



A DESPROTEÇÃO EMPREGATÍCIA INCONSTITUCIONAL. O CASO DOS TRABALHADORES ELEITORAIS, EM ATIVIDADE PARTIDÁRIA E DO TRANSPORTADOR DE CARGA

THE UNCONSTITUTIONAL EMPLOYMENT UNPROTECTION. THE CASE OF ELECTORAL WORKERS IN PARTISAN ACTIVITY AND THE CARGO CARRIER

EDILTON MEIRELES

Pós Doutor da Universidade de Lisboa. Doutorado e Mestrado pela PUC – SP. Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região. Professor adjunto na Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Católica do Salvador (UC Sal). Professor associado na Universidade Federal da Bahia (UFBA)

RESUMO

O presente trabalho é fruto da pesquisa quanto a constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais que estabelecem que, em determinadas relações jurídicas, os contratantes não mantêm relação de emprego. A pesquisa se justifica em face das hipóteses nas quais o legislador infraconstitucional afasta a incidência das normas constitucionais trabalhistas ao estabelecer que as partes envolvidas numa relação de trabalho não mantêm relação de emprego. Fixou-se a premissa de que a Constituição protege o trabalhador subordinado de modo que, sem uma justificativa razoável, descabe impor regra que, ainda que de forma indireta, afasta a incidência das normas trabalhistas de natureza constitucional-fundamentais. A partir dessa premissa, apontou-se as hipóteses nas quais a lei se revela inconstitucional ao negar a existência da relação de emprego mesmo quando diante do trabalho subordinado. Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com revisão da literatura, interpretação de textos normativos e análise da jurisprudência.

Palavra-chave: Trabalho subordinado; Constituição; Desproteção empregatícia.





ABSTRACT

The present work is the result of research on the constitutionality of infraconstitutional provisions that establish that, in certain legal relationships, contractors do not maintain employment relationship. The research is justified in view of the hypotheses in which the infraconstitutional legislator dismisses the incidence of constitutional labor rules by establishing that the parties involved in an employment relationship do not maintain employment relationships. The premise was established that the Constitution protects the subordinate worker so that, without reasonable justification, it is impossible to impose a rule that, although indirectly, rules out the incidence of constitutional-fundamental labor standards. From this premise, it was pointed out the hypotheses in which the law is unconstitutional in denying the existence of employment relationship even when facing subordinate work. In the research was used the deductive method, with literature review, interpretation of normative texts and analysis of jurisprudence.

Keywords: Subordinate work. Constitution. Unprotected employment.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição estabelece alguns direitos reservados aos trabalhadores subordinados urbanos e rurais. Logo, por força dos dispositivos constitucionais, os referidos trabalhadores são destinatários de direitos fundamentais.

Daí se tem que, em regra, o legislador infraconstitucional não pode dispor, a princípio, de modo a afastar, ainda que de forma indireta, a incidência das normas fundamentais trabalhistas em relação aos trabalhadores destinatários da norma constitucional.

Isso não impede, todavia, que por razões plenamente plausíveis, razoáveis e justificáveis, que o legislador infraconstitucional disponha de modo a afastar a incidência dessas normas constitucionais, ainda que de forma indireta. E nossa legislação infraconstitucional estabelece algumas hipóteses nas quais, mesmo diante do labor subordinado, não se reconhece a relação de emprego mantida entre os contratantes.





O presente trabalho, no entanto, procura analisar essas hipóteses, apontando a eventual inconstitucionalidade desses dispositivos.

Nesta pesquisa se adotou o método dedutivo, com revisão da literatura, interpretação de textos normativos e análise da jurisprudência.

2 PROTEÇÃO CONTRA DESPROTEÇÃO EMPREGATÍCIA

Quando se fala de direito ao trabalho, por certo, podemos pensar, de forma ampliativa, que o constituinte não quis apenas se referir ao trabalho subordinado ao fazer menção ao labor nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal.

E é certo que, numa interpretação ampliativa, de fato, o constituinte não quis se referir somente ao trabalho subordinado, mas a toda espécie de trabalho como expressão da liberdade de ofício.

Contudo, é inegável que o constituinte quis se referir, enquanto regra geral, ao trabalho subordinado ao delinear os direitos elencados no art. 7º da CF, sem exclusão, por óbvio, de sua aplicação em favor de outros trabalhadores por exceção. E, a partir do conjunto de regras constitucionais se pode pensar, então, no subprincípio da proteção contra a desproteção empregatícia.

A Constituição brasileira, dentre outros fundamentos, dá destaque ao valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF), fundando-se a ordem econômica nacional na valorização do trabalho humano, tendo “por fim assegurar a todos existência digna” (caput do art. 170 da CF), em especial, através da “busca do pleno emprego” (inciso VIII do art. 170 da CF).

A partir desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar, ainda, com tranquilidade, que o legislador constitucional fez uma opção pelo trabalho subordinado como meio ou instrumento, preferencial, para atingir a dignidade humana através do labor. Tanto que, não só a ordem econômica tem como princípio à busca do pleno





emprego, como se deu real destaque aos direitos dos empregados, ao se elencar, no art. 7º da Constituição Federal, o rol das suas garantias fundamentais.

