamento e tarefas a serem realizadas), de sorte a que a exceção legislativa poderá ser utilizada, inclusive podendo seguirem-se novas contratações, ano após ano, com os mesmos trabalhadores, ainda que o prazo de seis meses do art. 452 da CLT não seja vencido, justamente porque, nessa hipótese excepcional, o fim do primeiro contrato ocorreu pela realização de acontecimentos previsíveis, que autorizariam uma nova celebração sequencial em menos de seis meses.

3.3 Contrato de experiência

O art. 443, § 2^o, “c”, da CLT, faz referência ao contrato de experiência como uma modalidade de pactuação a prazo. Na medida em que, em regra, os contratos de trabalho são celebrados para vigor sem prazo, podem as partes contratantes, depois de um curto período, chegarem à conclusão que as expectativas não se confirmaram, de parte a parte, porém uma rescisão contratual por iniciativa unilateral – pedido demissão ou dispensa sem justa causa, respectivamente – traria o inconveniente dos custos mais elevados, próprios dos contratos por tempo indeterminado.

Para atender esta fase inicial de adaptação recíproca, foi que nasceu a autorização legislativa para a celebração dos contratos de experiência, para os quais a regra geral do prazo máximo de dois anos não é incidente, já que a sua duração

poderá ser de, no máximo, noventa dias, com uma única prorrogação, dentro deste limite máximo.

Caso as partes compreendam, ao final do prazo de experiência, que as expectativas foram atendidas e que seguirão vinculadas, basta a continuidade da mesma relação de trabalho, que ficará automaticamente convertida em prazo indeterminado, com todas as suas consequências jurídicas.

Lado outro, vencida a experiência e as partes convencendo-se de que não foram atendidas as expectativas, haverá a formalização da rescisão, com a anotação da baixa do contrato na carteira de trabalho e o pagamento das verbas específicas devidas nesta modalidade contratual.

3.4 Contrato de aprendizagem

A Constituição Federal de 1988, no art. 7º, XXXIII, prescreve que é proibido qualquer trabalho aos menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos.

O art. 428 da CLT regulamenta a diretriz constitucional, conceituando o contrato de aprendizagem como o pacto especial, ajustado por escrito e por tempo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14(quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos de idade, inscrito em programa de aprendizagem e formação técnico-profissional, o trabalho compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

A princípio, todas as diversas atividades do empregador são suscetíveis da contratação de aprendizes, salvo para trabalho noturno, em ambiente perigoso ou insalubre (art. 7º, XXXIII, da Constituição), bem como nas atividades previstas na Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho, que cuida das piores formas de trabalho infantil, que teve a sua regulamentação efetivada por meio do Decreto n. 6.481 de 2008.

O contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social do aprendiz, garantindo-se o salário-mínimo hora como retribuição, matrícula e frequência na escola, caso não haja o trabalhador concluído o ensino médio, e a sua inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade especializada em formação.

O prazo máximo para o contrato de aprendizagem é de 2 (dois anos), salvo quando se tratar de aprendiz com deficiência, em que o elastecimento será possível, bem como a contratação destes maiores de 24 anos.

O desrespeito aos requisitos formais enumerados tornará o contrato de aprendizagem inválido, formando-se o vínculo por tempo indeterminado e atraindo a incidência dos direitos específicos de qualquer trabalhador.

O art. 413 da CLT ressalva que a contratação do aprendiz poderá ser efetivada pelo empregador, onde será realizada a aprendizagem, ou por meio das entidades sem fins lucrativos, que tenham por objeto a assistência ao adolescente e à educação profissional, bem como das entidades de prática desportiva,

ocasiões em que não haverá formação de vínculo de emprego entre o aprendiz e a empresa tomadora dos serviços.

A jornada de trabalho máxima no contrato de aprendizagem é de seis horas diárias, sendo vedada a prorrogação e a compensação de jornada, excetuando-se o caso dos aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, quando a carga horária diária poderá ser de até oito horas, se nelas forem incluídas o tempo destinado à aprendizagem teórica.

O art. 429 da Consolidação obriga as empresas de qualquer natureza, cujas funções desempenhadas por seu quadro de empregados demandem formação profissional, a contratar aprendizes em número equivalente entre cinco ou quinze por cento da mão-de-obra.

O contrato especial de aprendizagem será extinto, além das hipóteses ordinárias de vencimento do prazo ou quando o aprendiz atingir o limite de idade de 24 anos, quando o seu desempenho for insuficiente ou ele não se adaptar à função, pelo cometimento de falta disciplinar grave, pela ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo ou a requerimento do próprio trabalhador aprendiz.

3.5 Trabalhador interino ou substituto

O art. 475 da CLT trata dos efeitos jurídicos no contrato de trabalho nas hipóteses das aposentadorias por invalidez concedidas aos empregados, como no caso dos doentes ou acidentados. Sofrendo o trabalhador efetivo um acidente, caso o afastamento recomendado para tratamento seja superior a 15 dias, o primeiro passo será o encaminhamento ao Órgão de Previdência, com a suspensão do contrato de trabalho, podendo ocorrer desta considerar que há incapacidade permanente para o trabalho, ocasião em que concederá ao trabalhador-segurado a aposentadoria por incapacidade permanente, nova nomenclatura que veio, pelas mãos da Emenda Constitucional n. 103/2019, a substituir a aposentadoria por invalidez.

Durante o período de afastamento do acidentado, mesmo que lhe for concedida a aposentadoria, o empregador manterá o seu contrato suspenso e poderá contratar outro profissional para o desempenho das suas funções. Ocorre que, por força do art. 43, § 4º, da Lei n. 8.213 de 1991, o aposentado poderá ser convocado para se submeter à perícia médica revisional, de modo que, constando-se que a sua capacidade de trabalho foi recuperada, após o tratamento, o INSS cassará a aposentadoria concedida e determinará o seu retorno ao trabalho, geralmente com garantia provisória de emprego.

Ao se apresentar na empresa, ostentando a garantia provisória, não há outra alternativa ao empregador que não retomar o curso do contrato, caso em que surgirá conflito em relação ao substituto contratado para a função.

Exatamente para esses casos, é que o art. 475, § 2º, da CLT, facultou ao empregador a contratação do substituto ou interino na modalidade especial

por tempo determinado, enquanto durar o afastamento do titular da função, de sorte a que, ocorrendo a reversão, o contrato do interino poderá ser rescindido sem maiores custos, desde que tenha havido ciência inequívoca da condição de interinidade no ato da sua contratação, p ex., lançando a observação nas anotações gerais da sua CTPS.

Considerando que a aposentadoria por incapacidade permanente poderá ser revista no prazo de até cinco anos, a contratação do interino por tempo determinado poderá coincidir com o período, escapando da regra geral do prazo máximo de dois anos do art. 445 da CLT.

4. Modalidades previstas na legislação ordinária

Além das espécies de contrato por tempo determinado previstas nos dispositivos da CLT acima inventariados, também o legislador ordinário está à vontade para disciplinar modalidades excepcionais de contratação a prazo, retirando-as da regra geral dos pactos por tempo indeterminado.

4.1. Contrato por obra certa

A Lei n. 2.959 de 1956 introduziu a possibilidade de contratação por obra certa pelos empregadores que exercem a atividade de construção civil, de modo a ter ficado expresso que poderiam contratar empregados por tempo determinado, nos moldes do então art. 443 da CLT, quando a mão-de-obra fosse para a atuação em uma obra ou serviço certo.

A situação se amolda ao caso em que, p. ex., o construtor já possui em seu quadro de empregados os trabalhadores suficientes para dar conta das suas atividades habituais, sob contratos por tempo indeterminado, porém acabou por contratar a execução de uma obra extra, com a necessidade de mobilização de operários para além das suas forças habituais, ocasião em que acrescentaria mais empregados ao seu quadro, mediante contratos por prazo certo, suficiente para vencer as etapas do compromisso assumido, desde que respeitado o limite geral de 2 anos, bem como os demais direitos e limitações formais previstas na CLT para tal modalidade de contrato.

A lei específica introduziu o direito de os trabalhadores receberem uma indenização equivalente à do art. 478 da CLT, reduzida em 30%. Contudo, a partir da criação do regime do FGTS pela Lei n. 5.107 de 1966 e, depois, a sua universalização pela Constituição de 1988, a antiga indenização do art. 478 da CLT está superada para todos os trabalhadores celetistas atuais, incluindo-se aqueles contratados sob o regime especial por obra certa.

4.2. Contrato por safra

A Lei n. 5.889 de 1973 estatuiu normas reguladoras sobre o trabalho rural, entre as quais reforçou a permissão para a contratação por tempo determinado. A redação atual do seu art. 14, após algumas atualizações por leis posteriores, abre a possibilidade de celebração de contratos por safra, assim considerado aquele que tenha a sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrária.

Já o art. 14-A, introduzido pela Lei n. 11.718 de 2008, expande para o produtor rural pessoa física a possibilidade de contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para o exercício de atividades temporárias, devendo o empregador anotar a CTPS do rurícola, celebrar com ele contrato escrito e formal, em duas vias, bem como resguarda-lhe todos os demais direitos trabalhistas previstos na lei especial e na Consolidação.

O art. 14-A, § 1º, põe o limite de dois meses, a cada intervalo de um ano, para a contratação do mesmo trabalhador rural por pequeno prazo, sob pena de nulidade contratual e conversão do vínculo em tempo indeterminado.

Na medida em que o limite de dois meses foi inserido, especificamente, para os produtores rurais pessoa física, em nossa interpretação tal limitação não alcançaria os empregadores rurais pessoas jurídicas, que, quanto ao limite da contratação por safra, ficariam vinculados ao tempo máximo de dois anos, do art. 445 da CLT, aplicado subsidiariamente à lei dos rurícolas por força do art. 1º da própria Lei n. 5.889 de 1973, como de resto incidem todos os direitos e limitações da CLT, como a vedação de contratação, em período inferior a seis meses após o fim do contrato por prazo certo, para um novo contrato por tempo determinado, sob pena de desnaturá-lo.

4.3. Trabalho temporário

Na década de 1970, a autorização para a celebração de contratos por tempo determinado estava restrita às três hipóteses do art. 443, § 2º, da CLT, além das leis especiais sobre obra certa e safra, quando o legislador aprovou a Lei n. 6.019 de 1974, que regulou o trabalho temporário, ampliando muito as possibilidades empresariais de contratação por prazo.

Abriu-se a possibilidade, para que não mais houvesse dúvida, de que na hipótese de necessidade transitória, tanto para substituição do pessoal regular do quadro permanente, quanto para atender acréscimo extra de serviços, que fossem celebradas contratações a prazo certo.

A grande novidade trazida pela lei especial em destaque é que o ajuste passou a ser intermediado por um terceiro (empresa fornecedora de mão-de-obra temporária), inaugurando-se um novo modelo triangular.

Na novel engenharia contratual, os trabalhadores são empregados diretos da empresa de trabalho temporário, que contrata comercialmente com uma tomadora da mão-de-obra, por pacto necessariamente formal e escrito, no qual

consta a justificativa da contratação, para que haja a disponibilização da força de trabalho em benefício desta última, sem formação de vínculo entre os trabalhadores e a tomadora.

O mesmo empregado somente poderá ficar disponível para a tomadora pelo prazo regular de três meses, admitindo-se prorrogações nos casos em que o art. 2º da Lei n. 6.019 de 1974 permite, com o limite de nove meses.

Encerrado o prazo, o trabalhador deixa de prestar serviços em favor daquela tomadora em especial, mas mantém o seu contrato de emprego ativo com a empresa de trabalho temporário, que poderá designá-lo para um novo posto de trabalho, sucessivamente.

Nessa relação triangular, na perspectiva do empregado, o seu contrato de trabalho é na modalidade por tempo indeterminado, com todos os direitos próprios desta modalidade, mas no ângulo de visada da tomadora, o pacto alcança contratos por tempo determinado, de no máximo nove meses, levando em conta a mão-de-obra do mesmo trabalhador específico em seu estabelecimento, justamente para atender o objetivo principal da lei especial, que foi autorizar a contratação decorrente de necessidade transitória.

4.4. Atleta profissional

O desporto no Brasil encontra-se regulado pela Lei n. 9.615 de 1998, que abrange práticas formais e não-formais, obedecendo os ditames da referida lei e das regras de prática desportiva de cada modalidade, sem prejuízo da incidência de novos direitos e garantias estabelecidos nos tratados e acordos internacionais firmados pelo país.

O art. 28 prescreve que a atividade do atleta profissional será regulada em contrato especial de trabalho desportivo celebrado entre o profissional e a entidade desportiva, subjacente ao vínculo de emprego anotado na CTPS, devendo o pacto especial atender cláusulas de cunho obrigatório, entre as quais a duração por tempo determinado entre três meses e cinco anos, na forma do art. 30 da citada lei, universalizando, como regra geral, o tempo determinado como modalidade única de contratação dos atletas.

A partir os direitos e obrigações específicos previstos na lei especial, aos atletas profissionais são aplicados os demais direitos e deveres constantes da CLT, notadamente aqueles relacionados aos contratos por prazo certo.

Mais recentemente, a Lei n. 10.220 de 2001 inseriu o peão de rodeio na categoria de atleta profissional, exigindo que o contrato formal celebrado entre ele e a entidade promotora das provas contenha cláusula expressa sobre o prazo de duração, que poderá ser de quatro dias a dois anos, também universalizando a modalidade de contrato por tempo determinado para estes trabalhadores especiais.

4.5. Acréscimo de empregados por negociação coletiva

A Lei n. 9.601 de 1998, com as suas sucessivas atualizações legislativas, dispôs sobre o contrato de trabalho por tempo determinado autorizado por negociação coletiva, para além das hipóteses estritas do art. 443, § 2º, da CLT, desde que os acordos ou convenções coletivas de trabalho assim prevejam, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa, desde que as admissões pela modalidade impliquem acréscimo do total de empregados.

O instrumento de negociação coletiva que autorizar a contratação dos trabalhadores por tempo determinado, fora das demais hipóteses em que a CLT e as leis especiais já permitem, deverá fixar o limite máximo de novos empregados, percentualmente em relação ao quadro total da empresa.

A grande novidade é que o art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.601 de 1998, afastou, expressamente, a incidência da limitação do art. 451 da CLT, ou seja, a vedação de prorrogação dos contratos por mais de uma vez.

Na prática, significa que, nada obstante submetidos à regra geral do art. 445 da CLT quanto ao prazo máximo de dois anos do contrato, lado outro, não há vedação para que seja, imediatamente ao vencimento do contrato de trabalho, prorrogado ou mesmo ajustado um novo pacto sequencial, por quantas vezes as partes entenderem conveniente, perenizando a relação de trabalho por um lado, mas retirando dos trabalhadores os direitos típicos de um contrato por tempo indeterminado.

4.6. Empregado doméstico

A Lei Complementar n. 150 de 2015 dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa, pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou às famílias, retirando essa modalidade especial de trabalho da CLT.

O art. 4º do diploma especial faculta a contratação do doméstico por tempo determinado em três hipóteses, previstas em seus dois incisos.

A primeira, nos mesmos moldes da CLT, é para o período de experiência, que não poderá exceder de noventa dias, admitindo-se uma prorrogação, dentro deste limite máximo, sob pena de converter-se em contratação por tempo indeterminado.

A segunda hipótese será para atender necessidades familiares de natureza transitória, como no caso da contratação de uma babá durante o período do nascimento da criança até o vencimento da licença-maternidade da mãe, quando a família matriculará o novo integrante em uma creche, da família que contratar um jardineiro para realizar o paisagismo da nova residência até a conclusão do projeto ou quando um acidentado contratar uma auxiliar de enfermagem para lhe prestar auxílio durante a recuperação de uma cirurgia.

O último caso autorizado por lei ocorrerá nos casos de substituição do empregado doméstico efetivo que estiver com o seu contrato interrompido ou

suspenso, dando ensejo a que o interino seja contratado já sabendo da sua condição temporária, até o retorno do trabalhador substituído.

O art. 6º da lei dos domésticos traz a disposição especial de que se o empregador optar pelo rompimento do contrato por tempo determinado, sem justa causa, antes do seu término, ficará ele obrigado a pagar, a título de indenização, um valor equivalente à metade da remuneração a que teria direito o trabalhador até o termo do pacto, valendo igual indenização para o caso de a iniciativa imotivada do rompimento partir do doméstico, conforme diz o art. 7º da mesma lei.

O art. 8º da LC n. 150 apenas deixa expresso uma compreensão que já estava consagrada na interpretação dos tribunais e da doutrina em relação aos contratos por tempo determinado que não será exigido aviso prévio de nenhuma das partes para o rompimento ao termo do prazo, exatamente porque todos já sabiam, desde a contratação, a data ou evento para a sua conclusão.

Contrato de trabalho a tempo parcial

Guilherme Guimarães Feliciano

SUMARIO: 1. Introdução. – 2. O contrato de trabalho a tempo parcial na ordem jurídica brasileira: conceito, inspiração e crítica. – 3. O contrato de trabalho a tempo parcial sob a Medida Provisória n. 2.164-41/2001. – 4. O contrato de trabalho a tempo parcial sob a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). – 5. Conclusões

1. Introdução

Discorrendo sobre a jornada de trabalho, antes mesmo de se disseminarem as leis trabalhistas que limitavam a jornada, Karl Marx ponderava que, no modo capitalista de produção, o capitalista compra a força de trabalho pelo seu valor diário, de modo que o respectivo valor de uso passa a lhe pertencer, durante toda a jornada de trabalho; adquiria, assim, o direito de exigir do trabalhador um dia de trabalho. O dia de trabalho, por natureza, haveria de ser “menor” que um dia natural, por razões óbvias. Mas – indaga Marx – menor quanto¹? E responde:

«O capitalista tem seu próprio ponto de vista sobre essa extrema, a fronteira necessária da jornada de trabalho. [...] O capital é trabalho morto que como um vampiro se reanima sugando o trabalho vivo e quanto mais o suga mais forte se torna. O tempo em que o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou. [...] O capitalista apoia-se na lei de troca de mercadorias. Como qualquer outro comprador, procura extrair o maior proveito possível do valor de uso de sua mercadoria»².

Nessa ordem de ideias, se se entende, com Delgado, que jornada é o «[...] lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato», configurando “a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula”, pelo qual “mensura-se [...], objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador do contexto de uma relação empregatícia” – sendo, pois, a «medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos

1 K. MARX, *O capital: crítica da economia política*, trad. de Reginaldo Sant’Anna, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2004, 22. ed., Livro I, Cap. VIII, *passim*.

2 K. MARX, *ibidem*.

serviços pactuados)»³ –, está claro que, a par dos evidentes impactos sobre a própria saúde do trabalhador (o que perfaz a indelével conexão entre os incisos XIII, XVI e XXII do art. 7º da CRFB)⁴, quaisquer alterações legais no regime jurídico da jornada, fora dos baldrames do art. 7º da Constituição e do art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, tendem a impactar na própria comutatividade natural do contrato individual do trabalho. E, não raro, impacta negativamente (i.e., em detrimento do trabalhador e do seu direito à desconexão, direta ou indiretamente), fazendo com que o capitalista obtenha ainda maiores ganhos, sem retribuir, proporcional ou justamente, o trabalho vivo incorporado ao trabalho morto. O que nos devolve a Marx, emulando a voz do obreiro: «O

3 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 16. ed., 2017, p. 977.

4 E determina, por outro lado, a irretorquível inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT. V., a respeito, G. GUIMARÃES FELICIANO, *Ainda sobre a Reforma Trabalhista: para melhor situar a caverna e os seus habitantes*. Jota. Coluna Juízo de Valor, 8 mai. 2017, em www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/para-melhor-situar-a-caverna-e-seus-habitantes-08052017?msclid=547c9492bb0411ecb0179349114380d1. Acesso em: 9 abr. 2022. In verbis: “[...] Todos nós sabemos, e é algo que está nas próprias origens do Direito do Trabalho, que os temas da jornada de trabalho e dos intervalos laborais entroncam-se diretamente com a questão da saúde e da segurança do trabalhador. Não por acaso, o Peel Act (2.6.1802), considerado pelos historiadores a primeira lei propriamente “trabalhista” do nosso tempo, tratava basicamente de limitar o trabalho diário dos aprendizes a doze horas diurnas, excluindo as pausas para refeições (que não podiam ser “indenizadas” por acordo individual, como agora admitirá o artigo 59-A do projeto); chamou-se Peel Act em homenagem a sir Robert Peel, então primeiro-ministro da Grã-Bretanha, mas sua real denominação histórica era “Health and Morals of Apprentices Act” (= “Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes”), e sua propositura deveu-se ao surto de uma “febre maligna” que vitimou diversos aprendizes no ano de 1784, especialmente na cidade de Radcliffe. [...] Indiscutível, portanto, a correlação entre duração de jornada e saúde do trabalhador (especialmente os mais jovens), desde os primórdios do Direito do Trabalho. Como, ademais, hoje reconhece placidamente, fora de qualquer dúvida razoável, a própria Organização Internacional do Trabalho, de que o Brasil é Estado-Membro desde 1919. Vejam-se, p. ex., os artigos 4º e 5º da Convenção n. 155, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 1.254/1994 [...]. Não é assim, porém, na “moderna” visão do PL n. 6.787/2016 [que viria a se transformar na Lei 13.467/2017 – Lei da Reforma Trabalhista]. Pelo seu texto para o artigo 611-B, parágrafo único, da CLT, estará dito que “[...] egras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (i.e., para fins de vedação da prevalência do negociado sobre o legislado). E, já por isso, na linha mestra do negociado sobre o legislado, o futuro artigo 611-A da CLT permitirá, entre outras coisas, que, sem a necessidade de qualquer aval técnico do Ministério do Trabalho, de auditores-fiscais do trabalho e/ou de médicos e engenheiros do trabalho, os sindicatos profissionais “negociem”, com sindicatos patronais ou com empresas, a piora das condições de trabalho em temas como intervalo intrajornada, “respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas” (inciso III), ou como enquadramento do grau de insalubridade, ou ainda como prorrogação de jornada em ambientes insalubres, “sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho” (inciso XIII)... [...] Sinceramente, nada mais absurdo. Diria, talvez, nada mais “cavernoso”. Retrocede-se em mais de duzentos anos.”

que ganhas em trabalho, perco em substância. A utilização de minha força de trabalho e sua espoliação são coisas inteiramente diversas»⁵.

Não foi diferente com o chamado “contrato de trabalho a tempo parcial”, originalmente introduzido pela Medida Provisória n. 2.164-41/2001 e depois coonestado – e recrudescido – pela Lei 13.467/2017. Alterou-se a comutatividade natural do contrato individual de trabalho, tradicionalmente pensado para jornadas de oito horas (na velha lógica da tripartição das horas do dia: oito horas para a vida laboral, oito horas para a vida pessoal, oito horas para o repouso). E, com o advento da proclamada “Reforma Trabalhista” de 2017, aprofundou-se a perda salarial relativa do trabalhador. A diferença – aparente – é que antes, nos oitocentos, o capitalista promovia a reprodução ampliada do capital, entre outros caminhos, promovendo a extensão da jornada de seus trabalhadores: aumentava-lhes a jornada laboral efetiva (i.e., distendia o dia de trabalho), nos limites possíveis do dia natural da vida. Agora, no século XXI, à vista dos adicionais de horas extras (CRFB, art. 7º, XV), engendram-se mecanismos jurídicos para que ele também logre aumentar seus ganhos por meio da redução da jornada laboral efetiva, nos estritos limites da sua própria necessidade (e, logo, sem perdas de produtividade), reduzindo os patamares remuneratórios mínimos até então legalmente exigíveis (e, logo, com ganhos de lucratividade).

Eis a funesta equação.

Vejamos, porém, com maior vagar.

2. O contrato de trabalho a tempo parcial na ordem jurídica brasileira: conceito, inspiração e crítica

Conceitualmente, o empregado a tempo parcial é o trabalhador assalariado que, por ajuste ou adesão, submete-se a uma atividade laboral com «uma duração inferior à dos trabalhadores a tempo completo em situação compatível»⁶. O contrato de trabalho a tempo parcial é, portanto, um instituto essencialmente ligado à ideia do “*pacta sunt servanda*”, i.e., à autonomia privada individual. Nesse sentido, consubstancia uma exceção relativa à ideia de que à jornada máxima juridicamente inexcedível – ressalvadas as exceções atreladas à necessidade⁷ – deveria corresponder, qual “*mimumum minimorum*”, uma remuneração mínima

5 K. MARX, *op. cit.*, passim.

6 V. Convenção 175 da Organização Internacional do Trabalho (art. 1º). V. ainda M.A.C. VILLATORE, *Trabalho a tempo parcial no direito comparado*, em *Revista Genesis*, Editora Genesis, Curitiba, 1999, t. 13, n. 76, pp. 536-537; C.H. BEZERRA LEITE, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, São Paulo, 9. ed. 2018, p. 563 ss.

7 Por isso, justamente, as horas excedentes das oito diárias e/ou das quarenta e quatro semanais são constitucionalmente ditas horas de “serviço extraordinário” (CRFB, art. 7º, XVI). Nada obstante, a realidade laboral configurou um processo vertiginoso de “ordinarização” das horas extras. Cf., por todos, G. GUIMARÃES FELICIANO, C.E. OLIVEIRA DIAS, J.A. RIBEIRO DE OLIVEIRA

juridicamente irredutível. Nessa linha de exceção, aliás, a figura do trabalho intermitente, consagrada nos arts. 443, §3º, e 453-A da CLT pela Lei 13.467/2017, viria a ser a sua máxima expressão⁸.

Como trabalhadores a tempo parcial não se consideram, entretanto, aqueles cuja jornadas ordinárias já sejam obrigatoriamente reduzidas, por força da Constituição ou das leis, independentemente de acordos individuais, porque, nesses casos, as jornadas reduzidas não são casuísticas, mas se devem, antes, aos predicamentos específicos do trabalho (como nos trabalhos especialmente degradantes, agressivos ou exaustivos⁹, a exemplo dos turnos ininterruptos de revezamento¹⁰, dos bombeiros civis¹¹ e das atividades de teleatendimento ou telemarketing¹²), às características especiais do indivíduo (caso do menor aprendiz¹³) ou às notas essenciais da profissão (amiúde em função de conquistas de classe historicamente consolidadas, como no caso dos bancários¹⁴, dos jornalistas¹⁵, dos músicos profissionais¹⁶ ou dos advogados¹⁷).

Tampouco são trabalhadores a tempo parcial aqueles cujas jornadas ordinárias já sejam reduzidas, por força da negociação coletiva, também independentemente de acordos individuais, porque, nessas hipóteses, as jornadas reduzidas

SILVA, M.C. TOLEDO FILHO, *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*, LTr, São Paulo, 2. ed., 2018, *passim* (comentários ao art. 59-B).

8 Uma vez que, à vista do art. 452-A, caput e §§ 1º, 2º e 5º, da CLT, o empregado intermitente recebe tão somente pelas horas efetivamente trabalhadas, respeitado o salário mínimo hora; por outro lado, só trabalha efetivamente quando convocado pelo empregador, de acordo com sua estrita necessidade. Consequentemente, à falta de convocação, esse “empregado” poderá passar meses vinculado a determinado empregador, sem receber um tostão sequer. Tal modelo vulnera, em nossa opinião, a regra constitucional do art. 7º, IV e VII, da CRFB. Nesse sentido, aliás, v. M. GODINHO DELGADO, G. NEVES DELGADO, *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*, LTr, São Paulo, 2017, p. 154 e ss. Cf., ademais, o Enunciado n. 73 da 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), realizada quando este Autor a presidiu (2018): “CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas”. É como pensamos.

9 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1037 ss.

10 CRFB, art. 7º, XIV.

11 Lei 11.901/2009, art. 5º.

12 Ministério do Trabalho, Norma Regulamentadora n. 17, item 6.3 (jornada de seis horas, nela incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração).

13 CLT, art. 432, caput (jornada de seis horas, vedadas a prorrogação e a compensação de jornada).

14 CLT, art. 224, caput (jornada de seis horas).

15 CLT, art. 303 (jornada de cinco horas).

16 CLT, art. 232 (jornada de seis horas).

17 Lei 8.906/1994, art. 20 (jornada de quatro horas, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva).

tampouco são casuísticas, mas se devem, antes, aos efeitos positivos, gerais e abstratos do exercício competente da autonomia privada coletiva.

Não se consideram trabalhadores a tempo parcial, enfim, os trabalhadores a tempo completo que se encontrem em situação de “desemprego parcial”, isto é, que se vejam afetados por uma redução coletiva e provisória da duração normal de sua jornada, por motivos econômicos – inclusive de ordem pandêmica (como foi, no Brasil, o caso da Medida Provisória n. 936/2020 e de seu “programa emergencial de preservação de emprego e renda”)¹⁸, tecnológicos ou estruturais. É o que dita, a propósito, o art. 1º, “d”, da Convenção OIT n. 175, de 24.6.1994, sobre trabalho a tempo parcial, a que se somam os dispositivos da Recomendação OIT n. 182, sobre o mesmo tema.

O contrato de trabalho a tempo parcial não se confunde, outrossim, com o contrato de trabalho temporário, regido pela Lei 6.019/1974, que pressupõe uma triangulação contratual (empresa tomadora/empresa prestadora/trabalhador terceirizado) para fins de terceirização de atividades-fim, sob regramentos bem específicos, mas que não foge à regra geral das oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanas (CRFB, art. 7º, XIII). Tampouco se confunde com o contrato de trabalho por tempo determinado instituído pela Lei 9.601/1998, que tisonou direitos sociais fundamentais (como o FGTS e as verbas rescisórias) e inclusive instituiu o banco de horas, mas tampouco interferiu com o marco constitucional da jornada de trabalho.

Diga-se, enfim, que a figura do trabalho a tempo parcial, introduzida formalmente no ordenamento legal brasileiro em 2011 (*infra*), aparenta ter se inspirado especialmente nas experiências normativas europeia e internacional.

No plano estrangeiro, merece referência a Resolução do Conselho Europeu de 18 de dezembro de 1979, cujo art. 4º já reconhecia o trabalho a tempo parcial – tomando-o mesmo como indissociável da atual realidade do mercado de trabalho – e estatuiu como condições para a sua regularidade (a) a voluntariedade e a acessibilidade do trabalho a tempo parcial aos homens e às mulheres, indistintamente; (b) a impossibilidade de que fosse imposto a tantos quantos quisessem

18 A autorizar, no auge da pandemia do novo coronavírus, a redução de salários - com a correlata redução proporcional de jornada - em três faixas distintas (25%, 50% e 70%), sob contrapartida do chamado “benefício emergencial de preservação do emprego e da renda”, de natureza assistencial, no respectivo percentual de 25%, 50% e 70% do valor que seria devido a título de seguro-desemprego. Para quem recebia mais de R\$ 12.102,12 (equivalente, à época, a duas vezes o valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social), tendo curso superior, e para os que não percebessem mais que R\$ 3.135,00 (três salários mínimos nacionais à época), essa redução poderia ser negociada diretamente, inclusive sem a intervenção do sindicato. Cf., por todos, G. GUIMARÃES FELICIANO, R. TRINDADE, *O governo, a pandemia e o trabalho: crônica de uma judicialização anunciada*, em *Disciplinas da USP: ambiente virtual de apoio à graduação e pós-graduação*, em: edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5285350/mod_resource/content/1/MPs%20e%20coronavi%20CC%81rus%20-%20FSP.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

trabalhar a tempo integral; e (c) a necessidade de que os trabalhadores a tempo parcial fruissem os mesmos direitos e obrigações sociais dos trabalhadores a tempo integral, sem prejuízo das características específicas de cada modalidade. Dez anos depois, veio a lume a Diretiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de novembro de 1993, que estabeleceu regras concernentes a diversos aspectos da organização do horário de trabalho, incluindo a redução consensual de jornada com proporcional redução de salário. E, em paralelo, a seção 7^o, 1, da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais do Trabalhador (sobre “[m]elhoria das condições de vida e de trabalho”), adotada pelo Conselho Europeu em 9 de dezembro de 1989, dispôs que “a realização do mercado interno deve portar a um melhoramento das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores na comunidade europeia”, sendo certo que, em relação aos obreiros, importava-se progredir «principalmente no que se refere à duração e à organização do horário de trabalho e as formas de trabalho a tempo determinado, o trabalho a tempo parcial, o trabalho temporal e o trabalho estacional»¹⁹.

No plano internacional, por outro lado, o texto deita claras raízes na predita Convenção n. 175, da Organização Internacional do Trabalho, que terminou por chancelar, no plano internacional, a figura do trabalho a tempo parcial, com algumas poucas ressalvas e salvaguardas.

Entre as ressalvas, cite-se a possibilidade de que as organizações representativas de empregados e empregadores, notadamente as sindicais, possam excluir categorias particulares de trabalhadores e/ou de estabelecimentos da possibilidade legal de se ajustar a contratação a tempo parcial, uma vez que o regime de trabalho a tempo parcial possa engendrar, nesses nichos, “problemas particulares de importância considerável” (art. 3^o, 1). No Brasil, essa exclusão setorial negociada não tem sido utilizada.

Entre as salvaguardas, por outro lado, cite-se a do art. 4^o, pela qual

«[d]evem tomar-se medidas a fim de que os trabalhadores a tempo parcial recebam a mesma proteção que a concedida aos trabalhadores a tempo completo que se encontrem numa situação comparável no que respeita: a) Ao direito de organização, ao direito de negociação coletiva e ao de agir na qualidade de representantes dos trabalhadores; b) À segurança e à saúde no trabalho; c) À discriminação no emprego e na profissão».

Além disso (art. 5^o),

«[d]evem tomar-se medidas adequadas à legislação e à prática nacionais para que os trabalhadores a tempo parcial não recebam, apenas pelo facto de trabalharem a tempo parcial, um salário de base que, calculado proporcionalmente com base na hora, no rendimento ou à peça, seja inferior ao salário de base, calculado segundo o mesmo método, dos trabalhadores a tempo completo que se encontrem numa situação comparável».

19 V. a respeito, por todos, M.A.C. VILLATORE, *op. cit.*, *passim*.

E se asseguram aos trabalhadores a tempo parcial, ademais, «condições equivalentes às dos trabalhadores a tempo completo que se encontrem numa situação comparável nos seguintes domínios: a) Proteção da maternidade; b) Cessação da relação de trabalho; c) Férias anuais pagas e dias feriados pagos; d) Licença por doença» sendo certo que «as prestações pecuniárias poderão ser determinadas proporcionalmente à duração do trabalho ou aos ganhos» (art. 7º).

A seu modo, a legislação brasileira parece atender todas essas salvaguardas. Resta saber se, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, isto basta.

3. O contrato de trabalho a tempo parcial sob a Medida Provisória n. 2.164-41/2001

Conquanto a prática laboral já revelasse hipóteses diversas de contratação a tempo parcial e similares, com ou sem o beneplácito sindical pela via da negociação coletiva, o fato é que, até 2001, a legislação brasileira era silente a respeito. A jurisprudência nacional, por conseguinte, era reticente.

Em 24 de agosto de 2001, todavia, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, fez publicar a Medida Provisória n. 2.164-41, que «[a]ltera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências». A intenção normativa, irresistível à época – o Brasil vivia, a partir do governo anterior (Collor de Mello), o seu primeiro arroubo neoliberal após o fim da ditadura civil-militar iniciada em 1964 –, era precisamente a de flexibilizar a jornada de trabalho na perspectiva do interesse das empresas, reduzindo-lhes os custos e tornando-as mais competitivas, interna e externamente²⁰.

A MP n. 2.164-41/2001 introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 58-A, em sua versão originária, pela qual se considerava trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não excedesse a vinte e cinco horas semanais. Ditava-se ainda, na direção da Convenção OIT n. 175 (art. 5º), que o salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial seria proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprissem, nas mesmas funções, tempo integral. Desse modo, passava a ser formalmente legal o pagamento, a

20 V., e.g., B. SALLUM JR., *O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. Dossiê FHC: 1º Governo*, em *Tempo social: revista de sociologia*. Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, v. 11, n. 2, out. 1999, *passim*. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20701999000200003>. Acesso em: 5 fev. 2022.

um empregado hipotético, de uma remuneração inferior ao salário mínimo legal mensal ou ao piso normativo da respectiva categoria profissional, desde que o contrato individual de trabalho tivesse como base uma quantidade horária inferior às quarenta e quatro horas semanais do art. 7º, XIII, da CRFB.

