



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

**A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA ENQUANTO
ELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A
PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL**

DANILO GONÇALVES GASPAR

Salvador
2011

DANILO GONÇALVES GASPAR

**A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA ENQUANTO
ELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A
PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz de Pinho Pedreira da Silva

Salvador
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

DANILO GONÇALVES GASPAR

A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA ENQUANTO ELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz de Pinho Pedreira da Silva – Orientador_____

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho_____

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior_____

Salvador, ____ de _____ de 2011.

À Guilherme Gaspar, meu filho, resumo da minha felicidade e símbolo de força e coragem para enfrentar todos os desafios desta vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, símbolo maior de fé, pela proteção constante ao longo de toda a minha vida, em especial durante a realização do Mestrado em Direito Privado e Econômico da Universidade Federal da Bahia.

À Nanda, minha doce e querida irmã, que desde o dia 27 de abril de 2005 se fez anjo, pelo cuidado, pela proteção, e, sobretudo pela capacidade de me tranquilizar nos momentos de angústia, que não foram poucos.

Ao Gui, meu amado filho, pelo amor incondicional e pelo carinho intenso a mim dispensado ao longo de sua ainda curta, mas fundamental existência entre nós.

Aos meus pais, Vânia e Gaspar, por sempre confiarem em mim e nunca medirem esforços para sonhar os meus sonhos juntamente a mim.

À Gabi, minha querida companheira, por compartilhar comigo momentos de alegria, de tristeza e de incertezas, sem nunca deixar de me amar e de me permitir amá-la.

À minha família, a quem agradeço em nome dos meus queridos avós Gaspar, Marina, João e Deni, por me permitir conviver em um ambiente de alegria, amor e solidariedade.

Ao Professor-orientador Dr. Luiz de Pinho Pedreira da Silva, referência nacional e internacional em Direito do Trabalho, por sua paciência, por seus comentários, por suas críticas e, sobretudo por seu prazer em acompanhar o desenvolvimento e a concretização deste sonho.

Aos diversos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelos ensinamentos que serviram de base ao desenvolvimento deste trabalho, com menção especial ao Professor Doutor Edilton Meireles, que me ensinou que a humildade e a amizade são elementos

imprescindíveis para nossa existência e ao Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, a quem ousou chamar de amigo, por, dentre tantas virtudes, fazer da vida uma poesia.

Aos Mestrandos e Doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela possibilidade de compartilhar idéias, medos e alegrias, com destaque especial aos amigos que fazem parte do projeto Trabalho e(m) debate, desenvolvido com o objetivo de fomentar a pesquisa e a produção científica.

Considerem também como são poucos aqueles que desenvolvem uma atividade com um fim verdadeiramente útil.

Avaliamos todas as coisas em dinheiro, o que nos leva a exercer um grande número de profissões totalmente inúteis e supérfluas, unicamente a serviço do luxo e do prazer. Essa massa de trabalhadores de hoje, se estivesse repartida entre alguns segmentos que utilizam verdadeiramente os produtos da natureza para o bem de todos, criaria tantos excedentes que o aviltamento dos preços impediria que os trabalhadores pudessem ganhar para sobreviver. Vamos supor, portanto, que se destine a um trabalho útil todos aqueles que se deixam ficar na indolência e na ociosidade, gente que esbanja cada dia o fruto do trabalho dos outros, o dobro daquilo que o próprio produtor consome para viver; então, poderão observar como é preciso pouco tempo para produzir em quantidades necessárias as coisas indispensáveis ou simplesmente úteis, sem mesmo negligenciar o que pode contribuir para o prazer, contanto que este seja sadio e natural.

(Thomas More)

RESUMO

O Direito do Trabalho foi pensado e se concretizou como um instrumento de proteção dos trabalhadores hipossuficientes, assim entendidos como aqueles que, sem a propriedade dos meios de produção, vendem suas forças de trabalho por uma contraprestação pecuniária. A hipossuficiência, no âmbito do modelo de produção fordista/taylorista, se confundia com a submissão do trabalhador às ordens diretas do tomador de serviços, fato este que ensejou a elaboração de um conceito de subordinação jurídica atrelado ao exercício efetivo, pelo tomador dos serviços, do seu poder diretivo, sendo este o seu conceito clássico. Com o desenvolvimento tecnológico e o surgimento dos modelos de produção pós-fordistas, dentre os quais se destaca o toyotismo, instalou-se, em paralelo ao fordismo, uma nova mentalidade produtiva. O novo modelo de produção propõe novas formas de relações de trabalho, pautadas em uma maior liberdade na prestação dos serviços. São criados, por exemplo, o trabalho parassubordinado, o trabalho autônomo economicamente dependente e o teletrabalho. Esta reestruturação produtiva deixa transparecer a insuficiência do conceito clássico de subordinação jurídica, na medida em que os novos trabalhadores guardam, em sua essência, a mesma característica que distingue o trabalhador autônomo dos demais, revelada na ausência de propriedade dos meios de produção e do resultado do trabalho prestado. O que há de novo, portanto, é somente uma maior liberdade na execução dos serviços, o que impõe, desta maneira, uma revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica, de modo a conceber como subordinado tanto o trabalhador que receba ordens diretas do tomador de serviços, quanto aquele que, inserido em uma organização produtiva, possui liberdade na execução dos serviços. O conceito de subordinação potencial surge, então, como uma proposta teórica destinada a contextualizar o Direito do Trabalho no âmbito socioeconômico e tecnológico contemporâneo, resgatando, conseqüentemente, o ideal protetivo e socializante deste ramo específico da ciência jurídica.

Palavras-chave: Proteção; Crise; Subordinação Jurídica; Potencial.

ABSTRACT

The labor law was thought and materialized as an instrument of protection of workers a disadvantage as well understood as those that without ownership of the means of production, sell their work forces by a pecuniary compensation. The disadvantage under the Fordist/Taylorist's model production, mingled with the submission of a worker to direct orders of policyholder service, a fact that encouraged the development of a concept of legal subordination linked to the effective exercise by the taker services, its power steering, which is your classic concept. With technological development and the emergence of post-Fordist's production models, among which stands out Toyotism, it was installed in parallel to Fordism, a new mentality productive. The new production model proposes new forms of employment relationship, rooted in a greater freedom to provide services. Are created, for example, work parasubordination, economically dependent self-employment and teleworking. This restructuring process reveals the inadequacy of the classical concept of legal subordination to the extent that new workers keep in essence, the very feature that distinguishes the self-employed from the others, revealed the absence of ownership of means of production and the result work done. What's new, so it is only greater freedom in the assignment, which requires, thus, a revision and expansion of the concept of legal subordination, to conceive how much the subordinate employee who receives orders directly from the policyholder services, as that which, inserted into a productive organization, has freedom in performing services. The concept of potential subordination, then, emerged as a theoretical proposal aimed to contextualize the labor law in contemporary socioeconomic and technological, recovering thus the ideal protective and socializing this specific branch of legal science.

Keywords: Protection; Crisis; Legal Subordination; Potential.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO	21
1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO	21
1.1.1 O Trabalho na antiguidade clássica: a escravidão	24
1.1.2 O regime feudal	28
1.1.3 As Corporações de Ofício	29
1.1.4 O Assalariado e o surgimento do Direito do Trabalho	33
1.2 O CONCEITO E A FINALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO	37
1.2.1 Em busca de um conceito: concepções subjetivistas, objetivistas e mistas	38
1.2.2 As funções do Direito do Trabalho	41
1.3 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO	42
1.3.1 Globalização e neoliberalismo	43
1.3.2 Do Fordismo ao Toyotismo	45
1.3.3 Flexibilização e Desregulamentação	48
2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO	56
2.1 UMA BREVE NOÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS	56
2.1.1 Conceito	56
2.1.2 As funções dos princípios	59
2.2 PENSANDO O DIREITO DO TRABALHO IDEOLOGICAMENTE	64
2.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A TUTELA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	71
2.3.1 Conceito	71
2.3.2 Fundamento	73
2.3.3 Princípio do <i>in dubio, pro operário</i>	75

2.3.4 Princípio da norma mais favorável	81
2.3.5 Princípio da condição mais benéfica	88
3 A RELAÇÃO DE EMPREGO COMO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO	94
3.1 A TRAJETÓRIA EM BUSCA DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO	94
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: UM MISTO ENTRE A CULTURA ROMANA E A CULTURA GERMÂNICA	98
3.3 O CONTRATO DE TRABALHO E OS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	101
3.3.1 A Pessoalidade	101
3.3.2 A Não-Eventualidade	103
3.3.3 A Onerosidade	108
3.3.4 A Subordinação Jurídica	111
4 A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO ELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO	112
4.1 DA DEPENDÊNCIA À SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	112
4.1.1 A posição do legislador brasileiro	112
4.1.2 A dependência técnica	113
4.1.3 A dependência econômica	115
4.1.4 A dependência social	118
4.2 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	119
4.2.1 A origem etimológica do termo	119
4.2.2 A natureza da subordinação	119
4.2.3 Os fundamentos da Subordinação	123
4.2.4 A subordinação jurídica em sua acepção clássica: uma correlação com o poder diretivo do empregador	129
4.3 A CRISE E A QUEBRA DO PARADIGMA DA SUBORDINAÇÃO CLÁSSICA: UMA BREVE ABORDAGEM DO MÉTODO CIENTÍFICO DE THOMAS KUHN	133

4.3.1. A filosofia de Thomas S. Kuhn e a transição de paradigmas	134
4.3.2. As causas da crise da subordinação jurídica clássica e as alterações estruturais ocorridas no mundo do trabalho contemporâneo	136
4.3.3. Os efeitos da crise	145
5 O PROCESSO DE AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	148
5.1 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA <i>VERSUS</i> AMPLIAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO	148
5.2 A EXPERIÊNCIA ITALIANA: DO TRABALHO PARASSUBORDINADO AO CONTRATO A PROJETO	153
5.2.1 As causas	154
5.2.2 A tutela legislativa italiana do instituto	155
5.2.3 O conceito, os requisitos e as espécies de trabalhador parassubordinado	156
5.2.4 Dos direitos conferidos ao trabalhador parassubordinado	159
5.2.5 A reforma Biagi e o contrato a projeto	163
<i>5.2.5.1 A origem e as causas do contrato a projeto</i>	163
<i>5.2.5.2 O conceito</i>	164
<i>5.2.5.3 As exceções</i>	165
<i>5.2.5.4 A forma do contrato a projeto</i>	166
<i>5.2.5.5 Os elementos do contrato a projeto</i>	167
5.2.5.5.1 Projeto, programa ou fase deste	167
5.2.5.5.2 Autonomia e coordenação	169
5.2.5.5.3 Duração determinada ou determinável	170
5.2.5.5.4 Prestação de serviços prevalentemente pessoal	171
5.2.5.5.5 A remuneração	171
<i>5.2.5.6 As hipóteses de extinção do contrato a projeto</i>	172
<i>5.2.5.7 Os direitos dos trabalhadores que celebram um contrato a projeto</i>	173

5.2.6 O trabalhador parassubordinado no Brasil	176
5.2.6.1 <i>O conceito</i>	176
5.2.6.2 <i>Tutela jurídica do trabalhador parassubordinado no Brasil</i>	178
5.2.6.3 <i>O posicionamento dos tribunais</i>	185
5.3 A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE	188
5.3.1 As causas	188
5.3.2 A lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007	191
5.3.2.1 <i>Os fundamentos da Lei e o preâmbulo</i>	191
5.3.2.2 <i>A estrutura do Estatuto do Trabalho Autônomo</i>	193
5.3.2.3 <i>Âmbito de aplicação do Estatuto</i>	194
5.3.2.4 <i>O regime profissional comum do trabalhador autônomo</i>	196
5.3.2.5 <i>O regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente</i>	198
5.3.3 O trabalhador autônomo economicamente dependente e a figura do trabalhador parassubordinado	203
5.4. A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO OBJETIVA	204
5.5. A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL	212
5.6. A SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA	215
5.7. A SUBORDINAÇÃO RETICULAR	216
6 A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL	220
6.1 AS RAZÕES DA PROPOSTA	220
6.2 A ESCOLHA DO SEGUNDO CAMINHO: POR UMA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	222
6.3. A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL	227
6.3.1 A potencialidade do poder diretivo e da subordinação jurídica	228
6.3.2 O conceito de subordinação potencial	233

6.3.3 A desnecessidade de alteração legislativa	237
6.4 A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL E AS SUBORDINAÇÕES PROPOSTAS PELA DOUTRINA BRASILEIRA	239
6.4.1 A subordinação potencial <i>versus</i> a subordinação objetiva	240
6.4.2 A subordinação potencial <i>versus</i> a subordinação estrutural	242
6.4.3 A subordinação potencial <i>versus</i> a subordinação integrativa	245
6.4.4 A subordinação potencial <i>versus</i> a subordinação reticular	246
6.5 A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO ATRAVÉS DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO POTENCIAL: ALGUNS EXEMPLOS PRÁTICOS	246
6.5.1 O trabalhador parassubordinado e a subordinação potencial	248
6.5.2 O trabalhador autônomo economicamente dependente e a subordinação potencial	252
6.5.3 O teletrabalho	257
6.5.3.1 <i>O conceito</i>	258
6.5.3.2 <i>Vantagens e desvantagens do teletrabalho</i>	259
6.5.3.3 <i>A disciplina jurídica do teletrabalhador no Brasil e a subordinação potencial</i>	262
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	266
REFERÊNCIAS	271

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado versa sobre a crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego, enfocando suas causas, seus efeitos e, ao final, propondo uma possível solução para tanto.

Essa investigação científica, orientada pelo professor Luiz de Pinho Pedreira da Silva, foi desenvolvida dentro da área de concentração de Direito Privado e Econômico, estando atrelada à linha de pesquisa que investiga os Fundamentos do Direito do Trabalho na contemporaneidade.

A pesquisa foi orientada pelo seguinte problema: a subordinação jurídica, em sua acepção clássica, ainda é suficientemente capaz de fazer com que o Direito do Trabalho realize o seu verdadeiro objetivo, qual seja: proteger os trabalhadores hipossuficientes?

O problema em questão desencadeou a seguinte hipótese de investigação científica: a subordinação jurídica clássica, fundamentada no exercício intenso do poder diretivo por parte do empregador, não se revela mais suficiente para fazer com que o Direito do Trabalho proteja todos os trabalhadores que careçam de proteção, uma vez que as revoluções tecnológicas e as transformações socioeconômicas vivenciadas a partir do final do século XX inauguraram novas formas de exploração do trabalho alheio, para as quais não se requer uma submissão do trabalhador às ordens diretas e intensas do tomador dos serviços.

Trata-se, portanto, de um trabalho científico cuja importância teórica, prática e social é consequência natural.

A importância teórica revela-se no fato de que o presente trabalho investiga a subordinação jurídica com vistas a resgatar a própria razão de ser do Direito do Trabalho, consubstanciada na proteção dos trabalhadores hipossuficientes.

Dessa maneira, a obra em apreço aborda elementos essenciais a uma compreensão hodierna e contemporânea do Direito do Trabalho, de modo a contextualizá-lo às novas dinâmicas socioeconômicas desencadeadas a partir do final do século XX.

Essa contextualização já demonstra, igualmente, a importância prática do presente trabalho na medida em que o estudo da subordinação jurídica, a identificação da crise desse elemento e a proposta de solução desta crise através da apresentação de um novo conceito de subordinação jurídica, extrapolam o campo teórico, repercutindo diretamente nas relações travadas diariamente entre trabalhadores e tomadores de serviços.

Nesse diapasão, o trabalho em questão, ao investigar a subordinação jurídica, apontar o momento de crise pelo qual ela vem passando e propor uma solução para esta, deixa transparecer, outrossim, sua importância social em razão da capacidade teórica e prática que uma nova e contemporânea visão da subordinação jurídica possui de garantir condições de trabalho dignas para diversos trabalhadores que, ainda hoje, se analisados sob a ótica da subordinação jurídica clássica, são deixados à margem dos direitos e garantias trabalhistas.

No desenvolvimento dessa investigação científica, utilizou-se o marco teórico do princípio da proteção, revelador da essência e do principal objetivo do Direito do Trabalho enquanto ramo específico da ciência jurídica.

A história da humanidade revela que o homem sempre trabalhou – concebendo-se como trabalho toda e qualquer energia humana despendida com vistas a produzir algum resultado –, alterando, ao longo dos séculos, somente a forma de tal fazer.

Partindo de um trabalho manual cujo resultado era destinado tão somente a sua subsistência e/ou de sua família, o homem passou a desenvolver produtos cujo excesso deu ensejo ao desenvolvimento de um incipiente comércio, inicialmente marcado pelo sistema de trocas.

O desenvolvimento das sociedades marca o início da apropriação do trabalho alheio, inicialmente através do sistema de escravidão. Surge, então, através da escravidão, uma nova figura que, agora, separa o homem – ressalvando-se que o escravo foi reduzido à coisa pela escravidão –, do produto do seu trabalho.

Desta maneira, o escravo, coisa de propriedade do Senhor, não trabalhava para usufruir dos produtos do seu trabalho. Ao contrário, trabalhava pelo simples fato de ser escravo e também para garantir a sua subsistência e de sua família através da alimentação fornecida por seu proprietário.

Com o fim da escravidão, algo que não ocorreu de modo uniforme ao longo do mundo, o antigo escravo alcança o status de sujeito de Direito, passando a trabalhar de acordo com o regime da servidão, realidade na qual o resultado do trabalho também não pertence ao trabalhador, agora servo, mas sim ao senhor feudal.

Seguindo o desenvolvimento histórico da sociedade, passa-se pelo sistema das Corporações de Ofício, das manufaturas, até que se chega ao regime de trabalho assalariado.

O trabalho assalariado inaugura uma relação de trabalho que se baseia na liberdade jurídica que o trabalhador, agora homem titular de direitos e deveres, possui de trabalhar ou não.

Assim, uma vez optando por trabalhar, se sujeita o trabalhador ao acordo de vontades celebrado com o tomador dos serviços, cabendo ao mesmo cumprir suas obrigações para, ao final, receber em troca o salário.

Todavia, essa liberdade jurídica fez do trabalhador assalariado um sujeito que, na realidade, não tinha opção de escolha: ou trabalhava, sujeitando-se às condições apresentadas pelo tomador de serviços, ou morria de fome.

Foi dentro desse contexto de exploração e submissão do trabalhador às condições impostas pelos tomadores de serviços que o Direito do Trabalho foi pensado, clamado e concretizado.

Surge, portanto, o Direito do Trabalho como instrumento de proteção do trabalhador contra eventuais abusos dos tomadores de serviços, garantindo um patamar mínimo de condições de trabalho, limitando jornadas de trabalho, garantindo remunerações compatíveis com o trabalho prestado etc.

É fato que ao proteger o trabalhador, garantindo a ele direitos e garantias mínimas, o Direito do Trabalho acabou por, paralelamente, legitimar a exploração do trabalho do homem pelo homem, o que revela sua função conservadora.

Todavia, em sua essência, nasce o Direito do Trabalho com o objetivo de proteger uma determinada parcela da sociedade: os trabalhadores que prestam seus serviços em troca de uma remuneração.

Para cumprir tal intento, o Direito do Trabalho delimita seu objeto no trabalho subordinado, deixando fora de sua tutela os trabalhadores autônomos, donos de seus próprios negócios.

Essa subordinação, portanto, que já foi econômica, técnica, social e acabou por se consolidar como jurídica revela-se como a pedra de toque do Direito do Trabalho na medida em que identifica qual o trabalhador que será protegido.

O contexto socioeconômico e o nível tecnológico da época do surgimento do Direito do Trabalho propiciaram a identificação da subordinação jurídica na obediência do trabalhador às ordens emanadas pelo tomador dos serviços.

Àquela época, o sistema de produção capitalista vinculava seu sucesso ao controle direto e intenso dos serviços prestados pelo trabalhador. O Fordismo e a teoria da administração científica inaugurada pelo Taylorismo revelavam um modelo de produção que atrelava o lucro à eliminação dos tempos ociosos do

trabalhador, o que só seria possível através de um controle rígido e intenso dos serviços prestados.

Desta forma, identificar o trabalhador que necessitava de proteção, hipossuficiente, era o mesmo que avistar um sujeito que trabalhava sob as ordens diretas do tomador dos serviços, sendo alvo de um controle rígido de horário e de uma disciplina hierárquica marcante.

Todavia, a partir do momento em que o referido modelo de produção passou a não mais produzir resultados satisfatórios, o sistema capitalista de produção reclamou novos modelos: surgem, então, os modelos pós-fordistas.

Os modelos pós-fordistas alteram a lógica produtiva, passando a requerer não mais um trabalho submetido a um rígido controle hierárquico, mas sim uma prestação de serviços que guarda traços de autonomia em sua execução.

Trata-se, portanto, de uma realidade socioeconômica para a qual a subordinação jurídica clássica não se preparou. A hipossuficiência do trabalhador não mais se revela somente – uma vez que o modelo fordista/taylorista ainda se mantém “vivo” em diversas empresas – na submissão às ordens diretas do tomador de serviços.

Agora, a hipossuficiência do trabalhador também se revela em prestações de serviços executadas com certo grau de autonomia, mas que preservam a característica típica do trabalho subordinado, qual seja: o trabalho prestado por conta alheia, ou seja, a ausência de apropriação, por parte do trabalhador, dos meios de produção e dos resultados do trabalho prestado.

Desta forma, não tendo sido a subordinação jurídica clássica pensada e preparada para a realidade socioeconômica e tecnológica vivida atualmente, precisa o Direito do Trabalho, para manter sua essência protetiva, revisar e ampliar o conceito do elemento através do qual identifica o trabalhador hipossuficiente: a subordinação jurídica.

O objetivo geral da presente pesquisa, portanto, foi demonstrar que a subordinação jurídica clássica não se mostra mais suficiente para manter a essência protetiva do Direito do Trabalho, marcada pela efetividade dos direitos e garantias trabalhistas conquistados ao longo da história.

Como objetivos específicos, podem ser citados os seguintes: identificar e analisar o novo sistema de produção inaugurado pelo Toyotismo e seus impactos nas relações de trabalho; analisar a evolução histórica e o fundamento da subordinação jurídica; evidenciar a crise da subordinação e seus efeitos; analisar as novas formas de relações de trabalho, como, por exemplo, o teletrabalho e o trabalho parassubordinado; analisar e identificar possíveis formas de proteção de trabalhadores que, hoje, mesmo hipossuficientes, se encontram distantes das normas trabalhistas.

A metodologia aplicada à pesquisa em questão revelou um caráter exploratório, tendo como objetivo principal proporcionar uma maior familiaridade com o problema lançado, aprimorando e fortalecendo as idéias que cercam o tema da presente obra.

Para tanto, a presente pesquisa exploratória assumiu a forma de pesquisa bibliográfica, baseada nas sucessivas pesquisas em livros, publicações periódicas e impressos diversos. A coleta de dados também se baseou em relatos de entrevistas e em seminários e congressos que trataram de assuntos correlatos à presente pesquisa.

Assim é que se chegou a presente dissertação de mestrado, estruturada em 06 capítulos: no primeiro capítulo, é trazido o panorama atual do Direito do Trabalho, passando por um breve histórico da disciplina, pela análise do seu conceito e de sua finalidade, até se chegar ao estudo da crise desse ramo específico da ciência jurídica.

O segundo capítulo versa sobre o princípio da proteção, referencial teórico da presente obra, destacando a essência protetiva do Direito do Trabalho e as dimensões do referido princípio.

Já o terceiro capítulo enfoca a relação de emprego enquanto objeto do Direito do Trabalho, analisando a sua natureza jurídica e, sobretudo, os requisitos que a diferencia das demais relações de trabalho.

No quarto capítulo chega-se à raiz do problema lançado, traçando a evolução da subordinação jurídica e identificando a sua crise enquanto elemento definidor da relação de emprego, investigando suas causas e efeitos.

O quinto capítulo aborda o processo de ampliação do conceito da subordinação jurídica, enfocando o trabalho parassubordinado, o trabalho autônomo economicamente dependente e as subordinações objetiva, estrutural, integrativa e reticular.

Por fim, no sexto capítulo, é apresentada a proposta da subordinação jurídica potencial, reveladora de um conceito revisado e atualizado do requisito mais importante na identificação da relação de emprego.

1 O PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O estudo da evolução histórica do Direito do Trabalho não revela, por mais que pareça, uma pretensão de divisões temporais precisas. Em verdade, passado, presente e futuro se interligam, sem permitir que os fatos passados sejam analisados sem contextualização com o presente, e que os fatos futuros sejam pensados sem conexão com a atual realidade socioeconômica.

É verdade que o Direito do Trabalho, enquanto um ramo específico e autônomo do Direito tem seu processo de formação iniciado a partir de dois fatos históricos que justificam, ontologicamente, seu surgimento: a Revolução Industrial (a partir do séc. XVIII) e a Revolução Francesa (1789). Como afirmou José Martins Catharino¹, falar do Direito do Trabalho antes do século XVIII não é verdadeiro. Trata-se, portanto, de sua pré-história.

A existência do labor humano, porém, confunde-se com a própria existência do homem. O que se alterou, ao longo do tempo, em verdade, foi a forma de articulação do trabalho nas sociedades humanas organizadas:²

Porque o trabalho é uma necessidade social, o homem sempre trabalhou. A princípio, seu esforço se cumpre no objetivo único de alimentar-se, para subsistir. Depois que inventou o instrumento de trabalho, a energia que despende visa a um fim produtivo. O trabalho assume, então, características sociais, que assinalam a aurora da civilização. A produção organiza-se pela dissociação entre as funções diretiva e executora. Deste modo, surgem e se desenvolvem as relações de produção que, tomadas em conjunto, constituem a estrutura econômica da sociedade.³

¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. vol. 1. 2. ed. Ver., atualizada e aum. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 3.

² PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. *Uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944, p. 3-4.

Desta forma, fica evidente que o trabalho humano, entendido como tal toda e qualquer energia humana empregada para obter um fim produtivo⁴, sempre existiu, sendo, como já dito, algo inerente ao homem.

Inicialmente, o trabalho mostrou-se vinculado à necessidade de auto-subsistência do homem primitivo. Nesse período, tem-se o que Sinzeheimer *apud* Orlando Gomes convencionou denominar de trabalho no estado da natureza, sendo o trabalho, nessa circunstância, função individual e social do trabalhador, uma vez que a energia deste ficava inteiramente à sua disposição e era utilizada sem qualquer interferência.⁵

Assim, sem saber cultivar a terra, o homem pré-histórico vivia da caça, motivo pelo qual desenvolveu armas, cabendo a ele a confecção destas e a caça, ficando a cargo das mulheres, por sua vez, a colheita das sementes e dos frutos.⁶

Nesse estágio, portanto, o homem utilizava o trabalho como instrumento de subsistência direto, ou seja, o emprego de sua força de trabalho voltava-se diretamente para a sua subsistência e de sua família através dos produtos das caças e das colheitas.

Ao aprender a cultivar a terra, a domesticar os animais e a fazer cerâmica e tecidos, o homem desenvolveu a produção de gêneros alimentícios, possibilitando, assim, excedentes de produção e, conseqüentemente, as trocas, nascendo um incipiente comércio, a propriedade e a concentração de riqueza e poder.⁷

Essa concentração de riqueza e poder fez com que, já na Idade Antiga, o trabalho passasse a ser próprio dos homens desprovidos de riqueza e cidadania – era a forma escrava de exploração do trabalho.

⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶ ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 12.

⁷ *Ibidem*, p. 13.

Surge, então, com o regime escravagista, a relação de trabalho, destacada pela intromissão de um terceiro entre o trabalhador e a coletividade, que dirige e aproveita a sua força de trabalho.

Por essa razão, afirmou Orlando Gomes que, desde então, o trabalho torna-se subordinado, sendo que entre o trabalhador e a pessoa interposta se travava “[...] *uma relação pela qual a energia daquele se desenvolve e atua sob a direção desta*”.⁸

Assim, nos dizeres de Orlando Gomes, o trabalho subordinado é elemento comum a todos os principais sistemas fundamentais de economia: escravidão, servidão e salariedade.⁹

Todavia, destaca o referido autor que a cada um dos referidos sistemas corresponde um modelo próprio de estruturação da relação de trabalho, motivo pelo qual as modificações que o conceito jurídico de relação de trabalho vem passando ao longo do tempo “[...] *refletem, em suas linhas gerais, as transformações substanciais da estrutura econômica*”.¹⁰

Por essa razão, revela-se importante a análise em separado de cada um dos sistemas fundamentais de economia apontados por Orlando Gomes, deixando claro, entretanto, que, conforme apontado pelo próprio Orlando Gomes, “[...] *as formas de produção, divididas metodologicamente em três grandes categorias, não obedecem a uma absoluta sucessividade, com inalterável ritmo cronológico*.”¹¹, motivo pelo qual é possível a coexistência, em um mesmo regime, de mais de uma das três formas apontadas.

⁸ GOMES, op. cit., p. 5.

⁹ Ibidem, p. 5.

¹⁰ Ibidem, p. 4.

¹¹ Ibidem, p. 6.

1.1.1 O Trabalho na antiguidade clássica: a escravidão

Sem pretensão de fixação de um marco histórico para determinação do surgimento do trabalho humano, encontra-se, na antiguidade clássica, uma característica peculiar desta atividade humana.

Naquela época, o trabalho humano era associado a algo nefasto. Sem definição literal na língua grega, as palavras *ergo* (obra) e *ponos* (esforço penoso) surgem para defini-lo.

Em sua origem latina, a palavra trabalho significa *tripalium*, “um instrumento de três estacas, destinado a prender boi e cavalos difíceis de ferrar, portanto, um instrumento de tortura”.¹²

No latim, a palavra *labor* também é empregada para designar a palavra trabalho, indicando, nesse aspecto, dor, fadiga, cansaço, derivando daí a expressão “trabalho de parto”.¹³

A difusão da escravidão na Idade Antiga foi possibilitada também pelo fato do trabalho, naquela época, ter assumido um sentido material, tendo sido reduzido à coisa, revelando a escravidão uma relação na qual o escravo era uma “coisa” de propriedade do seu senhor. Nessa qualidade, o escravo não possuía capacidade jurídica para contrair direitos e obrigações.¹⁴

A escravidão, portanto, inaugura a exploração da força de trabalho humana que, a partir de então, passa a não mais ser utilizada única e exclusivamente para sua própria subsistência.

A partir de então, a força de trabalho do homem passa a ser apropriada por outro homem que, ostentando a condição de tomador dos serviços, passa a dirigir a atividade do prestador.

¹² CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 390.

¹³ Ibidem, p. 390.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 55.

A fase pré-histórica da relação de trabalho, portanto, situa-se no regime escravo predominante na antiguidade clássica. Tratava-se, em verdade, de uma relação real entre um sujeito de direito (senhor) e uma coisa (escravo) que ficava sob o domínio do primeiro, que dele podia usar e abusar.¹⁵

O escravo não escolhia ser escravo ou senhor. O fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de sofrer condenação penal e de descumprir obrigações tributárias representam algumas situações que guinavam uma pessoa à condição de escravo.¹⁶

Nesse contexto, verifica-se que era, àquela época, inconcebível falar-se em Direito do Trabalho, haja vista que este pressupõe uma relação jurídica, que, por sua vez, exige a presença de dois sujeitos de direito, o que, sob a ótica escravista, não era possível, uma vez que o escravo era apenas um objeto jurídico. Nesse sentido, esclarece Orlando Gomes que:

Toda relação jurídica implicaria, com efeito, em um acordo de vontades entre dois sujeitos livres. Assim, só seria possível a construção de uma verdadeira relação jurídica de trabalho com a libertação do trabalhador, operada no salariedade. Seria estulto acreditar na existência de uma relação desta natureza entre o latifundiário romano e seus escravos, uma vez que a ordem jurídica recusava personalidade a estes.¹⁷

Vale destacar, por oportuno, que Orlando Gomes, complementando o sentido da afirmação anterior, diz não haver justificativa, entretanto, para se particularizar o conceito de relação de trabalho à prestação de serviços típica do regime capitalista, quando o trabalhador adquiriu liberdade para contratar. Assim, destaca o referido autor que é o contrato de trabalho (forma) o instituto peculiar ao sistema capitalista, e não a relação de trabalho (essência):

Assim, a relação individual de trabalho não é somente aquela que é informada por contrato. Seria admitir conceito meramente formal, sem correspondência na realidade dos fatos. Deve ela ser tomada em acepção mais ampla, pois, como todo e qualquer laço

¹⁵ CATHARINO, op. cit., p. 173.

¹⁶ BARROS, op. cit., p. 54.

¹⁷ GOMES, op. cit., p. 6.

que vincule homens para fins de produção, seja sob o aspecto jurídico de um direito pessoal ou de um direito real.¹⁸

Desta forma, a impropriedade encontra-se em afirmar que, no seio de um regime escravagista, havia entre escravo e senhor a celebração de um contrato de trabalho. Todavia, não se revela impróprio dizer que em tal regime havia uma relação de trabalho.

Assim, no regime escravagista, havia uma relação de trabalho que reservava diversas peculiaridades, dentre elas o fato de haver entre o senhor e o escravo uma relação de subordinação real, sendo o trabalho escravo, portanto, caracterizado por um estado de absoluta e perpétua subordinação do trabalhador:¹⁹

As relações de produção se estruturam em um plano no qual a atividade do trabalhador é obrigatória. Qualquer que fosse a causa da escravidão, uma vez decaído no estado de escravo, o homem se via na dura contingência de realizar as mais penosas tarefas para seu senhor. A este cabia a função de dirigir o trabalho, e o fazia como déspota, com poderes irrestritos.

Portanto, no regime escravagista, a relação econômica entre os fatores de produção traduz-se praticamente pela dominação absoluta do capital sobre o trabalho.

[...]

Em tais circunstâncias, a relação de trabalho se estrutura como *relação real*.²⁰

Ao escravo não se concedia nenhum tipo de proteção jurídica, inclusive trabalhista, afinal não eram pessoas, mas sim coisas móveis ou semoventes, não possuindo o escravo, portanto, capacidade jurídica capaz de torná-lo titular de direitos, podendo o senhor aliená-lo, abandoná-lo e, até matá-lo.

É fato que, na antiguidade clássica, o trabalho escravo, em que pese predominante, não era único. Esclarece José Martins Catharino que:

[...] O *paterfamilias* também trabalhava, ajudado pelos membros livres da família produtora, pela *domus*, e pelos libertos, 'que

¹⁸ Ibidem, p. 6.

¹⁹ Ibidem, p. 11.

²⁰ Ibidem, p. 11.

deviam as *operae* ao antigo senhor'. E, nas épocas de safra, aumentada a necessidade de braços, o pai da família recorria a empréstimos ou a locações de escravos, 'e, apenas excepcionalmente, a trabalhadores livres'.²¹

O trabalho livre também era executado através do sistema de locação inaugurado no direito romano. Havia, naquela época, a possibilidade de um homem livre celebrar um contrato através se obrigava a fornecer a outra pessoa o uso e gozo de uma coisa, a prestação de serviços ou a execução de uma obra, sempre mediante uma retribuição.

No referido sistema de locação (*locatio conductio*), portanto, o indivíduo poderia locar uma coisa de sua propriedade, seus serviços ou a execução de uma obra. Assim, conforme destaca Arion Sayão Romita: "*Havia em Roma três espécies de locação (locatio conductio): a locatio rei (locação de coisa), a locatio operarum (locação de serviços) e a locatio faciendi (locação de obra, isto é, a moderna empreitada*".²²

É importante destacar que a distinção entre a *locatio operarum* e a *locatio operis faciendi*, as duas espécies de locação que tinham por objeto o trabalho humano, é considerada a origem da dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, o que revela, portanto, nos dizeres de Mario de La Cueva, a influência que tal distinção exerceu na construção moderna do contrato de trabalho.²³

Distinguindo ambas as modalidades, ressalta Arion Sayão Romita que:

Na *locatio operarum*, o *locator* se obriga a prestar a sua energia de trabalho ao *conductor*, que se obriga a pagar a *merces*. O contrato tem por objeto as *operae*, vale dizer, os serviços. Mas só as *operae* ordinárias, que não exigem aptidão especial (*quaestus illiberales* ou *sordidi*), podiam ser objeto desse tipo de contrato. As *operae liberales* (ex: os serviços do médico, do advogado, etc.) não podiam ser objeto de locação. Na *locatio operis*, o objeto do contrato é um *opus*, o produto de um determinado trabalho. O *locator* é o proprietário da coisa na qual a obra será realizada; o

²¹ CATHARINO, op. cit., p. 174.

²² ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 5-6.

²³ CUEVA, Mario de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 3. ed. Tomo Primeiro. Mexico: Editorial Porrúa, 1949, p. 7.

conductor é o autor da obra. Portanto, na *locatio operis*, quem paga a *merces* é o locador.²⁴

Como se vê, a antiguidade clássica conviveu com uma produção predominantemente rural, com uma mão de obra escrava em abundância, em especial nos trabalhos manuais, reservando para uma pequena parcela da população formas de livres de prestação de serviços.

Com a queda do Império Romano, ocorrida no século V d.C., inaugura-se um novo sistema: o feudalismo.

1.1.2 O regime feudal

A Idade Média inaugura a relação de trabalho servil, modalidade na qual o homem – até então escravo – alcançou o *status* de sujeito de direito. As semelhanças entre as realidades da escravidão e da servidão quanto ao escravo/servo, todavia, eram muitas, a começar pelo fato de que os meios de produção continuavam a pertencer a somente alguns membros da sociedade: os senhores feudais.²⁵

Outrossim, àquela época, ainda não se podia falar em trabalho juridicamente livre uma vez que, em que pese o escravo ter conquistado a condição jurídica de indivíduo, sua liberdade não era manifestada na prática, podendo o senhor, inclusive, mobilizar os servos obrigatoriamente para a guerra.²⁶

Sobre a servidão, esclarece Orlando Gomes que:

Esta se concentrou em torno da propriedade fundiária. O senhor feudal era dono de vastos campos cujo cultivo exigia grande número de camponeses. Dispondo do domínio da terra, procurava torná-la produtiva através de concessão *condicional e limitada*. Nestas condições, permitia que se cultivasse certo trato de terra em troca do dever de prestar serviços pessoais. Esse tributo é o traço característico da condição servil. A princípio, consistia no

²⁴ ROMITA, op. cit., p. 6.

²⁵ PORTO, op. cit., p. 21.

²⁶ SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II, p. 30.

dever de trabalhar para o senhor, concretizado na chamada *obrigação geral de fidelidade*. [...] Posteriormente, o tributo servil, em vez de ser satisfeito em *trabalho*, é pago em *espécie*, isto é, em produto do trabalho pessoal. Neste caso, o servo era obrigado a entregar parte da colheita, o chamado *champart*, consistente na dação de uma quantidade fixa de cereais, de vindo, galinhas, ovos, que ele próprio devia levar à casa do senhor. Enfim, o tributo passou a ser satisfeito em *dinheiro*. Esse pagamento tomou formas diversas, dentre as quais foram mais usadas os *censos* e a *talha*.²⁷

Portanto, dentro de uma realidade predominantemente agrária, aos servos – escravos alforriados ou homens livres que tiveram que pedir proteção aos senhores feudais em razão da invasão de suas terras pelos Estados e, posteriormente, pelos bárbaros – era confiado o trabalho. Todavia, em troca deste trabalho, os servos se viam obrigados a pesadas cargas de trabalho, podendo ainda ser maltratados ou encarcerados pelo senhor, “*que desfrutava até mesmo do chamado jus primae noctis, ou seja, direito à noite de núpcias com a serva da gleba que se casasse*”.²⁸

1.1.3 As Corporações de Ofício

O modelo de trabalho que antecede a Revolução Industrial e, por via de conseqüência, a relação empregatícia, é o vivido dentro das estruturas das Corporações de Ofício.

Inicialmente, as corporações surgiram como uma forma encontrada pelos artesãos de se protegerem contra os senhores feudais. Posteriormente, entretanto, as corporações passaram a ser agrupamentos destinados a proteção de determinados interesses profissionais.²⁹

Dentro dessa linha de pensamento, Mario de La Cueva explica que:

[...] la formación de las ciudades aceleró la modificación del régimen, pues la vida en común de muchas unidades consumidoras impuso la división del trabajo y la formación de los

²⁷ GOMES, op. cit., p. 13.

²⁸ BARROS, op. cit., p. 59.

²⁹ GOMES, op. cit., p. 15.

distintos ofícios. Ya en esta etapa, la ciudad, como defesa natural, procuro bastarse a sí misma y es entonces cuando se origina el régimen corporativo, que es el sistema en el cual, *los hombres de una misma profesión, ofício o especialidad* se unen para la defesa de sus intereses comunes en gremios, corporaciones o guildas.³⁰

Com o fim da Idade Média e o surgimento da Idade Moderna (1453 – Queda de Constantinopla), houve o reaparecimento das cidades, esquecidas no feudalismo, em virtude do êxodo rural, o que fez surgir uma nova organização de trabalho (as corporações de ofício), em que pese, o que é sempre bom frisar, a escravidão ainda ter se mantido enquanto forma de exploração do trabalho humano em muitos lugares do mundo, principalmente nas Américas, com a escravização de índios e negros pelos espanhóis e portugueses. No Brasil, por exemplo, a escravidão se manteve, legalmente, até o final do século XIX, quando foi publicada a Lei Áurea – Lei Imperial n. 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888.

Em grande parte da Europa, entretanto, o início da Idade Moderna marcou também o surgimento das Corporações de Ofício. Todavia, tal sistema ainda era incompatível com o Direito do Trabalho, uma vez que o trabalho de então ainda não era livre, já que somente se permitia o exercício da profissão aos que fizessem parte da corporação.

Essa realidade estrutural das Corporações, que compreendia, na visão da maioria dos autores, aprendiz, companheiro e mestre, fazia com que surgissem, muitas vezes, desacordos dentro de uma mesma corporação ou entre corporações, motivo pelo qual se convencionou dizer que o sistema das corporações de ofício não passava “*de uma fórmula mais branda de escravização do trabalhador*”.³¹

É bem verdade que Mario de La Cueva, admitindo que numerosos autores sustentem que as corporações abrangiam três grupos de pessoas: mestres, companheiros e aprendizes, ressalta que essa estrutura não corresponde à realidade.³²

³⁰ CUEVA, op. Cit., p. 8.

³¹ SUSSEKIND, op. cit., p. 31.

³² CUEVA, op. cit., p. 8.

De acordo com o referido autor:

[...] debe verse en la corporación una unión de pequeños talleres o pequeñas unidades de producción, cada una de las cuales es propiedad de un maestro, a cuyas ordenes trabajaban uno o más compañeros, llamados también oficiales y uno o más aprendices. La corporación es una unión de pequeños propietarios y de asimilarla a alguna de las uniones modernas, habría que considerar a las patronales.³³

No que tange às finalidades principais das corporações de ofício, destaca Mario de La Cueva que as mesmas se prestavam basicamente a defender o mercado contra estranhos; impedir o trabalho de quem não fizesse parte da corporação e; evitar a livre concorrência entre os mestres. Assim, as corporações se destinavam a estabelecer o monopólio da produção e evitar a luta dentro de uma mesma classe.³⁴

As relações entre mestres e companheiros eram disciplinadas através de um estatuto, não decorrendo, portanto, de um contrato no qual as partes estipulam as condições de trabalho.

Assim, para alcançar os seus objetivos, os titulares das corporações, mediante os conselhos dos mestres, regulamentavam a forma de produção, elaboravam seus estatutos, fixavam os preços, vigiavam a compra de materiais, controlando, em sua integralidade, a produção.³⁵

Desta forma, o regime de trabalho nas corporações de ofício revelava, para companheiros e aprendizes, uma relação de subordinação que, conforme assinalado por Orlando Gomes³⁶, não se diferenciava do trabalho obrigatório, afinal o aprendiz, em qualquer hipótese, jamais poderia abandonar o mestre, sem possuir, em contrapartida, uma correspondente gama de direitos.

Por conta disto, ressalta Mario de La Cueva que:

³³ Ibidem, p. 8.

³⁴ Ibidem, p. 8-9.

³⁵ Ibidem, p. 9.

³⁶ GOMES, op. cit., p. 16-17.

La conclusión anterior se corrobora considerando la sumisión constante y perfecta de los compañeros y aprendices a los maestros, a la que contribuyó la vida en común, la falta de una vía jurídica para hacer valer los derechos que les hubieran podido corresponder, y, finalmente, la posibilidad para la corporación de expulsar de su seno a quien no se sometiera a sus reglamentos. En algunas ciudades llegaron los gremios a administrar justicia en los asuntos que les afectaban, pero los Tribunales se integraban con maestros, sin que los compañeros y aprendices estuvieran representados; se trataba, pues, de una justicia de los grupos poseedores.³⁷

Fica evidente, portanto, que nas relações travadas entre o mestre, o companheiro e o aprendiz, relação esta, diga-se de passagem, de trabalho, uma vez que embora a finalidade principal do aprendizado fosse a habilidade profissional, não há como negar, conforme destaca Orlando Gomes, que , “[...] *no fundo, vigorava indisfarçável relação de trabalho. É que não só aprendiam; trabalhavam também*”³⁸, não havia um conjunto de normas destinadas à proteção do trabalho prestado pelos aprendizes e companheiros. Toda a estrutura das corporações de ofício, em verdade, destinava-se à proteção dos interesses dos mestres, titulares das corporações, o que fez com que, com o tempo, esse modelo passasse a ser questionado.

Além disso, o modelo das corporações de ofício passou a se tornar insuficiente para atender as necessidades dos homens, conforme anotado por Mario de La Cueva:

[...] el aumento de las relaciones en cada Estado y de los Estados entre si, el comercio creciente, las nuevas rutas, el descubrimiento de América, el progreso de las ciencias y de la técnica, el desarrollo del capital, etc., produjeron un cambio en la estructura económica y pusieron de manifiesto la contradicción con el ordenamiento corporativo, al que, a la postre, hicieron saltar. La manufactura fué la primera brecha en el régimen, al intensificar la producción y derramar las mercancías en el exterior.³⁹

Assim, a extinção das Corporações de Ofício era algo que, por motivos sociais e econômicos, se avizinhava, o que veio a ocorrer com a promulgação da Lei Lê

³⁷ CUEVA, op. cit., p. 9-10.

³⁸ GOMES, op. cit., 1944, p. 16.

³⁹ CUEVA, op. cit., p. 10.

Chapelier, de 17 de junho de 1791, quando se passou, portanto, a preconizar a liberdade do trabalho como direito do homem, que passa, assim, a prestar seu trabalho de forma juridicamente livre, dando espaço, por conseguinte, a consolidação da relação de emprego como objeto do Direito do Trabalho.

É bem verdade que, como bem assinalado por Amauri Mascaro do Nascimento, a Lei Lê Chapelier não somente extinguiu as Corporações de Ofício como também tornou ineficaz toda e qualquer regulamentação coletiva. Nesse sentido, nenhum acordo coletivo poderia ser celebrado nas relações profissionais, sendo a locação de serviços e, posteriormente, o contrato individual de trabalho, a única fonte legal passível de aplicação às relações de trabalho.⁴⁰

É por essa razão, inclusive, que Mario de La Cueva destaca que a Lei Lê Chapelier não extinguiu as Corporações de Ofício, mas sim proibiu a criação de novas Corporações, qualquer que fosse a sua forma.⁴¹

1.1.4 O Assalariado e o surgimento do Direito do Trabalho

Em escala mundial, o fim da forma escrava de trabalho, a superação da servidão enquanto forma de organização do trabalho e a extinção do sistema das Corporações de Ofício fizeram com que surgisse uma nova figura: o assalariado.

As cidades, novos centros de produção em lugar do campo, passaram a aglomerar milhares de trabalhadores juridicamente livres, mas sem terra para trabalhar, sem corporações para ingressar, ou seja, sem ter como se sustentar.

Assim, inevitavelmente, aqueles que não eram detentores dos meios de produção, acabariam por encontrar algo ou alguém a quem se sujeitar. Foi justamente o que aconteceu.