É certo, porém, que o legislador constitucional não conceituou o que é a figura do empregado. Essa é uma matéria, aliás, extrajurídica. Isso porque, antes de ser uma opção legislativa, é fruto de uma realidade, tanto que, universalmente, tem-se como empregado o trabalhador subordinado. Esse conceito, portanto, antes de ser meramente jurídico, é fruto de uma realidade social, a partir do que, universalmente, é aceito.

Daí porque, o professor Antonio Baylos ensina, em comentários à Constituição espanhola, que se assemelha, nesta questão, à Carta Magna brasileira, que “embora o conceito de trabalhador por conta alheia não apareça expressamente definido na Constituição e não se acha, portanto, constitucionalizado, isto não significa que o legislador tenha liberdade plena para declarar não trabalhista uma prestação de serviços determinada, mas que esta ação, que deve ser levada a cabo pelo legislador, está vinculada pelas notas caracterizadoras da relação trabalhista e a comparação com as categorias ou hipóteses incluídas e excluídas da tutela que presta o ordenamento jurídico-trabalhista. Desse modo, evita-se que se possa levar a cabo uma restrição constitucionalmente ilegítima dos trabalhadores como setor social, conceito, portanto, jurídico-político do qual se deriva o gozo de importantes direitos fundamentais...”¹.

Daí se tem então, que, conforme decisão da Corte Constitucional italiana, “não seria comumente consentido ao legislador negar a qualificação jurídica da relação de trabalho subordinado a relação que objetivamente tem tal natureza, pois isto resultaria na inaplicabilidade da norma inderrogável prevista no ordenamento de dar atuação

¹ Antonio Baylos Grau, Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito do trabalho como direito constitucional, p. 31.





aos princípios, as garantias e aos direitos detalhados na Constituição à tutela do trabalho subordinado”².

Ou seja, não se pode permitir que o legislador infraconstitucional afaste a qualificação jurídica da relação de trabalho subordinado à relação que objetiva e de forma concreta se apresenta, no mundo real, com essa natureza. Do contrário, isto permitiria que o legislador infraconstitucional pudesse tornar inaplicável a norma constitucional que busca tutelar o trabalho subordinado³.

E, por óbvio, que essa mesma possibilidade faltaria aos particulares no uso de sua autonomia privada⁴ ou coletiva, pois, não se “encontra na disponibilidade do legislador ou das partes a exclusão da natureza subordinada da relação de trabalho quando ocorram em concreto os requisitos da subordinação”⁵. Daí porque, “quando do comportamento efetivo mantido pelas partes na relação de trabalho se possa deduzir a sujeição da prestação ao poder diretivo do empregador, a relação deve ser qualificada como relação de trabalho subordinado”⁶.

Essa afirmação decorre do fato de que o trabalho subordinado e, por consequência, a qualificação jurídica do contrato, extrai-se a partir dos fatos ocorridos na relação fático-jurídica mantida entre as partes e não por força do que foi pactuado

² ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 115 (ECLI:IT:COST:1994:115), 23-31 marzo 1994. Pubblicazione in G. U. 13/04/1994 n. 16. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#>. Acesso em: 18 out. 2017, tradução nossa. Cf. Massimo D’Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, p. 64. Cf., ainda, Raffaele De Luca Tamajo, Il limite alla discrezionalità qualificatoria del legislatore, p. 35-42, e Giuseppe Santoro-Passarelli, A proposito della cosiddetta disponibilità del tipo lavoro subordinato da parte del legislatore, p. 279-286.

³ Massimo D’Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, in ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro, n. 1, Padova, CEDAM, 1995, p. 63-90, p. 64.

⁴ Raffaele De Luca Tamajo, ob cit., p. 35.

⁵ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sez. Lavoro. Sentenza n. 9.722, 7 ottobre 1997, in **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XVII, n. 4, p. 659-662, Milão, 1998.

⁶ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sez. Lavoro. Sentenza n. 166, 9 gennaio 2004, in **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XXIII, n. 4, p. 739-747, Milão, 2004.





quando da contratação do trabalhador⁷. Em suma, seria indisponível o tipo contratual do trabalho subordinado, pois ao legislador e às partes contratantes não se assegura a possibilidade de excluir a natureza subordinada da relação de trabalho, sob pena de privar, aprioristicamente, o trabalhador da proteção prevista nas normas constitucionais⁸.

Vale destacar, ainda, que o Tribunal de Justiça Europeia, ao apreciar a compatibilidade da regra do art. L762-1 (atual art. L7121-3) do Código do Trabalho Francês⁹, que dispõe que se presume a relação de emprego quando da prestação de serviços por parte dos artistas, com o art. 49 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁰, que assegura a liberdade de estabelecimento, concluiu que a norma francesa atenta contra a liberdade de ofício¹¹. Logo, também não pode o legislador dispor aprioristicamente quanto a presunção da relação de emprego, ainda que está se trate de uma disposição de natureza processual.

É certo que o legislador infraconstitucional é livre para definir quem é empregado, mas, por óbvio, não pode se afastar do conceito que se extrai dos valores sociais que são aceitos universalmente. Daí porque é inexorável que é empregado o

⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XX, n. 2, p. 95-121, Milão, 2001, p. 112.