A medida provisória ainda estabeleceu os parâmetros de exercício da autonomia privada individual para fins de validação do trabalho a tempo parcial. Para os empregados que em agosto de 2001 estivesse contratados por tempo integral, a adoção do regime de tempo parcial só poderia ser feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva. Não se admitia, portanto, a mera adesão subjetiva ao novo regime, sem a intervenção ou a devida forma sindical. Era, sem dúvida, uma boa cautela, já que se tratava – insistia-se – de uma clara iniciativa de flexibilização da jornada destinada a atender predominantemente os interesses das empresas (ainda que a retórica executiva de justificação considerasse outros elementos, como, p. ex., as necessidades especiais de mulheres que, devido às tarefas do “lar”, não poderiam se ativar por quarenta e quatro horas semanais)²¹.

Previa-se, ademais, no parágrafo 4º do art. 59 da CLT, que os empregados sob o regime de tempo parcial não poderiam prestar horas extraordinárias, sob pena de desnaturação do regime de tempo parcial. Era igualmente uma importante cautela, já que, na perspectiva patronal e obreira, a redução consensual da jornada ordinária – com conseqüente e proporcional redução salarial – justificava-se precisamente porque, em regra geral, o empregador não necessitava de mais horas e/ou o trabalhador não podia prestá-las. Admitir o advento de horas extraordinárias seria, portanto, uma contradição legislativa insuperável, do ponto de vista ético, jurídico e até mesmo em perspectiva puramente cartesiana. E, por isso mesmo, a jurisprudência nacional vinha sistematicamente descaracterizando os contratos de trabalho celebrados sob o regime de tempo parcial – o que significa conferir ao trabalhador o direito à integridade do salário, qual empregado a tempo completo – sempre que se verificasse concretamente a prestação habitual de sobrejornada²². Como diremos a seguir, porém,

21 Corroborando e recrudescendo, como é evidente, o estereótipo sexista da “mulher dona de casa”, única responsável pelos trabalhos domésticos de cuidado – típico trabalho não remunerado –, eximindo-se o homem de quaisquer obrigações a respeito. Dados recentes revelam que, a rigor, 75% dos trabalhos de cuidado não remunerados em todo o mundo são realizados exclusivamente por mulheres, somando 12 bilhões de horas de trabalho todos os dias. Cf. INSTITUTO TRICONTINENTAL DE PESQUISA SOCIAL, *CoronaChoque e Patriarcado*, 5 nov. 2020, *passim*. Disponível em: <https://thetricontinental.org/pt-pt/estudos-4-coronachoque-e-patriarcado/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

22 V., e.g., TRT 6ª Reg, RO 0001480-55.2012.5.06.0016, rel. Des. Maria das Graças de Arruda França (para o acórdão), j. 25/3/2019, 3ª Turma, publ. 29/3/2019. *In verbis*: “CONTRATO EM TEMPO PARCIAL. DESCONFIGURAÇÃO. Incontroverso que a jornada 12x12 foi acordada entre os litigantes, como se vê da cláusula 3ª, do contrato de trabalho (fl. 09 do volume apartado). Contudo, a relação de emprego foi celebrada sob regime de tempo parcial, conforme dispõe a cláusula quarta, estabelecendo o limite legal de 25 horas semanais

o legislador póstero, no ano de 2017 (Lei 13.467/2017), não teve o mesmo discernimento.

O novo regime de tempo parcial não se bastou, ademais, na afetação do direito à remuneração. Passou a impactar também o direito às férias (CRFB, art. 7º, XVII). Nos termos do novel art. 130-A da CLT, na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho (= período aquisitivo), o empregado teria o seu direito a férias dimensionado conforme a duração semanal de trabalho ajustada individualmente, calculando-se os dias de férias nas seguintes proporções (a partir de dezoito dias de descanso – as férias “cheias” no tempo parcial –, e não de trinta):

- (a) dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas;
- (b) dezesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;
- (c) quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas;
- (d) doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;
- (e) dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas; e
- (f) oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

Disponha-se, outrossim, que o empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tivesse mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo teria o seu período de férias reduzido à metade. O tratamento anti-isonômico estabelecido suscitava, a rigor, fundadas dúvidas quanto à própria constitucionalidade do predito art. 130-A (hoje revogado), mercê dos princípios constitucionais da igualdade (CRFB, art. 5º, caput) e da não discriminação (CRFB, arts. 3º, IV, e 5º, XLI), inclusive no trabalho (CRFB, art. 7º, XXX, XXXI e XXXII).

Nada obstante, com o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001 – cujo artigo 2º dispôs que “[a]s medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda [12.9.2001] continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional” –, os efeitos normativos da MP 2.164-41/2001 foram perenizados, nos seus inteiros termos. Até o advento da Lei 13.467/2017.

Vejamos.

(art. 58-A, da CLT). E o conjunto probatório evidenciou que o demandante laborava em jornada acima da fixada no contrato de trabalho, pois além das três ocasiões pontuadas pela d. magistrada sentenciante, a prova testemunhal confirmou a regularidade das convocações para cumprimento de jornadas extras. Correta, portanto, a nulidade contratual decretada pelo MM. Juízo *a quo*. Recurso empresarial ao qual se nega provimento, no aspecto”.

4. O contrato de trabalho a tempo parcial sob a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Sustentamos alhures, a partir do escólio de Alisson Mascaro, que a Reforma Trabalhista de 2017, introduzida pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017, teve por objetivo central promover uma antitética modernização conservadora, com «[...] [r]epúdio ao intervencionismo estatal, mesmo se voltado à garantia de mínimos existenciais. Geração de superávits primários como regra de ouro da economia. Proteção social cada vez mais afeiçoada à assistência e à caridade»²³. Assim foi. E isso evidentemente se refletiu no tratamento legal que a Reforma pretendeu dedicar ao tema da jornada de trabalho, como se refletiu, ademais – visivelmente –, na nova regulação que o diploma estatuiu para o contrato de trabalho a tempo parcial.

Expliquemos com maior vagar.

Sob o pálio da Lei 13.467/2017, o trabalho em regime de tempo parcial passou a ser válido em duas distintas hipóteses. A uma, para trabalhos cuja duração semanal não exceda a 30 (trinta) horas semanais, sem a possibilidade – nesse caso – da realização de horas extraordinárias semanais. A duas, para trabalhos cuja duração não exceda a 26 (vinte e seis) horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais. Quebrou-se, pois, o tênue fio de coerência que, bem ou mal, ainda cerzia o modelo de trabalho a tempo parcial instituído pela MP 2.164-41/2001 (*supra*, seção 1.2). A partir de 11.11.2017 (data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017), passou-se a admitir, no Brasil, horas extraordinárias por parte de trabalhadores a tempo parcial, na contramão de todo o discurso utilitário que referendara, na origem, esse novo regime de trabalho (a saber, a desnecessidade circunstancial de um número semanal superior de horas, pelo lado da empresa, e a impossibilidade/inconveniência de dedicação durante todas as horas semanais de uma jornada completa, pelo lado do trabalhador). Diga-se bem claramente: se cabem horas extraordinárias – inclusive habituais – sem a desnaturação do regime de trabalho a tempo parcial²⁴, é porque, a rigor, a funcionalidade do novo modelo jamais se dirigiu realmente à configuração de jornadas mais confortáveis e adequadas para empregados e empregadores; sua funcionalidade dizia, antes, com o aumento da lucratividade da empresa (pela redução comparativa dos custos variáveis) e com a aleatoriedade da jornada no interesse do empregador.

23 G. GUIMARÃES FELICIANO, M. GODINHO DELGADO, *A Reforma Trabalhista de 2017: o passo mais ousado da “modernização conservadora”*. Prefácio, em G. GUIMARÃES FELICIANO, M.A. MARSIGLIA TREVISI, S.T. DE CARVALHO FONTES (org.), *Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica*, LTr, São Paulo, 2017, *passim*.

24 Hipótese, registre-se, que não tem respaldo explícito sequer na Convenção OIT n. 175, por si mesma flexibilizadora.

Tais horas extraordinárias devidas ao trabalhador a tempo parcial – para os contratos cuja duração semanal não exceda a 26 horas – passam a ser pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal, como de praxe (CFRB, art. 7º, XVI), salvo se forem prestadas em dias feriados ou de repouso semanais (caso em que o acréscimo deverá ser de 100%, “*ex vi*” da Súmula n. 146 do Tribunal Superior do Trabalho). De todo modo, podem também ser compensadas na semana imediatamente subsequente, conforme art. 58-A, §5º, da CLT.

Como antes, a adoção do regime de tempo parcial seguiu exigindo a opção individual dos empregados que até então se ativavam em regime de jornada completa, a ser manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento normativo decorrente de negociação coletiva. Para as contratações havidas a partir de 11.11.2017, porém, o contrato de trabalho a tempo parcial pôde ser imediatamente ajustado, com uma ou outra hipótese de jornada reduzida (CLT, art. 58-A), em relação a todos os novos empregados, independentemente de quaisquer formas ou controles sindicais.

Observe-se que, sendo de oito horas a jornada constitucional completa, com a respectiva duração semanal fixada em quarenta e quatro horas – de modo a totalizar, pela regra forense pacificamente aceita, a média de 220 horas mensais (= 5 x 44h), donde o divisor 220 para o cálculo das horas extras em geral –, tornou-se forçoso deduzir que, no trabalho a tempo parcial, (a) se a duração for de até 30 horas semanais, o total mensal será de 150 horas (= 5 x 30h; e, logo, será de 150 o divisor para o cálculo das horas extras); e (b) se a duração for de até 26 horas semanais, o total mensal será de 130 horas (= 5 x 26h; e, logo, será de 130 o divisor para o cálculo das eventuais horas extras).

De resto, são aplicáveis aos empregados contratados em regime de trabalho a tempo parcial todas as demais normas da Consolidação das Leis do Trabalho, naquilo em que não conflitem com as normas-regras específicas ínsitas ao art. 58-A da CLT. Consequentemente, os empregados sob regime de tempo parcial fazem jus, e.g., ao aviso prévio trabalhado ou indenizado, aos descansos semanais remunerados, ao recebimento de adicionais de remuneração (e.g., adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade etc.) e à indenização de 40% sobre o FGTS (Lei 8.036/1990, art. 18, §1º), entre outros direitos trabalhistas típicos; e, bem assim, aos direitos previdenciários e assistenciais básicos (como, e.g., o auxílio-doença, o auxílio-acidente, o auxílio-reclusão e o salário-maternidade).

Relativamente às férias, por outro lado, a Lei 13.467/2017 trouxe uma surpreendente “*novatio in melius*”. A partir de 11.11.2017 (i.e., para os períodos aquisitivos que não se encerraram até 10.11.2017), o direito de férias dos trabalhadores a tempo parcial passa a se sujeitar às mesmas regras que regem as férias dos trabalhadores a tempo completo (i.e., com duração semanal de 44 horas). Aplica-se, pois, a qualquer empregado, independentemente do modelo

de jornada (a tempo completo ou a tempo parcial), o regramento do art. 130 da CLT (v. art. 58-A, §7º), o que significa que as férias serão fruídas/indenizadas com base em períodos que vão de 12 a 30 dias, a depender do número de faltas injustificadas do empregado no período aquisitivo (sem qualquer influência do regime de jornada): após doze meses de trabalho, terão direito a 30 dias corridos de férias, se não tiverem mais que 5 faltas injustificadas; terão direito a 24 dias corridos de férias, se tiverem entre 6 e 14 faltas injustificadas; terão direito a 18 dias corridos de férias, se tiverem entre 15 e 23 faltas injustificadas; e terão direito a 12 dias corridos, se tiverem entre 24 e 32 faltas injustificadas. Acima disso, perde-se o direito às férias para o período aquisitivo respectivo. De outra parte, os empregados a tempo parcial podem converter um terço das férias a que tiver direito em abono pecuniário, nos termos do art. 58-A, §6º, da CLT.

Corrigiu-se, com dezesseis anos de atraso, um desconcertante tratamento discriminatório que, a bem da verdade, jamais fora cabalmente reconhecido pelos tribunais superiores.

5. Conclusões

A fixação da jornada – ou, “*in casu*”, da duração semanal do trabalho – de acordo com os interesses da empresa representou, ao longo dos séculos, uma excepcional estratégia para que o patronato pudesse aumentar suas margens de produtividade e de lucratividade, sem proporcionar o correspondente acréscimo de ganho na retribuição econômica do trabalhador. Enquanto tal estratégia lidava apenas com a capacidade física de aumentar a produção em uma mesma unidade de tempo (p. ex., ao longo de um dia natural), estávamos circunscritos à hipótese marxiana da mais-valia absoluta, incrementada com a intensificação do ritmo do trabalho e da vigilância sobre o processo produtivo, entre outras técnicas. Havia limites impostos pela própria natureza das coisas, dos tempos e das dimensões. Quanto, porém, a estratégia passou a incorporar alternativas tecnológicas e/ou jurídico-discursivas para aquele mesmo aumento (como, p. ex., a introdução de novos institutos jurídicos de perfil flexibilizador), começamos a margear a própria ideia de mais-valia relativa, na medida em que – na dicção de Marx – revolucionavam-se silenciosamente os processos técnicos de trabalho e as suas combinações sociais.

O instituto do contrato de trabalho a tempo parcial seguramente consubstancia uma dessas estratégias jurídico-discursivas, uma vez que, no limite, apenas cria ensejos para a pauperização dos trabalhadores e a precarização dos postos de trabalho. Pode-se perceber esse pendor, no caso brasileiro pós-reforma, com uma simples comparação: no limite do novel art. 58-A, *caput*, da CLT, o trabalhador a tempo parcial pode se ativar por 26 horas semanais “ordinárias” e mais seis horas extraordinárias, totalizando 32 horas semanais; já um *bancário*, com sua jornada ordinária (CLT, art. 224, *caput*), faria nesse mesmo mês apenas 30

horas semanais (seis horas/dia para cinco dias úteis trabalhados), recebendo, porém, a *integralidade* do seu salário (à diferença do trabalhador a tempo parcial, que se sujeitaria à “proporcionalidade” do art. 58-A, §1º, da CLT e do próprio art. 5º da Convenção OIT n. 175, podendo receber menos do que o piso normativo de sua categoria (ou ainda menos do que o salário mínimo nacional mensal, ao arrepio do art. 7º, IV, da CRFB, se esse fosse o seu salário).

Diante desse quadro fático, propositalmente simplificado, caberia indagar: o que impediria um banco de substituir paulatinamente o seu corpo de empregados a tempo completo – bancários típicos – por *empregados a tempo parcial*, sejam eles bancários ou mesmo terceirizados (notadamente após o decidido nas ADIs 5.685 e 5.695), contratando-os a partir do advento da Lei 13.467/2017 (i.e., sem sequer a necessidade de opção sob controle ou forma sindical)? Neste momento, entrevê-se uma única – e incerta – resposta: *a intervenção corretiva da Justiça do Trabalho*. E, ainda assim, construindo a decisão a partir de normas-princípios, várias delas suscitadas acima, por absoluta falta de norma-regra proibitiva claramente enunciada.

Daí porque, volvendo uma última vez a Marx, é curial dar-lhe a derradeira razão: entre direitos iguais e opostos, próprios da lógica liberal – e da igualdade legal-formal dos modernos –, decidirá a força (e, em especial, a força econômica). E, nesse encaço, sob os ares “modernos” da flexibilização e da desregulamentação, menos será mais: menos jornada, mais riqueza acumulada.

Daí porque a história da regulamentação da jornada de trabalho já não pode ser, doravante, apenas a luta pela limitação da jornada de trabalho. Deve ser, quiçá mais ingentemente, a luta pela manutenção do valor da mínima contra-prestação econômica do trabalho, em parâmetros absolutos, inclusive para as relações jurídico-laborais de zona gris (pense-se, *e.g.*, na condição dos trabalhadores intermitentes, já reportada alhures, como ainda na dos trabalhadores “*on demand*”, por aplicativos digitais, ou mesmo na dos trabalhadores virtuais em “*crowdworking*”). Em todo caso, um caminho hermenêutico retilíneo, sem margem a subterfúgios jurídicos que atendam apenas ao interesse da produção.

Contrato de trabalho intermitente

Carolina Tupinambá

SUMARIO: 1. Histórico da modalidade de contratação do intermitente no Brasil. – 2. A dinâmica do modelo de contrato de trabalho intermitente – 3. Os direitos do trabalhador na modalidade de contrato de trabalho intermitente. – 4. Cuidados necessários na contratação e gestão contratual. – 5. Questões sensíveis quanto ao tema. – 5.1. Cálculo e modalidade do aviso prévio. – 5.2. Prazo de quarentena entre contratação a prazo indeterminado e em modalidade intermitente. – 5.3. Salário maternidade da gestante contratada como trabalhadora intermitente. – 5.4. Multa de 50% em caso de aceite de convocação, mas ausência do empregado. – 5.5. (Im)Possibilidade da participação do intermitente na CIPA. – 5.6. (Im)Possibilidade de contratação e convocação de mão de obra intermitente em períodos de greve. – 6. Considerações finais.

1. Histórico da modalidade de contratação do intermitente no Brasil

A modalidade de trabalho intermitente iniciou-se no Brasil muito antes de sua recepção no sistema jurídico trabalhista. A primeira experiência do *zero-hours contract*, em solo brasileiro, deu-se através rede de “fast food” de porte internacional, Mc Donald’s.

Tal modalidade era muito utilizada mundo afora pela rede Mc Donald’s em razão da demanda de trabalho ser proporcional à demanda consumeirista, ou seja, interessava ao empregador que em horários de pico de clientela houvesse mais empregados a sua disposição, não sendo interessante mantê-los em outros momentos.

A modalidade contratual já era aplicada nos países de common law, mas encontrou resistência no território nacional, já que os contratantes não procuraram se adequar ao direito brasileiro.

O Brasil, muito arraigado em regramentos escritos fortemente regulamentados, bem como em contratos de trabalho típicos, com jornada e salário fixos, não foi solo fértil para implementação, de imediato, do contrato em que não haveria nem jornada e, por consequentemente, nem salário, pré-determinados.

Neste contexto, a solução encontrada pela rede alimentícia foi amplamente criticada, principalmente pelo Ministério Público do Trabalho que, em 2005, ajuizou ação civil pública contra a Arcos Dourados S.A., pessoa jurídica responsável pela administração da marca McDonald’s na América Latina.

O Ministério Público do Trabalho considerava ilegal, à época, a prática adotada¹, que consistia na contratação de trabalhadores para cumprir carga horária semanal entre oito e quarenta e quatro horas, com remuneração horária e fixada conforme a quantidade de horas trabalhadas.

Como não havia previsão legal permissiva à época, os membros do *Parquet*, defenderam que a prática configurava lesão e risco ao trabalhador, em razão da incerteza da convocação para o trabalho e, conseqüentemente, da remuneração mensal, que poderia não atingir o salário mínimo, diminuindo, assim, a dignidade do trabalho.

Tanto os juízos de primeira quanto de segunda instância posicionaram-se pela não procedência da ação civil pública², destacando no processo relatório de fiscalização do próprio Ministério do Trabalho que demonstrava que os trabalhadores tinham conhecimento das escalas de serviço com razoável antecedência e com pagamento de valor correspondente ao dos outros trabalhadores da categoria. Na prática, o trabalho intermitente era realizado tal como é hoje permitido, sem se utilizar da nomenclatura.

O recurso interposto pelo MPT foi acolhido e provido pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Conforme publicação do próprio tribunal em *site* jurídico³, a relatora ressaltou que apesar de não haver vedação expressa àquele tipo de contratação, a cláusula seria prejudicial ao trabalhador, uma vez que o colocava à disposição do empregador, pagando-se o mínimo possível para se auferir maiores lucros.

Entendeu-se ser indevida a inversão da assunção do risco do negócio, já que o empregador é quem deveria assumir o risco da baixa lucratividade nos períodos de menor fluxo consumerista, e não o empregado.

Já em 2015, no processo nº TST-E-ED-RR9891900-16.2005.5.09.0004⁴, provavelmente por conta das mudanças no cenário mundial e nacional, com sensíveis alterações na gestão do tempo e das relações de trabalho, deu-se origem a novo posicionamento, no sentido de possibilitar a jornada de trabalho

1 JUSBRASIL, *Jornada móvel e variável adotada pelo McDonald's é ilegal*, em tst.jusbrasil.com.br/noticias/2591931/jornada-movel-e-variavel-adotada-pelo-mcdonalds-e-ilegal. Acesso em 24.03.2022.

2 CONSULTOR JURÍDICO, *TST autoriza funcionários do McDonald's atuarem em jornada móvel*, em: www.conjur.com.br/2016-jan-04/tst-autoriza-funcionarios-mcdonalds-atuem-jornada-movel. Acesso em 24.03.2022.

3 JUSBRASIL, *Jornada móvel e variável adotada pelo McDonald's é ilegal*, em tst.jusbrasil.com.br/noticias/2591931/jornada-movel-e-variavel-adotada-pelo-mcdonalds-e-ilegal. Acesso em 24.03.2022.

4 Brasil Tribunal Superior do Trabalho. Decisão Monocrática em Embargos Declaratórios em Recurso de Revista: E-ED-RR: 9891900162005509 9891900-16.2005.5.09.0004. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. DEJT: 13/05/2013. JusBrasil, 2013, em: tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23274921/embargos-declaratorios-recurso-de- revista-e-ed-rr-9891900162005509-9891900-1620055090004-tst/decisao-monocratica-23274922. Acesso em 24.03.2022.

reduzida e, conseqüente, piso salarial proporcional, posicionamento atestado na redação da OJ n. 358 da SBDI-1 do TST⁵.

Tal orientação baseou-se na solução encontrada pelos estabelecimentos comerciais que trabalham com muita variação de clientela, qual seja, a contratação de empregado com remuneração horária e por menor período de tempo, respeitando-se, portanto, o piso salarial horário e trazendo mais previsibilidade na jornada do trabalhador, pontos criticados pelo MPT quando do ajuizamento da Ação Civil Pública anteriormente tratada.

O histórico do trabalho intermitente, no Brasil, evidencia que a solução para determinados setores empresariais já existia há décadas, mas o rigor excessivo dos tribunais e o hiper cuidado para com os empregados impedia sua regularização, gerando, ao revés, mais trabalhos informais e profissionais desprotegidos.

2. A dinâmica do modelo de contrato de trabalho intermitente

Após debates judiciais e doutrinários acerca do trabalho intermitente, o legislador entendeu por bem contemplá-lo na Lei n. 17.467/17, dita Reforma Trabalhista, que modificou o ordenamento jurídico do Direito do Trabalho sobremaneira. Tal previsão foi trazida no artigo 443, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁶, excetuando apenas a categoria dos aeronautas como impeditiva da contratação nessa modalidade.

A relação de emprego é marcada pela subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade. O trabalho intermitente, de certa forma, flexibiliza o critério da habitualidade, já que a prestação de serviços se dá com subordinação, mas não de forma contínua, havendo alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade.

5 Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1/TST: “SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008) Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado”. Há, pois, a possibilidade de pagamento de valor inferior ao salário mínimo constitucional, desde que o cálculo seja realizado sobre as horas efetivamente laboradas de forma proporcional.

6 CLT, artigo 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A contratação do trabalhador intermitente pode ser realizada para o labor em horas, dias ou meses, independentemente da atividade desenvolvida pelo empregador e o empregado só receberá pelo período efetivamente trabalhado.

Portanto, o principal objetivo da elaboração do contrato de trabalho intermitente é diminuir a contratação informal, trazendo trabalhadores informais para a categoria de trabalhador com registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, com devido pagamento dos direitos trabalhistas, ainda que sem cumprir jornada regular.

Com isso, o intermitente pode ser um importante complemento para atividades com demandas concentradas em determinados dias da semana, como hotéis, bares e restaurantes, ou, em certas épocas do ano, como Páscoa, Natal, dia das mães, dia dos pais ou para realização de feiras, congressos, etc.

A tendência é que as empresas mesquem os quadros com empregados em regime tradicional e, complementarmente, contratem empregados na modalidade intermitente.

Destaca-se que as principais características desse novo regime de contratação são, basicamente, a imprevisibilidade e a dinâmica da convocação do trabalhador.

A imprevisibilidade configura-se a medida em que o empregado só tem conhecimento sobre o momento da prestação do serviço e de sua duração quando - e se for - convocado para prestar o serviço. É possível que a convocação seja por período razoável de tempo, mas também é permitido que o trabalhador fique mais tempo esperando ser chamado para trabalhar do que efetivamente trabalhando.

A convocação do empregado ao trabalho não é regida por regras complexas. Pelo contrário, o empregador deve convidar o empregado para prestar os serviços com, pelo menos, três dias corridos de antecedência e tal comunicação pode ser feita de qualquer forma: telegrama, carta, e-mail, *Whatsapp* etc.

Na convocação, o empregado deverá ser informado sobre a jornada de trabalho a ser realizada, não podendo ultrapassar o limite de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

O trabalhador tem o prazo de um dia útil para responder ao chamado. A lei se preocupou em pré-interpretar a não manifestação quanto à convocação do empregado como recusa à prestação dos serviços.

Por fim, a lei não elegeu período mínimo de trabalho. O empregador, portanto, não é obrigado a convocar o trabalhador para prestar os serviços, o que pode reduzir ou até anular a remuneração, já que, durante o período de inatividade, o empregado não receberá salário.

3. Os direitos do trabalhador na modalidade de contrato de trabalho intermitente

O artigo 452-A, parágrafo 6º da CLT⁷ evidencia a necessidade do pagamento pelos serviços ser imediato, logo após o término do período de prestação.

A Portaria 349 do Ministério do Trabalho, em seu art. 2, parágrafo 2º tratou da necessidade de se pagar até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação de serviços, ainda que o empregado fique em atividade por interregno maior que um mês. É dizer: não poderá jamais o empregado trabalhar durante período maior que trinta dias subsequentes e só ser pago no final do período.

O valor a ser pago envolve não só a remuneração estipulada, mas as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, o repouso semanal remunerado, o 13º salário proporcional, o FGTS, a contribuição ao INSS e os adicionais legais, por exemplo, o adicional de insalubridade.

Importante destacar que o gozo das férias não é realizado no momento em que as mesmas são pagas. As férias, no contrato intermitente, é o período de trinta dias, a cada doze meses de contrato de trabalho, em que o trabalhador não poderá ser chamado para prestar serviços para o empregador.

Por fim, ressalta-se que cada prestação de serviço gerará recibo de pagamento correspondente, com cada parcela tratada de forma especificada.

7 CLT, Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - remuneração; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - décimo terceiro salário proporcional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - repouso semanal remunerado; e (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - adicionais legais.

8 Portaria 349 do Ministério do Trabalho, Art. 2º O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que previsto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá:

I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes;

II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, nem inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

§ 2º Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho não poderá ser estipulado por período superior a um mês, devendo ser pagas até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, de acordo com o previsto no § 1º do art. 459 da CLT.

4. Cuidados necessários na contratação e gestão contratual

O contrato de trabalho intermitente, por apresentar dinâmica diferenciada em relação às outras contratações típicas, requer alguns cuidados.

Apesar da flexibilidade típica do modelo, o contrato deve ser formalizado por escrito e conter o valor da hora de trabalho.

Interessante destacar que a CLT, no *caput* do artigo 452-A, determina a necessidade de indicação do valor horário contratado; já a Portaria 349 do Ministério do Trabalho, em seu artigo 2º, II, acrescenta a possibilidade de contratação também por valor diário, não previsto originalmente na Consolidação das Leis do Trabalho.

Destaca-se que tanto na contratação por hora, quanto por dia, o valor correspondente não pode ser menor do que o piso salarial, quando esse existir, ou do salário mínimo, se for o caso.

A referida Portaria trouxe a possibilidade de contratação do intermitente por valor horário ou diário maior que o do empregado fixo, na mesma função. Tal diferenciação se justifica pelo fato de o contratado intermitente poder ficar períodos inativos, sem auferir remuneração. É um tratamento diferenciado, mas com fins igualitários.

Essa modalidade de contratação é mais dinâmica, requerendo maior cuidado no controle e apontamentos.

Após a contratação, passa-se para a gestão contratual, que merece muita atenção, já que ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado deve receber o pagamento, mediante recibo discriminado.

Dessa forma, os controles devem ser estabelecidos com a contabilidade para minimizar chances de falhas. A gestão desses contratos requer alinhamento constante entre a contratante e a empresa contábil que preste serviços a ela, já que os contracheques e pagamentos são realizados a cada prestação de serviço, o que pode ser menor que o período mensal.

Além disso, a jornada deve ser bem controlada, com ainda mais afincamento do que em contratos fixos, por ser o empregado convocado para trabalhar durante período de tempo pré-estabelecido.

Ao se, eventualmente, se ultrapassar as horas determinadas na respectiva convocação, independente de ser menos de oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais, é aconselhável que se pague com o respectivo adicional de hora extra.

Portanto, além de um controle diferenciado da jornada e de fechamento e gestão da folha de pagamento, o empregador deve estar atento com a regularidade das contratações.

Apesar de não existir obrigação para apresentação de documentos dessa relação perante algum órgão específico, salvo as informações que deverão ser prestadas por sistema ao e-Social, o desatendimento das obrigações de registro

do empregado sujeitará a empresa à multa de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por trabalhador prejudicado, conforme previsão dos artigos 41 e 47-A da CLT⁹.

5. Questões sensíveis quanto ao tema

5.1. Cálculo e modalidade do aviso prévio

Importante destacar que a legislação é vazia quanto ao tema da rescisão do contrato de trabalho intermitente. A Medida Provisória n. 808 chegou a regular tal tema, mas não foi convertida em lei no prazo hábil, razão pela qual perdeu sua validade em abril de 2018.

O Ministério do Trabalho editou a Portaria n. 349, em maio de 2018, na tentativa de regulamentar de forma mais clara alguns pontos da Reforma Trabalhista, com destaque, neste artigo, a modalidade de contratação do trabalho intermitente.

Na referida Portaria tratou-se, dentre outros subtemas, da rescisão do contrato, em seu artigo 5^o¹⁰, resgatando-se a regra outrora contida no artigo 452-F da CLT¹¹, vigente apenas no período em que a MP n. 808 encontrou-se produzindo efeitos. Assim como em outras modalidades de contratação, a rescisão contratual sem justa causa, deve ser pré-avisada e calculada com base nas parcelas remuneratórias recebidas nos últimos doze meses de contrato se não for inferior a esse o período de vigência.

9 CLT, Art. 41 - Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Art. 47-A. Na hipótese de não serem informados os dados a que se refere o parágrafo único do art. 41 desta Consolidação, o empregador ficará sujeito à multa de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por empregado prejudicado.

10 Portaria do Ministério do Trabalho n. 349. Art. 5º As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

Parágrafo único. No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

11 CLT, Art. 452-F. As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. (Incluído pela Medida Provisória n° 808, de 2017) (Vigência encerrada)

§ 1 No cálculo da média a que se refere o *caput*, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior. (Incluído pela Medida Provisória n° 808, de 2017) (Vigência encerrada)

§ 2º O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 487. (Incluído pela Medida Provisória n° 808, de 2017) (Vigência encerrada)

Contudo, tal regulamentação não resta suficiente para dirimir todas as dúvidas que surgem. A questão do aviso prévio, por exemplo, foi insuficientemente tratada. A interpretação mais coerente é a de que o aviso prévio deve ser sempre indenizado, de forma proporcional, com base nas horas efetivamente trabalhadas.

Além disso, cabe chamar atenção ao fato de que o cálculo se baseia nos últimos doze meses de prestação de trabalho. O empregador que se utiliza no primeiro ano de contratação da força de trabalho do empregado, pode não mais chamá-lo durante os próximos doze meses e não ter verbas rescisórias a serem pagas, já que a lei não estabelece um mínimo de lapso temporal entre períodos de inatividade e de atividade.

5.2. Prazo de quarentena entre contratação a prazo indeterminado e em modalidade intermitente

Outro ponto a ser tratado com parcimônia no tocante ao trabalho intermitente, é a questão da contratação, nessa modalidade, com ex-empregados fixos. O empregado que tinha contrato padrão de oito horas diárias e até quarenta e quatro horas semanais que é dispensado pelo seu empregador, pode ser contratado posteriormente na modalidade de contrato intermitente.

Tal prática se justifica pelo fato de que, talvez, não haja demanda constante justificadora da manutenção do contrato do empregado de forma fixa, mas interessante o aproveitamento da mão-de-obra em momentos de maior necessidade. Contudo, não há previsão legal sobre a prática trabalhista intentada, tampouco havendo jurisprudência sobre o tema.

Passados praticamente cinco anos da Reforma Trabalhista, parece que casos como esses não chegaram a ser judicializados, razão pela qual não se pode afirmar com segurança qual seria o limite temporal considerável entre a rescisão contratual de um contrato padrão e a nova contratação do mesmo empregado na modalidade intermitente.

O risco possível de um lapso muito curto é a configuração de unicidade contratual e alteração nula *in pejus*, a depender do caso concreto. Exemplifica-se: o trabalhador é dispensado e na semana seguinte recontratado, na modalidade intermitente.

Na prática, ele continua trabalhando com frequência parecida com a anterior, para o mesmo empregador, no mesmo local de trabalho, doravante havendo a possibilidade de, a qualquer momento, ficar sem ser chamado para o trabalho.

Nessa hipótese, parece que o contrato, segundo o princípio da primazia da realidade, caro ao Direito do Trabalho, se seguiu como era de fato, mas com o aumento do risco apenas em prejuízo do empregado que permanece na expectativa da mesma remuneração e jornada de trabalho, mas que a qualquer momento pode se surpreender com período de inatividade permitido por lei.

Com a Medida Provisória n. 808/18 chegou a ser editado o artigo 452-G da CLT¹² que tratou do tema. Estipulou-se o lapso temporal de doze meses para contratação na modalidade intermitente após a rescisão de contrato por prazo indeterminado.

A não conversão da Medida em lei, o tema continuou sem regulamentação.

Com isso, por interpretação analógica do artigo 452 da CLT¹³, que trata de nova contratação por prazo determinado de trabalhador outrora contratado sob os mesmos parâmetros, é recomendável considerar a quarentena de seis meses para contratação na modalidade intermitente de mesmo empregado então contratado em modelo clássico.

5.3. Salário maternidade da gestante contratada como trabalhadora intermitente

Ao contrário do tema anteriormente tratado, a questão da gestante contratada na modalidade intermitente é regulamentada pelo Decreto n. 3.048/99, modificado pelo Decreto n. 10.410 em 2020, no artigo Art. 100-B¹⁴.

O salário maternidade da gestante intermitente é pago diretamente pela Previdência Social, sendo ponto de diferenciação da dinâmica ocorrida com a gestante de contrato tradicional por prazo indeterminado. Neste último caso, como se sabe, o empregador pagará o salário maternidade à gestante e descontará tal montante de suas contribuições devidas à Previdência, a fim de que a

12 CLT, Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado (Vigência encerrada).

13 CLT, Art. 452 - Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

14 Decreto n. 3.048/99, Art. 100-B. O salário-maternidade devido à empregada intermitente será pago diretamente pela previdência social, observado o disposto no art. 19-E, e o valor da contribuição previdenciária será deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198, e não será aplicado o disposto no art. 94. (Incluído pelo Decreto n° 10.410, de 2020).

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo consiste na média aritmética simples das remunerações apuradas no período referente aos doze meses que antecederem o parto, a adoção ou a obtenção da guarda para fins de adoção. (Incluído pelo Decreto n° 10.410, de 2020).

§ 2º Na hipótese de empregos intermitentes concomitantes, a média aritmética a que se refere o § 1º será calculada em relação a todos os empregos e será pago somente um salário-maternidade. (Incluído pelo Decreto n° 10.410, de 2020).

§ 3º A contribuição previdenciária a cargo da empresa terá como base de cálculo a soma das remunerações pagas no período de doze meses anteriores à data de início do salário-maternidade, dividida pelo número de meses em que houve remuneração. (Incluído pelo Decreto n° 10.410, de 2020).

grávida/parturiente evite se preocupar com filas ou requerimentos em meio ao nascimento do bebê.

Contudo, tal solução não é cabível para as intermitentes, já que o valor do salário maternidade não é simples de se calcular: necessário realizar média aritmética das remunerações referentes aos últimos doze meses de prestação de serviços, de todos os possíveis empregadores que a gestante tenha.

Portanto, somar-se-á o montante auferido pela prestação de serviços de todos os empregadores da gestante e dividir-se-á pelos meses trabalhados; ou seja, a parturiente que trabalhou nos últimos doze meses o correspondente a cento e vinte dias, terá o montante auferido dividido não por doze, mas por quatro meses, recebendo sempre apenas um salário maternidade, independente de quantos vínculos empregatícios tiver.