Àquela época, já havia sido iniciada na Inglaterra a Primeira Revolução Industrial, que teve seu início marcado pela descoberta da máquina a vapor (Thomas

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125.

⁴¹ CUEVA, op. cit., p. 10-11.

Newcomen – 1712), que possibilitou uma produção em larga escala, alterando, com o passar do tempo, substancialmente, a relação entre o dono da empresa e o trabalhador, fazendo com que o primeiro passasse a raciocinar somente de forma lucrativa, buscando, a qualquer custo, o aumento da produção e o segundo lutando, de todas as formas, para reduzir as condições míseras a que era submetido na prestação do seu trabalho.

Juntamente com a Revolução Industrial, a Revolução Francesa (1789) abriu um campo fértil para o surgimento do assalariado, trabalhador juridicamente livre que se vinculava ao tomador dos serviços no exercício de sua liberdade.

O direito fundamental à liberdade, tão pretendido pela burguesia que acabara de ascender ao poder, exigia, para sua materialização, um Estado mínimo, caracterizado por uma ação exclusivamente política. O Estado Liberal garantia ao cidadão somente uma proteção de suas liberdades individuais.

O Estado Liberal, então, se mantinha alheio ao campo social e econômico, assumindo uma posição passiva e contemplativa com relação às relações travadas entre os particulares. Era o Estado do *laissez faire et laissez passer* que vigorou nos séculos XVIII e XIX.⁴²

Dentro desse contexto de liberdade e de omissão estatal, o novo trabalhador – o assalariado – se viu sem condições de, sozinho, conquistar um trabalho digno, condizente com sua condição de ser humano. Era aceitar o trabalho da maneira que lhe era imposto ou morrer de fome.

Esclarece Mario de La Cueva que, durante esse período, era permitido que os tomadores de serviço pagassem a seus trabalhadores o preço que realmente queriam. Ressalta ainda o referido autor que não existia lei que limitasse a jornada de trabalho, sendo possível o trabalhador ser submetido a jornadas de 12, 14 e 15 horas por dia.⁴³

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

⁴³ CUEVA, op. cit., p. 16.

O sistema capitalista de produção, marcado pela exploração da mais-valia, ou seja, pela venda da força de trabalho humano em troca de um salário; a filosofia individualista de liberdade da Revolução Francesa; o emprego em larga escala de mulheres e crianças nas fábricas – as chamadas “meias-forças” –; a ausência do Estado, tudo isto fez com que os novos trabalhadores fossem colocados em uma situação de miséria sem precedentes, o que culminou nos primeiros movimentos de protesto, inclusive resultando em rebeliões, com a destruição das máquinas, tudo em prol de condições mais dignas de trabalho. Era a formação da consciência de classe.⁴⁴

A consciência de classe passou a reclamar do Estado uma atuação positiva nas relações privadas. Era a passagem do Estado Liberal para o Estado Social; era a transformação da omissão na atuação estatal; era a materialização da igualdade jurídica.

Não bastava mais um Estado omissivo, contemplativo. A sociedade, sobretudo a sua parcela proletária, clamava por uma intervenção e proteção estatal de modo a minimizar os efeitos gerados por uma liberdade exacerbada.

Portanto, a existência de um trabalhador juridicamente livre, capaz, portanto, de contrair direitos e obrigações através de um contrato, mas sócioeconomicamente desigual ao tomador dos serviços possibilitou toda a construção histórica do Direito do Trabalho.

Isso porque a liberdade jurídica conquistada e defendida a todo custo pela burguesia francesa, ícone mundial do liberalismo, acabou por escravizar o trabalhador que, sem acesso à propriedade dos meios de produção, só tinha um caminho para garantir sua subsistência: vincular-se ao tomador dos serviços através de um contrato de trabalho.

Como, no exercício da autonomia privada, o trabalhador, desigual sócioeconomicamente ao tomador dos serviços, acabava por não ter condições

⁴⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 01.

de discutir as bases contratuais, caberia ao Estado estabelecer limites para essa norma forma de exploração do trabalho humano: o contrato de trabalho.

Nesse sentido, fica evidente que o surgimento do Direito do Trabalho é fruto de duas revoluções: uma política e outra industrial, ambas desencadeadas no século XVIII. A revolução política permitiu que o homem se tornasse livre, capaz de contrair direitos e obrigações; já a revolução industrial transformou a liberdade do homem em mera abstração, na medida em que criou um contingente de trabalhadores que ficavam ao jugo do poder econômico.⁴⁵ Diante deste quadro, constrói-se o Direito do Trabalho com vistas a, através de uma desigualdade jurídica, reduzir a desigualdade socioeconômica existente entre trabalhador e empresário que permitia que este explorasse aquele de maneira desenfreada.

Além das revoluções política e industrial acima referidas, são apontados pela doutrina alguns fatos históricos marcantes para a formação do Direito do Trabalho, dentre os quais podem ser destacados os seguintes: Revolução Francesa de 1848; o Manifesto Comunista de Marx e Engels também de 1848; a Revolução Alemã; a obra de Bismarck; a Encíclica Papal *Rerum Novarum* de 1891; a Constituição Mexicana de 1917; a Constituição Alemã de 1919 e; o Tratado de Versalhes (1919).⁴⁶

Em resumo, pode-se dizer que o Direito do Trabalho passou por quatro fases principais de evolução: formação, intensificação, consolidação e autonomia. A fase de formação, representada pelas manifestações incipientes, tem como marco inicial a expedição do *Peel's Act* (1802), diploma legal inglês voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores.⁴⁷

A partir de 1848 se inicia, com o Manifesto Comunista de Marx e Engels, a segunda fase (intensificação), que se estende até o fim da Primeira Guerra Mundial. Os movimentos operários, sindicais e socialistas se intensificaram naquela época, criando uma maior consciência classista.

⁴⁵ SUSSEKIND, op. cit., p. 33.

⁴⁶ CUEVA, op. cit., p. 23-84.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 88-89.

A terceira fase (consolidação) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são: a Conferência de Berlim (1890) que reconheceu uma série de direitos trabalhistas e a já mencionada Encíclica *Rerum Novarum* (1891).

Já a fase de autonomia do Direito do Trabalho possui como marcos iniciais a Constituição Mexicana (1917), a Constituição de Weimar e a criação da OIT, estas últimas no ano de 1919.

A fase de autonomia, institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho se define como o instante histórico em que o Direito do Trabalho ganha absoluta cidadania nos países de economia central, passando a ser ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado.⁴⁸

Foi dentro deste contexto histórico, portanto, que surgiu a figura do assalariado e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho.

1.2 O CONCEITO E A FINALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

Encontrar um conceito para o Direito do Trabalho não é das tarefas mais fáceis, dada, dentre outros fatores, se comparada a outros ramos do Direito, a sua novidade, sendo, portanto, um Direito ainda jovem.⁴⁹

Some-se a isso a dificuldade que se tem em encontrar um conceito ou uma definição comum que agrade a todos, sobretudo no caso do Direito do Trabalho, onde a elaboração de um conceito representa uma tomada de posição ou uma filiação a uma das três correntes apontadas pela doutrina juslaboral: subjetivistas, objetivistas ou mistas.⁵⁰

⁴⁸ Ibidem, p. 91.

⁴⁹ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Que é isto – O Direito do Trabalho?** In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p.65.

⁵⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 176.

Assim, conseguir extrair os elementos componentes do Direito do Trabalho, detectar sua estrutura essencial e o vínculo que mantém unidos seus componentes, ou seja, como ensina Maurício Godinho Delgado⁵¹, definir tal fenômeno, exige uma atividade intelectual de extrema dificuldade, que somente se exaure quando se alcança a sua essência e seus componentes.

A identificação das funções do Direito do Trabalho, por sua vez, revela a ambigüidade característica deste ramo específico do Direito, na medida em que, como será visto nas linhas seguintes, o Direito do Trabalho, a um só tempo, protege o trabalhador e legitima a apropriação, pelo capital, do trabalho por ele prestado.

1.2.1 Em busca de um conceito: concepções subjetivistas, objetivistas e mistas

Na busca da essência dos componentes que integram o Direito do Trabalho e do vínculo que os une, os doutrinadores, ao longo do tempo, apresentaram conceitos ora reveladores de concepções subjetivistas⁵², ora objetivistas⁵³, e, por último, mistas⁵⁴, esta última na tentativa de harmonizar as duas anteriores.

Ocorre que, conforme já assinalado, seja qual for a concepção adotada para se definir o Direito do Trabalho, a interpretação, a posição assumida por cada intérprete é o que será decisivo para o resultado de tal atividade intelectual.

⁵¹ DELGADO, op. cit., 2009.

⁵² Conceitos que enfocam os sujeitos das relações justralhistas. Destaca Mozart Victor Russomano que: “os subjetivistas definem o direito do trabalho em função dos sujeitos, isto é, das pessoas que participam da relação de emprego”. (RUSSAMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29).

⁵³ Enfocam a matéria, o objeto das relações justralhistas. Segundo Amauri Mascaro do Nascimento: “Objetivistas são as definições que consideram o objeto, a matéria disciplinada pelo direito do trabalho e não as pessoas que figuram nas relações jurídicas que pertencem ao seu âmbito”. (NASCIMENTO, op. cit., p. 172). Objetivista, portanto, é o conceito formulado por Ives Gandra da Silva Martins Filho, que afirma: “o Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de emprego, tanto individuais como coletivas”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7).

⁵⁴ Ensina Alice Monteiro de Barros que as concepções mistas apresentam “definições harmonizam os sujeitos do contrato de trabalho com o seu objeto, que é a prestação de serviço subordinado”. (BARROS, op. cit., p. 89).

É por essa razão que, dentre as próprias concepções subjetivistas, objetivistas ou mistas, são encontrados conceitos distintos a depender da interpretação, da intenção ou da posição tomada pelo intérprete.

No caso das concepções subjetivistas, por exemplo, ao se tentar definir quais os sujeitos que participam da relação trabalhista, pode-se querer enquadrar no conceito do Direito do Trabalho somente o trabalhador subordinado, conceito que será explorado ao longo desta obra, como também se pode querer ampliar tal conceito para englobar o trabalhador avulso, o trabalhador eventual ou, talvez, até mesmo o trabalhador autônomo hipossuficiente. Tudo irá depender de quais os sujeitos que se busca contemplar com esse ramo específico do Direito.

No caso das concepções objetivistas tem-se a mesma situação. Todavia, ao invés de se falar em trabalhador subordinado, trabalhador avulso, trabalhador eventual, fala-se agora em trabalho subordinado, trabalho avulso ou qualquer outro tipo de trabalho que se queira colocar como objeto do Direito do Trabalho.⁵⁵

Dadas as variações que podem ser encontradas nas concepções objetivistas e subjetivistas, conclui-se facilmente que os conceitos baseados nas concepções mistas também diferem uns dos outros, a depender da visão do intérprete.

Dentre os mais diversos conceitos de Direito do Trabalho, destaca-se o conceito de José Augusto Rodrigues Pinto⁵⁶:

[...] conjunto de princípios e normas jurídicas destinado a disciplinar as relações entre empregadores e empregados, nos planos do interesse coletivo e individual, e entre estes e o Estado, no plano do controle da observância de seu conteúdo de ordem pública.

Desse conceito, pode-se perceber que o doutrinador restringe o objeto do Direito do Trabalho, no que tange ao seu aspecto individual, à relação de emprego, já

⁵⁵ NASCIMENTO, op. cit., p. 172-173.

⁵⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 50.

que afirma que é o ramo do direito que visa disciplinar as relações entre empregados e empregadores.

Definindo o Direito do Trabalho em seu sentido lato, ou seja, englobando tanto o Direito Individual quanto o Coletivo do Trabalho, Maurício Godinho Delgado⁵⁷ afirma que o Direito do Trabalho é:

[...] um complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes⁵⁸, por sua vez, conceituam o Direito do Trabalho de uma forma peculiar uma vez que quiseram “[...] *ir além da simples forma contratual, abrangendo todo e qualquer tipo de relação fática e existente de trabalho*”. Desta forma, de acordo com os referidos autores:

O direito do trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado, e excepcionalmente do autônomo, além de outros aspectos destes últimos como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem.

Enfatizando novamente o trabalho subordinado como núcleo fundamental do Direito do Trabalho, Amauri Mascaro do Nascimento⁵⁹ diz que é este o:

Ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.

Das diversas proposições trazidas à baila, verifica-se uma tendência de definir o Direito do Trabalho como um conjunto de regras e princípios que visam regular as

⁵⁷ DELGADO, op. cit., p. 49.

⁵⁸ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 39.

⁵⁹ NASCIMENTO, op. cit., p. 178.

relações individuais e coletivas existentes entre empregador, empregado e os sindicatos representativos das categorias, sendo o empregado, até então, concebido como aquele que presta o trabalho profissional de forma subordinada, não eventual, pessoal e onerosa.

1.2.2 As funções do Direito do Trabalho

Da constatação de que o Direito do Trabalho realmente possui como objeto a relação de emprego, que, por esta razão, deve ser preservada, conclui-se facilmente que o Direito do Trabalho, em sua essência, busca frear o sistema capitalista, fazer com que este consiga dar algum retorno social, humanizando o sistema em questão de modo que este possa, de alguma forma, fazer justiça social. Outrossim, de certa forma, o Direito do Trabalho limita a vontade do próprio trabalhador, vedando-lhe dispor de seus direitos.⁶⁰

Em que pese todo o Direito ser teleológico, finalístico, na medida em que realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes, o Direito do Trabalho, conforme destaca Maurício Godinho Delgado, acentua este caráter finalístico do Direito, trazendo como valor essencial à melhoria das condições de pactuação da força de trabalho. Seria esta, portanto, a função central do Direito do Trabalho.⁶¹

Essa melhoria das condições de trabalho encontra-se intimamente ligada ao objetivo ou função do direito trabalhista de compensar a debilidade contratual do trabalhador, no plano individual, o que somente é possível através da limitação da autonomia privada individual.⁶²

A melhoria das condições de trabalho e a redução da desigualdade socioeconômica fazem parte de um fim maior do Direito do Trabalho de proteger o trabalhador frente ao empresário, detentor dos meios de produção.

⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de Emprego & Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 24.

⁶¹ DELGADO, op. cit., p. 55.

⁶² FERNANDES, Antonio Monteiro. **Direito do trabalho**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

Todavia, a referida função de proteção do trabalhador vem acompanhada de outra função clássica do Direito do Trabalho, que é a função conservadora. Através desta, o Direito do Trabalho consagra a possibilidade jurídica de, através do contrato de trabalho, um homem se apropriar do trabalho de outro através do pagamento de uma contraprestação, denominada salário.

O Direito do Trabalho, portanto, atua em meio a estas duas principais funções, coibindo a exploração desenfreada do trabalhador, e, por outro lado, permitindo que o trabalho prestado por este seja apropriado por outrem em troca do salário.

1.3 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

Após a fase de autonomia e constitucionalização do Direito do Trabalho, tem-se, a partir da segunda metade do século XX, especialmente nos anos de 1973/74, período em que o mundo vivenciou a crise do petróleo, a fase crítica do Direito do Trabalho, resultado de uma conjuntura de fatores sociais, econômicos, políticos e tecnológicos, que fizeram com que fosse repensada a lógica desse Direito.

O Estado Social, a partir da segunda metade do século XX, passa a ser contestado pela classe empresarial, sendo guinado à condição de vilão das crises econômicas que assolavam o mundo.

A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas passava a ser questionada. Se, em determinado momento, reclama-se do Estado uma intervenção para minimizar as desigualdades sociais, agora se reclamava mais uma vez um afastamento Estatal para se permitir o desenvolvimento econômico. O que fazer, então, para suprir tais exigências? Quais os caminhos que poderiam ser seguidos? Inicia-se, nesse momento, a formação do Estado Neoliberal, uma tentativa de criação de um Estado intermediário entre o Estado Liberal e o Estado Social.

A crise do Direito do Trabalho perpassa, portanto, pela crise do próprio Estado e pela crise do trabalho⁶³, sendo aquela marcada pelos fenômenos da globalização e do neoliberalismo e esta pela alteração do modelo de produção e conseqüentemente pelos fenômenos da flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas.

1.3.1. Globalização e neoliberalismo

A globalização⁶⁴, fenômeno intrinsecamente ligado ao sistema de produção capitalista, decorreu de uma necessidade, ante a busca incessante pela mais-valia, diferença entre o que se gasta com a força de trabalho e o que se ganha com o produto dela, que caracteriza e alimenta o sistema capitalista, de se alterar a forma de produção inspirada pelo modelo fordista/taylorista, violentamente abalado a partir do final dos anos sessenta.

A fase áurea do capitalismo vivenciada no século XX foi colocada em xeque no final dos anos setenta. Tal realidade pôde ser percebida tanto nos países centrais, marcados pelo avançado desenvolvimento do modelo capitalista de produção, quanto nos países periféricos, cujas economias sempre dependeram dos momentos positivos ou negativos do capitalismo dos países centrais.⁶⁵

Se, de 1945 a 1968, as relações de trabalho se mantiveram estáveis, prevalecendo, nesse período, o modelo de produção fordista/taylorista, a partir do final dos anos sessenta e início dos anos setenta, tal realidade começou a se alterar em virtude de vários fatores.⁶⁶

⁶³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 23-58.

⁶⁴ “A criação dos blocos econômicos e a interligação da economia consolidaram o que se chama globalização”. (GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. Reestruturação Produtiva, Globalização e Neoliberalismo: Reflexos no Modelo Brasileiro e suas Conseqüências na Legislação Trabalhista. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004. p. 214).

⁶⁵ DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 128.

⁶⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 211.

Dentre os fatores que levaram ao declínio apontado, pode-se apontar a queda da taxa de lucro, o aumento do preço da força de trabalho, o esgotamento do padrão taylorista e fordista de produção e a crise do Estado do bem-estar social.

Assim, diante também das crises do petróleo ocorridas nos anos de 1972 e 1973, do fim da Guerra Fria decorrente da implosão do império soviético e da revolução tecnológica iniciada àquela época, era preciso fazer algo.

Como destaca Márcio Túlio Viana⁶⁷ *“uma das soluções foi invadir mercados alheios. E então, como nas guerras, uma a uma foram caindo as barreiras nacionais, embora sempre menos nos países de ponta que nos periféricos. Estava inventada a globalização”*.

É claro, como reconhece o referido autor, que já se globalizava há milênios, todavia, em outras proporções. O desenvolvimento da tecnologia, sobretudo da informática, passou a possibilitar que pessoas invadissem mercados alheios sem saírem sequer do lugar.

A globalização, portanto, passou a permitir um novo processo de expansão do capitalismo, desta vez não só como um modelo de produção, mas também como um modo civilizatório de escala mundial, envolvendo regimes políticos, culturas, organizações, nações e nacionalidades.⁶⁸

Seja qual for a amplitude que se conceda à globalização, o fato é que ela, juntamente com o ideal neoliberal nascido após a derrocada do *welfare state* ou Estado do bem-estar social⁶⁹, alterou substancialmente a forma de produção e conseqüentemente às relações de trabalho, até porque a concorrência comercial

⁶⁷ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 158.

⁶⁸ REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e Negociação Coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 192.

⁶⁹ Jorge Luiz Souto Maior destaca que: “Caminha junto à globalização a doutrina neoliberal, que, no fundo, sustenta: o mercado é bom, as interferências do Estado são ruins”. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 130).

mundial gerada pela globalização exige dentre outras coisas, uma melhor qualidade dos produtos e serviços e uma redução nos custos da produção, o que afeta, diretamente, a classe operária.

1.3.2 Do Fordismo ao Toyotismo

A crise do trabalho, como já dito, é marcada pelos processos de flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas que, por sua vez, decorrem da substituição, em alguns setores da atividade, do modelo de produção fordista pelo toyotista.

O modelo de produção criado por Henry Ford se caracterizava pela verticalização da empresa, ou seja, uma mesma empresa dominava, passo a passo, todo o ciclo produtivo, desde o cultivo de borracha até o último parafuso a ser utilizado no ícone daquele modelo de produção: o automóvel Ford Modelo-T. Naquela época, acentuou-se também a utilização dos métodos tayloristas de divisão do trabalho, motivo pelo qual o referido modelo passou a ser denominado fordista/taylorista.

Era também característica do fordismo a produção em massa, o grande estoque de produtos, o que acabou fazendo, em determinado momento, com que a produção superasse o consumo, tornando aquele modelo de produção desinteressante e prejudicial ao sistema capitalista, motivo pelo qual surgiu a necessidade de se repensar, de se alterar o modo de produção. Surge então o toyotismo, modelo de produção adotado pela fábrica japonesa de automóveis, a Toyota.⁷⁰

A fábrica se horizontaliza, busca-se a empresa enxuta, com eliminação dos estoques, pequena fisicamente, porém gigantesca economicamente, reduz-se os custos da produção, transfere-se tudo o que for possível através do fenômeno da terceirização, transformando a grande fábrica somente em uma mera gerenciadora. Instala-se o processo de *outsourcing*:

⁷⁰ Idem, 2007, p. 31.

No movimento pendular da história moderna, o ponto de absorção do trabalho humano alternou momentos de predominância de força centrípeta e de força centrífuga: arregimentação para dentro da empresa, insourcing (fordismo, taylorismo); dispersão para fora da empresa outsourcing (toyotismo/ohnismo e produção flexível/pós-toyotismo⁷¹.

As empresas deixam de estocar mercadorias que, agora, são produzidas com alto grau de especialização, mas em pequena escala. A produção passa a ser feita de acordo e tão somente para atender à demanda.⁷²

Ilustrando minuciosamente o tema, Ricardo Antunes aponta as diferenças do toyotismo para o fordismo, destacando os traços peculiares daquele⁷³:

1) *é uma produção muito vinculada à demanda*, visando atender às exigências *mais individualizadas* do mercado consumidor, diferenciando-se da produção *em série e de massa* do taylorismo/fordismo. Por isso sua produção *é variada e bastante heterogênea*, ao contrário da homogeneidade fordista; 2) fundamenta-se no trabalho operário *em equipe*, com *multivariabilidade* de funções, rompendo com o caráter parcelar típico do fordismo; 3) a produção se estrutura num processo produtivo flexível, que possibilita ao operário operar *simultaneamente* várias máquinas (na Toyota, em média até 5 máquinas) [...]; 4) tem como princípio o *just in time*, o melhor aproveitamento possível do tempo de produção; 5) funciona segundo o sistema de *Kanban*, placas ou senhas de comando para reposição de peças e de estoque. No toyotismo, os estoques são mínimos quando comparados ao fordismo; 6) as empresas do complexo toyotista, inclusive as terceirizadas, têm estrutura horizontalizada, ao contrário da verticalidade fordista. Enquanto na fábrica fordista aproximadamente 75% da produção era realizada no seu interior, a fábrica toyotista é responsável por somente 25% da produção, tendência que vem se intensificando ainda mais. [...]; 7) organiza os Círculos de Controle de Qualidade (CCQs), constituindo grupos de trabalhadores que são *instigados* pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho, com vistas a melhorar a produtividade das empresas, convertendo-se num importante instrumento para o capital apropriar-se do *savoir-faire* intelectual e cognitivo do trabalho, que o fordismo desprezava; 8) o toyotismo implantou o 'emprego vitalício' para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 25 a 30% da população trabalhadora, onde se presenciava a *exclusão* das

⁷¹ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Que é isto – O Direito do Trabalho?** In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 24.

⁷² DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 132.

⁷³ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. 10. reimpr. rev. ampl. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 56-57.

mulheres), além de ganhos salariais intimamente vinculados ao aumento da produtividade [...].

Nessa linha de pensamento, o toyotismo foi se consolidando ao longo dos anos nas fábricas e nas empresas que antes operavam de acordo com o fordismo/taylorismo. Alterou-se a mentalidade da produção, mantendo-se, é claro, a mesma ideia de acumulação de capital inerente ao sistema capitalista.

Atualmente, o novo modelo de produção já dá sinais de que surgiu única e exclusivamente como uma tentativa do sistema capitalista de aumentar o lucro através da força de trabalho, cada vez mais desvalorizada e desvinculada da empresa. É essa realidade que leva Jorge Luiz Souto Maior⁷⁴ a afirmar com segurança que:

O toyotismo, portanto, extraindo daquilo que pode ser apontado como seu elemento identificador, abstraindo, por conseguinte, todas as suas nuances em termos de técnica produtiva, pode ser entendido, simplesmente, como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível como menor dispêndio econômico possível, o que, na verdade, acaba não representando nenhuma novidade com relação ao fordismo, ou, mais propriamente, ao espírito do capitalismo.

O que muda de uma situação para a outra, como visto, é a forma de se chegar ao mesmo objetivo, com uma 'vantagem', digamos assim, para o denominado 'toyotismo', por ser ele mais eficiente neste propósito, especialmente quando se pensa no 'toyotismo' que se difundiu pelo mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional, sobretudo em países que buscam inserção econômica pela redução do custo do trabalho, como no Brasil.

Como se vê, a mentalidade é a mesma: acumular capital e lucrar através da exploração da força de trabalho. O que se altera é a forma como isso é alcançado.

O ideal fordista/taylorista buscava o acúmulo do capital e a lucratividade através de uma empresa verticalizada, de produção em massa, com grande estoque de produtos, representada pelos operários dentro das fábricas, reunidos, fardados,

⁷⁴ MAIOR, op. cit, p. 42.

com as tarefas devidamente divididas e sujeitos intensamente às ordens do tomador de serviços.

Agora, busca-se a mais-valia através de uma empresa enxuta, pequena fisicamente, predominantemente gerenciadora, horizontalizada, que não se interessa mais com empregados trabalhando no interior de sua fábrica, querem-nos distantes, empregando suas forças de trabalho nas empresas terceirizadas.

Essa nova empresa flexível acabou também por inaugurar uma nova ótica trabalhista, aumentando o desemprego, o subemprego e tornando o emprego legítimo, decorrente do contrato individual do trabalho, algo extremamente raro.

1.3.3 Flexibilização e Desregulamentação

O fenômeno da globalização e a doutrina neoliberal inauguraram, como já apontado, uma nova mentalidade de produção, representada pelo toyotismo. Todavia, este novo modelo de produção pressupõe mudança substancial nas relações de trabalho, o que afeta diretamente a classe operária, sendo o desemprego e o processo de flexibilização das normas trabalhistas constantes ameaças ao trabalhador.

Com relação aos problemas já causados pela globalização e pelo novo modelo de produção, Arnaldo Süssekind já apresentava, no ano de 2005, alguns números da crise: 180 milhões de desempregados e 750 milhões de subempregados, o que representa 1/3 da população economicamente ativa mundial. Destaca ainda o referido autor que tal desemprego vem afetando seriamente à sindicalização, reduzindo-a sensivelmente. Conclui ele afirmando que a globalização, *“ao invés de transformar o nosso planeta num mundo só, dividi-o entre países globalizantes e globalizados”*.⁷⁵

Aliada à crise do desemprego, o processo de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho vem sendo impulsionado por esse novo modelo de produção

⁷⁵ SUSSEKIND, op. cit., p. 53.

apresentado, que ganha força com a doutrina neoliberal, que busca retomar à livre iniciativa.

Explica Arnaldo Süssekind⁷⁶ que:

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social esteados na doutrina social de Igreja ou na filosofia trabalhista advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social, à preservação da dignidade humana; e, porque a social-democracia contemporânea pressupõe a pluralidade das fontes do Direito, consideram que o patamar de direitos indisponíveis, adequado a cada país, deve e pode ser ampliado pelos instrumentos da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e empresários, ou associações destes.

Diferença crucial apontada por Arnaldo Süssekind é aquela existente entre flexibilização e desregulamentação. Ensina o referido autor que esses dois institutos não se confundem, sendo a desregulamentação um processo muito mais nefasto, na medida em que prega a inexistência da maioria das normas trabalhistas, sob argumento de que elas impedem o crescimento econômico.

A flexibilização, por sua vez, referente à contratação do trabalhador, predomina na Europa, onde se expande o teletrabalho, tema que será objeto de tópico específico ao longo desta obra, e o banco de horas⁷⁷, por exemplo, dentre outras inovações que buscam salvar empreendimentos afetados pela crise econômica.

⁷⁶ Ibidem, p. 54.

⁷⁷ No Brasil, o banco de horas também é permitido. “Com a Medida Provisória n. 2.164-4, de 14 de agosto de 2001, foi alterada a redação do § 2º do art. 59 da CLT, instituindo-se o chamado ‘banco de horas’, o qual permite, por acordo ou convenção coletiva, a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia pela correspondente diminuição em outro dia, de modo que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho, tampouco ultrapasse o limite de 10 horas por dia”. (BARROS, op. cit, p. 677).

Afirma ainda Arnaldo Süssekind⁷⁸ que, na América Latina, o que se vê é a luta pela desregulamentação, ou flexibilização selvagem, na tentativa de revogar ou modificar normas de proteção ao trabalhador, reduzindo assim os direitos e garantias trabalhistas, seja por meio de contratos coletivos ou até mesmo por atos unilaterais do empregador.

É fácil entender o porquê da América Latina ser o alvo da desregulamentação ou flexibilização selvagem, afinal, cercada de países subdesenvolvidos, entre os quais se inclui o Brasil, é aqui que as grandes empresas multinacionais buscam mão de obra barata para, reduzindo o custo de sua produção, aumentar seus lucros.

Entretanto, esse processo de desregulamentação vem causando sérios problemas na ordem trabalhista, ampliando o desemprego através de um ciclo vicioso apontado por Arnaldo Süssekind: *“redução do salário real, menor poder de consumo, menos produção, mais desemprego”*.⁷⁹

Jorge Luiz Souto Maior também aponta a diferença existente entre flexibilização e desregulamentação:

Importante destacar, de início, que, conceitualmente, flexibilização é idéia distinta de desregulamentação. Por flexibilização entende-se a adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, que permite, e muitas vezes exige, um reordenamento do sistema jurídico, não necessariamente no sentido de diminuição de direitos ou de exclusão de regras positivadas, mas no sentido de regular, de modo diferente, as relações de trabalho. Por desregulamentação identifica-se a idéia de eliminação de diversas regras estatais trabalhistas, buscando uma regulamentação por ação dos próprios interessados.⁸⁰

Reflete o autor, entretanto, que, se pensadas sob a mesma ótica de necessidade de alteração das condições de trabalho para satisfação dos interesses econômicos, pouco importa a denominação, representando ambas a mesma ideia.

⁷⁸ SUSSEKIND, op. cit., p. 54.

⁷⁹ Ibidem, p. 56.

⁸⁰ MAIOR, op. cit., p.139.

Luiz de Pinho Pedreira Silva, ao tratar do princípio da proteção – tema que será abordado em tópico específico – destaca que a crise econômica dos anos 70 fez com que se instaurasse, no Direito do Trabalho, um debate entre a proteção dos trabalhadores e a flexibilidade.⁸¹

Acerca da flexibilidade, explica o autor que:

Flexibilidade é, sabidamente, o antônimo de rigidez. Significa, portanto, a supressão ou o afrouxamento dos constrangimentos que impõe o Direito do Trabalho aos empregados a fim de proteger os trabalhadores contra as conseqüências prejudiciais da sua inferioridade. Medidas no sentido da flexibilização passaram a ser exigidas, sobretudo pelos empresários, sob a alegação da necessidade de ajustar as normas sobre a relação de trabalho às necessidades e possibilidades de uma economia em depressão. As definições de flexibilidade coincidem no essencial: é ela a adaptação das normas jurídicas que regulam as relações de trabalho às novas circunstâncias no mercado de trabalho.⁸²

Diferenciando flexibilização de desregulamentação, Luiz de Pinho Pedreira da Silva explica que a primeira consiste na faculdade de derrogação, por meio de negociação coletiva, das normas trabalhistas, mesmo que em prejuízo dos trabalhadores, enquanto a segunda traduz o processo de desarticulação do Direito do Trabalho, passando o contrato de trabalho à disciplina do Direito Civil.⁸³

Alice Monteiro de Barros⁸⁴, classificando o instituto da flexibilização, aponta dois tipos desta: a interna e a externa. A flexibilização interna seria relativa à ordenação do trabalho na empresa, repercutindo nas condições, no tempo e na remuneração do trabalho. O trabalho em regime de tempo parcial, previsto no art. 58-A da CLT como aquele que o trabalho não pode exceder 25 horas semanais é apontado pela autora como um tipo de flexibilização, notadamente em face da previsão legal de pagamento proporcional à jornada trabalhada em relação aos empregados que, na mesma função, cumpre jornada integral.

⁸¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 36.

⁸² Ibidem, p. 37.

⁸³ Ibidem, p. 37.

⁸⁴ BARROS, op. cit., p. 87.

O outro tipo de flexibilização seria a externa, que possui relação com o ingresso do trabalhador na empresa, às formas de contratação, de duração e dissolução do contrato. A autora aponta a inserção do trabalhador no regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)⁸⁵ como uma hipótese de flexibilização externa, na medida em que retirou do trabalhador qualquer possibilidade de adquirir estabilidade de emprego. Afirma ainda que a terceirização disciplinada pela Súmula n. 331⁸⁶ do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é também uma forma de flexibilização externa.

Acrescenta ainda Alice Monteiro de Barros⁸⁷ que há a flexibilização heterônoma, imposta unilateralmente pelo Estado, que, sem participação dos trabalhadores, faz uma desregulamentação normativa, o que, segundo ela, é considerada por alguns doutrinadores como selvagem, como também há a flexibilização autônoma, que busca substituir as garantias legais pelas garantias convencionais, com a primazia da negociação coletiva.

Todavia, a verdade é que a flexibilização autônoma proposta como substituição à flexibilização heterônoma, considerada selvagem, é, se analisada de acordo com a realidade das condições de trabalho e a realidade sindical do Brasil, tão voraz quanto aquela promovida unilateralmente pelo Estado.

⁸⁵ Para muitos autores, o processo de flexibilização no Brasil se iniciou no ano de 1966 com a adoção do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, instituído pela Lei n. 5.107. Nesse sentido: Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 170) e Gabriela Neves Delgado (DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 147).

⁸⁶ Diz a referida Súmula, distribuída em quatro incisos, que: “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 nº 6.019, de 3-1-74). 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 (37, II, da Constituição da República). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), 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 - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 (art. 71 da Lei nº 8.666/93)”. (MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.1148).

⁸⁷ BARROS, op. cit., p. 88.

No que tange à realidade das condições de trabalho, cumpre destacar o fato de que, na América Latina, as condições de trabalho, de um modo geral, são ruins, assim como os salários são muito baixos, motivo pelo qual se convencionou dizer que “[...] *nesta parte do globo o Direito do Trabalho já está flexibilizado*”.⁸⁸

Já com relação à realidade sindical brasileira, não há como se pretender privilegiar o negociado em detrimento do legislado de acordo com uma realidade sindical frágil e desestruturada, como ocorre no Brasil. O interesse de negociar de acordo com essa situação é somente da classe empresária, que se aproveita da fragilidade dos sindicatos para impor suas mudanças e reduzir direitos trabalhistas. Ressalta, sobre o tema, Márcio Túlio Viana⁸⁹ que:

Por isso, quando falam em ‘negociação’, trabalhadores e empresários sonham coisas diferentes: aqueles tentam valorizar e fortalecer o sindicato, dando-lhe mais representatividade; estes se aproveitam de sua crise e apostam nela. Daí por que só os primeiros defendem mecanismos legais de suporte, enquanto os outros querem liberdade *também aí*.

Costuma-se dizer, com razão, que ‘é melhor flexibilizar com o sindicato do que sem ele’. Ma o problema é – mais uma vez – *a outra metade* do discurso: que tipo de *flexibilização negociada* será esta se não se cuidar *paralelamente* de fortalecer a ação sindical? Sem isso, o tiro pode sair pela culatra: o sindicato não estará minimizando a precarização, mas ajudando a legitimá-la.

Dessa reflexão, percebe-se que não há como se conceber, no Brasil, um processo de flexibilização autônoma, através da negociação coletiva, sem antes se realizar uma reforma sindical, através da adoção de medidas como, por exemplo, o fim da unicidade sindical e do imposto sindical, para que, desta forma, os sindicatos se fortaleçam e consigam, ao invés de legitimar a precarização, ampliar, através da própria negociação coletiva, o rol de direitos e garantias trabalhista.

⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 38.

⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 180.

É um retrocesso⁹⁰ se pensar em redução dos direitos e garantias trabalhistas, principalmente as fundamentais⁹¹, mesmo sob o discurso do crescimento econômico, uma vez que, uma das funções do Direito do Trabalho é, através da norma jurídica, igualar juridicamente aqueles que são desiguais economicamente, empregado e empregador, melhorando as condições de trabalho, preservando a dignidade do trabalhador e garantindo-lhe uma contraprestação justa pelo serviço prestado.

Assim, como adverte Jorge Luiz Souto Maior⁹², só se pode entender o processo de flexibilização como um dos efeitos e objetivos nefastos do sistema capitalista, que, agora sem a pressão do Bloco Comunista, pode retirar as máscaras por ele colocadas quando do Estado do Bem-Estar-Social e se apoiar na doutrina neoliberal para buscar, sem limitações, o acúmulo de capital.

Atualmente, fala-se em flexigurança, processo que representa uma frente de três ações com a reformar o mercado de trabalho, a fim de adaptá-lo à reestruturação produtiva, quais sejam: flexibilidade da relação de emprego; sistema generoso de prestações por desemprego e; uma nova política de ativação do mercado de trabalho.⁹³

A flexigurança surge, portanto, como uma proposta de compensar a incerteza causada pela flexibilização na relação de emprego individual através de um sistema seguro de proteção aos desempregados.

⁹⁰ Destaca Jorge Luiz Souto Maior que: “Desse modo, a diminuição de direitos dos trabalhadores é algo que não se cogita, mesmo que a sua razão seja o fantasma do desemprego”. (MAIOR, op. cit., p. 140).

⁹¹ “Quais são os direitos fundamentais do trabalhador? Esses direitos são: salário mínimo; limitação da jornada (adicional de hora extra); adicional noturno; férias anuais (feriados); 13º salário; regras proteção ao salário; proteção contra alterações contratuais por ato exclusivo do empregador (art. 468 da CLT); descanso semanal remunerado; verbas indenizatórias para a dispensa injusta; aviso prévio; estabilidade provisórias no emprego, em casos excepcionais e socialmente justificáveis; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; proteção do trabalho da criança, do adolescente e da mulher; normas de segurança e higiene do trabalho; direito de greve e seguro social contra contingências sociais”. (Ibidem, p. 140).

⁹² Ibidem, p. 140.

⁹³ ROMITA, Arion Sayão. **Flexigurança**. A reforma do mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 45.

Como se vê, a flexigurança admite o processo de flexibilização das relações trabalhistas; reconhece a insegurança que este processo gera às relações de emprego e; por fim, busca compensar tais malefícios com um programa mais seguro de proteção aos desempregados.

Trata-se, portanto, de uma proposta que foge de um dos objetivos clássicos do Direito do trabalho de preservação da relação de emprego, direito este, inclusive, consagrado pela Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 7º, inciso I.

Por fim, cumpre salientar que, em meio a este processo flexibilizatório, cumpre ao Direito do Trabalho tomar cuidado para não escapar à sua primordial função de proteção e melhoria das condições de trabalho do empregado, o que somente se consegue com a efetivação concreta do princípio da proteção.

2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

2.1 UMA BREVE NOÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A análise do princípio da proteção requer, inicialmente, um estudo acerca dos princípios jurídicos, o que se pretende fazer ao longo deste tópico com a apresentação do seu conceito e das suas funções.

2.1.1 Conceito

Por principiologia, conforme ensina Luiz de Pinho Pedreira da Silva, compreende-se o estudo dos princípios. No caso do Direito, trata-se, portanto, do estudo dos princípios jurídicos.⁹⁴

Nesse sentido, é importante destacar que o conceito de princípios jurídicos vem ganhando novos contornos com o passar dos anos. De meros enunciados orientadores do legislador (fase pré-jurídica), os princípios jurídicos alcançaram o *status* de norma jurídica.

O conteúdo normativo dos princípios é enfatizado por Norberto Bobbio ao afirmar que:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.⁹⁵

Para comprovar sua tese, Norberto Bobbio baseia-se em dois argumentos, trazidos pelo referido autor através das seguintes palavras:

⁹⁴ SILVA, op. cit., p. 5.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158.

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para o qual são extraídos e empregados é a mesma comprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?⁹⁶

Vale ressaltar, todavia, que essa compreensão do conteúdo normativo dos princípios somente se solidificou a partir da segunda metade do século XX, através de obras de notáveis juristas, a exemplo de Robert Alexy, na Alemanha, Ronald Dworkin, nos Estados Unidos da América, Jean Boulanger, na França, José Joaquim Gomes Canotilho, em Portugal e Paulo Bonavides, no Brasil.⁹⁷

Seguindo essa linha contemporânea, Maurício Godinho Delgado⁹⁸ diz que: “Princípios são proposições gerais inferidas da cultura e ordenamento jurídico que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito”.

Assim, é importante ressaltar que, seja qual for o conceito que se queira atribuir ao princípio jurídico, o que importa, dentro de um estudo contemporâneo do Direito, é estabelecer o seu conteúdo normativo, afinal, como assinalado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque,

⁹⁶ Ibidem, p. 158-159.

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 19.

⁹⁸ Ibidem, p. 14.

com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas⁹⁹

Nesse sentido, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy trouxe notável contribuição à ciência jurídica. Partindo do pressuposto de que o conceito de norma abrange regras e princípios, o referido autor parte para diferenciar esses dois últimos conceitos, distinção esta que, na visão do Autor, “*é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais*”.¹⁰⁰

Reunindo, como dito, regra e princípio no conceito de norma, Alexy conceitua o princípio como um mandamento de otimização, representando uma espécie de norma que determina que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fática e jurídicas existentes (estabelecem direitos *prima facie*), sendo que, em contrapartida, as regras seriam normas que contêm determinações, sendo normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (estabelecem direitos definitivos).¹⁰¹

A distinção entre regras e princípios, portanto, perpassa pela forma de resolução dos conflitos entre as regras e das colisões entre os princípios. No primeiro caso, ou resolve-se um conflito entre regras com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito¹⁰², ou resolve-se declarando uma das regras inválida.¹⁰³

Já no caso de colisão entre princípios, a resolução se opera através da ponderação, ou seja, um princípio cede ao outro naquele caso concreto,

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 817-818.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰² “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”. (*Ibidem*, p. 92).

¹⁰³ “Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito”. (*Ibidem*, p. 93).

mantendo sua validade no ordenamento jurídico. Trata-se de uma questão de dimensão de peso.¹⁰⁴

Portanto, verifica-se que a existência da força normativa dos princípios o coloca, no mínimo, em pé de igualdade ao da regra, sendo que ambos se referem a espécies de normas, diferenciado-se, portanto, em razão da forma da resolução dos conflitos.

2.1.2 As funções dos princípios

Os princípios jurídicos podem ser gerais, quando comuns a todo o ordenamento jurídico, ou específicos, quando relacionados com um dos ramos particularizados da ciência jurídica, como ocorre no caso do princípio da proteção, que será analisado de forma particular ao longo deste trabalho.

Comum a todos os princípios jurídicos, entretanto, sejam eles gerais ou específicos, são as funções que exercem no ordenamento jurídico. Na fase pré-jurídica, os princípios atuam como fontes materiais do Direito, sendo fatores que influenciam na produção da ordem jurídica. São, pois, na expressão de Maurício Godinho Delgado¹⁰⁵, “veios iluminadores à elaboração da regra jurídica”.

Já na fase jurídica, os princípios, em primeiro plano, exercem a sua função clássica: interpretativa, servindo como uma direção a ser seguida pelo intérprete da norma jurídica. São, assim, nesse momento, “veios iluminadores à compreensão da regra jurídica construída”.¹⁰⁶

A função interpretativa dos princípios seria, de acordo com as lições de Humberto Ávila, uma das funções que os princípios exercem no plano da eficácia indireta. Segundo o autor, através desta função, os princípios “[...] *servem para interpretar*

¹⁰⁴ Ibidem, p. 93.

¹⁰⁵ DELGADO, op. cit., p. 76.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 17.

*normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”.*¹⁰⁷

Em segundo plano, ainda na fase jurídica, os Princípios exercem uma função normativa subsidiária, atuando como fontes normativas subsidiárias no caso de não existir uma regra jurídica específica para ser aplicada a um dado caso concreto. O princípio, então, incide como se norma jurídica própria fosse. Tal função supletiva, integrativa, está prevista tanto na CLT (art. 8º), quanto na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º) e no Código de Processo Civil (art. 126).

Trata-se, segundo Humberto Ávila¹⁰⁸, da eficácia interna direta dos princípios:

No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias –, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal. Outro exemplo: se não há regra expressa garantindo a proteção da expectativa de direito – mas ela é necessária à implementação de um estado de confiabilidade e de estabilidade para o cidadão –, ela deverá ser resguardada com base direta no princípio da segurança jurídica. Nesses casos, há princípios que atuam diretamente.

Em última análise, onde atualmente reside o campo fértil de debates doutrinários, se encontra a função normativa dos princípios. Esclarece Maurício Godinho Delgado¹⁰⁹ que:

Hoje, parte significativa da doutrina agrega outra função (da qual decorreriam novos papéis conexos) às duas tradicionais já amplamente reconhecidas: trata-se de efetiva *função normativa própria*. Esta também seria inerente aos princípios no conjunto do ordenamento do Direito – ou, pelo menos, aos princípios *essenciais* do sistema jurídico. Tal função normativa própria teria *status* até mesmo prevacente sobre o papel normativo característico das demais regras jurídicas.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 98.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 97.

¹⁰⁹ DELGADO, op. cit, p. 18.

A evolução dos princípios, antes considerados meros enunciados programáticos não vinculantes e hoje reconhecidos, ao lado das regras jurídicas, como normas jurídicas propriamente ditas, fez com que, mundialmente, se passasse a qualificar os princípios como normas chaves de todo o ordenamento jurídico.

Desta maneira, admitir que os princípios exercem uma função normativa é, antes de mais nada, admitir que os princípios são, ao lado das regras, normas que compõem o ordenamento jurídico.

Uma vez admitida tal hipótese, surgem questionamentos acerca da forma através da qual os princípios exercem essa função normativa própria. Segundo Maurício Godinho Delgado, em decorrência dessa função normativa, os princípios passam a ser capazes de estender, restringir ou até mesmo invalidar certa norma jurídica. Seria, esta, portanto, a dimensão fundamentadora dos princípios.¹¹⁰

Destaca Maurício Godinho Delgado, entretanto, que a dimensão fundamentadora dos princípios, ou seja, a possibilidade dos princípios prevalecerem sobre as regras legais, é relativa. Esta relatividade, segundo o autor, decorre dos seguintes fatores: a) não há princípios absolutos; b) na solução de conflitos entre princípios e regras não deve prevalecer um critério rígido de prevalência do primeiro, mas sim um critério baseado no peso ou importância jurídica da norma cotejada e; c) os princípios não são comandos taxativos, mas sim mandados de otimização.¹¹¹

Conclui o referido autor, portanto, afirmando que os princípios exercem uma função normativa concorrente, e não autônoma:

Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da

¹¹⁰ Ibidem, p. 20.

¹¹¹ Ibidem, p. 20-21.

norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.¹¹²

Todavia, em que pese o reconhecimento da função normativa dos princípios ser algo, atualmente, reconhecido pela grande maioria dos autores, a forma de resolução dos conflitos existentes entre regras e princípios não é algo que guarde idêntica concordância.

Como já visto, na doutrina de Maurício Godinho Delgado, os princípios, em conflito com as regras, podem estender, restringir ou até mesmo invalidar certa regra, mesmo que o faça de forma concorrente.

Humberto Ávila, entretanto, partindo da premissa de que “[...] *descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio.*”¹¹³, dado o grau mais elevado de conhecimento prévio do dever no caso das regras, equipara estas a verdadeiras trincheiras:

A expressão ‘trincheira’ bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a *função eficaz de trincheira* das regras. (grifos do autor).¹¹⁴

Assim, segundo Humberto Ávila, se houver diferença hierárquica entre o princípio e a regra, deve prevalecer aquela que seja hierarquicamente superior, independentemente da espécie normativa. Desta forma, havendo conflito entre princípio constitucional e regra legal, deve prevalecer o primeiro em razão de sua superioridade hierárquica.