⁸ AVONDOLA, Arianna. L'indisponibilità del tipo contrattuale in spede legislativa nella mostra giurisprudenza costituzionale e in quella comunitaria. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XXVI, n. 2, p. 242-248, Milão, 2007, p. 246.

⁹ FRANÇA. Code du Travail. Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). 2007. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 2012/C 326/01. Jornal Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. 15 de junho de 2006. Processo C-255/04. ECLI:EU:C:2006:401. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=presun%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bsubordinado%2Bfran%25C3%25A7a%2Bartistas&docid=55357&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=813985#ctx1>. Acesso em: 17 jan. 2020.





trabalhador subordinado ou, em outra conceituação, aquele que presta serviço por conta alheia (art. 3º da CLT).

Não pode, assim, o legislador, aprioristicamente, excluir determinadas categorias de trabalhadores subordinados do campo de incidência das regras de proteção dos empregados, sob pena de violação de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente estes. Além disso, a exclusão pode mascarar um atentado ao princípio da igualdade, ao declarar que inexistente a relação de emprego em situação na qual o trabalhador se encontra na mesma condição de outros prestadores de serviço subordinado¹², dando-lhe tratamento diversos sem uma razoável justificativa.

Ademais, não se pode perder de vista que “o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário... Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito do trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador”¹³.

Em suma, o legislador é livre para dispor sobre o conceito de empregado, incluindo no rol dos protegidos pela legislação trabalhista diversas categorias de trabalhadores. Contudo, sua liberdade não é tão ampla de modo a poder excluir, discriminadamente, determinadas categorias de trabalhadores subordinados dessa proteção, sem uma razoável justificativa, sob pena de violar o princípio da igualdade e o da razoabilidade, tornando ineficazes os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos empregados, enquanto trabalhadores subordinados.

¹² SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. A disponibilidade pelo legislador do tipo contratual no direito do trabalho. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 23, n. 30, p. 79–86, jan./jun., 2007. Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p. 85.

¹³ Antonio Baylos Grau, *Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito do trabalho como direito constitucional*, p. 31.





Fosse livre totalmente o legislador infraconstitucional, ele poderia, por exemplo, declarar que nenhum trabalhador era empregado e, portanto, tornar tábua rasa o elenco de direitos fundamentais arrolados no art. 7º da CF.

Assim, a partir das opções constitucionais brasileiras, o legislador infraconstitucional somente pode excluir os trabalhadores subordinados da proteção trabalhista desde que tenha uma razoável justificativa para tanto e não viole o princípio da igualdade.

Desse modo, temos que, do princípio do direito ao trabalho ou do pleno emprego se extrai o subprincípio que veda a desproteção empregatícia (ou princípio da igualdade de tratamento legislativo ao trabalhador subordinado), isto é, que veda qualquer ato tendente a afastar a incidência das regras constitucionais trabalhistas ao trabalho subordinado, sob pena de violação ao disposto no art. 7º da CF.

3 TRABALHADORES SUBORDINADOS SEM EMPREGO POR FORÇA DE LEI

É certo, outrossim, que o legislador brasileiro sempre dispôs, por exceção, que determinados trabalhadores, ainda que prestando serviços subordinados, não se vinculam ao tomador dos serviços pelo contrato de emprego. Em resumo, em diversas situações, determinados trabalhadores subordinados, por opção legislativa, não são considerados empregados, ficando sujeitos a legislação mais especial, em regra.

Como exemplos mais distantes pode-se citar o estagiário (art. 3º da Lei n. 11.788/08, em sucessão à Lei n. 6.494/77), o cabo eleitoral (art. 100 da Lei n. 9.504/97, com nova redação dada pela Lei n. 13.165/15), o médico residente (Lei n. 6.932/81) e o atleta não profissional (inciso II do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.615/98) que podem servir de estudo a partir das premissas anteriormente postas.

A legislação mais recente, porém, acrescentou a este rol dos trabalhadores não considerados como empregados o auxiliar e o embargador do transportador autônomo de cargas (§ 5º do art. 4º da Lei n. 11.442/07, com redação dada pela Lei n. 13.103/15) e o transportador de carga em relação ao serviço prestado em favor da





empresa de transporte rodoviário de cargas (art. 5º da Lei n. 11.442/07). Além disso, a Lei n. 13.966/19 estabeleceu que não caracteriza o vínculo empregatício relação entre franqueador e franqueado ou a seus empregados, “ainda que durante o período de treinamento” (art. 1º).

Já na área político-partidária, o art. 44-A da Lei n. 9.096/95, com redação dada pela Lei n. 13.877/19, estabeleceu que “As atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização, não geram vínculo de emprego, não sendo aplicável o regime jurídico previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quando remuneradas com valor mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social”.

A partir dessas hipóteses se faz uma análise da constitucionalidade dos dispositivos legais pertinentes, em especial aqueles relacionados aos trabalhadores eleitorais e partidários.

3.1 ATLETA NÃO-PROFISSIONAL

A Lei n. 9.615/98, no parágrafo único do seu art. 3º, ao dispor sobre o desporto, estabeleceu que este pode ser praticado de modo profissional e não-profissional. Na primeira hipótese, o atleta-trabalhador firma contrato de emprego (inciso I). Já na segunda hipótese, o legislador estabelece que a prática do desporto ocorre sem que seja pactuado um contrato de trabalho (inciso II - “...inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio”)

Em ambas as situações, porém, estar-se diante da prestação de serviços subordinados, pois mesmo o atleta não-profissional assume a obrigação trabalhar em favor da entidade desportiva, recebendo ordens.