Ponto importante a ser destacado é que não há obrigatoriedade de convocação de gestante ao trabalho. Apesar da garantia de estabilidade ser mantida, pode o empregador simplesmente não convocar a funcionária ao trabalho; sendo, infelizmente, muito comum tal prática, em especial em empresas do ramo comercial, típicas contratantes na modalidade intermitente.

A gestante contratada como intermitente pode passar a gravidez inteira sem efetivamente prestar serviços. Assim, dependerá de seu efetivo desempenho nos três meses anteriores à gravidez para o cálculo do salário maternidade. Não há proteção para esses casos e, na prática, sequer há debate doutrinário robusto sobre o assunto.

Diante da lacuna legislativa, recomenda-se a aplicação analógica do artigo 100-C, parágrafo 5º do Decreto n. 3.048¹⁵ que trata sobre o salário maternidade das empregadas contratadas com jornada parcial, em casos de contribuição inferior ao mínimo mensal.

Nesses casos, a Previdência Social deve pagar a título de salário maternidade o correspondente ao salário mínimo, a fim de que não fique a parturiente e o nascituro desamparados.

5.4. Multa de 50% em caso de aceite de convocação, mas ausência do empregado

O artigo 452-A, parágrafo 4º da CLT estabelece a multa de 50% do valor que seria auferido quando ausente o empregado intermitente, após seu aceite

15 Decreto n. 3.048, Artigo 100-C. O salário-maternidade devido à empregada com jornada parcial cujo salário de contribuição seja inferior ao seu limite mínimo mensal, observado o disposto no art. 19-E, será pago diretamente pela previdência social, e o valor da contribuição previdenciária deverá ser deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 5º Na hipótese prevista no *caput*, o valor do salário-maternidade será de um salário-mínimo. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

à convocação. A redação em comento não é suficiente para dirimir todas as dúvidas que surgem dessa convocação anuída, mas não efetivamente cumprida.

Veja-se: o empregado é convocado para trabalhar durante cinco dias, oito horas por dia. Ele aceita e no primeiro dia da prestação de serviço não comparece, faltando com o empregador, que precisava daquela mão de obra extra. No dia seguinte, o empregado aparece para trabalhar.

Questiona-se se: (i) o empregador pode punir o empregado que não compareceu no dia anterior?; (ii) a multa de 50% já seria punição suficiente para o empregado faltoso?; (iii) a multa se dá pelo período todo de convocação ou só pelo dia de ausência?; (iv) o empregador pode impedir que o empregado trabalhe no resto do período de convocação quando ele tenha faltado em seu início?; (v) como pode se dar a compensação prevista no referido artigo?

São inúmeras perguntas não respondidas. De qualquer sorte, acredita-se que a punição seja plenamente possível no contrato de trabalho do intermitente.

Se o empregador aceitar que o empregado compareça nos outros dias de contratação, a punição e a multa referir-se-ão apenas ao dia faltoso e não pelo período completo da convocação.

Porém, o empregador terá, sim, o direito de não aceitar que o empregado trabalhe nos dias restantes, já que a falta enseja a necessidade de arquitetar nova organização de seu pessoal. Em outras palavras, o empregado que não comparece a despeito de sua aquiescência gera a expectativa de não comparecimento também nos dias subsequentes.

O que não seria aceitável seria, por exemplo, o empregador aceitar que o empregado labore nos outros dias, o cobrando de multa o percentual calculado também sobre o período trabalhado.

Além disso, a possibilidade de compensação prevista na legislação trabalhista, a ocorrer dentro do período de trinta dias, é extremamente contraditória. A lei parece indicar que o empregador possa descontar da remuneração tal multa, mesmo sendo verba de caráter alimentício, intangível e inviolável.

Noutro giro, ao estabelecer prazo de trinta dias para a realização de eventual compensação, poderá o empregado, por sua vez, recusar o trabalho dos próximos trinta dias, o que certamente inviabilizará a efetivação da cobrança da multa pelo empregador.

Muitos questionamentos são realizados em suposições hipotéticas, mas, na prática, diante de um mercado de trabalho restrito, o empregado que aceita a convocação, normalmente cumpre com seu acordo. Além disso, o empregado que falta depois de seu aceite, muito provavelmente, não será mais chamado por aquele empregador para trabalhar.

5.5. (Im)Possibilidade da participação do intermitente na CIPA

Em relação à possibilidade de participação do trabalhador intermitente na CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), não há previsão nem na Portaria n. 349, que regulamenta aspectos da Reforma Trabalhista, inclusive dos intermitentes, nem na Norma Regulamentadora n.5, que trata sobre a CIPA, ambas do Ministério do Trabalho.

A vedação por parte do empregador de candidatura de empregado intermitente pode configurar discriminação, razão pela qual não é recomendável tal prática. O trabalhador intermitente labora no mesmo local de trabalho que os contratados de forma padrão, sob as mesmas condições ambientais, razão pela qual não há qualquer impedimento sobre sua participação na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

Contudo, o trabalhador intermitente não tem obrigação de comparecer à empresa sempre que convocado. Pelo contrário, ele aceita ou não se prestará serviços durante o período em que for convidado ao trabalho, sem que eventual negativa configure insubordinação.

Com isso, o empregador, com fins de garantir a participação efetiva do trabalhador intermitente que se candidate à CIPA nas reuniões ordinárias mensais, deve instituir aviso indicando a necessidade de comparecimento de tais encontros por parte dos empregados, não podendo eles recusarem idas às reuniões, como podem fazer na execução do contrato de trabalho. Recomenda-se que no aviso, por exemplo, se estipule que ausência injustificada a duas reuniões seguidas, não sendo considerada justificativa a ausência em virtude de prestação de serviços a outro empregador, acarretaria a perda do cargo.

Por fim, eleito o empregado intermitente, certamente deverá haver remuneração pelos dias de comparecimento às reuniões.

5.6. (Im)Possibilidade de contratação e convocação de mão de obra intermitente em períodos de greve

A Constituição Federal, no artigo 9^o¹⁶ em consonância com o artigo 7^o, parágrafo único da Lei n. 7.783/1989¹⁷ impede a substituição dos empregados grevistas, a fim de evitar o esvaziamento do exercício do direito de greve.

16 Constituição Federal, Art. 9^o. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1^o A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2^o Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

17 Lei n. 7.783/1989, Artigo 7^o. Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Como o contrato intermitente tem como essência a convocação em tempos de maior demanda, evidente que o movimento de greve que diminua o número de funcionários efetivamente trabalhando, acarretaria necessidade maior de outros empregados. Contudo, não é possível a contratação, nem mesmo na modalidade intermitente, de novos empregados para supressão de grevistas, já que tal prática tornaria a greve inócua, neutralizando os seus efeitos a serem sentidos pelo empregador.

Em relação à convocação dos empregados intermitentes já anteriormente contratados, deve-se avaliar a frequência em que eles normalmente seriam convocados, ou seja, antes da greve. Se o intermitente já era convocado, em média, para o trabalho uma vez por semana, por exemplo, não parece haver qualquer impeditivo para que essa prática se mantenha, ainda que em tempos de greve. Porém, não será permitida a convocação sob condições diferentes das normalmente realizadas, com evidente intuito de substituir a mão de obra grevista, prática vedada por lei¹⁸.

6. Considerações finais

O contrato de trabalho intermitente nasceu na realidade brasileira muito antes de ser registrado pela Lei n.17.467/17. A necessidade de mão de obra mais robusta em determinados horários e dias, principalmente em estabelecimentos que apresentam interregnos ou ciclos de pico de clientes, como restaurantes e lanchonetes, culminou na tentativa de adoção do *zero-hour contract*, já internacionalmente aplicado, principalmente em países de *common law*.

A resistência nacional da doutrina e jurisprudência deixou tal modalidade de contratação sem possibilidade de aplicação até o advento da Reforma Trabalhista que trouxe ao ordenamento jurídico específica previsão.

Em meio a um cenário ainda instável, encontra-se muita reticência por parte dos tribunais trabalhistas na adoção de tal regime.

O Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, por exemplo, em 2018, considerou nulo um contrato intermitente de um trabalhador do Magazine Luiza. Essa foi a primeira decisão em segunda instância contra o trabalho intermitente no país, tendo o colegiado condenado a empresa a pagar as diferenças salariais e verbas rescisórias como se o empregado fosse um trabalhador com contrato CLT regular.

No voto, o relator, desembargador José Eduardo Chaves Júnior entendeu que o trabalho em regime intermitente apesar de lícito, de acordo com a nova

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

18 L. FERNANDEZ, R. PAMPLONA FILHO, *Trabalho intermitente*, Juruá, Curitiba, 2020, p. 167.

legislação, deveria ser feito somente em caráter excepcional, para atender demanda intermitente em pequenas empresas¹⁹.

A realidade é que a referida decisão foi além do preconizado pela lei. Não há qualquer impeditivo para que uma empresa, por exemplo, só tenha trabalhadores intermitentes contratados. Não é sequer difícil tal suposição: uma empresa que organize eventos, por exemplo, trabalha diuturnamente de acordo com a demanda. Não há, portanto, necessidade de se manter trabalhadores contratados em regime de tempo padrão em épocas em que não haja organização de qualquer evento.

Diante de tantas lacunas legislativas, regulamentadoras e jurisprudenciais, é comum que o empresário brasileiro ainda evite a contratação em tal modalidade.

Com isso, o contrato de trabalho intermitente, que buscou aumentar o número de contratações formalizadas, da forma como regulado no Brasil ainda não cumpriu seu objetivo, gerando muitas dúvidas para o setor empresarial.

Necessário, portanto, que as questões tratadas neste artigo sejam melhor esmiuçadas através de regulamentação legal ou contrato mais aderente entre as partes, para que, neutralizado o cenário de insegurança jurídica, o contrato de trabalho intermitente ganhe mais forma e força no cenário brasileiro, gerando mais oportunidades no mercado de trabalho.

19 “Sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. Não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa. No caso, como se trata de uma companhia aberta de capital autorizado, cujo objeto social inclui o comércio varejista e atacadista, em geral”, disse TRT/MG 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS).

Contrato de aprendizagem

Luciano Dorea Martinez Carreiro

SUMARIO: 1. Introdução: a aprendizagem e a inter-relação entre as estruturas mentais e o meio ambiente. Os primeiros momentos na legislação brasileira. – 2. A natureza jurídica do contrato de aprendizagem e a sua distinção do contrato de estágio. – 3. Requisitos de validade do contrato de aprendizagem. – 3.1 Quanto ao agente. – 3.2 Quanto ao objeto contratual. – 3.3 Quanto à forma. – 4. A obrigatoriedade de contratação de aprendizes. – 5. Direitos mínimos dos aprendizes. – 5.1 Quanto à duração do vínculo. – 5.2 Quanto à duração do trabalho. – 5.3 Quanto à remuneração mínima. – 5.4. Alíquota do FGTS e a sua discutível constitucionalidade. – 5.5 Férias, vale-transporte, disposições constantes de normas coletivas e benefícios do teletrabalho. – 6. Convolação do contrato: os aprendizes podem ser tornados contratados por tempo indeterminado? – 7. Cessação do contrato de aprendizagem. – 7.1 Fórmulas de cessação do contrato. – 7.2 Inexistência de resilição por iniciativa patronal. – 8. Como ocorre a aprendizagem no setor público? – 9. Conclusão.

1. Introdução: a aprendizagem e a inter-relação entre as estruturas mentais e o meio ambiente. Os primeiros momentos na legislação brasileira

A aprendizagem é um processo de aquisição de informações, conhecimentos, habilidades, atitudes e valores angariados a partir do estudo ou da experiência interativa entre estruturas mentais e o meio ambiente. A aprendizagem, enquanto metodologia, é, em essência, uma reação a uma situação encontrada, que, contudo, não é explicada por tendências inatas ou pela maturação do próprio indivíduo¹.

Apesar da dificuldade do oferecimento de uma definição única e invariável para a aprendizagem, haja vista o seu caráter multifatorial, ela, de uma forma geral, tem sido assimilada como uma consequência da prática realizada, como um evento produtor de mudanças duradouras e transferíveis para outras situações de vida².

1 E. HILGARD, *Teorias da Aprendizagem*, E.P.U., São Paulo, 1973, 5ª ed., p. 3.

2 J. POZO, *Aprendizes e Mestres: a nova cultura da aprendizagem*, Artmed, Porto Alegre, 2002, p. 60.

A responsabilidade por essa aprendizagem, porém, sempre se revelou difusa. Muitos se arvoraram à condição de mestres dos infantes em diversas estruturas sociais, desde as famílias, nas quais os pais sempre foram os primeiros e naturais orientadores, até as instituições comunitárias e religiosas. As Escolas, contudo, emergiram como os mais importantes vetores de uma aprendizagem atribuída como política pública de qualificação de cidadãos.

Exatamente por isso se tornou comum durante o período do Império do Brasil a criação, mediante Decretos, de diversas Companhias de Aprendizizes Artífices, notadamente no âmbito militar, com a missão de envolver o jovem aprendiz na vida social.

Mesmo com a mudança do sistema de governo, a Constituição republicana de 1891 chegou a relacioná-los com a atividade militar e a referenciá-los como força concorrente do Exército federal. O § 4º do art. 87 do citado diploma constitucional dispunha no sentido de que concorriam para o pessoal da Armada a Escola Naval, as de Aprendizizes de Marinheiros e a Marinha Mercante mediante sorteio.

Nos albores do século XX, a questão social tornava-se a cada instante mais saliente no Brasil. A aprendizagem, então, surgia como alternativa contra a desigualdade social, pois não somente visava à outorga do preparo inicial necessário à realização de um ofício ou profissão. O Estado via a aprendizagem também como uma forma de afastar a juventude do risco de sucumbir à criminalidade, e isso era muito visível no texto do Decreto n. 7.566, de 23 de setembro de 1909, que criou, nas capitais dos Estados da República, Escolas de Aprendizizes Artífices, para o ensino profissional primário e gratuito.

Em sua introdução, o referido Decreto presidencial afirmava: “o aumento constante da população das cidades exige que se facilite às classes proletárias os meios de vencer as dificuldades sempre crescentes da luta pela existência”. Para isso, segundo o texto da época, era necessário “não só habilitar os filhos dos desfavorecidos da fortuna com o indispensável preparo técnico e profissional, como fazê-los adquirir hábitos de trabalho profícuo que os afastará da ociosidade ignorante, escola do vício e do crime”. Essas escolas de aprendizes tinham, como se pode perceber, mais um cunho beneficente do que profissional. Predominava, assim, o viés caritativo, embora não se desprezasse, é claro, a introdução dos jovens no universo do conhecimento assistido.³

A aprendizagem esteve claramente relacionada a uma política de assistência e proteção de menores a partir do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, o primeiro Código de Menores do país. Ali, no §3º do art. 211, há referência no sentido de que a educação profissional consistiria na aprendizagem de

3 E. G. DE SOUZA, *Relação trabalho-educação e questão social no Brasil: uma leitura do pensamento pedagógico da Confederação Nacional da Indústria - CNI (1930-2000)*. 2012. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação.

uma arte ou de um ofício, adequado à idade, força e capacidade dos menores e às condições do estabelecimento.

Entretanto, com a emersão da política econômica do governo de Getúlio Vargas, que estava centrada em alavancagem industrial, dirigismo estatal e aproximação com o capital estrangeiro⁴, a aprendizagem passou a ter um papel ainda mais importante para o alcance dos objetivos de desenvolvimentismo. A aprendizagem passou a ser, assim, um verdadeiro instrumento de formação para o crescimento econômico do país⁵.

O Estado assumiu, então, uma atuação dirigente e, por meio dela, explicitou no texto do art. 129 da Constituição de 1937 que seria «dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais».

No mesmo art. 129 do mesmo diploma constitucional afirmou-se, de forma categórica, ser «dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados». Ao fim afirmou-se que lei regularia o cumprimento desse dever e a dimensão dos poderes do Estado sobre essas escolas, inclusive os auxílios, facilidades e subsídios que por meio dele seriam concedidos.

A aprendizagem mantinha, entretanto, como antedito, um propósito de reduzir os problemas sociais que cresciam no país. O texto do multicitado art. 129 da Constituição de 1937 revelava esse objetivo ao dispor que “o ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado”.

Houve a partir daí um sensível desenvolvimento da temática com a criação de diversas Escolas Técnicas e Serviços Nacionais de Aprendizagem, com destaque para o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI), criado pelo Decreto-Lei n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942.

O ápice legislativo daquele instante ocorreu com a inserção da aprendizagem no corpo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante a publicação do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943.

Em seu texto original, a CLT passou a impor, em nome da função social das empresas, o dever de contratar aprendizes.

O art. 429 do referido consolidado normativo previa, desde a sua redação primária, que os estabelecimentos industriais de qualquer natureza, inclusive de

4 P.P. ZAHILUTH BASTOS, *A construção do nacionalismo econômico de Vargas*, em P.P. ZAHILUTH BASTOS, P.C. DUTRA FONSECA (org.), *A Era Vargas: Desenvolvimentismo, economia e sociedade*, Editora UNESP, São Paulo, 2012.

5 S. SILBER, *Análise da política econômica e do comportamento da economia brasileira durante o período 1929-1939*, em F. R. VERSIANI, J.R. MENDONÇA DE BARROS (org.), *Formação econômica do Brasil. A experiência da industrialização*, Saraiva, São Paulo, 1978.

transportes, comunicações e pesca, estariam obrigados – como aliás ainda se encontram constrictos – a empregar e a matricular nos cursos profissionalizantes.

Estabeleceu-se, assim, uma imposição de contratação, vale dizer, uma interferência na própria vontade de contratar, de modo que as empresas – salvo aquelas expressamente excluídas desse dever, nos termos da lei – não pudessem se recusar a cumprir a determinação normativa de contratação de aprendizes, observada, é claro, a impessoalidade do ato.

A Constituição brasileira de 1937 manteve a lógica da imposição de aprendizagem, dispondo, em seu artigo 168, IV, no sentido de que as empresas industriais e comerciais estariam «obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores». O mesmo tratamento foi constatado na Constituições de 1967 (art. 170).

A Constituição de 1988, embora não fizesse referência à obrigação da aprendizagem, referiu a “condição de aprendiz” no seu art. 7º, XXXIII, remetendo para a legislação infraconstitucional o tratamento da temática. Determinou-se, porém, no art. 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a clara intenção de levar aprendizagem para o meio rural, a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC).

2. A natureza jurídica do contrato de aprendizagem e a sua distinção do contrato de estágio

O Decreto n. 31.546, de 6 de outubro de 1952, que dispôs sobre o conceito de aprendiz, já deixava claro que o contrato de aprendizagem seria um contrato de emprego especial e que essa especialidade decorria da interpenetração das condições de empregado e de aprendiz⁶.

O texto era claro nesse sentido ao dispor, literalmente: «considera-se de aprendizagem o contrato individual de trabalho realizado entre um empregador e um trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos, pelo qual, além das características mencionadas no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aquele se obriga a submeter o empregado à formação profissional metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi admitido e o menor assume o compromisso de seguir o respectivo regime de aprendizagem».

Esse entendimento foi reiterado no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - ao dispor, no seu art. 65, que ao adolescente aprendiz, maior de quatorze anos, estariam «assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários».

6 Nesse sentido, P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Paris, 1950, t. II, p. 344.57.

A regulamentação dada a essa disposição (contida no ora revogado Decreto 5.598/2005), reiterou a lógica segundo a qual o contrato de aprendizagem é um “contrato de trabalho especial”⁷ (v. art. 3), assim se mantendo no Decreto 9.579/2018 que revogou o Decreto 5.598/2005 e atualizou matéria (v. art. 45).

No ordenamento jurídico brasileiro o contrato de aprendizagem é, portanto, um contrato de emprego especial, ajustado por escrito e por tempo determinado⁸, por meio do qual o empregador oferece não apenas o trabalho como meio de sustentação pessoal e familiar ao aprendiz, mas principalmente o acesso a uma formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico. É, portanto, um negócio jurídico com corpo de emprego e alma de estágio.

Registre-se, porque importante, que a “ideia de aprendizagem” pode estar contida em âmbitos bem distintos, tanto no campo do trabalho quanto das atividades em sentido estrito⁹.

Observe-se, nessa perspectiva, que a noção de aprendizagem, em sentido amplo, aparece nas relações de trabalho tanto para designar treinamento (etapa de assimilação de conhecimentos exigíveis de um empregado recém-contratado ou de alguém que muda de função) quanto para dizer respeito ao ora estudado contrato especial. No campo das atividades em sentido estrito, a palavra “aprendizagem” pode ser aplicada no contrato de estágio, no exercício de tarefas realizadas por menores nas oficinas de seus responsáveis legais ou ainda no desenvolvimento dos atores, cantores e modelos mirins.

O contrato de estágio, entretanto, não se confunde com o contrato de aprendizagem.

O contrato de aprendizagem é um negócio jurídico de emprego que, circunstancialmente, mescla as exigências próprias de um contrato de emprego com as responsabilidades inerentes às atividades de estudo. Há aqui «a combinação de objetivos educacionais e profissionalizantes com os trabalhistas que igualmente lhe são próprios»¹⁰.

O estágio, por sua vez, como se vê no art. 1º da Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008, é não mais do que um “ato educativo escolar supervisionado” que é desenvolvido em ambiente de trabalho, mas que não é efetivamente um trabalho. Ao contrário daquilo que se visa com o trabalho – que é o sustento pessoal e, se for o caso, familiar do indivíduo – com o estágio visa-se ao “aprendizado

7 Trata-se de um “contrato especial de emprego”, como um todo, e não apenas de uma destacada “cláusula de aprendizagem” contida dentro do contrato de emprego como por alguns propugnado, a exemplo de H. GUEIROS BERNARDES, *Cláusula de aprendizagem nos contratos de trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1969.

8 Ver o conteúdo do § 3º do art. 428 da CLT.

9 Para saber mais sobre “atividade em sentido estrito”, consulte-se L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, São Paulo, 2022, 13ª ed., p. 153 ss.

10 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2019, 18ª ed., p. 688-689.

de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular” (v. § 2º do diploma legal referido).

3. Requisitos de validade do contrato de aprendizagem

O contrato de aprendizagem, no ordenamento jurídico brasileiro, está submetido a alguns requisitos, sem a observância dos quais não se pode afirmar válida essa contratação especial. Ausente algum deles, surgirá em seu lugar um ajuste comum, um contrato de emprego ordinário e, por decorrência, um conjunto de consequências de caráter trabalhista, cível e criminal contra o empregador infrator.

Essa tem sido a solução frequentemente adotada perante o Judiciário brasileiro. Observe-se, entretanto, que, sob o ponto de vista da fiscalização do trabalho, não há transformação automática do contrato especial de aprendizagem em contrato de emprego comum. Isso depende de ato judicial. Os auditores fiscais do trabalho, em caso de irregularidade na contratação, apenas aplicam multas, na forma prevista no art. 434 da CLT.

A validade do negócio jurídico intitulado “contrato de aprendizagem” possui os seguintes requisitos:

3.1. Quanto ao agente

O aprendiz deve ter os limites etários previstos nos §§ 3º e 5º do art. 428 da CLT. Destaque-se que o limite etário máximo não se aplica a aprendizes com deficiência, haja vista o conteúdo dos §§ 5º e 8º do art. 428 da CLT.

Averbe-se ser anacrônica a expressão “menor aprendiz”, cunhada na época em que a aprendizagem era um contrato unicamente destinado àqueles que tivessem idade entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos. Desde a edição da Lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que modificou a redação do caput do art. 428 da CLT, o contrato de aprendizagem passou a ter por sujeito trabalhadores-aprendizes maiores de 14 (quatorze) e, salvo quanto aos deficientes, menores de 24 (vinte e quatro) anos de idade¹¹.

3.2. Quanto ao objeto contratual

O contrato de aprendizagem visa, obviamente, à aprendizagem. Se assim for, o contratado deve estar necessariamente inscrito em programa de aprendizagem de formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

11 Nos termos do art. 11 da Lei n. 11.129, de 30 de junho de 2005, que instituiu o Programa Nacional de Inclusão de Jovens — PROJOVEM —, e do art. 2º da Lei n. 11.692, de 10 de junho de 2008, a juventude envolve uma faixa etária entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos.

Nesse ponto, o § 1º do art. 428 da CLT é extremamente claro. Observe-se que o contrato de aprendizagem somente impõe a matrícula e frequência à escola do aprendiz que não haja, ainda, concluído o ensino médio (2º grau de estudos). Para aqueles que já cumpriram tal etapa escolar, exige-se apenas a inscrição em programa de aprendizagem.

Anote-se, entretanto, que, nos moldes do § 7º do art. 428 da CLT, nas localidades onde não houver oferta de ensino médio, a contratação do aprendiz poderá ocorrer sem a frequência à escola, desde que ele já tenha concluído ao menos o ensino fundamental.

Observe-se, ainda, que a norma em exame não aceita um programa de aprendizagem qualquer, porque tal projeto deve ser desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

Entre essas entidades, a lei (artigos 429 e 430 da CLT) indica os Serviços Nacionais de Aprendizagem (SENAI, SENAC, SENAR, SENAT E SESCOOP), as Escolas Técnicas de Educação, as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ou ainda as entidades de prática desportiva das diversas modalidades filiadas ao Sistema Nacional do Desporto e aos Sistemas de Desporto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essas entidades deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados.

Pode-se, ainda, indagar: enfim, que é “formação técnico-profissional”?

A própria lei esclarece o alcance do objeto quando, no § 4º do art. 428 da CLT, sustenta que a formação técnico-profissional se caracteriza por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho. Aliás, aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido, na forma do § 2º do art. 430 da CLT, certificado de qualificação profissional. É, portanto, simultaneamente um contrato de emprego e um curso de qualificação profissional.

Registre-se, ainda, que a lei estabeleceu um prazo máximo para o cumprimento dessa “formação técnico-profissional” e o fixou na base de dois anos, salvo para as pessoas com deficiência que não estão submetidos a este limite temporal. Diante disso, o negócio jurídico de aprendizagem ingressou no rol dos contratos por tempo determinado, uma vez que esse lapso é, por razoabilidade, entendido como suficiente para o atendimento dos propósitos contratuais. Há, entretanto, contratos de aprendizagem de duração inferior a tempo máximo previsto em lei.

No tocante aos aprendizes com deficiência, não se pode esquecer que, nos termos da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, a comprovação da sua

escolaridade deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

Encerra-se esse item com a anotação referente à impossibilidade jurídica de contratação para aprendizagem no ambiente das relações domésticas. Não há falar-se, ao menos sob a égide das normas jurídicas ora vigentes no Brasil, em aprendiz doméstico, pois as atividades desenvolvidas nos ambientes dos lares não demandam, por invidência normativa, a referida “formação técnico-profissional” em programas de aprendizagem. Ademais, não fosse apenas isso, como se vê no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar n. 150, de 2015, “é vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção no 182, de 1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto no 6.481, de 12 de junho de 2008”. O trabalho doméstico – rememore-se – está entre as piores formas de trabalho infantil.

3.3. Quanto à forma

O contrato de aprendizagem é impositivamente ajustado por escrito (vide o caput do art. 428 da CLT), e, além disso, “pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social” (CTPS), conforme § 1º do art. 428 da CLT. Essas formalidades obrigatórias fazem supor que toda vez que o ajuste for promovido de modo verbal ou, ainda, toda vez que caracterizada a omissão de anotação na CTPS, surgirá a possibilidade jurídica de postulação judicial de convalidação da modalidade especial para a comum. Note-se que não desaparecerá o contrato de emprego, mas, sim, a forma especial de contratar para fins de aprendizagem.

A forma escrita é aqui exigível por ser uma solenidade do ato jurídico complexo (*ad solemnitatem*), e não apenas por conta da facilitação da prova (*ad probationem*). Relembre-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 107 do Código Civil, «a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir». E, nesse caso, a lei expressamente exige a forma especial escrita.

4. A obrigatoriedade de contratação de aprendizes

Em princípio, todos os empresários, de qualquer natureza, são obrigados a empregar e a matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento), no mínimo, e a 15% (quinze por cento), no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. Essa regra comporta exceções, como se verá mais adiante.

Registre-se que, para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO),

elaborada pelo Ministério do Trabalho e Previdência. Não entram, entretanto, nesse cálculo as funções que exigem formação de nível superior, técnico e os cargos de confiança.

Exemplificando: uma empresa gráfica, por ter vários postos de serviço que demandam formação profissional, está, a princípio, obrigada a contratar aprendizes. Se a gráfica possuir 100 (cem) empregados comuns, deverá contratar um número que variará de cinco a quinze aprendizes.

Anote-se, ademais, que há duas importantes exceções à regra da obrigatoriedade de contratação de aprendizes:

Primeira exceção:

As microempresas e as empresas de pequeno porte, na forma do art. 51, III, da Lei Complementar n. 123/2006, são dispensadas de contratar aprendizes. Registre-se que o mencionado dispositivo legal é ambíguo e, ao contrário daquele inserido na revogada Lei n. 9.841/99, sugere, por péssima redação, que as microempresas e as empresas de pequeno porte estariam dispensadas de empregar “seus aprendizes” e de matriculá-los nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem. Perceba-se:

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas: [...] III — de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;

O acertado seria dizer, apenas, que as microempresas e as empresas de pequeno porte estariam dispensadas do cumprimento da obrigação prevista no art. 429 da CLT. Seria o suficiente. Ao afirmar que as referidas empresas estão dispensadas de empregar e matricular *seus* (destaque-se o pronome possessivo) aprendizes nos cursos dos serviços de aprendizagem, produz-se uma ideia equivocada no sentido de que as microempresas e as empresas de pequeno porte podem ter aprendizes sem a observância do procedimento legal às demais empresas aplicáveis.

Para concluir essa primeira exceção, é relevante salientar que, a despeito da sua redação truncada, o art. 51, III, da Lei Complementar n. 123, de 2016, dispensou mesmo as microempresas e empresas de pequeno porte da obrigação de contratar aprendizes. Isso é confirmado pelo art. 3º, I, da Instrução Normativa n. 146, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, de 25 de julho de 2018.

Segunda exceção:

Os limites expendidos (o mínimo e o máximo) não se aplicam quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional. Assim, essas entidades tanto podem não contratar aprendizes quanto, caso queiram contratar, podem extrapolar o limite de 15% (quinze por cento) do número de trabalhadores existentes em cada estabelecimento. Essa é a interpretação que se apreende a partir do texto constante do § 1º-A do art. 429 da CLT, segundo o qual «o limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador

for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional».

Pode-se até questionar a circunstância de o dispositivo referir a palavra “o limite”, no singular, e não “os limites”, no plural. A restrição a um dos limites (mínimo ou máximo), contudo, criaria novo problema interpretativo. Afinal, qual teria sido o limite considerado como inaplicado pelo legislador? A solução que se mostra mais consentânea com os propósitos do instituto, diante da imprecisão legislativa, é aquela segundo a qual não se aplicaria o conjunto de limites à situação sob análise.

Como um ponto de destacada singularidade, chame-se a atenção para o fato de que, nos moldes do art. 431 da CLT, a contratação do aprendiz poderá ser efetivada pela empresa onde se realizará a aprendizagem (por exemplo, pelo SENAC ou pelo SENAI), pelas entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ou ainda, nos termos da Lei n. 13.420, de 13 de março de 2017, pelas entidades de prática desportiva das diversas modalidades filiadas ao Sistema Nacional do Desporto e aos Sistemas de Desporto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem que se gere vínculo de emprego com as citadas tomadoras. Assim, a título ilustrativo, se o restaurante-escola do próprio SENAC resolve contratar os próprios aprendizes durante o processo de formação, não se falará nesse caso em criação de vínculo de emprego com o próprio restaurante-escola, podendo se dizer o mesmo das demais entidades promotoras da aprendizagem.

É importante anotar, por outro lado, que, nos termos da Lei n. 13.840/2019, que inseriu o § 3º no art. 429 da CLT, os estabelecimentos obrigados a empregar e matricular aprendizes poderão ofertar vagas aos adolescentes usuários do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — SISNAD nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os estabelecimentos e os gestores locais responsáveis pela prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Perceba-se, por outro lado, que os entes públicos não estão obrigados a contratar aprendizes, haja vista as particularidades do regime jurídico de direito público que os disciplina. Pelo princípio da estrita legalidade, os entes federativos somente estarão obrigados àquilo que a lei expressamente lhes determinar.

A “obrigatoriedade de contratar” no âmbito privado, ora discutida neste tópico, apesar de constituir forte interferência na autonomia da vontade, deve ser interpretada à luz do princípio constitucional da impessoalidade. O que se determina é, em verdade, a contratação de aprendizes, quaisquer que sejam, e não de pessoas especificadas e singularmente consideradas.

O dispositivo constante do art. 429 da CLT funda-se, portanto, no valor social do trabalho e nas oportunidades que ele (o trabalho) pode trazer para o desenvolvimento e a formação do cidadão. Exatamente por isso, existe limitação

do tempo de duração dos contratos de aprendizagem para que se permita a todos aqueles que desejem essa experiência formativa técnico-metódica a chance de acedê-la.

Finalizando o tópico, anota-se que as medidas de proteção legal de crianças e adolescentes (artigo 611-B, XXIV, da CLT) não podem ser objeto de negociação coletiva, o que inclui as cotas de aprendizagem. Esse, aliás, foi o entendimento da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, contido na Ação Anulatória de Convenção Coletiva tombada sob o número AACC-1000639-49.2018.5.00.0000, datada de novembro de 2020.

5. Direitos mínimos dos aprendizes

Os aprendizes, como autênticos empregados, têm, em princípio, os mesmos direitos devidos a qualquer empregado ordinário, havendo, porém, algumas particularidades e exceções que merecem destaque e reflexão.

Obviamente, não se pode excluir desse tipo contratual, em nenhuma situação, o direito de obter a formação profissional metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi admitido. Esse é o chamado direito essencial. Outros direitos, provenientes do tipo especial de contrato de emprego, são consectários lógicos de sua condição de trabalhador, observadas as particularidades que dizem respeito a integração labor-aprendizado. Vejam-se:

5.1. Quanto à duração do vínculo

O contrato de aprendizagem é por tempo determinado e tem dimensão de tempo compatível com a necessidade de consecução da formação técnico-profissional. A extrapolação do limite temporal previsto em lei justificaria uma pretensão patronal de utilizar o instituto da aprendizagem de modo desvirtuado. Findo o prazo de aprendizagem (ou muitas vezes antes disso, como se verá em tópico seguinte), ele deixará essa qualidade, recebendo ou não, a depender de seu desempenho, o certificado de qualificação profissional. Perceba-se que, nos moldes do § 2º do art. 430 da CLT, apenas “aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido certificado de qualificação profissional” (destaques não constantes do original).

5.2. Quanto à duração do trabalho

Nos termos do art. 432 da CLT, a duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de horários. Atente-se para o fato de que a carga semanal do aprendiz, inferior a vinte e cinco horas, não caracteriza o trabalho em tempo parcial de que trata o art. 58-A da CLT (ver § 2º do art. 60 do Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018). O limite de seis horas poderá ser estendido até oito horas diárias nos termos do § 3º do art. 432 da CLT.

5.3. Quanto à remuneração mínima

Garante-se ao aprendiz, nos termos do § 2º do art. 428 da CLT, salvo condição mais favorável, o salário-mínimo-hora. Entende-se, aliás, por condição mais favorável aquela fixada no contrato de aprendizagem ou prevista em convenção ou acordo coletivo de trabalho, em que se especifique o salário mais favorável ao aprendiz, bem como o piso regional de que trata a Lei Complementar n. 103, de 14 de julho de 2000. O direito a um padrão mínimo de retribuição foi resultante de uma alteração imposta apenas pela Lei n. 10.097, de 19-12-2000.

Antes dela, apesar de a Constituição de 1988 ter banido a retribuição salarial inferior ao mínimo legal, vicejava o absurdo entendimento contido no texto do art. 80 da CLT. Nos termos desse dispositivo, revogado pela citada Lei n. 10.097/2000, ao aprendiz era pago salário nunca inferior a meio salário-mínimo durante a primeira metade da duração máxima prevista para o aprendiz do respectivo ofício e, na segunda metade, pelo menos, dois terços do mesmo referencial.

5.4. Alíquota do FGTS e a sua discutível constitucionalidade

Em conformidade com o disposto no § 7º do art. 15 da Lei n. 8.036/90 (acrescentado pela Lei n. 10.097, de 19-12-2000), nos contratos de aprendizagem o recolhimento ao FGTS é feito mediante a alíquota de 2% (dois por cento) sobre a remuneração paga ou devida, no mês anterior.