¹¹² Ibidem, p. 22.

¹¹³ Ávila, op. cit., p. 104.

¹¹⁴ Ibidem, p. 103.

Todavia, segundo o referido autor, se a regra e o princípio conflitantes encontram-se em um mesmo nível hierárquico, deve prevalecer a regra, exceto se “[...] constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra”.¹¹⁵

Robert Alexy, seguindo a mesma linha de raciocínio, entende que as determinações contidas no nível das regras prevalecem sobre as alternativas contidas nos princípios:

A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.¹¹⁶

Portanto, verifica-se que os autores reconhecem o conteúdo normativo dos princípios, motivo pelo qual, inclusive, admitem que, em caso de conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, este deve prevalecer em razão de sua superioridade hierárquica. A divergência de opiniões se restringe à possibilidade ou não de, em caso de conflito entre regras e princípios de um mesmo patamar hierárquico, os princípios prevalecerem sobre as regras, o que é admitido por Maurício Godinho Delgado e rechaçado, salvo casos extraordinários, por Humberto Ávila e Robert Alexy.

A divergência em questão, todavia, não retira a importância de se reconhecer, atualmente, o conteúdo normativo dos princípios, afinal, quando em conflito com regra hierarquicamente inferior, admite-se, de forma pacífica, sua prevalência sobre esta.

¹¹⁵ Ibidem, p. 105.

¹¹⁶ ALEXY, op. cit., p. 141.

2.2 PENSANDO O DIREITO DO TRABALHO IDEOLOGICAMENTE

É muito comum, e até mesmo didaticamente coerente, encontrar-se nos diversos textos relativos à disciplina Direito do Trabalho relatos acerca do desenvolvimento histórico desta disciplina, o que, inclusive, foi feito na parte inicial deste trabalho.

Na maioria dos casos, cronologicamente, até que se chegue à relação de emprego propriamente dita – verdadeiro objeto do Direito do Trabalho¹¹⁷ – são feitas alusões à origem do termo trabalho, notadamente sua gênese latina *tripalium*, são citadas as fases de escravidão, servidão e corporações de ofício para se deixar claro que, em todas essas ocasiões, não se poderia pensar em Direito do Trabalho uma vez que não havia, naquelas circunstâncias, uma prestação de trabalho juridicamente livre, até que se chega, com o processo de Revolução Industrial desencadeado a partir do séc. XVIII, ao surgimento da figura do assalariado e, por conseqüência, da consciência de classe.

Dentro desse contexto histórico, os manuais, cada um de sua maneira, acabam por apontar os fatos mais marcantes que demarcam as denominadas fases de formação, intensificação, consolidação e autonomia do Direito do Trabalho¹¹⁸.

Sem desmerecer, em nenhuma hipótese, a importância dos dados ou fatos históricos que marcaram o surgimento do Direito do Trabalho, o fato é que, em dado momento, esses elementos ocupam uma posição privilegiada, sobretudo na doutrina, em detrimento da investigação ou simplesmente revelação do verdadeiro motivo, do real objetivo ou do exato por que do surgimento de uma disciplina jurídica destinada à regulamentação de uma determinada relação de trabalho surgida com o advento da Revolução Industrial e do desenvolvimento do sistema capitalista de produção.

Nesse sentido é que se quer deixar claro que, para que se interprete o Direito do Trabalho e o adéque às transformações sociais, econômicas e tecnológicas, não é bastante narrar o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho; não é

¹¹⁷ DELGADO, op. cit., p. 81.

¹¹⁸ Ibidem, p. 88.

suficiente simplesmente apontar os fatos históricos ou fontes materiais do Direito do Trabalho; não é o melhor caminho a ser seguido pensar o Direito do Trabalho didaticamente e não ideologicamente.

Sabe-se, é bem verdade, que a concepção marxista de ideologia vê nesta um dos instrumentos de dominação da classe dominante (proprietária) sobre a classe dominada (trabalhadores), sendo a ideologia “um dos meios usados pelos dominantes para exercer a dominação, fazendo com que esta não seja percebida como tal pelos dominados”.¹¹⁹

A ideologia, portanto, transforma as idéias da classe dominante em idéias de toda a sociedade, fazendo com que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domine no plano espiritual (das idéias):¹²⁰

As idéias [*Gedanken*] da classe dominante são, em todas as épocas, as idéias dominantes; ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a ela submetidas, ao mesmo tempo, as idéias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual. As idéias dominantes, são, pois, nada mais que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são essas as relações materiais dominantes compreendidas sob a forma de idéias; são, portanto, a manifestação das relações que transformam uma classe em classe dominante; são dessa forma, as ideais de sua dominação. [...].¹²¹

De acordo com essa concepção, a ideologia convence a sociedade – através das idéias – de que algo é verdadeiro sem que esse algo corresponda à realidade material. É o que ocorre, por exemplo, “quando se diz que o trabalho dignifica o homem e não se analisam as condições reais de trabalho, que brutalizam, entorpecem, exploram certos homens em benefícios de uns poucos”¹²². Está-se,

¹¹⁹ CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 33.

¹²⁰ Ibidem, p. 36.

¹²¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 78.

¹²² CHAUÍ, op. cit., p. 34.

portanto, “diante da *idéia* de trabalho e não diante da realidade histórico-social do trabalho”.¹²³

Então, surge a ideologia como um instrumento de dominação, de alienação da classe dominada que é levada a crer que as idéias propagadas pela classe dominante correspondem à realidade material, o que não é verdade.

Nesse trabalho, quando se fala em ideologia, busca-se justamente o contrário, ou seja, partindo-se dos conceitos acima destacados, busca-se encontrar a correlação entre o plano material (realidade sócio-econômica) e espiritual (das idéias) que fez surgir o Direito do Trabalho. Inverte-se, portanto, o caminho, conforme proposto por Karl Marx e Friedrich Engels:

Ao contrário do que sucede na filosofia alemã, que desce do céu para terra, aqui se ascende da terra ao céu. Ou, dito de outro modo, não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, nem do que são nas palavras, no pensamento, imaginação e representação dos outros para, a partir daí, chegar aos homens de carne e osso; parte-se, sim, dos homens em sua atividade real, e, a partir de seu processo na vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo vital. E mesmo as formulações nebulosas do cérebro dos homens são sublimações necessárias do seu processo de vida material que se pode constatar empiricamente e que se encontram sobre bases materiais. Desse modo, a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, assim como as formas de consciência que a elas correspondem, perdem toda a aparência de autonomia. Não têm história nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir da sua realidade, também o seu pensar e os produtos do seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida é que determina a consciência.¹²⁴

Nesse sentido, a constatação de que a humanidade, em todos os momentos históricos, vivenciou uma realidade produtiva marcada no trabalho prestado por outrem, seja ele escravo, servo ou aprendiz, mas o Direito do Trabalho enquanto normatizador de tal relação somente surgiu a partir do advento de um

¹²³ Ibidem, p. 34.

¹²⁴ MARK; ENGELS, op. cit., p. 51-52.

determinado sistema de produção (capitalismo industrial)¹²⁵, revela-se insuficiente simplesmente afirmar que não se podia falar em Direito do Trabalho antes do capitalismo uma vez que, nas situações anteriores, não havia um trabalho juridicamente livre.

Em que pese tal afirmação seja verdadeira, ou seja, que é pressuposto para a existência de uma relação de emprego a existência de uma relação jurídica que, por sua vez, pressupõe a presença de dois sujeitos de direito livres para contrair direitos e obrigações, o que não ocorria nem na relação entre Senhor e escravo, nem entre aquele e o servo, nem tampouco no seio de uma Corporação de Ofício, não é menos verdade que não foi simplesmente o surgimento do assalariado, homem livre e capaz de obrigar-se mediante um contrato com o tomador de serviços, que deu lugar ao surgimento do Direito do Trabalho.

A verdadeira razão de ser, portanto, desse ramo especializado do Direito encontra-se no conflito de interesses existente na relação entre o operário e o empresário, empregador e empregado, típico do sistema capitalista industrial.

Surge, portanto, o Direito do Trabalho, como um mediador, um guarda de fronteiras, uma linha imaginária que impede a plena satisfação dos interesses do empregador e, de outro lado, a plena satisfação dos interesses do empregado. A norma trabalhista, assim, deve impedir a consecução absoluta dos interesses de uma das partes, apresentando uma solução de “equilíbrio ou compromisso essencial”.¹²⁶

Apresenta-se, portanto, a legislação operária como um verdadeiro instrumento do sistema capitalista para administrar o referido conflito de interesses de uma forma tal que se compatibilize com a própria estrutura do sistema.

Nos dizeres de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, a situação em questão retrata a finalidade mediata do Direito do Trabalho que é a de, através da compatibilização

¹²⁵ PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 18.

da proteção do empregado com os ideais essenciais das relações capitalistas, promover o “[...] *equilíbrio social* [...]”.¹²⁷ Completa o autor afirmando que:

[...] Tanto assim é que a proteção esbarra nos postulados fundamentais da ordem jurídica dos países de economia como o direito de propriedade e as de mercado, restrições a greve. Não se trata de um direito excepcional, que rompa com esses postulados e sim um direito especial, incorporado ao ordenamento geral e aos seus princípios fundamentais, embora adaptando-se às exigências sociais que reclamam um tratamento diferenciado a certa categoria de pessoas, os trabalhadores, em razão de sua inferioridade econômica, hierárquica e cultural. Intérpretes marxistas da disciplina (aliás não adeptos do comunismo real ou histórico) assinalam a existência dos referidos limites depois de reconhecerem que tem o Direito do Trabalho o objetivo de proteção do trabalhador contra uma exploração desenfreada, ressaltando, contudo, que as suas disposições protetoras respeitam o essencial das relações capitalistas.¹²⁸

Assim, o conflito de interesses entre empregador e empregado existe, será eterno uma vez que nenhuma das duas partes alcançará a plena satisfação dos seus interesses, e será administrado pela intervenção estatal através das normas trabalhistas de modo que a relação entre os sujeitos integrantes da relação de emprego possa ocorrer de forma tal que possibilite a manutenção do sistema. Em outras palavras, não se pretende com o Direito do Trabalho uma desmercantilização absoluta do trabalho, mas sim um processo relativo que permita a exploração do trabalho humano:

Ahora bien, como se expondrá después, la finalidad del Derecho del Trabajo del capitalismo intervenido no es la desmercantilización *absoluta* del trabajo (pues de ser así existiría una contradicción *in extremis* –cuando no en términos de principio- entre este sector del ordenamiento jurídico y el modo de producción capitalista tal y como es estructurado jurídicamente por el sistema jurídico general), sino su desmercantilización *relativa* mediante la racionalización pública (legislación laboral y organización político-administrativa) y colectiva (autonomía colectiva como instrumento de regulación de los procesos sociales) de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. Desde esta perspectiva la <<invención>> del mercado de trabajo se ha hecho acompañar de una amplia dosis de *heteroregulación*, que ha evitado la pura circulación del trabajador como una mercancía más racionalizando y limitando los derechos

¹²⁷ SILVA, op. cit., p. 35.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 35.

de utilización y todo un sistema de reglas jurídicas (e institucionales) que definen las posiciones respectivas de los agentes económicos implicados y configuran ese mercado cuya naturaleza es muy especial, pero que también ha permitido *enmascarar* la explotación del hombre por el hombre <<bajo velo de ignorancia>> formal de los mecanismos de explotación subyacentes.¹²⁹

Todavía, esta natureza ou função conservadora do Direito do Trabalho de legitimação da relação entre capital e trabalho inaugurada pelo sistema capitalista industrial, em que pese seja evidente e verdadeira, não pode, de maneira alguma, ser colocada como a verdadeira função do Direito do Trabalho. Trata-se inegavelmente de uma das funções exercidas por este ramo específico do Direito, todavia, não a principal delas.

Encontrando-se, como já dito, a verdadeira de razão de ser do Direito do Trabalho no conflito de interesses entre empregado e empregador, não se pode jamais perder de vista que as normas trabalhistas, em que pese exercerem a função conservadora acima narrada, foram fruto de uma luta da classe operária, resultaram de um clamor social por condições mais dignas de trabalho, motivo pelo qual esse ramo específico do Direito nasce, surge, se constrói e deve se manter sempre como um verdadeiro instrumento de proteção do trabalhador.

Toda a matriz principiológica e ideológica do Direito do Trabalho têm como base o Princípio da Proteção, princípio este que, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, repercute em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se

¹²⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis. **Derechos Sociales de la Ciudadania y Ordenamiento Laboral**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1996, p. 46.

afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.¹³⁰

O Direito do Trabalho, portanto, é fruto da passagem do Estado Liberal inaugurado pela Revolução Francesa (1789) que pregou indiscriminadamente a liberdade e a autonomia da vontade com base no falso postulado de que todos eram livres e iguais para contrair direitos e obrigações, para o Estado do Bem-Estar Social.

Vale ressaltar, por oportuno, que, atualmente, fala-se em autonomia privada, evolução daquilo que, na época do Estado Liberal, se denominava autonomia da vontade. A distinção não é meramente terminológica, mas sim conceitual. Se, de acordo com a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obrigava por meio da declaração de vontade, independentemente das demais circunstâncias na qual o negócio jurídico tivesse inserido, no caso da teoria da autonomia privada, a manifestação da vontade humana, por si só, não tem o condão de criar, modificar ou extinguir direitos. Somente a manifestação da vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico é capaz de gerar as conseqüências pretendidas.¹³¹

Surge, então, o Direito do Trabalho como um instrumento estatal de intervenção nas relações particulares com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais e econômicas existentes entre os contratantes, no caso empregador e empregado, através da proteção daquele que se encontrava, e ainda se encontra, em posição desfavorável. Passa-se a pregar não somente a igualdade formal ou jurídica, mas sim a igualdade material ou substancial.¹³²

A partir do momento em que o Estado constata, diante das absurdas jornadas e degradantes condições de trabalho a que vinham sendo submetidos os trabalhadores àquela época, que a desigualdade sócio-econômica existente entre empregador e empregado tornava este submisso à vontade daquele, o Estado passa a manifestar-se através de normas com caráter imperativo e indisponível –

¹³⁰ DELGADO, op. cit., p. 183.

¹³¹ BORGES, Roxana Cardoso. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51-55.

¹³² ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 71.

as denominadas normas de ordem pública – limitando, assim, a autonomia privada dos particulares em condições desiguais.

Não restam dúvidas, portanto, de que o Direito do Trabalho surge ideologicamente como um instrumento estatal de proteção a uma determinada classe, qual seja: a classe trabalhadora que se encontrava em condições sócio-econômicas desfavoráveis/inferiores.

Inegavelmente, desta forma, que, independentemente da derrocada do Estado do Bem-Estar Social ocorrida a partir da segunda metade do século XX e conseqüente renascimento do Estado Liberal através do Estado Neoliberal marcado pelo processo de globalização, independentemente dos momentos de crises econômicas que repercutem no Direito do Trabalho fazendo surgir, por exemplo, processos de terceirização, flexibilização e desregulamentação, o Direito do Trabalho foi pensado, foi reclamado e surgiu como um conjunto de normas de proteção ao trabalhador, o que levou Luiz de Pinho Pedreira da Silva a afirmar que *“a proteção do trabalhador é a causa e fim do Direito do Trabalho [...]”*¹³³

2.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A TUTELA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A partir da constatação de que, em que pese o Direito do Trabalho exerça tanto uma função protetiva quanto uma função conservadora, reside na primeira à razão de sua existência, faz-se necessário o estudo detalhado do princípio da proteção.

2.3.1 Conceito

O princípio da proteção, como o próprio nome diz, refere-se à tutela de uma determinada classe pelo ordenamento jurídico. No caso em questão, a classe é a trabalhadora e o ordenamento jurídico o trabalhista.

¹³³ SILVA, op. cit., p. 24.

De contribuição doutrinária fundamental dada pelo autor uruguaio Américo Plá Rodriguez, o princípio da proteção foi por ele conceituado como o “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho”.¹³⁴

Seguindo a mesma idéia, José Augusto Rodrigues Pinto considera o princípio da proteção o “*principio primário*” do Direito do Trabalho, do qual surgiram, por desdobramento, todos os demais.¹³⁵

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, por sua vez, define o princípio da proteção como: “aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores”.¹³⁶

Por fim, também merece destaque o conceito trazido por Maurício Godinho Delgado que, partindo das diversas expressões utilizadas para se referir ao princípio em questão (tutelar, tuitivo, protetivo, tutelar-protetivo, protetivo-tutelar), diz que¹³⁷:

Informa o princípio tuitivo que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas normas, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Como se vê, partindo-se dos conceitos trazidos, verifica-se que o princípio da proteção se confunde com a própria razão de ser do Direito do Trabalho, revelando-se como um instrumento de proteção/tutela jurídica do empregado em face do empregador.

¹³⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 83.

¹³⁵ PINTO, op. cit., p. 76.

¹³⁶ SILVA, op. cit., p. 29.

¹³⁷ DELGADO, op. cit., p. 82.

2.3.2 Fundamento

Mais importante que conceituar o princípio da proteção é identificar e extrair seu fundamento, ou seja, responder a seguinte pergunta: por que se busca proteger/tutelar juridicamente alguém (empregado) em detrimento de outrem (empregador)?

Nessa investigação da razão de ser do princípio da proteção, inevitavelmente retoma-se à investigação da razão de ser do Direito do Trabalho. Assim, orientando o Direito do Trabalho, o princípio da proteção garante ao trabalhador uma tutela jurídica protetiva com vistas a reduzir a desigualdade socioeconômica existente entre ele e o empregador.

Verifica-se, então, desde já, que o princípio da proteção tem sua razão de ser somente nas relações jurídicas que compreendem sujeitos em posições socioeconômicas desiguais, o que, conforme adverte Luiz de Pinho Pedreira da Silva, não é algo exclusivo do Direito do Trabalho:

A proteção jurídica aos sujeitos débeis das relações contratuais, que começou a tomar corpo na segunda metade do séc. XIX, expandir-se-ia até cobrir, com o seu manto, cada vez mais grupos de pessoas, alcançando, hoje, locatários de imóveis, usuários de serviços públicos, segurados, consumidores, mutuários e trabalhadores. O motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.¹³⁸

Em contrapartida, quando os contratantes estão em posições socioeconômicas iguais, não há razão para proteger um deles, até porque a desigualdade jurídica somente se justifica para reduzir uma desigualdade socioeconômica.

Portanto, o fundamento do princípio da proteção está intimamente ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Se, como visto, o Direito do Trabalho surgiu

¹³⁸ SILVA, op. cit., p. 19.

em meio a uma realidade de exploração do empregado pelo empregador, desencadeada em razão da liberdade contratual típica do Estado Liberal, o princípio da proteção nasce com o objetivo de reduzir essa desigualdade socioeconômica através da desigualdade jurídica traduzida na proteção/tutela do empregado.

Desta forma, “sendo o direito social, em última análise, o sistema de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes) [...]”¹³⁹, o princípio da proteção encontra seu fundamento justamente no desequilíbrio socioeconômico existente entre empregado e empregador.

Acrescente-se, aqui, o fato de que o contrato de trabalho guarda uma peculiaridade frente aos demais contratos, sendo uma espécie contratual na qual não se pode separar o sujeito do objeto. No contrato de trabalho, o sujeito contratual (trabalhador) confunde-se com o próprio objeto do contrato que é a prestação dos serviços.

Assim, tanto a desigualdade socioeconômica entre empregado e empregador quanto o fato de que, no âmbito do contrato de trabalho, sujeito e objeto se confundem numa mesma pessoa (empregado), justificam a proteção jurídica de um dos contratantes em detrimento do outro.

A esses dois fundamentos do princípio da proteção, Luiz de Pinho Pedreira da Silva acrescenta o fato do empregado ser subordinado juridicamente ao empregador, o que gera uma característica peculiar do contrato de trabalho representada pela relação de poder que há entre os sujeitos contratantes, e o fato de que os empregados, via de regra, não possuem conhecimentos das condições de trabalho e dos seus direitos.¹⁴⁰

São estes, pois, os verdadeiros fundamentos do princípio da proteção que justificam a tutela, por meio da intervenção do Estado (edição de normas de ordem pública), da negociação coletiva (acordos e convenções coletivas de

¹³⁹ JÚNIOR, Cesarino. **Direito social**. São Paulo: LTr, Universidade de São Paulo: 1980, p. 116.

¹⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 22-23.

trabalho) e da autotutela (direito de greve)¹⁴¹, da parte hipossuficiente de uma relação de trabalho: o trabalhador.

2.3.3 Princípio do *in dubio, pro operário*

Américo Plá Rodriguez, ao traçar o conceito e a estrutura do princípio da proteção, expõe que este se expressa sob três formas distintas: a) a regra do *in dubio, pro operário*; b) a regra da norma mais favorável e; c) a regra da condição mais benéfica.¹⁴²

É bem verdade que Américo Plá Rodriguez não enquadra as dimensões do princípio da proteção como verdadeiros princípios, mas sim como regras de aplicação deste. Todavia, no presente trabalho, as referidas regras de aplicação são concebidas como princípios, afinal cada um destes, como será visto, traz em seu bojo diversas regras.

Portanto, acolhe-se, no presente trabalho, a classificação proposta por Américo Plá Rodriguez no sentido de enquadrar como dimensões do princípio da proteção os princípios do *in dubio, pro operário*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, reconhecendo, entretanto, que estas dimensões são verdadeiros princípios e não meras regras de aplicação do princípio da proteção.

Em que pese alguns doutrinadores, como nos casos de Maurício Godinho Delgado¹⁴³ e José Augusto Rodrigues Pinto¹⁴⁴, se manifestarem no sentido de que, em verdade, o princípio da proteção não se expressa somente nas três dimensões apontadas por Plá Rodriguez, mas sim se manifesta em todos os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho, a aceitação histórica das dimensões apresentadas pelo autor uruguaio justifica o acolhimento da teoria no presente trabalho.

¹⁴¹ Ibidem, p. 29.

¹⁴² RODRIGUEZ, op. cit., p. 107.

¹⁴³ DELGADO, op. cit., p. 83.

¹⁴⁴ PINTO, op. cit., p. 76.

Sendo assim, seguindo a classificação proposta por Américo Plá Rodriguez, a primeira dimensão do princípio da proteção traduz-se no princípio do *in dúbio, pro operário*.

Segundo Américo Plá Rodriguez, o princípio do *in dúbio, pro operário* impõe ao juiz a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso uma norma possibilite mais de uma interpretação.¹⁴⁵

Como se vê, na hipótese de aplicação do princípio do *in dúbio, pro operário*, o intérprete se encontra diante de uma única norma que, entretanto, comporta mais de um sentido, hipótese em que o Juiz deve seguir a interpretação que seja mais favorável ao trabalhador.

Américo Plá Rodriguez, citando *Deveali*, aponta os requisitos para aplicação do princípio do *in dúbio, pro operário*, quais sejam: a) que exista dúvida sobre o alcance da norma legal e; b) que não esteja em desacordo com a vontade do legislador.¹⁴⁶

Quanto aos limites desse princípio, Américo Plá Rodriguez apresenta três: a) aplicação na apreciação da prova; b) quando a dúvida recair sobre a forma de administrar ou dirigir uma empresa; c) quando se tratar de leis de previdência social.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, por sua vez, classifica os limites do princípio do *in dúbio, pro operário* em, de um lado, limites pacíficos e, de outro lado, limites polêmicos.

No que tange aos limites pacíficos, o autor destaca que o princípio em questão somente deve ser aplicado quando haja, em primeiro lugar, existência real de dúvida sobre o alcance da norma e; em segundo lugar, respeito à vontade do legislador.¹⁴⁷

¹⁴⁵ RODRIGUEZ, op. cit., p. 107.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 110.

¹⁴⁷ SILVA, op. cit., p. 55-56.

Já com relação aos limites polêmicos, Luiz de Pinho Pedreira da Silva cita os seguintes: aplicação do princípio quanto à legislação previdenciária; aplicação do princípio às normas coletivas e; por fim, considerado pelo autor como o mais controvertido dos limites, a aplicabilidade ou não do princípio em matéria probatória.¹⁴⁸

Portanto, sendo, dos limites sugeridos ao princípio do *in dubio, pro operário*, o mais controvertido aquele relacionado à sua aplicabilidade ou não no processo de interpretação dos fatos, sua análise requer uma abordagem especial.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que Américo Plá Rodriguez, após apresentar posicionamentos contra e a favor da aplicação do referido princípio também no âmbito processual, adota um posicionamento favorável à sua aplicabilidade também quando se tratar de fatos e provas.

Sustenta o referido autor que o princípio do *in dubio, pro operário* merece aplicação no âmbito processual “*em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova*”.¹⁴⁹

Entende Américo Plá Rodriguez que a desigualdade que justifica a aplicação do princípio do *in dubio, pro operário* no âmbito da interpretação da norma (âmbito material) também se faz presente no âmbito dos fatos e das provas, uma vez que, geralmente, “*o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos*”.¹⁵⁰

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, igualmente, comunga do entendimento de que o princípio em questão também deve ser utilizado no campo fático, sobretudo em razão do fato de que a superioridade patronal também se revela em juízo, como,

¹⁴⁸ Ibidem, p. 55-62.

¹⁴⁹ RODRIGUEZ, op. cit., p. 115.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 115.

por exemplo, no melhor assessoramento jurídico e na maior facilidade na obtenção das provas.¹⁵¹

No Brasil, entretanto, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência vem rechaçando a aplicação do princípio do *in dúbio, pro operário* no âmbito processual, priorizando, nesse caso, o princípio do ônus da prova previsto nos artigos 333 do CPC (“Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”)¹⁵² e 818 da CLT (“Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”).¹⁵³

No âmbito doutrinário, cita-se como exemplo o posicionamento de Maurício Godinho Delgado que apresenta dois problemas relacionados ao princípio do *in dúbio, pro operário*.¹⁵⁴

O primeiro dos problemas, segundo o autor, consiste no fato de que o princípio em questão trata de uma temática já prevista em outro princípio. Para Maurício Godinho Delgado, o princípio da norma mais favorável se apresentaria em três dimensões: a) no instante da elaboração da regra, atuando como orientador da ação legislativa; b) no contexto de confronto entre regras concorrentes, atuando como orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas e; c) no contexto de interpretação das regras jurídicas, como orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista.¹⁵⁵

Assim, segundo o autor, o princípio do *in dúbio, pro operário* estaria presente em uma das dimensões do princípio da norma mais favorável: a dimensão interpretativa deste último princípio.

¹⁵¹ SILVA, op. cit., p. 63-64.

¹⁵² BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm/> Acesso em: 01 abr. 2010.

¹⁵³ Idem. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

¹⁵⁴ DELGADO, op. cit., p. 126.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 84-85.

O segundo dos problemas, segundo o autor, surge justamente diante da possibilidade ou não de aplicação do princípio em questão no âmbito processual. Para ele, “a extensão desse critério de favor à análise da prova entra em choque com princípio constitucional (e civilizatório) maior, que é o princípio do juiz natural”.¹⁵⁶

Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁵⁷:

[...] o Direito do Trabalho e seu ramo processual (Direito Processual Trabalhista) já fixam inúmeras presunções ao obreiro; já têm uma teoria do ônus da prova significativamente favorável; já permitem ao juiz inverter o ônus probatório quando perceber que, pelas circunstâncias do caso, este seja o caminho mais seguro para o encontro da verdade (art. 765, CLT, combinado com 130, CPC, *ab initio*, e art. 359, CPC). Tais condutas processuais, a propósito, não são mais peculiares ao ramo justralhista, uma vez que incorporadas também por outros segmentos jurídicos próximos (como se percebe pelos dispositivos do Código Brasileiro do Consumidor – Lei n. 8.078/1990, por exemplo – art. 6º, VIII – inversão do ônus probatório; art. 28 – desconsideração da personalidade jurídica; art. 47 – interpretação favorável, etc. Por todas essas razões nem sequer é necessário, sob a ótica estritamente protecionista, insistir-se nessa dimensão da velha diretriz censurada.

Como se vê, entende o autor que o princípio do *in dubio, pro operário* não merece incidência no âmbito processual uma vez que, primeiro, violaria o princípio maior do juiz natural e, segundo, há regras processuais trabalhistas que dispensam sua aplicação.

A jurisprudência majoritária, no Brasil, como já dito, vem, igualmente, repelindo a aplicação do princípio em questão no âmbito processual, priorizando, em contrapartida, o princípio do ônus da prova conforme se pode extrair dos julgados a seguir:

A regra da distribuição do ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, é a de que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ademais, a teor do art.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 87.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 129.

818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Em tal contexto, o princípio *in dubio pro misero* não pode ser aplicado no presente caso, pois, ao alegar a invalidade dos registros de ponto, porque não era permitido o registro da real jornada laborada, o reclamante efetivamente atraiu para si o ônus de provar tal alegação, do qual não se desincumbiu, já que a prova testemunhal por ele apresentada foi contraditória com a que foi produzida pelo reclamado. Recurso de revista conhecido e não provido.¹⁵⁸

Ônus da prova. Não há se falar em julgamento "*in dubio pro operario*", porque o julgamento deve se basear em provas e não em presunções. Ademais, no caso, não há dúvida, sendo manifesta a falta de prova da autora (art. 818, da CLT e 333, do CPC).¹⁵⁹

Fica claro, portanto, que, no âmbito processual, tem sido afastada a incidência do princípio do *in dubio, pro operário*, ficando, portanto, este reservado ao âmbito material de interpretação da norma jurídica.

Ressalte-se, entretanto, que há quem não só defenda a aplicabilidade do princípio do *in dubio, pro operário*, no âmbito processual, como ainda afirme que o entendimento contrário revela um dos aspectos da crise do princípio da proteção.¹⁶⁰

Algumas decisões, seguindo a mesma linha, consagram a aplicação do princípio do *in dubio, pro operário* no âmbito processual, notadamente quando se trata de uma hipótese de prova dividida ou empatada, conforme arresto a seguir:

A empresa nega o vínculo empregatício e arrola uma testemunha que prova sua versão. O reclamante, por sua vez, desincumbindo-se do ônus que lhe cabia, também indica um testigo, que demonstra ter laborado juntamente com ele, na mesma obra e no

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1168/2003-008-18-00**. Rel.ª Min.ª Dora Maria da Costa. Publicado no DEJT, 04 maio. 2009. Disponível em:

<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4747164.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 22 jul. 2010.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão n.º 20080745126**. Rel.ª Des.ª

Silvia Regina Pondé Galvão Devonald. Publicado no DEJT, 09 set. 2008. Disponível em: <http://gsa.trtsp.jus.br/search?q=cache:pXbulGiR6JcJ:trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main%3Fselacordao%3D20080745126%26a%3DabcR++inmeta%3ADat aPublicacao%3Adaterange%3A2008-09-09..2008-09-10&site=Acordaos&client=trt2Acordao&lr=lang_pt&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=trt2Acordao&oe=UTF-8&http://trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main?selacordao=20080745126&a=abcR> Acesso em: 22 jul. 2010.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 124.

mesmo período. Em tais circunstâncias, deve o julgador, em face da divisão (ou empate) da prova, guiar-se pelo princípio *in dubio pro misero*.¹⁶¹

Sobre o tema, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, enfrentando justamente a questão da prova empatada, afirma que, a partir de sua experiência judicante, não há outra conclusão a se chegar senão a de que:

[...] Pelas maiores dificuldades com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida **pro operário** e foi sempre neste sentido o nosso pronunciamento. (grifo do autor).¹⁶²

Vale registrar, por oportuno, que tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial, prevalece o entendimento de que o princípio do *in dubio, pro operário* deve ser reservado ao âmbito material de interpretação da norma jurídica.

2.3.4 Princípio da norma mais favorável

A segunda dimensão do princípio da proteção é revelada pelo princípio da norma mais favorável. Se, no caso do princípio do *in dubio, pro operário*, o intérprete se depara com uma norma jurídica passível de mais de uma interpretação, no caso do princípio da norma mais favorável, o intérprete se encontra diante de duas ou mais normas passíveis de aplicação ao mesmo caso concreto, oportunidade em que deve optar pela aplicação da norma que seja mais favorável ao trabalhador.

Se, no âmbito do Direito Comum, as antinomias, também conhecidas como lacunas de conflito, são resolvidas de acordo com os critérios hierárquico (norma

¹⁶¹ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Acórdão n.º 014025/2006**. Rel. Des. Raymundo Pinto. Publicado no DJ, 04 jul. 2006. Disponível em: <
<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=acordaoPesquisaAvancada&arrayCodDesembargador=49559,1866,10814,15000,1033,1971,8000249,1041,1114,1726,4342,8607,9492,1122,1025,18491,8000770,22359,7554,1734,6590,1610,20895,1955,6582,1157,1998,48781,1904,19838,2250,32583,8593,8000214,1076,1912,19846,1890,1165,1742,10750,1050,2005,53971,1939,15042,1181,1963,8000575,8000443,16014,20348,1017,8000486,9476,1858,19820,10326,7490,1793,4768,48501,10180,1190,1750,10393,4237,36694,1068,1840,9689,1785,9727,39197,13848,1220,10784,1203,7767,57314,31242,8000451,1807,1238,1831,9220,14801,1769,14267,1777,7155,9956,1920,1815,8000168,4300>> Acesso em: 28 jul. 2010.

¹⁶² SILVA, op. cit., p. 67-68.

superior prevalece sobre norma inferior), da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral) e pelo critério cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior), no âmbito do Direito do Trabalho utiliza-se um critério específico: o princípio da norma mais favorável.

De acordo com Amauri Mascaro do Nascimento¹⁶³, “o princípio da norma mais favorável significa, num sentido amplo, uma regra de hierarquia”. Assim, caso duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sejam aplicáveis a um mesmo caso concreto, será hierarquicamente superior a norma mais favorável ao trabalhador, ou seja, será aplicada ao caso concreto a norma que oferecer maiores vantagens ao trabalhador.

Conclui Amauri Mascaro do Nascimento afirmando que, no caso do Direito do Trabalho, o vértice da pirâmide normativa será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador, e não pela Constituição Federal, como ocorre no caso do Direito Comum.¹⁶⁴

No Brasil, o princípio da norma mais favorável encontra-se previsto tanto na Constituição Federal de 1988, especificamente no *caput* do art. 7º quanto na CLT em seu artigo 620.

No âmbito constitucional, a regra do *caput* do art. 7º que estabelece que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ao possibilitar a criação de direitos outros além daqueles previstos na própria constituição, traz uma regra que “incentiva a produção, mediante a autonomia grupal, de normas estabelecendo vantagens maiores aos trabalhadores”.¹⁶⁵

A nível infraconstitucional, o princípio da norma mais favorável encontra guarida no art. 620 da CLT, que dispõe que: “as condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

¹⁶³ NASCIMENTO, op. cit., p. 291.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 292.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 291.

Diante da regra ou princípio que determina a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, surge um questionamento acerca dos critérios de escolha desta norma mais favorável. Assim, não basta dizer que, diante da possibilidade de aplicação de duas ou mais normas a um mesmo caso concreto aplicar-se-á aquela que for mais favorável; é necessário apontar o caminho a ser seguido para se encontrar a referida norma.

Assim, a doutrina trabalhista nacional aponta, atualmente, 03 (três) critérios para se chegar à norma mais favorável, quais sejam: a) a teoria da acumulação; b) a teoria do conglobamento e; c) a teoria do conglobamento orgânico ou por instituto.¹⁶⁶

De acordo com a primeira teoria, *“o trabalhador gozará do estatuto mais benéfico, ainda que seja preciso fragmentar as suas disposições, retirando-se preceitos de normas diferentes, condições singulares contidas nos diferentes textos”*.¹⁶⁷

De acordo com essa teoria, retira-se de cada conjunto normativo os preceitos mais favoráveis ao trabalhador, formando assim um *“estatuto mais benéfico”*¹⁶⁸ ao trabalhador que acumula em seu corpo as normas mais favoráveis de cada conjunto normativo inicial.

A título de exemplo, pode-se apontar um caso hipotético de um determinado empregado que se encontra tutelado, a um só tempo, pela Convenção Coletiva de Trabalho de sua categoria e pelo Acordo Coletivo celebrado entre o Sindicato representativo de sua categoria e a empresa na qual trabalha.

Por oportuno, cumpre registrar que a Convenção Coletiva de Trabalho é o instrumento normativo através do qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais fixam condições de trabalho, estando previsto no artigo 611 da CLT.¹⁶⁹

¹⁶⁶ BARROS, op. cit., p. 181.

¹⁶⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 297.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 297.

¹⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

O Acordo Coletivo de Trabalho, por sua vez, encontra-se previsto no parágrafo primeiro do artigo 611 da CLT, sendo o instrumento normativo através do qual o sindicato representativo da categoria profissional fixa condições de trabalho com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica.¹⁷⁰

Sendo assim, caso, por exemplo, dentre outras normas, a Convenção Coletiva preveja um adicional mínimo de horas extras de 100%, sendo que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XVI, prevê a remuneração do serviço extraordinário com acréscimo de, no mínimo, 50%¹⁷¹, e mantenha o adicional de periculosidade no percentual de 30%, percentual este previsto no artigo 193, parágrafo primeiro, da CLT¹⁷² e, em contrapartida, o Acordo Coletivo mantenha o adicional mínimo de horas extras de 50% e eleve o adicional de periculosidade ao percentual de 50%, pela teoria da acumulação, o empregado em questão seria beneficiado tanto com o adicional mínimo de horas extras de 100% previsto na Convenção Coletiva quanto com o adicional de periculosidade de 50% previsto no Acordo Coletivo.

A forte crítica que sofre a teoria da acumulação é o fato de que, pinçando-se de cada instrumento normativo, isoladamente, as normas mais favoráveis ao trabalhador, acabar-se-ia por ignorar a negociação coletiva. O julgado a seguir, oriundo do Tribunal Superior do Trabalho, trata com propriedade sobre o tema:

[...] 3. Pinçar, isoladamente, de instrumentos normativos diversos as cláusulas mais benéficas para o empregado ou reputar inválidas cláusulas flexibilizadoras de direitos concernentes a remuneração ou jornada (passíveis de flexibilização, na esteira do art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF), olvidando que a cláusula vantajosa ou desvantajosa para o empregado somente é instituída em face de compensação com outras vantagens ou desvantagens, seria quebrar o equilíbrio negocial, desestimulando a concessão de vantagens alternativas, desconsideradas em face do que se consubstanciaria em superlativo protecionismo por parte do Estado-Juiz. 4. Exegese diversa dada ao art. 620 da CLT (como também ao art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF), com

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

¹⁷² BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

desconsideração da teoria do conglobamento, apenas contribuiria para o desestímulo à negociação coletiva, implicando a substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, pela multiplicação dos dissídios coletivos e retorno ao paternalismo estatal, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho.¹⁷³

Como se vê, o TST, afastando a aplicação da teoria da acumulação em face do “desestímulo à negociação coletiva” que sua aplicação geraria, acaba por aplicar a segunda das teorias: a teoria do conglobamento.

A teoria do conglobamento, ao contrário da teoria da acumulação, analisa o conjunto normativo em seu todo, em seu aspecto global. Assim, será aplicada ao trabalhador “o estatuto que globalmente for entendido como tal”.¹⁷⁴

Destarte, “[...] o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema [...]”.¹⁷⁵ Portanto, de acordo com a teoria do conglobamento, não se analisa individualmente cada garantia prevista nos instrumentos normativos. Parte-se, agora, para uma análise global, uma busca pela norma mais favorável ao trabalhador como um todo.

No caso do exemplo apontado anteriormente, caberia ao intérprete não uma análise ponto a ponto de cada instrumento normativo, mas sim uma análise global tanto da Convenção quanto do Acordo Coletivo para se encontrar qual norma que, em seu todo, seria mais vantajosa ao trabalhador.

O TST, conforme já demonstrado no acórdão anterior, vem consolidando seu entendimento no sentido de aplicação da teoria do conglobamento para eleição da norma mais favorável. A Seção de Dissídios Individuais 1 – SDI-1, órgão especial do TST, assim já se pronunciou:

Acordo coletivo de trabalho tem por objetivo a conquista e a manutenção de interesses e direitos de um grupo de empregados

¹⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 653/1997-047-02-00**. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no DEJT, 11. abr. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4381507.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 27 jul. 2010.

¹⁷⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 298.

¹⁷⁵ DELGADO, op. cit., p. 86.

pertencentes a determinada empresa. Em havendo instrumento coletivo subsequente, ou mesmo antecedente, a exemplo da Convenção Coletiva de Trabalho, é assegurado ao Sindicato Profissional o direito de opção entre uma ou outra norma. Imprescindível, no entanto, que os destinatários do acordo coletivo autorizem seu órgão de classe a assim proceder, o que deve ser feito por regular assembleia. O que não se mostra juridicamente possível é a coexistência de acordo e convenção coletiva, com a possibilidade de fracionamento do alcance de suas normas, para que o empregado usufrua daquilo que lhe é interessante em um instrumento e repudie o outro que lhe parece menos vantajoso. O Regional deixa explícito que a sentença está fundamentada na Teoria do Conglobamento e o fez para repelir a pretensão do empregado. Por isso mesmo, a decisão embargada contrariando esse entendimento, para aplicar o princípio da norma mais favorável, inquestionavelmente, aplicou equivocadamente o art. 620 da CLT e ofendeu o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de embargos conhecido e provido.¹⁷⁶

A terceira das teorias – teoria do conglobamento por instituto – é, como o próprio nome enuncia, uma vertente da teoria do conglobamento. Se, no âmbito da teoria do conglobamento, analisa-se a norma em sua totalidade, a teoria do conglobamento por instituto impõe a análise da norma por matéria.

Conforme ensina Alice Monteiro de Barros, a teoria do conglobamento por instituto “[...] apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma”.¹⁷⁷

Essa teoria foi adotada pela legislação brasileira no inciso II do art. 3º da Lei n. 7.064/82 que, tratando especificamente dos trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, dispõe que:

[...] a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.¹⁷⁸

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR – 561062/1999**. Rel. Min. Milton de Moura França. Publicado no DEJT, 14 nov. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4570750.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 27 jul. 2010.

¹⁷⁷ BARROS, op. cit., p. 181.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei n.º 7.064, de 06 de dezembro de 1982**. Dispões sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7064.htm> Acesso em: 02 abr. 2010.

Como se vê, de fato a lei em questão traz o conceito da teoria do conglobamento por instituto, deixando claro que a legislação brasileira será aplicada quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto (conglobamento) e em relação a cada matéria (instituto).

Desta forma, a teoria em questão impõe, num confronto entre uma Convenção e um Acordo Coletivo de Trabalho, a comparação das normas por instituto, por matéria, ou seja, comparando-as, por exemplo, com relação ao conjunto de normas sobre duração do trabalho, segurança e higiene do trabalho e assim sucessivamente até que se encontre o conjunto de normas por matéria mais favorável ao trabalhador.

O TST, em alguns julgados, tem aplicado a teoria em questão, considerando-a um meio termo entre a teoria da acumulação e a teoria do conglobamento:

[...] Com efeito, o artigo 620, da CLT, dispõe que: As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo. Sendo assim, o deslinde da questão consiste em saber, no caso, qual a norma mais benéfica ao empregado, se a convenção ou o acordo, o que tem sido objeto de árduas controvérsias, formando diversas teorias a respeito do tema, sendo as mais antigas, a teoria do conglobamento, segundo a qual deve-se aplicar a norma que em seu conjunto é mais favorável, e da acumulação, que consiste em extrair de cada uma das normas as cláusulas mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-as todas para aplicação ao caso concreto. As teorias do conglobamento e da acumulação, que se situam em pólos radicalmente opostos, apresentaram defeitos, forçando a construção de uma nova teoria, intermediária, denominada teoria do conglobamento por instituto ou orgânico, que consiste em comparar o conjunto das cláusulas que se referem a um instituto, como por exemplo, o regime de férias, de despedida, etc. [...].¹⁷⁹

A aplicação da teoria do conglobamento por instituto, então, além de possuir uma previsão legal na legislação brasileira (art. 3º, II, da Lei n. 7.064/82), acaba por tornar-se mais plausível em razão de revelar um meio termo, mostrando-se, nos dizeres do uruguaio Américo Plá Rodriguez, a posição mais razoável: “o conjunto

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-38/2002-053-18-00**. Rel. Min. Vantuil Abdala. Publicado no DEJT, 19 dez. 2008. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4598822.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> > Acesso em: 27 jul. 2010.

*que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior”.*¹⁸⁰

2.3.5 Princípio da condição mais benéfica

A última das dimensões do princípio da proteção abordadas neste trabalho refere-se ao princípio da condição mais benéfica. Se, inicialmente, o princípio da proteção impõe ao intérprete que, diante de uma norma passível de mais de uma interpretação, adote a interpretação que seja mais favorável ao trabalhador (princípio do *in dubio, pro operário*) e que, diante de duas normas aplicáveis ao caso concreto, aplique a norma mais favorável ao trabalhador (princípio da norma mais favorável), agora, com o princípio da condição mais benéfica, o princípio “[...] se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado [...]”.¹⁸¹

Se é fato que o caráter progressista do Direito do Trabalho impõe, ao menos teoricamente, a adoção de normas que visem à melhoria das condições de trabalho, não é menos verdade que o trabalhador pode se deparar com situações em que eventuais alterações legislativas ou contratuais acabam por revelar realidades prejudiciais se comparadas à realidade que o acompanhava até aquele momento.¹⁸²

Diante dessa possibilidade, o princípio da condição mais benéfica busca justamente resguardar o trabalhador contra essas alterações legislativas ou contratuais que sejam menos favoráveis que a sua realidade concreta anterior.

No Brasil, Maurício Godinho Delgado¹⁸³ acolhe o princípio da condição mais benéfica como um critério para solução de conflitos entre cláusulas contratuais, afastando sua aplicação nos casos de contrapontos entre normas.

¹⁸⁰ RODRIGUEZ, op. cit., p. 131.

¹⁸¹ BARROS, op. cit., p. 182.

¹⁸² RODRIGUEZ, op. cit., p. 133.

¹⁸³ DELGADO, op. cit., p. 95.

Para o autor, o “[...] princípio da condição mais benéfica importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador [...]”,¹⁸⁴ tendo, portanto, como corolário o princípio da inalterabilidade contratual lesiva prevista no art. 468 da CLT, que impede que o contrato seja alterado em prejuízo do empregado nos termos a seguir:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições 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.¹⁸⁵

Já para Amauri Mascaro do Nascimento, o princípio da condição mais benéfica representa “[...] a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum [...]”¹⁸⁶, tendo “[...] a função de solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo [...]”¹⁸⁷

Seja qual for o âmbito de aplicação que se queira dar ao princípio da condição mais benéfica, o fato é que o princípio em questão busca preservar uma realidade concreta conquistada pelo trabalhador contra alterações a ele desfavoráveis, motivo pelo se afirma que “[...] o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal [...]”¹⁸⁸

O Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula de nº 51, consagrou a aplicabilidade do princípio da condição mais benéfica, afirmando, em seu inciso I, que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Ibidem, p. 95.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

¹⁸⁶ NASCIMENTO, op. cit., p. 350.

¹⁸⁷ Ibidem. 350.

¹⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 99.

¹⁸⁹ MARTINS, op. cit., p. 1138-1139.

Assim, o inciso I da Súmula de nº 51 protege os trabalhadores que foram beneficiados com vantagens deferidas anteriormente contra cláusulas regulamentares que as revoguem ou as alterem. As novas cláusulas, revogadoras ou alteradoras das vantagens anteriores somente incidirão sobre os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento, ou seja, trabalhadores que não haviam incorporado ao seu patrimônio as vantagens revogadas ou alteradas.

O inciso II da Súmula nº 51 do TST, por sua vez, impede a aplicação concomitante de dois regulamentos empresariais ao mesmo empregado, estabelecendo que *“havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro”*.