Cabe, então, a pergunta: justifica-se a discriminação?





A resposta há de ser afirmativa. Primeiro, porque a própria Constituição estabeleceu que o legislador infraconstitucional deva dar “tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional” (inciso III do art. 217).

Não fosse isso, é razoável a discriminação a partir de nossa realidade.

Ora, é sabido que, enquanto o desporto profissional desperta grande interesse, atraindo verbas, patrocinadores e público consumidor aos espetáculos oferecidos, o não profissional vive à míngua. Sustenta-se, muito mais, em razão dos abnegados, do que da exploração econômica dessa atividade. Pode-se afirmar que, em regra, o desporto profissional, tornou-se uma atividade econômica lucrativa, enquanto o desporto não profissional ainda vive uma fase de voluntarismo. Somente existe por vontade de seus praticantes e não, em face da exploração dessa atividade econômica.

Só essa realidade social, por si só, já justifica a discriminação, com exclusão dos atletas não profissionais da proteção trabalhista.

Não fosse isso, é preciso lembrar que cabe ao Estado fomentar as práticas desportivas formais e não-formais (caput do art. 217 da CF). Ora, submeter esses atletas não profissionais às regras do direito do trabalho seria, em nossa realidade, negar a própria prática desportiva amadora. Ao invés de fomentar, o Estado estaria desestimulando a prática desportiva, em nosso estágio de desenvolvimento econômico-social.

Essa assertiva, no entanto, não retira a possibilidade de, diante de outras condições socioeconômicas, concluir-se de modo diverso.

Pode-se afirmar, no entanto, que o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.615/98 é constitucional.





3.2 ESTAGIÁRIO, APRENDIZ E MÉDICO RESIDENTE

Uma outra hipótese merece maior reflexão. Trata-se da situação do estagiário. Conforme Lei n. 11.788/08, em seu art. 4º, “o estágio... não cria vínculo empregatício de qualquer natureza”.

A primeira questão a ser respondida é se essa opção do legislador infraconstitucional é razoável? Há alguma justificativa para essa discriminação para com os estagiários, de modo a afastá-los dos direitos assegurados na Carta da República aos trabalhadores subordinados?

Pode-se afirmar, a princípio, que sim. Isso porque, ao contrário do trabalhador empregado, a empresa ao contratar o estagiário não tem em vista os seus conhecimentos profissionais. Em verdade, a empresa oferece uma complementação ao ensino e aprendizagem teóricos oferecidos pelas entidades de educação. Tem assim, essa contratação, um caráter educacional, profissionalizante, ainda que em atividades de extensão quando previstas no projeto pedagógico do curso (art. 1º, § 2º c/c art. 2º, § 3º, da Lei n. 11.788/08).

É certo que a empresa se beneficia do labor, que é subordinado, prestado pelo estagiário, e nisto se aproxima do empregado. Mas deste último o estagiário se distancia quando é beneficiado pela complementação do ensino.

Como dito pelo Min. Luiz Fux, enquanto Relator da ADI n. 5.752, “Noutras palavras, o estagiário, diferentemente do empregado, tem como objetivo fundamental da sua jornada – seja perante entidade privada, seja em meio ao serviço público – agregar conhecimentos e desenvolver capacidades essenciais à sua inserção e progresso no mercado de trabalho e não contribuir, primordialmente, para o incremento de produtividade ou lucratividade/eficiência da instituição em que estagia”¹⁴.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.752. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 18/10/2019. DJe-238 de 30-10-2019. Publicado em 04-11-2019. Disponível





No caso, nesta mesma decisão, ficou esclarecido que “Ainda que o estagiário, como sói ocorrer em todos os mercados profissionais, exerça atividades que guardam semelhança com aquelas desempenhadas pelos trabalhadores e/ou servidores do mesmo meio, ele o faz sob a responsabilidade e avaliação de um profissional qualificado e a título de aprendizagem, porquanto é apenas ao observar os afazeres e o cotidiano de uma dada profissão que o estudante será capaz de (i) compreender efetivamente o escopo e responsabilidades desenvolvidas num dado segmento profissional; e (ii) obter o treinamento e a eventual correção de equívocos que o tornarão um profissional competente”.

Assim, a princípio, a partir dessas premissas, seria constitucional essa disparidade de tratamento.

Contudo, por outras razões, vinculadas ao princípio da igualdade no tratamento, pode-se concluir de forma contrária. Diga-se, ainda, que no julgamento da ADI n. 5.752 o STF não apreciou a constitucionalidade desta regra da lei do estágio à luz do princípio da igualdade.

É que nosso legislador, em situação semelhante, optou por proteger o trabalhador, dando-lhe as garantias asseguradas ao empregado quando se trata de trabalhador aprendiz.

Como se sabe, o trabalhador aprendiz é admitido como empregado (art. 428 da CLT) para prestar serviços em atividades que lhe ofereça “formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento...” (art. 428 da CLT).