Antes da edição dessa norma, os aprendizes eram destinatários de percentual de recolhimento ao FGTS em base idêntica àquela oferecida aos demais trabalhadores, ou seja, 8% (oito por cento) sobre a remuneração paga ou devida, no mês anterior. Teria, então, acontecido uma retrocessão social? A resposta parece evidentemente positiva, porque nada justifica a redução de percentual, circunstância que favorece a ideia não apenas da mencionada retrocessão, mas também de violação ao princípio constitucional da igualdade.

5.5. Férias, vale-transporte, disposições constantes de normas coletivas e benefícios do teletrabalho

As férias do aprendiz, nos termos contidos no art. 68 do Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018, devem coincidir, preferencialmente, com as férias escolares, sendo vedado ao empregador fixar período diverso daquele definido no programa de aprendizagem. É também assegurado ao aprendiz o direito ao benefício da Lei n. 7.418, de 16-12-1985, que institui o vale-transporte. Nesse sentido, veja-se o art. 70 do ora referida Decreto.

O art. 69 do multicitado Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018 prevê, ainda, que as convenções e os acordos coletivos apenas estenderão suas cláusulas sociais ao aprendiz quando expressamente previsto e desde que não excluam ou reduzam o alcance dos dispositivos tutelares que lhes são aplicáveis.

A Lei n. 14.442/2022 garantiu um direito que dificilmente se poderia afastar dos aprendizes, o de lhes ser permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

6. Convolação do contrato: os aprendizes podem ser tornados contratados por tempo indeterminado?

O contrato de aprendizagem é extremamente especial, sendo isso visível na redação do caput do art. 428 da CLT. A aprendizagem no ambiente da empresa é uma manifestação clara da sua função social, seja pelo seu caráter obrigatório, seja pela particularidade de ser o aprendiz o único favorecido diante dessa política social.

O contrato dura, aliás, o tempo necessário à aquisição metódica dos conhecimentos profissionais, sem poder exceder, salvo no caso das pessoas com deficiência, os limites previstos nos §§ 3º e 5º do art. 428 da CLT. A limitação do tempo de duração dos contratos de aprendizagem visa à democratização do acesso da oportunidade de formação técnico-metódica de todos aqueles que pretendem dela desfrutar.

Os contratados para aprendizagem não se valem do princípio da continuidade em seu favor, uma vez que o exigível é não mais do que a formação prática no exercício de funções específicas. Se fosse possível firmar contratações por tempo indeterminado aos aprendizes, tal conduta inviabilizaria a chance de formação de outros tantos que a desejassem.

Imagine-se que certa empresa tivesse o monopólio de realização de uma atividade econômica ou o domínio único de uma importante técnica de produção. Pois bem. Se os aprendizes pudessem ser contratados por tempo indeterminado ou tornados contratados por tempo indeterminado, desapareceria a razão especial de formar muitos nas particulares técnicas produtivas dessa singular empresa.

Não há nos contratos de aprendizagem a possibilidade jurídica de extrapolação dos limites temporais para a convolação do que era vínculo de aprendizagem em vínculo de emprego ordinário. Suponha-se agora que um contrato de aprendizagem foi anotado na CTPS e que, perto de o referido ajuste terminar, o empregador note disponível uma vaga de emprego ordinário para oferecer para o aprendiz cujo ajuste de aprendizagem está para findar.

O que se fará?

Ele anotará na CTPS o final do ciclo de aprendizagem e, em seguida, promoverá nova anotação na CTPS do até então aprendiz, mas agora empregado. Duas anotações serão visíveis na sequência: uma correspondente ao contrato de aprendizagem; outra correspondente ao contrato de emprego ordinário. A prática trabalhista não revela conduta diferente desta. Não há – ou pelo menos não

deveria haver – quem mantenha em aberto a anotação de um contrato iniciado como de aprendizagem e dê continuidade executiva a ele como um contrato de emprego ordinário.

Revela ainda mais fortemente a impossibilidade de continuidade executiva a percepção de que o aprendiz pode encerrar a sua capacitação antes de completar 16 anos. Isso mesmo. Há aprendizagens que duram um ano e que envolvem aprendizes de 14 anos, os quais não poderiam, salvo mediante grave violação da ordem jurídica, ser inseridos no mercado de trabalho por falta de idade mínima para tanto.

E se a aprendiz ficar grávida? A gestação teria o condão de estender os limites temporais de um contrato de aprendizagem?

A resposta parece ser negativa diante do conjunto de particularidades aqui expendidas. No tocante a esta questão, é importante anotar que esse entendimento é o que predomina há algum tempo no âmbito da fiscalização do Ministério do Trabalho e Previdência. Nos termos da NOTA TÉCNICA N. 70/2013/DMSC/SIT (Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho), datada de 15 de março de 2013, não há falar-se em estabilidade capaz de dilatar o limite temporal do contrato de aprendizagem diante do seu caráter especial, que tem por objeto a formação profissional do aprendiz. Segundo o referido órgão ministerial, não se pode obrigar o empregador a firmar o que seria, na verdade, um novo contrato com regime jurídico diverso da aprendizagem e com objeto diverso (trabalho produtivo em vez de formação profissional).

A gravidez da empregada aprendiz, então, ao que parece, não gerará mais do que o efeito de impedir a rescisão patronal durante o período da gestação, desde que dentro dos limites temporais do contrato de aprendizagem. Aliás, nada de especial ou de melhor se oferecerá à aprendiz, pois, independentemente de estar ou não grávida, ela jamais poderá sofrer rescisão patronal por conta da própria natureza do contrato de aprendizagem, conforme se verá no tópico seguinte.

A despeito dos argumentos acima expendidos, o TST, em fevereiro de 2019, nos autos do processo tombado sob o número TST-RR-1000596-76.2017.5.02.0264, reconheceu estabilidade a aprendiz que engravidou nas proximidades do dia em que terminaria o seu contrato de aprendizagem. O acórdão não considerou as particularidades especiais dadas pela lei ao contrato de aprendizagem nem enfrentou as situações descritas neste tópico, mas, como haveria de ser naquele caso concreto, restringiu-se apenas a afirmar que «a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado» e que «o contrato de aprendizagem foi firmado por tempo determinado».

Em novembro de 2019, porém, o TST, produzindo uma verdadeira mudança em sua jurisprudência, firmou, com força vinculante, tese no Incidente de Assunção de Competência (IAC) – 5639-31.2013.5.12.0051, no sentido de

que «é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n. 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias». Ora, se se diz que é inaplicável a estabilidade diante de regimes de trabalho temporário, porque não há nenhuma expectativa de continuidade, o mesmo raciocínio há de ser construído – e até por mais fortes razões – em relação ao contrato de aprendizagem cujos contornos não excedem a pretensão de aquisição de formação.

Acrescente-se à discussão, a posição do STF sobre o assunto. Embora sob o ponto de vista transversal, a Alta Corte brasileira tratou sobre a questão e trouxe uma palavra de força acerca do assunto quando, em 10/10/2018, no Leading Case RE 629053, em que se discutia, à luz do art. 10, II, b, do ADCT, se o desconhecimento da gravidez da empregada pelo empregador afastaria, ou não, o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade provisória, estabeleceu-se tese segundo a qual «a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa». Assim, se a aprendiz gestante vê o seu contrato de emprego extinto pelo decurso do tempo ou pelo alcance dos seus propósitos contratuais, não poderá dizer-se dispensada, pois, nesse caso, há não mais do que a extinção do contrato, e não a dissolução do vínculo por conta de resilição patronal.

7. Cessação do contrato de aprendizagem

O contrato de aprendizagem, como qualquer contrato de emprego no ordenamento jurídico brasileiro, sujeita o empregador   observância das regras insertas no art. 477 da CLT. Nesse sentido, também   exigível o cumprimento do prazo para a formaliza o da termina o e para o conseqüente pagamento, a depender da fórmula geradora da cessa o contratual.

7.1 Fórmulas de cessa o do contrato

O contrato de aprendizagem, conforme disposto no art. 433 da CLT, extinguir-se-  no seu termo ou quando o aprendiz completar a idade máxima, nos termos do    3  e 5  do art. 428 da CLT. Os limites temporal e etário, entretanto, não se aplicam aos aprendizes com deficiência.

Há, ainda, a possibilidade de o contrato terminar antecipadamente, por conta de:

I – Desempenho insuficiente ou inadapt o do aprendiz, salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades. Cabe deixar registrado que a ressalva referente ao aprendiz com deficiência   uma justa previsão produzida pela Lei n. 13.146/2015. Não se pode, de fato, atribuir ao aprendiz deficiente a pecha do desempenho insuficiente ou da

- inadaptação quando o empregador não lhe atribua recursos de acessibilidade, tecnologias assistivas e, quando for o caso, apoio à execução de suas tarefas;
- II – Falta disciplinar grave, assim entendida qualquer uma das situações descritas no art. 482 da CLT ou em outros dispositivos legais esparsos que especificamente tenha criado situações de falta grave operária para a ruptura do vínculo;
- III – Ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo, caracterizada por meio de declaração da instituição de ensino. Anote-se que a perda do ano letivo por conceito (por notas baixas) não motiva a terminação do contrato de aprendizagem, mas apenas a perda do ano letivo por ausência, desde que injustificada, à escola. Essa situação autorizadora de resolução contratual somente se aplica, evidentemente, aos aprendizes que não tenham concluído o ensino médio (vide § 1º do art. 428 da CLT)¹²;
- IV – Pedido do aprendiz. Nesse particular, não se aplicará, por expressa vedação contida no § 2º do art. 433 da CLT, o disposto no art. 480 do mesmo diploma legal, vale dizer, o aprendiz demissionário jamais indenizará o seu empregador dos prejuízos resultantes dessa opção resilitória. Anote-se, ainda, que, sendo possível o pedido de demissão pelo aprendiz, há de aceitar, por coerência, a possibilidade de o contrato findar também por despedida indireta.

Destaque-se que, nos casos de extinção ou de dissolução do contrato de aprendizagem, o empregador deverá contratar novo aprendiz, sob pena de infração ao disposto no art. 429 da CLT.

7.2. Inexistência de rescisão por iniciativa patronal

É de registrar-se que, nos termos da lei, não há espaço para a manifestação de rescisão por iniciativa patronal. O empregador não poderá despedir o aprendiz sem motivação, ainda que o indenize para tanto, situação que equivale à estabilidade dentro dos limites temporais ajustados. Veja-se, inclusive, a vedação de aplicação do disposto nos artigos 479 e 480 da CLT, conforme o § 2º do art. 433 do mesmo texto consolidado.

8. Como ocorre a aprendizagem no setor público?

Por conta da importância da aprendizagem enquanto política pública, a CLT, desde o seu texto original, passou a impor, em nome da função social das empresas, o dever de contratar aprendizes. Estabeleceu-se, assim, como se viu,

12 § 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (Redação dada ao parágrafo pela Lei n. 11.788, de 25-9-2008, *DOU*, 26-9-2008. Destaques não constantes do original).

uma imposição de contratação, vale dizer, uma interferência na própria vontade de contratar, de modo que as empresas – salvo aquelas expressamente excluídas desse dever, nos termos da lei – não pudessem se recusar a cumprir a determinação normativa de contratação de aprendizes, observada, é claro, a impessoalidade do ato.

Mas e o setor público? Ele também está obrigado a contratar aprendizes?

Essa é uma pergunta de delicada execução no Brasil, haja vista as características das contratações no âmbito público submetidas às regras do concurso público. A despeito disso, o Decreto n. 11.061, de 04 de maio de 2022, apesar das críticas que recebeu, relativizou a estrita legalidade e previu, com todas as letras, que a contratação do aprendiz por empresas públicas e sociedades de economia mista poderia ocorrer (i) de forma direta, mediante processo seletivo por meio de edital; ou (ii) de forma indireta, mediante a intermediação de entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica.

A sistemática de contratação do aprendiz por órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional, porém, ainda não se proceduralizou. Conforme o parágrafo único do art. 58 do Decreto 9.579, de 2018, atualizado pelo Decreto 11.061, de 2022, observará regulamento específico, ainda não existente.

9. Conclusão

O contrato de aprendizagem foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro com uma dupla finalidade em seus momentos iniciais, pois visava tanto à outorga do preparo necessário à realização de um ofício ou profissão, quanto ao afastamento da juventude do risco de sucumbir à chamada “ociosidade ignorante”. Havia, portanto, um viés caritativo, embora não se desprezasse a introdução dos jovens no processo de vinculação do aprendizado teórico com a vida prática.

Essa perspectiva, entretanto, foi impulsionada pela alavancagem industrial proporcionada pelo dirigismo estatal havido, no Brasil, a partir de 1930. O desenvolvimentismo exigia a formação de cidadãos aptos a atuar nas mais diversas áreas da econômica, inicialmente na atividade industrial, mas, a partir da implantação nesse ramo, também nas atividades comerciais, urbanas ou rurais. Emergiu, assim, em nome da função social das empresas, a aprendizagem como um dever da iniciativa privada, sob a condução do Estado.

O contrato de aprendizagem era apresentado, então, à sociedade brasileira como um modelo flexível, que permitia a inter-relação entre as figuras do contrato de emprego, que visa ao sustento pessoal e familiar, e do pacto de ensino ou contrato de educação.

No ordenamento jurídico brasileiro o contrato de aprendizagem é um contrato de emprego especial, ajustado por escrito e por tempo determinado, por

meio do qual o empregador oferece não apenas a oportunidade de trabalho, mas, principalmente, o acesso a uma formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

Caso não sejam observadas as diversas particularidades e exigências normativas impostas pela legislação, o contrato de aprendizagem será desnaturado e, em seu lugar, surgirá uma forma contratual ordinária. Esse efeito nulificante, entretanto, não será o único a considerar, uma vez que o envolvimento do aprendiz em situação que não lhe proporcione aprendizagem, mas a mera exploração da sua força de trabalho, será motivo jurídico suficiente para que sejam produzidos, em seu favor, efeitos indenizantes, permitindo-lhe invocar judicialmente não apenas a invalidação do contrato de aprendizagem, mas, em especial, indenizações por violações ao seu patrimônio imaterial, haja vista os danos sofridos sobre a sua própria identidade de pessoa em desenvolvimento.

O descumprimento da lei de aprendizagem em escala transindividual implicará, além da aplicação de multas administrativas previstas no art. 434 da CLT, o possível enfrentamento pelo infrator de ações civis públicas, em regra aforadas por sindicatos e pelo Ministério Público do Trabalho, com o enfretamento de pretensões inibitórias e de pedidos de condenação do envolvido em indenizações por danos morais coletivos.

A obrigatoriedade de contratar aprendizes, por fim, tem uma proteção especial do sistema jurídico brasileiro, haja vista o envolvimento de crianças, adolescentes e jovens que, nos termos do art. 227 do texto constitucional brasileiro, tem absoluta prioridade. No âmbito infraconstitucional, aliás, vê-se vedação à sua restrição ou redução por negociação coletiva, conforme art. 611-B, XXIV, da CLT, uma vez que essa imposição contratual é, em essência, impulsionadora da progressividade social e das muitas oportunidades que o trabalho e a educação, de forma conjuntiva, podem trazer para o desenvolvimento socioeconômico e para a formação da cidadania.

Trabalho temporário e terceirizado¹

Thereza Christina Nabas

SUMARIO: 1. Notas introdutórias. – 2. Âmbito da Lei 6019/74. – 2.1. Da ADPF n. 324 e do RE 958252. – 3. Contrato de trabalho temporário. – 4. Contrato de trabalho terceirizado. – 5. Conclusões.

1. Notas introdutórias

Antes de traçar as características entre os contratos terceirizados e temporários, faz-se necessário determinar no espaço, o modo como o legislador tratou da matéria e suas implicações nas relações de trabalho.

Primeiro há que esclarecer que o Brasil não possui um Código do Trabalho, mas sim uma Consolidação de Leis (daqui em diante, por sua sigla, CLT) que regulam a relação de emprego subordinado aprovada em 1943 e cuidou de estabelecer dois tipos padrões de contratos de trabalho, quais sejam, a prazo determinado e indeterminado². Em 2017, sobreveio a grande reforma trabalhista que inseriu na redação do art. 443, CLT a prestação de serviços intermitentes mesclando vigência contratual com objeto do contrato³.

O contrato de trabalho é negócio jurídico e para que subsista deve preencher os requisitos de formação e validade os quais estão dispostos no Código Civil e que devem ser interpretados com as regras trabalhista respectivas aos contratos de trabalho. São eles, (1) agente capaz; (2) forma prescrita ou não defesa em lei; (3) objeto lícito, possível, determinado ou determinável. O contrato de trabalho é um instrumento no qual trabalhador e empregador assumem obrigações, direitos, deveres e ônus de forma verbal ou escrita para o fim de concretizar um objeto definido inerentes à relação de trabalho.

1 Este estudo contém semelhanças e coincidências com o capítulo nº5 (Terceirização e Trabalho Temporário) livro que publiquei em 2018 em co-autoria com os Professores Luciano Martinez, Leone Pereira e Raphael Miziara, *Leis Trabalhistas Comentadas*, publicado pela editora RT, São Paulo.

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

3 Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

Desde o momento da negociação preliminar até a sua extinção, os contratos são firmados e produzem efeitos diversos entre as partes contratantes que, na relação tradicional, verifica-se entre aquele que contrata, isto é, o dador do trabalho; e aquele que se subordina à relação e cede a sua força de trabalho, ou seja, o trabalhador.

Uma segunda observação importante é que o contrato de trabalho era, antes de 1943 regido pelo Código Civil de 1916 na modalidade de contrato de prestação de serviços e, a partir da regulamentação própria, coexistem no sistema nacional dois grandes tipos contratuais cujo objeto é o trabalho: (i) o subordinado, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho sujeito a tutela mais ampla e inflexível; (ii) o de prestação de serviços (modalidade de autônomo) regulado pelo Código Civil, com a preponderância do princípio da autonomia individual.

Como já afirmei,

«a CLT não define o que é o contrato de trabalho e a redação que traz no art. 442 é absolutamente incoerente, pois dispõe que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego. Há um grave erro de técnica, pois dizer que um contrato é uma relação jurídica é, no mínimo, redundante. Toda relação contratual gera um vínculo obrigacional que deriva de uma manifestação de encontro de vontades, ainda que esta relação não guarde igualdade entre as partes. O que dá nascimento ao ato é o contrato e não o acordo ou encontro de vontades. Portanto, o conceito trazido pelo legislador nada esclarece. Daí a necessidade de se utilizar os elementos caracterizadores do contrato subordinado dos arts. 2º e 3º da CLT para identificar quais são as características de uma relação de trabalho subordinado regida pela CLT»⁴.

Nas reformas que foram implementadas na CLT ao longo dos anos, especialmente a de 2017, o legislador preocupou-se tão somente em afirmar que a relação de trabalho autônomo, ainda que firmada com exclusividade e continuidade, afastaria a natureza subordinada do contrato, não cuidando o legislador de outros tipos contratuais. Desta forma, o âmbito da CLT ficou limitado às relações de trabalho subordinadas e firmadas no limite da relação entre o trabalhador contratado e o empregador contratante, de forma indeterminada ou determinada, cujas jornadas podem ser estabelecidas a tempo completo ou parcial. As relações atípicas e as novas formas de organizações empresariais não foram consideradas, havendo um silêncio no tocante as situações que surgem, por exemplo, nas cadeias de produção e no trabalho com uso de tecnologia da informação e comunicação.

No mesmo diapasão, o contrato temporário, cuja estrutura se despreza da tradicional relação jurídica entre trabalhador-empregador acabou por ser regulada por lei especial em 1974 e, após inúmeras discussões e um largo caminho

4 T.C. NAHAS, *O Novo Direito do Trabalho- Institutos Fundamentais*, RT Editora, São Paulo, 2017, 1ª edição, p. 203.

de debates jurisprudências e doutrinários, o legislador optou por promover o que considero uma catastrófica alteração desta lei para inserir no seu conteúdo as regras sobre as empresas de prestação de serviços (daqui em diante, por sua sigla, EPS) provocando algumas confusões conceituais com respeito a terceirização e empresas de trabalho temporário (de aqui em diante, por sua sigla, ETT)⁵.

2. Âmbito da Lei 6019/74

Faz-se necessário uma referência à evolução histórica da razão de ser da lei n. 6019/1974 cujo objeto foi regular o trabalho temporário e se mostra como uma das portas que se abriu para a definitiva descentralização da produção e da prestação de serviços.

Publicada em 1943, a CLT cuidou da relação direta entre o empregado (subordinado) e o empregador, não abrindo espaço para a possível prestação de serviços por intermédio de uma pessoa estranha àquela relação linear, exceto pela regra trazida no art. 455 da CLT em que o legislador admite a possibilidade de contratação interposta do trabalhador, embora não o diga expressamente. Há que ressaltar, que neste dispositivo, o legislador previu a regra da responsabilidade solidária entre o empreiteiro principal e o subempreiteiro nos casos de inadimplente das obrigações por parte deste último em relação aos trabalhadores que contratar, não cuidando de estabelecer os contornos do instituto, mas mera situação de responsabilidade solidária pela subcontratação especificamente nos casos de empreitada⁶.

Esta atividade legislativa se pode justificar em razão do momento histórico, viabilizado pela coincidência de alguns fatores entre eles o fim da segunda guerra mundial, o que permitiu um clima favorável ao crescimento econômico nacional beneficiado pela

«redução das importações imposta pelo conflito, cresce a industrialização e a produção agrícola diversifica-se. Entre as indústrias de base que são instaladas, estão a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Siderúrgica Nacional. Também são tomadas importantes iniciativas nas áreas de transporte

5 O contrato temporário está regulado pela Lei 6019 de 03/01/1974, a qual sofreu uma importante mudança com a lei 13.429/2017 de 31/3/2017 e, em 14/07/2017, nova mudança em razão da publicação da 13.467/2017, aquela mesma que havia promovida importantes mudanças na CLT.

6 Art. 455, CLT: Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

e energia, com a abertura de estradas, ampliação de portos e construção de usinas hidrelétricas»⁷.

Esse entusiasmo e desenvolvimento econômico que experimentava o Brasil, certamente justificou a previsão de um dispositivo em meio a regulamentação do contrato de trabalho subordinado na legislação especial, que cuidou de traçar uma regra para os casos em que, especialmente na área de construção civil, a atividade econômica e empresarial poderia ser partilhada entre diferentes prestadores de serviços.

Assim é que o art. 455 da CLT foi apenas uma possibilidade de exceção a contratação linear e direta, tratando-se de uma autorização para a subcontratação, a ponto de preparar o terreno para a promulgação da lei de contrato temporário⁸.

Os aspectos políticos e econômicos que se verificaram na década de 70, favoreceu a publicação da lei nº 6019/74 que foi promulgada num momento em que se fazia necessário aumentar a inserção de trabalhadores no mercado, pois mesmo com o elevado produto interno bruto verificado à época, a desigualdade social persistia, o que levou, em 1983 a publicação da lei nº 7102/1983 que cuidou de permitir a descentralização da mão de obra de forma definitiva e não mais temporária como previa a lei nº 6019/1974.

É importante ter em mente que a lei nº 6019/74 previu a possibilidade de descentralizar a mão de obra trabalhadora tão somente de forma temporária, isto é, para atender a necessidade extraordinária de serviços ou substituição de pessoal regular⁹.

Com a presença marcante do regime neoliberal na sociedade brasileira na década de 80, foi publicada a lei nº 8987/1995 autorizando a terceirização concernentes a concessão de serviços públicos. Em seguida, a lei nº 9742/1997 para as empresas de telecomunicações e, mais recentemente, a lei nº 14.133 de 01/4/2021 que trata da licitação no serviço público que, rompendo de uma vez por todas com a contratação linear ou direta através de concurso público, permite de forma ampla e geral a contratação de serviços de toda a natureza por meio intermediação de mão de obra (art. 45 a 50 da lei nº 14.133/2021)

7 Portal da Câmara Legislativa: *Década de 40*, disponível em www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/visitantes/panorama-das-decadas/decada-de-40#:~:text=Na%20d%C3%A9cada%20de%2040%2C%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20aumenta,de%20pessoas%20%2864%25%20do%20total%29%20vivendo%20no%20campo

8 Há que considerar que na década de 40 a população brasileira cresce 46% nas cidades, não obstante o País termine a década com a característica eminentemente rural em razão do alto número da população que ainda vivia nos campos.

9 Redação original o art. 2º da Lei 6019/1974: Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

A lei nº 6.019/74 desde a sua origem e até a alteração que sofreu pela lei nº13.429/2017, tratou das empresas de trabalho temporário, isto é, daquelas atividades que cuidam de arremeter mão de obra trabalhadora para ceder-la a outra empresa, nominada de tomadora de serviços sempre com um objetivo determinado que é o de atender a uma necessidade extraordinária de serviços ou substituição de pessoal regular.

A lei nº 13429/2017 inseriu uma alteração profunda na redação original daquela lei de contratação temporária para prever modalidade distinta do contrato temporário, qual seja, a possibilidade de prestação de serviços absolutamente descentralizados e independentemente do tempo máximo de substituição de pessoal permanente ou do excesso extraordinário de serviço. Foi o golpe fatal na resistência que existia quanto a admissibilidade da terceirização e as limitações trazidas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (daqui em diante, por sua sigla, TST)¹⁰. A opção legislativa foi admitir a possibilidade de

10 Súmula 331/TST - 21/12/1993 - Locação de mão-de-obra. Terceirização. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Revisão da Súmula 256/TST. Lei 6.019/1974. CF/88, art. 37, II. Lei 7.102/1983. Lei 8.666/1993, art. 71. Decreto-lei 200/1967, art. 10, § 7º. Lei 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único (Itens I, III, IV e VI. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. RE Acórdão/STF - Tema 725/STF). «I - (Inconstitucionalidade declarada pelo STF. RE Acórdão/STF - Tema 725/STF) Redação anterior: «I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/1974). Súmula mantida pelo Pleno do TST (Res. 121, de 28/10/2003). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (CF/88, art. 37, II). III - (Inconstitucionalidade declarada pelo STF. RE Acórdão/STF - Tema 725/STF). Redação anterior: «III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20/06/1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.» IV - (Inconstitucionalidade declarada pelo STF. RE Acórdão/STF - Tema 725/STF). Redação anterior: «IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.» Item IV com redação dada pela Res. 174, de 24/05/2011 - DJe 27, 30 e 31/05/2011. Redação anterior (da Res. 96, de 11/09/2000, DJ 18/092000): «IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Lei 8.666/1993, art. 71).» Redação anterior (original): «IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Res. 23/93 - DJU de 21/12/93). V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item iv, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações

contratação de trabalhador por empresa interposta independentemente da situação jurídica verificada.

O contrato temporário não se confunde com a terceirização ou descentralização de mão de obra em sua noção mais ampla embora seja uma das formas de descentralização da mão de obra. O decreto regulamentador nº 73.841, de 13.03.1974 reforçando o sentido da lei nº 6019/74 ressaltou que trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. Este objetivo da lei, não sofreu alteração com a reforma naquele diploma trazido pela lei nº 13429/2017. Portanto, a contratação temporária que despreste esses limites será nula de pleno direito por desconformidade.

As ETT's têm um regime de funcionamento determinado pela lei e, para serem consideradas regulares, devem respeitar as disposições expostas pelo legislador.

É importante frisar que não se pode confundir contrato temporário com descentralização produtiva ou terceirização. Como já afirmei,

«há que se ter em mente, antes de qualquer outra consideração, que a forma de tomar mão de obra externa ou simplesmente descentralização da atividade produtiva não se reduz somente ao conhecido tipo terceirizado e ao contrato temporário que estamos acostumados a tratar. Em outras palavras, a descentralização da atividade produtiva vai além da intermediação da mão de obra trabalhadora, alcançando em termos atuais o próprio centro da atividade produtiva»¹¹.

As Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 introduziram novos artigos na Lei de ETT e ampliaram o âmbito de sua aplicação para abarcar as relações de trabalho estabelecidas entre os trabalhadores das EPS e os contratantes dos trabalhos oferecidos por meio delas (subcontratação de mão de obra no seu sentido mais amplo). Portanto, não obstante a referência legislativa dizer respeito à aplicação da Lei n. 6.019/74 (contrato temporário), o âmbito de aplicação restou mais alargado para incluir outros tipos de descentralização de mão de obra, indo, inclusive, além da própria terceirização, matéria esta que vinha sendo interpretada à luz da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (daqui por

contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Item V acrescentado pela Res. 174, de 24/05/2011 - DJe 27, 30 e 31/05/2011. I - (Inconstitucionalidade declarada pelo STF RE Acórdão/STF - Tema 725/STF) Redação anterior: «VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.» Item VI acrescentado pela Res. 174, de 24/05/2011 - DJe 27, 30 e 31/05/2011. (*Observações e anotações quanto esta Súmula estão publicadas no site: LegJur, disponível em Súmula Nº 331/TST - LEGJUR, acesso em 23/4/2022).

11 T.C. NAHAS, *Direito do trabalho: Institutos fundamentais*, Ed. RT, São Paulo, 2017, p. 38.

diante, TST), única referência até então para regulamentar a terceirização de mão de obra.

A questão era tão polêmica que chegou ao Supremo Tribunal Federal (daqui por diante STF) através da Ação Declaratória de Preceito Fundamental (daqui em diante, por sua sigla, ADPF) e Recurso Extraordinário (daqui em diante, por sua sigla, RE) que decidiu, de forma definitiva, que não há qualquer impedimento no direito brasileiro no que toca as contratações terceirizadas ou, simplesmente, contratação descentralizada.

2.1. Da ADPF n. 324 e do RE 958252

Em 23 de agosto de 2018 o Supremo Tribunal Federal (aqui em diante, por sua sigla, STF) julgou a ADPF n° 324 e o RE com repercussão geral n° 958252, ambos tratavam do tema relativo à legalidade da terceirização e ao conteúdo da Súmula n° 331 do TST. A primeira invoca o conjunto de decisões contraditórias e restritivas da terceirização oriundas da Justiça do Trabalho fundadas na Súmula n° 331 do TST, fator este que servia para aumentar a litigiosidade da matéria e trazer insegurança jurídica. A segunda refere-se a um recurso contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho (daqui em diante, por sua sigla, TRT) de Minas Gerais, que havia decidido pela ilegalidade da terceirização dos serviços de reflorestamento e afins prestado por empresa que tinha por atividade fim a produção de celulose o que violaria a Súmula 331 do TST, que não admite a terceirização da atividade fim.

Discutiu-se, especialmente, a limitação imposta pela jurisprudência trabalhista quanto a possibilidade de se terceirizar atividade fim, bem como se esta jurisprudência restritiva seria compatível com a Constituição Federal (daqui por diante, CF). Assim, o núcleo central do que se discutiu foi a essência do instituto não só relacionada a redução do custo da produção que a atividade terceirizada viabiliza, mas as vantagens competitivas que pode apresentar no contexto da economia globalizada e na estrutura e organização empresariais atuais.

Há que se ter em conta que em ambos os processos tramitados pela Corte Constitucional, houve a interferência de várias associações e do Ministério Público na condição de *amicus curie* que se posicionaram com argumentos importantes a favor e contra as teses debatidas, havendo um forte debate democrático social quanto a matéria.

Entre os vários argumentos utilizados foi o de que o precedente atacado do TST se produziu em uma época historicamente anterior as leis n. 13.429 e n. 13.467 de 2017 que alteraram o conteúdo da lei n° 6019/1974 e que a ADPF e o RE referidos também tiveram entrada antes disso. Portanto, a questão temporal, em tese, impediria que se discutisse a matéria pela ótica da legislação atual. Sustentaram que, por consequência, qualquer alteração no entendimento daquela Súmula poderia afetar as várias relações em que se haviam produzido

coisa julgada ao longo dos anos e sob a vigência dela, o que poderia trazer maior insegurança jurídica. Ponderou a Procuradoria¹² que antes da CF de 1988 não se falava em direito do trabalho como direito humano no cenário nacional e que a intenção da construção jurisprudencial em seus vários incisos foi justamente a de atribuir esta natureza ao direito do trabalho.

Após uma exaustiva análise da matéria à luz da nova economia e negócios produzidos pela revolução digital, o STF pondera que o direito não pode deixar de reconhecer o fato social e econômico. Afirma o julgado que

«terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa, por motivos de custo, eficiência, especialização ou outros interesses empresariais. Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa – denominada empresa contratante – passa a ser cumprida por uma outra empresa – denominada prestadora de serviços ou contratada»¹³.

E, para que não se produza mais inseguranças jurídicas, decidiu-se que o tempo em que a jurisprudência foi fixada deve ser respeitado, de modo que, aquilo que se produziu efeitos durante a vigência da Súmula 331 não poderia ser afetado por qualquer que fosse a decisão do STF.

Assim a Corte Constitucional resolveu a questão quanto ao direito intertemporal pela aplicação do princípio da irretroatividade da lei, isto é, as leis novas que tratam da chamada terceirização, somente se aplicam aos contratos novos ou relações que se estabelecem sob a vigência da lei nova, colocando um ponto final nas discussões quanto a possibilidade de se externalizar atividade produtiva de qualquer natureza e para qualquer fim, fato este que dará respaldo a redação da lei de licitação que está em vigor desde 2021¹⁴, bem como a todos os outros contratos em cadeia de produção que estão surgindo cada vez em maior número, inclusive virtualmente¹⁵.

12 A procuradoria é a nomenclatura que se dá ao órgão do Ministério Público, que atua como fiscal da lei ou como defensor em causas que há interesse público coletivo.

13 STF: ADPF 324 E RE958252, Luiz Roberto Barroso, Relator, Anotações para Voto Oral, disponível em art20180823-04.pdf (migalhas.com.br), acesso em 10/4/2022

14 A lei n. 14.133 de 01/4/2021 permite uma ampla descentralização dos serviços públicos com certa restrição a responsabilidade do Poder Público pelos contratos firmados. A lei já vem produzindo alguns efeitos polêmicos, a ponto de provocar o movimento do Sindicato dos Servidores Públicos do Poder Judiciário Federal que se manifestaram contra a proposta do Corregedor do TRT de São Paulo em sugerir a terceirização dos datilógrafos de audiência, ou seja, dos funcionários públicos responsáveis por organizar e gerir todos os atos administrativos das sessões judiciais de 1º instância (SINTRAJUD: notícia *Sindicato repudia Sérgio Pinto Martins por defesa de terceirizar funções de servidores no TRT-2* (19/4/2022), disponível em Sindicato repudia Sérgio Pinto Martins por defesa de terceirizar funções de servidores no TRT-2 - Sintrajud %, acesso em 19/4/2022).

15 Como observado pela Organização Internacional do Trabalho (daqui em diante por sua sigla, OIT ou ILO em inglês) os modelos de produção e serviços estão em constante mudança e somente com políticas públicas direcionadas ao trabalho decente e que a precarização e as desigualdades poderão ser alcançadas. O informe sobre cadeias de valor publicado em

Outra observação interessante é que o termo terceirização parece ter sido a terminologia agasalhada inclusive no recurso. Sempre entendi que o termo é restrito e não se adaptaria a todas as novas formas de contratações que a cada dia se apresentam mais amplas, mas parece ter sido esta a nomenclatura que prevalecerá para todo e qualquer fenômeno que implique em descentralização produtiva ou de serviços.

O STF foi mais além, reconhecendo a liberdade dos agentes econômicos de se administrarem, valendo-se da interpretação conforme o art. 173 da Constituição Federal (daqui em diante por sua sigla, CF) que trata de liberdade econômica e de todos os seus tentáculos e limites. O que acarreta a violação a direitos trabalhista, sociais e econômicos, é o exercício abusivo da utilização do direito e não determinados tipos de negócios jurídicos permitidos por lei. Os contratantes devem pautar suas ações e firmarem o negócio jurídico em atenção as normas legais que regulamentam a matéria e estas normas são publicadas em consonância com a CF e o respeito a direitos mínimos.