Aspecto importante acerca da aplicação da condição mais benéfica é a questão da ultratividade das normas coletivas, ou seja, a produção de efeitos jurídicos da norma coletiva (decorrente de acordo ou convenção coletiva) após o prazo máximo fixado no próprio texto normativo ou na CLT.

A CLT, nesse ponto, dispõe em seu art. 614, §3º que “não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos”¹⁹⁰, limitando, assim, ao prazo máximo de 02 (dois) anos a vigência de uma determinada norma coletiva.

O questionamento acerca da aplicação ou não do princípio da condição mais benéfica surge a partir do momento em que são analisados os direitos e garantias conquistados pelos empregados através da celebração de determinado acordo ou convenção coletiva. Tais direitos aderem, em caráter definitivo, aos contratos de trabalho dos empregados? O princípio da condição mais benéfica tem o condão de fazer com que as normas coletivas garantidoras de benefícios aos empregados produzam efeitos mesmo após o prazo de duração do acordo ou convenção coletiva?

¹⁹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

Na tentativa de responder essas questões, surgem três teorias, apontadas por Maurício Godinho Delgado¹⁹¹. A primeira delas – teoria da aderência irrestrita – equipara as cláusulas coletivas às cláusulas individuais, sustentando que as normas oriundas de negociação coletiva aderem, em caráter definitivo, aos contratos de trabalho dos empregados, não podendo ser suprimidas por qualquer norma individual ou coletiva posterior.

A segunda teoria, diametralmente oposta à primeira, apresenta a tese da aderência limitada pelo prazo, estabelecendo que as normas decorrentes de negociação coletiva somente vigoram no prazo de vigência do instrumento coletivo.

A terceira teoria, assumindo um papel intermediário entre as duas anteriores, sustenta a tese da aderência limitada por revogação, concluindo que “[...] os dispositivos dos diplomas negociados vigorariam até que novo diploma negocial os revogasse [...]”¹⁹², surgindo, nas lições de Maurício Godinho Delgado, como a teoria “[...] que melhor se harmoniza aos princípios constitucionais favorecedores da negociação coletiva trabalhista [...]”¹⁹³.

O Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, já pacificou o entendimento no sentido de que as condições de trabalho decorrentes de acordo ou convenção coletiva vigoram somente no prazo assinalado, não integrando em definitivo os contratos de trabalho. Eis o teor da Súmula nº 277 do TST:

SUM-277 SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009) - Res. 161/2009, DEJT divulgado em 23, 24 e 25.11.2009 - I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em

¹⁹¹ DELGADO, op. cit., p. 228.

¹⁹² Ibidem, p. 228.

¹⁹³ Ibidem, p. 228.

que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.¹⁹⁴

Fica evidente, portanto, que o TST consolidou a adoção da teoria da aderência limitada pelo prazo quanto às condições de trabalho alcançadas tanto por força de sentença normativa quanto por força de convenção ou acordos coletivos de trabalho.

O TST, entretanto, vem afastando a aplicação da regra contida no inciso I da Súmula nº 277 tanto na hipótese prevista no inciso II da referida Súmula quanto nos casos em que o próprio instrumento normativo (convenção ou acordo coletivos) prevê que determinado direito integrará em definitivo os contratos de trabalho dos empregados.

A decisão a seguir aborda justamente a hipótese acima destacada, oportunidade em que o TST afastou a incidência da Súmula nº 277:

TST - E-RR - 783296-70.2001.5.24.5555 - DEJT - 28/05/2010 - RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. INCORP ORAÇÃO AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. Nos termos de cláusula inserta no acordo coletivo de trabalho firmado em 1990, entre a Enersul e o sindicato obreiro, incorporou-se definitivamente, aos contratos individuais de trabalho então vigentes, a indenização por dispensa sem justa causa, calculada na base na maior remuneração dos últimos doze meses anteriores à ruptura contratual e multiplicada pelo número de anos de serviço. No caso, admitido o empregado em 1984 e dispensado em 1999, impõe-se o reconhecimento do direito à citada indenização. Precedentes desta Subseção Especializada. Recurso de embargos conhecido e provido.¹⁹⁵

Como se vê, o TST, ao mesmo tempo em que consolidou o entendimento no sentido de que as condições de trabalho conquistadas por força de convenção ou acordo coletivos não aderem, em caráter definitivo, aos contratos de trabalho dos

¹⁹⁴ MARTINS, op. cit., p.1145.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR – 783296-70.2001.5.24.5555**. Rel.^a Min.^a Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Publicado no DEJT, 28 mai. 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5158056.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 28 jul. 2010.

empregados, vigorando, em contrapartida, somente durante o prazo assinalado pelos instrumentos normativos, vem flexibilizando tal entendimento nos casos em que o próprio instrumento normativo garante integração definitiva aos contratos de trabalho de uma determinada garantia, como ocorreu no caso acima destacado.

3 A RELAÇÃO DE EMPREGO COMO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 A TRAJETÓRIA EM BUSCA DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

A definição do objeto de uma disciplina jurídica não só já garante a esta certo grau de autonomia, como também delimita objetivamente e subjetivamente o seu rol de aplicação.

No caso do Direito do Trabalho, a definição do seu objeto acaba por delimitar, igualmente, o alcance do princípio da proteção, analisado minuciosamente no capítulo anterior.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, historicamente, toda a construção teórica do Direito do Trabalho se voltou para uma espécie qualificada de trabalhador: o empregado. Reside, portanto, na relação de emprego o objeto histórico do Direito do Trabalho.

É importante destacar, desde já, que quando se fala aqui em Direito do Trabalho fala-se em Direito Material do Trabalho. Essa referência é importante, sobretudo no âmbito do Direito brasileiro, uma vez que, na esfera processual, o Direito do Trabalho não tem como objeto somente a relação de emprego.

Nesse sentido, merece destaque o texto do inciso I do art. 114 da C.F/88, com redação dada pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho brasileira para processar e julgar “[...] as ações oriundas da relação de trabalho [...]”.¹⁹⁶

Antes da ampliação da competência da Justiça do Trabalho conferida pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, tanto o Direito Material quanto o Direito

¹⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

Processual do Trabalho tinham como objeto a relação de emprego, espécie do gênero relação de trabalho.

Atualmente, portanto, o objeto do Direito do Direito Processual do Trabalho é o gênero relação de trabalho, enquanto o objeto do Direito Material do Trabalho permanece limitado à relação de emprego.

A limitação do objeto do Direito do Trabalho à relação de emprego impõe a exclusão de inúmeros trabalhadores não empregatícios do objeto do Direito do Trabalho, afastando-os, assim, *a priori*, da tutela das normas trabalhistas. É o caso, por exemplo, dos trabalhadores autônomos, eventuais, estagiários, servidores públicos sujeitos ao regime administrativo, voluntário, etc.¹⁹⁷

Ressalva-se, desde já, a hipótese, no Brasil, do trabalhador avulso. A Constituição Federal de 1988, no inciso XXXIV do art. 7º, previu a *“igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”*.¹⁹⁸

Assim, além do empregado, o constituinte incluiu no rol do objeto do Direito do Trabalho brasileiro o trabalhador avulso, definido pelo inciso VI do artigo 12 da lei n.º 8.212/91 como o trabalhador que *“[...] presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento”*.¹⁹⁹

É fato que, atualmente, surgem defensores da ampliação do objeto do Direito do Trabalho, o que faria com que esse ramo especializado da ciência jurídica fosse aplicado não somente a uma espécie de trabalhador, o empregado, mas sim a todo e qualquer trabalhador.

¹⁹⁷ DELGADO, op. cit., p. 53.

¹⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

¹⁹⁹ Idem. **Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispões sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

Nesse sentido, categórica é a passagem de Evaristo de Moraes Filho:

[...] a tendência maior é no sentido de abranger, de maneira indistinta, toda e qualquer espécie de trabalho que se realize na sociedade, público ou privado, dependente ou autônomo. Dia virá em que o Direito do Trabalho será o Direito Comum do próprio trabalho humano, como seu organizador e regulador.²⁰⁰

Murilo Sampaio Carvalho de Oliveira, ao “(re)pensar o princípio da proteção na contemporaneidade”²⁰¹, conclui sua obra afirmando que:

Em termos conclusivos, defende-se que a manutenção da tutela do empregado e a invenção de novas tutelas para os trabalhadores heterogêneos e diferenciados representam um caminho de saída da crise do Direito do Trabalho, que reafirma a proteção e coaduna com a dignidade. A ontologia juslaborista – que inspira a expansão do Direito Laboral – indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados. Enfim, assegurar proteção a todo e qualquer tipo de trabalho é assegurar proteção ao homem e sua dignidade, valor maior da Constituição e da própria sociedade.

Como se vê, pretende o referido autor ampliar o objeto do Direito do Trabalho através da ampliação do rol de aplicação do princípio da proteção. (Re)pensar o princípio da proteção na contemporaneidade representaria uma mudança paradigmática no Direito do Trabalho, que deixaria de proteger somente uma espécie de trabalhador, o empregado, para proteger também todos os demais trabalhadores, fazendo-o de forma proporcional ao grau de dependência ou de subordinação de cada trabalhador.²⁰²

Todavia, quando se protege de forma proporcional ao grau de dependência ou subordinação, corre-se o risco “[...] de não se aplicar, com exatidão, o Direito do Trabalho a nenhum tipo de trabalho profissional [...]”.²⁰³

²⁰⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 129.

²⁰¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 190.

²⁰² Ibidem, p. 173.

²⁰³ MAIOR, op. cit., p. 53.

Assim, trilhar um caminho de manutenção da relação de emprego como objeto exclusivo do Direito do Trabalho, revisando, contudo, seu principal elemento de definição – subordinação jurídica – pode fazer com que se chegue ao mesmo caminho daquele trilhado pelos autores que defendem a ampliação do objeto do Direito do Trabalho, mas com resultados mais favoráveis ao trabalhador.

Nesse sentido, mantendo-se a relação de emprego como objeto exclusivo do Direito do Trabalho e fazendo, em paralelo, uma revisão do seu elemento definidor principal, significa proteger trabalhadores até então fora do alcance/objeto do Direito do Trabalho, mas que, dado o grau de hipossuficiência que mantêm, necessitam uma proteção estatal.

Portanto, diante do reconhecimento de que, atualmente, diversos trabalhadores hipossuficientes estão à margem do Direito do Trabalho, rogando por proteção, surgem duas possíveis soluções: a) ampliar o objeto do Direito do Trabalho; b) ampliar o conceito de empregado.

A primeira das soluções acarretaria a aplicação do Direito do Trabalho na medida da dependência do trabalhador; a segunda das soluções geraria a aplicação integral do Direito do Trabalho ao trabalhador que, de fato, necessite de proteção.

Assim, como nos dizeres de Jorge Luiz Souto Maior:

[...] a defesa pela preservação da relação de emprego não significa levantar uma bandeira contra a expansão do Direito do Trabalho. O que se quer, na verdade, é que as relações profissionais que preservem características de relação empregatícia sejam tratadas como tal, para que se possa manter uma coerência sistêmica e principiológica.²⁰⁴

Para que se chegue à segunda das soluções, entretanto, é fundamental que se delimite o objeto do Direito do Trabalho na relação de emprego, o que, conseqüentemente, impõe a definição dessa relação jurídica especializada travada entre empregado e empregador, o que se passa a fazer doravante.

²⁰⁴ Ibidem, p. 53.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: UM MISTO ENTRE A CULTURA ROMANA E A CULTURA GERMÂNICA

Ao final do capítulo anterior, estabeleceu-se a premissa de que o Direito do Trabalho, inegavelmente, possui como objeto a relação de emprego, espécie do gênero relação de trabalho.

Parte-se do pressuposto, portanto, de que o Direito do Trabalho surgiu como um instrumento de proteção e defesa de uma determinada classe sócioeconomicamente inferior: a classe trabalhadora, em que pese, paralelamente, ser igualmente inquestionável que, ao longo do tempo, o Direito do Trabalho vem exercendo uma função de manutenção e conservação da exploração do homem pelo homem.

Naquele momento, em que pese ter ficado claro em algumas passagens que a proteção ali referida se dirigia a uma determinada espécie de trabalhador, o empregado, não se chegou a enfrentar uma questão crucial que agora é colocada em debate: quem é o trabalhador empregado e a quem se dirige efetivamente todo o arcabouço normativo do Direito do Trabalho?²⁰⁵

A relação de emprego, enquanto espécie do gênero relação de trabalho, compreende a prestação de um ofício de acordo com determinados requisitos essenciais que a qualificam a receber a tutela das normas trabalhistas.

O trabalho é algo inerente ao ser humano e, portanto, sua existência se confunde com a própria existência do homem. Desta forma, até os dias atuais, o homem pode trabalhar de diversas maneiras, de tal forma que somente na presença de determinados requisitos é que se encontra a figura do empregado.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seu artigo 3º, traz o conceito de empregado considerando-o *“toda pessoa física que prestar serviços*

²⁰⁵ SUPIOT, Alain. **Crítica del Derecho del Trabajo**. Trad. José Luis Gil y Gil. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 1996, p. 27.

de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.²⁰⁶

Diante do conceito legal acima apontado, a doutrina laboral aponta a necessidade da presença cumulativa dos seguintes requisitos para que uma determinada prestação de serviços seja considerada como uma relação de emprego, quais sejam: a) trabalho prestado por pessoa física; b) pessoalidade na prestação dos serviços; c) não-eventualidade; d) onerosidade e; e) subordinação jurídica.

Inicialmente, antes de se adentrar especificamente na análise dos requisitos da relação de emprego, é importante destacar que a relação de emprego decorre de um contrato, ou seja, de um acordo bilateral de vontades entre empregado e empregador, podendo o mesmo, na realidade da legislação nacional, ser expresso ou tácito, conforme previsto no art. 442 da CLT²⁰⁷.

A definição da natureza jurídica contratual ou acontratual da relação de emprego traz consequências importantes no desenvolvimento desta, na medida em que a necessidade ou não da presença do elemento vontade, ou seja, aceitar-se ou não que a relação de emprego deriva de um contrato determina se o trabalho será visto sob a ótica da coisa (cultura romana) ou da pessoa (cultura germânica).²⁰⁸

A cultura romana (contratual), típica do Estado Liberal, notadamente analisada sob a ótica do Direito Europeu do séc. XIX, analisa a relação de trabalho como uma relação de troca entre sujeitos formalmente iguais que, de acordo com suas vontades, decidem livremente contrair direitos e obrigações, situando-a na órbita do Direito Obrigacional²⁰⁹.

A cultura germânica (institucional), por sua vez, analisa a relação de trabalho sob o aspecto do vínculo pessoal de fidelidade recíproca que une o empregado ao empregador, tornando-os membros de uma mesma comunidade de direitos e

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ SUPIOT, op. cit., 1996 p. 31.

²⁰⁹ Ibidem, p. 32.

deveres,²¹⁰ afastando, assim, a existência de um contrato e encarando a relação de trabalho como *“una relación comunitaria, que nace por el solo hecho de la integración del trabajador en la comunidad de trabajo”*.²¹¹

Diante de tais premissas, os países europeus, em sua grande maioria, acabaram por produzir uma noção de relação de trabalho fruto de uma combinação das culturas romana e germânica²¹².

Assim, se pode concluir, inclusive dentro da realidade juslaboralista nacional, que a relação de emprego, de fato, decorre da manifestação de vontade de empregador e empregado, nascendo, portanto, de um contrato que, por sua vez, se mantém pela absorção de um conjunto de direitos e deveres definidos independentemente da vontade dos contratantes (normas trabalhistas), ou seja, pela absorção de um estatuto do trabalhador assalariado.²¹³

Dito de outra maneira, a relação de emprego nasce da manifestação, tácita ou expressa, da vontade das partes, mantendo-se, todavia, através da integração ao contrato das normas de ordem pública que fixam os parâmetros desta relação, tais como a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988) e a observância do salário mínimo (art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988)²¹⁴.

É válido ressaltar, por fim, que a realidade juslaboral tem demonstrado, ao longo do tempo, que, na grande maioria dos casos, a manifestação da vontade do trabalhador na celebração do contrato de trabalho se resume à aceitação tácita ou expressa das normas contratuais prefixadas pela empresa, motivo pelo qual a doutrina vem qualificando o contrato de trabalho como um contrato de adesão²¹⁵.

²¹⁰ Ibidem, p. 32.

²¹¹ Ibidem, p. 34.

²¹² Ibidem, p. 38.

²¹³ Ibidem, p. 49.

²¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

²¹⁵ PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991, p. 24.

3.3 O CONTRATO DE TRABALHO E OS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Definida a natureza jurídica contratual, ao menos em parte, da relação de emprego (contrato de adesão), é imperioso apontar e explorar os requisitos definidores de tal relação jurídica, o que se faz com a análise individual de cada um dos requisitos legais.

3.3.1 A Pessoaalidade

O primeiro dos requisitos é a pessoaalidade. Esse requisito se manifesta em duas dimensões: primeiro, na necessidade do trabalho ser executado por uma pessoa física e; segundo, na necessidade do trabalho ser prestado de forma pessoal pelo empregado.

Quanto à primeira dimensão da pessoaalidade, trabalho prestado por pessoa física, exige-se que, para que se configure a relação de emprego, o trabalho seja prestado por uma pessoa física, até porque é o próprio empregado quem deve executar pessoalmente os serviços, sem se fazer substituir, conforme se infere da segunda dimensão da pessoaalidade.

Ressalte-se, entretanto, que o Direito do Trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade. Assim, no âmbito do Direito do Trabalho, “[...] *deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes [...]*”.²¹⁶

Desta forma, priorizando o Direito do Trabalho a realidade fática sobre a realidade jurídica, nada impede que um contrato de prestação de serviços celebrado entre “duas pessoas jurídicas” dê lugar a um contrato de trabalho caso se comprove, no caso concreto, que todo o serviço objeto do contrato era prestado por uma pessoa física individualmente, conforme se pode extrair, por exemplo, do julgado abaixo:

²¹⁶ DELGADO, op. cit., p. 102.

TRT 3 - 01288-2009-100-03-00-8 RO – DJET 22/03/2010 - EMENTA: FRAUDE TRABALHISTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR SUPOSTA PESSOA JURÍDICA. O conjunto probatório constituído nos autos comprova a fraude à legislação trabalhista, na medida em que o reclamante, através de empresa interposta foi inserido no processo produtivo da atividade econômica da reclamada, desempenhando atividades imprescindíveis à consecução do empreendimento empresarial. A pessoa jurídica constituída pelo trabalhador é típica empresa de fachada, hipótese clara de pejetização, com capital social de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dividido em 100 cotas, sendo que apenas uma cota pertencia ao outro sócio, com o qual o reclamante possui relação de parentesco.²¹⁷

A segunda dimensão do requisito da pessoalidade, como já dito, impõe que o trabalho seja prestado de forma pessoal pelo empregado. Assim, o requisito da pessoalidade deixa transparecer uma característica peculiar do contrato de trabalho, marcada pela confusão entre o objeto do contrato e o sujeito que o executa. O fato é que, no contrato de trabalho, o objeto (prestação dos serviços) se confunde com o próprio sujeito que o executa (empregado), gerando, portanto, uma necessidade de limitação por parte do Estado do grau de sujeição do empregado ao empregador.

Essa necessidade de prestação pessoal dos serviços, todavia, sofre algumas ressalvas seja de ordem consensual, legal, ou mesmo fática, conforme se pode extrair da análise a seguir.

A infungibilidade quanto ao trabalhador pode ser mitigada em razão das substituições consensuais, ou seja, das substituições “[...] propiciadas pelo consentimento do tomador dos serviços [...]”.²¹⁸

As substituições legais também relativizam o requisito da pessoalidade. É o que ocorre, por exemplo, no caso das férias. Durante esse período, o empregado pode ser substituído por outro sem que isso altere o seu contrato de trabalho, acarretando, nessa hipótese, uma mera interrupção do seu contrato de trabalho.

²¹⁷ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01288-2009-100-03-00-8.Rel.^a Des.^a Maria Cristina Diniz Caixeta. Publicado no DEJT, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO+10+2681&idAndamento=RO++10+2681PACO20100322+++++9531900>> Acesso em: 28 jul. 2010.

²¹⁸ DELGADO, op. cit., p. 271.

Por fim, a realidade fática tem demonstrado que em algumas espécies de trabalhadores, cuja prestação dos serviços se dá de maneira especial, a personalidade assume uma conotação distinta.

É o que ocorre, por exemplo, com o trabalhador em domicílio, quando, ao prestar seus serviços no âmbito de sua residência, por vezes conta com a ajuda de familiares, sem que isto descaracterize a personalidade e, portanto, a relação de emprego.²¹⁹

Evaristo de Moraes Filho traz, ao conceituar o trabalho em domicílio, traz essa nota característica do trabalhador em domicílio contar com a ajuda de familiares:

Resumindo esta parte, podemos, provisoriamente, definir o trabalho a domicílio como sendo o que realiza o operário, habitual ou profissionalmente, em sua própria habitação ou em local por ele escolhido, longe da vigilância direta do empregador, ou em oficina de família, com auxílio dos parentes ali residentes ou algum trabalhador externo, sempre que o faça por conta e sob direção de um patrão.²²⁰

Como se vê, faz parte da própria essência do trabalho em domicílio o fato do trabalhador, em razão da vigilância distante do tomador dos serviços, contar com a ajuda de terceiros, sobretudo familiares.

3.3.2 A Não-Eventualidade

O segundo dos requisitos necessários à configuração da relação de emprego é a não-eventualidade, de modo que não basta que seja prestado um serviço por pessoa física e de forma pessoal. É imprescindível que esse serviço seja prestado de modo não-eventual, ou seja, que a prestação de serviços não seja eventual, esporádica.

É bem verdade que, para se chegar ao conceito de não-eventualidade, a doutrina trabalhista apresenta algumas teorias que buscam definir o conceito do referido

²¹⁹ BARROS, op. cit., p. 265.

²²⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. Formação histórica e natureza jurídica. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho Editora, 1943, p. 74.

instituto, até porque “o conceito de não-eventualidade é, porém, uma dos mais controvertidos do Direito do Trabalho”.²²¹

A teoria da descontinuidade tenta encontrar o conceito de trabalho não-eventual através do conceito de trabalho eventual. Para esta teoria, “[...] eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador enfocado – portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática”.²²²

Todavia, através de uma comparação entre o texto da CLT e o texto da Lei que trata do empregado doméstico (Lei n. 5.859/72), constata-se que, para configuração do empregado celetista foi rejeitada a noção de continuidade.

Isso porque a CLT, em seu art. 3º, diz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador [...]”²²³, enquanto que a Lei de empregado doméstico, em seu art. 1º, define a referida espécie de trabalhador como “[...] aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas [...]”²²⁴

Ora, não foi sem razão que a CLT se utilizou do termo não-eventualidade para definir o empregado e, em contrapartida, a Lei de empregado doméstico se vale da expressão “de natureza contínua”. Em verdade, são institutos distintos.

O serviço de natureza contínua, sem dúvida, exige uma prestação de serviços contínua, sem interrupção com relação a um determinado tomador de serviços. É esse conceito de continuidade que retira o *diarista* do conceito de empregado doméstico.

²²¹ DELGADO, op. cit., p. 273.

²²² DELGADO, op. cit., p. 274.

²²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

²²⁴ _____. **Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

Nesse diapasão, o TST vem pacificando o entendimento no sentido de que o trabalhador doméstico que presta serviços até 03 (três) dias por semana não pode ser considerado empregado doméstico em razão da ausência do requisito da continuidade, conforme se pode extrair da decisão abaixo:

[...] O reconhecimento do vínculo empregatício do doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, não se prestando ao reconhecimento do liame a realização de trabalho durante alguns dias da semana, no caso, é incontroverso que a Reclamante somente trabalhava três vezes por semana para a Reclamada, não havendo como reconhecer-lhe o vínculo empregatício com a ora Recorrida, pois, nessa hipótese, estamos diante de serviço prestado por trabalhador diarista. O caráter de eventualidade do qual se reveste o trabalho do diarista decorre da inexistência de garantia de continuidade da relação. [...].²²⁵

Assim, fica claro que o requisito da continuidade exige uma repetição diária da prestação dos serviços de, no caso do empregado doméstico, no mínimo 04 dias por semana.

Portanto, diante da distinção existente entre os requisitos da continuidade e da não-eventualidade, verifica-se que a teoria da descontinuidade não foi adotada pelo legislador nacional para caracterização do empregado celetista.

A teoria do evento, por sua vez, “[...] considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço [...]”.²²⁶

A CLT, todavia, parece também não ter seguido essa teoria para caracterizar o trabalhador empregado. Isto porque a CLT, em seu art. 442, §1º, prevê a possibilidade de contratação por prazo determinado, considerando-se como tal “[...] o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da

²²⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-17.179/2001-006-09-40.7**. Rel. Min. Horácio Senna Pires. Publicado no DEJT, 11 out. 2007. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4262668.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> > Acesso em: 29 jul. 2010.

²²⁶ DELGADO, op. cit., p. 275.

*execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada [...]”*²²⁷

Assim, se a CLT prevê a possibilidade de contratação de um empregado para execução de um serviço vinculado a um evento ou fato específico, fica claro que a CLT rejeitou a teoria do evento para configuração do empregado.

A terceira teoria é a teoria da fixação jurídica. Essa teoria exige, para caracterização do empregado, “[...] *uma certa fixação vinculando o trabalhador à fonte de trabalho, sem o que não estaremos diante do empregado*”.²²⁸

Essa fixação jurídica, ao que parece, também não foi eleita pela CLT como critério para definição do requisito da não-eventualidade. Isso porque a CLT, em seu artigo 445, parágrafo único, prevê a contratação do empregado mediante contrato de experiência, contrato este cuja duração não excede 90 (noventa) dias.²²⁹

Ora, se a CLT prevê a possibilidade de um trabalhador ser contratado na qualidade de empregado para prestar um serviço cuja duração pode não exceder 90 (dias), fica claro que não há uma necessidade de fixação jurídica do trabalhador à fonte de trabalho. Um empregado que, através de um contrato de experiência cujo prazo seja de 30 (trinta) dias, cumpre seu contrato, não deixará de ser empregado por não ter se vinculado à fonte do trabalho.

A última teoria que busca explicar o requisito da não-eventualidade é a teoria dos fins do empreendimento. Para esta teoria, “[...] *eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração*”.²³⁰

A não-eventualidade, desta forma, é marcada pela prestação de um serviço necessário à atividade normal do empregador, mesmo que este serviço seja

²²⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

²²⁸ NASCIMENTO, op. cit., p. 598.

²²⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

²³⁰ DELGADO, op. cit., p. 275.

intermitente, descontínuo, o que ocorre, por exemplo, com um trabalhador que presta serviços somente duas ou três vezes na semana, mas de forma habitual.

A teoria dos fins do empreendimento é, sem dúvida, a teoria que encontra maior eco tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional. Para Alice Monteiro de Barros, por exemplo, a não-eventualidade “[...] traduz-se pela exigência de que os serviços sejam de natureza não eventual, isto é, necessários à atividade normal do empregador”.²³¹

Para comprovar a tese acima, a referida autora cita como exemplo a realidade dos professores que “[...] comparecem aos estabelecimentos de ensino para ministrarem determinada disciplina durante dois ou três dias na semana”.²³²

Se, de acordo com a teoria da descontinuidade, os referidos professores seriam considerados trabalhadores eventuais, diante da teoria dos fins do empreendimento, os mesmos são considerados empregados uma vez que suas atividades são necessárias “[...] ao desenvolvimento da atividade normal do empregador”.²³³

Isso porque, como já se viu, o requisito da não-eventualidade visto à luz da teoria dos fins do empreendimento considera trabalho não-eventual aquele que, mesmo prestado somente por um ou dois dias na semana, se insere nas atividades normais do tomador dos serviços. É justamente nesse sentido que vem caminhando a jurisprudência do TST:

A constante prestação de serviços de limpeza em escritório de empresa, ainda que em apenas um dia da semana, por anos a fio, caracteriza vínculo empregatício. O requisito legal da não-eventualidade na prestação do labor, para efeito de configuração da relação de emprego, afere-se precipuamente pela inserção do serviço no atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico da empresa. Servente de limpeza, que realiza tarefas de asseio e conservação em prol de empresa, semanalmente, mediante remuneração e subordinação, é empregada, para todos os efeitos legais. A circunstância de

²³¹ BARROS, op. cit., p. 266.

²³² Ibidem, p. 266.

²³³ Ibidem, p. 266.

também prestar serviços a terceiro, paralelamente, não exclui o vínculo empregatício, pois a lei não exige exclusividade, em regra, para tanto.²³⁴

Por fim, é importante destacar a posição de Maurício Godinho Delgado que, após apresentar as quatro teorias acima destacadas, assume uma posição peculiar no sentido de que “[...] não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas combinando-se os elementos deles resultantes [...]”²³⁵

Todavia, majoritariamente, conforme já apresentado, a doutrina e a jurisprudência nacional vêm acolhendo a teoria dos fins do empreendimento para caracterização do trabalho não-eventual previsto no art. 3º da CLT.

3.3.3 A Onerosidade

O requisito da onerosidade marca a necessidade do trabalho ser prestado com intenção contraprestativa por parte do trabalhador, ou seja, este deve trabalhar com o objetivo de auferir vantagem econômica.

Maurício Godinho Delgado apresenta dois planos de análise do requisito da onerosidade: um plano objetivo e um plano subjetivo. No primeiro plano – objetivo – a onerosidade é analisada pela ocorrência ou não do pagamento por parte do empregador de parcelas contraprestativas.²³⁶

Já no plano subjetivo, a onerosidade “[...] manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes – em especial pelo prestador dos serviços – ao fato da prestação de trabalho”.²³⁷

²³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR-593.730/99.6**. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publicado no DJ, 15 abr. 2005. Disponível em: < [http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(3865302.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(3865302.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1) > Acesso em: 29 jul. 2010.

²³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 276.

²³⁶ DELGADO, op. cit., p. 277.

²³⁷ DELGADO, op. cit., p. 278.

Assim, caso, num determinado caso concreto, uma pessoa preste serviços de forma pessoal, não-eventual e receba uma contraprestação pecuniária em razão deste ofício (plano objetivo da onerosidade), se presente também o último dos requisitos (subordinação), empregado será.

Portanto, uma vez presente a onerosidade em seu aspecto objetivo – pagamento de parcelas contraprestativas -, torna-se desnecessária a aferição do plano subjetivo da onerosidade.

A investigação do plano subjetivo da onerosidade ganha sentido quando, em que pese o trabalhador preste serviços de forma pessoal, não-eventual e subordinada, não há o recebimento de parcelas contraprestativas.

Nessas ocasiões, duas situações distintas podem ser constatadas: a primeira delas – a mais comum – ocorre quando a ausência do pagamento configura não a ausência de onerosidade, mas sim uma inadimplência por parte do tomador dos serviços, o que pode dar ensejo inclusive a rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do empregado, sob argumento de descumprimento das obrigações pelo empregador, conforme art. 483, “d”, da CLT.²³⁸

Assim, não é simplesmente o fato do trabalhador não receber nenhuma parcela contraprestativa em razão da prestação dos serviços que, por si só, o desqualifica como empregado em razão da ausência do requisito da onerosidade.

Na ausência da onerosidade em seu aspecto objetivo, cumpre a análise do plano subjetivo da onerosidade, ou seja, é necessário investigar se o trabalhador prestou seus serviços com intuito contraprestativo. Em caso positivo, caso presentes os demais requisitos necessários à configuração da relação de emprego, empregado será.

Se, todavia, o trabalhador, além de não receber nenhuma parcela contraprestativa em razão do trabalho, o fazia com fins altruístas, voluntários, ou seja, sem

²³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

intenção de ser remunerado pelos serviços, estar-se-á diante da segunda situação, qual seja: ausência de onerosidade e, portanto, ausência de relação de emprego.

Essa última situação é detectada, por exemplo, no caso do trabalho voluntário que, por força do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.608/98, encontra-se à margem do Direito do Trabalho brasileiro.²³⁹

Como se vê, o serviço voluntário, assim considerado “[...] a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos [...]”²⁴⁰, foge do campo de incidência do Direito do Trabalho justamente em razão da ausência do requisito da onerosidade.

Ressalte-se, por oportuno, que, no caso do trabalho voluntário, a própria Lei n. 9.608/98, em seu art. 3º²⁴¹, previu o ressarcimento de despesas, o que geralmente é feito através de pagamento em pecúnia.

Assim, caso haja, no seio de um trabalho voluntário, o ressarcimento de despesas nos moldes previstos na referida Lei, a ausência de onerosidade não será marcada pela ausência de pagamento (plano objetivo), mas sim pela ausência de intenção contraprestativa por parte do prestador dos serviços (plano subjetivo).

Fica evidente, portanto, que o requisito da onerosidade, facilmente identificado no seio de uma prestação de serviços, possui características peculiares no âmbito de uma relação de emprego que, como visto, é marcada sobretudo pela prestação de serviços com intenção contraprestativa.

²³⁹ Idem. **Lei n.º 9.608, de 18 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9608.htm> Acesso em: 30 abr. 2010.

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Ibidem.

3.3.4 A Subordinação Jurídica

Por fim, surge o requisito da subordinação jurídica enquanto elemento caracterizador da relação de emprego na medida em que, em diversas situações, o trabalho é prestado por uma pessoa física, de forma pessoal, não-eventual e onerosa, todavia, o é feito de forma autônoma, caso em que não será alvo da tutela das normas trabalhistas.

Em face da peculiaridade, importância e fatores relacionados ao requisito da subordinação jurídica, este será alvo de uma atenção especial no presente trabalho nas linhas seguintes.

4 A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO ELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO

4.1 DA DEPENDÊNCIA À SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Conforme adiantado ao final do capítulo anterior, a caracterização da relação de emprego exige, cumulativamente, a presença de quatro requisitos, quais sejam: pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e, por fim, a subordinação jurídica.

Todavia, o conceito de subordinação jurídica é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial decorrente da necessidade de se destacar qual espécie de trabalho, ou de trabalhador, seria tutelado pelo Direito do Trabalho.

Assim é que fica claro que o debate acerca do requisito da subordinação jurídica enquanto elemento definidor da relação de emprego surge a partir da necessidade de se delimitar o objeto do Direito do Trabalho, ou seja, de se identificar que espécie de trabalhador seria alvo da tutela das normas trabalhistas e, portanto, da proteção do Direito do Trabalho.

Antes de se chegar à subordinação jurídica, no entanto, a definição da relação de emprego foi alvo de requisitos outros que, com o tempo, passaram a ser criticados e, conseqüentemente, rejeitados.

4.1.1 A posição do legislador brasileiro

No âmbito do Direito do Trabalho nacional, a CLT, com a redação do seu artigo 3º, deixa transparecer com clareza que o requisito da subordinação jurídica foi, em verdade, fruto de uma contribuição doutrinária e jurisprudencial. Nos dizeres de Amauri Mascaro do Nascimento: *“A legislação brasileira prefere o vocábulo dependência. Porém, a doutrina consagra a expressão subordinação”*.²⁴²

²⁴² NASCIMENTO, op. cit., p. 599.

Isso porque, da leitura do dispositivo legal supracitado não se extrai a subordinação jurídica como elemento definidor da relação de emprego, mas sim o vocábulo *dependência*, na medida em que a CLT considera empregado “[...] *toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*”.²⁴³

Desta forma, fica evidente que o legislador brasileiro adotou a teoria da dependência para definir a relação de emprego, encarregando-se a doutrina e a jurisprudência trabalhista, por sua vez, de empregar adjetivos (técnica, econômica e social)²⁴⁴ ao vocábulo em questão até se chegar ao conceito de subordinação jurídica.

4.1.2 A dependência técnica

Nessa linha, havia quem defendesse que o que diferenciava a relação de emprego das demais formas de prestação de serviços seria a dependência técnica à qual estaria submetido o empregado em face do empregador. Esta teoria, atribuída à Sociedade de Estudos Legislativos da França²⁴⁵, partia do falso pressuposto de que o empregador seria aquele que dirigisse tecnicamente a prestação de serviços do empregado.

Amauri Mascaro do Nascimento, fazendo uma opção pelo vocábulo subordinação em detrimento do vocábulo dependência, conceitua a subordinação técnica como “[...] *aquela que nasce entre indivíduos dos quais um exerce de modo constante uma atividade na indústria humana e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam [...]*”.²⁴⁶

Portanto, a teoria da dependência técnica tentou fundamentar a existência da relação de emprego na possível orientação e direção técnica da atividade do empregado pelo empregador.

²⁴³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

²⁴⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 72-74.

²⁴⁵ BARROS, op. cit., p. 267.

²⁴⁶ NASCIMENTO, op. cit., p. 600.

Todavia, a existência de trabalhadores especializados e, portanto, independentes tecnicamente do tomador de serviços, fez com que tal critério fosse, já naquela época de construção do Direito do Trabalho, rejeitado. Rejeição esta que foi ganhando ainda mais força com o desenvolvimento tecnológico e industrial que exige, nos dias atuais, cada vez mais uma especialização (*know-how*) por parte dos trabalhadores.

Ora, o fato do trabalhador ser independente tecnicamente do tomador dos serviços, ou seja, ter condições ou capacidade técnica para tomar uma série de decisões atinentes ao seu trabalho dado o seu alto grau de conhecimento e especialização, não é capaz de retirar sua qualidade de empregado caso tenha que “[...] seguir determinações do empregador de outra natureza, como por exemplo, sobre a disciplina no local de trabalho”.²⁴⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, o requisito da dependência técnica impediria, por exemplo, a configuração da relação de emprego nos casos de trabalhos intelectuais. O advogado empregado, por exemplo, não mantém uma relação de dependência técnica em relação ao seu empregador.

Pelo contrário, no Brasil, por exemplo, o próprio Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei n. 8.906/94 –, prevê, em seu art. 18, que “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia”.

Portanto, fica claro que o critério da dependência técnica não se revela adequado para identificação do trabalhador sujeito às normas trabalhistas uma vez que a dependência técnica não se revela presente em diversas situações em que, em que pese o trabalhador possua isenção técnica em relação ao tomador dos serviços, encontra-se sujeito a determinações de naturezas diversas. É o caso, por exemplo, dos trabalhadores especializados, técnicos ou intelectuais, como ocorre, no caso do advogado empregado citado no exemplo acima.

²⁴⁷ SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 15.

4.1.3 A dependência econômica

O critério da dependência econômica, por sua vez, parte do pressuposto de que é o estado de inferioridade econômica no qual se encontra o empregado que define a existência ou não da relação de emprego. O critério em questão, oriundo da doutrina alemã²⁴⁸, justifica na necessidade do trabalho e de sua respectiva remuneração para o trabalhador garantir sua subsistência a existência da relação de emprego.

Alvo de severas críticas, o critério em questão foi rejeitado basicamente por revelar um elemento extrajurídico, sendo, portanto, para grande parte da doutrina, falho, já que podem existir trabalhadores que não necessitam daquele trabalho para sobreviver e, nem por isso, deixariam de ser empregados.²⁴⁹

A crítica ao critério da dependência econômica, portanto, se baseou em duas premissas: existem trabalhadores que possuem mais de um emprego, impedindo a inserção deles na organização da empresa e; existem trabalhadores que não podem ser considerados dependentes economicamente.²⁵⁰

Seguindo a crítica ao critério da dependência econômica enquanto definidor da relação de emprego, Jorge Luiz Souto Maior afirma que:

De todo modo, como dito, o aspecto da dependência econômica não é decisivo para a configuração da relação de emprego, pois primeiro, a exclusividade não é elemento essencial do vínculo de empregatício e assim um trabalhador pode depender economicamente de mais de um contratante, tendo com cada um deles um vínculo de emprego específico; e, segundo, em uma dada relação jurídica, o trabalhador pode se vincular sem uma situação de dependência econômica com o seu contratante e mesmo assim caracterizar-se a hipótese de uma relação de emprego (*vide*, por exemplo, o caso dos juízes que se vinculam a uma instituição de ensino para ministrar aulas).²⁵¹

²⁴⁸ BARROS, op. cit., p. 267.

²⁴⁹ Ibidem, p. 267.

²⁵⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 74.

²⁵¹ MAIOR, op. cit., p. 63.

Uma das premissas, portanto, volta-se para o fato de que existem trabalhadores que prestam serviços não como forma de subsistência, mas sim como forma de lazer, por amor ao ofício ou simplesmente por quererem desfrutar das oportunidades que o posto lhes proporciona.²⁵²

Assim, o critério da dependência econômica acabaria por excluir da tutela trabalhista trabalhadores que, em que pese não dependam economicamente daquele labor, estão submetidos a diversas determinações do tomador do serviço.

Verifica-se, nesse ponto, que a primeira crítica feita ao critério da dependência econômica se assemelha muito à crítica feita ao critério da dependência técnica: tanto a independência técnica quanto a independência econômica não retiram do trabalhador a possibilidade de terem suas prestações de serviços determinadas, orientadas ou dirigidas pelo tomador.

A outra premissa apontada volta-se para o fato de que existem trabalhadores que trabalham para diversas empresas ou diversos tomadores de serviço, o que impede a absorção regular e integral pelo empregador dos serviços prestados pelo trabalhador.²⁵³

Nessas circunstâncias, não haveria como definir de quem o trabalhador dependeria economicamente já que não haveria, por parte de nenhum dos tomadores de serviços, absorção regular e integral dos serviços prestados.

É bem verdade que José Martins Catharino, superando a teoria da dependência econômica em sua acepção técnica e absoluta, deixou claro que a configuração da dependência econômica não requer que o trabalhador tenha na contraprestação paga pelo empregador sua única fonte de subsistência, nem tampouco que o empregador absorva integralmente todo o tempo dedicado ou dedicável de trabalho de um determinado trabalhador.

²⁵² SILVA, Otávio, op. cit., p. 15.

²⁵³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, op. cit., p. 135.

Bastaria, numa concepção relativa de dependência econômica, que o salário recebido pelo trabalhador de um determinado tomador de serviços fosse o seu principal meio de subsistência e que esse tomador absorvesse parcial e predominantemente o tempo de trabalho disponível daquele trabalhador.²⁵⁴

A relativização do critério da dependência econômica aventada por José Martins Catharino ganha destaque, atualmente, em algumas legislações estrangeiras, como, por exemplo, ocorre na Espanha, assunto que será tratado em tópico específico ao longo desse trabalho.

Todavia, o fato é que, em que pese, na grande maioria dos casos, o trabalhador dependa predominantemente da contraprestação paga por um determinado tomador de serviços, a possibilidade de prestação de serviços simultânea para diversos tomadores e a possibilidade de prestação de serviços por motivos outros que não a necessidade de subsistência fizeram com que, historicamente, o critério da dependência econômica fosse rejeitado enquanto requisito definidor da relação de emprego. O critério da dependência econômica, portanto, é, majoritariamente, considerado relevante, mas não determinante para configuração da relação de emprego.²⁵⁵

Há quem entenda, em sentido diverso, que, em que pese a dependência econômica não possa ser utilizada como critério definidor da relação de emprego, ela deve ser vista como uma dos indícios que, na análise do caso concreto, revela a existência desta.²⁵⁶

Por oportuno, cumpre registrar que alguns países seguem essa linha de utilização da dependência econômica como indício da existência da relação de emprego. É o que ocorre, por exemplo, com a legislação do Panamá e da África do Sul.²⁵⁷

²⁵⁴ CATHARINO, op. cit., p. 203.

²⁵⁵ MAIOR, op. cit., p. 62.

²⁵⁶ PORTO, op. cit., p. 64.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

4.1.4 A dependência social

Por fim, o critério da dependência social atribuído a Savatier, resulta dos dois critérios anteriores,²⁵⁸ sendo, portanto, por motivos óbvios, também rejeitado já que aproveita todas as críticas já formuladas aos critérios anteriores.

O critério em questão, portanto, *“descreve uma situação social comum para o trabalhador empregado, concebido como sujeito de um contrato de trabalho, mas não examina o aspecto jurídico do vínculo que autoriza o empregador a lhe dar as ordens”*.²⁵⁹

Restou, portanto, igualmente rejeitado pela doutrina, o critério da dependência social como elemento definidor da relação de emprego por pecar, assim como também pecaram os critérios da dependência técnica e dependência econômica, *“[...] por não se preocuparem com a determinação do elemento característico do contrato de trabalho, mas sim da qualidade do trabalhador a ser juridicamente protegido”*.²⁶⁰

Diante, portanto, do fracasso da teoria da dependência em suas três dimensões, a doutrina trabalhista caminhou para a construção de um requisito jurídico que justificasse a identificação de uma relação de emprego: a subordinação jurídica.

Ressalte-se, por fim, que os autores apontam que os termos genéricos “dependência” e “subordinação” sempre foram utilizados pela doutrina como critérios de distinção da relação de emprego das demais relações de trabalho. O que ocorreu foi que, aos vocábulos dependência ou subordinação a doutrina acrescentou, ao longo do tempo, os adjetivos técnica, econômica, social e, por fim, jurídica.²⁶¹

Portanto, o que se viu até o presente momento, como dependência técnica, econômica ou social, pode ser entendida também como subordinação técnica,

²⁵⁸ BARROS, op. cit., p. 267.

²⁵⁹ SILVA, Otavio, op. cit., p. 15.

²⁶⁰ Ibidem, p. 15.

²⁶¹ BARROS, op. cit., p. 267.

econômica ou social. A distinção, portanto, não reside no substantivo que se escolhe (dependência ou subordinação), mas sim no adjetivo (técnica, econômica, social ou jurídica) que se acrescenta a um dos substantivos.

4.2 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

A consagração histórica da subordinação jurídica enquanto elemento definidor da relação de emprego justifica, obviamente, uma análise detalhada de sua origem, seus fundamentos e sua evolução, o que se passa a fazer a partir de agora.

4.2.1 Origem etimológica do termo

De origem etimológica latina, a palavra subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), significando, portanto, etimologicamente, a sujeição ao poder de outrem.²⁶²

Portanto, etimologicamente, o vocábulo subordinação relaciona-se com a sujeição de uma pessoa ao poder de outrem, às ordens de um terceiro, o que justifica a origem da subordinação jurídica como contraface do poder diretivo do empregador.

4.2.2 A natureza da subordinação

A investigação da natureza da subordinação remete ao estudo do tema abordado no capítulo anterior, quando se caminhou da teoria da dependência à teoria da subordinação.

Assim é que, quando se procura investigar qual a natureza da subordinação, exploram-se, em verdade, os adjetivos empregados ao substantivo em questão. Sendo assim, já analisada, no presente trabalho, sob as óticas técnica, econômica e social, resta à subordinação uma natureza jurídica.

²⁶² NASCIMENTO, op. cit., p. 599.

O próprio vocábulo subordinação jurídica já induz a compreensão de que a subordinação que caracteriza a relação de emprego possui uma natureza contratual, ou seja, deriva do contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador.

Portanto, como afirma Amauri Mascaro do Nascimento:

[...] a subordinação encontra o seu fundamento no contrato de trabalho, significando uma limitação à autonomia do empregado, porém em decorrência da sua própria vontade ao se propor a prestar serviços sob o poder de direção de outrem.²⁶³

Fica claro, portanto, que toda a construção teórica da subordinação jurídica tem como fundamento o contrato de trabalho, partindo-se do pressuposto de que o empregado se propõe a prestar serviços sob o poder de direção de outrem, o empregador.

Assim, primeiro define-se que a relação de emprego nasce de um acordo de vontades entre empregador e empregado (contrato de trabalho) e; segundo, conclui-se que, por meio deste contrato, o empregado se propõe a prestar serviços sob a direção de outrem. Somente a partir destas duas premissas é que se consegue conferir à subordinação uma conotação jurídica, ou seja, vê-se na subordinação uma consequência do contrato de trabalho.

Como se vê, dentro dessa linha de raciocínio, não importa o motivo pelo qual o trabalhador celebrou um contrato de trabalho. O que importa, em verdade, é que o trabalhador manifestou, tácita ou expressamente, sua vontade de trabalhar prestando serviços sob o poder de direção de um terceiro, o empregador.

Encontra-se, assim, na natureza jurídica contratual da relação de emprego – tema já abordado anteriormente nesse trabalho – a natureza jurídica da subordinação, vista até então como contraface do poder de direção do empregador.