Aliás, neste aspecto profissionalizante, cabe destacar que o aprendiz se encontra numa posição até inferior ao do estagiário, já que este último, no estágio, tendo o conhecimento teórico adquirido na entidade educacional, busca a

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751285609> Acesso em: 17 dez. 2019.





complementação profissionalizante, enquanto aquele irá obter a própria formação profissional, teórica e prática (§ 4º do art. 428 da CLT).

Ora, a partir de dessas premissas, pode-se concluir que o legislador infraconstitucional tratou desigualmente trabalhadores em situações semelhantes. Se ele optou por ter o aprendiz como empregado, não parece razoável, tendo em vista o princípio da igualdade, ter como não-empregado o estagiário.

É certo que haveria justificativa para o legislador tratar o aprendiz como não-empregado, dadas às mesmas razões que considerou para retirar do estagiário essa proteção laboral. Contudo, ao tratar aquele (o aprendiz) como empregado, acabou por discriminar este outro (o estagiário), pois não utilizou os mesmos critérios. Cabe destacar, inclusive, que haveria mais razões para tratar o aprendiz como não-empregado do que o estagiário, já que este, bem ou mal, possui conhecimento profissional teóricos a serem aproveitados pela empresa quando da prestação de serviços, ao contrário daquele outro (aprendiz), que busca a própria formação profissionalizante, não tendo o que transmitir, a título de conhecimento teórico, ao tomador dos serviços.

Pode-se dizer que no estágio há uma troca do conhecimento teórico do estudante pelo conhecimento prático passado pela empresa. Já no contrato de aprendizagem, o aprendiz não transmite qualquer conhecimento, mas é receptor dos conhecimentos teóricos e práticos oferecidos pela empresa.

Assim, em face do tratamento diferenciado dado ao estagiário tendo em vista aquele dispensado ao aprendiz, pode-se concluir pela inconstitucionalidade do disposto no art. 3º da Lei n. 11.788/08 (na parte em que estabelece que o estagiário não celebra contrato de emprego com o tomador de seus serviços).

Cabe acrescentar que em situação mista, semelhante ao do aprendiz e ao do estagiário, encontra-se o médico-residente, cuja prestação de serviço está regulada na Lei n. 6.932/81. Neste caso, “A Residência Médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização,





caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional” (art. 1º).

Nesta hipótese, o médico residente, ao mesmo tempo em que se insere num programa de estudo, em grau de especialização, presta serviços em treinamento. Atua num misto de estagiário (já que detém o conhecimento fruto dos estudos) e aprendiz, ao prestar serviços ao mesmo tempo em que recebe treinamento prático, “sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional”.

Ao médico residente, no entanto, não se reconhece a relação de emprego, aproximando-se do estagiário neste ponto, mas não deixa de ser um “aprendiz”, pois submetido a “treinamento em serviço”.

A hipótese, portanto, seria a de equipará-lo ao aprendiz.

3.3 TRABALHADORES EM TRANSPORTE DE CARGA

O legislador infraconstitucional, outrossim, além das tradicionais hipóteses mencionadas acima (atleta não-profissional e estagiário), estabeleceu mais três hipóteses nas quais, mesmo diante de trabalho subordinado, por lei, o trabalhador não deve ser considerado empregado.

A primeira hipótese seria a do trabalhador auxiliar que presta serviços ao transportador autônomo de cargas (§ 5º do art. 4º da Lei n. 11.442/07, com redação dada pela Lei n. 13.103/15). Já a segunda é a do transportador de carga que presta serviços ao embarcador (pessoa responsável pelo embarque da mercadoria, geralmente seu proprietário).

Para essas duas hipóteses, a lei estabelece que “As relações decorrentes do contrato estabelecido entre o Transportador Autônomo de Cargas e seu Auxiliar ou entre o transportador autônomo e o embarcador não caracterizarão vínculo de emprego” (§ 5º do art. 4º da Lei n. 11.442/07, com redação dada pela Lei n. 13.103/15).





Já o art. 5º desta mesma lei estabelece que “As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas” firmados entre o transportador de cargas e a empresa de transporte rodoviário de cargas “são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego” (art. 5º da Lei n. 11.442/07)¹⁵.

Seriam, assim, três hipóteses que não configurariam a relação de emprego: o auxiliar do transportador autônomo de cargas; o trabalhador transportador de cargas em relação ao serviço prestado em favor do embarcador; e o trabalhador transportador de cargas em relação ao serviço prestado em favor da empresa de transporte rodoviário de cargas.

Pois bem. Nenhuma delas, no entanto, oferece uma motivação razoável para justificar a desproteção empregatícia.

Quanto a primeira hipótese, o trabalhador auxiliar do transportador autônomo de cargas não se diferencia de qualquer outro trabalhador auxiliar de outros trabalhadores autônomos, a exemplo dos empregados dos profissionais liberais (advogados, médicos, contadores, etc).

Não há nenhuma justificativa para estabelecer que o trabalhador que auxilia o transportador autônomo de cargas não é empregado deste quando diante da prestação de serviço subordinado. Óbvio, porém, que não será empregado se não presta serviço subordinado ou em caráter eventual. Mas, aprioristicamente, não se pode dispor que todo e qualquer auxiliar do transportador autônomo de cargas não seja empregado.