Pondera o Ministro Roberto Barroso¹⁶, relator do voto de ambos os processos, que a Constituição não impõe um modelo produtivo e não cabe ao intérprete restringir a liberdade econômica. Além disso, o fundamento principal do TST nos casos de terceirização é que não se pode fragmentar atividade fim,

pleno contexto pandêmico ressalva que: «las empresas de diverso tamaño, desde microempresas y pequeñas y medianas empresas hasta grandes empresas multinacionales, están cada vez más interconectadas y son cada vez más interdependientes, lo mismo ocurre con los puestos de trabajo y los ingresos que generan. Las cadenas de valor son una expresión de una fragmentación sin precedentes de los procesos de producción en una economía mundial conectada. Las actividades que constituyen una cadena de valor se dividen a menudo entre varias empresas, aunque a veces pueden estar incluidas dentro de una sola gran empresa. Estas actividades pueden realizarse dentro de un solo país o extenderse a lo largo de varios países. Cada eslabón de la cadena agrega valor, así como márgenes de ganancia, al producto o servicio que se entrega/presta al consumidor. De ahí el nombre de cadena de valor. Las cadenas de valor pueden existir a nivel local, nacional, regional o mundial, pero todas son influenciadas en diverso grado por las llamadas megatendencias de la economía mundial. En el caso de las economías en desarrollo, esto puede representar tanto oportunidades como amenazas. Algunas de estas tendencias, como la digitalización, darán a las economías africanas la oportunidad de “saltarse etapas” y pasar directamente al uso de tecnologías más transformadoras, de la misma manera en que muchos consumidores en África pasaron de no tener teléfono a tener un teléfono móvil, lo con lo que evitaron el uso de teléfonos fijos. Al mismo tiempo, otros factores exógenos, como impactos climáticos y geopolíticos, a los que muchos países son especialmente vulnerables, pueden representar una amenaza para la resiliencia de las cadenas de valor A mediano y largo plazo, las megatendencias en evolución, como “el Futuro del Trabajo” (Future of Work), afectarán a casi todas las empresas y redes de producción. A corto plazo, se han identificado importantes patrones de producción, comercio y distribución globales, como: (...) Fragmentación de la cadena de suministro, en especial como resultado de los efectos de la pandemia de COVID-19» (ILO: *Desarrollo de cadenas de valor para el trabajo decente – un enfoque sistémico para crear más y mejores empleos* (janeiro/2021), 3º ed., disponível em [wcms_766133.pdf](#) (ilo.org), acesso em 11/4/2022).

16 STF: julgamento da ADPF 324 E RE958252, Luiz Roberto Barroso.

apenas a atividade meio. Este é, inclusive, o fundo de todas as discussões que nortearam os vários projetos de lei sobre a matéria. Aliás, desde meu ponto de vista, creio que em termos legislativos tivemos uma discussão dissonante com a busca pelo trabalho decente e com toda a evolução tecnológico e empresarial, o que resultou num visível remendo da legislação sobre trabalho temporário, num claro retrato de que não houve possibilidade de adotarmos uma legislação efetivamente inclusiva e tutelar no que concerne as EPS.

As relações de consumo¹⁷ permitem a responsabilidade solidária entre todos os eixos da produção ou serviço, enquanto a atribuição da responsabilidade aos diversos elos da cadeia de produção nas relações de trabalho, é meramente subsidiária, viabilizando muitas vezes o achatamento de direitos. Houve tanta preocupação com o que seria atividade meio e fim, que as discussões quanto a efetiva tutela de direitos mínimos de trabalhadores parece ter sido marginalizada.

O julgamento da tese quanto a legalidade da atividade terceirizada, faz uma digressão histórica sobre o direito do trabalho desde a primeira revolução industrial iniciada com a máquina a vapor, até chegar ao século XXI apontando para o ambiente da chamada 4ª revolução industrial que tem como motor de arranque a automação e cujo início coincide com a terceira divisão histórica com a chamada revolução científica na década de 40. Tudo isso, para justificar a reestruturação empresarial e a impossibilidade de adequar o direito do trabalho atual no modelo fordista do início do século passado que, aliás, já havia sofrido seu primeiro golpe com a fragmentação da mão de obra pelo modelo Toyota de produção¹⁸.

17 Art. 7º, Código de Defesa do Consumidor (CDC): Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

18 Debruçando-me sobre este tema ponderei que «la globalización ha intensificado la deslocalización empresarial hasta el punto de provocar un cambio profundo en las estructuras de las organizaciones (públicas y privadas) y en sus modelos, que reclaman adaptaciones culturales y de las demandas variables. “La empresa se encuentra hoy, en un número elevado de casos, desvinculada de una base territorial, decidiéndose su localización de acuerdo con los costes relativos de producción en los diversos países. Los Estados tuvieron que asumir riesgos financieros que les condujeron a graves problemas y la intervención que hicieron con ocasión de la crisis provocó que se rompiera con los dogmas del neoliberalismo. Hay quienes afirman que el neoliberalismo ya había llegado al final, antes del inicio de la crisis de 2008. Según los mismos, los mercados no podrían seguir adoptando prácticas de destrucción de derechos sociales, tales como, por ejemplo, la liberalización, la desregulación y la privatización. Consecuentemente se propuso la realización de esfuerzos con objeto de alcanzar una nueva alianza para lograr el desarrollo sostenible. No obstante, no se concretó esta propuesta ante los muchos elementos que coincidieron con la crisis, como el desempleo, el desarrollo negativo de las inversiones, el empobrecimiento de los trabajadores y de parte de la clase

Importa observar que o tema sobre a descentralização produtiva no País segue com a nomenclatura da terceirização arraigada. Como todas as formas de fragmentação da atividade pública e privada, é apenas mais uma das alternativas para reduzir custos e a concorrência entre empresas no cenário globalizado, fato este ponderado no julgamento do STF que pronunciado sobre a amplitude da descentralização produtiva e de serviços. Especialmente, pela externalização, se permite a concentração no modelo de produção ou negócio em geral, supostamente, permitindo a reposição de produtos e serviços com certa flexibilidade, eficiência e rapidez, permitindo a redução do preço final ao consumidor e, por outro lado, permite o aumento das contratações seja de mão de obra pessoal, seja dos pequenos produtores, incrementando a pequena e média empresa. Tudo isso, facilita o comércio e a competitividade das empresas nacionais no cenário internacional e interno.

Um dos pontos mais importantes considerado no julgamento, foi o relacionado a precarização da mão de obra. Não é a chamada terceirização que, por si só, causa a precarização da situação do trabalhador, mas há fatores outros que incidem de modo muito significativo na alteração do modelo de contratação, e que tem a ver com a mudança, já assinalada, também, do modo de produção. É certo que na maioria dos países do mundo, segundo dados da própria OIT¹⁹, as legislações giram em torno do contrato de trabalho típico e a descentralização da mão de obra muito contribuiu para as chamadas formas atípicas de contratação.

Todavia, há uma difusão de contratos atípicos que vem crescendo em razão das novas formas de organização empresarial e dos impactos da tecnologia em todos os rincões mundiais. O agenciamento de trabalhadores por parte de empresas multipartidas ou intermediárias tem contribuído para os altos índices de relação de trabalho precário. Daí que a CISE-93, um dos instrumentos mais completos quanto a classificação da situação de emprego, procurou abranger de maneira mais completa todo o tipo de relação de trabalho, independentemente

média, el empeoramiento en la situación de los trabajadores por los bajos salarios, las jornadas de trabajo muy largas y la presión por la mayor productividad» (T.C. NAHAS, *Notas sobre la regulación del trabajo en el contexto económico* (7/2020), em *Revista de Derecho Social y Empresa*, n° 13, Ed. Sagaroy Business & Law School, disponível em *Notas sobre la regulación del trabajo en el contexto económico - Dialnet* (unirioja.es), acesso em 10/4/2022).

19 OIT, *Los contratos permanente permiten aumentar la productividad* (2016): «Las empresas recurren cada vez más al empleo temporal en todo el mundo. Según un nuevo informe de la OIT, numerosos trabajadores con “empleo no estándar” poseen un salario más bajo y menor protección social, alternando con frecuencia periodos de empleo temporal y de desempleo. No obstante, algunas empresas han constatado que la seguridad de sus trabajadores mediante contratos permanentes puede ofrecerles asimismo una amplia ventaja competitiva» (noticia disponível em *Formas atípicas de empleo: Los contratos permanentes permiten aumentar la productividad* (ilo.org), acesso em 22/4/2022). E, OIT: *el empleo atípico: una característica del mundo del trabajo contemporáneo* (2016), disponível em *Empleos atípicos: OIT: El empleo atípico, una característica del mundo de trabajo contemporáneo* (ilo.org), acesso em 22/04/2022).

de ser o vínculo direto ou indireto. A preocupação da OIT é, agregar o maior número possível de modelos negociais justamente visando adoção de medidas de proteção ao trabalhador e possibilitando a maior inclusão. Daí considerar, também, aquilo que se denomina de zonas cinzentas, isto é, os falsos autônomos, por exemplo, situação que já vinha sendo observada desde 1958 quando a classificação estava a cargo da ONU²⁰.

Não se pode afirmar que todo aquele que adota o modo terceirizado para suas atividades tem por objetivo precarizar a mão de obra ou violar direitos. A decisão empresarial vai muito além da falácia deste argumento e tem a ver com o modus operandi de cada empresa havendo outros argumentos sensíveis, assim como a precarização vai depender de vários fatores e guardar aspecto, também, de ordem cultural, econômica e social, bem como da existência (ou não) de políticas públicas de cada País para combater desigualdades e pobreza²¹.

O argumento da precarização, neste contexto e como relatado, passa a ser mais retórico do que substantivo da relação de emprego. O problema da precarização da relação de emprego pode ou não ocorrer dentro de uma relação terceirizada. O problema da precarização e da vulnerabilidade de direitos trabalhistas no Brasil importaria uma análise muito mais profunda que não cabe neste estudo, merecendo um apartado em que se possa aprofundar a questão. Sem embargo, o que deve ser pontuado, é que a fragmentação da mão de obra, certamente, vai contribuir para desagregar movimentos coletivos, ao mesmo tempo que vem se assistindo à formação de movimentos diversos, como por exemplo, a paralisação dos trabalhadores de aplicativos, sem associações sindicais e tidos como um dos tipos de trabalhadores mais precarizados no mundo do trabalho²².

A busca pela segurança jurídica foi um dos fatores principais para se solucionar de uma vez por todas a matéria. A polêmica quanto a atividade meio e fim ou atividade essencial ou não, é que desafia conceitos absolutamente subjetivos, causando uma grande insegurança jurídica o que não seria admissível. Um dos exemplos citado no julgamento foi justamente o caso das empresas de *call center* que prestam serviços de telefonia em que o TST reconheceu o vínculo direto entre a empresa tomadora da mão de obra de telemarketing e os trabalhadores terceirizados. A diversidade da jurisprudência do TST acabava por causar, segundo observado no voto, mais desemprego e insegurança jurídica, pois a lei

20 ILO: Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) (2021), disponível em Clasificación internacional de la Situación en el Empleo (CISE) - Estadística (ilo.org), acesso em 09/4/2022.

21 Carta Capital: Brasil é um dos piores países do mundo para o trabalhador (09/4/2022), notícia disponível em Brasil é um dos piores países do mundo para o trabalhador - CartaCapital, acesso em 09/4/2022.

22 Facebook: Greve dos Entregadores em Sao Paulo – ao vivo (1/7/2020), disponível em (20+) Facebook Live | Facebook, acesso em 09/04/2022

em nenhum momento proíbe as formas empresariais e tampouco a existência de empresas terceirizadas. O que é importante é que se respeite as leis trabalhistas, Constituição Federal e CLT.

A licitude do negócio está nos limites impostos à atividade, isto é, no respeito a forma jurídica dos negócios jurídicos reguladas na lei, ou seja, aquelas que são desenhadas pela própria lei aqui comentada: dever de fiscalização, forma de contratação e modelo empresarial. Caso as empresas contratantes deixem de honrar com as obrigações, aquela que toma a mão de obra responderá de forma subsidiária o que não quer dizer que haverá necessariamente um vínculo de emprego direto entre a contratante (empresa tomadora da mão de obra) e o trabalhador contratado, mas sim, responsabilidade subsidiária entre as empresas tomadora e fornecedora da mão de obra, instituto agasalhado pela legislação nacional.

Prevaleceu, assim, no julgamento que as restrições a terceirização que vem sendo aplicadas pelas várias decisões trabalhistas, violam o direito da livre iniciativa, da livre concorrência e a segurança jurídica além de não terem respaldo legal e violarem o princípio da liberdade econômica instituído na Constituição Federal.

Assevera o julgado, ainda, que, os casos regulados pelas leis n. 13429 e n. 13467 de 2017 que alteraram a lei n. 6019/74 aqui comentada, somente prevalecem após a vigência destas leis e não antes, o que mantém intocado o entendimento que vinha sendo aplicado pela Sumula 331 que não foi revogada e por isso seguem a mesma linha interpretativa.

Por último, apesar de não estar esta autora de acordo com a utilização do termo terceirização para referir-se ao que estava em questão, pois estamos diante da externalização produtiva que é o grau máximo da descentralização conforme já expliquei no estudo por mim feito, é certo que o fundamento do voto vencedor está justamente no sentido que se deve tratar o tema: a terceirização bem regulamentada é muito melhor que o não reconhecimento ou restrição do instituto.

Não se pode querer remar contra uma tendência global, cujos contornos dependem de modelos empresariais diversos e reestruturados, principalmente no espaço virtual em que as empresas estão se colocando a cada dia mais, impulsionadas pelas plataformas digitais e pela concorrência desenfreada e, muitas vezes, desleal entre várias partes do mundo. Se seguimos amarrados olhando o direito do trabalho do passado para tentar resolver questões do direito do trabalho deste século e do futuro, corremos o risco de desproteger o trabalhador e precarizar ainda mais a sua posição, sob um discurso de pseudo-proteção. A CF não impõe um modelo de produção e em momento nenhum regulamenta como deverá ser a estrutura empresarial.

Em apertada síntese o que prevaleceu no julgamento quanto ao mérito das discussões foi: (i) a terceirização não ofende direitos dos trabalhadores e

limitar-la importaria em violar o princípio da livre concorrência; (ii) por si só a terceirização não enseja a precarização do trabalho, violação a dignidade do trabalhador ou violação ao sistema previdenciário e sim o exercício abusivo de sua contratação; (iii) para evitar este exercício abusivo as normas constitucionais de proteção ao trabalhador devem ser compatibilizadas com o instituto cabendo a contratante verificar a idoneidade da terceirizada e responder subsidiariamente pelas obrigações assumidas pela terceirizada; (iv) a decretação da responsabilidade subsidiária pressupõe a sua participação na relação processual; (v) mesmo com a superveniência das leis de 2017 não houve a superação da sumula 331 do TST; (vi) é lícita a terceirização de toda a atividade meio ou fim não se caracterizando a relação de emprego entre a tomadora e o trabalhador; (vii) a terceirização que respeite as regras legais fixadas, será considerada uma atividade lícita, não se admitindo que se pronuncie o redirecionamento da relação jurídica estabelecida por ato judicial e contrário aquilo que inicialmente foi firmado.

3. Contrato de trabalho temporário

O contrato de trabalho temporário tem características muito bem definidas na Lei nº 6019/74 e qualquer desrespeito a forma poderá importar em violação a regra legal e importar em nulidade do ato jurídico.

Trabalho temporário é aquele prestado por uma pessoa física em benefício de uma empresa tomadora de serviços de natureza pública ou privada. O objeto contratual é estrito e somente poderá haver a contratação temporária desde que a empresa tomadora da mão de obra necessite: (i) atender a substituição transitória de pessoal permanente, como por exemplo, a substituição de trabalhador em férias; (ii) a empresa tomadora necessitar complementar os serviços em razão do aumento da demanda, como ocorre no caso de aumento de vendas por ocasião das festas natalinas.

Não se admite que o trabalhador temporário seja contratado para substituir trabalhadores em greve, situação esta que, inquestionavelmente, feriria a liberdade sindical e o direito de associação. A exceção ficará para casos pontuais, como por exemplo, em que o Tribunal estabeleça um limite para garantia mínima da prestação de serviços hospitalar e os trabalhadores não respeitem a decisão proferida. Aqui será possível a contratação de mão de obra temporária²³.

23 Interpretação que decorre da possível limitação de liberdade sindical em casos excepcionais. Veja por exemplo sobre a manutenção de serviços essenciais conforme decidido pelo Comitê de liberdade sindical da OIT, os seguintes parágrafos: 617. El respeto de la obligación de mantener un servicio mínimo de la actividades del metro para satisfacer las necesidades mínimas de la colectividad local no es contrario a los principios de la libertad sindical; 620. En vista de la situación especial de los servicios ferroviarios del país, una suspensión total y prolongada puede conducir a una situación de grave urgencia nacional que puede poner en peligro el bienestar de la población y, en determinadas circunstancias, justificar una

A ordem legal esta expressada no art. 2, § 1º da referida lei que, no parágrafo seguinte, do mesmo dispositivo, conceituou o que se deve entender pela expressão complementar a demanda de serviços, fixando aí o traço de transitoriedade da atividade a que necessariamente, deverá se dedicar a empresa tomadora do serviço, ou seja, (i) fatores imprevisíveis; (ii) fatores previsíveis, mas que tenham natureza intermitente, periódica ou sazonal, isto é, aquelas situações que se têm conhecimento de antemão, mas que não possuem duração elástica no tempo.

É importante ter em conta que apenas poderá intermediar mão de obra temporária a empresa que tiver por objeto social esta atividade. Tanto assim que o legislador vincula a legalidade do contrato a forma exigida pela lei. Daí o legislador ter insistido na obrigatoriedade da formalização do negócio através de pessoa jurídica especializada e no conteúdo mínimo estabelecido em lei a respeito dos requisitos sua formação e vigência. Observe que a referência a empresa, e a necessária constituição de pessoa jurídica para exercer a atividade de cessão de trabalho temporário exclui qualquer outro tipo de formação. Isto é, não se admite, por exemplo, que eu, uma pessoa física ou formal, desempenhe a função de cessão de mão de obra temporária. A redação da Lei 13.429/2017 cuida, ainda, de revogar o art. 3 do Regulamento que estabelecia que a empresa temporária poderia ser pessoa física ou jurídica. Lembrando que o CC/2002 adotou a teoria da empresa que é aquela que se centra «... na atividade profissionalmente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Seu objeto, portanto, é a empresa»²⁴.

O que se infere da lei é que, somente poderá haver fornecimento de mão de obra a uma terceira pessoa, se o prestador de serviços for pessoa jurídica de direito privado que se dedique a isso e que os trabalhadores contratados por esta empresa poderão firmar com ela um contrato a prazo indeterminado.

O que ocorre na prática e que, desde meu ponto de vista é uma incoerência jurídica, é que a maioria das empresas temporárias acabam por contratar trabalhadores por prazo certo e exclusivamente vinculados ao contrato que ela formula com a empresa tomadora de mão de obra, de modo que o contrato temporário terá esta natureza tanto com aquela que fornece a ao de obra como com aquela empresa que toma a mão de obra. A relação triangular que se estabelece entre a pessoa jurídica ETT e o trabalhador, deveria ser a prazo incerto e indeterminado; enquanto, a cessão de mão de obra, isso é, o contrato de

intervención que estableciese un servicio mínimo. 622. En los servicios de correos puede preverse el mantenimiento de un servicio mínimo. 623. Es admisible la imposición de servicios mínimos, como en el sector de la recolección de basuras (ILO: La Libertad *sindical* – *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Derecho de Huelga, Capítulo 10* (2006), 5ª edição revisada, disponível em https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang--es/index.htm, acesso em 11/4/2022.

24 M.E. FINKELSTEIN, *Manual de Direito Empresarial*, ed. Atlas, Sao Paulo, 2016, 8ª ed, p. 11.

natureza comercial entre a tomadora e a prestadora, é que deveria ser a prazo certo e nos termos estabelecidos na lei da ETT.

Ocorre que a lei n. 13249/2017 trouxe uma regra falaciosa que permite a incoerência absoluta entre o tipo empresarial necessário e a condição da mão de obra que a ETT terá que contratar. Isto é, se a ETT deve ter por objetivo social o fornecimento de mão de obra temporária, haveria coerência de que os trabalhadores que ela dispõe sejam contratados a prazo indeterminado.

Todavia, a reforma de 2017 sepultou esta situação, ainda que essa pudesse ser a intenção do empresário, pois previu que o contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não e, poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (art.10, §§ 1º e 2º). E, foi mais longe o legislador, impedindo que o trabalhador seja contrato a título de experiência (art. 10, § 4º) e, ainda, vedou que o mesmo tomador de mão de obra possa aproveitar a mão de obra do mesmo trabalhador em prazo inferior a 90 dias do término do contrato anterior, criando assim, uma aparente preocupação com esta modalidade contratual quando na verdade acaba por ser um tipo contratual completamente precário por qualquer ângulo que se pretenda entender-lo.

Em síntese, tornou o contrato temporário para as três partes contratuais, retirando de empresa de trabalho temporário qualquer pretensão que ela possa vir a ter de estabelecer vínculos estáveis com os trabalhadores que contratará para serem cedidos a uma outra empresa. E, vai mais longe, quando torna ilícita a atividade da empresa que desejar ter um número de trabalhadores a tempo indeterminado para realizar o seu objeto social numa verdadeira crueldade com qualquer possibilidade de tornar esta relação contratual menos precária.

O não respeito as regras da lei da ETT importará no estabelecimento de vínculo de emprego direto entre o tomador da mão de obra e o trabalhador, pois constitui-se em situação presumida de fraude e cessão ilegal de trabalhador. O fato de o art. 21 do Decreto n. 73.841/1974 afirmar que a ETT deve anotar a condição de temporário não quer dizer que o contrato deva ser a termo. Apenas define o enquadramento da categoria e sua real condição. Como se vê, há uma pressão legislativa para que este tipo contratual nunca possa parecer menos precário ou possa conferir ao trabalhador, ainda que assim o deseje a empresa de trabalho temporário, melhores condições ou direitos.

Além disso, outro ponto digno de nota é a questão relativa ao enquadramento sindical destes trabalhadores. Já se sabe que o Brasil não respalda a liberdade sindical plena e que reduz a representatividade à categoria profissional e área geográfica do município a que está a empresa em que o trabalhador presta serviços. No âmbito do trabalho temporário, esta regra já trazia vários prejuízos a representatividade destes trabalhadores e - permita-me uma manifestação - uma

violação ao princípio da liberdade sindical plena nos termos da Convenção n. 87 da OIT²⁵.

No âmbito da lei n. 6019/74, o legislador tentou resolver as incoerências através da redação do art. 3, pois o legislador reconheceu que a ETT integra o quadro de atividades e profissões estabelecido no art. 577 da CLT. Assim, deve prevalecer o entendimento de que o trabalhador temporário faz parte da categoria diferenciada em razão da natureza especial da relação triangular. Parece que esta foi a intenção do art. 40 do Decreto n. 73.841/1074 quando previu que mediante proposta da Comissão de Enquadramento Sindical do Departamento Nacional do Trabalho, o Ministro do Trabalho e Previdência Social incluirá as empresas de trabalho temporário e os trabalhadores temporários em categorias existentes ou criará categorias específicas no Quadro de Atividades e Profissões a que se refere o art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho. Esta redação do Decreto tinha um caráter programático que, pode-se afirmar, se consolida agora no âmbito da reforma operada na lei n. 6019/74.

No mesmo diapasão da pretensão legislativa de garantir a prestação de atividades temporárias de natureza meio e fim, a lei nº 13429/2017 cuidou expressamente de permitir de modo ilimitado a contratação entre as empresas tomadora e prestador de serviços para qualquer atividade desde que houvesse o respeito aquelas duas condições em que se permite a contratação de mão de obra temporária (art. 9 § 3).

No mais, por ser um trabalhador subordinado, o trabalhador temporário terá todos os direitos que são garantidos a todos os trabalhadores e assegurado no art. 7 da CF e aqueles que estão no âmbito da CLT (art. 12). Caso venha a sofrer alguma violação nos seus direitos trabalhistas, por parte da sua empregadora direta, a empresa tomadora da mão de obra responderá de forma subsidiária pelas obrigações contratadas (art. 10 § 7). Respeitadas as formalidades legais, em nenhuma hipótese o trabalhador temporário poderá pretender a formação de vínculo direto com a tomadora da mão de obra, o que somente poderá ocorrer em caso de fraude contratual (art. 9, CLT). Caso a empresa tomadora tenha interesse na contratação direta do trabalhador temporário, a ETT em hipótese nenhuma poderá impedir ou vedar tal contratação (art.11).

4. Contrato de trabalho terceirizado

Tão somente em 2017 o legislador inseriu alguma regulamentação quanto ao trabalho terceirizado. A regulamentação do instituto da terceirização na Lei da ETT traz duas conclusões: (i) dificuldade de se legislar a matéria no cenário político nacional, cujas discussões se tornaram evidentes na discussão do

25 O estudo mais completo no Brasil sobre o tema, A. AGRA BELMONTE, L. MARTINEZ, T.C. NAHAS (coord.), *Liberdade Sindical: uma proposta para o Brasil*, Lacier Ed., Sao Paulo, 2021.

juízo da matéria na STF conforme já assinalado aqui; (ii) entendeu-se que seria possível a aplicação das regras destinadas a ETT nos contratos de cessão de mão de obra descentralizada naquilo que fosse compatível entre os institutos.

O milagre econômico brasileiro que ocorreu na década de 70 e viabilizou que o Brasil recebesse grandes investimentos estrangeiros e a adoção das ideias liberais no governo de 1989 após a queda da ditadura militar que priorizou a abertura da economia, viabilizaram a mudança do perfil empresarial e as redes de produção, contribuindo assim para o aumento das atividades externalizadas.

Com a abertura do mercado exterior, a situação não parou de crescer e o ambiente para negócios que tais se mostrou cada vez mais interessante do ponto de vista econômico.

Com a reforma de 2017 e a regulamentação legislativa da matéria, a EPS passou a ser considerada pessoa jurídica constituída para a execução de quaisquer atividades em favor de um terceiro, seja ela principal ou acessória, cessão de mão de obra ou entrega de resultado. Atividade principal é o mesmo que atividade própria ou atividade fim da empresa que contrata a prestação de serviços ou o resultado final. O legislador não definiu o que entende por atividade principal até porque isso não importará nas negociações: as pessoas jurídicas de natureza pública e/ou privada (art. 5-A) podem contratar uma EPS tanto para o exercício de uma atividade, principal, auxiliar ou secundária. A questão da responsabilidade entre as empresas que participam do processo produtivo ou de serviços em relação ao trabalhador, se resolve pela subsidiariedade: o responsável principal e direto será sempre a EPS que contrata e o tomador da mão de obra responderá subsidiariamente por eventuais incumprimentos. A regulamentação provoca, evidentemente, a proliferação da empresa multisserviços²⁶.

A EPS será responsável pela contratação, direção e remuneração dos trabalhadores envolvidos no negócio firmado. O trabalho poderá ser executado dentro ou fora da empresa contratante; os trabalhadores poderão prestar o serviço através de contrato subordinado ou autônomo, em quaisquer de suas modalidades e em qualquer elo a linha produção.

Para que a empresa possa funcionar, deve possuir capacidade econômica compatível com a execução da atividade que se propõe a exercer.

O trabalhador contrato pela EPS poderá ser autônomo ou subordinado e a subcontratação poderá ser verificada nas mais diversas formas e em qualquer elo da cadeia de produção ou serviço. A lei é flexível e a única imposição é que para a formação da EPS, haja a obediência aos seguintes requisitos: (i) inscrição da pessoa jurídica no CNPJ; (ii) registro na Junta Comercial; (iii) capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00;

26 Empresa multisserviços é, em apertada síntese, aquela que fornece todo e qualquer tipos de serviço e resultado que se queira contratar.

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000; c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00; d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00; e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00. O legislador estabeleceu capitais sociais mínimos para evitar a discussão do que se poderia entender por capital social compatível com o número de empregados (art. 4 B). Se a intenção da lei era conferir proteção ao crédito do trabalhador, deveria centrar-se no patrimônio empresarial e não no seu capital social, além do que a matéria seria adequadamente regulada no direito empresarial e não no conturbado contexto da lei da ETT cuja aplicação interessa ao direito do trabalho e não ao direito empresarial.

Os trabalhadores contratados de forma subordinada terão seus contratos regulados pela CLT a garantido o mínimo Constitucional (art. 7) e, nos termos do art. 4 C. Parece que a garantia desta norma visou à prestação de serviços realizada dentro da empresa contratante. Todavia, não há impedimento para que tais normas sejam estendidas a outras situações como, por exemplo, de trabalhadores subcontratados na cadeia de produção e que não prestem serviços diretamente no ambiente da empresa tomadora da mão de obra. O que quis o legislador foi tentar reduzir essa disparidade de condições de trabalho entre os diversos tipos de trabalhadores, garantindo direitos mínimos.

Ao trabalhador terceirizado deverá ser garantido: (a) a mesma alimentação que receberem aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios localizados dentro ou fora do espaço organizacional da contratante; (b) direito de utilizar os serviços de transporte que a contratante fornecer aos seus trabalhadores diretos nas mesmas condições estabelecidas pela contratante a seus trabalhadores diretos; (c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir, nas mesmas condições estabelecidas pela contratante a seus trabalhadores diretos; (e) acesso às mesmas condições sanitárias, medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço que a contratante fornecer aos trabalhadores que têm vínculo contratual trabalhista diretamente com ela.

Não obstante esta aparente proteção, o legislador foi cruel com a regulamentação do art. 4º-C §§ 1º e 2º: no primeiro dispôs que a garantia da igualdade salarial entre terceirizados e trabalhadores da empresa tomadora e uma opção entre as empresas contraentes, regra esta que parece violar a igualdade garantida na CF e na Carta Interamericana de Direitos Humanos (de aqui em diante por sua sigla, CIDH); a segunda trata de uma permissão legislativa nos casos de contratação em número igual ou superior a 20% do quadro de empregados da empresa tomadora de mão de obra, disponibilizar um ambiente para alimentação e atendimento ambulatorial distinto aos trabalhadores da terceirizada. As duas

regras demonstram a desigualdade criada pelo legislador e o estabelecimento de classes distintas de trabalhadores numa perversa e questionável disposição legislativa.

Mas, a par destas regras, o legislador cria duas situações em que a fraude será presumida e o vínculo de trabalho poderá ser estabelecido entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços: (i) se os titulares da EPS tiverem prestado algum tipo de serviço à contratante nos 18 meses anteriores à contratação. O prazo deverá ser contado computando-se o dia de encerramento do contrato de trabalho, seja subordinado ou não, e o dia da contratação entre as empresas EPS e o contratante (art. 5-C); (ii) se o trabalhador houver sido despedido da empresa contratante não poderá ser contratado pela EPS nos 18 meses que se seguirem à sua desvinculação daquela primeira empresa (art. 5-D).

5. Conclusões

É certo que o Brasil carecia de uma legislação sobre a descentralização produtiva e, evidente que as regras quanto a ETI não poderiam ser aplicadas a EPS simplesmente pelo fato de ambas as modalidades admitirem a contratação de trabalhador por empresa interposta. Falta em nosso país uma regulamentação adequada e que efetivamente possa permitir a inclusão dos trabalhadores em qualquer modalidade de contratação que se pretenda fazer. As alterações ocorridas na lei n. 6019/74 foram claramente voltadas a colocar um ponto final nos debates sobre a viabilidade ou não de contratação de mão de obra por empresa interposta em todo o ciclo de produção e serviços e sobre a responsabilidade entre as empresas contratantes e contratadas. Ainda no toante a falência da EPS, o legislador manteve a discriminação entre trabalhadores (art.16). Assim, poder-se-á resumir: no caso de falência da ETI, o tomador da mão de obra será solidariamente responsável pelos créditos trabalhistas e previdenciários, mas não pelos créditos decorrentes do contrato de trabalho existente entre o empregado e o prestador da mão de obra, de modo que, deverá o credor sujeitar-se a habilitação falimentar para tentar o recebimento dos valores que lhe forem devidos. Se não houver falência da empresa tomadora da mão de obra temporária, a responsabilidade dela pelos créditos do trabalhador temporário será sempre subsidiária, mas somente pelo período em que ela se utilizou da prestação de serviços.

Em sendo o caso de EPS o contratante responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas e previdenciários em qualquer situação e mesmo que a contratante (tomadora da mão de obra) tenha falência decretada.

No que concerne a busca de igualdade entre trabalhadores, trabalho decente e regulação das subcontratações em todos os níveis contratuais a lei ficou aquém do mínimo desejado, o que viabiliza a maior precarização na contratação de mão de obra. Também se vê uma proteção as instituições financeiras e

bancárias, cuja contratação segue regulamentada pela lei nº 7102/83 que foi a referência legislativa à época, que viabilizou a contratação interposta de atividade fim dos bancos e instituições financeiras.

Por fim, uma regra que possivelmente irá dificultar soluções adequadas será a do art. 17 que veda a contratação de trabalhador estrangeiro na modalidade de temporário. A lei n. 13445/2017 regulamentou a situação do estrangeiro no País e o avanço da tecnologia e da quebra de barreiras no mundo virtual deverá trazer a reflexão quanto a viabilidade de aplicação desta regra. O fato social poderá não se adequar à lei recentemente reformada sem qualquer consideração quanto a realidades necessariamente fundamentais para as relações sociais e econômicas que possam efetivamente promover o desenvolvimento sustentável do país.

Assim, não obstante as regras sobre EPS e ETT sejam relativamente recentes, é certo que ficaram muito aquém de conferir uma tutela adequada a relação de trabalho, bem como não tiveram a visão de trazer previsões que pudesse regulamentar o trabalho com uso da tecnologia da comunicação e da informação, o que trará maiores dúvidas e a impossibilidade de realizar aquilo que se pretendeu no julgamento da questão no STF: inclusão social, desenvolvimento econômico e segurança jurídica.

Trabalho em plataformas digitais

Alexandre Agra Belmonte

SUMÁRIO: 1. As duas primeiras Revoluções Industriais e a Indústria 3.0. – 2. Os efeitos da Indústria 4.0. – 3. O trabalho em plataformas digitais. – 3.1. Natureza jurídica das empresas de transporte por aplicativos e efeitos. – 3.2. Natureza jurídica do vínculo dos trabalhadores com a empresa de aplicativo. – 4. Conclusões.

1. As duas primeiras Revoluções Industriais e a Indústria 3.0

Convencionou-se chamar de revoluções industriais as transições para novos processos de fabricação, pelas transformações disruptivas sociais e econômicas delas resultantes.

As duas primeiras revoluções industriais impactaram o sistema político, o regime econômico e os costumes sociais. A primeira, ocorrida entre meados do século XVIII e meados do século XIX propiciou o surgimento das fábricas, a substituição dos escravos e animais pela máquina e o início do êxodo rural para as cidades. A segunda, praticamente um prolongamento da primeira, teve ao longo do tempo como características o uso da energia elétrica, do petróleo e da ciência na produção. Tais fatores resultaram em progressivos e significativos impactos na produção, distribuição e comércio, eliminando o mercado artesão e fomentando, definitivamente, a concentração populacional nas cidades, em detrimento do campo.

Todavia, foi a segunda revolução industrial, situada entre meados do século XIX e início do século XX, e ambientada em sistema liberal na primeira fase do capitalismo, que permitiu, pelo modo produtivo da época, o agrupamento de grandes contingentes de trabalhadores nas fábricas ou nas construções. E esse fato foi, entre outros, de fundamental importância na formação do Direito do Trabalho.

Com efeito, os abusos na exploração da mão de obra num ambiente de muita oferta e conseqüente mesquinhez remuneratória das leis de mercado; a falta de perspectivas de melhoria de vida, pela discriminação e impossibilidade de acesso à aquisição de meios produtivos; o meio ambiente de trabalho destituído de investimentos em saúde e segurança; a conscientização de milhares de trabalhadores sobre a similitude das péssimas condições de vida oriundas da profissão ou trabalho em comum; e a força das coalizões nas paralisações da produção

e reivindicação de melhores condições de trabalho, levaram a sucessivas greves e lutas dos trabalhadores contra os empresários e contra a inação do Estado.

A desconexão do Estado com a regulação das atividades econômicas e sociais não apenas impedia a interferência na normatização do trabalho, como, contrariamente, gerava a sua intervenção contra os conflitos decorrentes da insatisfação dos trabalhadores com a absoluta precarização.

As convulsões sociais derivadas desse ambiente adverso de trabalho, denominada Questão Social, que proliferaram nos países europeus e nos Estados Unidos da América, foram apaziguadas somente ao fim da 1ª Grande Guerra, em 1919. Mas vários fatores contribuíram, principalmente ao longo do século XIX, para que tal ocorresse: o ambiente precário e de tratamento do trabalho como mercadoria; o Manifesto Comunista, de 1848, escrito por Marx e Engels, de conscientização da exploração dos trabalhadores em meio a lutas urbanas; a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891, em que a Igreja adotava ideias distributivas em carta aberta aos bispos sobre as condições dos trabalhadores; a Revolução Russa de 1917, que instaurou o comunismo naquele país; e, finalmente, no mesmo ano de 1917, a chegada das ideias socialistas à parte sul da América do Norte, por meio do constitucionalismo social do México.