²⁶³ NASCIMENTO, op. cit., p. 602.

É bem verdade que, inicialmente, chegou-se a difundir a idéia de que a subordinação possuía fundamento em uma relação de sujeição pessoal do empregado ao empregador. Esta idéia, difundida na Alemanha nos anos 20 e 30 do século passado, encontra no trabalhador não um sujeito com direitos e obrigações contrapostas ao empregador, mas sim um sujeito membro de uma comunidade empresarial.²⁶⁴

Na doutrina brasileira, os livros do início do século passado tratavam, de forma recorrente, da subordinação como sinônimo de sujeição pessoal. Orlando Gomes, após eleger a subordinação como elemento diferenciador do contrato de trabalho, afirmara que:

Adotado o critério da subordinação jurídica ou hierárquica como o único que realmente permite a caracterização do contrato de trabalho, mister se faz expor e analisar as razões pelas quais a dependência pessoal do trabalhador é inerente à relação de emprego.²⁶⁵

Essa subordinação, também denominada de subordinação pessoal ou subordinação hierárquica²⁶⁶, acabava por vincular a pessoa do trabalhador – sob o argumento de que não seria possível separar a pessoa do trabalhador do trabalho a que se obrigou a realizar²⁶⁷ – ao poder de direção do tomador dos serviços.

Ocorre que o enquadramento da subordinação como sujeição pessoal poderia fazer da relação de emprego algo semelhante às relações mantidas nos períodos escravocratas e servis, quando ao trabalhador não era conferida liberdade, sendo este, no primeiro momento, propriedade (*res*) do senhor e, no segundo momento, sujeito que deveria ceder aos mais diversos desejos do senhor feudal, devendo a este a “[...] obrigação geral de fidelidade”.²⁶⁸

Desta forma, conforme esclarece Arion Sayão Romita:

²⁶⁴ ROMITA, op. cit., p. 72.

²⁶⁵ GOMES, op. cit., p. 114.

²⁶⁶ CATHARINO, op. cit., p. 204.

²⁶⁷ Ibidem, p. 206.

²⁶⁸ GOMES, op. cit., p. 6.

A concepção corporativa, autoritária e hierárquica, foi naturalmente repudiada em face de mudanças políticas e substituída por uma concepção igualitária, segundo a qual a posição de supremacia do empregador é reduzida ao mínimo indispensável à existência ao funcionamento da empresa.²⁶⁹

No mesmo sentido, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena esclarece que:

Não se admite, em primeiro plano, a sujeição, a subordinação pessoal, que são resquícios históricos, etapas vencidas nas lutas políticas seculares, desde a consideração do prestador de trabalho como *res (locatio)* e quando o credor se qualificava como condutor (*conductio*). Em suma, à *atividade*, como objeto de uma relação jurídica, não pode ser assimilado o trabalhador como *pessoa*. Qualquer aceção em sentido diverso importará em *coisificá-lo*.²⁷⁰

Diante disso, passou-se, então, a conceber-se a subordinação como algo decorrente do contrato de trabalho e, assim, limitada pelo conteúdo das prestações nele previstas. Encontrar no contrato de trabalho a natureza da subordinação, por isso subordinação jurídica, é limitar o poder de direção do empregador aos contornos do contrato de trabalho, algo extremamente importante se considerado que, conforme já ressaltado, em contratos desta natureza, sujeito e objeto se misturam na pessoa do trabalhador.

A subordinação, portanto, longe de ser uma manifestação de hierarquia, afinal esta impõe uma relação de um superior para um inferior da qual este, de forma unilateral, não pode se libertar²⁷¹, o que não ocorre no âmbito de um contrato de trabalho por força do princípio da liberdade de trabalho consagrado no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁷², revela-se, em verdade, uma expressão do contrato de trabalho.

É jurídica, portanto, a dita subordinação, uma vez que esta encontra sua razão de ser na celebração do contrato de trabalho, instrumento jurídico através do qual o

²⁶⁹ ROMITA, op. cit., p. 73.

²⁷⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**. Estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 525.

²⁷¹ SILVA, Otavio, op. cit., p. 17.

²⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

empregado se compromete a prestar seus serviços em favor de outrem que, na qualidade de tomador dos serviços, possui o direito de dirigir e comandar a referida prestação.

4.2.3 Os fundamentos da subordinação

O fundamento da existência da subordinação confunde-se com o fundamento da existência do poder diretivo do empregador. Não é a toa que a subordinação jurídica se solidificou como sendo a contraface do poder diretivo do empregador. Assim, “[...] *subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha: a subordinação é a situação em que fica o empregado e o poder de direção é a faculdade conferida ao empregador*”.²⁷³

Sendo assim, cumpre destacar que o fundamento que justifica a existência de um poder por parte do empregador de dirigir a prestação de serviços do empregado e, por consequência, justifica a existência de uma subordinação deste em razão daquele, é a alteridade.

A alteridade representa a assunção dos riscos da atividade por parte do empregador que reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção, dentre eles, o trabalho. Desta forma, conforme explica Délio Maranhão:

Assumindo o empregador como proprietário da empresa, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissolavelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá de ficar relativamente a quem pode dispor do seu trabalho.

De um lado, temos a faculdade do empregador de utilizar-se da força do empregador – um dos fatores de produção de que dispõe – no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu; de outro, a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins que este se propõe a alcançar no campo da atividade econômica.²⁷⁴

²⁷³ SILVA, Otavio, op. cit., p. 16.

²⁷⁴ SUSSEKIND, op. cit., p. 245.

Desta forma, justifica-se na assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador a possibilidade de direção da atividade prestada pelo empregado que, desta forma, encontra-se subordinado às ordens daquele.

Portanto, a subordinação é jurídica – porque nasce de um contrato, encontrando nele seus limites²⁷⁵ – e justifica-se na assunção dos riscos da atividade econômica por parte do empregador.

Assim, titular e responsável pela atividade econômica desenvolvida; detentor dos fatores de produção, dentre os quais se inclui a força de trabalho, surge para o empregador a prerrogativa de dirigir a prestação de serviços dos trabalhadores, aí considerados empregados, afinal “[...] ao contratar um empregado, o empregador tem em mente tanto seu trabalho quando sua subordinação”.²⁷⁶

Destarte, a alteridade justifica tanto a existência do poder de direção por parte do empregador e o dever de obediência do empregado. Desta forma, “o poder de comando seria o aspecto ativo, e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica”.²⁷⁷

Dentro dessa prerrogativa de comandar a prestação de serviços do empregador, surge para o empregador um rol de poderes destinados a tal fim:

De maneira geral, o poder empregatício consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada. Tal poder, portanto, como regra, incide em benefício do empregador, atribuindo ao obreiro a obrigação de uma conduta de submissão às ordens *lícitas* decorrentes do exercício de tal poder.²⁷⁸

O poder empregatício, portanto, revela a existência de uma gama de prerrogativas disponíveis ao empregador para comandar a prestação de serviços

²⁷⁵ Ibidem, p. 246.

²⁷⁶ PEREIRA, op. cit., p. 39.

²⁷⁷ SILVA, Otavio, op. cit., p. 14.

²⁷⁸ DELGADO, op. cit., p. 570.

exercida no âmbito de sua atividade econômica. Dentre essas prerrogativas, surgem os poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.

O primeiro deles – o poder diretivo – destina-se “[...] à organização da estrutura e espaço empresariais internos [...]”.²⁷⁹ É através deste poder, portanto, que o empregador organiza sua atividade.

O poder regulamentar, por sua vez, “[...] seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.²⁸⁰

É através do poder regulamentar, portanto, que o empregador exterioriza seu poder diretivo, ou seja, é através da edição de regras, passadas ao público alvo através da linguagem escrita ou oral, que o empregador manifesta suas diretrizes organizacionais.

O poder fiscalizatório ou poder de controle revela a possibilidade do empregador acompanhar e vigiar a prestação de serviços executada pelos trabalhadores no âmbito de sua estrutura empresarial.²⁸¹

Por fim, o poder disciplinar possibilita ao empregador impor sanções aos empregados que descumprirem alguma das obrigações impostas por intermédio do contrato. Assim, é através do poder disciplinar que o empregador tem a possibilidade de punir aqueles que não observam as regras diretivas por ele emanadas.

Verifica-se, portanto, que o empregador possui um rol de poderes que lhe permite, a um só tempo, dirigir a prestação de serviços, editar normas destinadas a esta direção, fiscalizar a referida prestação e punir aqueles que não seguem tal comando.

²⁷⁹ Ibidem, p. 592.

²⁸⁰ Ibidem, p. 592.

²⁸¹ Ibidem, p. 594.

Orlando Gomes, buscando encontrar as razões de ser da subordinação jurídica, faz uma digressão, citando o jurista alemão Sinzeheimer, para, a partir de uma visão sociológica, explicar o motivo pelo qual o empregado é subordinado ao empregador:

Foi SINZEHEIMER quem primeiro intentou, com visão sociológica, responder à indagação fundamental dos motivos por que o trabalhador é subordinado ao empregador, na relação de emprego. O eminente jurista alemão compreendeu que só seria possível encontrar a explicação da essência do vínculo de subordinação mediante rigorosa análise do papel que trabalhadores e patrões desempenham no processo de produção da riqueza. Esclarece, então, que, no sistema capitalístico, entre o trabalhador e a coletividade se verifica a interposição de um estranho, - o *capitalista*. Assim, o trabalho prestado é necessariamente *subordinado*, isto é, executado *em uma relação jurídica de poder*, pois que, como já acentuara MARX, o produto de sua atividade não é o fim de sua atividade. A interferência desse estranho assegura-lhe, pela posição que ocupa no processo de produção, o *poder de direção*. Cumpre-lhe, com efeito, congregar as forças que tem à sua disposição, a fim de realizar os fins da produção. E, como esta não se efetuará, se não fora organizada, a organização das forças produtivas pressupõe um poder ordenador, que compete, atualmente, ao detentor do capital, ao dono da fábrica ou do estabelecimento. A atividade dos trabalhadores deve estar subordinada, pois, às ordens emanadas do dirigente da produção. Daí se conclui que o poder de direção do empregador resulta, em última análise, do próprio modo de organização atual da produção.²⁸²

Conclui Orlando Gomes afirmando que:

Conquanto ambos os fatores sejam igualmente indispensáveis à produção, o modo por que esta se acha organizada favorece e assegura o predomínio do capital sobre o trabalho. A propriedade, tal como a compreende e garante a ordem jurídica capitalista, atribui a seu titular um amplo poder sobre as coisas, e, também, sobre os homens. Daí, o estado de subordinação que seu exercício, para fins de produção, cria para todos aqueles que servem de proprietário.²⁸³

Mario de La Cueva, fazendo, igualmente, uma investigação acerca da razão pela qual existe entre empregado e empregador uma relação de subordinação, cita também a obra do jurista alemão Sinzeheimer, bem como cita o posicionamento

²⁸² GOMES, op. cit., p. 115.

²⁸³ Ibidem, p. 115-116.

do jurista italiano Barassi que, discordando de Sinzeheimer somente com relação à concepção marxista adotada por este, entende que a subordinação decorre do fato de que, sendo a empresa a organização dos fatores de produção concentrada na pessoa do empregador, possui este, dentro daquela estrutura, os elementos da produção (capital e trabalho) a ele subordinados.²⁸⁴

A partir das obras de Jacobi, Sinzeheimer e Barassi, Mario de La Cueva passa a investigar, ele próprio, a essência do elemento subordinação. Para tanto, o referido autor conclui que tal investigação deve ter como ponto de partida a função que a relação de trabalho cumpre no âmbito do sistema capitalista de produção.²⁸⁵

Ressalta o autor mexicano que o que distingue o sistema capitalista de produção dos demais modos de produção não é a existência do capital e do trabalho, uma vez que isto é comum a todos. Em verdade, a nota distintiva encontra-se no fato de que, no âmbito do sistema capitalista de produção, os dois fatores de produção (capital e trabalho) encontram-se submetidos juridicamente ao empresário.²⁸⁶

Assim, o poder jurídico que o empresário exerce sobre o capital encontra-se representado pelo direito de propriedade. A partir disto, compete ao empresário também exercer um poder jurídico sobre o segundo fator de produção, o trabalho.

O exercício do poder jurídico do empresário sobre o trabalho, para Mario de La Cueva, encontra razões óbvias: se a produção somente pode lograr êxito através do concurso dos dois fatores de produção, o capital deve procurar o trabalho e este procurar aquele. Assim, como não é possível, sob pena de violar o direito de propriedade, obter o concurso dos fatores de produção mediante a subordinação do capital ao trabalho, não resta outra opção senão subordinar o trabalho ao capital.²⁸⁷

²⁸⁴ CUEVA, op. cit., p. 509.

²⁸⁵ Ibidem, p. 511.

²⁸⁶ Ibidem, p. 512.

²⁸⁷ Ibidem, p. 512.

A lógica capitalista, portanto, impõe a subordinação jurídica, e não somente fática, do trabalho ao capital, representada, portanto, pela subordinação jurídica do trabalhador ao empregador.

Desta forma, fica evidente que, por mais que se pretenda retirar do trabalho a noção de mercadoria – o que vem sendo propagado desde o Tratado de Versalhes – é fato que a subordinação do empregado ao empregador encontra sua razão de ser na estrutura do modelo de produção capitalista.

O regime capitalista de produção impõe a existência de duas figuras antagônicas: o trabalhador e o capitalista, sendo este o detentor dos meios de produção (capital e trabalho) e aquele detentor somente da sua força de trabalho.

Assim, sendo o capitalista, representado pela figura do empregador, detentor dos fatores de produção (capital e trabalho), compete a este organizar, dirigir e conceder a finalidade que melhor convier aos seus interesses, o que acaba facultando ao empregador dirigir a prestação de serviços do empregado.

Se for verdade que a subordinação do empregado ao empregador é jurídica porque nasce e encontra limites no contrato de trabalho, não é menos verdade que é em razão do fato de que o empregador é o detentor dos fatores de produção que a este compete o direito de organizar estes fatores, dentre os quais se inclui o trabalho, da forma que melhor atender aos seus interesses. Assim, conforme lições de Sidnei Machado, em obra específica sobre o tema, “[...] o fundamento da subordinação se dá pela noção de propriedade, pois somente o proprietário goza do poder de direção”.²⁸⁸

A subordinação jurídica, portanto, fundamenta-se na existência do contrato de trabalho – daí a natureza jurídica da subordinação e do poder empregatício – e na assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador.

²⁸⁸ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**. Uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

4.2.4 A subordinação jurídica em sua acepção clássica: uma correlação com o poder diretivo do empregador

A correlação entre subordinação jurídica e poder diretivo do empregador é, nas palavras de Alain Supiot, a pedra angular do Direito do Trabalho:

La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre a otra.²⁸⁹

Como se vê, Alain Supiot deixa claro que a subordinação jurídica representa um dos fundamentos do próprio Direito do Trabalho que tem como objetivo essencial limitar o exercício do poder conferido ao empregador.

Esse poder de direção conferido ao empregador em razão da celebração do contrato de trabalho, portanto, representa a contraface da subordinação jurídica que, nesse sentido, apresenta-se como a faculdade do empregador dirigir a prestação de serviços do empregado.

No que tange à origem da subordinação jurídica enquanto elemento definidor da relação de emprego, notável contribuição ao Direito do Trabalho na ordem mundial deu o doutrinador italiano Ludovico Barassi²⁹⁰ que, desde o início do séc. XX, sedimentou a idéia de que o traço determinante na identificação da forma de prestação de serviços a ser alvo da proteção trabalhista era a subordinação em seu sentido jurídico, ou seja, enquanto expressão do poder diretivo do empregador que, por sua vez, representa um dos efeitos do contrato de trabalho. Ressalte-se, por oportuno, que este critério foi acolhido pelo código civil italiano de 1942 (art. 2.094) como traço distintivo entre o autônomo e o empregado.

Seria, então, a subordinação jurídica um critério – como o próprio nome deixa transparecer – jurídico que marcaria a distinção da relação de emprego das

²⁸⁹ SUPIOT, op. cit., p. 133-134.

²⁹⁰ BARASSI, Ludovico. **Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano**. Milano: Libreria, 1901, pg. 29.

demais formas de trabalho e seria representada pela submissão do empregado às ordens do empregador:

[...] el poder de dirección que se ejerce sobre el trabajador constituye el criterio por excelencia para definir el contrato de trabajo, lo que permite distinguir al trabajador de cualquier forma de actividad económica que se ejerce a título oneroso para otro.²⁹¹

A subordinação jurídica surge, desta forma, como a determinação pelo empregador do tempo e do modo da prestação de serviços do empregado. Trabalhador subordinado seria, portanto, aquele que não tem a possibilidade de determinar quando e de que forma executará o seu ofício. Estas orientações, portanto, são fixadas pelo tomador de serviços, no caso o empregador, que, no exercício do seu poder diretivo, dirige o trabalho prestado pelo empregado.

Conforme adverte Arion Sayão Romita, quando o elemento subordinação jurídica passou a ganhar uniformidade enquanto elemento diferenciador do contrato de trabalho dos demais contratos de atividade, tal elemento se identificava “[...] numa dependência hierárquica e disciplinar, mediante a qual a atividade do empregado fica vinculada às iniciativas e às ordens do empregado”.²⁹²

Desta forma, completa o referido autor, que o vínculo de subordinação se traduz em duas variantes: “[...] a) para o empregador, no poder de dirigir e fiscalizar a atividade do empregado; b) para o empregado, na obrigação correspondente de se submeter às ordens do empregador”.²⁹³

Reside, portanto, segundo uma concepção subjetivista de subordinação jurídica, no poder diretivo do empregador (heterodireção) a expressão da subordinação jurídica, algo que era extremamente coerente e fácil ser identificado nas primeiras décadas de “vida” do Direito do Trabalho, quando o empregado se resumia basicamente àquele trabalhador fabril que se submetia diariamente aos comandos do empregador, ficando lotado basicamente no interior das fábricas ao longo das linhas de produção típicas do Fordismo/Taylorismo, o operário.

²⁹¹ SUPIOT, op. cit., p. 138.

²⁹² ROMITA, op. cit., 1979, p. 60.

²⁹³ Ibidem, p. 62.

Lorena Vasconcelos Porto esclarece, de forma objetiva, o conceito e as razões da subordinação em sua acepção clássica:

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, o modelo econômico vigente – centrado na grande indústria – engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. Desse modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato (e relação) de trabalho e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.

O trabalhador estava submetido a uma disciplina e organização hierárquica rígidas, sendo reduzida ao mínimo a sua discricionariedade, a possibilidade de efetuar escolhas, mesmo que puramente técnicas. Nesse contexto, a subordinação foi definida a partir da ideia de heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa, em seus diversos aspectos: conteúdo, modalidade, tempo, lugar, etc.

[...] A subordinação, em sua matriz clássica, corresponde à submissão do trabalhador à ordens patronais precisas, vinculantes, ‘capilares’, penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação, e a controles contínuos sobre o seu respeito, além de aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento.²⁹⁴

Portanto, a origem do Direito do Trabalho enquanto ramo específico da ciência jurídica tem como fundamento o trabalho subordinado em sua acepção clássica, encontrado no interior das fábricas e indústrias típicas da industrialização inicial ocorrida nos séculos XVIII e XIX, quando se destacou o modelo taylorista/fordista de produção.

É por essa razão, inclusive, que Mario de La Cueva assinala que o Direito do Trabalho nasceu para proteger o trabalhador industrial, uma vez que foi no interior das indústrias aonde se manifestou, com intensidade acentuada, a exploração do trabalhador.²⁹⁵

²⁹⁴ PORTO, op. cit., p. 43.

²⁹⁵ CUEVA, op. cit., p. 498.

Esse conceito de subordinação enquanto contraface do poder diretivo do empregador encontra eco, até os dias presentes, em diversos conceitos doutrinários lançados.

Nesse sentido, Amauri Mascaro do Nascimento conceitua a subordinação como:

[...] uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará. A subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas.²⁹⁶

Reside, pois, na subordinação jurídica – dentro de uma concepção clássica –, a situação fática de transferência do empregado ao empregador do comando de sua atividade. É o empregador, nesse sentido, quem dirige, controla e orienta a prestação de serviços do empregado. É através da subordinação jurídica que o empregado se submete aos poderes do empregador:

A subordinação jurídica corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. (grifos originais).²⁹⁷

Os dois conceitos trazidos à colação retratam, portanto, a noção clássica de subordinação jurídica, relacionando-a ao exercício do poder de direção do empregador que, nessa qualidade, dirige o tempo e o modo da prestação de serviços.

Vale ressaltar, desde já, que os referidos conceitos também deixam claro que a subordinação jurídica que identifica a relação de emprego é uma subordinação do trabalho prestado e não da pessoa que presta o serviço, revelando, assim, uma

²⁹⁶ NASCIMENTO, op. cit., p. 603.

²⁹⁷ DELGADO, op. cit., p. 281.

superação do conceito de subordinação enquanto sujeição pessoal do trabalhador ao tomador dos serviços.

É bem verdade que, como já dito, o contrato de trabalho possui uma característica peculiar que confunde, numa mesma pessoa (empregado), o sujeito e o objeto do contrato, sendo que, “[...] *en realidad, la persona humana es tanto el objeto del contrato, como el sujeto del mismo*”.²⁹⁸

Todavia, em que pese sujeito e objeto se confundam na pessoa do empregado, isto não pode fazer com que se admita uma sujeição pessoal do empregado em relação ao empregador. Como já visto no tópico anterior, a subordinação é jurídica uma vez que tem como fundamento e limites o contrato de trabalho celebrado entre trabalhador e tomador dos serviços.

4.3 A CRISE E A QUEBRA DO PARADIGMA DA SUBORDINAÇÃO CLÁSSICA: UMA BREVE ABORDAGEM DO MÉTODO CIENTÍFICO DE THOMAS KUHN

A noção clássica de subordinação jurídica analisada até o presente momento revela, como já visto, o controle por parte do empregador do tempo e do modo da prestação dos serviços do empregado.

Essa noção, entretanto, mostrou-se satisfatória para diferenciar o empregado dos demais trabalhadores dentro de uma realidade socioeconômica baseada no modelo de produção Fordista/Taylorista.

As alterações detectadas na economia mundial e na forma de produção a partir da segunda metade do século XX, entretanto, inauguraram o período de crise do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, de crise da subordinação jurídica clássica.

²⁹⁸ SUPIOT, op. cit., p. 78.

A filosofia de Thomas S. Kuhn, nesse instante, merece destaque na medida em que propõe, diante de situações de crise como ocorre no caso da subordinação jurídica clássica, a quebra de paradigmas.

4.3.1. A filosofia de Thomas S. Kuhn e a transição de paradigmas

Thomas Samuel Kuhn, físico norte-americano nascido em Cincinnati em 1922 e falecido em Cambridge em 1966, vítima de câncer, inaugurou o método de conhecimento pautado nas “Revoluções Científicas”.

A revolução científica, segundo a ótica Kuhniana, revela uma transição de paradigmas – cujo conceito será apresentado nas linhas seguintes – reclamada pela própria comunidade científica no momento em que o paradigma até então vigente entra em crise:

De modo especial, a discussão precedente indicou que consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.²⁹⁹

A forma de conhecimento não-cumulativo apresentada por Thomas Kuhn, calcada nas revoluções científicas, inaugura a ciência denominada pelo referido autor de revolucionária, em contraposição à ciência normal calcada na manutenção dos paradigmas:

A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma.³⁰⁰

Não cabe à ciência normal, na medida em que visa tão somente atualizar e legitimar o paradigma dominante, inovar, criar teorias que contrariem ou superem

²⁹⁹ KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 125.

³⁰⁰ Ibidem, p. 44.

o referido, não havendo, portanto, como se falar, nesse estágio, em revolução científica:

A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma freqüentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; freqüentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma.³⁰¹

Paradigma, na concepção Kuhniana, revela um modelo de resolução de problemas aceito pela comunidade científica, durante determinado período³⁰² que, quando abandonado, importa o abandono à própria prática da ciência por ele definida.³⁰³

O abandono dos paradigmas, conforme dito surge nos momentos de crises vivenciadas pela ciência, momento em que o paradigma então vigente não se mostra mais suficiente para resolver os problemas inaugurados na ciência, sendo, então, reconhecido que é chegada a hora de renovar os instrumentos.³⁰⁴

Importante ressaltar que, quando se abandona um paradigma e se elege outro para ocupar seu lugar, ou seja, quando estar-se diante de uma revolução científica, impõe-se uma nova visão de mundo, uma releitura dos princípios e dos conceitos então vigentes:

O historiador da ciência que examinar as pesquisas do passado a partir da perspectiva da historiografia contemporânea pode sentir-se tentado a proclamar que, quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiado por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo

³⁰¹ Ibidem, p. 44.45.

³⁰² Ibidem, p. 13 e p. 43.

³⁰³ Ibidem, p. 56.

³⁰⁴ Ibidem, p. 105.

planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles apregam objetos desconhecidos. Certamente não ocorre nada semelhante: não há transplante geográfico; fora do laboratório os afazeres cotidianos em geral continuam como antes. Não obstante, as mudanças de paradigma realmente levam os cientistas a ver o mundo definido por seus compromissos de pesquisa de uma maneira diferente.³⁰⁵

No âmbito jurídico, em que pese Thomas Kuhn, quando tratou de revolução científica e de mudança paradigmática, ter discorrido exclusivamente segundo a ótica das ciências naturais, muito provavelmente por sua “limitada familiaridade” com as ciências sociais, por ele, aliás, expressamente confessada³⁰⁶, as Revoluções Científicas representadas pelas transições de paradigmas são facilmente constatadas e representam uma constante na ciência jurídica.

As mudanças de interpretações, a adaptação dos textos legais à realidade da época, a resolução de conflitos sociais ainda não previstos nos diplomas normativos etc., revelam como o Direito, para acompanhar a evolução social, necessita, constantemente, superar paradigmas e, assim, mudar a visão de mundo, possuindo o magistrado, nesse sentido, posição de destaque.

É justamente nesse sentido que o método científico de Thomas Kuhn, quando prevê a quebra de paradigmas como consequência natural dos momentos de crise, se aplica ao presente trabalho, quando se busca investigar a insuficiência do critério da subordinação jurídica clássica e, assim, romper com esse paradigma.

4.3.2. As causas da crise da subordinação jurídica clássica e as alterações estruturais ocorridas no mundo do trabalho contemporâneo

A crise da subordinação jurídica clássica, concebida como aquela identificada pelo exercício efetivo do poder de direção por parte do empregador, revelado sobretudo nas ordens dirigidas ao empregado, no controle de horário, na

³⁰⁵ Ibidem, p. 147-148.

³⁰⁶ Idem. **O caminho desde a estrutura**: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica. São Paulo: UNESP, 2006, p. 266.

disciplina rígida e constante, possui uma série de causas de ordem econômica, social, política e jurídica.

Em verdade, a crise da subordinação jurídica enquanto elemento definidor da relação de emprego é fruto ou conseqüência da crise vivenciada pelo próprio Direito do Trabalho a partir do final do século XX.

Em oportunidade anterior nesse trabalho, especificamente no tópico 1.3, foi introduzida a temática em questão, sendo apontadas como causas da crise do Direito do Trabalho fenômenos como: a crise do petróleo dos anos 1972/1973; a crise do Estado do Bem-Estar Social; surgimento do Estado Neoliberal; a globalização; a flexibilização; a desregulamentação e; o surgimento de um novo modelo de produção, denominado toyotismo.

De fato, a estrutura narrada no tópico em questão demonstra em que sentido a subordinação jurídica clássica inicia seu período de crise, ou seja, como esse requisito passa a não mais ser suficiente para fazer aquilo que propõe: identificar, dentre as diversas formas de prestação de serviços, qual seja, aquele que é objeto de tutela do Direito do Trabalho.

Do rol de fenômenos abordados no tópico 1.3, destacam-se, para fins de compreensão da crise da subordinação jurídica clássica, as alterações estruturais ocorridas no mundo do trabalho contemporâneo e o conseqüente surgimento de novas espécies de trabalhadores.

A estrutura organizacional do mundo do trabalho na época da 2ª Revolução Industrial é marcada pelo binômio taylorista-fordista, que “[...] atendeu aos anseios do capital no início do século XX [...]”.³⁰⁷

O referido sistema produtivo racionalizou a atividade do trabalhador. Este, até então conhecedor do processo produtivo integral do produto que criava, passou a

³⁰⁷ OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 28.

dominar somente uma pequena parte da produção dentro de um sistema de divisão do trabalho.

Assim, o empregador que já era detentor dos fatores de produção, passou também a dominar o conhecimento do processo produtivo, fazendo do trabalhador um estranho em relação ao produto do seu trabalho: intensificava-se a alienação.³⁰⁸

A obra de Frederick Winslow Taylor (1856-1915), nas décadas do século XIX, marcou esse processo de racionalização da produção, subdividindo metodicamente o trabalho por especialidades produtivas. Apartando o saber do fazer, Taylor separou as atividades de execução e planejamento, cabendo ao trabalhador somente as primeiras, o que acabara por ensejar um aumento de produtividade e uma diminuição dos custos da produção, notadamente em razão da eliminação dos tempos de ociosidade do trabalho.³⁰⁹

Taylor publicou, em 1911, a teoria da administração científica, tendo como base, portanto, o fato de que um trabalho racionalizado, ou seja, composto por movimentos mecânicos, rápidos e repetitivos, eliminaria os desperdícios de tempo e, portanto, aumentaria a produção.³¹⁰

A obra de Taylor, partindo de uma observação do trabalho nas indústrias norte-americanas do final do século XIX, buscava racionalizar o trabalho através da eliminação dos tempos ociosos, o que somente seria possível através do exercício efetivo de um poder do empregador sobre os trabalhadores:

Ao analisar as indústrias da época, Taylor – que não era um industrial, como Ford, mas pensava como tal – identificou como um dos problemas principais das sociedades empresárias a ausência, por parte das chefias, de um controle efetivo e direto sobre o trabalho de seus operários. Em geral deixavam os detentores do capital a cargo do trabalhador a opção pelo melhor método de desenvolver suas funções, com a conseqüente

³⁰⁸ Ibidem, p. 28-29.

³⁰⁹ Ibidem, p. 29.

³¹⁰ SILVA, Otávio, op. cit., p. 112.

fragmentação do controle da produção, o que não era bem visto por Taylor.³¹¹

No mesmo sentido, destaca Otávio Pinto e Silva que:

As tarefas de cada trabalhador seriam minuciosamente controladas, com a fixação de metas para eliminar quaisquer desperdícios de tempo. O objetivo declarado era o de extrair o máximo rendimento tanto do trabalhador quanto da máquina por ele operada.

Cabia ao administrador o trabalho intelectual, com a escolha do método de produção e planejamento das tarefas; ao trabalhador, não se exigia que tomasse decisões, pois bastava executar o trabalho manual.³¹²

Posteriormente, Henry Ford (1863-1947) complementou a racionalização do trabalho inaugurada por Taylor, gerou um novo modelo de fábrica, criando a linha de montagem, que consistia no sistema de produção seqüencial.³¹³

Christiana D'Arc Damasceno Oliveira, apresentando as características do modelo de produção típico da 2ª Revolução Industrial, esclarece que:

Esse processo produtivo teve como característica, portanto, o amálgama da produção em série fordista com o controle temporal taylorista, bem assim a vigência de uma separação nítida entre elaboração e execução. A atividade de trabalho reduzia-se a uma ação mecânica e repetitiva.

As fábricas eram verticalizadas e praticamente autossuficientes, controlando todo o transcurso da dinâmica produtiva, desde a matéria-prima até o produto terminado. Funcionavam rigidamente, segundo objetivos estabelecidos de modo descendente, sem muita maleabilidade para alterações.³¹⁴

Ricardo Antunes, ressaltando a predominância do fordismo durante o século XX, explica que:

[...] entendemos o fordismo *fundamentalmente* como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho consolidaram-se ao longo deste século, cujos elementos constitutivos básicos eram

³¹¹ ALVES, op. cit., p. 22-23.

³¹² SILVA, op. cit., p. 112.

³¹³ OLIVEIRA, Christiana, op. cit., p. 30.

³¹⁴ Ibidem, p. 31.

dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre *elaboração* e *execução* no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição / consolidação do *operário-mas-as*, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões. Menos do que um modelo de organização societal, que abrangeria igualmente esferas ampliadas da sociedade, compreendemos o fordismo como o processo de trabalho que, junto com o taylorismo, predominou na grande indústria capitalista ao longo deste século.³¹⁵

Esse modelo de produção, portanto, marcado pela distinção cartesiana entre o saber e o fazer, requeria um tipo de trabalhador identificado não pelos seus atributos intelectuais, mas sim por sua força física de trabalho. Conforme esclarece Christiana D’Arc Damasceno Oliveira, “[...] o *panorama em foco assegurava uma produção homogênea, padronizada, realizada por operários predominantemente semiqualeificados, em massa (operário-massa – mass worker), acarretando uma economia de escala, igualmente em massa*”.³¹⁶

Fica claro, portanto, que as obras de Taylor e Henry Ford objetivavam, a um só tempo, o aumento da produção e o aumento do consumo, afinal, era necessário que se criasse um contingente de consumidores em massa para corresponder à oferta de produtos gerada pela então produção em massa.

Para tanto, o referido modelo de produção alimentou os próprios trabalhadores de direitos e garantias, visando o aumento do potencial de consumo destes. Conforme explica Amauri Cesar Alves, “[...] Ford, pensando nisto, aumentou sensivelmente o salário de seus funcionários, passando-o para 5 (cinco) dólares por dia, diminuindo, também, a jornada de trabalho para 8 (oito) horas”.³¹⁷

Vivia o Direito do Trabalho, de acordo com as lições de Christiana D’Arc Damasceno Oliveira, os seus anos de glória, e o capitalismo a sua era de ouro:

³¹⁵ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 24-25.

³¹⁶ OLIVEIRA, Christiana, op. cit., p. 31.

³¹⁷ ALVES, op. cit., p. 24.

A ideia era que cada trabalhador se tornasse empregado, e cada obreiro se transformasse em consumidor, com a realimentação do processo, e o estímulo à demanda, a expor uma contradição entre autonomia e heteronomia no processo de trabalho taylorista-fordista. Concebia-se que à medida que o trabalhador fosse conquistando mais direitos, seja por meio da própria lei, seja mediante acordos e convenções coletivos, seria viável que ele pudesse comprar mais, o que gerou inclusive o fortalecimento do Direito do Trabalho clássico.³¹⁸

Fatores diversos, como já dito, repercutiram no mundo do trabalho. A reestruturação produtiva, portanto, coincide com o declínio ou insuficiência do modelo de produção até então dominante: taylorismo/fordismo.

A retração do consumo, as crises do petróleo dos anos 70 do século passado, o surgimento e o avanço do neoliberalismo, a globalização, a inauguração da Terceira Revolução Industrial, tudo isto criou um ambiente propício ao surgimento de um novo modelo de produção, dentro, agora, de um sistema de acumulação flexível.

Surge, então, uma nova filosofia de produção, de origem japonesa, denominada Toyotismo, também conhecida por Ohnismo em referência à Taiichi Ohno, responsável pela criação do sistema toyota de produção.³¹⁹

Esse sistema de produção, marcado pela acumulação flexível e pela externalização da produção, é acompanhado de fenômenos usualmente conhecidos do Direito do Trabalho, como terceirização, desemprego estrutural, flexibilização e desregulamentação.

O desenvolvimento da robótica e da microeletrônica e o incremento tecnológico permitem o desenvolvimento de máquinas mais sofisticadas, fomentando, assim, a exigência de técnicas gerenciais.

Busca-se, agora, menos recursos, menos mão de obra, visando mais uma vez o incremento de produção. O modelo de produção fordista do *just in case*,

³¹⁸ OLIVEIRA, Christiana, op. cit., p. 32.

³¹⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

caracterizado pelo acúmulo de mercadorias, cede lugar ao *just in time*, filosofia atrelada à produção na medida da procura (estoque zero).

Toda essa nova estrutura produtiva acaba, é claro, repercutindo no modelo de trabalhadores exigido pelo empregador. O trabalhador manual e alienado típico do modelo anterior passa por um processo de qualificação e polivalência.

Exige-se, a partir de então, do trabalhador, uma maior qualificação, um instinto criativo, uma identificação com a empresa, uma produtividade atrelada à menor incidência de erro. Conforme explica Christiana D'Arc Damasceno Oliveira, “[...] *diferentemente do modelo de Taylor e Ford, em que se separa o saber do fazer, dá-se aqui uma abordagem de equipe cooperativa*”.³²⁰

Completa ainda a referida autora destacando que:

Busca-se desenvolver no trabalhador um sentimento maior de envolvimento com o propósito da acumulação, uma ligação emocional com a empresa, bem assim práticas de busca de sua cooperação com os desígnios do capital e da produção, como parceiros do ideário patronal, ‘colaboradores’, seja em virtude dos altos postos exercidos, seja paradoxalmente diante das atividades menos qualificadas impulsionadas pelos empregados que temem perder o emprego.

O capitalista passa a estimular a verve cognitiva do trabalhador enquanto sujeito que despende força-trabalho, passando a apropriar-se também de sua intelectualidade (‘captura da subjetividade operária’).

[...]

Percebe-se um mecanismo de motivação/incitação do sistema salarial de promoção. A regra geral de pagamento por tempo à disposição passou a ser exceção e a antiga exceção de pagamento por unidade de obra ou tarefa foi transformada em regra, já que a remuneração tem sido cada vez mais ligada ao resultado útil do empregado.

Sendo os ganhos salariais ligados ao aumento da produção, o ritmo da labuta e a concentração são demasiadamente intensos. Cada trabalhador é fiscal de si mesmo. Internaliza-se o poder diretivo.³²¹

Fica evidente, então, o surgimento de novas espécies de trabalhadores, marcados por significativas alterações em sua essência: de empregados a

³²⁰ OLIVEIRA, Christiana, op. cit., p. 36.

³²¹ Ibidem, p. 36.

colaboradores; de separados do saber à cooperação e participação ativa nos projetos da empresa; de pagamento por tempo à disposição ao pagamento por produção; de subordinados a autônomos, já que fiscais de si mesmos. O capital, agora, apropria-se tanto do fazer quanto do saber:

O *estranhamento* próprio do toyotismo é aquele dado pelo ‘envolvimento cooptado’, que possibilita ao capital apropriar-se do *saber* e do *fazer* do trabalho. Este, na lógica da integração toyotista, deve *pensar* e *agir* para o capital, para a produtividade, sob a *aparência* da eliminação efetiva do fosso existente entre *elaboração* e *execução* no processo do trabalho. Aparência porque a concepção efetiva dos produtos, a decisão do *que* e de *como* produzir não pertence aos trabalhadores. O resultado do processo de trabalho corporificado no produto permanece *alheio* e *estranho* ao produtor, preservando, sob todos os aspectos, o *fetichismo* da mercadoria.³²²

Assim, a reestruturação produtiva acabou por alterar a aparência do empregado fordista que, sendo limitado ao fazer, acabava por sofrer uma fiscalização direta, intensa e marcante do seu tomador de serviços. Na essência, entretanto, tanto o trabalhador fordista quanto o trabalhador toyotista se assemelham, uma vez que o resultado do trabalho de ambos não os pertence.

A mudança, portanto, encontra-se na aparência do trabalhador, ou seja, na forma de execução dos serviços. O exercício efetivo do poder diretivo – fórmula encontrada por Taylor para eliminar os tempos ociosos – perde sua razão de ser. O novo trabalhador, nas precisas lições de Christiana D’Arc Damasceno Oliveira, “[...] *é fiscal de si mesmo. Internaliza-se o poder diretivo*”.³²³

Se, portanto, não há mais efetivo controle sobre os serviços prestados pelos trabalhadores, não há, a partir de uma visão clássica de subordinação jurídica, uma relação de emprego, mas sim relações civis de prestação de serviços autônomos.

³²² ANTUNES, op. cit., p. 40.

³²³ *Ibidem*, p. 36.

É bem verdade, e é de suma importância que fique claro, que não houve propriamente uma substituição do modelo de produção taylorista/fordista pelo modelo de produção toyotista.

O toyotismo, na prática, marcou o surgimento de um novo modelo de produção que passou a ser utilizado por diversas empresas, a partir dos ideais de acumulação flexível, externalização da produção, *just in time* e redução do quadro de empregados.

O sistema de produção fordista/taylorista, no entanto, não deixou de existir. Nesse sentido, oportuna é a lição trazida por Otávio Pinto e Silva:

O *fordismo-taylorismo* continua vivo, porque essas novas tecnologias não implicaram necessariamente o uso de novos conceitos de organização de trabalho: como lembra *Huw Beynon*, o exemplo do McDonald's é bastante significativo, pois baseia-se na concepção de administração científica da produção, oferecendo produtos homogêneos em grande escala e mediante rotinas padronizadas de trabalho.³²⁴

Portanto, fica evidente que o sistema de produção taylorista/fordista não deixou de existir. Pelo contrário, continua sendo utilizado em diversos setores da economia, como, por exemplo, no caso da McDonald's, conforme noticiado acima.

O toyotismo, portanto, marca o surgimento de um novo modelo de produção que passa a fazer parte do cenário econômico mundial. Todavia, não é pelo fato do taylorismo/fordismo continuar vivo que os efeitos causados pelo toyotismo não merecem atenção.

Se, agora, não há mais um modelo hegemônico de produção, consubstanciado no acúmulo de estoques, na concentração de mão de obra, e no controle efetivo e intenso da prestação de serviços dos trabalhadores, cabe ao Direito se adequar à heterogeneidade imposta pelos modelos de produção pós-fordistas.

³²⁴ SILVA, Otávio, op. cit., p. 113-114.

Assim, a subordinação jurídica clássica continua sendo suficiente para identificar os trabalhadores que se mantêm organizados dentro da teoria da administração científica, afinal são trabalhadores sujeitos a controle de horários, que são remunerados por unidade de tempo, se utilizam dos instrumentos de trabalho do tomador dos serviços, prestam seus serviços nas dependências das empresas, utilizam fardamento, enfim, ficam sujeitos, constantemente, ao poder de direção do empregador.

Todavia, quanto aos novos trabalhadores, identificados no sistema de produção toyotista, há, conforme já noticiado, uma internalização do poder diretivo. Não requer mais o empregador do trabalhador a submissão às suas ordens, mas sim que este se torne um colaborador da empresa, caminhando junto com esta, fiscalizando e organizando sua prestação de serviços de acordo com uma dada estrutura empresarial.

Para esses novos trabalhadores, então, a subordinação jurídica, pensada classicamente, os afasta da tutela trabalhista. Não há, de fato, nesses casos, um exercício efetivo e constante do poder diretivo por parte do empregador. Este, ao contrário, confere ao trabalhador uma liberdade mais ampla na forma de prestação dos serviços.

A crise da subordinação jurídica clássica, portanto, revela-se na insuficiência deste requisito em identificar trabalhadores verdadeiramente empregados, já que trabalham por conta alheia com onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade, única e exclusivamente pelo fato de que, no caso deles, a subordinação não se encontra baseada no exercício efetivo e intenso do poder diretivo do empregador.

4.3.3. Os efeitos da crise

A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego gera, como efeito principal, a ausência de proteção, por parte do Direito do Trabalho, de trabalhadores que, igualmente hipossuficientes ao empregado fordista, já que dotados somente da força de trabalho, não são

enquadrados no conceito de empregados em razão da não identificação do controle efetivo e intenso do poder diretivo do tomador de serviços.

Nesse sentido, esclarece Murilo Oliveira que:

A crise da subordinação jurídica se reveste principalmente das inúmeras formas novas de contratação – também chamadas de formas atípicas de trabalho – e, por consequência, no estabelecimento de novos vínculos de prestação de trabalho sem a clássica noção de heterodireção. Situa-se no contexto da crise da modernidade e da decadência do fordismo-taylorismo (demarcados por processos de homogeneização das relações de trabalho) em face da ascensão das relações heterogêneas de trabalho.³²⁵

Analizando, igualmente, a crise da subordinação jurídica clássica, Flávia Pessoa destaca que:

[...] Porém, é necessário ressaltar que a subordinação clássica vem se mostrando cada vez mais ausente nos novos tipos de relação de trabalho. A análise da subordinação nas relações de trabalho pode seguir, assim, dois caminhos: o primeiro tendendo ao seu desaparecimento e o segundo levando a um sensível alargamento de seus conceitos.

Uma das críticas lançadas à atual realidade do direito do trabalho baseia-se no fato de que empregados recebem, por estarem subordinados ao empregador, ampla proteção legal, enquanto outros trabalhadores, igualmente necessitados e hipossuficientes, nada recebem de tutela justralhista, em razão da ausência de subordinação jurídica.³²⁶

Portanto, o principal efeito da crise da subordinação jurídica é justamente o fato de que este requisito, pensando classicamente, acaba por fazer com que o Direito do Trabalho proteja os trabalhadores que estão sujeitos a um controle intenso e efetivo por parte do tomador de serviços, e ignore trabalhadores, igualmente hipossuficientes, em razão de uma suposta autonomia na prestação dos serviços.

Tem-se, pois, diante do surgimento de novas formas de prestação de serviços, uma insuficiência do critério da subordinação jurídica clássica para distinção dos

³²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 80.

³²⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2009, p. 58-59.

trabalhadores autônomos (donos do próprio negócio) dos trabalhadores empregados (trabalhadores que trabalham por conta alheia).

Ora, se no âmbito do modelo taylorista/fordista de produção era fácil identificar o trabalhador empregado, uma vez que as empresas, detentoras dos fatores de produção, optavam por exercer um controle direto e intenso sobre os trabalhadores, tal realidade não se aplica ao modelo de produção toyotista.

Nesse último, como as empresas não exercem direta e intensamente o poder diretivo, que acaba sendo internalizado pelo trabalhador, não se consegue mais, através do critério da subordinação jurídica clássica, identificar precisamente que é empregado e quem não é.

Assim, como ao Direito do Trabalho cabe, precipuamente, a proteção dos hipossuficientes, ou seja, dos trabalhadores que não gozam da titularidade dos fatores de produção, a subordinação jurídica, classicamente pensada, deve passar por um processo de ampliação com vistas a incluir na tutela do Direito do Trabalho esses novos trabalhadores, igualmente hipossuficientes aos empregados fordistas.

5 O PROCESSO DE AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

5.1 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA *VERSUS* AMPLIAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

Diante da insuficiência do critério da subordinação jurídica clássica para proteção dos novos trabalhadores hipossuficientes, o Direito do Trabalho se coloca diante de uma situação singular: o que fazer para efetivar a proteção de trabalhadores que, à luz do conceito clássico de subordinação, não são enquadrados como empregados e, portanto, ficam alheios à tutela jurídica trabalhista?

Dois caminhos podem ser seguidos para se alcançar o objetivo pretendido de tutelar juridicamente esses novos trabalhadores, igualmente hipossuficientes. De um lado, pode-se ampliar o objeto do Direito do Trabalho, de outro se pode manter o objeto do Direito do Trabalho e ampliar ou rever o conceito da subordinação jurídica.

Arion Sayão Romita, fazendo um estudo particular do critério da subordinação jurídica, noticia que a questão das fronteiras do Direito do Trabalho, em relação às pessoas por ele abrangidas, sempre foi objeto de discussão. Já naquela época (1979), o referido autor citava a existência de duas tendências antagônicas.