O mesmo se diga em relação ao trabalhador transportador de cargas em relação ao serviço prestado em favor do embarcador. No caso, se o labor daquele se desenvolve subordinado à atividade do embarcador (responsável pela carga; quem

¹⁵ Este dispositivo é objeto de questionamento perante o STF quanto a sua constitucionalidade na ADC 48 e na ADI 3.961.





determina ou contrata o transporte), por certo que ficará configurada a relação de emprego entre prestador dos serviços e seu tomador.

Nesta hipótese também não há uma justificativa sequer para que se possa concluir como razoável o dispositivo infraconstitucional que exclui da proteção empregatícia o trabalhador de carga.

Por fim, também não há uma justificativa razoável para se ter como constitucional a regra que estabelece que “As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas” firmados entre o transportador de cargas e a empresa de transporte rodoviário de cargas “são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego”.

É certo que se pode afirmar que essa regra permite a terceirização da atividade desenvolvida pela empresa de transporte rodoviário de cargas, autorizando a contratação de pessoas não empregadas desta para prestar os serviços de transporte, ainda que este seja o objeto principal da tomadora dos serviços.

Contudo, como se expressou o Min. Luiz Edson Fachin, em voto divergente lançado na ADC n. 4 e ADI 3.961, “regulamentação infraconstitucional não pode, sem afrontar a CF, fazer de forma apriorística e generalizada a definição da natureza comercial do vínculo decorrente de contrato de transporte rodoviário de cargas”.

Na oportunidade o Min. Fachin apontou que “a dignidade dos trabalhadores que atuam no mercado de transporte rodoviário de cargas merece ser prestigiada em sua máxima potencialidade, especialmente quando se tratar de reconhecerem-lhes direitos fundamentais decorrentes de uma relação para a qual a CF estabeleceu regime específico e regras próprias”¹⁶.

¹⁶ MIGALHAS. STF analisa lei sobre natureza comercial da relação de transporte de carga autônomo. 05 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI310383,91041-STF+analisa+lei+sobre+natureza+comercial+da+relacao+de+transporte+de>>. Acesso em> 17 dez. 2019.





Sustentou que, considerando o princípio da primazia da realidade, impõe-se “a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas no que afirmam peremptoriamente e de forma apriorística que o vínculo será sempre de natureza comercial”.

E essa posição se revela correta, pois, de antemão, de forma apriorística, o legislador não pode estabelecer que, neste caso, “sempre” será “de natureza comercial” a relação mantida entre o transportador de cargas e a empresa de transporte rodoviário de cargas, não se admitindo, “em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego”.

A inconstitucionalidade está no fato de se afastar o reconhecimento da relação de emprego, aprioristicamente, ainda que o trabalhador transportador de cargas preste serviços subordinados em favor da empresa de transporte rodoviário de cargas, sem qualquer motivo razoável a justificar a desproteção empregatícia. No caso, afasta-se, pela via infraconstitucional, a incidência dos direitos constitucionais trabalhistas sociais fundamentais assegurados ao conjunto dos trabalhadores subordinados, sem qualquer razoabilidade.

Aqui prevaleceu a intenção arbitrária do legislador infraconstitucional ao dispor, em lei, dessa forma. O que redundava em reconhecer a inconstitucionalidade destes dispositivos.

3.4 FRANQUIA

A Lei n. 13.966/19 estabeleceu que a relação formada pelo franqueador com o franqueado não caracteriza “vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento”.

Aqui a lei, numa situação semelhante ao do transportador de carga, de forma prévia e sem se ater a realidade dos fatos, estabeleceu que da relação contratual firmada entre franqueador e franqueado não decorre a relação de emprego.





Fixou, ainda, a regra que também não se extrai o contrato de emprego a partir da relação mantida entre franqueador e os empregados do franqueado.

Contudo, mais uma vez, o legislador incorreu em equívoco em estabelecer, a priori, que dessas relações jurídicas (entre franqueador e franqueado e entre aquele e os empregados deste) não podem se caracterizar a relação de emprego entre as partes envolvidas. Isso porque, na mesma linha expressada pelo Min. Luiz Edson Fachin, em voto lançado na ADC n. 4 e ADI 3.961, a lei infraconstitucional não pode, sem violar a Constituição, estabelecer, de forma apriorística e generalizada, que, das relações mantidas entre franqueador e franqueado e com os empregados deste, não se pode extrair a relação de emprego.

Isso porque, primeiro, a relação de emprego decorre dos fatos, tal como ele se apresenta no mundo da realidade. Logo, ainda que firmado o contrato de franquia, mas demonstrado que, na realidade, o franqueado atua como empregado do franqueador (prestar serviços subordinado a este), é de se reconhecer a relação de emprego entre as partes, por força da aplicação do art. 2º da CLT. E o mesmo se diga em relação ao franqueador e os empregados do franqueado.

Segundo, porque a lei infraconstitucional não pode, sem razoável justificativa, afastar a possibilidade de reconhecimento da relação de emprego, quando presentes suas características no mundo real, sob pena de negar aplicação ao disposto no art. 7º da Carta Magna em relação aos trabalhadores subordinados.

E, no caso, inexistente um motivo razoável a justificar o afastamento da incidência do art. 7º da CF quando presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego nas relações mantidas entre franqueador e franqueado e entre aquele e os empregados deste. No caso, o contrato de franquia atuaria apenas para fraudar a incidência das normas constitucionais e infraconstitucionais trabalhistas.