Sem dúvida, tais fatos serviram de combustível à exigência de reformas sociais, preocupando sobremaneira os Estados Unidos da América, país do presidente Woodrow Wilson, que dois anos a Revolução Russa e o constitucionalismo mexicano surgiu como mediador do fim da primeira Grande Guerra, propondo a criação de um organismo internacional tripartite de proteção ao trabalho.

Logo, abstraindo o romantismo das conquistas, a luta por melhores condições de trabalho teve como principal motivação de pacificação o objetivo político e econômico de produzir sem o risco que as convulsões decorrentes dos conflitos sociais representavam para o sistema liberal na Europa e nos EUA e para a primeira fase do regime econômico capitalista.

Sob essa perspectiva, é possível pensar na criação da OIT como pacto social de natureza internacional utilitária: além de permitir a melhoria das condições sociais do trabalhador, a concessão de proteção social em bloco teve o escopo de manter a paz interna nos países afetados por convulsões sociais e ainda servir como instrumento de igualação do custo produtivo agregado dos direitos sociais entre os estados-membros convenientes, para evitar concorrência desleal.

De qualquer sorte, a criação da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Tratado de Versalhes¹, propiciou a regulação de direitos mínimos por meio de normas internacionais ajustadas entre os países convenientes, visando a igualdade de oportunidades e a liberdade de trabalho com o propósito de

1 O Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versalhes em 28 de junho de 1919, foi promulgado no Brasil no governo de Epitácio Pessoa pelo DECRETO No 13.990, DE 12 DE JANEIRO DE 1920.

melhoria das condições de vida derivadas do trabalho subordinado, na busca do combate à desigualdade social².

O período que vai de 1919 até o fim da segunda guerra mundial foi de implantação, pelos países convenientes, das normas de proteção ao trabalho no mundo capitalista e de construção do Direito do Trabalho como ramo autônomo, com princípios específicos.

No Brasil, principalmente a partir de 1930, durante o Estado Novo, essas normas foram gradativamente adotadas no plano interno. Era uma quadra da história em que o país tencionava se industrializar e para afastar o risco de convulsões internas, a regulamentação das relações trabalhistas individuais e coletivas era uma necessidade premente.

Os impactos do novo conflito mundial reafirmaram a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, assegurado por um Estado Social interventor, ou seja, um Estado regulador, conhecido como Estado Social ou Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), que de forma eficiente e utilitária pudesse garantir os direitos básicos de cidadania, inclusive na atuação prestacional³.

Foi nesse ambiente, de busca de um capitalismo social, que por meio de compensações normativas objetivando o alcance da igualdade real para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e redução da desigualdade social, que nos estertores da Segunda Guerra Mundial surgiu, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, para a regulação das relações de trabalho no Brasil.

O objetivo de então presidente Getúlio Vargas, em reunir, atualizar e sistematizar as normas de proteção ao trabalho foi o de reforçar o afastamento dos conflitos internos que tinha ocorrido no século anterior nos países europeus.

No plano individual, comparativamente ao Código Comercial de 1850 e ao Código Civil de 1916, liberais, a CLT trouxe, calcada no Código Civil italiano de 1942, as então modernas noções de empresa, despersonalização, sucessão, responsabilidade objetiva e proteção ao menos favorecido nas relações jurídicas.

No plano coletivo, não obstante a inovação representada pelas lides coletivas para as resoluções de conflitos de massa, a exemplo dos dissídios coletivos econômicos e jurídicos e das ações de cumprimento, introduziu o modelo fascista de controle dos sindicatos pelo Estado.

De qualquer sorte, a Consolidação das Leis do Trabalho tinha por finalidade contribuir, com as normas individuais e coletivas, para a redução da desigualdade social, no que obteve relativo sucesso durante o período de vigência do Estado de Bem Estar Social.

2 Vide história e objetivos da Organização Internacional do Trabalho - OIT em <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> Acesso em 11/10/2022.

3 T. SANTOS, *Do Terror à Esperança. Ideias e Letras*, SP, São Paulo, 2004, p. 156. J.M. KEYNES, *A Teoria Geral do Emprego, do juro e da moeda. Inflação e deflação*, Trad. Mario R. da Cruz, Nova Cultural, São Paulo, 1985.

Esse quadro segue estável até os anos 1970, num mundo produtivo em crescimento, que contava com a indispensabilidade da mão de obra humana para as realizações, e com os direitos fundamentais dos trabalhadores ajustados à economia e aos objetivos sociais do Estado, no que se convencionou chamar de capitalismo social.

Contudo, as dificuldades enfrentadas na concretização dos objetivos do Estado de Bem Estar Social, a estagnação econômica dos Estados capitalistas, o desemprego e a inflação daí decorrentes e o agravamento com a crise do petróleo, combustível fóssil do qual a indústria dependia para a produção e para a circulação automotiva, marítima e aérea, culminando com recessão mundial, quebra de empresas e alta de preços.⁴

O afastamento dos poderes investidor e regulatório do Estado, a privatização de atividades e a substituição daqueles poderes por regulação advinda de Conselhos privados, terminaram decretar o fim do Estado de Bem Estar Social e inaugurar uma terceira fase do capitalismo, associada ao neoliberalismo, caracterizada por um Estado forte, mas com economia livre e financiada pelo crédito.

Note-se, no entanto, que desde o século XIX Estados Unidos, Alemanha, França, Itália, Japão e Reino Unido já investiam maciçamente em tecnologia, o que lhes permitiu, frente a esse quadro adverso, concentrar esforços na microtecnologia, na fibra ótica, na rede e em sistemas flexíveis de organização mundial da produção e do trabalho, inaugurando a terceira Revolução Industrial.

Detentores que eram de tecnologia, espalharam multinacionais, principalmente pelo terceiro mundo, carente de produção de know how criativo próprio e impuseram aos Estados nacionais as suas regras: para barateamento do custo produtivo investiram na robotização nas indústrias; na automação em boa parte do setor de prestação de serviços; e na descentralização produtiva, mediante globalização e terceirização.

Ao Brasil e demais países do terceiro mundo, culturalmente despreparados, restou iniciarem o processo de industrialização com tecnologia estrangeira das multinacionais que foram nelas instaladas, e investirem na exportação de matéria prima.

A Terceira Revolução Industrial resultou entre outras novidades decorrentes da tecnologia, em robotização nas indústrias; descentralização do ambiente produtivo; portarias eletrônicas em prédios residenciais e comerciais; na rede mundial; computadores de mesa e notebooks que gravam, copiam e distribuem pela rede arquivos finalizados ou executáveis; celulares e tablets, permitindo mobilidade; programas que editam livros eletrônicos disponíveis na internet para comercialização; comercialização de produtos e serviços pela rede; impressoras que imprimem, digitalizam e até transformam dizeres de fotos em textos;

4 C. STOFFAÈS, *A Crise da Economia Mundial*, Trad. Miguel Serras Pereira e João Faria, Dom Quixote, Lisboa, 1991, p. 64.

programas que permitem, pela internet o envio de arquivos, mensagens e comunicação à distância em *off* ou *on line*, em tempo real; bibliotecas on line que permitem o acesso remoto a títulos e informações; e aplicativos que substituem ou se acoplam a dicionários e enciclopédias.

Só por aí se percebe a dimensão da quantidade de profissões que se tornaram obsoletas, do número a que se reduziu a necessidade de trabalhadores para diversas atividades e da transformação que essas novas tecnologias produziram nos costumes sociais.

Em contrapartida, surgiram novas profissões, como as ligadas à criação de hardware e softwares.

Enfim, a busca de soluções alternativas de produção com menos custo empresarial e novo modelo de atuação estatal levou a grandes transformações, que no conjunto ensejaram um novo ambiente conceituado como “sociedade pós-industrial” e posteriormente, na década de 80, como “sociedade do conhecimento”, caracterizada pela informação, comunicação e globalização⁵.

O impacto causado pela terceira Revolução Industrial levou à flexibilização das condições de trabalho não apenas no primeiro mundo, como também nos países de terceiro mundo, entre eles o Brasil.

Em 1988 a Constituição Federal⁶ permitiu o aumento de jornada, a redução salarial mediante negociação coletiva e extinguiu a estabilidade por tempo de serviço.

A queda do muro de Berlim, em 1989, levou à constatação de que o comunismo não sobreviveria e que o capitalismo adquiriria feição mais radical, como efetivamente ocorreu.

Em 1998 foi introduzido pela Lei nº 9.601 o contrato especial de trabalho por prazo determinado, sem as limitações do art.443, 451, 479 e 480, da CLT e com valor reduzido de depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, além do banco de horas.

Em 2001 foi possibilitada a suspensão do contrato para qualificação do trabalhador e a contratação em tempo parcial (Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001⁷).

Apesar de toda essa revolução, o Brasil apenas a ela se adaptou, posto que permaneceu não investindo de forma adequada, inclusiva e eficiente na educação, ciência e tecnologia, centrando esforços basicamente na exportação de matéria prima e na exportação de produtos fabricados aqui com tecnologia estrangeira por multinacionais. Basta dizer que o Brasil não conseguiu sequer

5 I. KOVÁCS, 2. *Transformações do contexto socioeconômico, Temas Atuais da Sociedade do Trabalho e da Empresa*, Lisboa, Almedina, 2014, p. 99.

6 BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 11/10/2022.

7 Brasil, Medida Provisória nº 2.164-41, de 24/8/2001, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm Acesso em 11/10/2022.

regulamentar a proteção à automação prevista na Constituição Federal desde 1988, que ao longo do tempo retirou de milhares de trabalhadores o sustento e a possibilidade de recolocação.

2. Os efeitos da Indústria 4.0

A roda gira e nem bem o mundo assimilou a Revolução 3.0, as conquistas científicas continuaram a seguir o seu curso, impactando, de forma progressiva, o modo de produzir, a economia, os costumes sociais e as relações de trabalho.

Vieram os aplicativos que permitem movimentação bancária e financeira, eliminando uma infinidade de agências bancárias e inúmeros empregos; as redes sociais de relacionamento, impactando nos costumes sociais; aplicativos que permitem reserva pela internet de hotéis, restaurantes, shows e distrações em qualquer lugar do mundo, eliminando intermediários como agentes de viagens; algoritmos que enfrentam dados, pesquisam a respeito em bases programadas para consulta e os resolvem em tempo real, além de apurar tendências e gostos; inteligência artificial que aprende de forma cumulativa a tomar decisões conforme raciocínio automatizado; substituição da rede física pelo wi-fi, que conecta aparelhos à distância, sem a necessidade de cabos ou de instaladores; tecnologias 4 e 5G, que aceleram sobremaneira as conexões à distância, eliminando a necessidade de deslocamento e permitindo a realização remota de inúmeras atividades. O Google substituiu dicionários, enciclopédias e atlas, passando a deter a memória da humanidade. A internet, o gps e o waze, substituíram os mapas, leva as pessoas automaticamente a qualquer ponto do globo terrestre. Tradutores virtuais colocam na língua escolhida o que você escreve ou fala.

O nível de sofisticação, funcionalidade e comodidade chegou a tal ponto que os smartphones não apenas substituíram os telefones fixos, como possuem apps que realizam todas as operações acima assinaladas e outras tantas de necessidades cotidianas. A vida de cada pessoa está nos celulares: agendas de telefones e afazeres, contas bancárias, título de eleitor, RH, CNH, carteira de vacinação, troca de mensagens, cartões de crédito on line, pix.

Contratos, escrituras e outros documentos são assinados digitalmente e vários negócios são estabelecidos à distância, em tempo real ou não.

A flexibilidade do processo produtivo avançou inclusive para a multifuncionalidade do trabalhador. Instituições bancárias atualmente vêm adotando o modelo de caixa por minuto. O bancário é admitido não para uma função em especial, mas sim para o exercício concomitante de todas as tarefas bancárias, em rodízio, pelo que é remunerado, quanto à gratificação especial pelo exercício da função de caixa, tão somente em relação ao tempo diário dedicado à tarefa.

As aulas remotas em tempo real tornaram-se realidade, substituindo as presenciais ou convivendo com as previamente gravadas, não sendo poucos os

cursos internacionais, inclusive de mestrado e doutorado que são realizados à distância, inclusive mediante bancas de exame remotas.

A pandemia da Covid-19 simplesmente acelerou e disseminou em curto espaço de tempo a implantação de meios eficientes e populares de comunicação à distância.

Se o transporte por drones é hoje uma realidade, a concretização do teletransporte de matéria é apenas uma questão de tempo, o que impactará ainda mais forma que conhecemos de deslocamento, o custo correspondente e a necessidade de motoristas, maquinistas e tripulantes.

Assim como o trabalho no campo está automatizado, boa parte da construção civil, leve ou pesada, se utiliza de máquinas e outras soluções tecnológicas que dispensam parte do trabalho humano.

Informações jurídicas e contábeis passo-a-passo, bem como programas para fazer contatos, cálculos, projetos e preencher formulários que antes não dispensariam profissionais habilitados ou a presença física, são hoje uma realidade.

Tudo isso basta para demonstrar, por um lado, a economia de tempo e deslocamento, mas, por outro, a eliminação de espaço físico e de trabalhadores, em quantidade ou qualidade, que atuavam ou atuavam presencialmente para possibilitar essas tarefas.

Disto resultou que o mundo agora experimenta em sua quase plenitude os efeitos da quarta Revolução Industrial, marcada por uma tecnologia, capaz de substituir, total ou parcialmente, o trabalho humano pela automação em vários setores produtivos; de dispensar a presença física do trabalhador em estabelecimento empresarial; de dispensar o próprio empregador na distribuição da mão de obra, substituído por plataforma digital operacionalizada por algoritmo; e de utilizar, na organização da atividade empresarial, os equipamentos dos próprios trabalhadores, sem necessidade de investimento nesses meios operacionais. A Revolução 4.0 reduz, suprime, flexibiliza ou reinventa as formas tradicionais de trabalho em vários campos da atividade humana, não obstante tenha potencial para abrir campo para novos tipos de organização do trabalho, novas ocupação e novas oportunidades.

Ocorre que o aumento populacional gradativo; a velocidade das duas últimas revoluções industriais, uma em continuidade à outra; a descentralização da produção, com isolamento cada vez maior do trabalhador; o ritmo temporal e espacial frenético de trabalho; a instabilidade dos empregos; e o novo modelo de exploração da mão de obra, com demanda advinda de uma plataforma digital, sem interação humana inicial levaram o mundo e notadamente os países em desenvolvimento a uma encruzilhada sobre os rumos da regulação trabalhista.

Realmente, as dificuldades enfrentados pelos Estados neoliberais em obtenção de sucesso em políticas prestacionais eficientes de inclusão educacional e de geração de oportunidades frente aos efeitos das novas tecnologias; a financeirização da economia, inclusive com proteção estatal das atividades econômicas; a

percepção do trabalho como custo operacional frente à concorrência nacional e internacional por produtos e serviços cada vez mais baratos; e a substituição gradativa do ser humano pela máquina, sem a correspondente compensação na mesma velocidade, criaram no século XXI um quadro de exclusão, desigualdade social, desalento e miserabilidade crescentes, semelhante ao do fim do século XIX e início do século XX⁸.

Não bastasse, assim como a crise do petróleo de 1973 propiciou alternativas e tecnologias que mudaram o modo de produção e a pandemia, entre outros efeitos, antecipou a implantação e massificação do uso de meios tecnológicos de relacionamento à distância, a invasão da Ucrânia pela Rússia resultará num redesenho do poder, no confronto entre países da OTAN⁹, de um lado, e Rússia e China de outro, com influência na economia mundial, além de antecipar a implantação de energia limpa em substituição ao gás e petróleo (A Alemanha, por exemplo, é 49% dependente do gás russo). Tais fatores inevitavelmente produzirão reflexos no modo produtivo e nas relações de trabalho.

O adoecimento decorrente do novo modelo da exploração da mão de obra, em que o prazer no trabalho torna-se raro, o assédio se intensifica e a instabilidade impera, tem resultado no aumento dos índices de doenças como síndrome de *burnout*, depressão, transtornos cognitivos, estresse pós-traumático, neurastenia, alcoolismo crônico, neurose profissional e suicídios. O aumento de doenças ligadas ao trabalho e o gasto anual previdenciário com benefícios é um retrato da crise ora enfrentada.

O admirável mundo novo chegou, mas apenas para alguns, levando a nova destruição e à colocação inexorável da humanidade em xeque. E com ele, além do princípio do não retrocesso social no patamar civilizatório alcançado, também são colocados à prova os princípios basilares sobre os quais foram erigidas as bases da regulação trabalhista: a proteção do trabalhador; a continuidade do contrato de trabalho; a nulidade das alterações prejudiciais; e a greve como meio de reivindicação de melhores condições de trabalho.

Concretamente em termos trabalhistas, a precarização se acentuou; a divisão do trabalho avançou para a fragmentação empresarial no próprio processo produtivo e no tempo de trabalho à disposição. Os contratos por prazo indeterminado e em tempo integral cederam terreno para os de curta duração, para os contratos em tempo parcial e para os contratos intermitentes. O trabalho avulso, o autônomo, colaborativo e pessoas jurídicas unipessoais dependentes reclamam proteção. O teletrabalho e a terceirização deslocaram o trabalhador do ambiente produtivo centralizado. Os sindicatos, quer pela automação, quer pelo ambiente agora fragmentado, quer por dificuldades de comunicação com

8 H. BRAVERMAN, *Trabalho e Capital Monopolista – A Degradação do Trabalho no Século XX*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1977.

9 Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan) é um organismo supranacional que tem como objetivo garantir a segurança de seus países-membros por meio de ações específicas.

os trabalhadores e, no Brasil, de convencimento para a participação na vida sindical (desprezado até a extinção da contribuição obrigatória) já não conseguem reunir trabalhadores para mobilizações.

Recomendamos ao leitor assistir ao documentário “Indústria Americana” (American Factory), de 2019, dirigido por Steven Bognar, exibido no Brasil na Netflix. É ambientado em uma indústria de vidros automotivos de um magnata chinês, instalada em Ohio, nos EUA, numa antiga fábrica da General Motors, então desativada há mais de 10 (anos), em que trabalhadores locais, muitos deles reaproveitados, são pela nova indústria contratados.

O filme compara o modo de produção realizado por trabalhadores americanos na fábrica nos EUA, que acumula prejuízos e por trabalhadores chineses na fábrica na China, que dá lucro.

Por fim, depois de afastar, em votação, a sindicalização, dispensar trabalhadores tidos como improdutivos ou reivindicadores e introduzir máquinas substitutivas do ser humano em determinados setores, a fábrica nos EUA passa a dar lucro.

Esse é o mundo atual do trabalho: o controle de inúmeras atividades produtivas não mais como negócio de família ou de sócios, mas sim sob o comando de magnatas investidores, que majoritariamente controlam companhias ou conglomerados. A Fiat, a Peugeot-Citroen e a Crysler não têm controle de si próprias como empresas: são controladas por investidores que não têm contato com os trabalhadores e sim com os conselhos que as administram no objetivo único do lucro.

Se o receio no passado era a flexibilização, o atual receio é a desregulamentação capaz de levar ao questionamento se o direito do trabalho acabou, se precisa sofrer alterações ou se precisa ser reinventado. Ele encontra-se na atualidade nesse dilema, em que princípios como o protetivo, do não retrocesso social e do acesso à justiça têm sido eles próprios flexibilizados.

A informática, a rede, a robótica, as comunicações, as plataformas digitais, a inteligência artificial e controle de empresas por um pequeno número de investidores transformaram o mundo e o mundo do trabalho de tal forma que os instrumentos tradicionais de proteção à automação tornaram-se obsoletos. A ponto de até hoje o Brasil não ter conseguido nas várias fases das novas tecnologias, minimamente regulamentar esse direito previsto na Constituição Federal de 1988.

A reforma trabalhista brasileira de 2017, que buscou flexibilizar as condições individuais e coletivas de trabalho, desonerou obrigações das empresas, apresentou novos tipos de contratos de trabalho, entre eles o teletrabalho e o trabalho intermitente, liberou a terceirização plena e prestigiou a negociação coletiva, mas tudo isso revelou-se acanhado frente às novas e crescentes tecnologias, as exigências do mercado e a proteção ao trabalhador.

A pandemia da Covid-19 demonstrou a desnecessidade de grande concentração de trabalhadores intelectuais no ambiente físico empresarial. Sem necessidade das agruras do deslocamento, que envolvem tempo, paciência e risco, podem executar à distância e por meio do teletrabalho reuniões, aulas, projetos e conferências. E também demonstrou que, passada a pandemia, o trabalho que comporta a forma telepresencial pode ser realizado também fora da residência do trabalhador, de forma móvel ou em telecentros e até mesmo por meio de telefone celular.

O impedimento de prestação presencial revelou até mesmo a possibilidade da prestação jurisdicional à distância. O retorno às atividades presenciais não mais dispensará o trabalho telepresencial remoto para audiências e julgamentos, encurtando distâncias e reduzindo gastos e tempo. E de igual sorte o trabalho nos demais ramos do Poder estatal.

Diante da experiência bem sucedida sobre trabalho remoto, a Lei n. 14.442, de 2 de setembro de 2022¹⁰, ao dar nova redação ao art.75-B da CLT¹¹, deixou de restringir essa forma de prestação ao *home office*, ampliando o teletrabalho para as modalidades telecentro e móvel ou nômade. Ficam do art.75-B, CLT, apenas o trabalho externo não realizado pelas tecnologias de trabalho à distância e as operações de telemarketing, estas porque têm regulação própria (Anexo II da NR-17¹²).

Outrossim, a referida lei previu o teletrabalho por produção ou tarefa, que nessa modalidade de contraprestação o afasta do regime de duração do trabalho (art.75-B, §3º, CLT), excetuados, evidentemente, os casos de fraude.

Contudo, a Lei nº 14.442/2022, tal como o legislador reformador de 2017 (que pela Lei 13.467/2017¹³ introduziu na CLT o teletrabalho), ficou devendo regras claras de combate a metas exaustivas e à conexão permanente, bem como normas obrigatórias da cessão de equipamentos operacionais do teletrabalho e de custeio de provedor de internet pelo empregador. O trabalhador foi deixado à própria sorte na negociação individual com o empregador sobre a cessão e custeio dos equipamentos de operacionalização do teletrabalho (art. 75-D, da CLT).

Contudo, o teletrabalho, além de restrito ao trabalho intelectual, não irá capacitar o trabalhador brasileiro às demais tecnologias que gradativamente o

10 Brasil, Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022 In <https://in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.442-de-2-de-setembro-de-2022-427260638> Acesso em 11/10/2022.

11 BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1/5/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em 11/10/2022.

12 BRASIL. Anexo II da NR 17 (Trabalho em Teleatendimento/telemarketing) In www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-17-anexo-ii-teleatendimento-atualizado-2021.pdf Acesso em 11/10/2022.

13 BRASIL, Lei nº 13.467, de 13/7/2017, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm

afastam do mercado de trabalho. Menos ainda o trabalho intermitente. E se essas são as soluções legislativas para enfrentamento das novas tecnologias, estaremos tentando aparar com as mãos um tsunami.

Precisamos, portanto, de uma regulação e de políticas públicas que concretizem, com segurança e acesso a oportunidades nesse novo ambiente, as possibilidades que as novas tecnologias impõem.

3. O trabalho em plataformas digitais

A dinâmica da sociedade digital não comporta mais olhares nostálgicos pelo retrovisor da história. Mas se não serve de parâmetro para os inúmeros e incertos desafios que o futuro nos impõe, porque transformações significativas exigem soluções contemporâneas e adequadas aos novos tempos, ao menos serve para, na observação comparativa dos contextos históricos, verificar quais erros não podem ser novamente cometidos. Numa sociedade de massa, eles impactam uma infinidade de pessoas e podem gerar efeitos perversos.

Enquanto estamos perplexos e inativos frente aos efeitos das novas tecnologias no ambiente de trabalho, já está sendo construído um novo mundo, onde figura o metaverso, que consiste em trabalho prestado em imersão numa realidade virtual, paralela à real, com efeitos sociais, econômicos e jurídicos próprios ainda muito desconhecidos da maior parte da sociedade. Como se desenvolverão as relações de trabalho nesse mundo virtual, onde poderemos ser avatares ao invés de nós mesmos?

O que se observa é a ausência tanto de políticas públicas sociais de qualificação e inclusão do trabalhador, especialmente aqueles menos capacitados, indispensável para que possam ter a esperança de um trabalho digno em um mundo cada vez mais digital, bem como de políticas econômicas (industrial) que estimulem e reacendam setores empresariais (indústria de transformação) com maior valor agregado de produção, eis que esses setores demandam de mão-de-obra mais capacitada e com melhor remuneração.

Nesse mundo em transformação, surge a organização do trabalho gerenciada por meio de um modelo de negócios realizado por aplicativos ou plataformas digitais. Empresários que não têm hotéis, frotas de carro, mercadorias próprias ou restaurantes, dedicam-se a oferecer por meio de aplicativos acomodação no Brasil ou no exterior; transporte de pessoas ou coisas; e a propiciar aquisições e distribuição de mercadorias. Sinal dos tempos, em que a informática, a rede e a inteligência artificial permitem de modo organizado e eficiente capturar ofertas ou demandas nos vários pontos do globo terrestre, para disponibilizar ao público produtos e serviços alheios em regime concorrencial de preços.

Os controladores desses aplicativos realizam as suas atividades por meio de aplicativos digitais *on-line*, cobrando o preço da intermediação do cliente, que pode ser o produtor, o comerciante, o prestador de serviços ou o consumidor.

Em relação a essas plataformas digitais, nos interessa a atividade organizada por meio de aplicativos destinados a conectar passageiros com motoristas e consumidores com entregadores que utilizam seus veículos privados para o trabalho. Ou seja, para transporte de passageiros e *delivery*.

Os aplicativos têm interfaces distintas e complementares: no caso do transporte de passageiros, a interface do motorista com a empresa e da empresa com o usuário. E no caso do *delivery*, além da interface do motorista, motociclista ou ciclista com a empresa e da empresa com o consumidor, há ainda a conexão da empresa com o comerciante.

Enfim, trata-se de uma atividade que caracteriza uma nova forma de intermediação da mão de obra, com utilização de sistema criado com o auxílio das novas tecnologias da informação e da comunicação, em que os veículos dos próprios trabalhadores viabilizam o serviço.

Todavia, questões trabalhistas de relevo envolvem o transporte de pessoas e de mercadorias por meio de empresa que opera por aplicativo, posto que os trabalhadores envolvidos nessas atividades encontram-se socialmente desprotegidos quanto à regulação do seu trabalho. São considerados autônomos ou MEI (microempresário individual), conforme o caso. Mas nenhum desses modelos se ajusta às características específicas do trabalho desenvolvido.

As empresas que operam por aplicativos, controladas por investidores e espalhadas pelo globo, em cada país exercem um forte *lobby* no sentido de oferecerem um serviço seguro e de qualidade, por um preço acessível que não conseguiriam manter caso precisassem conceder direitos sociais aos trabalhadores.

O filme “Você não Estava Aqui” (nome original *Sorry We Missed You*), do diretor Ken Loach, é ambientado em torno de uma família proletária, que vive em Newcastle. Um ex-empregado, da construção civil, de nome Rick, seduzido pela promessa de ter o próprio negócio e dos ganhos acenados pelo trabalho por produção, adquire uma van e acaba se tornando motorista franqueado de empresa de entregas expressas.

Na entrevista da admissão na empresa lhe são fornecidos manuais de administração do trabalho e dadas as explicações sobre a franquia, ausência de patrão e autonomia sobre os ganhos.

A esposa de Rick, cuidadora de idosos, é igualmente autônoma, realizando serviços domiciliares quando acionada.

O filme relata as dificuldades cotidianas do casal, entre outras, as relacionadas à educação dos dois filhos, diante das pressões relacionadas aos seus empregos precarizados.

Por fim, o caráter fatigante do trabalho informal, com jornadas de até 14 (quatorze) horas, com ritmo acelerado pelos algoritmos, sem tempo sequer para Rick ir ao banheiro e para dedicar à família, culminam com entregas que em dado momento não consegue realizar ou realizar a tempo; a preferência por outro franqueado para as entregas, em substituição, diante das dificuldades

operacionais experimentadas por Rick, que lhe retira ganhos, oportunidades dentro da empresa e, na prática, dela acaba se tornando devedor, diante de multas devidas à empresa pelo atraso nessas entregas, terminam por gerar consequências drásticas sobre a vida familiar e a subsistência do casal.

O filme questiona os efeitos do empreendedorismo neoliberal, que num retorno ao século XIX trata o trabalho que responde pelo pomposo nome de *gig economy* (ou economia de bicos) como mercadoria ou *commoditie*, passando ao largo da proteção trabalhista.

Note-se que um dos modelos preferidos para efeito de regulação desse tipo de trabalho de entregas no Brasil é o micro empreendedorismo, o mesmo ocorrendo com os motoristas que laboram utilizando plataformas digitais, portanto, assemelhado à franquia do filme de LOACH.

A reforma trabalhista brasileira de 2017 simplesmente passou ao largo do trabalho prestado mediante aplicativos ou plataformas digitais, deixando-o ao sabor das práticas de mercado.

Com efeito, trabalho de entrega de mercadorias ou de transporte de pessoas por empresas de aplicativos estão à margem de regulamentação específica.

Em relação a empresas de aplicativos de transporte de passageiros, essas plataformas, controladas por investidores, iniciaram as suas atividades num modelo em que os trabalhadores tinham liberdade para prestar serviços até mesmo nas horas vagas, se conectando conforme a disponibilidade. Alguns até alugavam carros para trabalhar nesse modelo em fins de semana e outros utilizavam mais de um aplicativo.

Os motoristas arregimentados eram trabalhadores excluídos momentânea ou definitivamente do mercado; trabalhadores sem qualificação; ou trabalhadores que pretendiam complementar renda nas horas vagas.

Esses trabalhadores serviram para que essas plataformas conhecessem o mercado, as rotas, o tipo de consumidor e as demandas.

A partir daí, introduziram gradativamente inteligência artificial para controle indireto da prestação de serviços por produção ou tarefa, estabelecimento de metas e exclusão por improdução. O algoritmo acelera o ritmo e permite priorização de direcionamento aos mais produtivos, rompendo a geração democrática de oportunidades. Sem falar no fato de que as empresas utilizam trabalhadores que usam os próprios veículos, e que assim são diretamente responsabilizados pela atuação no trânsito e assunção dos custos de segurança e manutenção dos veículos.

A contrapartida é a participação no preço cobrado (fixado pelas empresas) e alguns benefícios que não chegam perto da proteção legal conferida aos trabalhadores empregados. Estão à margem da duração do trabalho, dos descansos semanais, das férias, da proteção previdenciária por doenças e acidentes do trabalho e do direito à sindicalização.

No caso dos motociclistas de delivery, que como os motoristas de passageiros precisam cumprir metas e passam zunindo entre os carros num trânsito caótico das grandes cidades, há ainda outro fator a ser considerado: o trabalho é de risco acentuado.

3.1. Natureza jurídica das empresas de transporte por aplicativos e efeitos

As empresas de entregas e de transporte de passageiros por aplicativos são, por óbvio, transportadoras. A sua finalidade é propiciar o transporte, não importando para essa caracterização a ausência de estabelecimento físico e o fato de atuarem como intermediárias por meio de motoristas, motociclistas ou ciclistas que possuem veículos próprios.

Os serviços de transporte de pessoas e de coisas prestados por essas empresas, que estipulam regras para a realização de sua finalidade essencial, demandam mão de obra presencial externa, por meio de conexão virtual, com vinculação ao mercado local na prestação.

Consequentemente, como organizadoras desse transporte, são as responsáveis diretas perante os consumidores, na qualidade de fornecedores de serviços (art.3º, *caput* e §2º, do CDC¹⁴), e pelos atos dos prepostos que utiliza (art.932, II, do Código Civil¹⁵).

Relativamente ao transporte de passageiros, salvo motivo de força maior, a empresa responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, incluindo as falhas no serviço, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art.734, *caput*, do Código Civil).

Outrossim, a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (art.735 c/c 932, II, do Código Civil).

Quanto ao transporte de mercadorias, a empresa é a responsável direta perante o consumidor, e não o preposto utilizado para a prestação do serviço, contra quem tem ação regressiva (art.932, II, do Código Civil).

3.2. Natureza jurídica do vínculo dos trabalhadores com a empresa de aplicativo

Qual é a natureza jurídica da relação dos trabalhadores motoristas, motociclistas ou ciclistas com os organizadores da mão de obra por meio de aplicativos: são empregados, autônomos tradicionais, autônomos dependentes ou colaborativos ou empresários individuais?

No Brasil, no momento esse tipo de trabalho está incluído na *gig economy* (economia de “bicos”), sem regulamentação específica. E nos demais países?

14 Brasil, Código de Defesa do Consumidor. In

15 Brasil, Código Civil. in www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

O Tribunal Supremo da Espanha país decidiu que a relação existente entre entregador e a empresa Glovo (plataforma de entregadores ciclistas) configura vínculo de emprego.

A Suprema Corte da Pensilvânia, por exemplo, já decidiu que os motoristas do Uber não são autônomos.

Na Califórnia, o Congresso editou lei estabelecendo vínculo de emprego entre motoristas e aplicativos.

Em Nova Jersey, a Justiça condenou a Uber em milhões por tributos não recolhidos, ao considerar os motoristas como empregados.

Na França órgão de cúpula do Judiciário reconheceu vínculo de emprego entre motoristas e a Uber, sob a compreensão de que não cabe aos trabalhadores construir a própria clientela ou definir os preços das corridas.

No Reino Unido, após decisão da Suprema Corte considerar que o motorista da Uber é um trabalhador intermediário entre as categorias de empregado e autônomo, a Uber concedeu aos seus motoristas britânicos salário mínimo, férias pagas e acesso a um fundo de pensões.

No Japão as empresas de entrega e transporte de passageiros garantem seguro acidente de US\$ 13 mil aos trabalhadores.

Na Alemanha a Corte Superior trabalhista já definiu há tempos o trabalho mediante aplicativo como de natureza trabalhista¹⁶.

Como para os controladores de aplicativos os veículos que os motoristas, motociclistas e ciclistas utilizam são dos próprios trabalhadores, que em tese podem organizar a própria ativação, controlar a própria prestação de serviços, recusar chamadas, e ainda atender mais de um aplicativo (ou empresário de plataforma digital), com as empresas apenas participando dos resultados do trabalho prestado, elas sustentam que o reconhecimento de vinculação empregatícia, além de impertinente, encareceria e inviabilizaria essa atividade no Brasil.

Para outros, como esses trabalhadores laboram por demanda mediante regras estabelecida pelas empresas, como preço estabelecido pelo serviço, envolvendo distância, tempo e oferta, com participação; como eles são permanentemente rastreados por GPS, com sua localização utilizada para a conexão com a clientela da empresa e para aferição do transporte; como após cada viagem efetuada, é feita a avaliação do motorista ou entregador quanto ao desempenho do serviço prestado, para compor a base de dados da empresa em relação a cada trabalhador; e como a produtividade, envolvendo o tempo para atendimento e o demandado para deslocamentos pode ser medida, com possibilidade do algoritmo, como rotina de trabalho, dar preferência nas chamadas aos mais ativos e

16 Esses dados podem ser consultados tanto em www.brasilefato.com.br/2021/05/01/motorista-de-aplicativo-entenda-decisoes-de-5-paises-que-comecam-a-garantir-direitos, como também em www.conjur.com.br/2020-set-26/mundo-vem-regulando-relacao-entre-trabalhador-plataformas.

afastar os que não produzem dentro do esperado pelas empresas, a possibilidade de controle do trabalho caracteriza vínculo empregatício.

Finalmente, há quem entenda que esses trabalhadores se submetem a uma relação que mistura elementos de subordinação com elementos de autonomia, numa real parassubordinação, que deveria prever, como em outros países, direitos mínimos, em proporção inferior à dos trabalhadores empregados, mas com proteção que afasta abusos, dá o devido valor social ao trabalho desenvolvido e garante a dignidade (Teoria das Esferas de Proteção).

O fato, inegável, é que paliativos que as empresas apresentam como direitos desses trabalhadores, há real desproteção e a falta de proteção gera abusos como carga horária excessiva; exclusão quando não se atinge meta; estabelecimento de metas cada vez mais exigentes; falta de regulamentação de períodos de descanso ou férias; desproteção contra doenças e acidentes do trabalho; e exclusão do direito à sindicalização; exposição a riscos do trânsito e segurança nas grandes metrópoles. E o trabalho por produção, subordinado a metas e condições sem regulação legal escraviza.