Acerca da primeira tendência, que buscava ampliar o objeto do Direito do Trabalho, esclareceu o autor que:

Há uma tendência acentuada no sentido de alargar o domínio de aplicação das normas protecionistas do trabalho para abranger pessoas economicamente hipossuficientes, pois é desejável ampliar cada vez mais a área de atuação de medidas que resguardam a saúde, a segurança, a moralidade e promovem a melhoria da condição social dos trabalhadores. Por outro lado, como observa Paul Durand, a essa idéia se acrescentou, em época recente, a influência da economia dirigida sobre o Direito do Trabalho. Na medida em que o trabalho é encarado como fator da produção, todas as formas de atividade podem ser por ele

regulamentadas. Sobre essa concepção exerceu também inegável influência o desenvolvimento da segurança (ou previdência) social. Daí a considerar-se o Direito do Trabalho como o *direito da atividade profissional*, como quer Paul Durand, foi um passo.³²⁷

Já com relação à segunda tendência, concebida como mais restritiva, explica o autor que:

Outras correntes, mais restritivas, reagem contra as tentativas de fazer o Direito do Trabalho saltar a moldura jurídica do contrato de trabalho para estender-se aos trabalhadores independentes. Para Krotoschin, o trabalho autônomo e o trabalho dependente são econômica e sociologicamente muito diferentes e, em consequência, devem sê-lo também juridicamente. A atividade profissional do industrial, do artesão, do comerciante, do médico, do advogado, do artista, etc., mesmo quando realizada em proveito alheio, é tão diferente da atividade do trabalhador dependente que deve ser também tratada de modo diferente, do ponto de vista jurídico. Sobretudo, a evolução histórica e sociológica que deu origem ao Direito do trabalho moderno, com fins de proteção ao trabalhador dependente, mostra-nos as peculiaridades desse direito, que não podem ser transmitidas ao trabalhador autônomo. Entre nós, Orlando Gomes rejeita energicamente a extensão das normas de Direito do Trabalho a pessoas que não podem ter o gênero proteção peculiar da lei trabalhista. Segundo ele, 'o Direito do Trabalho deve ser unicamente um conjunto de regras concernentes ao trabalho subordinado, um dos mais importantes fenômenos da organização econômica e social dos nossos dias. Ao seu âmbito normativo são realmente estranhas todas as formas jurídicas de trabalho humano, nas quais este não se realiza sob a direção de quem o remunera. Pode-se levar a depuração até ao extremo de excluir da sua estrutura os trabalhadores dependentes que não exercem sua atividade a serviço de uma empresa'.³²⁸

Nos dias atuais, como se pode ver, o debate acerca das fronteiras do Direito do Trabalho continua vivo. Surgem, mais uma vez, correntes que promulgam a ampliação do objeto do Direito do Trabalho e, em sentido oposto, correntes que buscam manter a relação de emprego como objeto exclusivo do Direito do Trabalho, isto a partir de uma revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica.

³²⁷ ROMITA, op. cit., p. 67.

³²⁸ Ibidem, p. 68-69.

No primeiro caso, mantém-se o conceito de empregado como aquele trabalhador que presta serviços pessoalmente, com onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica, sendo esta vista sob a ótica clássica de submissão ao poder diretivo do empregador, e amplia-se o objeto do Direito do Trabalho, que passa a ser o ramo da ciência jurídica que regula e protege as relações de trabalho em geral, incluindo-se aí o trabalhador subordinado, o autônomo, o trabalhador eventual e todas as modalidades atípicas de prestação de serviços.

Seria, portanto, como já pronunciava José Martins Catharino no final do século XX, uma proposta de “[...] *mais e melhor proteção na razão direta do grau de subordinação.*”³²⁹

Seguindo essa linha de pensamento, Christiana D’Arc Damasceno Oliveira destaca “[...] *a necessidade de visão social inclusiva e prospectiva no sentido de conferir proteção ao labor da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador independentemente de ele ser empregado ou não [...]*”³³⁰.

No mesmo sentido, Antônio Álvares da Silva afirma que:

O moderno Direito do Trabalho já não é mais o mesmo do passado. Não pode restringir-se mais apenas ao trabalho subordinado. Outras categorias de trabalho e de trabalhadores surgiram. Se quer fazer jus ao nome e tornar-se uma ciência que abriga de fato todo o trabalho humano realizado pessoalmente, tem que ampliar suas bases e reformular seus objetivos. Não deve rejeitar as novas realidades, mas acolhê-las, dando-lhes tratamento jurídico apropriado.³³¹

Flávia Guimarães Pessoa, ao propor, em obra específica sobre o tema, a regulamentação e proteção, no Brasil, do trabalho autônomo economicamente dependente – tema que ainda será objeto de abordagem específica no presente trabalho –, assevera que:

³²⁹ CATHARINO, op. cit., p. 211.

³³⁰ OLIVEIRA, Christiana, op. cit., p. 381.

³³¹ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 43.

Conforme já visto, várias são as soluções apontadas pelos estudiosos do direito do trabalho, as quais têm como base linhas ideológicas diversas. Por um lado, evidenciam-se todas as tentativas de desregulamentação e flexibilização da legislação trabalhista. Por outro lado, surge a ideia no sentido de estabelecer um patamar mínimo de proteção, abrangendo não apenas os empregados, mas também uma categoria intermediária de trabalhadores. É nessa última linha que se orienta o presente trabalho, na medida em que procura fixar os direitos fundamentais trabalhistas que seriam aplicados não apenas aos empregados tradicionais, mas também aos trabalhadores que, embora não se caracterizem como subordinados juridicamente dentro do conceito clássico do direito do trabalho, possuem dependência do tomador de mão de obra capaz de ensejar a necessidade de proteção.³³²

Rodrigo de Lacerda Carelli, por sua vez, propõe o “*direito do trabalho sem adjetivos*”, o que faria com que o objeto do Direito do Trabalho fosse o trabalho sem adjetivos, sem a adjetivação do termo subordinado. Assim, o referido autor propõe a outorga de um patamar mínimo de direitos a trabalhadores cooperados, autônomos, estagiários, dentre outros, que, assim, passariam a gozar de proteção das normas relativas à segurança do trabalho, repouso semanal remunerado, limitação de jornada, dentre outros direitos.³³³

A proposta em questão encontra-se prevista, igualmente, no Relatório Supiot, estudo coordenado por Alain Supiot, a pedido da Comissão Européia, sobre o futuro do trabalho na Europa. O referido relatório propõe a criação de um Direito Comum do Trabalho, que serviria a todos os tipos de atividade profissional, subordinadas ou não.³³⁴

Por fim, Murilo Oliveira, conclui sua obra afirmando que um dos caminhos de saída da crise do Direito do Trabalho é a proteção ao trabalho de uma maneira geral, incluindo-se nesse conceito toda e qualquer espécie de trabalhador, empregado (subordinado) ou não.³³⁵ Afirma o referido autor que:

Um Direito do Trabalho novo, além da proteção aos trabalhadores subordinados – empregados, trará novas tutelas. Frise-se que, com o fundamento na dignidade humana e no princípio da

³³² PESSOA, op. cit., p. 66.

³³³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 132.

³³⁴ PORTO, op. cit., p. 214.

³³⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 190.

proteção, os sujeitos do Direito Laboral serão, além dos empregados, os parassubordinados e os autônomos (dependentes), observando-se a criação de tutelas específicas e proporcionais à dependência, assegurando a todos um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna.³³⁶

Portanto, o primeiro dos caminhos que pode ser escolhido para efetivar a proteção de trabalhadores que, em que pese não se enquadrem no conceito clássico de subordinação jurídica, carecem de proteção justralhista em face da hipossuficiência que os qualifica, acaba por manter na figura do empregado subordinado classicamente o objeto de proteção integral das normas trabalhistas, mas amplia o objeto do Direito do Trabalho que passa a tutelar o trabalho em geral, seja ele subordinado, autônomo economicamente dependente, eventual, parassubordinado etc. Essa proteção, no entanto, seria proporcional à hipossuficiência do trabalhador.

Podem ser citados como exemplos práticos dessa opção teórica a tutela legislativa, na Itália, do trabalhador parassubordinado – tema que será ainda abordado em momento específico –, e a tutela legislativa, na Espanha, do trabalhador autônomo, notadamente o trabalhador autônomo economicamente dependente, assunto que será retomado ainda ao longo desse trabalho.

O segundo caminho, entretanto, mantém o objeto do Direito do Trabalho restrito à relação de emprego, ou seja, fixa no trabalho subordinado o alvo da proteção através das normas e garantias trabalhistas.

Assim, a ampliação da proteção, se seguido o segundo caminho, decorre não da ampliação do objeto do Direito do Trabalho, mas sim é fruto de uma revisão ou ampliação do requisito da subordinação jurídica.

Para tanto, supera-se o conceito clássico de subordinação jurídica que identifica esta tão somente nos casos em que o tomador dos serviços exerce, de maneira constante e intensa, o seu poder diretivo.

³³⁶ Ibidem, p. 181.

O grande mérito deste segundo caminho é que ele consegue conferir uma proteção justralhista integral aos novos trabalhadores (parassubordinados e autônomos economicamente, por exemplo) que passam a ser qualificados como empregados, ou seja, como trabalhadores subordinados.

Essa opção teórica encontra-se presente, na doutrina brasileira, por exemplo, nos conceitos de subordinação jurídica conferidos por Arion Sayão Romita (subordinação objetiva), Maurício Godinho Delgado (subordinação estrutural), Lorena Vasconcelos Porto (subordinação integrativa) e no conceito dos autores Marcos Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Resende Chaves Júnior (subordinação reticular), temas estes que serão objeto de análise em separado ao longo deste capítulo.

Antes de adentrar, no entanto, na essência dos exemplos teóricos que seguem o segundo caminho (revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica), faz-se necessário analisar as experiências legislativas italiana (parassubordinado) e espanhola (autônomo economicamente dependente), que ilustram o caminho da ampliação do objeto do Direito do Trabalho.

5.2 A EXPERIÊNCIA ITALIANA: DO TRABALHO PARASSUBORDINADO AO CONTRATO A PROJETO

O trabalho parassubordinado, da forma como foi pensado e regulamentado pela legislação italiana, revela o processo anteriormente citado de ampliação do objeto do Direito do Trabalho.

Optou-se, na Itália, por reconhecer a existência de uma nova espécie de trabalhador – o trabalhador parassubordinado – para o qual se outorgou alguns direitos trabalhistas e previdenciários, conforme será detalhadamente tratado nas linhas seguintes.

5.2.1 As causas

O processo de reestruturação produtiva, marcado pelo surgimento da empresa pós-fordista, implicou, como já analisado durante o presente trabalho, a externalização da produção, com o conseqüente aparecimento de novas formas de prestação de serviços.

A dicotomia entre trabalhador autônomo e trabalhador subordinado, suficiente e segura durante os anos de glória da empresa fordista, passou a sucumbir diante do surgimento das novas formas de trabalho desencadeadas a partir do processo de reestruturação produtiva, fenômeno intrinsecamente ligado à Terceira Revolução Industrial ou Revolução Tecnológica.

Conforme as lições de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, a insuficiência da dicotomia entre trabalhador autônomo e trabalhador subordinado passou a ser detectada, na Itália, a partir dos anos 50 do século XX. Segundo o referido autor, tal insuficiência resultava de dois fatores, quais sejam: o surgimento de novas formas de trabalho que não eram passíveis de enquadramento nem como trabalho autônomo nem tampouco como trabalho subordinado e o fato de existirem trabalhadores subordinados aos quais a legislação conferia uma superproteção ao lado de trabalhadores, dito autônomos, que não usufruíam de garantias trabalhistas, em que pese necessitarem.³³⁷

Desta maneira, a doutrina italiana passou a identificar a existência de relações jurídicas de trabalho que possuíam semelhanças com o trabalho subordinado, mas com ele não se confundiam, e que iam além do conceito tradicional de trabalho autônomo.³³⁸

Surgia, então, na doutrina italiana, o conceito de trabalhador parassubordinado, espécie de trabalhador que, a um só tempo, atendia qualidades do trabalhador

³³⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Da “Velha” Parassubordinação Ao Novo Contrato De Trabalho A Projeto*. In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 32, p. 343-348, abril-junho, 2006, pg. 344.

³³⁸ SILVA, Otávio, op. cit., p. 103.

subordinado e do trabalhador autônomo, ficando, portanto, entre as duas figuras antagônicas referidas.

5.2.2 A tutela legislativa italiana do instituto

A primeira menção do trabalho parassubordinado, na Itália, se deu através da Lei n. 741, de 14 de julho de 1959, que previu, em seus artigos 1º e 2º, que competiria ao governo italiano estabelecer normas jurídicas com força de lei aptas a garantir a tutela mínima das relações de colaboração que se concretizassem em prestações de obra continuativa e coordenada.³³⁹

Surge, então, na Itália, no ano de 1959, os componentes da expressão colaboração continuativa coordenada (*co.co.co*), que mais tarde viria a se tornar o símbolo definidor da relação de trabalho parassubordinado.

A consolidação da relação de trabalho parassubordinado, todavia, se deu somente com a alteração do Código de Processo Civil Italiano trazida pela Lei n. 533 de 11.08.1973, que, dando nova redação ao art. 409 do referido diploma legal, inseriu o item 3 para incluir na competência da Justiça do Trabalho italiana as lides decorrentes das *“rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”*.³⁴⁰

Como se vê, diante da existência de trabalhadores que não se enquadravam nem na figura do trabalho autônomo nem na figura do trabalho subordinado, o legislador italiano passou a buscar proteger, mesmo que inicialmente somente na seara processual, essa nova espécie de trabalhador. A razão para tanto,

³³⁹ BULGUERONI, Renata Orsi. **Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela.** In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho: A experiência italiana.* São Paulo: LTr, 2010, p. 123.

³⁴⁰ “relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem numa prestação de serviços continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que não em caráter subordinado” – tradução livre do autor.

conforme aponta Amauri Cesar Alves, não foi outra senão a necessidade de proteção ao contratante mais fraco nessa nova relação de trabalho.³⁴¹

Portanto, a razão da extensão do processo do trabalho a estas espécies de trabalhadores “[...] foi garantir uma tutela processual mais célere e incisiva a todos os trabalhadores, subordinados ou autônomos, cuja renda depende, com uma certa estabilidade, de uma determinada relação profissional”.³⁴²

5.2.3 O conceito, os requisitos e as espécies de trabalhador parassubordinado

Ao promover a alteração do Código de Processo Civil italiano e estender o processo do trabalho às relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem numa prestação de serviços continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que não em caráter subordinado, a Lei n. 533 de 11.08.1973 acabou por trazer os elementos do trabalho parassubordinado, quais sejam: coordenação, continuidade e prestação prevalentemente pessoal.

No que tange ao requisito da continuidade, este se presta a qualificar o trabalhador parassubordinado como aquele que presta um serviço que, em que pese autônomo, se mantém durante um determinado período de tempo prolongado, ou seja, não se esgota em uma só prestação.

Desta forma, a distinção entre o trabalhador parassubordinado e o trabalhador autônomo, nesse ponto, residiria no fato de que enquanto este presta um serviço de natureza instantânea, ou seja, que se extingue com o cumprimento de apenas um resultado, aquele persegue a consecução de resultados que não se restringem à realização de apenas uma atividade.³⁴³

³⁴¹ ALVES, op. cit., p. 87.

³⁴² PORTO, op. cit., p. 119.

³⁴³ AMANTHÉA, Dennis Veloso. **A Evolução da Teoria da Parassubordinação**. O Trabalho a Projeto. São Paulo: LTr, 2008, p. 48.

Dentro dessa linha de raciocínio, conforme destaca Otávio Pinto e Silva, “[...] o critério da continuidade é incompatível com a efetivação de uma única obra, ainda que para sua execução se faça necessário um tempo não breve”.³⁴⁴ Completa o autor afirmando que “[...] a continuidade deve estar vinculada a uma série de resultados que as partes pretendem atingir [...]”.³⁴⁵

Trata-se, portanto, de um requisito que busca retirar do conceito de trabalhador parassubordinado o trabalhador esporádico, ocasional, trabalhador este também excluído do conceito de empregado, leia-se trabalhador subordinado. Assim, o requisito em questão não é novidade.

O segundo requisito exige que o trabalho parassubordinado seja prestado de forma prevalentemente pessoal. Disto resulta o fato de que o trabalhador parassubordinado, em que pese possa contar com o auxílio de terceiros, deve atrair para si “[...] a principal carga de atividades [...]”, devendo o trabalho dos auxiliares ser apenas complementar.³⁴⁶

De acordo com Otávio Pinto e Silva, disso resulta “[...] que o prestador dos serviços atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades voltadas ao atendimento das necessidades do tomador”.³⁴⁷

No que tange ao requisito da pessoalidade, entretanto, cumpre destacar que a sua relativização já havia sido introduzida pelo legislador italiano no âmbito do próprio contrato de emprego, notadamente com relação ao trabalho em domicílio.

Conforme destaca Lorena Vasconcelos Porto, a Lei n. 877/73, em seu art. 1º, previu a possibilidade do trabalhador em domicílio receber ajuda acessória de membros da família, não sendo, portanto, um requisito que efetivamente distinga o trabalhador subordinado do trabalhador parassubordinado.³⁴⁸

³⁴⁴ SILVA, Otávio, op. cit., p. 104.

³⁴⁵ Ibidem, p. 104.

³⁴⁶ Ibidem, p. 105.

³⁴⁷ Ibidem, p. 105.

³⁴⁸ PORTO, op.cit., p. 121.

O último dos requisitos, sem dúvida, é o que desperta maiores debates: o que seria um trabalho coordenado? Segundo Otávio Pinto e Silva, a coordenação “[...] surge com o sentido de ‘ordenar juntos’: significa que ambas as partes possuem medidas a propor para alcançar o objetivo comum”.³⁴⁹

Assim, o trabalhador parassubordinado não colabora *na* empresa, como ocorre com o trabalhador subordinado previsto no art. 2.094 do Código Civil italiano³⁵⁰, mas sim colabora *para* a empresa, havendo, portanto, uma união de interesses,³⁵¹ fazendo com que o contratante organize o trabalho do contratado, sem que isso configure subordinação.³⁵²

Se, no trabalho subordinado, a colaboração é estrutural, no trabalho parassubordinado, a colaboração se faz funcional, ou seja, a colaboração do prestador de serviços concorre para a realização dos objetivos do contratante, sendo marcada, portanto, pela inserção da atividade do contratado na estrutura empresarial do contratante. Sobre o tema, destaca Amauri Cesar Alves que:

A *coordenação* da prestação é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja, neste contexto, subordinação no sentido clássico e já analisado do termo. É a atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. É, ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante, sendo que aquele se insere no contexto laborativo deste – no estabelecimento ou na dinâmica empresarial – sem ser empregado, mas inserido em tal contexto de forma harmônica. Pode significar, ainda, que na coordenação há, em diversos casos, a organização conjunta da prestação laborativa entre contratante e contratado, cabendo exclusivamente àquele, entretanto, a responsabilidade sobre o empreendimento.³⁵³

Como se vê, a coordenação – pedra de toque na distinção entre o trabalhador subordinado e o trabalhador parassubordinado –, revela uma conexão entre a

³⁴⁹ SILVA, Otávio, op. cit., p. 106.

³⁵⁰ “Art. 2.094. Prestador de trabalho subordinado. – É prestador de trabalho subordinado quem se obriga mediante retribuição a colaborar na empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual na dependência e sob a direção do empresário”. (PORTO, op. cit., p. 118).

³⁵¹ BULGUERONI, op. cit., p. 126.

³⁵² AMANTHÉA, op. cit., p. 44.

³⁵³ ALVES, op. cit., p. 89.

atividade prestada pelo contratado e a estrutura empresarial do contratante, fazendo com que o prestador de serviços se insira na dinâmica empresarial de modo a alcançar um objetivo comum.

O trabalho parassubordinado, então, não admite o exercício direto do poder diretivo do contratante, ou seja, que o contratado execute seus serviços “[...] mediante ordens e controles penetrantes [...]”³⁵⁴ do contratante.

Segundo Lorena Vasconcelos Porto, a jurisprudência italiana oferece, como exemplos de trabalhadores parassubordinados, os profissionais intelectuais (médicos, jornalistas, advogados etc.), os *moto-boys*, os telefonistas e operadores de *telemarketing*, os consultores empresariais, os administradores de condomínio, os gestores de postos de gasolina, os animadores de centros turísticos, dentre outros que não se sujeitam de forma intensa ao poder diretivo do tomador dos serviços.³⁵⁵

Definidos o conceito e os requisitos dessa nova relação de trabalho, verifica-se que, na Itália, inserem-se nesse conceito as relações de agência e de representação comercial, bem como todas as demais relações de colaboração que se concretizem numa prestação de serviços continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que não em caráter subordinado.

5.2.4 Dos direitos conferidos ao trabalhador parassubordinado

A análise até então restrita à relação de trabalho parassubordinado demonstra que, inicialmente, destinou-se ao trabalhador parassubordinado somente uma tutela processual, nos termos da Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973, que incluiu as controvérsias decorrentes das relações de trabalho parassubordinado na competência do processo do trabalho italiano, garantindo, assim, uma justiça especializada e mais célere.

³⁵⁴ PORTO, op. cit., p. 121.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 122.

Todavia, com a consolidação do instituto, o Direito Italiano passou a questionar qual tipo de tutela substancial deveria ser destinada ao trabalhador parassubordinado: a autonomia característica destes trabalhadores ensejaria a aplicação das regras previstas pelos arts. 2.222³⁵⁶ e seguintes do Código Civil italiano ou a dependência também característica dos referidos trabalhadores os atrairia para o conceito de trabalhador subordinado, ensejando a aplicação dos artigos 2.094³⁵⁷ e seguintes do Código Civil italiano?³⁵⁸

O processo de tutela jurídica dos trabalhadores parassubordinados poderia assumir dois caminhos: o primeiro caminho seria, utilizando-se da técnica da assimilação, equiparar o trabalhador parassubordinado ao trabalhador subordinado no que tange aos direitos trabalhistas (destinados); o segundo caminho, escolhido pela legislação italiana, seria utilizar-se da técnica da extensão seletiva, conferindo aos trabalhadores parassubordinados somente alguns direitos previstos para os trabalhadores subordinados.³⁵⁹

Assim, após conferir ao trabalhador parassubordinado a tutela das normas processuais, o que ocorreu por intermédio da Lei n. 533/73, o legislador italiano, através da mesma Lei, garantiu aos referidos trabalhadores a proteção prevista no artigo 2.113 do Código Civil italiano que protege os empregados invalidando as renúncias e transações que tenham por objeto direitos decorrentes das relações de trabalho, salvo em sede de conciliação judicial.³⁶⁰

Estendeu-se ao trabalhador parassubordinado, igualmente, a aplicação da taxa legal de juros e correção monetária no caso de condenação judicial ao pagamento de crédito trabalhista.³⁶¹

³⁵⁶ “Art. 2.222. Contrato de obra. Quando uma pessoa se obriga a cumprir em troca de uma retribuição uma obra ou um serviço, com trabalho prevalentemente próprio e sem vínculo de subordinação em relação ao tomador, aplicam-se as normas deste subtítulo, salvo se a relação tenha uma disciplina particular no Livro IV”. (PORTO, op. cit., p. 118).

³⁵⁷ “Art. 2.094. Prestador de trabalho subordinado. – É prestador de trabalho subordinado quem se obriga mediante retribuição a colaborar na empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual na dependência e sob a direção do empresário”. (Ibidem, p. 118).

³⁵⁸ BULGUERONI, op. cit., p. 129.

³⁵⁹ Ibidem, p. 130.

³⁶⁰ Ibidem, p. 130.

³⁶¹ PORTO, op. cit., p. 119.

Na seara tributária, o legislador italiano instituiu uma tutela diferenciada para os trabalhadores parassubordinados (*co.co.co*), desonerando tais contratos através da Lei n. 342/00 e dos decretos presidenciais n. 597/73 e n. 917/86.³⁶²

Já no campo previdenciário, o legislador italiano editou diversas normas sobre o tema aplicáveis às relações de *co.co.co*. A Lei n. 335/95 estabeleceu o regime previdenciário obrigatório para os trabalhadores parassubordinados, estendendo, assim, a tutela previdenciária aos referidos trabalhadores. As Leis n. 449/97 e n. 144/99, por sua vez, garantiram, respectivamente, o auxílio-maternidade e a cobertura contra acidentes de trabalho.³⁶³

Os direitos garantidos aos trabalhadores parassubordinados, como visto, ficavam restritos aos campos processual, fiscal e previdenciário, não havendo tutela trabalhista substancial por parte do legislador italiano.

Essa realidade, conforme adverte Renata Orsi Bulgueroni, transportou para o Judiciário o processo de extensão seletiva iniciado pelo Legislativo. Assim, aponta a referida autora que muitos julgados acabaram conferindo, por exemplo, aos trabalhadores parassubordinados o direito de greve e ao tomador dos serviços a responsabilidade pela segurança do trabalho.³⁶⁴

Todavia, em razão da inexistência de previsão legal de tais direitos e garantias materiais, situações análogas envolvendo relações de trabalho *co.co.co* passaram a ser decididas de formas distintas, o que levou o Senado italiano, em fevereiro de 1999, a aprovar o Projeto de Lei *Smuraglia* (n. 5651) que garantia aos trabalhadores parassubordinados “[...] *um patamar mínimo de direitos trabalhistas, que poderia ser complementado por meio de negociação coletiva*”.³⁶⁵

Vale ressaltar que um dos motivos que também levaram à elaboração e tramitação de tal Projeto de Lei foi o fato de que, àquela época, já havia, na Itália,

³⁶² BULGUERONI, op. cit., p. 131.

³⁶³ Ibidem, p. 131.

³⁶⁴ Ibidem, p. 132.

³⁶⁵ Ibidem, p. 132.

cerca de dois milhões de trabalhadores parassubordinados, que trabalhavam sem uma disciplina legal definida.³⁶⁶

Propunha o referido Projeto de Lei, conforme breve lição de Luiz de Pinho Pedreira da Silva:

[...] mandar aplicar às relações de colaboração, de caráter não ocasional, coordenadas com a atividade do comitente, desenvolvidas sem vínculo de subordinação, de modo pessoal, sem o emprego de meios organizados e em troca de retribuição, entre outras normas, aquelas do Estatuto dos Trabalhadores (Lei 300, de 20.05.1970) sobre liberdade de opinião, sobre proibição de averiguações da saúde do trabalhador pelo comitente e não por órgãos públicos, sobre a proibição de indagações a respeito das opiniões políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador, salvo se relevantes para a avaliação da sua aptidão profissional, sobre direitos de associação e de atividade sindical e sobre atos discriminatórios, assim como os preceitos relativos à matéria de segurança e higiene do trabalho contidos na legislação, enquanto compatíveis com as modalidades da prestação do trabalho. Não pode ser imposto nem previsto tipo algum de horário de trabalho, salvo os casos em que a especificidade da prestação exija a indicação de uma determinada faixa horária. Os contratos ou acordos coletivos nacionais celebrados pelas organizações sindicais mais representativas no plano nacional poderão prever a extensão, no todo ou em parte, das disposições da lei também às relações de duração mínima inferior a três meses, que é a duração mínima do contrato exceto quando se trate de relação destinada, por sua particular natureza, à conclusão em um período de tempo inferior. O trabalhador terá direitos de informação pelo empresário e de formação profissional. Os contratos deverão ser estipulados de forma escrita. Na hipótese de cessação da relação os contratos ou acordos coletivos nacionais poderão prever o direito do trabalhador a uma indenização de fim de relação. Gozarão ainda os trabalhadores compreendidos no projeto de lei de direitos previdenciários. As controvérsias relativas aos contratos de que trata o mesmo projeto entram na competência funcional do pretor do trabalho. [...].

Ocorre que, enquanto o Projeto de Lei *Smuraglia*³⁶⁷ ainda tramitava na Câmara italiana, instaurou-se, na Itália, a Reforma Biagi³⁶⁸, representada pela Lei n.

³⁶⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação.** In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 27, p. 173-181, julho-setembro, 2001, p. 178-179.

³⁶⁷ Projeto de Lei que recebeu esse nome em virtude do fato de ter sido elaborado pelos Senadores e Mestres em Direito Smuraglia e Michele de Lucca. (Ibidem, p. 178).

30/2003 e pelo decreto-legislativo n. 276/2003, que, buscando tornar mais flexíveis as relações laborais, instituiu o contrato a projeto, instituto que veio a substituir, quase que em sua totalidade, o trabalho parassubordinado, motivo pelo qual o Projeto de Lei *Smuraglia* não chegou a ser convertido em lei.³⁶⁹

5.2.5 A reforma Biagi e o contrato a projeto

A reforma Biagi inaugura um novo momento da tutela do trabalho parassubordinado, quando se passa a exigir, salvo exceções previstas em lei, um novo requisito para a configuração da relação de trabalho parassubordinado.

Sua origem, as causas, o conceito e os elementos desse novo requisito serão analisados nas linhas seguintes, de modo a buscar uma compreensão da evolução histórica do trabalho parassubordinado na Itália.

5.2.5.1 A origem e as causas do contrato a projeto

A relação de trabalho *co.co.co* foi pensada e tratada, na Itália, como uma relação jurídica trabalhista nova, um *tertium genus* localizado em uma zona cinzenta entre a autonomia e a subordinação.

Ressalta sobre o tema, todavia, Renata Orsi Bulgueroni, que, atualmente, a doutrina italiana é praticamente unânime em tratar o trabalho parassubordinado não como uma nova espécie de relação de trabalho, mas sim como uma espécie do gênero trabalho autônomo.³⁷⁰

Seja como for, o fato é que, na própria Itália, após a tutela legislativa iniciada pela Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973 e todo o desenvolvimento e fomento do instituto da relação de trabalho parassubordinado, passou-se a se verificar que, em razão dos baixos custos para o tomador dos serviços, as referidas

³⁶⁸ “[...] assim designada em homenagem ao jovem professor Marco Biagi, seu autor e mártir, em razão dela assassinado quando retornava à sua casa após um dia de exaustivo trabalho”. (SILVA, op. cit., p. 344).

³⁶⁹ BULGUERONI, op. cit., p. 133.

³⁷⁰ Ibidem, p. 125.

colaborações continuativas, coordenadas e prevalentemente pessoais passaram a ser utilizadas com o objetivo de mascarar verdadeiras relações de trabalho subordinadas.³⁷¹

Assim, relações de trabalho que, no Direito Italiano, eram tuteladas pelos artigos 2.094 e seguintes do Código Civil, passaram, de maneira desenfreada, a ser transmudadas em relações de trabalho *co.co.co.* Desta forma, trabalhadores verdadeiramente subordinados, passaram a assumir a forma de trabalhadores coordenados, destinatários, portanto, de um conjunto normativo trabalhista irrisório, limitado àquelas garantias processuais, fiscais e tributárias outorgadas pela legislação italiana.

Essa realidade fez com que, na Itália, se criasse um novo requisito para a configuração da relação de trabalho parassubordinada, qual seja: a existência de um projeto, programa ou fase deste.

Nascia, portanto, na Itália, o contrato a projeto, idealizado com os objetivos de impedir a utilização fraudulenta das relações de trabalho parassubordinado e, ao mesmo tempo, garantir uma tutela mínima em favor dos trabalhadores que mantinham as características necessárias à configuração da referida relação.³⁷²

5.2.5.2 O conceito

Fruto da Reforma Biagi, o contrato a projeto encontra-se regulamentado pelo Decreto Legislativo italiano n. 276 de 10 de setembro de 2003, tendo seu conceito legal previsto no art. 61 do referido diploma normativo:

Mantida a disciplina para os agentes e representantes comerciais, as relações de colaboração coordenada e continuativa, prevalentemente pessoal, sem vínculo de subordinação, de que trata o art. 409, n. 3, do código de processo civil, devem ser reconduzidas a um ou mais projetos específicos ou programas de trabalho ou fase destes determinados pelo comitente e geridos

³⁷¹ MOREIRA, Priscila Soeiro. **O contrato a projeto na reforma italiana de 2003.** In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho: A experiência italiana.* São Paulo: LTr, 2010, p. 109.

³⁷² *Ibidem*, p. 109.

autonomamente pelos colaboradores em função do resultado, respeitada a coordenação com a organização do comitente e independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral.³⁷³

Como se vê, o dispositivo legal que criou o contrato a projeto, objetivando impedir a manutenção das contratações de trabalhadores verdadeiramente subordinados como trabalhadores parassubordinados, passou a exigir, salvo raras exceções que serão abaixo apontadas, que as relações de colaboração coordenada e continuada, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação, fossem relacionadas a projetos específicos ou programas de trabalho ou fase destes determinados pelo tomador dos serviços. Criou-se, então, na Itália, o contrato de trabalho a projeto, que ficou conhecido como *co.co.pro.* (colaboração coordenada continuada a projeto).

Assim, a partir de então, como regra, não se poderia mais manter uma relação de trabalho *co.co.co* sem que, para tanto, o tomador de serviços tivesse relacionado um projeto específico ou programa de trabalho ou fase deste. Assim, “[...] foi dito, com absoluta razão, que o contrato de trabalho a projeto é a parassubordinação acrescida de um elemento: o projeto”.³⁷⁴

5.2.5.3 As exceções

Conforme já assinalado anteriormente, para algumas situações previstas em lei, foi mantida a antiga relação *co.co.co*. Desta forma, conforme previsão legal (artigo 1º, §2º e art. 61), os seguintes contratos não foram objeto de recondução: contratos com a administração pública (art. 61, §2º); contratos de agência e representação comercial (art. 61, §1º); contratos com profissionais intelectuais que exigem, para o seu exercício, a inscrição prévia nos respectivos conselhos ou entidades profissionais (art. 61, §3º); contratos de prestações ocasionais, entendendo-se como tais as relações de duração complessiva não superior a 30 dias no curso do ano solar com o mesmo comitente, salvo quando a comissão complessivamente percebida no mesmo ano solar seja superior a 5 mil euros (art.

³⁷³ Ibidem, p. 110.

³⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 346.

61, §2º); contratos que regulem a atividade de colaboração coordenada e continuativa utilizada para fins institucionais em favor de associações e sociedades esportivas amadorísticas filiadas a federações esportivas nacionais (art. 61, §3º); contratos celebrados com as entidades de promoção esportiva (art. 61, §3º); contratos dos componentes dos órgãos de administração e controle das sociedades e participantes de colégios e comissões (art. 61, §3º); contratos que envolvam trabalhadores aposentados por velhice (art. 61, §3º).³⁷⁵

Segundo Priscila Soeiro Moreira, a recondução foi dispensada nas hipóteses acima elencadas em razão do fato de que, à exceção da administração pública, nos demais casos, em razão da qualificação profissional dos trabalhadores ali referidos, seriam escassas as hipóteses em que o contrato pudesse ser reconduzido em um projeto ou programa específico.³⁷⁶

Já com relação à exclusão dos colaboradores da administração pública, Lorena Vasconcelos Porto explica que esta se deveu ao fato da exaustiva utilização destes contratos por parte dos entes públicos, tendo em vista o baixo custo dos mesmos e a possibilidade de, através deste tipo de contratação, deixarem de lado a exigência do concurso público, conforme previsão do artigo 97, §3º, da Constituição italiana.³⁷⁷

Portanto, passou-se a admitir, na Itália, a existência do trabalhador subordinado, bem como do trabalhador autônomo, sendo espécies deste último o trabalhador que mantém uma relação de trabalho *co.co.co* e o trabalhador que celebra um contrato a projeto.

5.2.5.4 A forma do contrato a projeto

Para a celebração e validade do contrato a projeto, o Decreto Legislativo de n. 276/2003 exige uma forma específica, conforme previsto em seu art. 62. Portanto,

³⁷⁵ ITALIA. **Decreto Legislativo n. 276, de 10 set. 2003**. Disponível em: <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/ADF61963-C03C-4FDE-B8DD-1F5906942112/0/20030910_DLGS_276.pdf> Acesso em: 21 out. 2010.

³⁷⁶ MOREIRA, op. cit., p. 110.

³⁷⁷ PORTO, op. cit., p. 135.

o contrato a projeto deve ser celebrado, necessariamente, por escrito, devendo conter ainda: a indicação da duração da prestação do serviço, que pode ser determinada ou determinável; a indicação do projeto ou programa específico ou parte deste; a indicação da remuneração; a indicação da forma de coordenação do trabalhador e a enumeração de medidas de tutela e segurança.³⁷⁸

5.2.5.5 Os elementos do contrato a projeto

O contrato a projeto, para ser válido, requer a presença de certos elementos, sendo que cada um deles será trazido a partir deste momento, de modo a verificar se, de fato, o contrato a projeto se presta ao fim a que foi proposto.

5.2.5.5.1 Projeto, programa ou fase deste

A grande novidade trazida pelo Decreto Legislativo de n. 276/2003 ao trazer o contrato de trabalho a projeto, foi justamente exigir, salvo exceções previstas no próprio Decreto, que as relações de trabalho *co.co.co* fossem transformadas em relações de trabalho *co.co.pro*. Assim, as antigas relações de trabalho parassubordinadas deveriam ser reconduzidas a um ou mais projetos específicos ou programas de trabalho ou fase destes.

Pretendeu-se, portanto, evitar ou, ao menos, restringir a utilização indiscriminada e fraudulenta da relação de trabalho parassubordinado. Na teoria, essa nova relação jurídica trabalhista (*co.co.pro*) faria com que somente verdadeiros colaboradores coordenados, e não subordinados, fossem objeto de contratação através desta modalidade. Todavia, na essência, a única diferença existente entre a relação de trabalho parassubordinado e o contrato de trabalho a projeto é que, nesta última, o contratante deve especificar o projeto ou programa ou fase deste no qual o trabalhador irá atuar.³⁷⁹

Portanto, reside na vinculação do trabalhador a um projeto ou programa a diferença entre a relação de trabalho *co.co.co* e a relação de trabalho *co.co.pro*.

³⁷⁸ ITALIA, Op. cit.

³⁷⁹ PORTO, op. cit., p. 136.

No que tange ao projeto, tem-se que o mesmo “[...] *seria uma atividade (produtiva) identificável e coligada a um resultado, podendo ou não ser conexas à atividade principal do comitente*”.³⁸⁰

Já com relação ao programa, a diferença reside no fato de que este “[...] *pode não ser necessariamente ligado a um resultado final, podendo ter como objetivo uma atividade dentro do ciclo produtivo*”.³⁸¹

Como se vê, a noção de projeto ou programa trazida pelo instituto do contrato a projeto é “[...] *extremamente ampla, vaga e imprecisa, permitindo o enquadramento das mais diversas atividades e modalidades de execução*”,³⁸² o que dificulta a concretização da proposta legislativa que, em sua essência, visava evitar ou reduzir as contratações fraudulentas de trabalhadores verdadeiramente subordinados através de uma relação de trabalho parassubordinada.

Com vistas a delimitar os conceitos de projeto e programa, ressalta Priscila Soeiro Moreira que a jurisprudência italiana não vem permitindo a utilização destes em atividades habituais do tomador de serviços, exigindo, portanto, que o projeto ou programa seja caracterizado pela originalidade e excepcionalidade.³⁸³ Todavia, adverte Lorena Vasconcelos Porto que a Portaria Ministerial de n. 1, de 2004, passou a possibilitar que o projeto esteja ligado à atividade principal ou acessória da empresa.³⁸⁴

A questão da originalidade e excepcionalidade, conforme advertido por Luiz de Pinho Pedreira da Silva, divide também a doutrina italiana: de um lado, há o posicionamento encampado por Santoro Passarelli, Miscione e Sferrazza no sentido de que o projeto deve ser original e excepcional, ou seja, sem relação com as atividades normais desenvolvidas pelo trabalhador e; de outro lado,

³⁸⁰ MOREIRA, op. cit., p. 111.

³⁸¹ Ibidem, p. 112.

³⁸² PORTO, op. cit., p. 136.

³⁸³ MOREIRA, op. cit., p. 112.

³⁸⁴ PORTO, op. cit., p. 138.

autores como Proia, Pizzoferrato e Leone, defendendo a tese de que o projeto pode consistir em uma exigência normal da empresa.³⁸⁵

Por fim, prevê o §1º do art. 69 do Decreto Legislativo de n. 276/2003 que as relações de colaboração coordenada e continuativa instauradas sem a vinculação a um projeto ou programa específico são consideradas relações de trabalho subordinado por tempo indeterminado desde a data de sua constituição.³⁸⁶

Todavia, conforme adverte Lorena Vasconcelos Porto³⁸⁷, caso alguma relação de colaboração seja estipulada sem a vinculação a um projeto ou programa específico, é possibilitado ao tomador de serviços comprovar que, na prática, tratava-se de uma relação de trabalho autônoma.

Esse entendimento, atualmente seguido pela jurisprudência italiana, é fruto da Portaria n. 1, de 2004, do Ministério do Trabalho que, deixando de lado a presunção *juris et de jure* trazida inicialmente pelo Decreto Legislativo de n. 276/2003, incorporou ao tema uma presunção *juris tantum*, ou seja, passível de prova em contrário.

Portanto, verifica-se que, na hipótese de inobservância dos aspectos formais por parte do tomador de serviços, utiliza-se o princípio da primazia da realidade em desfavor do trabalhador, ou seja, visando oportunizar ao tomador de serviços a prova de que, de fato, tratava-se de uma relação de trabalho autônoma.

5.2.5.5.2 Autonomia e coordenação

A autonomia exigida pelo Decreto Legislativo de n. 276/2003 através do art. 61, §1º, vincula-se à liberdade emprestada ao prestador dos serviços na execução do ofício que visa, em última análise, à obtenção do resultado pactuado entre as partes.

³⁸⁵ SILVA, op. cit., p. 347.

³⁸⁶ ITALIA, op. cit.

³⁸⁷ PORTO, op. cit., p. 137.

Portanto, trata-se de uma autonomia meramente relacionada aos meios utilizados para se chegar ao fim contratado. Ressalte-se ainda que a referida autonomia encontra-se mitigada em função da coordenação existente no contrato a projeto.

Desta forma, além de limitar a autonomia do prestador através da definição do conteúdo do projeto ou programa, o tomador de serviços pode coordenar a atividade desenvolvida pelo prestador, dando as orientações gerais para a execução da atividade.

Como se vê, o que não se admite é o exercício efetivo do poder diretivo do tomador dos serviços, identificado pelo controle de horários e pela imposição constante de ordens e direções.

Assim, nos dizeres de SFERRAZZA *apud* Luiz de Pinho Pedreira da Silva, a coordenação é:

[...] a ligação que funciona entre o comitente e o trabalhador a projeto, atuada mediante a inserção da prestação de serviços no âmbito da organização do mesmo comitente, que se reserva ao direito de dar as diretivas gerais para a realização da atividade, garantindo, porém, a salvaguarda da autonomia do colaborador no desenvolvimento da atividade laboral derivada do contrato e orientada em função da realização do projeto.³⁸⁸

Portanto, fica evidente que o prestador de serviços contratado mediante um contrato de trabalho a projeto possui uma autonomia limitada à execução da prestação dos serviços, ficando, em contrapartida, vinculado ao tomador pelo resultado pretendido, pelo projeto ou programa fixado e ainda em razão do poder de gerenciamento que mantém o tomador dos serviços.

5.2.5.5.3 Duração determinada ou determinável

Nos termos do artigo 62 do Decreto Legislativo de n. 276/2003, verifica-se que o contrato de trabalho a projeto é um contrato a termo, ou seja, de duração

³⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 346-347.

determinada ou, no mínimo, determinável.³⁸⁹ O que irá determinar, portanto, o tempo de duração do contrato a projeto é justamente a natureza do projeto ou programa contratado pelas partes.

É importante destacar que o Decreto Legislativo de n. 276/2003 é omissivo com relação às hipóteses de prorrogação dos contratos a projeto, ficando esta matéria reservada à disciplina da Portaria Ministerial n. 1/2004 que possibilitou a prorrogação do contrato caso esta seja necessária para o cumprimento do programa ou projeto.

Por fim, cumpre registrar que não há limitações quanto ao número de prorrogações nem tampouco com relação ao objeto das prorrogações. Portanto, o contrato a projeto pode ser prorrogado tanto para cumprir o programa ou projeto antes pactuado, como também para vincular o prestador de serviços a um novo projeto ou programa ou parte deste, o que, segundo Priscila Soeiro Moreira, possibilitou a ocorrência de fraudes.³⁹⁰

5.2.5.5.4 Prestação de serviços prevalentemente pessoal

Assim como ocorria com o trabalho parassubordinado, a execução dos serviços no âmbito de um contrato a projeto deve ser prevalentemente pessoal, ou seja, o contratado deve assumir a carga principal de labor.

Isto não impede, entretanto, que o contratado seja auxiliado, nas tarefas acessórias, por pessoas diversas, sejam familiares ou até mesmo empregados contratados diretamente pelo prestador de serviços.³⁹¹

5.2.5.5.5 A remuneração

No que tange à remuneração devida ao contratado que, conforme destacado anteriormente, deve constar expressamente no contrato escrito, vale destacar que

³⁸⁹ ITALIA, op. cit.

³⁹⁰ MOREIRA, op. cit., p. 114.

³⁹¹ SILVA, op. cit., p. 347.

o Decreto Legislativo de n. 276/2003 prevê, em seu artigo 63, que a referida remuneração deve ser proporcional à qualidade e quantidade do trabalho prestado e deve ter como base a remuneração normalmente paga pela prestação similar do trabalho autônomo no local da execução da relação.³⁹² Portanto, fica evidente que a norma em questão, em que pese não estipule um padrão remuneratório mínimo, impõe limites, objetivos e subjetivos, para o valor da remuneração a ser acordada entre as partes.

Vale ressaltar que o art. 63 do Decreto Legislativo de n. 276/2003 afasta a possibilidade do trabalhador subordinado ser utilizado como parâmetro para aferição da remuneração do prestador de serviços no âmbito de um contrato a projeto, o que possibilita a existência de um padrão remuneratório inferior para estes últimos trabalhadores, o que violaria inclusive o princípio da isonomia.

5.2.5.6 As hipóteses de extinção do contrato a projeto

A extinção normal do contrato a projeto encontra-se prevista no artigo 67, §1º, do Decreto Legislativo de n. 276/2003, que prevê a extinção do pacto em razão da realização do projeto ou programa ou parte deste.

Todavia, o §2º do artigo 67 possibilita a rescisão antecipada do contrato a projeto em duas hipóteses: a primeira delas está relacionada à extinção antecipada em razão de uma justa causa e; a segunda vincula-se à possibilidade de extinção antecipada *ad nutum*, ou seja, sem exposição dos motivos, sendo devido, nesse último caso, somente o aviso prévio estabelecido no contrato.

Ressalte-se, nesse particular, que, no Direito Italiano, nem mesmo no Direito comum é possível uma extinção antecipada do contrato por prazo determinado *ad nutum*, ou seja, sem justa causa.

Nesse diapasão, cumpre destacar que o Direito Italiano, tanto no caso do contrato de emprego por prazo determinado quanto nos contratos civis de igual natureza,

³⁹² ITALIA, op. cit.

impede a extinção antecipada sem justa causa. Todavia, tal possibilidade é prevista com relação aos contratos a projeto.

5.2.5.7 Os direitos dos trabalhadores que celebram um contrato a projeto

Seguindo a técnica de extensão seletiva, o Decreto Legislativo de n. 276/2003 conferiu alguns direitos trabalhistas aos trabalhadores contratados mediante um contrato a projeto.

Inicialmente, o art. 64, §1º, do diploma legal em questão possibilita ao prestador de serviços o labor concomitante em favor de outros tomadores de serviço, desde que tal hipótese esteja prevista contratualmente.

Todavia, o próprio Decreto, agora no §2º do art. 64, limita o direito em questão prevendo que o prestador dos serviços não pode desenvolver atividade em concorrência com o tomador dos serviços, agir de forma a prejudicar as atividades deste nem tampouco divulgar notícias ou pareceres relacionados aos programas ou organização do mesmo.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que o Decreto Legislativo de n. 276/2003 é omissivo com relação à necessidade ou não de pagamento de uma vantagem salarial ao prestador de serviços caso o contrato a projeto traga em seu bojo uma cláusula de exclusividade, como ocorre nos casos dos trabalhadores subordinados em face da regra prevista no art. 2.125 do Código Civil italiano.

O artigo 65 do Decreto Legislativo de n. 276/2003 garante também ao prestador de serviços o direito de ser reconhecido autor da invenção feita durante a execução do contrato.

Já o artigo 66 do Decreto Legislativo de n. 276/2003 reconhece direitos relativos a normas de medicina e segurança do trabalho. Nesse sentido, prevê o §1º do referido artigo que, em caso de gravidez, acidente ou doença ocupacional, o contrato celebrado entre as partes não será extinto, mas sim ficará suspenso, sem, contudo, o pagamento de qualquer contraprestação.