Esta situação, pois, difere, por exemplo, da do atleta não-profissional, já que neste caso, ainda que haja a prestação de serviços subordinado por parte do atleta,





há uma justificativa para não se caracterizar a relação de emprego nesta hipótese. Essa justificativa, no entanto, inexistente na relação (fraudulenta) de franquia.

3.5 TRABALHADORES EM CAMPANHAS ELEITORAIS (CABOS ELEITORAIS)

Dispõe o art. 100 da Lei n. 9.504/97, com nova redação dada pela Lei n. 13.165/15 que “A contratação de pessoal para prestação de serviços nas campanhas eleitorais não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes, aplicando-se à pessoa física contratada o disposto na alínea h do inciso V do art. 12 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991”.

Claramente este dispositivo legal exclui os referidos trabalhadores da proteção trabalhista e, em regra geral, dos direitos fundamentais dos empregados elencados no art. 7º da Constituição, ainda que haja a prestação de trabalho humano de modo subordinado.

Mais uma vez pergunta-se, agora diante dessa hipótese: justifica-se a discriminação?

Aqui a resposta há de ser negativa. Isso porque não há uma única sequer, plausível e razoável, justificativa a respaldar essa discriminação para com os trabalhadores subordinados contratados para prestação de serviços nas campanhas eleitorais. Somente razões casuísticas, e torpes, de proteção aos interesses dos candidatos e dos partidos políticos, justificam esse dispositivo legal.

Esse dispositivo legal, portanto, viola o texto constitucional ao pretender, de forma não-razoável e em clara violação ao princípio da igualdade, afastar da proteção trabalhista constitucional uma categoria de trabalhadores subordinados, negando-lhes, no mínimo, os direitos fundamentais arrolados no art. 7º da CF/88.

Esses trabalhadores, portanto, quando prestadores de serviços subordinados, devem ser tratados como empregados para todos os fins legais e constitucionais.





3.6 TRABALHADORES EM ÓRGÃOS PARTIDÁRIOS

Mais recentemente, no entanto, ampliando a hipótese anterior, a Lei n. 13.877/19 introduziu novo dispositivo na Lei n. 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos, para estabelecer, em sal art. 44-A que os trabalhadores em “atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização” não mantém vínculo de emprego com os tomadores dos serviços “quando remuneradas com valor mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social”.

Aqui se está diante de outra flagrante regra inconstitucional ao afastar, sem qualquer motivo razoável, a incidência dos direitos fundamentais trabalhistas em prol desse grupo de trabalhadores, além de clara violação ao princípio da igualdade, ao tratá-los de forma desigual em relação aos trabalhadores que executam as mesmas atividades, mas percebem remuneração mensal inferior ao equivalente a “2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social”.

Vejam que aqui há duas inconstitucionalidades. A primeira, a exemplo dos casos anteriormente comentado, em face da desproteção empregatícia sem uma justificativa razoável. Ou seja, qual é a justificativa para estabelecer que os trabalhadores que prestam serviços subordinados em “atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização”, e que percebam remuneração “mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social”, não possam ser destinatários das normas fundamentais trabalhistas asseguradas ao conjunto dos empregados (trabalhadores subordinados)?





A resposta somente pode ser a vontade arbitrária do legislador, que quis proteger os partidos políticos em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores subordinados.

A segunda inconstitucionalidade está no fato desse dispositivo tratar desigualmente trabalhadores que executam a mesma atividade subordinada, mas que são tratados diferentemente em decorrência da remuneração eventualmente paga ao trabalhador. O que a lei dispõe é que, quem trabalha em “atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização” e que faz jus a remuneração igual ou superior a “2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social” não é empregado, mas se perceber remuneração inferior, será empregado, e, portanto, destinatário dos direitos trabalhistas fundamentais.

O *discrímen* aqui adotado pelo legislador (valor da remuneração) não se revela razoável para tratar desigualmente membros de uma mesma categoria de trabalhadores, em execução das mesmas atividades, especialmente quando se tem que todos os demais trabalhadores subordinados que percebem remuneração superior a “2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social” não são destinatário de qualquer norma que dispõe que eles não mantêm relação de emprego com os seus respectivos tomadores de serviço.

Assim, aqui se está, mais uma vez, diante de uma regra claramente inconstitucional ao afastar a incidência dos direitos trabalhistas reservada aos trabalhadores subordinados sem uma razoável justificativa.