Ainda que a opção não venha a ser a regulação desse trabalho como vínculo empregatício, o que certamente influenciaria no preço do serviço, direcionando a atividade, no caso de transporte de passageiros para uma qualidade diferenciada em relação aos taxis e vans e no caso do serviço de entregas para a absorção do custo pelo consumidor que almeja comodidade, é evidente que esses motoristas, motociclistas e ciclistas não são empresários e muito menos típicos autônomos e que desse modo não podem ser tratados.

Caso venha a ser adotada como regra a caracterização como trabalho autônomo dependente ou intermediário (parassubordinado, como no Reino Unido), com lastro no fato de que a organização da mão de obra e os preços cobrados são definidos pelos aplicativos, ficando uma parte para os aplicativos e outra para os trabalhadores, que conservam razoável autonomia, será preciso protegê-los, nessa condição de parassubordinado, com uma regulação mínima que lhes dê dignidade e segurança: um patamar remuneratório mínimo; carga horária máxima, embora flexível; períodos definidos de descanso ou férias; proteção previdenciária; impossibilidade de desligamento ou direcionamento de clientela pelo só fato do afastamento por doença; acesso à rotina de trabalho comandada pelo algoritmo; e direito à sindicalização.

4. Conclusões

É inegável que o modo de produzir, a forma de inserção nas empresas e de relacionamento laboral sofreram transformações significativas, que levam ao questionamento sobre a natureza de inúmeros vínculos de trabalho e do tipo adequado de proteção.

Todavia, também é inegável que os conceitos de dignidade e do valor social do trabalho também evoluíram e que a história, nos vários contextos em que os fatos e circunstâncias transcorreram, oferece lições que não podem ser esquecidas.

Aplicar o velho ao que é novidade, é próprio do ser humano, que se caracteriza pela contradição: ao mesmo tempo em que quer transformar o mundo, também quer se apegar a soluções já consolidadas.

Como lembrado no início deste artigo, o trabalho tratado como mercadoria não deu certo no século XIX e gerou convulsões sociais estancadas somente no início do século XX. Insistir no retorno a um tratamento que não deu certo para contornar a incapacidade de inclusão e pode impactar a paz social não é opção razoável.

Como também lembrado no retrospecto histórico, a garantia da dignidade da pessoa humana foi o resultado mais latente dos horrores da segunda grande guerra e o período que vai de 1945 até os anos 1970 foi de crescimento em paz social, com o trabalho dialogando com a economia. Foi, seguramente, aquele que produziu melhores resultados na distribuição de renda.

As novas tecnologias e os impactos das Revoluções 3.0 e 4.0 na economia, nos costumes sociais e na empregabilidade não têm similar na história. Mas é preciso dar um freio de arrumação no neoliberalismo, que está provocando demasiada concentração de renda em pequeníssima camada da população mundial, contra uma desigualdade social sem precedentes, com exclusão e miserabilidade crescentes. O trabalho eventual, de bico ou *gig economy*, ao mesmo tempo em que precisa ser reduzido para gerar oportunidades com estabilidade e qualidade de ocupações, precisa ser regulamentado e de forma adequada aos novos tempos.

É indubitável que os aplicativos deram oportunidade de trabalho a um enorme contingente de trabalhadores desempregados, bem como serviram para criar oportunidades melhores de trabalho para outros tantos, em comparação às antigas ocupações. A questão agora é regulamentar os trabalhos precarizados, inseridos na *gig economy* ou economia de bicos.

Diante dos rumos absolutamente adversos à valorização do ser humano e ao trabalho digno como forma de realização material e espiritual, ressurgiu a ideia de um Estado direcionador de políticas públicas (com interação na atuação social, econômica, educacional e tributária) que convirja com os interesses de todos os atores sociais, nessa hipótese, as empresas, os trabalhadores e a sociedade civil. Um Estado economicamente desenvolvimentista, concretizador de direitos sociais e promotor de políticas públicas de inclusão e investimento no seu povo, compatíveis com a realidade social. Um Estado conciliador, como propõe o art.170, da Constituição Federal, da ordem econômica com a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, para o alcance da justiça social.

Com efeito, é chegada a hora de reconhecer o valor social do exaustivo trabalho por produção dos motoristas, motociclistas e ciclistas de aplicativos e dar a esses trabalhadores a dignidade que merecem, não importa a escolha que venha a ser feita, ou seja, pelo reconhecimento do vínculo trabalhista com regulação condizente às características do trabalho, ou, sem esse vínculo, mas com proteção proporcional e adequada à parassubordinação para caracterização do relacionamento, se for esta a opção da sociedade ou a compreensão judicial. O tratamento jurídico como MEI ou a falta de fixação de um patamar remuneratório mínimo; de carga horária máxima, embora flexível; de períodos definidos de descanso ou férias; de proteção previdenciária; de impossibilidade de desligamento ou direcionamento de clientela pelo só fato do afastamento por doença; e de direito à sindicalização, com certeza não colocará esses trabalhadores no patamar de importância que têm perante a sociedade que utiliza os seus serviços, e que lhes deve solidariedade na concretização dos direitos fundamentais.

Teletrabalho

Guilherme Guimarães Ludwig

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Aspectos conceituais do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho. – 3. Teletrabalho na Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). – 4. Direito emergencial sobre o teletrabalho na pandemia (Medidas Provisórias 927/2020, 1.046/2021 e 1.109/2022). – 5. Recentes alterações pela Medida Provisória 1.108/2022. – 6. Conclusões.

1. Introdução

O mundo direciona-se na atualidade para uma nova conformação do mercado de trabalho, que passa por uma destacada influência das novas tecnologias, com o condão simultaneamente de gerar desemprego e realocação de mão de obra em mercados outrora consolidados, ao mesmo tempo permitindo a demanda por novos bens e serviços e a criação de novas empresas e profissões. Este fenômeno tem requerido a atenção dos estudiosos do mundo do trabalho, não apenas pela escala das transformações derivadas, bem como pelo potencial reflexo na precarização das relações trabalhistas.

O teletrabalho, assim considerado como viabilizado pelos meios telemáticos de comunicação, é fruto direto do impacto do processo de informatização crescente sobre o sistema de produção e as relações de trabalho. É possível perceber, todavia, em tempos mais recentes, um enorme salto tecnológico, exatamente decorrente desta Revolução Digital responsável por um ambiente ainda mais favorável à expansão deste trabalho à distância, grandemente acelerado agora diante da pandemia Covid-19 e da consequente necessidade de isolamento social.

O presente artigo objetiva a empreender uma breve análise crítica sobre a evolução da disciplina legal do teletrabalho no Brasil, que pode ser pontuada basicamente a partir do texto original da Consolidação das Leis do Trabalho e do subsequente advento das Leis 12.551/2011 e 13.467/2017, com a recente alteração pela Medida Provisória 1.108/2022. A pesquisa igualmente perpassa pela normatividade de urgência sobre o tema, presente nas Medidas Provisórias 927/2020, 1.046/2021 e 1.109/2022, todas situadas no contexto da pandemia Covid-19, como uma das principais estratégias de enfrentamento do estado de calamidade pública no mercado de trabalho.

2. Aspectos conceituais do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho

O trabalho executado no domicílio do empregado sempre esteve presente na Consolidação das Leis do Trabalho, pois seu art. 6º – em sua redação originária – indicava não haver distinção entre este tipo de trabalho e o realizado no estabelecimento do empregador, desde que estivesse caracterizada a relação de emprego. O art. 83 do mesmo diploma legal, por seu turno, já o definia exatamente em função da sua situação espacial, como aquele executado na habitação do empregado ou na oficina da família.

Como se percebe, portanto, o local da prestação de serviço nunca foi elemento de caracterização de uma relação de emprego no direito brasileiro. Em termos de sua localização no espaço, o trabalho sempre pode ser realizado tanto no estabelecimento do empregador, quanto fora deste. A título de exemplo, o art. 62 da própria Consolidação refere-se expressamente ao trabalhador externo, afastando-o da abrangência do capítulo específico relativo à duração do trabalho. De igual modo, a Lei 3.207/57 – que regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas – dispõe que as atividades de tais empregados serão reguladas pelos preceitos desta lei especial, sem prejuízo das normas da Consolidação, no que lhes for aplicável.

Em verdade, a configuração da condição de empregado leva em conta a confluência de quatro elementos básicos, dispostos no art. 3º da Consolidação: a pessoalidade, a não-eventualidade, a subordinação jurídica e a onerosidade, que passam a ser descritos aqui em modestas linhas gerais, até porque não é propósito deste trabalho esgotar ou mesmo aprofundar a fértil discussão acerca de cada um deles.

A pessoalidade representa a obrigatoriedade do contrato de emprego ser firmado por pessoa física e ser considerado *intuitu personae* em relação a este polo. De um lado, não se admite atribuir a condição de empregado a uma pessoa jurídica; de outro, não é permitido a substituição do empregado por terceiros dentro de uma relação contratual.

A não-eventualidade, em regra, significa que há uma habitualidade na prestação de serviço, afastando-se do que seja meramente pontual ou episódico. Não se exige aqui uma continuidade diária do trabalho ou mesmo uma frequência em dias específicos, mas uma constância no tempo que traga um sentido amplo de permanência da inserção do trabalhador no exercício da sua função e de suas atividades perante o empregador.

A onerosidade representa a circunstância de haver necessariamente uma contraprestação paga pelo contratante, diferenciando assim este tipo de contrato do exercício do trabalho voluntário. O empregado recebe, pela prestação de serviços efetuada, uma remuneração, de caráter alimentar, que presumidamente lhe servirá a garantir a subsistência própria e de sua família.

Por fim, a subordinação jurídica – referida no art. 3º como “dependência” – é o estado em que o empregado se situa nesta relação contratual, como consequência jurídica do exercício pelo contratante do poder diretivo patronal, nos âmbitos da organização, da fiscalização e da atividade sancionatória, prerrogativas a ele conferidas pela circunstância de assumir, por força da lei, os riscos da atividade econômica.

Nos moldes da norma celetista, deste jeito, o contrato de emprego nunca foi e nem poderia ser refratário à circunstância do trabalho realizado, no todo ou em parte, em ambiente externo. É que o poder diretivo patronal pode ser exercido independentemente do local da prestação de serviços, bastando que o comando e o correspondente controle do seu cumprimento possam eficazmente alcançar o prestador dos serviços, materializando um estado de subordinação. Em suma, presentes simultaneamente no contexto fático os quatro elementos retrocitados – seja por força das disposições expressas do contrato formal, seja diante da aplicação do princípio da primazia da realidade –, esta relação contratual será reconhecida como de emprego, independentemente do serviço prestado ocorrer ou não no estabelecimento do empregador.

Em 2011, a Lei 12.551 alterou o art. 6º da Consolidação, deixando manifesto inicialmente que esta mesma lógica aplicável ao trabalho executado no domicílio do empregado dizia respeito também, de forma ampla, a qualquer trabalho à distância. A referida lei, porém, foi ainda além. Ao incluir um parágrafo único no mesmo dispositivo, esclareceu mais uma vez expressamente que a subordinação jurídica do empregado ao seu contratante também pode ocorrer por intermédio dos meios telemáticos e informatizados.

Embora a Consolidação ajuste-se ao padrão da legislação moderna, ao adotar a técnica de normas de textura aberta, para sua atualização à dinâmica do fato social (inclusive as transformações tecnológicas) sem alteração do texto, mostra-se útil trazer uma referência expressa a esta possibilidade de exercício do poder diretivo, fazendo cessar eventuais controvérsias oriundas do apego à literalidade do enunciado normativo:

«Art. 6. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio».

Apesar de não utilizar o termo, o parágrafo adicionado ao art. 6º da Consolidação em 2011 destina-se especificamente ao teletrabalho, uma das modalidades de trabalho à distância. O vocábulo “tele” vem do grego, que remete à própria ideia de distância. Conforme já argumentamos noutro trabalho, com Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig, em que pese esta raiz etimológica, o teletrabalho não alcança tecnicamente todo tipo de trabalho à distância. Não

basta a delimitação espacial. É ainda necessário que o labor se realize pelo emprego específico de tecnologias de informação e comunicação, interagindo na própria organização como o serviço é prestado, sua pedra de toque. A questão da delimitação conceitual do teletrabalho, portanto, não envolve indagar propriamente sobre “o que é feito”, mas sim “onde e como é feito”. Em outros termos, não corresponde a uma profissão, mas um modo específico pelo qual ocorre a organização do trabalho realizado à distância¹.

Na doutrina brasileira, Luciano Martinez define o teletrabalho como «um conceito de organização laboral por meio do qual o prestador de serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento»². Já Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto enfatizam ainda que «urge que a dimensão virtual verdadeiramente prepondere ante a dimensão presencial»³. Quando se compara, portanto, com os moldes clássicos de execução nos domínios do estabelecimento patronal, a forte virtualização da presença do empregador é que trará a principal diferenciação, qualquer que seja o local geograficamente dele distante.

A referida alteração legislativa de 2011 configurou-se, portanto, como o primeiro movimento do legislador brasileiro em sentido do reconhecimento específico do fenômeno do teletrabalho. Diante disso é que se situam as precisas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Leandro Fernandez, no sentido de que, «embora não houvesse detalhamento na legislação acerca da dinâmica contratual, a orientação era inequívoca quanto à submissão às mesmas regras que incidiam em relação aos demais trabalhadores»⁴. Regra aplicável ao teletrabalho havia: exatamente as mesmas dos empregados em geral.

O avançar de uma normatização realmente específica ocorreu adiante, com a denominada “Reforma Trabalhista”, materializada pela Lei 13.467/2017, que, entre outras tantas modificações da Consolidação, introduziu o regramento do teletrabalho nos novos arts. 62, III e 75-A a 75-E.

1 G. GUIMARÃES LUDWIG, A. BARBOSA MARIANI DA SILVEIRA LUDWIG, *O teletrabalho e os aspectos evolutivos e precarizantes das novas tecnologias*, em A. PRESAS ROCHA, É RIBEIRO SAKAKI LEAL, M. CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA (org.), *Direito do trabalho e tecnologia: aspectos materiais e processuais*, Escola Judicial/TRT-5, Salvador, 2022, pp.70-71.

2 L. MARTINEZ, *Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*, LTr, São Paulo, 2018, p. 88.

3 A.U. DE SOUZA JÚNIOR, F. COELHO DE SOUZA, N. MARANHÃO, P. TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO, *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*, Riddel, San Paolo, 2017, p. 103.

4 R. PAMPLONA FILHO, L. FERNANDEZ, *Tecnologia da informação e as relações de trabalho no Brasil: o teletrabalho na Lei nº 13.467/17*, em *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Babia*, 2021, n.17, Salvador, AMATRA5, p. 204.

3. Teletrabalho na Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

A Lei 13.467/2017 trouxe, para o âmbito da Consolidação, regras sobre o teletrabalho, que serão analisadas nesta seção.

No entanto, durante a elaboração do presente trabalho, entrou em vigor a Medida Provisória 1.108, de 25 de março de 2022, que alterou esta mesma disciplina na Consolidação. Por força do art. 62 da Constituição Federal, quando verificar presentes a relevância e a urgência da matéria, o Presidente da República pode adotar este tipo de norma excepcional, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional.

A partir disso, surgem três possibilidades: a) a medida provisória em questão pode ser convertida em lei, exatamente conforme o texto original da Presidência da República; b) ser convertida em lei, com alterações pertinentes promovidas pelo Congresso Nacional; ou c) não ser convertida em lei, perdendo a eficácia desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrente.

Logo, diante da presente incerteza sobre a regulação do tema no Brasil, optamos por manter aqui a discussão em torno das regras originais pertinentes ao teletrabalho, consoante a Lei 13.467/2017, acrescentando ao final do artigo uma seção específica para tratar apenas das alterações promovidas pela Medida Provisória 1.108/2022, tal como editada pelo Presidente da República.

A partir da Lei 13.467/2017, o art. 75-B, acrescentado à Consolidação, traz a definição de teletrabalho como sendo a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, pela utilização de tecnologias de informação e de comunicação. Ao final do enunciado, porém, aponta que tais tecnologias, “por sua natureza” não devem se constituir como trabalho externo. Tal última dicção não faz sentido, pois os meios telemáticos e informatizados não correspondem a trabalho em si, mas simples mecanismos para sua realização. Ademais, quando a Consolidação se refere a trabalho externo, trata de qualquer trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador, inclusive o próprio teletrabalho, que nada mais é assim do que uma espécie daquele.

Apesar disso, a distinção em questão parece estar propositalmente casada com a simultânea inclusão de mais um inciso no art. 62 da Consolidação, que afasta de suas hipóteses a aplicação das regras constantes do capítulo da duração do trabalho. Isso significa, em termos práticos, a exclusão da incidência das regras relativas ao pagamento de horas extraordinárias, de adicional noturno, bem como concessão dos intervalos intrajornada e interjornada, entre outros direitos – com impacto direto na saúde e na segurança do teletrabalhador.

Assim é que, além das hipóteses originárias dos “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho” e dos “exercentes de cargos de gestão”, há agora a adição expressa dos teletrabalhadores a esta exceção de direitos, porém sem qualquer referência expressa à

incompatibilidade do controle de jornada. Vale dizer, são irrelevantes ao enunciado normativo condições concretas que eventualmente permitam a efetiva fiscalização dos horários.

Ocorre, todavia, que, a Constituição Federal garante aos trabalhadores em geral «duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais» e a «remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal» (art 7º, XIII e XVI). Logo, a interpretação salvacionista possível do novel art. 62, III da Consolidação, em conformidade com texto constitucional, apenas pode conduzir à conclusão de que se mantém igualmente aqui a idêntica condicionante fática da incompatibilidade com a fixação dos horários de trabalho, em estrita isonomia com qualquer outro trabalhador externo.

Consoante Sandro Nahmias Melo, embora o conceito de teletrabalho esteja ligado de forma indissociável à rotina de trabalho à distância e ao uso dos meios de tecnologia da informação e comunicação, «não pode ter seus contornos estratificados, engessados, tampouco implica em falta de controle presumido da jornada de trabalho pelo tomador de serviços».

Não bastasse a questão constitucional, não é outra a consequência a partir da interpretação sistêmica da própria Consolidação. Basta revisitar o seu já citado art. 6º, quando disciplina que «não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância». Inexiste destarte razão de ordem prática ou técnica que justifique um tratamento discriminatório em desfavor do teletrabalhador, quando as circunstâncias fáticas concretas permitam plenamente ao empregador a fiscalização da jornada.

Neste sentido, trazendo ainda o fundamento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Enunciado 71 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho pontua que:

«71. TELETRABALHO: HORAS EXTRAS. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, “e”, “g” e “h” do protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT»⁵.

5 ANAMATRA, *Reforma trabalhista: enunciados aprovados – 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) – XIX Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho CONAMAT (2018)*. Brasília, 2018. Disponível em: www.anamatra.org.br>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Avançando no regramento, há também ressalva no parágrafo único do art. 75-B, no sentido de que o teletrabalho não fica descaracterizado diante do «comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado». A redação merece reparo.

Em verdade, a não descaracterização dependerá da intensidade e da frequência com que este comparecimento se sucede. Não se tratando de algo eventual ou episódico, o teletrabalho poderá então não passar de mera extensão do labor no estabelecimento do empregador. Sobre o tema, de acordo com Carlos Eduardo Oliveira Dias, Guilherme Guimarães Feliciano, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e Manoel Carlos Toledo Filho, «a presença circunstancial do empregado no estabelecimento empresarial, só por si, não desnaturaria o regime de teletrabalho. Logo, a *contrario sensu*, se tal presença assumir uma índole intensa ou cotidiana, sim haverá a inevitável descaracterização deste regime»⁶.

Tratando-se de uma condição especial, exatamente em razão do labor ocorrer pela utilização dos meios telemáticos e informatizados, a dicção do art. 75-C da Consolidação aponta que a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do novo contrato de emprego que venha a ser pactuado, especificando-se as atividades que serão realizadas pelo empregado. Para Denise Fincato é justificada a forma expressa escrita «em razão da quantidade de temas que devem ser regrados de maneira inequívoca entre as partes, (...). Na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho»⁷.

Podem ser, entretanto, que o contrato tenha sido inicialmente ajustado em regime presencial e se deseje a alteração para o regime do teletrabalho. Ou o inverso. É certo, não obstante, que, dos corolários do princípio da proteção ao hipossuficiente econômico – nuclear do Direito do Trabalho –, o princípio da manutenção da condição mais benéfica ao trabalhador importa na preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual que lhe seja mais vantajosa.

Nesta linha, a Consolidação prescreve que, no contrato de emprego, a alteração somente é lícita se e quando realizada «por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (art. 468)». Assim o faz, porque identifica que, diante da relação assimétrica de poder na relação de emprego, existe uma maior suscetibilidade do empregado a pressões para eventualmente alterar o contrato em seu próprio prejuízo, razão pela qual o Estado intervém para reconhecer nula tal modificação.

6 C.E. OLIVEIRA DIAS, G. GUIMARÃES FELICIANO, J.A. RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, M.C. TOLEDO FILHO, *Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*, LTr, São Paulo, 2018, p. 58.

7 D. FINCATO, *Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira*, em *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 2019, n.75, v.8, Curitiba, p. 66.

No caso da alteração de contrato já vigente para o teletrabalho, a lei a reconhece, em princípio, lícita, mas exige o mútuo consentimento, informado em um aditivo contratual, conforme o parágrafo primeiro do art. 75-C.

No dispositivo seguinte, há previsão da hipótese inversa – vale dizer, da alteração em sentido do trabalho presencial –. Trata-se de redação que requer cuidado na interpretação. Ali é dito que esta alteração pode ser realizada «por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual». Logo, malgrado haja inicial referência a um permissivo de ordem unilateral pelo empregador, a posterior exigência de um aditivo contratual ao final do enunciado implica em dizer que há sim necessidade de aquiescência do empregado.

Logo, em ambos os sentidos, o empregado pode resistir à determinação unilateral de alteração do regime do contrato já em curso: é legalmente exigida a bilateralidade na iniciativa do regramento acessório.

Isso quer dizer, porém, sob outro prisma, que a Lei 13.467/2017 perdeu a oportunidade de prever a conversão para o teletrabalho como um direito de todo empregado se presente a compatibilidade do regime com a função desempenhada. Tal regra seria melhor condizente com o caráter tutelar da Consolidação e com o princípio trabalhista da norma mais favorável, que também é aplicável na fase legislativa, como critério orientador do parlamento. Não o fez assim.

Se o empregado, porém, firmar o aditivo contratual em qualquer sentido e chancelar com isso a bilateralidade, resta indagar se ainda assim poderá ser reconhecida nula esta alteração de regime, caso lhe seja manifestamente prejudicial. Dentro de uma necessária perspectiva de interpretação sistêmica do conjunto de normas trabalhistas, que leve em conta o princípio da condição mais benéfica e a regra de caráter geral contida no já referido art. 468 da Consolidação, é possível deduzir que o art. 75-C traz mera presunção *juris tantum* de ausência de prejuízo, cabendo ao teletrabalhador a demonstração do contrário nas circunstâncias fáticas do caso concreto.

Quanto à responsabilidade pelos custos dos equipamentos e da estrutura do teletrabalho, a Lei 13.467/2017 desperdiçou a oportunidade de fixar de forma clara e expressa a quem caberia tais obrigações. Apenas prescreveu que, em contrato escrito, serão previstas as regras concernentes «à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado (art. 75-D)», o que nada define em termos práticos.

É certo que, no teletrabalho, os meios telemáticos e informatizados são ferramentas essenciais e necessárias para a própria realização da prestação de serviço, da mesma forma que o maquinário se configura, por exemplo, para o empregado que trabalha presencialmente em uma indústria. Ao assumir os

riscos da atividade econômica, inclusive por força da legislação trabalhista em vigor (CLT, art. 2º), o empregador chama para si evidentemente também esta obrigação de provimento (aquisição, manutenção e fornecimento), da mesma forma que no caso do ressarcimento pelas despesas efetuadas pelo empregado durante e em decorrência da execução dos serviços. Não há diferença.

Em mesmo sentido interpretativo, observa-se igualmente que o parágrafo único deste novo dispositivo aponta: «as utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado». Embora o dispositivo seja mesmo desnecessário, porque o art. 458, § 2º, da Consolidação, já definia que não tem natureza salarial equipamentos e acessórios fornecidos e utilizados no local de trabalho para prestação do serviço, fato é que, ao reafirmar este caráter indenizatório, reforça também indiretamente a responsabilidade do empregador. No resumo, a este cabe garantir ao teletrabalhador o fornecimento, a instalação, a manutenção e o pagamento de todas demais despesas correlatas aos meios telemáticos e informatizados para a realização do serviço. Tal entendimento é referendado pelo Enunciado 70 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, nos seguintes termos:

«70. TELETRABALHO: CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XXII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT»⁸.

Descuidou a Lei 13.467/2017 de impor expressamente ao empregador a obrigação de providenciar capacitação adequada ao empregado para a utilização dos meios telemáticos e de informação. Tendo em vista o reconhecimento do sentido de utilidade para o serviço, porém, também as despesas de formação para utilização ficam a cargo do empregador, devendo este naturalmente se responsabilizar por qualquer dano resultante do mau uso em caso de capacitação inexistente ou mesmo insuficiente. Em outra mão, pelo mesmo fundamento de sua natureza, a partir de quando fornecidos os equipamentos e a estrutura para o exercício do teletrabalho, o empregado não lhes deve dar destinação alheia a este propósito, sob pena de responder por decorrentes danos e depreciação.

Quanto à proteção à saúde e à segurança do teletrabalhador, a Lei 13.467/2017 disciplinou apenas que é dever do empregador «instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho (art. 75-E)». Por outro lado, uma vez cumprido tal dever patronal, a lei acrescenta, no parágrafo único do mesmo dispositivo, a obrigação correspondente do empregado de «assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador».

8 ANAMATRA, *op. cit.*

Trata-se aqui, novamente, de acréscimo normativo desnecessário, pois, desde 1977, o comando do art. 157, II da Consolidação já atribui dever a todo empregador de «instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais», enquanto que o art. 158 disciplina que cabe ao empregado «observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior». Recorde-se, a propósito, que a Consolidação ainda trata como ato faltoso do empregado a recusa injustificada «à observância das instruções expedidas pelo empregador (art. 158, parágrafo único)». Havendo norma relativa ao caso geral, esta se aplica também diante da omissão da regra especial.

Em realidade, a única inovação legal aqui promovida pela Lei 13.467/2017 é inversamente em sentido de proteger o empregador, ao exigir do empregado um termo de responsabilidade. Embora destinada a atualizar a legislação trabalhista, a lógica do novo dispositivo aparenta recuar na evolução do tema da responsabilidade civil patronal, fixando-se apenas, em última análise, na culpa do próprio teletrabalhador diante do acidente de trabalho, por sua imprudência, negligência ou imperícia.

Nada afasta, no entanto, a responsabilidade do empregador de zelar pela higidez das condições de trabalho. Neste sentido, inclusive, torna-se importante destacar o Enunciado 72 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

«72. TELETRABALHO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOSA. mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil»⁹.

No que diz respeito ao meio ambiente de trabalho, o empregador tem um papel muito mais complexo e proativo, a partir do dever essencial de preservar a saúde e a integridade física do trabalhador, com todas as medidas e providências ao seu alcance, em homenagem ao princípio da prevenção e em cumprimento à regulação específica. Todo empregado, inclusive o teletrabalhador, tem direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado, seguro e saudável, o que deve ser promovido pelo empregador, em observância de suas obrigações de adequação e fiscalização. É o que se verifica no Enunciado 83 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

9 ANAMATRA, *op. cit.*

«83. TELETRABALHO: CONTROLE DOS RISCOS LABOR-AMBIENTAIS.

O regime de teletrabalho não exige o empregador de adequar o ambiente de trabalho às regras da NR-7 (PCMSO), da NR-9 (PPRA) e do artigo 58, § 1º, da lei 8.213/91 (LTCAT), nem de fiscalizar o ambiente de trabalho, inclusive com a realização de treinamentos. exigência dos artigos 16 a 19 da Convenção 155 da OIT»¹⁰.

Exceção feita ao dever de instrução, a norma silencia quanto a estas responsabilidades específicas do empregador de manter um meio ambiente saudável de teletrabalho.

Não trata sobre o dever, por exemplo, de evitar o isolamento do teletrabalhador, possível causa de adoecimento no trabalho à distância. Uma vez isolado, este empregado pode passar a ser privado do potencial positivo agregador que o trabalho exerce sobre os indivíduos em sociedade, em favor da manutenção de sua saúde mental e psíquica. De outro lado, dificulta o direito à desconexão, eliminando a clareza de fronteiras entre trabalho e residência, elevando inclusive o risco de esgotamento físico e mental, especialmente quando combinado com jornadas extenuantes.

Quanto ao tema, Fernanda Marders e Bárbara Michele Morais Kunde reconhecem o repouso como a mais típica expressão do direito à desconexão, advertindo que «em se tratando de teletrabalho, sabe-se que esta desvinculação torna-se um pouco mais complexa, já que a tecnologia acaba por ancorar a vida do trabalhador, aumentando a sua dedicação ao trabalho, muitas vezes, sem que perceba»¹¹. Em razão disso a pertinente lição de Célio Pereira Oliveira Neto, para quem “devem ser respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, valendo a autodeterminação e liberdade do trabalhador no gozo do seu tempo de descanso e lazer, que deve ser efetivo com o teletrabalho”¹².

Igualmente nada se disciplina na Lei 13.467 sobre o direito do teletrabalhador à garantia de privacidade na residência, devendo lhe ser igualmente asseguradas condições estruturais que evitem a devassa do ambiente e do convívio em família. Tampouco se trata ali em 2017 do relevante tema da representação sindical neste caso, que envolve questões próprias, tais como, a guisa de ilustração, a configuração da base territorial em que o serviço é prestado, elemento fundamental para fixação do enquadramento do teletrabalhador.

Como se observa, portanto, em que pese a relevância do tema no ambiente dos novos formatos de relação de emprego diante da Revolução Digital, a

10 *Idem.*

11 F. MARDERS, B.M. MORAIS KUNDE, *O direito à desconexão no teletrabalho como concretização do princípio da igualdade na sociedade contemporânea*, em L. DE MELLO REZENDE CONALGO, J.E. DE RESENDE CHAVES JR., M. MARTÍN PINO ESTRADA, (coord.), *Teletrabalho*. São Paulo, LTr, 2017, p. 132.

12 C. PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*, LTr, São Paulo, 2018, p. 124.

regulação do teletrabalho oriunda da Lei 13.467/2017 deixou em aberto lacunas importantes, concernentes especialmente à tutela do teletrabalhador, seja pela inexistência de regras específicas em determinados temas, seja pela redundância de conteúdo das existentes quanto aos preceitos gerais da Consolidação. Há, por outro lado, necessidade de interpretação e aplicação dos novos dispositivos em conformidade com a Constituição e os princípios gerais do Direito do Trabalho.

4. Direito emergencial sobre o teletrabalho na pandemia (Medidas Provisórias 927/2020, 1.046/2021 e 1.109/2022)

Em paralelo à normatização da Consolidação das Leis do Trabalho e no contexto específico do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), adveio inicialmente a Medida Provisória 927/2020.

Esta norma de urgência trouxe um cardápio de medidas que visavam a equacionar extraordinariamente os conflitos trazidos com o isolamento social, a partir de duas premissas: em primeiro lugar, a necessidade de manter postos de trabalho e direitos trabalhistas; em segundo, a necessidade de assegurar a produção e a prestação de serviços, garantindo a sobrevivência das empresas.

Segundo a exposição de motivos da Medida Provisória, o teletrabalho deveria ser adotado por duas razões. Por um lado, diante da urgência de isolamento dos empregados em suas próprias residências, o que impunha a necessidade de adoção, em larga escala, das tecnologias de informação e comunicação para garantir a manutenção da prestação de serviços. Por outro, porque se configurava, nas atividades possíveis e havendo os meios necessários, como a forma de trabalho mais adequada ao estado de emergência, na medida em que possibilitava o exercício do trabalho na própria residência do empregado.

No geral, as principais diferenças do teletrabalho previsto nos arts. 4º e 5º da MP 927, quando comparado com o regime permanente celetista, refletem justamente este próprio status da emergência.

O art. 4º da Medida Provisória inicia equiparando conceitos distintos, ao apontar que, para cumprimento de seus fins normativos emergenciais, são equivalentes o teletrabalho, o trabalho remoto e o trabalho a distância: todos correspondendo à «prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo». A norma provisória, portanto, não identifica trabalho remoto ou à distância que independam dos meios telemáticos e informatizados.

Por outro lado, permite ao empregador, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, sem acordo individual ou coletivo e sem registro prévio da alteração no contrato, exigindo-se somente que o empregado seja notificado, por escrito ou por meio eletrônico, em 48 horas.

Não há falar em nulidade exatamente diante do contexto de excepcionalidade da pandemia, uma vez que, «embora se trate de alteração unilateral, o afastamento do empregado do ambiente de trabalho, no contexto de prevenção do risco de contágio e propagação do vírus, mostra-se amplamente favorável ao empregado e mesmo como uma medida de tutela de sua saúde e de sua segurança»¹³. Some-se que aqui um tratamento análogo àquele geral previsto na Consolidação, ao permitir a transferência do empregado quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar (art. 469, §2º), embora o contexto pandêmico refira-se distintamente a um caráter meramente provisório desta inviabilidade de funcionamento da empresa.

Estabelece também um prazo de até 30 dias da mudança do regime, destinado a fixar em contrato as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos e da infraestrutura, aqui sendo cabível a mesma crítica efetuada anteriormente quanto à disciplina permanente presente na Consolidação. De acordo com Homero Batista, sobre a preocupação com a definição sobre tal incumbência, «por óbvio, as ferramentas da profissão no âmbito do contrato de trabalho subordinado recaem sobre o empregador, sendo imprópria qualquer tentativa de compartilhamento dos custos ou dos riscos»¹⁴.

É prescrito ainda que, caso o empregado não os possua, o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar pela infraestrutura, sem configurar salário utilidade, por se configurarem como instrumentos necessários à realização do trabalho. Na hipótese da impossibilidade do oferecimento em comodato, todavia, haverá consequência jurídica severa para o empregador: «o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador».

Note-se que, noutro ponto, a medida de urgência apresenta uma aparente contradição, pois, embora reconheça também aplicável o art. 62, III, afirma ao mesmo tempo que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à

13 G. GUIMARÃES LUDWIG, *Medidas trabalhistas emergenciais no estado de calamidade pública: uma análise constitucional e sistemática das Medidas Provisórias 927, 936, 944, 945 e 946/2020*, em www.andt.org.br/f/MEDIDAS%20TRABALHISTAS%20EMERGENCIAIS%20NO%20ESTADO%20DE%20CALAMIDADE%20PU%CC%81BLICA%20+.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

14 H. BATISTA, *Legislação trabalhista em tempos de pandemia: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 32.

disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo. Se é possível identificar o tempo de utilização destes meios telemáticos e informatizados fora do ambiente laboral, por consequência não há nenhuma dificuldade de aferir o inverso, reforçando-se, portanto, o cabimento do pagamento das horas extraordinárias.

Por fim, estende a possibilidade de adoção do teletrabalho e à distância para aprendizes e mesmo para os estagiários. Quanto aos primeiros – que ajustam um contrato de trabalho especial com o empregador –, é necessário observar a efetiva compatibilidade com a formação técnico-profissional metódica, referida no art. 428 da Consolidação. Vale dizer, identificar se há a viabilidade de tal formação ocorrer pelos meios telemáticos. Quanto aos estagiários – cujo termo de compromisso entre o educando e a parte concedente do estágio não gera vínculo de emprego –, seria mais tecnicamente adequado do que tratar como teletrabalho, dizer tão somente que este aprendizado de competências pode se dar pelos mesmos meios informatizados.

Devido à ausência de conversão em lei, a Medida Provisória n. 927 teve vigência delimitada entre 22/03 e 19/07/2020, com encerramento pelo Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 92, de 2020. Adiante, a Medida Provisória 1.046 repetiu a mesma disciplina emergencial sobre o teletrabalho, com também vigência delimitada entre 27/04 e 07/09/2021, com encerramento pelo Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 61, de 2021. Em 25 de março de 2022, por fim, foi publicada a Medida Provisória 1.109, que mais uma vez replica as regras do teletrabalho na pandemia, sendo encaminhada para o Congresso Nacional para conversão em lei.