A percepção de auxílio-doença somente tem razão de ser quando a doença ocupacional acarretar internação hospitalar do trabalhador. Já no que tange ao auxílio-acidente, para que o trabalhador seja credor do referido benefício – que equivale a 60% da remuneração recebida pelo colaborador e é devida a partir do 4º dia seguinte ao acidente –, faz-se necessário que o mesmo contribua para o Instituto Nacional do Seguro contra Acidentes de Trabalho (INAIL), sendo que, no caso do contrato a projeto, tal contribuição é repartida entre trabalhador e tomador de serviços, sendo que o primeiro arca com 1/3 e o segundo com 2/3 do total da contribuição devida.³⁹³

Ressalte-se ainda que, no que tange às suspensões decorrentes de doenças e acidentes de trabalho, prevê o §2º do art. 66 que, salvo previsão em sentido contrário, tal suspensão não terá o condão de prorrogar a duração do contrato que, assim, se extinguirá com o término do prazo estipulado inicialmente. Pode ainda o tomador dos serviços, nos termos da segunda parte do §2º do art. 66, dispensar o trabalhador caso o período de suspensão, nesses casos, supere 1/6 da duração do contrato, quando esta for de natureza determinada, ou exceda 30 dias, caso a duração seja determinável.

Já com relação à suspensão em virtude de gravidez, prevê o §3º do art. 66 que o contrato será prorrogado automaticamente pelo prazo de 180 dias, salvo se este garantir prazo superior.

Como se vê, o rol de direitos dos trabalhadores que celebram um contrato a projeto relaciona-se somente aos campos do direito processual (aplicação do processo do trabalho), fiscal e tributário, não havendo tutela legal relacionada, por exemplo, a direitos coletivos e sindicais; jornada de trabalho; férias e etc.

Em verdade, até mesmo os direitos conferidos aos trabalhadores que celebram um contrato a projeto o são de maneira desfavorável se comparados aos trabalhadores subordinados. Para ilustrar, cite-se o fato de que, no caso do trabalhador subordinado, a contribuição destinada ao INAIL é custeada

³⁹³ PORTO, op. cit., p. 139.

integralmente pelo tomador dos serviços, enquanto que no caso do trabalhador a projeto, este arca com 1/3 do total da contribuição.

Outrossim, em que pese o Decreto Legislativo de n. 276/2003 fixe parâmetros para o valor da remuneração do trabalhador, não há, por parte deste diploma legal, garantias para os casos de atraso no pagamento, o que comprova que, em verdade, “[...] o trabalhador parassubordinado a projeto (*‘co.co.pro’*), assim como os parassubordinados em geral, recebe do ordenamento jurídico, em termos de direitos e garantias, uma proteção extremamente inferior àquela assegurada ao empregado”.³⁹⁴

Desta forma, pode-se concluir que, na Itália, tanto o desenvolvimento do trabalho parassubordinado como a criação do trabalho a projeto implicaram precarização do trabalho ao passo que permitiram aos tomadores de serviços contratarem trabalhadores em um sistema mais flexível e liberal, no qual, inclusive, há uma flagrante redução de direitos e garantias sociais, realidade esta fundamentada única e exclusivamente no fato de que tais trabalhadores não podem ser classificados como empregados em razão da ausência do elemento da subordinação clássica, leia-se: sujeição às ordens diretas do tomador de serviços, ou, como na lição de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, trabalhador este individualizado “[...] pela sujeição plena à heterodireção, isto é, à obrigação permanente de obediência do prestador em face do credor”.³⁹⁵

Ocorre que tanto o trabalho parassubordinado quanto o contrato a projeto acabaram servindo como instrumento para contratações fraudulentas de trabalhadores tipicamente subordinados. Ressalte-se inclusive que foi justamente esta utilização fraudulenta e abusiva que levou o legislador italiano a criar o contrato a projeto e, assim, incluir o requisito da vinculação a um projeto ou programa específico para contratação dessa espécie de trabalhador.

Todavia, na Itália, já se verificou que tal exigência não alcançou os objetivos almejados, tanto que a Lei Orçamentária de 2007 igualou os custos da prestação

³⁹⁴ Ibidem, p. 141.

³⁹⁵ SILVA, op. cit., p. 178.

do trabalho parassubordinado e subordinado, aumentando a contribuição previdenciária devida pelo tomador de serviços nos casos de trabalhos parassubordinados.

Portanto, mais uma vez, diante da utilização abusiva e fraudulenta de trabalhadores parassubordinados, o legislador italiano adotou medidas visando desestimular a utilização de um instituto criado, à época da Lei Orçamentária de 2007, há cerca de quatro anos, uma vez que esta Lei revela “[...] a intenção do legislador de robustecer os direitos dos trabalhadores parassubordinados e de combater o uso fraudulento desse tipo de prestação de serviço”.

5.2.6 O trabalhador parassubordinado no Brasil

O trabalho parassubordinado, na Itália, como visto nas linhas anteriores, possui previsão legislativa expressa, o que não ocorre no caso da legislação brasileira.

Por conta disto, no Brasil, a noção de trabalho parassubordinado sofre grande influência da legislação e doutrina italiana, sobretudo com relação ao seu conceito.

5.2.6.1 O conceito

Não há, na legislação brasileira, uma regulamentação expressa acerca do trabalho parassubordinado, ficando, portanto, a cargo dos doutrinadores e dos tribunais a elaboração de conceitos, características e de uma disciplina jurídica para esse tipo de prestação de serviços.

Em termos conceituais, os doutrinadores brasileiros não escapam do conceito legal trazido pelo §3º do artigo 409 do Código de Processo Civil italiano, com redação dada pela Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973, que prevê as relações de colaboração que se concretizem em uma prestação de obra continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que de caráter não subordinado.

Portanto, os conceitos doutrinários de trabalho parassubordinado encontrados na doutrina brasileira abarcam, de maneira uniforme, os seguintes requisitos: continuidade, coordenação, prevalência pessoal da prestação, desenvolvida sem subordinação. Explica Luiz de Pinho Pedreira da Silva que o elemento da debilidade econômico-social constitui a razão da tutela legal prevista no Direito italiano, mas não se afigura como um componente dessa nova *fattispecie* criada pela Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973.³⁹⁶

Otávio Pinto e Silva, em obra específica sobre o tema, define a relação de trabalho mantida pelo trabalhador parassubordinado da seguinte forma:

São relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento.³⁹⁷

A definição de Amauri Cesar Alves, por sua vez, é mais completa e enfrenta todos os requisitos e características da relação de trabalho parassubordinado:

Pode-se afirmar, então, transportando tais características para o Direito brasileiro, que a parassubordinação é uma espécie do gênero relação de trabalho – não é relação de emprego por faltar o elemento fático-jurídico da subordinação (clássica) – em que o trabalhador contratado desenvolve seu labor com personalidade, de forma não eventual, em benefício e no interesse de um contratante que coordena a prestação laborativa, sendo aquele a parte hipossuficiente da relação trabalhista mantida. A parassubordinação encontra-se, então, entre a autonomia e a subordinação clássicas.³⁹⁸

Vale ressaltar, do conceito extraído das lições de Amauri Cesar Alves, que o autor em questão destaca a hipossuficiência do trabalhador que mantém uma relação de trabalho parassubordinada. É, para o autor, “[...] a razão de ser da parassubordinação a fraqueza contratual e econômica do trabalhador, pois é este quem merece a proteção da sociedade, por meio do ordenamento jurídico”.³⁹⁹

³⁹⁶ Ibidem, p. 175.

³⁹⁷ SILVA, Otávio, op. cit., p. 102.

³⁹⁸ ALVES, op. cit., p. 91.

³⁹⁹ Ibidem, p. 90.

Já Luciano Martinez, reconhecendo que o trabalho parassubordinado difere do trabalho subordinado clássico somente em virtude do grau ou intensidade do exercício do poder diretivo, explica que “[...] a parassubordinação é, então, visualizada em relações pessoais de colaboração continuada e coordenada, em que a direção dos serviços está presente de modo difuso e pontual”.⁴⁰⁰

Alice Monteiro de Barros, fazendo uma abordagem acerca das transformações ocorridas no cenário econômico e social nos últimos anos, explica que:

Atenta a essa realidade, boa parte da doutrina italiana mostra a necessidade de adotar novos modelos para disciplinar as transformações operadas nas modalidades de trabalho. Para isso, sugere-se **um modelo intermediário entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo**, isto é, o trabalho parassubordinado ou coordenado. 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 com esta em condições de inferioridade, sob a modalidade de contratos civis ou mercantis, como o de obra, prestação de serviços profissionais, transporte, etc., sem, entretanto, possuírem uma efetiva liberdade negocial. 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 autônomo. (grifos originais).⁴⁰¹

Portanto, os conceitos de trabalho parassubordinado trazidos pela doutrina nacional aproveitam os requisitos e as razões da existência dessa *fattispecie* criada pela Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973, enquadrando o trabalho parassubordinado como um trabalho que se situa entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, caracterizado pelos requisitos da colaboração coordenada continuativa, prevalentemente pessoal.

5.2.6.2 Tutela jurídica do trabalhador parassubordinado no Brasil

A ausência de previsão legal expressa acerca da relação jurídica de trabalho parassubordinado, no Brasil, despertou, na doutrina brasileira, o mesmo

⁴⁰⁰ MARTINEZ, op. cit., p. 117.

⁴⁰¹ BARROS, op. cit., p. 289-290.

sentimento de dúvida despertado na doutrina italiana quando da alteração do Código de Processo Civil italiano através da Lei n. 533 de 11 de agosto de 1973.

Àquela época, como noticia Luiz de Pinho Pedreira da Silva, instalou-se uma polêmica na doutrina italiana no sentido de tentar esclarecer se à relação de trabalho parassubordinada deveria ser aplicado todo o Direito do Trabalho, incluindo-se tanto o Direito Processual quanto o Direito Material, ou se tal relação deveria ser objeto tão somente das normas sobre o processo do trabalho e sobre renúncias e transações.⁴⁰²

Na Itália, acabou-se por concluir que a tutela destinada ao trabalhador parassubordinado seria restrita ao âmbito processual e, posteriormente, aos âmbitos fiscal e previdenciário, não havendo tutela trabalhista substancial por parte do legislador italiano. Adotou-se, portanto, a técnica da extensão seletiva, o que acabou por culminar com a edição do Decreto Legislativo de n. 276/2003 que, como já visto, instituiu o contrato a projeto.

No Brasil, há uma peculiaridade no sentido de que não existe sequer uma norma de natureza processual que conceitue o trabalho parassubordinado. É fato que a Emenda Constitucional de nº 45/2004, dando nova redação ao artigo 114 da Constituição Federal de 1988, ampliou a competência da justiça do trabalho brasileira que passou a ser competente para julgar lides decorrentes do gênero relação de trabalho.

A antiga redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 limitava a competência da justiça do trabalho para o julgamento das lides decorrentes da espécie relação de emprego.

Desta forma, a maior parte da doutrina brasileira (por exemplo, Grijalbo Fernandes Coutinho⁴⁰³ e Carlos Henrique Bezerra Leite)⁴⁰⁴, seguida pela maioria

⁴⁰² SILVA, op. cit., p. 344.

⁴⁰³ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho.** In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.); FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2005, p. 132.

dos Tribunais, acabou por entender que, de fato, a competência da Justiça do Trabalho havia sido ampliada, não sendo a competência desta especializada mais restrita às lides decorrentes da espécie relação de emprego, entendida como a relação de trabalho caracterizada pela presença dos requisitos da personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica.

A título de exemplo, podem ser citados os acórdãos proferidos nos seguintes processos: Recurso de Revista n.º 2117/2007-037-12-00⁴⁰⁵; Recurso de Revista n.º 1355/2006-004-08-00⁴⁰⁶; Recurso Ordinário n.º 00922-2008-094-03-00-7⁴⁰⁷ e; Recurso Ordinário n.º 01415-2009-114-03-00-1⁴⁰⁸.

Prevalece, portanto, atualmente, no Brasil, o entendimento no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as lides decorrentes do gênero relação de trabalho, que envolve, portanto, tanto o trabalho subordinado quanto o trabalho autônomo, restando, todavia, excluída da competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas que envolvam o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, por força da decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 3.395.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 199.

⁴⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 2117/2007-037-12-00**. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no DJ, 08 ago. 2008. Disponível: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4467306.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 10 ago. 2010.

⁴⁰⁶ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1355/2006-004-08-00**. Rel. Min. Alberto Bresciani. Publicado no DJ, 22 fev. 2008. Disponível: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4318385.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 10 ago. 2010.

⁴⁰⁷ Idem. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00922-2008-094-03-00-7**. Relator Juiz Convocado Eduardo Aurelio P. Ferri. Publicado no DEJT, 23 mar. 2009. Disponível em:

<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++09+2660&idAndamento=RO++09+2660PACO20090320+++++8455700>> Acesso em 10 ago. 2010.

⁴⁰⁸ Idem. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n.º **01415-2009-114-03-00-1**. Relator Des. Anemar Pereira Amaral. Publicado no DEJT, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++10+3940&idAndamento=RO++10+3940PACO20100422+++++17231600>> Acesso em 10 ago. 2010.

⁴⁰⁹ LEITE, op. cit., p. 203.

Vale destacar ainda que também não há um consenso jurisprudencial ainda formado acerca da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar lides envolvendo cobrança de honorários por parte do advogados e corretores, por exemplo. Há, nesse sentido, decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho concluindo pela incompetência da Justiça do Trabalho nesse particular.⁴¹⁰

Por fim, há de se registrar o posicionamento de alguns doutrinadores contrários a qualquer tipo de interpretação que conclua pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar lides outras senão aquelas decorrentes das relações de emprego típico. Acreditam esses doutrinadores (Jorge Luiz Souto Maior⁴¹¹, Vanessa dos Reis Pereira⁴¹² e Maria Cecília Máximo Teodoro⁴¹³, por exemplo) que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho poderia fazer com que o trabalhador empregado passasse a não mais ter uma tutela efetiva e célere deste ramo especializado do direito.

Todavia, o fato é que a tese da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, no Brasil, ganhou força e, hodiernamente, não mais se concebe a Justiça do Trabalho como uma justiça de competência limitada ao processamento e julgamento das lides decorrentes das relações de emprego, mas sim com competência para processamento e julgamento das lides decorrentes das relações de trabalho, nas quais se pode incluir o trabalhador autônomo, o trabalhador eventual, o cooperado, o trabalhador temporário, o estagiário etc.⁴¹⁴, ressaltando-se, é claro, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a

⁴¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 75500-03.2002.5.04.0021**. Rel.ª Min.ª Maria de Assis Calsing. Publicado no DEJT, 27 ago. 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5235000.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em 10 nov. 2010.

⁴¹¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador?**. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.); FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 180-181.

⁴¹² PEREIRA, Vanessa dos Reis. **O novo inciso I do art. 114 da constituição da república de 1988: Na marcha ou na contra-marcha da flexibilização?**. In: DELGADO, Maurício Godinho (Coord.); PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coord.); TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Relação de trabalho: Fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 26.

⁴¹³ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Relação de trabalho x relação de emprego**. In: DELGADO, Maurício Godinho (Coord.); PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coord.); TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Relação de trabalho: Fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 105.

⁴¹⁴ LEITE, op. cit., p. 203.

respeito das lides envolvendo servidores estatutários, conforme citado anteriormente.

Nesse diapasão, sendo o trabalho parassubordinado um *tertium genus* localizado em uma zona cinzenta entre a autonomia e a subordinação ou sendo o mesmo uma espécie de trabalho autônomo, tem-se que, no Brasil, com a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 dada pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, é a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar as lides decorrentes dessa modalidade de relação de trabalho.

Portanto, no Brasil, os trabalhadores parassubordinados, assim entendidos como aqueles que prestam um serviço de natureza continuativa coordenada e prevalentemente pessoal, são, por força do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, objetos de tutela da Justiça do Trabalho e, portanto, das normas processuais trabalhistas.

Ocorre que, no Brasil, em razão da ausência de previsão legal, a tutela do trabalhador parassubordinado pelas normas trabalhistas propriamente ditas, ou seja, normas de direito material, não é alvo de posicionamento pacífico.

Há, de um lado, doutrinadores que, vendo na relação de trabalho parassubordinado verdadeiramente uma nova *fattispecie*, entendem ser necessária a criação de uma lei destinada ao tratamento destes novos trabalhadores, para os quais seriam conferidos alguns, e não todos, direitos trabalhistas. Nesse caminho segue Luiz de Pinho Pedreira da Silva⁴¹⁵.

Por outro lado, há quem entenda que não se trata necessariamente da edição de uma lei específica para tratar dos trabalhadores parassubordinados, mas sim de conferir-lhes uma tutela diferenciada, “[...] na medida da dependência [...]”⁴¹⁶, dentro de um processo de reformulação e ampliação do campo de aplicação do

⁴¹⁵ SILVA, op. cit., p. 181.

⁴¹⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 173.

princípio da proteção que, na visão de Murilo Carvalho Sampaio de Oliveira, impõe a tutela pelo Direito do Trabalho de todo e qualquer tipo de trabalhador.⁴¹⁷

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Amauri Cesar Alves afirma que “[...] não parece ser necessária mudança legislativa para ensejar nova leitura do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho”⁴¹⁸. Conclui o autor dizendo que se trata, em verdade, de reconhecer a necessidade de proteção e tutela do trabalhador parassubordinado e a ele conferir uma tutela jurídica diferenciada: “[...] Assim, deve-se pensar em um grau de proteção maior ao trabalho subordinado, seguido de uma proteção ampla porém mais restrita que a anterior ao trabalho parassubordinado [...]”⁴¹⁹.

Por fim, há doutrinadores que não vêem no trabalhador parassubordinado necessariamente uma nova *fattispecie*, para a qual seria necessária uma regulamentação legal específica e diferenciada.

Essa linha de pensamento segue a técnica da assimilação, ou seja, busca, através da reformulação do requisito da subordinação jurídica, enquadrar essa nova forma de prestação de serviços como uma prestação de serviços subordinada e, portanto, objeto de tutela integral por parte do Direito do Trabalho, tanto no âmbito processual quanto no âmbito material.

Seriam, então, os ditos trabalhadores parassubordinados, trabalhadores verdadeiramente subordinados uma vez que, conforme destaca Lorena Vasconcelos Porto, “[...] no fim das contas, a distinção entre as duas hipóteses – subordinação e parassubordinação – se baseia na intensidade do poder diretivo do tomador”⁴²⁰.

Desta forma, segundo o posicionamento da referida autora, o fato da intensidade do exercício do poder diretivo ser menor no âmbito das relações de trabalho ditas parassubordinadas não tem o condão de retirar destes trabalhadores a condição

⁴¹⁷ Ibidem, p. 190.

⁴¹⁸ ALVES, op. cit., p. 132.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 135.

⁴²⁰ PORTO, op. cit., p. 122.

de trabalhadores verdadeiramente subordinados. Conclui a autora afirmando que “[...] na ausência de previsão legal da parassubordinação –, sobretudo se adotado um conceito mais amplo de subordinação –, tais ‘colaboradores’ serão enquadrados como empregados”.⁴²¹

Outrossim, a autora ainda destaca o fato de que “[...] nos países onde a figura foi instituída, os parassubordinados contam com uma proteção muito inferior àquela assegurada aos empregados”⁴²² para, ao final, deixar claro que discorda “[...] totalmente da instituição da parassubordinação no Direito brasileiro.”⁴²³, devendo, conforme já demonstrado, ser ampliado o conceito de subordinação jurídica para enquadrar tais trabalhadores como verdadeiros empregados, objeto, portanto, de tutela integral pelo Direito do Trabalho.

Interessante, sobre o tema, é a análise de Jorge Luiz Souto Maior quando denomina o trabalhador parassubordinado de “*trabalhador minotauro*”, afirmando que:

Há, por fim, uma outra idéia que se deve refutar: a de que existe uma espécie nova de trabalhador, que seria meio explorado, meio autônomo. Este trabalhador, que a doutrina, sobretudo a italiana, chama de ‘parassubordinado’, mas que prefiro denominar de trabalhador minotauro, por ser mais próprio a uma análise mitológica que real, no fundo, é um trabalhador que ostenta outra autêntica condição de empregado e a quem se conferiu apenas uma aparência de independência.⁴²⁴

Fica claro, portanto, diante das palavras do autor, que, na sua visão, o trabalhador a quem se atribui o nome de parassubordinado é, em sua essência, um trabalhador que ostenta a autêntica condição de empregado, não havendo, portanto, razão para distinguir tais figuras.

Ressalta ainda Jorge Luiz Souto Maior, em outro texto, a realidade italiana narrada por Luigi Mariucci:

⁴²¹ Ibidem, p. 122.

⁴²² Ibidem, p. 198.

⁴²³ Ibidem, p. 199.

⁴²⁴ MAIOR, op. cit., p. 46.

Em recente palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, o professor italiano, Luigi Mariucci, destacou que após anos de desenvolvimento da tese da parassubordinação na Itália constatou-se que todos os que se anunciavam como trabalhadores parassubordinados eram autênticos empregados.⁴²⁵

Diante do quadro acima delineado, percebe-se que, em que pese haja divergências de posicionamentos por parte da doutrina nacional acerca da forma através da qual o trabalhador parassubordinado deve ser tutelado juridicamente, há um traço em comum em todas as posições: a razão para a referida tutela.

Em todos os casos, os doutrinadores que advogam a tese de tutela jurídica trabalhista do trabalhador parassubordinado, seja feita ela através de uma inovação legislativa, através de uma extensão seletiva ou através de uma assimilação ao trabalhador subordinado, o fazem baseados no fato de que os referidos trabalhadores necessitam de proteção estatal em razão do fato de serem trabalhadores que prestam serviços por conta alheia e, portanto, ostentam uma posição de debilidade socioeconômica. É com o objetivo de proteção, portanto, que se pretende tutelar juridicamente os referidos trabalhadores.

5.2.6.3 O posicionamento dos tribunais

Diante da ausência de previsão legal sobre o trabalho parassubordinado, a jurisprudência nacional vem adotando, em alguns casos, a técnica da assimilação, equiparando o trabalhador parassubordinado ao empregado, garantindo a ele todos os direitos e garantias trabalhistas e, em outros casos, a técnica da exclusão, enquadrando tais trabalhadores como espécies de trabalhadores autônomos, deixando-os desamparados de qualquer tipo de tutela jurídica trabalhista.

Aqueles que seguem a teoria da assimilação e equiparam o trabalhador parassubordinado ao trabalhador subordinado, o fazem a partir de uma ampliação da noção da subordinação jurídica. Nesse sentido, o acórdão a seguir, aqui

⁴²⁵ Idem. **A supersubordinação.** Invertendo-se a lógica do jogo. Disponível em: <
http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&source=hp&q=a+supersubordina%C3%A7%C3%A3o&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=> Acesso em 02 maio 2010.

representado por um trecho de sua ementa, é paradigmático uma vez que, a partir de uma análise crítica, fundamentada e profunda sobre o tema, conclui que:

[...] A preposição para significa, segundo Cândido Jucá, "na direção de; com destino a" (Dicionário Escolar de Dificuldades da Língua Portuguesa), pelo que a parassubordinação denota um tipo de trabalho que se dirige, que se destina à subordinação e não à autonomia, senão a expressão seria outra para-autônomo. A legislação trabalhista brasileira não prevê a figura do parassubordinado, que, se admitida por migração, deve ter uma inteligência de natureza inclusiva, de modo a valorizar o trabalho do homem numa sociedade em mudanças e em fase de assimilação de valores neoliberais. Não precisamos reproduzir cegamente soluções alienígenas, distante das nossas experiências, para que não corramos o risco de positivar o que não vivenciamos. O Direito deve ser o reflexo de experiências vividas pela sociedade onde se pretende seja instituído e aplicado e não o receptáculo de uma vivência de país estrangeiro. Nem tudo que é bom para os europeus é bom para os brasileiros e vice-versa. Assim, se se quer copiar a figura do parassubordinado, não previsto na nossa legislação com direitos próprios, então que se faça essa movimentação na direção do subordinado com todos as vantagens previstas na CLT e não no sentido contrário de sua identificação com o autônomo, gerando um *tercius genus*, isto é, o para-autônomo. Portanto, parassubordinação dentro e não além do modelo traçado no art. 3o., da CLT, que necessita de uma intro legere em consonância com a realidade social.⁴²⁶

O acórdão em questão deixa claro que uma nova concepção de subordinação jurídica, adaptada à realidade socioeconômica atual, implica reconhecimento dos trabalhadores dito parassubordinados como trabalhadores verdadeiramente subordinados e, portanto, empregados destinatários de todas as normas e garantias trabalhistas previstas no ordenamento jurídico nacional.

Em contrapartida, surgem decisões que enquadram o trabalhador parassubordinado como uma espécie de trabalhador autônomo, retirando daquele, portanto, a possibilidade de acesso aos direitos e garantias trabalhistas conferidos aos trabalhadores empregados. Nesse sentido, segue abaixo o trecho do voto da Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região

⁴²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00546-2007-091-03-00-0 RO**. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Publicado no DJ, 23 fev. 2008. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0724952&idAndamento=RO++0724952PACO20080222++++11162600>> Acesso em 23 out. 2010.

Graça Laranjeira que, julgando um caso que envolvia o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego de um trabalhador contratado nos termos da Lei n. 4.886/65 (Representante Comercial Autônomo), concluiu que tais trabalhadores seriam verdadeiros parassubordinados, distintos, portanto, do trabalhador empregado:

[...] Nesse sentido, a representação comercial autônoma guarda traços similares ao contrato de trabalho, tendo em vista que os elementos pessoalidade e não eventualidade na prestação dos serviços estão contidos no texto legal. Nesse compasso, o reconhecimento da relação de emprego com a conseqüente descaracterização do contrato de representação comercial demanda prova forte e incontestável, notadamente quanto ao elemento que os distingue - a subordinação jurídica.

Por isso, deve ser extremamente cuidadoso o exame do julgador quanto aos fatos que envolvam questões dessa ordem, porquanto os artigos 27 e 28 da Lei 4.886/65 trazem inúmeras obrigações por parte do representante que, à primeira vista, podem ser confundidas com a subordinação jurídica decorrente do poder diretivo do empregador. Está obrigado o representante comercial autônomo a acolher as orientações transmitidas pelos representados e, ainda a fornecer informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, não podendo, salvo autorização expressa, conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado.

De modo que os fatos denominados pelo Recorrido como caracterizadores da subordinação jurídica nada mais são do que poderes conferidos pela Lei aos representados e obrigações próprias da atividade de representação comercial, que vem sendo classificada dentro de uma nova *fattispecie* de relação de trabalho – a parassubordinação, impondo-se a reforma da decisão para reconhecer-se a improcedência da pretensão ao vínculo de emprego.[...] ⁴²⁷

No âmbito da jurisprudência nacional, portanto, a proteção ao trabalhador parassubordinado submete-se ora à técnica da assimilação, ora à técnica da exclusão, dependendo, em todo caso, da interpretação dada ao fato pelo julgador: encarando o trabalhador parassubordinado como uma nova espécie de trabalhador subordinado, a este são conferidos todos os direitos e garantias trabalhistas previstas no ordenamento juslaborista nacional; encontrando no

⁴²⁷ Idem. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário n.º 01432-2002-492-05-00-1**. Rel.ª Des.ª Graça Laranjeira. Publicado no DJ, 17 fev. 2004. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=93720> Acesso em 23 out. 2010.

trabalhador parassubordinado uma nova espécie de trabalhador autônomo, acaba-se por deixá-lo à margem de qualquer tipo de proteção juslaborista.

5.3 A EXPERIÊNCIA ESPANHOLA: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Após a análise do trabalho parassubordinado, faz-se necessário o estudo do trabalho autônomo economicamente dependente, em especial o tratamento conferido pela legislação espanhola sobre o tema.

5.3.1 As causas

Constitucionalmente, a Espanha, no item 1 do artigo 35 de sua atual Constituição (1978)⁴²⁸ garante a todos os espanhóis o direito ao trabalho, bem como, no mesmo dispositivo, impõe a todos os espanhóis o dever de trabalhar.

No artigo 40 da referida Constituição, a Espanha evidencia que o trabalho representa um dos fundamentos do progresso social, na medida em que, no item 1 do referido dispositivo, ao propor a distribuição de renda regional e pessoal mais equitativa como base de uma política de estabilidade econômica, propõe a busca pelo pleno emprego.

O trabalho, então, na Espanha, analisado de forma genérica e não resumida à relação de emprego que, em verdade, constitui apenas uma das espécies das diversas relações de trabalho existentes, representa um dos objetivos do Estado espanhol na promoção do progresso social.

Dentro desse caminho de proteção ao trabalho, a Espanha iniciou um processo de proteção a trabalhadores que não são tipicamente empregados, como, por exemplo, ocorreu no caso do art. 3º, item 1, da Lei Orgânica da Liberdade Sindical

⁴²⁸ A redação original do dispositivo em questão dispõe que: "Artículo 35. 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer SUS necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores".

que possibilita a sindicalização de trabalhadores por conta própria, bem como no caso do art. 3º, item 1, da Lei de Prevenção de Riscos Laborais (Lei n. 31/95).⁴²⁹

Assim, na Espanha, em que pese o item 1 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores consagrar que o referido Estatuto somente será aplicado aos trabalhadores que voluntariamente prestem serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário⁴³⁰, o legislador, ao longo dos anos, passou a conferir aos trabalhadores não enquadrados no referido conceito de empregado um certo grau de proteção.

Vale ressaltar, inclusive, que a letra g do item 3 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores exclui expressamente do âmbito de aplicação da referida norma os trabalhadores por conta própria – trabalhadores autônomos – na medida em que exclui aqueles trabalhadores que não desenvolvam suas atividades dentro do âmbito de organização e direção de outrem.⁴³¹

Sobre o tema em questão, explica Margarita Apilluelo Martín que:

Ao trabalhador autônomo, portanto, não se aplica o Estatuto dos Trabalhadores que, como norma básica e central do Direito do Trabalho, se ocupa precisamente dos trabalhadores com interesses contrapostos aos interesses dos empresários [...].⁴³²

Todavia, a exclusão dos trabalhadores autônomos do âmbito de aplicação do Estatuto dos Trabalhadores – norma aplicada ao trabalhador empregado – não impediu, na Espanha, o processo de proteção do trabalhador autônomo, em

⁴²⁹ PESSOA, op. cit., p. 70.

⁴³⁰ A redação original do dispositivo em questão consagra que: “Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

⁴³¹ Dispõe o referido dispositivo que: “[...] 3. Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: [...] g. En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo”.

⁴³² MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño e del dependiente**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 12. (tradução do autor).

especial daquele trabalhador autônomo que é juridicamente autônomo, mas economicamente dependente.

Essa nova espécie de trabalhador autônomo, conforme destaca Margarita Apilluelo Martín, decorre do novo modelo econômico de produção baseado nas novas tecnologias de informação e comunicação, na crescente descentralização produtiva, na globalização das atividades e na flexibilização laboral.⁴³³

O referido trabalhador, entretanto, em que pese juridicamente autônomo, conserva características similares ao trabalhador ordinário, quais sejam: desenvolve sua atividade no centro de trabalho do tomador de serviços; possui uma jornada de trabalho e um horário, em que pese com certa autonomia; utiliza os materiais e instrumentos da própria empresa; seu trabalho forma parte de um plano empresarial e; a retribuição que recebe do empresário constitui seu meio fundamental de vida.⁴³⁴

Por todos esses motivos, a doutrina espanhola, aqui representada por Margarita Apilluelo Martín, passou a propor um Direito do Trabalho regulador e tutelador do trabalho em geral, independentemente do título jurídico que relaciona o trabalhador ao empregador.⁴³⁵

No ano de 2006, na obra já citada, a referida autora expressou a necessidade de elaboração de um estatuto próprio que reconhecesse os direitos sóciolaborais e regulasse expressamente o regime jurídico dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes.⁴³⁶

Dentro desse contexto, no ano de 2007, foi publicada, na Espanha, a Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 que instituiu o Estatuto do Trabalhador Autônomo, documento legislativo que regulamenta tanto a atividade do trabalhador autônomo típico quanto a atividade do “TRADE”, o trabalhador autônomo economicamente dependente.

⁴³³ Ibidem, p. 13.

⁴³⁴ Ibidem, p. 13.

⁴³⁵ Ibidem, p. 14.

⁴³⁶ Ibidem, p. 14.

5.3.2 A lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007

5.3.2.1 Os fundamentos da Lei e o preâmbulo

Fruto de intensos debates havidos no campo político Espanhol e baseado em diversos trabalhos e artigos especializados publicados sobre o referido assunto, a maioria deles, inclusive, financiados pelo próprio Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais da Espanha⁴³⁷, o Estatuto do Trabalho Autônomo ganhou corpo através da Lei n. 20/07, publicada no dia 11 de julho de 2007.

O preâmbulo da referida Lei apresenta, inicialmente, dispositivos da Constituição Espanhola que, sem fazerem menção expressa ao trabalho por conta alheia, acabam por indicar alguns direitos aplicáveis aos trabalhadores autônomos. Cita o referido preâmbulo, por exemplo, o item 1 do artigo 35⁴³⁸ da Constituição Espanhola que reconhece, para todos os espanhóis, o direito ao trabalho e o dever de trabalhar e o artigo 41⁴³⁹ que trata do regime público de Seguridade Social para todos os cidadãos.

O preâmbulo da referida Lei, destacando a importância temática do projeto em questão, aponta que a Lei representa o primeiro exemplo de regulação sistemática e unitária do trabalho autônomo na Europa. Até então, a Espanha, assim como todos os demais países europeus, tratara da figura do trabalhador autônomo de forma dispersa por toda a legislação social, especialmente a legislação de seguridade social e de prevenção de riscos.

Trata ainda o preâmbulo da referida legislação dos aspectos econômicos e sociais que justificaram a elaboração de um conjunto normativo destinado à

⁴³⁷ PESSOA, op. cit., p. 71.

⁴³⁸ Artículo 35. 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores".

⁴³⁹ Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

regulação do trabalho prestado pelo trabalhador autônomo, em especial o trabalhador autônomo economicamente dependente.

Dentre os aspectos em questão, o referido preâmbulo destaca o novo modelo de produção e organização empresarial, bem como o desenvolvimento da informática e das telecomunicações, fatores estes que ocasionaram o aumento considerável dos trabalhadores considerados autônomos.

Importante dado estatístico trazido pelo preâmbulo da Lei n. 20/07 refere-se ao número de trabalhadores autônomos filiados à seguridade social. Destaca o texto em questão que, em 30 de junho de 2006, o número total de trabalhadores autônomos filiados ao sistema de seguridade social era de 3.315.707, sendo que 2.213.636 correspondiam a pessoas físicas que realizavam atividades profissionais nos distintos setores econômicos.

O curioso é que, conforme destaca o texto do preâmbulo, do total de trabalhadores autônomos pessoas físicas filiados ao sistema de seguridade social (2.213.636), 1.755.703 eram, àquela época, trabalhadores autônomos que não possuíam empregados próprios e 330.000 eram autônomos que somente possuíam um ou dois assalariados. Assim, conclui o texto dizendo que 94% dos autônomos pessoas físicas que realizavam uma atividade profissional ou econômica não possuíam assalariados ou possuíam somente um ou dois empregados.

Trata-se, portanto, de um dado extremamente relevante na medida em que o trabalhador autônomo, pensado em sua essência, se confunde com a figura do empresário, pessoa física ou jurídica que organiza os fatores de produção: capital e trabalho.

Assim, tanto a necessidade de regulamentação unitária do trabalho autônomo em geral, quanto o surgimento de trabalhadores juridicamente autônomos que não possuíam capacidade de organização dos fatores de produção e, por conta disto, acabavam tornando-se economicamente dependentes de outrem, revelavam os

motivos pelos quais a Lei n. 20/07 se propunha a regular e proteger a referida atividade.

5.3.2.2 A estrutura do Estatuto do Trabalho Autônomo

A Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 – Estatuto do Trabalho Autônomo – possui 29 artigos, distribuídos em 05 títulos, contendo ainda 19 disposições adicionais, três disposições transitórias, uma derogatória e seis disposições finais.

O título I do Estatuto do Trabalho Autônomo delimita o âmbito subjetivo de aplicação da Lei, definindo genericamente o trabalhador autônomo, sem se limitar ao trabalhador autônomo tradicional:

Nesse aspecto, a lei não se limita ao trabalhador autônomo tradicional, ou seja, àquele titular de um empreendimento comercial, profissional ou rural que desenvolve seus projetos de forma autônoma. Mais do que isso, a lei amplia sua regulação a outras figuras heterogêneas e trata de estabelecer uma regulação comum, respeitando algumas de suas peculiaridades. Assim, a lei cuida da figura do empreendedor, que é aquele que se encontra em uma fase inicial de atividade profissional, a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente que, não obstante sua autonomia funcional, trabalha sob dependência econômica de um único ou preponderante cliente. Cuida também dos sócios trabalhadores de cooperativas e sociedades laborais e dos administradores de sociedades mercantis.⁴⁴⁰

O título II regula o regime profissional do trabalhador autônomo em três capítulos. O capítulo primeiro estabelece as fontes do regime profissional do trabalhador autônomo, deixando clara sua natureza civil ou mercantil; o capítulo II se refere ao regime profissional comum para todos os trabalhadores autônomos, estabelecendo um rol de direitos e deveres, assim como um conjunto de normas em matéria de prevenção de riscos laborais, proteção de menores e garantias econômicas; finalmente, o reconhecimento e a regulação da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente fica reservado ao capítulo III.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 71-72.

O título III trata dos direitos coletivos de todos os trabalhadores autônomos, definindo a representatividade de suas associações conforme critérios objetivos. O título III cria também o Conselho do Trabalho Autônomo, órgão consultivo do governo em matéria socioeconômica e profissional relativa ao trabalho autônomo.

O regime e os princípios do sistema de proteção social estão previsto no Título IV que, igualmente, reconhece as normas gerais sobre filiação, cotização e ação protetora da seguridade social dos trabalhadores autônomos.

O título V, por fim, vincula-se ao fomento e promoção do trabalho autônomo, estabelecendo, dentre outras circunstâncias, medidas dirigidas a promover a cultura empreendedora.

5.3.2.3 Âmbito de aplicação do Estatuto

Conforme assinalado no capítulo anterior, o âmbito subjetivo de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo está disciplinado no título I da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007, através de dois artigos.

O artigo 1º trata dos trabalhadores que estão incluídos no âmbito de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo. O item I do artigo 1º estabelece que o referido estatuto será aplicado às pessoas físicas que realizam de forma habitual, pessoal, direta, por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, tendo ou não empregados.

Registre-se, por oportuno, que o conceito trazido pela primeira parte do item I do artigo 1º do Estatuto do Trabalho Autônomo encontra-se diametralmente oposto ao conceito trazido pelo item 1 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores – diploma jurídico espanhol que regula o trabalho do empregado típico –, que conceitua o empregado como o trabalhador que, voluntariamente, presta serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.

Assim, se o trabalhador que se encontra no âmbito do Estatuto do Trabalho Autônomo deve prestar um trabalho por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, o trabalhador (empregado) regido pelo Estatuto do Trabalhador espanhol deve prestar um serviço por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outrem.

Diz ainda o item 1 do artigo 1º que também será de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo os trabalhos realizados de forma habitual pelos familiares das pessoas definidas na primeira parte do item 1 que não tenham a condição de trabalhadores por conta alheia.

O item 2 do artigo 1º apresenta um rol de trabalhadores que, se preenchidos os requisitos trazidos pelo item 1 do artigo 1º, são declarados expressamente incluídos do âmbito de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo, como, por exemplo, os sócios industriais de sociedades regulares coletivas e de sociedades comanditárias e os trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

Por fim, o artigo 2º do Estatuto do Trabalho Autônomo exclui expressamente do seu âmbito de aplicação as prestações de serviços que não se integrem no conceito do item 1 do artigo 1º, especialmente as relações de trabalho por conta alheia; a atividade que se limita pura e simplesmente ao mero desempenho de cargo de conselheiro ou membro dos órgãos de administração das empresas que possuam a forma jurídica de sociedade e; as relações laborais de carácter especial a que se refere o artigo 2º do Estatuto de Trabalhadores⁴⁴¹, como, por exemplo, o trabalho dos presos prestado nas penitenciárias e o trabalho dos desportistas profissionais.

⁴⁴¹ “Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial. 1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c.; b) La del servicio del hogar familiar; c) La de los penados en las instituciones penitenciarias; d) La de los deportistas profesionales; e) La de los artistas en espectáculos públicos; f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas; i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”.

Verifica-se, portanto, que o Estatuto do Trabalho Autônomo trata com muita especificidade do tema relativo ao seu âmbito de aplicação subjetivo, conceituando o trabalho autônomo e declarando, expressamente, trabalhadores incluídos e excluídos de seu regime.

5.3.2.4 O regime profissional comum do trabalhador autônomo

O capítulo II do título II do Estatuto do Trabalho Autônomo, conforme já assinalado, traz o regime profissional comum do trabalho autônomo, trazendo um rol de direitos e deveres básicos do trabalhador autônomo.

Dentre os direitos básicos do trabalho autônomo previstos no artigo 4º do referido Estatuto, destacam-se o direito ao trabalho e à livre escolha de sua profissão ou ofício (artigo 4º, item 2, letra “a”); o direito à propriedade industrial (artigo 4º, item 2, letra “c”); o direito à igualdade perante a Lei e o direito a não discriminação (artigo 4º, item 3, letra “a”); o respeito à intimidade e a dignidade do trabalhador (artigo 4º, item 3, letra “c”); o direito à conciliação da vida profissional com a vida pessoal, tendo direito de suspender suas atividades em situações, por exemplo, de maternidade, paternidade (artigo 4º, item 3, letra “g”).

Portanto, fica evidente que o Estatuto do Trabalho Autônomo promove uma proteção mínima ao trabalho prestado pelo trabalhador autônomo que, em que pese não seja um empregado, acaba sendo agraciado com a tutela estatal baseada no fundamento constitucional espanhol de proteção ao trabalho e não somente ao emprego.

Quanto aos deveres do trabalhador autônomo previstos no artigo 5º, cabe destacar o dever de cumprir com as obrigações contratadas (artigo 5º, “a”) e o dever de cumprir com suas obrigações fiscais e tributárias previstas em lei (artigo 5º, “d”).

Ainda no capítulo acerca do regime profissional do trabalhador autônomo, o legislador tratou da forma e da duração do contrato, da prevenção de riscos laborais, da proteção dos menores e das garantias econômicas.

Quanto à forma e a duração do contrato, prevê o artigo 7º da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 que os contratos poderão ser celebrados por escrito ou oralmente, podendo qualquer das partes exigir da outra, a qualquer momento, a formalização do contrato por escrito, sendo que os contratos poderão ser celebrados para a execução de uma obra ou uma série de obras, ou ainda para a prestação de um ou mais serviços, tendo a duração que as partes acordarem.

A prevenção dos riscos laborais está prevista no artigo 8º do Estatuto do Trabalho Autônomo, que confere à Administração Pública um papel ativo com relação à prevenção dos riscos laborais dos trabalhadores autônomos, e confere às empresas tomadoras dos serviços o dever de vigiar e fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e prevenção de acidentes.

A proteção dos menores prevista no artigo 9º prevê que os menores de 16 anos não poderão executar trabalho autônomo nem atividade profissional, inclusive para os seus familiares.

Quanto às garantias econômicas, traz o artigo 10º, dentre outras, normas relativas à contraprestação recebida pelo trabalhador autônomo, à responsabilização do empresário principal e/ou subcontratado.

Fica claro, portanto, que o regime do trabalhador autônomo consagra a proteção ao trabalho prestado por trabalhadores que, em que pese não sejam empregados, executam serviços através de contratos civis e que, por esta razão, fazem jus a uma tutela, mesmo que diferenciada da tutela conferida aos trabalhadores empregados que, no caso espanhol, são regulados pelo Estatuto do Trabalhador, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de março. Tal proteção representa, para alguns, o processo necessário de expansão do Direito do Trabalho que, nas lições de Murilo Oliveira, “[...] indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados”.⁴⁴²

⁴⁴² OLIVEIRA, op. cit., p. 190.

5.3.2.5 O regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente

Dentro do processo de expansão do Direito do Trabalho proposto por uma parcela da doutrina, o Estatuto do Trabalho Autônomo espanhol segue a linha expansionista que prevê a proteção trabalhista na medida da dependência do trabalhador.

Assim, se ao trabalhador autônomo comum o Estatuto do Trabalho Autônomo conferiu certa gama de direitos mínimos com vistas à proteção e valorização social do trabalhador, quanto à figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, o referido Estatuto ampliou sua proteção.

O elemento determinante dessa maior proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente é justamente a dependência econômica dessa espécie de trabalhador autônomo ao tomador dos serviços.

Assim, no capítulo III do título II da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 está previsto o regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente, identificado pela sigla “TRADE”.

O trabalhador autônomo economicamente dependente é identificado como sendo aquele trabalhador que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de quem depende economicamente por perceber ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais.⁴⁴³

⁴⁴³ Eis o teor integral do artigo 11, item 1, do Estatuto: “Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

Como se vê, o que qualifica um trabalhador autônomo como economicamente dependente é a prestação dos serviços predominantemente para uma pessoa física ou jurídica denominada cliente, de quem depende economicamente.

No que tange à dependência econômica, o Estatuto do Trabalho Autônomo fixou um critério objetivo de percepção de, no mínimo, 75% do total dos rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais executadas pelo trabalhador.

Como se vê, o Estatuto do Trabalho Autônomo adotou uma concepção relativista do critério da dependência econômica, nos termos propostos por José Martins Catharino, bastando para tanto que o salário recebido pelo trabalhador de um determinado tomador de serviços seja o seu principal meio de subsistência e que esse tomador absorva parcial e predominantemente o tempo de trabalho disponível daquele trabalhador.⁴⁴⁴

Assim, o Estatuto do Trabalho Autônomo espanhol, elegendo o critério da dependência econômica para qualificar um determinado tipo de trabalhador autônomo e a este conferir maior proteção, adotou a premissa de predominância da absorção do tempo de trabalho disponível de um determinado trabalhador (*"[...] predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente [...]"*) e de principal e não único meio de subsistência do trabalhador (*"[...] del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales"*).

Desse modo, então, o Estatuto do Trabalho Autônomo conceituou o trabalhador autônomo economicamente dependente, dizendo ainda, no item 2 do artigo 11, que, para ser qualificado como trabalhador autônomo economicamente dependente, o trabalhador deve reunir as seguintes condições: a) não ter a seu cargo empregados nem contratar ou subcontratar a sua atividade com terceiros; b) não executar sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer forma contratual por conta do cliente; c) dispor de infraestrutura produtiva e material próprio necessários para o

⁴⁴⁴ CATHARINO, op. cit., p. 203.

exercício da atividade; d) desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes; e) perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado pelo cliente e assumindo os riscos da atividade.

Por fim, prevê o item 3 do artigo 11 do referido Estatuto que os titulares de estabelecimentos ou locais comerciais e industriais e de oficinas e espaços abertos ao público não terão, em nenhum caso, a caracterização de trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

Portanto, o artigo 11 do Estatuto do Trabalho Autônomo conceitua o trabalhador autônomo economicamente dependente; apresenta as condições fáticas que o mesmo deve reunir para ser enquadrado como tal e; exclui categoricamente de sua configuração determinadas pessoas.

Acerca do regime profissional propriamente dito do trabalhador autônomo economicamente dependente, o Estatuto em questão, em seu artigo 12, diferentemente do que faz com relação ao trabalhador autônomo comum, exige que o contrato seja escrito e registrado no órgão público correspondente.

Ainda acerca do contrato do trabalhador autônomo economicamente dependente, o item 2 do artigo 12 exige que o trabalhador faça constar expressamente no contrato sua condição de dependência econômica com relação àquele cliente, sendo certo que a condição de dependência somente poderá ser ostentada com relação a um único cliente.