4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, em síntese apertada, pode-se concluir que:

a) o constituinte, ao pretender valorizar o trabalho humano, fez uma opção pelo trabalho subordinado como meio ou instrumento, preferencial, para atingir a dignidade humana através do labor;

b) em cumprimento a este seu desiderato, o constituinte deu real destaque aos direitos dos empregados, ao elencar, no art. 7º da CF, o rol dos seus direitos fundamentais;

c) o conceito de empregado é universal, tendo-se como tal o trabalhador que presta serviço subordinado;

d) o labor subordinado é uma questão de fato que não se alterar por dispositivo legal;

e) o legislador infraconstitucional não é livre para, sem qualquer critério razoável ou em violação ao princípio da igualdade, estabelecer as situações nas quais o trabalhador subordinado não é destinatário dos direitos fundamentais dos empregados;

f) é constitucional a regra que afasta da proteção empregatícia o atleta não-profissional (inciso II do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.615/98) dada as características do esporte amador no Brasil;

g) existem razões para o legislador infraconstitucional afastar da proteção empregatícia, tanto o estagiário, como do aprendiz, já que estes, ao invés de simplesmente prestar serviços em favor da empresa, também buscam a sua formação ou a complementação profissionalizante;

h) ao tratar o aprendiz como empregado e o estagiário como não-empregado, no entanto, o legislador infraconstitucional discriminou este último, já que não há um motivo razoável para essa disparidade de tratamento;





i) é inconstitucional, portanto, o disposto na primeira parte do art. 3º da Lei n. 11.788/08, na parte que dispõe que o estágio não gera vínculo de emprego entre o estagiário e o tomador dos seus serviços;

j) em situação idêntica ao do estagiário se encontra o médico residente, sendo questionável a constitucionalidade da Lei n. 6.932/81 ao não caracterizar como de emprego a relação firmada entre aquele e a entidade tomadora dos serviços;

k) também é inconstitucional o disposto no § 5º do art. 4º da Lei n. 11.442/07, com redação dada pela Lei n. 13.103/15, e no art. 5º da Lei n. 11.442/07, no ponto que estes dispositivos afastam, aprioristicamente, o reconhecimento da relação de emprego entre o auxiliar e o transportador autônomo de cargas, entre o trabalhador transportador de cargas e o embarcador e entre o trabalhador transportador de cargas e a empresa de transporte rodoviário de cargas;

l) da mesma forma, não cabe, de forma apriorística, negar a possibilidade de caracterização do contrato de emprego a partir da relação firmada entre franqueador e franqueado e entre aquele e os empregados deste outro;

m) é inconstitucional o art. 100 da Lei n. 9.504/97 ao dispor que o “cabo eleitoral”, mesmo prestando serviços subordinados, não mantém vínculo de emprego, já que não há qualquer motivo razoável para essa discriminação;

n) da mesma forma, é inconstitucional o art. 44-A da Lei n. 9+096/95, com a redação dada pela Lei n. 13.877/19, quando dispõe que os trabalhadores que prestam serviços subordinados em “atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização” não mantém vínculo de emprego com os tomadores dos serviços “quando remuneradas com valor mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social”.





REFERÊNCIAS

AVONDOLA, Arianna. L'indisponibilità del tipo contrattuale in sede legislativa nella mostra giurisprudenza costituzionale e in quella comunitaria. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XXVI, n. 2, p. 242-248, Milão, 2007.

BAYLOS GRAU, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito do trabalho como direito constitucional. **Revista Trabalhista**, Forense, v. X, p. 21-51.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade** n. 48. Rel. Ministro Roberto Barros. Em julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5245418> Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 5.752. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 18/10/2019. DJe-238 de 30-10-2019. Publicado em 04-11-2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751285609> Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 3.961. Rel. Ministro Roberto Barros. Em julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2559843> Acesso em: 17 dez. 2019.

D'ANTONA, Massino. Limiti costituzionali all'indisponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro. In: **ADL — Argomenti di Diritto del Lavoro**, n. 1. Padova: CEDAM, 1995. p. 63-90.

FRANÇA. **Code du Travail**. Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). 2007. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT0000060720> 50. Acesso em: 17 jan. 2020.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza** n. 115 (ECLI:IT:COST:1994:115), 23-31 marzo 1994. Pubblicazione in G. U. 13/04/1994 n. 16. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#> Acesso em: 18 out. 2017.





ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sez. Lavoro. Sentenza n. 166, 9 gennaio 2004, in **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XXIII, n. 4, p. 739-747, Milão, 2004.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sez. Lavoro. Sentenza n. 9.722, 7 ottobre 1997, in **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano 17, n. 4, p. 659-662, Milão, 1998.

MIGALHAS. **STF analisa lei sobre natureza comercial da relação de transporte de carga autônomo**. 05 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI310383,91041-STF+analisa+lei+sobre+natureza+comercial+da+relacao+de+transporte+de> Acesso em 17 dez. 2019.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. A proposito della cosiddetta disponibilità del tipo lavoro subordinato da parte del legislatore. In: SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del lavoro e Corte costituzionale**. Napoli/Roma: Edizioni Scientifiche, 2006. p. 279-286.

SCOGNAMIGLIO, Renato. La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, ano XX, n. 2, p. 95-121, Milão, 2001.

SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. A disponibilidade pelo legislador do tipo contratual no direito do trabalho. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. v. 23, n. 30, p. 79–86, jan./jun., 2007. Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

TAMAJO, Raffaele De Luca. Il limite Allá discrezionalità qualificatoria del legislatore. In: SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del lavoro e Corte costituzionale**. Napoli/Roma: Edizioni Scientifiche, 2006, p. 35-42.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. 2012/C 326/01. Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> Acesso em: 17 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. 15 de junho de 2006. **Processo C-255/04**. ECLI:EU:C:2006:401. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=presun%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bsubordinado%2Bfran%25C3%25A7a%2Bartistas&docid=55357&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=813985#ctx1> Acesso em: 17 jan. 2020.