5. Recentes alterações pela Medida Provisória 1.108/2022

Conforme já referido, enquanto este trabalho estava sendo redigido, foi publicada a Medida Provisória 1.108, de 25 de março de 2022, que alterou parcialmente a regulação do teletrabalho, originariamente disposta pela Lei 13.467/2017. Esta norma excepcional possui força de lei (Constituição Federal, art. 62) e deve ser submetida imediatamente pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, para conversão em lei, quando podem ser mantidos ou não os enunciados originais. Caso, no entanto, não seja convertida em lei no prazo de sessenta dias (prorrogáveis, por igual período), perderá a eficácia desde a edição, cabendo ao Parlamento disciplinar as relações jurídicas decorrentes no período de vigência.

É possível inicialmente questionar a constitucionalidade em termos formais desta medida provisória, uma vez que o tema, em princípio, não parece exigir a necessária urgência. Observe-se que não se trata, por exemplo, de norma a reger a situação excepcional da pandemia; mas, em princípio, simplesmente alterar normas de caráter permanente, com eficácia imediata, embora sem o necessário

e desejável amadurecimento prévio do processo legislativo no Parlamento – o que só ocorrerá, conforme o caso, *a posteriori*.

Quanto ao risco de eventual não conversão em lei, destaque-se o recente exemplo, na área trabalhista, da Medida Provisória 905, de 11 de novembro de 2019, que criava o denominado “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”, modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, norma cujo prazo de vigência foi encerrado no dia 18 de agosto de 2020. Daí mais uma vez a importância de que a iniciativa da Presidência da República tivesse se dado agora por projeto de lei, com a tramitação ordinária nas duas Casas do Parlamento e sem o risco de sucessivas idas e vindas da regulação, em prejuízo da segurança jurídica de trabalhadores e empresas.

A presente Medida Provisória altera basicamente os art. 62, 75-B e 75-C, além de acrescentar o art. 75-F no texto da Consolidação.

Na alteração do art. 75-B, inclusive com a adição de diversos parágrafos, a norma excepcional trata o trabalho remoto como sinônimo de teletrabalho – como o fizeram as normas de emergência –, passando aquele a ser também conceituado pela utilização de tecnologias de informação e comunicação, no que restringe consequentemente seu alcance. Amplia também o conceito de teletrabalho para alcançar os casos “híbridos”: aqueles em que tal utilização sequer seja preponderante ou possa mesmo haver comparecimento habitual às dependências do empregador para realização de atividades específicas. Exclui, porém, do conceito legal as ocupações de operador de telemarketing ou de teleatendimento, hipóteses estas de natureza inequívoca de teletrabalho.

Assim, a partir da Medida Provisória 1.108/2022, para que seja aplicável a disciplina celetista do teletrabalho, basta que alguma parte (ainda que menor) das atividades do empregado seja realizado fora das dependências do empregador, por intermédio dos meios telemáticos e informatizados, exceto nos casos de telemarketing/teleatendimento.

A norma de exceção promove também uma relevante transformação normativa, ao passar a distinguir a disciplina do teletrabalho conforme a modalidade de remuneração estipulada, atrelando ineditamente esta regra contratual a reflexos drásticos diretos sobre a jornada de trabalho. Deste modo, se o teletrabalhador tiver seu salário calculado por produção ou tarefa, passa a estar automaticamente enquadrado na nova hipótese do art. 62, III. Aproveita-se aqui nesta análise inicial, a propósito, os mesmos anteriores argumentos quanto à interpretação conforme a Constituição do dispositivo de 2017. Vale dizer, o ponto essencial será igualmente perquirir se há ou não a possibilidade da fiscalização da jornada: cabível o controle, não há como negar o direito constitucional ao pagamento pelas horas extraordinárias e outras vantagens relacionadas à duração da jornada.

No entanto, na via reversa, o dispositivo traz uma consequência verdadeiramente inusitada, porquanto, caso o empregado tenha seu salário calculado por unidade de tempo, mas não exista como efetivamente fiscalizar sua jornada, não são apontados quais critérios objetivos seriam adotados para quantificar eventuais horas extraordinárias. Aliás, lembre-se que é justamente esta impossibilidade concreta de mensuração que exige a compatibilidade constitucional dos incisos I e III do art. 62 da Consolidação. Em uma primeira análise, a solução do impasse pode, por exemplo, ser eventualmente alcançada pela fixação de horas extraordinárias por estimativa, em sede de negociação coletiva.

Noutra passagem, a Medida Provisória 1.108 traz para a Consolidação a regra emergencial da pandemia – acima analisada –, pela qual o tempo de uso dos equipamentos fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição do empregador, acrescentando que tampouco o serão regime de prontidão e de sobreaviso, salvo diante de acordo individual ou norma coletiva em sentido contrário. De igual modo, busca incorporar em caráter permanente a permissão da adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes, cabendo aqui as mesmas críticas já efetuadas às Medidas Provisórias 927/2020, 1.046/2021 e 1.109/2020 neste particular.

A norma assegura ainda que o acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais. Em princípio, tal dispositivo parece nada acrescentar em termos de regulação trabalhista, uma vez que tal acordo era e é desde sempre permitido no espaço cabível à autonomia privada da vontade das partes, desde que respeitado o patamar mínimo de direitos. No entanto, diante da possibilidade remanescente do afastamento das regras relativas à duração do trabalho na Consolidação, pode se entender que a alteração reforça a eventual possibilidade de fixação da jornada, ainda que se trate de salário por produção ou tarefa, sem efetiva possibilidade de fiscalização pelo empregador.

Como efetiva inovação de relevo na disciplina, define-se noutro dispositivo a questão relativa à base territorial da categoria profissional dos teletrabalhadores, independentemente do local onde instalados os meios telemáticos e de informação. Fica reconhecida assim expressamente a aplicação da norma coletiva correspondente ao local do estabelecimento de lotação do empregado, o que evidentemente define, por pressuposto, o próprio enquadramento sindical dos teletrabalhadores.

Ainda no âmbito dos desafios emergentes da regulação do teletrabalho em sua relação espacial, outro novo dispositivo trata especificamente da questão do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional. Neste particular, aplica lógica similar à constante da Lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, ou seja, a aplicação da legislação brasileira. Porém, retira o condicionante fundamental de que esta aplicabilidade apenas

ocorra quando mais favorável do que a legislação externa. De todo modo, como a nova regra faz referência expressa à “opção do empregado”, parece clara a possibilidade de aplicação da regra geral constante da Lei 7.064/82 diante da hipótese inversa de iniciativa patronal, o que comporta eventual incidência de legislação estrangeira mais vantajosa à tutela do trabalho.

Também em caso de opção do empregado pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, dentro ou não do Brasil, a nova regra diz que ele ficará responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, salvo disposição das partes em contrário. Ainda que se trate de iniciativa obreira, parece, em princípio, que há um nítido destoamento do art. 2º da Consolidação, que define o empregador como o que assume os riscos da atividade econômica, inclusive, por certo, tais custos para viabilizar a estrutura necessária ao desempenho do trabalho.

Por fim, a Medida Provisória 1.108/2020 traz a regra tutelar que confere prioridade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto em duas situações: a) aos empregados com deficiência; e b) aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade.

Cabe a ressalva de que, por uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade, ambas independem do gênero do empregado, embora apenas a segunda se refira a “empregados e empregadas”. Por outro lado, em seu conjunto integrado, o dispositivo parece apresentar uma restrição injustificável, em termos do mesmo princípio isonômico, em relação aos pais de pessoas com deficiência, cuja necessidade de cuidados especiais independem muitas vezes de limitação etária. Reclama, assim, um tratamento análogo que os inclua na ordem prioritária.

6. Conclusões

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. O teletrabalho não alcança tecnicamente todo tipo de trabalho à distância, pois não basta a delimitação espacial do labor, mas que este se dê pelo emprego específico de tecnologias de informação e comunicação, interagindo na própria organização como o serviço seja prestado. A questão da delimitação conceitual do teletrabalho, portanto, não envolve indagar propriamente sobre “o que é feito”, mas sim “onde e como é feito”. Não corresponde a uma profissão, mas a um modo específico de organização do trabalho realizado à distância.
2. Em que pese a relevância do tema no ambiente dos novos formatos de relação de emprego diante da Revolução Digital, a regulação do teletrabalho oriunda da Lei 13.467/2017 deixou em aberto lacunas importantes, concernentes especialmente à tutela do teletrabalhador, seja pela inexistência de regras

específicas em determinados temas, seja pela redundância de conteúdo das existentes quanto aos preceitos gerais da Consolidação. Há também necessidade de interpretação e aplicação dos novos dispositivos em conformidade com a Constituição e os princípios gerais do Direito do Trabalho.

3. Durante a pandemia, o teletrabalho mostrou-se adequado por duas razões: por um lado, diante da urgência de isolamento dos empregados, o que impôs a necessidade de adoção, em larga escala, das tecnologias de informação e comunicação para garantir a manutenção da prestação de serviços; por outro, porque se configura, nas atividades possíveis e havendo os meios necessários, como a forma de trabalho mais adequada ao estado de emergência, uma vez que possibilita o exercício do trabalho na residência do empregado.
4. A Medida Provisória 1.108/2020, mesmo ainda sem o necessário amadurecimento do processo legislativo ordinário, promove relevantes alterações na disciplina do teletrabalho trazida com a Lei 13.467/2017, remodelando o próprio conceito de teletrabalho, que passa a independe da preponderância da prestação de serviços à distância, além das distintas modalidades de pagamento do salário (por jornada ou por produção ou tarefa) poderem agora influenciar o regime correspondente à jornada de trabalho.

Trabalho e políticas públicas na Amazônia¹

Georgenor de Sousa Franco Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. As políticas públicas no Brasil. – 2.1. Trabalho e desenvolvimento econômico na Amazônia. – 3. Controle judicial das políticas públicas da proteção ao trabalho na Amazônia. – 4. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo busca relacionar a proteção do trabalho tradicional na Amazônia com a efetivação de políticas públicas, seja de forma preventiva, através da educação e fiscalização ou repressivamente através da punição judicial dos agentes infratores, os quais, demonstrar-se-á, recuam nas suas atividades de exploração com a presença Estatal.

A proteção ao trabalho, não obstante às mudanças legais ocorridas em anos recentes, tanto no Brasil, quanto no restante do mundo, diz respeito a um dos pontos mais relevantes da atuação estatal. Por sua vez, a essa atuação tem sido fortemente discutida no âmbito do debate doutrinário, geralmente enfeixada sob o tema das políticas públicas. Disso resulta que a ligação entre efetivação de políticas públicas e trabalho se constitui um tema relevante.

A Amazônia brasileira, hoje como ao longo de sua história, é o lugar de grande diversidade de tipos de trabalho, tipos estes que em muitos casos estão diretamente relacionados com o meio ambiente natural específico, o ecossistema ou tipo de recursos naturais explorados, dada a própria base da economia da região e que muitas vezes definem categorias profissionais tais como pescadores, extrativistas, garimpeiros, peões de fazenda, marisqueiros, seringueiros, agricultores e que convivem e até se confundem com assalariados rurais ou urbanos com relação de trabalho formalizada em termos legais. Não é incomum que um mesmo indivíduo inclusive transite entre essas categorias. Essas categorias de trabalho aparentemente se encontram numa zona cinzenta de controle dada

1 De início, a por dever de absoluta Justiça, consigno especial registro de agradecimento e elogio à minha aluna e orientanda no Mestrado em Direito Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA), Profa. e Advogada Roberta Dantas de Sousa, Bolsista da CAPES, sem cuja a colaboração efetiva, dedicada e competente este estudo não teria chegado a ser elaborado.

sua complexidade e as dimensões amazônicas. São esses tipos que definiremos como tradicionais.

Nessa perspectiva, torna-se relevante para este artigo desenhar os principais contornos da discussão sobre políticas públicas de proteção ao trabalho, inicialmente, para em seguida avaliar sua forma de articulação com a questão do trabalho tradicional na Amazônia.

Tendo em vista esse objetivo a pesquisa está baseada em ampla revisão bibliográfica sobre a efetivação de políticas públicas, tema da sua primeira parte, bem como num estudo da bibliografia sobre o desenvolvimento econômico da Amazônia no que ressalta os tipos de trabalho e suas determinações, abordando ainda o tema da educação e da fiscalização, tema da segunda parte. A terceira e última parte deste estudo apresenta uma pesquisa jurisprudencial reunindo casos em que esses tipos de trabalho são objeto de demanda pelos atores.

Conclui-se assinalando que, em razão da fragilidade da efetivação de políticas educacionais e fiscalizadoras, bem como das dificuldades de acesso à justiça, os trabalhadores tradicionais estão desprotegidos e a atuação do Estado na proteção do trabalho tradicional é ineficaz.

2. As políticas públicas no Brasil

O Estado Brasileiro traz expressamente em seu texto constitucional a previsão de objetivos fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos, proteção dos direitos sociais, conservação da soberania, busca de soluções pacíficas dos conflitos através da harmonização interna e internacional das relações, entre tantos outros. Tais dispositivos que caracterizam o Brasil como um Estado Democrático, que busca a efetivação de valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento econômico e social, garantia de igualdade, liberdade e justiça.

Ocorre, no entanto, que a efetivação de tais disposições necessita de uma intervenção estatal controlada, com a participação da sociedade civil, que, através de um programa planejado e multidisciplinar, seja capaz de colimar interesses complexos e divergentes a fim de se alcançar os objetivos fundamentais dispostos no texto constitucionais.

Assim, essa intervenção estatal tem um objetivo que para Badin seria²:

«a discussão sobre os fins últimos da ação estatal é sem dúvida nenhuma parte essencial da construção democrática e comunicativa do interesse público, desde seu nível mais abstrato (welfarismo ou rawlsianismo) até prático (construir escola ou asfaltar rua?)».

Acrescenta-se que este fim deve, independentemente do interesse a ser atendido, estar pautado nas disposições constitucionais e ser implementado pelo próprio Estado, face a previsão de objetivos fundamentais constitucionais

2 A. S. BADIN, *Controle das Políticas Públicas*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 93.

inseridos na Lei Maior – ainda que como princípios normatizados – esse objetivo só pode ser concretizado através da utilização de um instrumento chamado de políticas públicas.

O tema pode parecer, à primeira vista, diretamente ligado a questões sociais ou políticas, mas, ao passo que o texto constitucional positivou princípios, atribuiu-lhes normatividade, tornando-os exigíveis e portanto passíveis de controle jurisdicional – independentemente se o ato estatal for omissivo ou comissivo, positivo ou negativo – a atuação estatal se reveste de um protagonismo, de relevância jurídica, que gira em torno do controle de sua atuação, que logicamente se dará através de uma atuação judicial.

Justamente por esta discussão, mister se faz destacarmos alguns conceitos de políticas públicas.

Felipe de Melo Fonte³ propõe como conceito de política pública: «um conjunto de atos e fatos jurídicos que tem por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública». Tal conceito ao trazer a inclusão do termo *fato jurídico* traz dúvidas quanto à possibilidade de um fato natural ou humano poder gerar efeitos no âmbito jurídico. Ocorre, no entanto, que, no contexto da pandemia causada pela Covid-19 (Sars-Cov2), verificou-se que mesmo se tratando de um fato natural, este foi capaz de gerar efeitos de forma a não só influenciar, mas transformar diametralmente a atuação estatal.

Para Fábio Konder Comparato⁴, políticas públicas seria «conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado», deixando claro que *atos* são distintos de *normas*, podendo um *ato* ser incompatível com as disposições constitucionais que vinculam a ação do Estado, mas não havendo neles quaisquer inconstitucionalidades, tal posição sofre críticas justamente em razão da possibilidade de controle constitucional de políticas públicas⁵.

Já para Barcellos⁶, políticas públicas seriam a atribuição da

«Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação dos serviços, etc... Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas».

3 F. DE M. FONTES, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 2015, 2ª ed., p. 130.

4 F. K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, em *Revista dos Tribunais* n.º 77, 1997, p. 320.

5 <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6006336/100050802727180011-mg-1000508027271-8-001-1/inteiro-teor-12142272?ref=amp>

6 A. P. DE BARCELLOS, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, em *Revista de Direito Administrativo* 2005, v. 240, p. 239.

Pode-se perceber a existência de certa complementariedade entre os conceitos aqui citados, sem se discutir os mecanismos de definição/escolha das políticas públicas a serem adotadas, parece necessário identificar os elementos que sustentam sua implementação, e para tal, temos o entendimento de Felipe de Melo Fontes⁷ ao definir o orçamento, o planejamento e a discricionariedade administrativa, como sendo os três elementos sustentadores da efetivação das políticas públicas.

Partindo de uma interpretação sistemática do disposto nos artigos 3º e 6º do Texto Constitucional de 1988, bem como da discussão, que busca um conceito de política pública como um instrumento de efetivação da atuação estatal, desde já se pode admitir que é através da utilização deste instrumento, que o Estado poderá desenvolver a proteção do trabalho tradicional na Amazônia, como forma de concretizar um direito fundamental social.

É claro que ao longo de décadas tivemos inúmeras tentativas do Estado de proteger o trabalho na Amazônia, no entanto, o rico debate sobre o conceito de políticas públicas e seu atrelamento à legalidade apresenta novos elementos que identificam uma lacuna quanto à efetivação da proteção ao trabalho tradicional na Amazônia.

Como sabido, os direitos e garantias fundamentais estão dispensados no Título II da Constituição de 1988, sendo os Direitos Sociais um Capítulo dentro do Título II. Assim, verifica-se que o trabalho constitui um direito social por aplicação de critério material, por vir expressamente elencado no artigo 6º da Constituição de 1988. Sob esse prisma, Ingo Sarlet⁸ o considera como

«um direito prestacional (portanto o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma face de cunho negativo) tem por objeto precípua conduta positiva do estado (ou particulares destinatários da norma) consistente numa prestação de natureza fática».

Neste texto, o tema de interesse é a proteção ao trabalho mediante a implementação de políticas públicas, garantindo seu desenvolvimento, independente da opção política adotada, sempre observando as necessidades sociais e os condicionantes ambientais locais.

2.1. Trabalho e desenvolvimento econômico na Amazônia

A lenta caminhada da humanidade fez com que, ao longo dos séculos, os processos de transformação nas sociedades dessem origem a diferentes formas de Estado. Assim é que se pode falar, atualmente, de Estado Antigo (Grego e

7 F. DE M. FONTES, *op. cit.*, p. 77.

8 I. W. SARLET, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, 6ª ed., p. 212.

Romano), segundo Meirelles⁹, Feudalismo e Capitalismo, conforme Habermas¹⁰, até alcançar a definição de Estado que conhecemos hoje, que academicamente já se discute vivermos no período da Pós-Modernidade, segundo Souza¹¹ *apud* Sarup, onde tornou-se premente estabelecer regras mínimas que garantissem aos homens uma coexistência mais ou menos pacífica.

Segundo Castro¹²,

«a história da América Latina e do Brasil se inscreve pela exploração intensiva de recursos naturais; ao longo do tempo suas economias foram sustentadas pela extração de recursos e sua exportação, e quanto mais ricos em recurso do solo e subsolo, parecem mais atraídos por esse tipo de atividade altamente perniciosa e de sacrifício à natureza».

Ainda segundo Castro¹³, esse processo de colonização com práticas extrativistas desenvolveu uma desigualdade social, em parte decorrente do fato do produto extrativista não ser destinado ao consumo ou mercado interno.

Loureiro¹⁴, ao tratar o tema, aponta que a ocupação e uso das terras amazônicas foram desenvolvidas pelos povos tradicionais que utilizavam instrumentos rústicos para obter produtos para autoconsumo e para o mercado através de uma relação livre, plantavam suas roças, da mata o extrativismo vegetal e a caça, dos rios pescavam peixes, vendendo seus excedentes e justamente por isso as relações de trabalho eram menos estruturadas e monetarizadas. Aduz que «a principal força que impulsionava as atividades produtivas que aí se desenvolviam era, como nas demais áreas amazônicas, a força humana». No entanto o que se via, era uma implementação de políticas mais voltadas para o capital, e pouco preocupada com a proteção do trabalho.

Não há como se ignorar que, no Brasil, do ponto de vista constitucional foi através da Constituição de 1988, em seu Título II que a proteção do trabalho, como direito fundamental, passou a ser tutelado. No entanto, apesar da previsão de ordem constitucional, verifica-se na verdade uma temerária atuação estatal na implementação de políticas públicas dirigidas à proteção do trabalho tradicional na Amazônia, principalmente na última década, que, ao invés de buscar a concretização e a universalização dos direitos, ao revés se vê um avanço

9 W. MEIRELLES, *Políticas Públicas e Sustentabilidade na Amazônia*, Editora Valer, Manaus, 2012, p. 97.

10 J. HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, Editora Unesp, São Paulo, 2016, p. 208.

11 E. M. DE SOUZA, *Pós-modernidade nos estudos organizacionais: equívocos, antagonismos e dilemas. Cadernos EBAPE.BR* [online]. 2012, v. 10, n. 2 [Acessado 4 junho 2021], pp. 270-283. em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000200003>>. Epub 17 Jul 2012. ISSN 1679-3951. <https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000200003>.

12 E. M. R. CASTRO, *Territórios em Transformação na Amazônia- saberes, rupturas e resistências*, NAEA, Belém, 2017, p. 26.

13 E. M. R. CASTRO, *op. cit.*, p. 26.

14 V. R. LOUREIRO, *Amazônia: estado, homem, natureza*, Cultural Brasil, Belém, 2014, p. 104.

da implementação da atuação estatal na defesa de um ideário neoliberalista no Brasil, tanto que Liberati¹⁵ aduz:

«O ideário neoliberal trouxe, como consequência, na sociedade brasileira, uma triste e longa história de dependência e subordinação ao capital internacional. O resultado disso se reflete, frontalmente, no exercício de direitos sociais, pela ausência de políticas públicas e vem expresso no acirramento das desigualdades sociais, na desregulação dos direitos fundamentais, em especial o direito do trabalho, e no agravamento da pobreza, da exclusão e da violência».

Roberto Santos¹⁶, em 1995, já identificava uma crise instalada quanto a inúmeras questões relacionadas a Amazônia. Escreveu o saudoso jurista e economista brasileiro:

«alterações demasiado rápidas em seu modo de vida, nos valores, e em todas as variadas espécies de relações sociais, a partir do final dos anos sessenta, deprimindo ou cristalizando os baixos padrões de existência dos habitantes, degradando a natureza e suscitando no resto do país e no resto do mundo fundado receio de desastre».

E é esta preocupação que explica a constante necessidade de debate da proteção do trabalho na Amazônia, por ter sido, e por ainda ser hoje, objeto de inúmeros estudos, uns relativos às atividades laborais em si mesmas, outros relativas aos tipos de trabalho e suas relações com o ecossistema e as populações tradicionais, outros ainda, analisando sociologicamente as transformações que o trabalho tradicional tem sofrido enorme dano a partir das intervenções decorrentes do processo de colonização até os dias atuais, além dos efeitos desse trabalho tradicional no meio ambiente.

Quando Santos¹⁷ indica as modalidades e condições do produtor primário na Amazônia informando que «(...) ao lado das tradicionais relações de produções existentes – como a do aviamento¹⁸ – outras se formaram no período recen-

15 W. D. LIBERATI, *Políticas públicas no Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2013, p. 105.

16 R. A. O. SANTOS, W. PAUL (org), *Amazônia Perante o Direito Problemas Ambientais e Trabalhista*, UFPA, Belém, 1995, p. 2 e 3.

17 R. A. DE O. SANTOS, *Relações de trabalho na Amazônia rural*, em *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, 1997, Campinas, SP, n. 9, p. 22-34. Acesso em 27 de maio de 2021 <https://hdl.handle.net/20.500.12178/114790>.

18 R. SANTOS, *O desenvolvimento da Amazônia e seus reflexos sobre as relações de trabalho: campesinato e conflito*, em *Revista do TRT da 8ª Região em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*, Belém, 2012, n. 89, v. 45, p. 227-233 «(...) é um sistema de crédito informal, pelo qual in indivíduo, chamado “aviados”, ou uma firma, chamada “aviadora” adianta ao produtor bens de consumo e uns poucos bens de produção, às vezes algum dinheiro, para que o produtor utilize esses bens ao longo do período de plantio ou espera da safra (quando se trata da produção dependente do período de plantio). O ‘aviador’ registra, a débito do produtor, o valor das quantidades oferecidas e ao final da safra ele deve receber do produtor o valor, não em dinheiro, mas em forma de produção extrativa ou agrícola. E assim como os pequenos e médios ‘aviadores’ aviavam o produtor, também os médios e pequenos ‘aviadores’ se aviavam junto a grandes firmas ‘aviadoras’, pagando os seus débitos com produção extrativa e

te», dispõe em tabela, os produtores diretos no setor primário, os não-índios e os índios, atribuindo-os as seguintes atividades quando exercem a condição de produtor diretos: extrator *aviado*, pequeno produtor agropecuário, garimpeiro, assalariado, e aos índios, além dessa, atribui ainda àqueles em condições tribais a roça, coletiva, etc., bem como a condição de patrões. É interessante notar que tais atividades não se enquadram nos traços típicos da definição de relação de emprego, conforme previsto na legislação brasileira (Brasil, 1943), mas, ainda sim, uma vez invocada tal relação, por qualquer das partes, caberá à Justiça do Trabalho decidir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição, que consagra: «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito».

Franco Filho¹⁹ assevera, haver elementos que dificultam a proteção do trabalho tradicional Amazônico, especialmente para combater a atividade conhecida como *aviamento*, quais sejam: «dificuldades de acesso, poucos fiscais, escassos recursos e a realidade amazônica é conhecida por poucos e desconhecida pela maioria que apenas se apresenta como crítica de nossa realidade(...)», informando que em cerca de vinte anos de atuação os grupos móveis do antigo Ministério do Trabalho libertaram quase cinquenta mil pessoas, fato que corrobora a assertiva da importância da implementação de políticas públicas como forma de garantia de proteção do trabalho tradicional na Amazônia. Destaca ainda a relevância da atuação das sociedades internacionais na implementação das normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente as ratificadas pelo Brasil no combate ao trabalho tradicional da Amazônia, mais especificamente ao aviamento, conforme se depreende dos eixos constantes na Agenda Nacional de Trabalho Decente elaborados em maio de 2006.

Assim, a ação preventiva estatal demonstra-se eficiente quanto implementada, razão pela qual indicaremos duas políticas públicas efetivas.

A primeira política pública seria a educação, por ser a base do desenvolvimento humano em vários sentidos e por esta razão ser também um alicerce à proteção do trabalho. Do ponto de vista do conhecimento, ela pode desenvolver o cidadão garantindo-lhe a qualificação necessária para o desempenho laboral, enquanto, do ponto de vista da proteção do trabalho, a educação pode lhe trazer o conhecimento necessário para buscar o exercício de seu direito, e por conseguinte lhe oferece o caminho que deve percorrer para concretizá-lo.

Neste mesmo entendimento, Meirelles²⁰ *apud* Morin, esclarece que «a educação contribui para a autoformação da pessoa em termos de condição humanas,

agrícola. E, finalmente, essas grandes firmas ‘aviadoras’ levavam para o mercado internacional ou nacional as produções extrativas e agrícolas, daí recebendo bens de consumo e bens de produção mediante pagamento ao câmbio do dia».

19 G. DE SOUSA FRANCO FILHO, *Trabalho Decente na Pan-Amazônia: O caso do Aviamento*, em *Revista Conceito Trabalhista, Sindical & Previdenciário*, 2021, Ano V, n. 53, p. 7-13.

20 W. MEIRELLES, *op. cit.*, p. 212.

de vida e de consolidação de cidadania». Ainda segundo Meirelles²¹ *apud* Freire, afirma que na zona rural

«são desaconselhados modelos de ensino organizados em compartimentos estanques, anteriores servem apenas para preparar ao ingresso na etapa seguinte. A respeito de seus estudos e experiências em comunidades: (...) para assegurar a escolaridade de base, a todas as crianças e jovens em idade escolar, é preciso que o ensino recebido constitua um processo completo de formação. O seu objetivo não pode ser o de preparar os jovens para que consigam passar no exame acadêmico necessariamente seletivo, mas sim o de preparar os alunos da melhor forma possível para o tipo de vida que a maioria deles levará nas comunidades rurais(...) não se trata de fornecer uma educação inferior a atual, mas diferente, na medida em que o seu objetivo é o de desenvolver os seus conhecimentos, as qualificações e os valores que permitam ao estudante inserir-se na sua comunidade e contribuir para a sua permanente melhoria».

A segunda Política Pública seria a Fiscalização, que, segundo o Convenção n. 81 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto 41.721/19, atuaria inspecionando às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão, mas para que funcionasse com eficiência, seria indispensável que a quantidade suficiente de auditores fosse capaz de permitir o exercício eficaz da função, o que não ocorre, de acordo com um Relatório nº 25/2010, pela necessidade de mais auditores-fiscais do trabalho no Brasil. Uma análise contemplando o grau de descumprimento da legislação trabalhista realizado em cooperação técnica entre o IPEA e o SINAT, demonstra no item 4.4 que se reduzem o número de infrações trabalhistas quanto maior o número de auditores fiscais atuando, indica ainda o estudo que naquela data (2010), havia no Brasil um déficit de 5,250 auditores-fiscais do trabalho, enquanto o quantitativos de trabalhadores e empresas cresceu. Vejamos em seguida.

Ao longo dos últimos vinte anos, o número de auditores fiscais do trabalho manteve-se praticamente constante, oscilando em torno de três mil auditores. Ao mesmo tempo, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad/IBGE), o número de trabalhadores ocupados no Brasil passou de 52 milhões, em 1990, para 73,9 milhões em 2009. O número de empregados com carteira assinada, foco tradicional da inspeção do trabalho, passou de 22,4 milhões para 34,4 milhões no mesmo período. Há, portanto, um descompasso entre a estagnação do número de auditores-fiscais e a ampliação de seu objeto (trabalhadores ocupados). Esse descompasso torna-se evidente quando se leva em conta o modo tradicional de realização das atividades de inspeção do trabalho: i) atuação individual e isolada dos auditores, aleatória ou reativa a denúncias, dentro de um território restrito, e; ii) atuação controlada

21 W. MEIRELLES, *loc. ult. cit.*.

estritamente por parâmetros quantitativos (por conta do modelo de remuneração variável).

Da análise acima, depreende-se que a pública da inspeção não vem sendo eficientemente utilizada, face a oferta precarizada do serviço frente ao contingente necessário para sua eficaz atuação.

Assim, uma vez constatada a insuficiência/deficiência das políticas públicas citadas, independentemente dos fatores que causam sua ineficiência, resta-se ainda o socorro da proteção do trabalho tradicional amazônico à esfera judicial.

3. Controle judicial das políticas públicas da proteção ao trabalho na Amazônia

A relevância da discussão gira em torno dos limites do controle judicial das políticas públicas. Seria apenas a aplicação da lei em consonância com a Constituição? ou haveria de fato dois posicionamentos dicotômicos, de um lado a judicialização da política e de outra o ativismo judicial?

Sem adentrar, por hora, na polêmica instaurada, é de fundamental relevância relembrar, segundo Grinover e Watanabe²² que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no sistema norte-americano, malgrado este fato, no Brasil, antes da Constituição de 1988, os tribunais pátrios optavam por não interferir no mérito dos atos administrativos²³, tendo a Lei n.º 4.717/65, Lei da Ação Popular, inaugurado essa possibilidade, enquanto desde 1801 o juiz Marshall nos Estados Unidos consagrou essa possibilidade de controle de constitucionalidade afirmando a supremacia da Constituição que deveria ser aferida em relação à lei, tendo sido tal interpretação aplicada ao famoso caso Madison *versus* Malbury.

Com a promulgação da Constituição de 1988, que, em seu art. 3º, trouxe objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, determinando ao Estado operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais, ainda segundo Grinover e Watanabe²⁴. No mesmo sentido, Moreira Netto²⁵, assevera que o

«papel do Judiciário relevando-o entre os poderes do estado, não teria razão sem sentido senão se voltasse ao aperfeiçoamento da efetivação das garantias dos Direitos Fundamentais, o que é a verdadeira base dos sistemas jurídicos dos povos civilizados».

22 A. P. GRINOVER, K. WATANABE, *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Forense, 2013, p. 112.

23 RMS n. 15.959/MT, sexta Turma, julgado em 07.03.2006.

24 A. P. GRINOVER, K. WATANABE, *op. cit.*, p. 127.

25 D. F. MOREIRA NETO, *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999, p. 104.

Nessa mesma linha de entendimento Brum²⁶ *apud* Barzotto, afirma que: «(...) como no Direito moderno, é ele (o Direito) quem regula a sua própria produção, considera-se valida toda norma produzida em conformidade com o ordenamento», e portanto ampara sua hipótese de que o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir compatibilização com os objetivos fundamentais previstos no Texto Constitucional, principalmente nos casos expressos relacionados a normas e princípios fundamentais da *Lex Mater*, como garantir a proteção do trabalho, direito fundamental, intrinsecamente relacionada com a dignidade da pessoa humana.

4. Conclusão

Resta evidente, que há grupos sociais concorrentes que atuam da Amazônia: latifundiário, pequenos agricultores, colonizadores sem posse de terra, arrendatários, trabalhadores rurais, extrativistas (p.ex. seringueiros, coletores de açaí), garimpeiros, índios, empresas de mineração, industriais e comerciais, setor energético, os quais, além daquele modelo tradicionalmente conhecido como aviamento que significa a máxima expressão da exploração do trabalho tradicional na Amazônia, em sua grande maioria, tais *atividades* acabam gerando uma violência estrutural maximizada pela precarização da presença estatal, desde a atuação de implementação de eficazes políticas públicas que protejam o trabalho, até uma fiscalização de tais relações, bem como ainda uma atuação efetiva do Poder judiciário, não só de forma punitiva, mas e principalmente exercendo seu papel concretizador dos princípios dispostos no Texto Constitucional.

26 G. VALLE BRUM, *Uma Teoria para a Controle Judicial de política Pública*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 87.

Sobre os Autores

ILARIO ALVINO, Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Roma “La Sapienza”, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA, Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA-MT), Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

ALEXANDRE AGRA BELMONTE, Professor do programa de pós-graduação stricto sensu do Instituto Superior de Educação de Brasília, Presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

GEORGENOR DE SOUZA FRANCO FILHO, Professor Titular de Direito Internacional e de Direito do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, Professor Associado de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Federal de Bahia, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

MAURIZIO FALSONE, Professor Associado de Direito do Trabalho na Universidade Ca’ Foscari de Veneza, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

GABRIELE FRANZA, Professor Associado de Direito do Trabalho na Universidade de Macerata, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

YONE FREDIANI, ex-Professora Titular de Direito do Trabalho na Fundação Armando Álvares Penteado, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Professor Associado de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de São Paulo, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

LUCIO IMBERTI, Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Bergamo, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

ALESSANDRA INGRAO, Professora Adjunta de Direito do Trabalho na Universidade de Milão, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

FABIOLA LAMBERTI, Professora Adjunta de Direito do Trabalho na Universidade de Roma Três, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

ALBERTO LEVI, Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Modena e Reggio Emilia, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

GIUSEPPE LUDOVICO, Professor Associado de Direito do Trabalho na Universidade de Milão, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

FRANCESCA MARINELLI, Professora Associada de Direito do Trabalho na Universidade de Milão, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Professora colaboradora da Universitat Oberta de Catalunya, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

GIUSEPPE PELLACANI, Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Modena e Reggio Emilia, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

MICHELE SQUEGLIA, Professor Associado de Direito do Trabalho na Universidade de Milão, Membro da Associação italiana de Direito de Trabalho e Seguridade Social

CAROLINA TUPINAMBÀ, Professora Adjunta de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

Os contratos de trabalho flexível são uma característica comum aos diferentes sistemas jurídicos e respondem à necessidade de adaptar os processos produtivos às flutuações dos mercados. Além dos tipos tradicionais de contratos de trabalho flexível surgiram recentemente outras formas de flexibilidade, decorrentes das tecnologias digitais e das modelos de organização empresarial que se desviam das tradicionais coordenadas espaço-temporais do trabalho.

O volume pretende oferecer uma análise aprofundada, por meio de contribuições de eminentes estudiosos de ambos os países, das disciplinas dos contratos de trabalho flexível em vigor na Itália e no Brasil, que, se por um lado se caracterizam por numerosos elementos de divergência, por outro lado destacam importantes pontos de convergência.