No que tange às garantias destinadas ao trabalhador autônomo economicamente dependente, o artigo 14 trata da jornada de trabalho deste profissional, prevendo inclusive o direito à interrupção anual das atividades por 18 dias úteis, sem prejuízo de condição mais favorável prevista em contrato individual ou coletivo (artigo 14, item 1).

Confere-se, portanto, ao trabalhador autônomo economicamente dependente, uma interrupção anual das atividades, instituto que se assemelha às férias garantidas ao trabalhador empregado.

Dispõe ainda o Estatuto, em seu artigo 14, item 2, que o regime de descanso semanal e nos feriados, a quantia máxima de jornada e sua distribuição semanal serão fixados em contrato individual ou acordo de interesse profissional. Verifica-se, portanto, que o Estatuto garante ao trabalhador autônomo economicamente dependente descansos semanais, descansos nos feriados e previsão de fixação da jornada de trabalho.

Prevê ainda o referido Estatuto que a realização de atividade por tempo superior ao pactuado contratualmente será voluntária, não podendo exceder o incremento máximo estabelecido em acordo de interesse profissional ou, na ausência deste, o percentual de 30% do tempo ordinário de atividade individualmente acordado (artigo 14, item 3).

Portanto, fica evidente que o Estatuto destinou ao trabalhador autônomo economicamente dependente uma série de garantias relacionadas à jornada ou duração do trabalho, buscando, assim, garantir um patamar mínimo de dignidade ao trabalho prestado pelo referido trabalhador.

O artigo 15 do Estatuto prevê as possibilidades de extinção do contrato, quais sejam: o mútuo acordo, as causas validamente consignadas no contrato, morte, aposentadoria ou invalidez incompatíveis com a atividade; rescisão unilateral por justa causa ou sem justa causa, sendo necessário, nesse último caso, o aviso prévio à parte contrária.

Vale ainda destacar que a Espanha, em sessão realizada no dia 28 de julho de 2010, aprovou, em caráter definitivo, um *“Proyecto de Ley por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”*⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ ESPANHA. **Proyecto de Ley 121/000055**. Proyecto de Ley por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Disponível em:

Como se vê, a Espanha, seguindo a linha de proteção aos trabalhadores autônomos desencadeada com a promulgação do Estatuto do Trabalho Autônomo (Lei 20/2007, de 11 de julho), aprovou, recentemente, um sistema específico de proteção para os casos de cessação da atividade dos trabalhadores autônomos.

Tal sistema de proteção abrange tanto os trabalhadores autônomos típicos quanto os trabalhadores autônomos economicamente dependentes, e compreende, por exemplo, uma prestação econômica em razão da cessação total, temporal ou definitiva da atividade por parte do trabalhador autônomo, prestação esta que, nos termos do artigo 3.1.a, possui natureza pública e está compreendida dentro da ação protetora do sistema de seguridade social espanhol.⁴⁴⁶

Portanto, fica claro que a regulamentação e proteção do trabalho autônomo na Espanha não foi paralisada com a edição do Estatuto do Trabalho Autônomo. Ao contrário, tal proteção vem sendo ampliada e reforçada, como ocorreu com o exemplo acima.

Quanto às garantias destinadas aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, cumpre ressaltar ainda a previsão de interrupções justificadas da atividade profissional (artigo 16) e a competência dos órgãos jurisdicionais da ordem social para análise das pretensões judiciais dos referidos trabalhadores (artigo 17), sendo, todavia, requisito prévio para a tramitação dos processos a intenção de conciliação ou mediação ante o órgão administrativo que assumira essas funções (artigo 18).

Fica evidente, portanto, que, em razão da dependência econômica ao tomador dos serviços, o trabalhador autônomo economicamente dependente foi objeto de

<http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A_055-01.PDF>. Acesso em: 30 de jul. 2010.

⁴⁴⁶ “Artículo 3. Acción protectora. 1. El sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes: a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad. Dicha prestación tiene naturaleza pública y está comprendida, en los términos previstos en el artículo 41 de la Constitución, dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social”. (Ibidem).

uma proteção mais ampla e efetiva por parte da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007.

Por fim, os direitos coletivos dos trabalhadores autônomos, os princípios gerais em matéria de proteção social e o fomento e promoção do trabalho autônomo foram regulados pelo Estatuto respectivamente nos títulos III, IV e V.

5.3.3 O trabalhador autônomo economicamente dependente e a figura do trabalhador parassubordinado

A leitura da definição e das características do trabalhador autônomo economicamente dependente revela que, em verdade, tal figura se assemelha e muito ao trabalhador parassubordinado previsto na legislação italiana.

Isto porque o trabalhador autônomo economicamente dependente é identificado, na legislação espanhola, como sendo aquele trabalhador que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de quem depende economicamente por perceber ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais.⁴⁴⁷

Assim, o parágrafo primeiro do artigo 11 do Estatuto do Trabalho Autônomo traz como requisitos para a configuração do trabalhador autônomo economicamente dependente os seguintes: onerosidade, habitualidade, pessoalidade e dependência econômica.

Outrossim, o parágrafo segundo do artigo 11, ao trazer as condições que devem ser reunidas pelo trabalhador para ser enquadrado como autônomo economicamente dependente, traz, semelhantemente ao que ocorre com o trabalhador parassubordinado italiano, o requisito da coordenação quando impõe

⁴⁴⁷ Eis o teor integral do artigo 11, item 1, do Estatuto: “Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

que o trabalhador autônomo economicamente dependente não pode ter a seu cargo empregados nem contratar ou subcontratar a sua atividade com terceiros e deve desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes.

Desta forma, fica evidente que, na Espanha, o que se convencionou denominar de trabalhador autônomo economicamente dependente, ilustra a mesma realidade do trabalhador denominado de parassubordinado, na Itália, sendo que, no caso Espanhol, a dependência econômica ou fraqueza contratual é colocada não só como razão para proteção, mas também como requisito para configuração dessa espécie de trabalhador.

No que tange aos efeitos jurídicos da criação dessa nova espécie de trabalhador na Espanha, verifica-se a mesma realidade inaugurada pela legislação italiana. Conforme destaca Lorena Vasconcelos Porto: “[...] na lei espanhola, do mesmo modo que nas ordens jurídicas italiana e alemã, os parassubordinados são destinatários de direitos e garantias bastante inferiores com relação aos empregados”.⁴⁴⁸

Por fim, destaca a referida autora que “[...] o único aspecto positivo da lei espanhola é prever a extensão de tutelas aos trabalhadores verdadeiramente autônomos”.⁴⁴⁹

5.4. A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO OBJETIVA

Arion Sayão Romita, em obra específica sobre o tema⁴⁵⁰, investiga o requisito da subordinação jurídica, buscando encontrar sua essência, seus fundamentos e, a partir daí, formular o seu conceito.

A partir da distinção entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, sendo aquele caracterizado pelo desempenho, por parte do trabalhador, de uma

⁴⁴⁸ PORTO, op. cit., p. 117.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 117.

⁴⁵⁰ ROMITA, op. cit., 1979.

atividade destinada à organização dos fatores de produção (capital e trabalho), visando um determinado resultado, e, de outro lado, sendo o trabalho subordinado um dos fatores de produção cuja propriedade compete ao empresário que, assim sendo, organiza-os, assume os riscos e se aproveita dos seus resultados⁴⁵¹, Arion Sayão Romita conclui que o aspecto subjetivo da subordinação, representado pelo exercício do poder de comando por parte do empregador, “[...] revela aspecto importante da subordinação, mas não desvenda a essência do instituto”.⁴⁵²

Aponta o referido autor, citando Alberto Sidaoui, que a subordinação, vista sob o aspecto subjetivo, apresenta três matizes: pessoal, técnico e econômico, assim considerados:

Quando o trabalhador observa pontualmente as ordens recebidas, subordina-se pessoalmente. Quando realiza o trabalho conforme as regras de execução que lhe derem, está debaixo da subordinação técnica. E quando estima como fonte de suas receitas e base de seu patrimônio o salário que recebe, subordina-se economicamente. No fundo, toda relação de emprego, contém a subordinação com esses três matizes. Só que seu grau e seu colorido aumentam ou diminuem de acordo com a classe do serviço prestado. O trabalhador não qualificado apresenta em alto grau os três tipos de subordinação. O qualificado e o técnico acham-se em grau quase insignificante de subordinação técnica, pois são eles que ditam as regras técnicas a que obedecerá a execução do trabalho. A subordinação econômica será muito atenuada no caso de profissionais liberais e em casos de pluralidade de contratos de emprego.⁴⁵³

A partir das experiências da doutrina francesa e da doutrina italiana, Arion Sayão Romita passa a formular o conceito de subordinação jurídica sob o prisma objetivo, sendo certo, já naquela época, para o referido autor, que “[...] o tradicional critério subjetivista e personalista, que considera a subordinação pelo prisma da direção e fiscalização, do poder de mando e dever de obediência mostra-se, hoje em dia, insuficiente”.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Ibidem, p. 74.

⁴⁵² Ibidem, p. 74.

⁴⁵³ Ibidem, p. 77-78.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 79.

A concepção objetiva da subordinação jurídica, portanto, ao fazer uma crítica à concepção subjetivista da subordinação jurídica, que vê nesta uma expressão do poder diretivo do empregador exercido sobre a pessoa do empregado, inaugura uma visão de subordinação jurídica que identifica o exercício do poder de direção sobre a atividade do trabalhador:

A subordinação gravita em torno da atividade. Exercita-se, porém, sobre comportamentos de recíproca expressão, que se definem pela integração da atividade do empregado na organização empresarial. É certo que a própria pessoa do trabalhador está envolvida na relação de trabalho, mas é *a atividade* do empregado que se insere na organização da empresa. A relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem *objetiva*, pois visa à atividade do empregado.⁴⁵⁵

Trata-se, pois, de uma reação à visão que concebe o poder diretivo como algo que é exercido sobre a pessoa do empregado, o que, de acordo com as lições de Paulo Emílio Ribeiro Vilhena, é reflexo “[...] do preconceito histórico da implicação do homem como objeto de direito [...]”.⁴⁵⁶

Dentro desse contexto, Arion Sayão Romita revela, a partir de uma concepção objetiva, o seu conceito de subordinação jurídica:

Fixando o conceito objetivo de subordinação, chega-se à assertiva de que ela consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho.⁴⁵⁷

O conceito de subordinação jurídica proposto pelo autor, como se vê, ultrapassa os limites da concepção subjetiva de subordinação jurídica, uma vez que não contempla a necessidade do exercício do poder de direção por parte do empregador sobre a pessoa do empregado.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 81.

⁴⁵⁶ VILHENA, op. cit., p. 257.

⁴⁵⁷ ROMITA, op. cit., p. 82.

A subordinação do empregado, portanto, fica atrelada à integração de sua atividade na organização do tomador de serviços. Ressalte-se, por oportuno, que o conceito proposto por Arion Sayão Romita revela sintonia com a concepção objetiva de poder diretivo proposta por Paulo Emílio Ribeiro Vilhena, quando destaca que:

Se há atividade, se há trabalho pessoal para a empresa, cujo círculo de repercussão esteja dentro da normal precisão do empregador, está-se exercitando sobre esse trabalho poder diretivo, porque esse trabalho se integra, necessária e continuamente, na atividade geral da empresa. Insiste-se: o poder diretivo revela-se pela natureza objetiva do vínculo, através do qual o empregador conta de modo permanente e até virtualmente com a atividade-trabalho daquela pessoa que participa da atividade da empresa.⁴⁵⁸

A grande contribuição, portanto, da concepção objetiva da subordinação jurídica reside na superação da tese de que subordinado é aquele trabalhador que se encontra sujeito, constante e intensamente, ao exercício efetivo do poder diretivo do empregador, o que se revelaria, por exemplo, através do rigoroso sistema de ordens emanadas pelo tomador dos serviços.

Assim, dentro de uma visão objetiva de subordinação jurídica, esta não pressupõe o exercício constante e efetivo do poder diretivo do empregador sobre a pessoa do empregado. Bastaria, para tanto, que o empregador, por força do contrato de trabalho e por ser o detentor dos meios de produção, possa exercer tal direção.

Nesse sentido, conclui Arion Sayão Romita que:

[...] Por isso, a subordinação não deve ser confundida com submissão a horário, controle direto do cumprimento de ordens, etc. O que importa é a possibilidade, que assiste ao empregador, de intervir na atividade do empregado.⁴⁵⁹

A proposta de Arion Sayão Romita, portanto, segue rigorosamente o segundo caminho sugerido nos tópicos anteriores. Há um só tempo, o referido autor reforça

⁴⁵⁸ VILHENA, op. cit., p. 259.

⁴⁵⁹ ROMITA, op. cit., p. 84.

a ideia de que o objeto do Direito do Trabalho é única e exclusivamente o trabalho subordinado⁴⁶⁰, e revisa e amplia o conceito da subordinação jurídica para identificá-la quando “[...] o trabalhador participa, de forma continuada e no âmbito da empresa, do ciclo produtivo, inserindo-se na organização empresarial”.⁴⁶¹

Ainda hoje, entretanto, a concepção subjetiva da subordinação jurídica vem se mantendo presente na maioria das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Trabalhistas nacionais.

Perguntas como: “quem lhe dava ordens?”; “havia controle de horário?”, ainda são frequentemente utilizadas pelos Juízes Trabalhistas nas lides que envolvem pedido de reconhecimento de vínculo de emprego.

O caso que será relatado a seguir demonstra como a concepção subjetiva da subordinação jurídica ainda, em muitas situações, prevalece em detrimento da concepção objetiva deste requisito.

Trata-se de um caso envolvendo o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego de uma revendedora cuja função consistia na revenda de produtos de uma empresa que atua no setor de cosméticos.

A decisão de primeiro grau, proferida pelo Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região – BA Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, a partir de uma concepção objetiva do requisito da subordinação jurídica, conclui pela existência do vínculo de emprego entre as partes, revelando que:

[...] Do conjunto probatório, verifica-se que a Reclamante, vendedora, atuava na atividade fim da Reclamada, empresa de vendas, com a observância de um padrão de vendas (reuniões de orientações e folhetos de preços), bem como possibilidade exclusão do sistema na hipótese de baixo rendimento (baixa performance). Somente pela natureza dos fins da atividade, verifica-se que a Reclamante era totalmente subordinada à Reclamada, uma vez que executava a atividade principal daquela, qual seja: venda de produtos. Cuida-se, assim, da chamada de

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 91.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 92.

subordinação objetiva [...]. Do ponto de vista econômico, é inexplicável que um empreendimento cuja finalidade é “vendas”, não tenha nenhum vendedor empregado, sendo que são estes trabalhadores os responsáveis pela a execução da atividade fim da empresa. [...] Ora, o labor de uma vendedora, intitulado como revendedor pela Reclamada, é tipicamente subordinado, pois este não detém qualquer autonomia para modificar os produtos oferecidos pela empresa. [...] A autonomia presente relativa ao horário de trabalho, também, não descaracteriza o vínculo empregatício, inclusive porque já prevista para o empregado no art. 62 da CLT. [...].⁴⁶²

A sentença em questão, portanto, revela que a subordinação da revendedora à empresa encontra-se presente no fato de que a referida trabalhadora executava a principal atividade da tomadora de serviços, qual seja: revenda dos cosméticos.

Ressalta ainda a decisão em tela que não há, no referido caso, como se propor uma autonomia para a revendedora uma vez que esta não é dona de seu próprio negócio. Pelo contrário, conforme aponta a decisão, a empresa tomadora dos serviços fornecia à revendedora folhetos de produtos contendo o preço de venda e o percentual de descontos possíveis de serem concedidos, ou seja, definia o padrão de vendas dos produtos.

A decisão em questão chega ainda a revelar que, no caso em análise, a subordinação se fazia presente inclusive em sua faceta subjetiva, uma vez que a revendedora poderia sofrer punições (poder punitivo) em razão de baixa performance.

Portanto, a decisão de primeiro grau concluiu pela existência do vínculo de emprego, primeiro, em razão da existência da subordinação jurídica em sua faceta objetiva (integração na atividade do tomador dos serviços) e, segundo, a partir da constatação da existência de elementos que evidenciam o exercício efetivo do poder diretivo por parte do tomador dos serviços (poder punitivo), o que

⁴⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Reclamação Trabalhista n.º **0047000-18.2009.5.05.0195**. Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Publicada no DEJT 11 dez. 2009. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAMuvAA sAAApguAAF>. Acesso em 01 nov. 2010.

revela, portanto, a existência de subordinação jurídica também em sua concepção subjetiva.

Ocorre que o Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região, em decisão publicada no dia 31 de agosto de 2010, reformou, de forma unânime, a decisão de primeiro grau e, assim, declarou inexistente o vínculo de emprego pretendido pela revendedora.

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região, filiada à concepção subjetiva da subordinação jurídica, conclui pela inexistência deste requisito na relação mantida entre as partes em razão da ausência de controle de horário e da ausência do exercício efetivo do poder de comando por parte do tomador dos serviços. Nesse sentido, afirma o acórdão que:

[...] Da análise do conjunto probatório residente nos autos, no entanto, verifica-se que a autora trabalhou de forma autônoma para a reclamada, pois não estava sujeita a jornada de trabalho e nem a comando ou direção da empresa na forma em que iria desenvolver o seu trabalho. [...].⁴⁶³

Como se vê, para o Tribunal, a ausência de controle de horário e de exercício efetivo do poder de direção por parte do tomador de serviços, deixam transparecer uma relação de trabalho autônoma.

Ressalte-se, inclusive, que o Tribunal chega a afirmar que:

[...] o estabelecimento de metas a serem cumpridas e a possibilidade de descredenciamento de vendedoras, não são suficientes, por si só, para concluir pela existência de subordinação típica da relação de emprego entre a autora e a empresa reclamada.

Com efeito, a existência de algum controle da empresa sobre as atividades desenvolvidas pelas revendedoras e pelas executivas, como os já mencionados (manual, reuniões, estabelecimento de

⁴⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário n.º **0047000-18.2009.5.05.0195**. Rel.^a Des.^a Graça Boness. Publicado no DEJT 31 ago. 2010. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAMuvAAzAAA2FcAAU>. Acesso em 01 nov. 2010.

metas, descredenciamento) não são suficientes para caracterizar uma relação de emprego [...].⁴⁶⁴

Por fim, cumpre destacar que o acórdão do Tribunal, em momento algum, discorre acerca da concepção objetiva da subordinação jurídica, como o fez o Juiz de primeiro grau, comprovando que, ainda hoje, a subordinação jurídica, na visão dos Tribunais Trabalhistas do Brasil, mantém ainda uma íntima ligação com o exercício intenso e efetivo do poder de comando por parte do tomador dos serviços.

Seguindo a tese da subordinação objetiva, assim como o fez o Juiz de primeiro grau no caso analisado acima, o Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região – Rio Grande do Sul, recentemente, reconheceu o vínculo de emprego entre uma vendedora e a produtora dos produtos vendidos por aquela. Segue abaixo o trecho do acórdão que destaca a subordinação objetiva:

[...] Verificando-se a participação integrativa do trabalhador na atividade-fim da empresa, resta caracterizada a sua subordinação, sob um prisma objetivo, que transcende à simples sujeição a ordens, orientação e disciplina. Nesse contexto, como a atividade da autora consistia na venda em feiras dos produtos confeccionados pela reclamada justamente com essa finalidade, sua atividade está plenamente integrada no objetivo do empreendimento. Logo, há subordinação objetiva. Não seria razoável admitir que uma vendedora de loja atuasse com autonomia, alheia às diretrizes traçadas pelo dono do empreendimento. [...] Não descaracteriza a subordinação o fato de a autora ter a faculdade de recusar sua participação em feiras sem sofrer sanções, o que é referido pela testemunha convidada pela reclamada (fl. 382). [...] Também não exclui a subordinação a circunstância de o trabalho da autora nas feiras não ser controlado de perto pela empresa, pois é certo que, contratada para trabalhar nesses eventos, deveria a reclamante cumprir jornada mínima coincidente com o horário de funcionamento das feiras, cláusula que pode ser implicitamente extraída do contrato entabulado entre as partes. [...] Outrossim, o fato de a autora custear a sua própria alimentação, hospedagem e outras despesas necessárias para a execução do trabalho (consoante afirmado pela testemunha Jaqueline - fl. 196) não é elemento suficiente para afastar o vínculo empregatício, representando, isso sim, o descumprimento da obrigação do empregador de arcar integralmente com os custos da atividade econômica (art. 2º da CLT). [...]⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n.º **0023400-18.2007.5.04.0404**. Rel.ª Des.ª Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Publicado no DEJT, 22 jul. 2010.

Os casos analisados, portanto, deixam claro como a concepção objetiva da subordinação jurídica possibilita o enquadramento de diversos trabalhadores, considerados autônomos à luz da concepção subjetiva da subordinação jurídica, como verdadeiros empregados, passíveis, conseqüentemente, de tutela trabalhista.

5.5. A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

A tese da subordinação estrutural, no Brasil, foi encampada por Maurício Godinho Delgado, em obra na qual propõe a extensão dos direitos fundamentais a relações de trabalho não empregatícias, como, por exemplo, as relações mantidas pelos trabalhadores eventuais e pelos trabalhadores autônomos hipossuficientes.⁴⁶⁶

Para tanto, conclui o referido autor que, para que se consiga ampliar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, é necessário um alargamento do Direito do Trabalho, ampliando-se o seu campo de abrangência.⁴⁶⁷

O caminho escolhido por Maurício Godinho Delgado para conseguir alcançar o objetivo pretendido de ampliar o campo de abrangência do Direito do Trabalho, coincide com o segundo dos caminhos propostos nas linhas anteriores, qual seja: amplia-se o campo de abrangência do Direito do Trabalho por meio da renovação do conceito da subordinação jurídica, adequando-a ao mundo do trabalho contemporâneo.

Disponível em:

<http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:xhENhh2hfjYJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D35276089+inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2010-04-01..2010-10-29+++feiras&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 01 nov. 2010.

⁴⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006, p. 667.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 667.

Propõe, então, Maurício Godinho Delgado, a superação do conceito clássico de subordinação jurídica, que a concebe dentro de um prisma subjetivo e a resume à sujeição do trabalhador às ordens do tomador dos serviços.

Observa o autor, entretanto, que o critério da subordinação objetiva, tratado no tópico anterior, embora tenha revelado uma intenção louvável, não se consolidou no mundo jurídico em razão de sua amplitude desproporcional. Afirma o autor, nesse sentido, que: *“Noutras palavras, a desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para o seu desprestígio”*.⁴⁶⁸

A partir disto, Maurício Godinho Delgado elabora o conceito de subordinação estrutural, esclarecendo que:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.⁴⁶⁹

Em decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região, na qual figurou como Desembargador Relator, o referido autor, àquela época Desembargador do referido Regional e, atualmente, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, aplicou a teoria da subordinação estrutural para reconhecer o vínculo de emprego entre um entregador e uma empresa de transporte e entrega de mercadorias. Naquela oportunidade, ressaltou o autor as três dimensões da subordinação jurídica (clássica, objetiva e estrutural), ressaltando que esta pode se manifestar em qualquer das referidas dimensões:

[...] EMENTA: SUBORDINAÇÃO JURÍDICA - DIMENSÕES PERTINENTES (CLÁSSICA, OBJETIVA E ESTRUTURAL) – A subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 667.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 667.

pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º, caput, CLT). [...].⁴⁷⁰

Portanto, a subordinação estrutural proposta por Maurício Godinho Delgado supera o conceito clássico de subordinação jurídica, considerando presente esta quando o trabalhador se integra à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante.

Percebe-se, nesse sentido, que o conceito de subordinação estrutural, em que pese se preste para o fim a que foi proposto (ampliar a proteção destinada pelas normas trabalhistas), é mais restrito que o conceito de subordinação objetiva proposto por Arion Sayão Romita.

De acordo com o conceito de subordinação objetiva, analisado no tópico anterior, basta que o trabalhador execute os serviços fins ou principais do tomador dos serviços para que se considere que o mesmo se integrou à estrutural empresarial, sendo, portanto, empregado.

No caso da subordinação estrutural, é necessário ainda que o trabalhador se integre à dinâmica organizativa e operacional do tomador dos serviços, se incorpore e se submeta à sua cultura corporativa dominante, ou seja, é necessário que a atividade do trabalhador participe da dinâmica organizativa e estrutural do tomador dos serviços.

O traço comum das duas propostas, portanto, reside no fato de que em ambas a subordinação jurídica prescinde do exercício efetivo do poder diretivo por parte do tomador dos serviços, que se verifica através de ordens diretas ao trabalhador.

⁴⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00173-2007-073-03-00-6**. Rel. Des. Maurício Godinho Delgado. Publicado no DJ, 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO+0713828&idAndamento=RO++0713828PACO20070821++++13455900>>. Acesso em 01 nov. 2010.

5.6. A SUBORDINAÇÃO INTEGRATIVA

A subordinação integrativa, expressão cunhada por Lorena Vasconcelos Porto em obra específica sobre o tema⁴⁷¹, é fruto de um processo de universalização da subordinação proposto pela referida autora.

A partir da constatação de que, atualmente, há diversas situações em que se deve considerar existente a relação de emprego, em que pese não esteja presente a subordinação clássica, mas há também, mesmo nos dias atuais, inúmeras relações de emprego caracterizadas pela presença da subordinação clássica, Lorena Vasconcelos Porto propõe a universalização da subordinação, assim considerada como o processo através do qual se conjugam subordinação clássica e subordinação integrativa.⁴⁷²

Assim, sem pretensão alguma de abandonar a concepção clássica da subordinação jurídica, já que, conforme observado pela autora, esta ainda se faz presente na maioria das relações de emprego, Lorena Vasconcelos Porto soma a este critério o conceito de subordinação integrativa.

Partindo da subordinação objetiva, mas com esta não se confundindo, uma vez que a referida autora segue a crítica formulada por parte da doutrina ao conceito em questão, concebendo-a como demasiadamente amplo, já que possibilita, inclusive, a abrangência de trabalhadores verdadeiramente autônomos, Lorena Vasconcelos Porto propõe um critério de subordinação que conjugue o critério da subordinação jurídica com os critérios que excluem a autonomia, sendo esta última verificada a partir de certos indícios:

Os referidos indícios são: o obreiro deve prestar a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originariamente, mas, sim, a esta última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, os quais são assumidos por seu empregador. O trabalhador que cumpre tais requisitos não pode ser qualificado, de modo algum, como autônomo. A aplicação dessas noções, portanto, permite evitar que obreiros

⁴⁷¹ PORTO, op. cit.

⁴⁷² Ibidem, p. 252.

verdadeiramente autônomos sejam enquadrados como subordinados.⁴⁷³

A partir dessa ideia de conjugação do critério da subordinação objetiva com os indícios que excluem a autonomia, Lorena Vasconcelos Porto propõe o conceito de subordinação integrativa:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente os riscos de perdas ou ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.⁴⁷⁴

Por fim, destaca a autora que, em razão do fato da identificação da subordinação clássica ser mais fácil, quando presente, o Juiz deverá se valer do conceito de subordinação integrativa somente quando ausente a primeira dimensão da subordinação, afinal, dentro da proposta universalizante da autora, o conceito de subordinação abrange tanto a subordinação clássica quanto a subordinação integrativa.⁴⁷⁵

5.7. A SUBORDINAÇÃO RETICULAR

A subordinação reticular surge como mais uma dimensão da subordinação jurídica, relacionada, entretanto, – e aí que surge sua nota característica – ao fenômeno da união de empresas em um sistema de rede. A denominação subordinação reticular, portanto, deriva do fenômeno da empresa-rede.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Ibidem, p. 253.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 253.

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 254.

⁴⁷⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007, p. 213.

Conforme destacam José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes “[...] a idéia de rede empresta à subordinação jurídica um efeito reticular [...]”.⁴⁷⁷

A partir da identificação do fenômeno da reestruturação produtiva, que permitiu a flexibilização da rigidez hierárquica típica do modelo de produção taylorista/fordista, o que acarretou a substituição do modelo de produção ordem-subordinação pelo modelo colaboração-dependência, José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes passam a reelaborar o conceito de subordinação jurídica.⁴⁷⁸

Para tanto, os autores elaboram os seguintes questionamentos:

Mas será que o seccionamento da hierarquia - ou dos elementos originários que definiam o empregador - são suficientes para afastar a incidência da relação de emprego?

Teria, então, a relativização do exercício do poder em seu aspecto subjetivo, com a criação de comandos abstratos presentes no regulamento, no treinamento ou mesmo nos contratos, criado um *tertius* até então desconhecido pela história do direito ou pela trajetória do trabalho?

Por fim, seria ainda a relativização do aspecto objetivo do poder decorrente da expressiva remuneração ou execução do trabalho em local distante da estrutura central que esmaeceria o conceito de subordinação jurídica e o próprio conceito jurídico de empregador, como concebido pelo direito brasileiro?⁴⁷⁹

Nesse sentido, os autores avaliam os instrumentos jurídicos e políticos através dos quais a empresa-rede coordena, precifica e controla a produção, deixando de fora da tutela do Direito do Trabalho trabalhadores concebidos como autônomos-dependentes.

Para José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes, há, no caso do trabalho prestado pelos referidos autônomos-dependentes, subordinação, mesmo que difusa, latente e diferida.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 215.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 212.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 212-213.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 212.

Na prática, segundo os autores, tais trabalhadores seriam supostamente autônomos uma vez que, mesmo possuindo um controle relativo sobre o seu próprio trabalho, se inserem habitualmente na atividade produtiva alheia e não possuem nenhum controle sobre a atividade econômica.⁴⁸¹

Portanto, a subordinação reticular encontra-se atenta ao fenômeno da reestruturação produtiva, marcado por certo grau de liberdade conferida ao trabalhador na execução dos serviços e pelo fenômeno da associação empresária.

Assim, conforme advertem os autores:

[...] Trata-se, pois, de ressignificar ou plurissignificar o conceito de subordinação jurídica, para compreendê-lo de modo dinâmico. Parafraseando o senso comum, a subordinação jurídica emerge não apenas do uso da voz do empregador, do supervisor, ou do capataz. Ela pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então “reticular”, também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo suposto empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja, mas por não ser o único empregador. A rede econômica montada pelas empresas, quer no modelo hierarquizado, como ocorre em empresas de segurança, *call centers*, quer assuma as múltiplas formas jurídicas de cooperação empresarial, é uma realidade. Partindo dessa premissa, faz-se necessário enredar o conceito de subordinação jurídica, emprestando-lhe um caráter estrutural e reticular. Nesse sentido, sempre que reconhecida a atividade econômica em rede, é necessário imputar a condição de empregador a todos os integrantes da rede econômica, atraindo assim a incidência do princípio da proteção e seus aspectos conseqüentes: a aplicação da regra ou da condição mais benéfica.⁴⁸²

Desta forma, a partir de um conceito de subordinação estrutural-reticular, os autores buscam reconhecer a condição de empregados dos “[...] trabalhadores

⁴⁸¹ Ibidem, p. 214.

⁴⁸² Ibidem, p. 215.

que ingressam na estrutura da empresa ou da rede de empresas, ainda que suas contratações estejam amparadas por contratos de trabalho autônomos. [...]”⁴⁸³

No âmbito dos Tribunais nacionais, a tese da subordinação reticular já vem sendo objeto de análise e aplicação, como se pode extrair do julgado abaixo, proferido pelo Tribunal Regional da 15ª Região – Campinas:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SUBORDINAÇÃO RETICULAR. CONFIGURAÇÃO. Dá-se a chamada subordinação reticular quando, não obstante o laborista tenha um controle relativo sobre suas funções, de forma supostamente autônoma, não detém a mesma autonomia com relação ao aspecto econômico da atividade empresarial. Na dúvida entre o trabalho dito “autônomo-dependente” e o empregado clássico, a boa regra de hermenêutica aconselha a não reduzir o potencial expansivo e protetivo do direito do trabalho. Nestas condições, com a existência simultânea dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego, a saber; onerosidade, pessoalidade e habitualidade, deve-se reconhecer o vínculo empregatício, com a conseqüente descaracterização de outras formas de relação de trabalho. Recurso da ré a que se nega provimento.⁴⁸⁴

A subordinação reticular, portanto, revela-se como mais uma tentativa de aplicação do rol de normas trabalhistas a trabalhadores que, fruto do processo de reestruturação produtiva desencadeado ainda no século XX, não são identificados como empregados através do critério da subordinação jurídica clássica.

⁴⁸³ Ibidem, p. 216.

⁴⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n.º **0090100-94.2007.5.15.0007**. Rel. Des. Carlos Roberto do Amaral Barros. Publicado no DEJT, 04 jun. 2010. Disponível em: <
<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pIdProc=1597295&pDbLink=>>. Acesso em 01 nov. 2010.

6 A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL

6.1 AS RAZÕES DA PROPOSTA

O presente trabalho, até o momento, demonstrou que o critério da subordinação jurídica clássica – concepção subjetiva que implica exercício efetivo e intenso do poder diretivo – não se revela mais suficiente para alcançar o fim a que se propõe historicamente o Direito do Trabalho: proteger os trabalhadores hipossuficientes.

No âmbito da 2ª Revolução Industrial, como já visto, a subordinação jurídica clássica conseguia demarcar, com certo grau de segurança, a distinção entre trabalhadores autônomos e trabalhadores subordinados, uma vez que, naquela época, se mantinha hegemônico o modelo de produção taylorista/fordista, que pregava, a partir da teoria da administração científica de Taylor, um rigoroso controle hierárquico e disciplinar dos trabalhadores.

Assim, dentro desse rigoroso controle hierárquico e disciplinar dos trabalhadores, a dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado se destacava, sendo aquele prestado pelo trabalhador que era dono do seu próprio negócio e esse prestado pelo trabalhador que se sujeitava, intensa e constantemente, às ordens emanadas pelo tomador dos serviços.

Com a inauguração da Terceira Revolução Industrial e a reestruturação produtiva, surge, conforme já noticiado, um novo modelo de produção – Toyotismo – que prega um modelo de empresa flexível, que transforma grande parte dos prestadores de serviços a ela vinculada de empregados em autônomos, denominados muitas vezes de colaboradores.

A transformação em questão decorre da maior liberdade na execução do trabalho conferida a esses novos trabalhadores, que passam a internalizar o poder diretivo, sendo fiscais do próprio trabalho.

O tomador de serviços, com relação a esses novos trabalhadores, dita normas gerais e orientações genéricas acerca do serviço a ser prestado, deixando a execução deste mais livre ao prestador.

Essa liberdade na execução dos serviços, portanto, ganha contornos de autonomia. Todavia, essa autonomia não vem acompanhada da propriedade dos bens de produção, mantendo-se o trabalhador hipossuficiente com relação ao tomador dos serviços, revelando, assim, que, em verdade, trata-se de falsos autônomos, falsos cooperados ou falsos prestadores de serviços, conforme notícia Amauri Cesar Alves:

A reestruturação produtiva, a política econômica neoliberal e a globalização transformaram o mundo do trabalho nos últimos anos no Brasil. O emprego formal, com carteira assinada, vem sendo substituído pelo trabalho autônomo e sem registro. Vários são os fenômenos que demonstram o crescimento do trabalho informal, dentre eles o alto índice de trabalho autônomo, de assalariamento ilegal – que são trabalhadores contratados à margem da legislação – dentre outros.

[...]

Outro fenômeno crescente e preocupante é o da exploração da mão-de-obra assalariada pelas contratações ilegais travestidas de legalidade, ou seja, o empregador, aproveitando-se de brechas na legislação ou em patente fraude à lei, forja contratação de trabalho sem vínculo de emprego quando na verdade o que há é o assalariamento ilegal. Vários são os exemplos como o das pseudo-cooperativas de trabalho, da contratação de ‘autônomos’ para trabalho com vínculo de emprego, da terceirização via ex-empregado, etc.⁴⁸⁵

Assim, diante do quadro instaurado e da existência de trabalhadores, igualmente hipossuficientes aos empregados caracterizados pela subordinação clássica, o Direito do Trabalho passa a buscar ampliar seu campo de abrangência, uma vez que:

[...] se a matriz originária do Direito do Trabalho – fundada na subordinação clássica como elemento apto a determinar o ente a ser protegido por este ramo jurídico especial – não mais consegue sustentar uma série de relações do trabalho dependentes de tutela, é necessário repensá-la, sob pena de perda do sentido teleológico desta estrutura jurídica. É sabido que o Direito do

⁴⁸⁵ ALVES, op. cit., p. 35.

Trabalho nasceu para corrigir a desigualdade existente entre empregados e empregadores. É necessário que ele continue a proteger a parte hipossuficiente da relação, ainda que não haja subordinação clássica.⁴⁸⁶

Desse modo, para alcançar esse objetivo, como visto, dois caminhos podem ser seguidos. O presente trabalho segue o segundo dos caminhos indicados, propondo uma revisão e consequente ampliação do conceito de subordinação jurídica.

6.2 A ESCOLHA DO SEGUNDO CAMINHO: POR UMA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Dentro da perspectiva sugerida ao longo dessa obra, tem-se por louvável qualquer intenção ou tentativa de ampliação da abrangência do campo de atuação do Direito do Trabalho, seja ela através da inclusão, no objeto do Direito do Trabalho, de trabalhadores outros que não são classicamente subordinados, propondo, assim, uma tutela proporcional à dependência de cada trabalhador, ou seja ela através da revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica. Ambos os caminhos visam, em sua essência, o mesmo intento: garantir aos novos trabalhadores a aplicação dos direitos e garantias trabalhistas.

Seguir um ou outro caminho, em verdade, constitui, além de uma opção didática, uma crença maior no sentido de que um dos dois caminhos conseguirá alcançar o objetivo pretendido de forma mais eficaz.

Assim é que o presente trabalho, pelos motivos que serão abaixo apresentados, opta por propor uma revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica, assim como propuseram, no Brasil, por exemplo, Arion Sayão Romita (subordinação objetiva), Maurício Godinho Delgado (subordinação estrutural), Lorena Vasconcelos Porto (subordinação integrativa) e José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes (subordinação reticular).

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 82.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, historicamente, a relação de emprego, assim entendida como a relação de trabalho consubstanciada em uma prestação de serviços de natureza pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada, se consolidou como o objeto do Direito do Trabalho:

De todo o exposto pode-se inferir que a relação de emprego é o núcleo básico do Direito do Trabalho. É a espécie de relação de trabalho que tem por sujeitos o empregado, que disponibiliza sua força de trabalho, e o empregador, que adquire a mão-de-obra ofertada. Permeiam tal relação jurídica elementos extraídos da realidade fática e consagrados pelo Direito (trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação), que irão justificar uma série de proteções legais. Ao Direito do Trabalho, sobretudo o Direito Individual do Trabalho, não interessam diretamente todas as espécies de relação de trabalho, mas apenas uma em especial: a relação de emprego. Dadas as suas especificidades, a relação de emprego assumiu, ao longo dos últimos séculos, posição de destaque no mundo do trabalho capitalista.⁴⁸⁷

O destaque da relação de emprego como objeto do Direito do Trabalho é fruto das características que diferenciam essa espécie de relação de trabalho, na qual o trabalhador presta serviços de natureza pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada.

Assim é que uma relação que reúna esses quatro elementos fático-jurídicos merece, e com razão, uma proteção por parte das normas e garantias trabalhistas. Afinal, em relações dessa natureza, o trabalhador executa ele próprio os serviços (pessoalidade), esta prestação de serviços mantém um grau de habitualidade (não-eventualidade), seja ela contínua (teoria da continuidade) ou ligada aos fins do tomador dos serviços (teoria dos fins do empreendimento), executa suas atividades em troca de uma contraprestação, na grande maioria das vezes para garantir a sua subsistência e de sua família (onerabilidade) e, por fim, prestando um serviço por conta alheia, se submete ao poder diretivo do tomador de serviços já que não detém a propriedade dos meios de produção, possuindo única e exclusivamente sua força de trabalho que é colocada à disposição de outrem.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 53.

Vale ressaltar que, em muitas atividades, se fazem presentes alguns dos requisitos acima destacados, mas nunca de forma conjunta. É o que ocorre, por exemplo, com o trabalho eventual, aquele prestado sem previsibilidade de repetição⁴⁸⁸, que pode revelar traços de subordinação. Imagine-se, por exemplo, um proprietário de um carro que, ao estacionar seu carro na rua, avista um lavador de carros e contrata este para lavar o seu carro. Neste caso, é presumível que o proprietário dirija ordens ao prestador dos serviços, sendo que, entretanto, tratar-se-á de um trabalho eventual, já que se esgotará naquele ato.

O trabalho verdadeiramente autônomo, por sua vez, pode se revelar um trabalho não-eventual, bastando para tanto que a prestação de serviços executada pelo trabalhador autônomo, concebido como aquele que é dono do seu próprio negócio, mantenha uma periodicidade. Nesse caso, o que não haverá é subordinação jurídica.

Desta forma, verifica-se que a relação de emprego, por reunir os quatro requisitos acima destacados, se consolidou, ao longo do tempo, como o objeto do Direito do Trabalho, sendo destinatária, portanto, integralmente dos direitos e garantias trabalhistas.

Assim, quando se propõe o alargamento do objeto do Direito do Trabalho, que passaria a tutelar todas as modalidades de relação de trabalho (eventual, parassubordinada, autônoma-dependente etc.), o fazendo de forma proporcional à dependência do trabalhador, a relação de emprego, objeto clássico do Direito do Trabalho, passa a sair de cena, ficando fadada ao desaparecimento.

Outrossim, quando se propõe uma proteção à medida da dependência, reservando ao trabalhador subordinado classicamente a integralidade dos direitos e garantias trabalhistas e aos demais trabalhadores somente alguns desses direitos, o que se convencionou denominar de patamar mínimo, acaba-se, como demonstrado por Jorge Luiz Souto Maior, fazendo com que o Direito do Trabalho não se aplique, por inteiro, a nenhum tipo de relação de trabalho.

⁴⁸⁸ MARTINEZ, op. cit., p. 113.

O referido autor, como já visto, ao estabelecer o campo de aplicação do Direito do Trabalho, faz uma construção teórica para demonstrar que a relação de emprego, representada principalmente pelo elemento da subordinação jurídica, deve ser o objeto específico do Direito do Trabalho, sob pena de não se aplicar, com exatidão, o Direito do Trabalho a nenhum tipo de trabalho profissional.

Fazendo uma crítica à ampliação do campo de atuação do Direito do Trabalho, que teve sua discussão acirrada com o advento da E.C 45/2004, que ao modificar o art. 114 da C.F/88, ampliou a competência da Justiça do Trabalho, gerando assim um grande debate acerca também da ampliação do próprio objeto do Direito do Trabalho, Jorge Luiz Souto Maior explica que se deve a todo custo preservar a relação de emprego como o único objeto do Direito do Trabalho, que, em sua essência, sendo produto do capitalismo, visa frear a exploração do trabalho humano, uma vez que, segundo o autor, quando se constrói uma ampliação teórica, inevitavelmente, se reduz o campo de atuação, no caso, do Direito do Trabalho. Nesse sentido, conclui o autor:

Avaliemos, com efeito, a seguinte proposição: se toda relação de trabalho, não importando as suas características, está sujeita às leis trabalhistas, quando se estiver diante de uma relação de trabalho, que hoje consideramos tipicamente como autônoma, vai se acabar dizendo que diversas normas do direito do trabalho não têm como ser aplicada a tal relação jurídica, em razão das características com que o trabalho é prestado. Este resultado gera ineficácia da legislação trabalhista também quando se estiver diante de uma relação de trabalho que hoje identificamos como relação de emprego, pois a ineficácia das normas já foi posta como uma possibilidade pressuposta. Assim, cada relação de trabalho, conforme as suas características individuais, se verá a aplicação de um número impreciso e indeterminado de leis trabalhistas.⁴⁸⁹

Explica ainda o autor que a defesa pela preservação da relação de emprego não significa levantar uma bandeira contra a expansão do Direito do Trabalho. O que se quer, na verdade, é que as relações profissionais que preservem características de relação empregatícia sejam tratadas como tal, para que se possa manter uma coerência sistêmica e principiológica:

⁴⁸⁹ MAIOR, op. cit., p. 53.

Ora, como sempre concebeu-se que o campo de aplicação do direito do trabalho é o de uma relação de trabalho especificada, a eficácia das normas trabalhistas não é posta em questão. Reconhecida a relação de emprego, todas as leis do trabalho lhe são aplicadas, excetuando-se aquelas que a própria lei, por uma razão justificada – em uma situação ainda mais específica –, exclua, sendo certo, como já dito, que essa própria lei limitadora pode – e deve – ser examinada na perspectiva do controle de constitucionalidade e até mesmo em conformidade com os princípios que norteiam o direito do trabalho. Mas, se qualquer lei trabalhista vale para qualquer relação de trabalho, nas adaptações jurisprudenciais da aplicação das leis ao fato e nas inserções de leis específicas, com restrição de direitos, para certas relações de trabalho, não se terá mais o arcabouço jurídico teórico doutrinário, no que se constitui o direito do trabalho, para avaliação dos resultados propostos. Perde-se o argumento jurídico-dogmático (ao qual se integra a noção de princípios) que seria essencial para negar a legitimidade às iniciativas precarizantes de parte da legislação, assim como de alguns instrumentos coletivos.⁴⁹⁰

Assim, tem-se como a primeira razão para se propor a revisão e ampliação da subordinação jurídica em detrimento da ampliação do objeto do Direito do Trabalho, o fato de que, seguindo esse último caminho, provavelmente as normas e garantias trabalhistas acabarão por não serem aplicadas, em sua integralidade, a nenhum tipo de trabalhador, uma vez que se perderá o referencial teórico da relação de emprego.

Some-se a isso o fato de que, quando se propõe uma tutela dos “novos trabalhadores” à medida da dependência, é criado para estes um rol de direitos e garantias trabalhistas teoricamente condizentes com o seu grau de hipossuficiência.

Assim, conforme já enunciado ao longo desta obra, na Itália, ao se regulamentar individualmente a relação de trabalho parassubordinado, dois efeitos drásticos foram causados: em primeiro lugar, diversas relações de trabalho verdadeiramente subordinadas cederam lugar a relações de trabalho parassubordinadas, revelando um grande número de contratações fraudulentas e; em segundo lugar, às relações de trabalho parassubordinadas foram conferidos direitos trabalhistas em grau extremamente inferior ao trabalho subordinado.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 54.

⁴⁹¹ PORTO, op. cit., p. 198.

A mesma situação fática acima delineada se constata na regulamentação, na Espanha, da relação de trabalho autônoma economicamente dependente, cuja tutela trabalhista, mais uma vez, foi conferida em grau extremamente reduzido.

Portanto, a segunda razão para não seguir o caminho da ampliação do objeto do Direito do Trabalho é o fato de que, quando se concebe essas novas formas de prestação de serviços como novas espécies distintas da relação de emprego, criando para elas estatutos normativos próprios, acaba-se por fomentar a precarização do trabalho na medida em que são legitimadas relações de trabalho cuja proteção trabalhista se opera em grau extremamente reduzido.

Por fim, o terceiro dos motivos aqui apresentados para seguir o caminho da revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica é o fato de que, em sua essência, esses novos trabalhadores (parassubordinados, teletrabalhadores, autônomos-dependentes etc.) são trabalhadores tipicamente subordinados, cuja intensidade do exercício do poder diretivo do empregador é que se revela diferenciada.

Assim, revisando e ampliando o conceito de subordinação jurídica, torna-se possível enquadrar esses novos trabalhadores como verdadeiros empregados, cabendo a eles, por consequência, a integral aplicação dos direitos e garantias trabalhistas.

6.3. A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL

A partir da escolha do caminho que leva à revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica, esse trabalho propõe uma noção de subordinação denominada de subordinação potencial.

A potencialidade da subordinação, como será visto, possui íntima relação com a potencialidade do próprio poder diretivo, noção esta que será trabalhada a partir de agora.

6.3.1 A potencialidade do poder diretivo e da subordinação jurídica

O poder empregatício, gênero que engloba o poder diretivo (poder de dirigir e organizar a atividade), o poder regulamentar (poder de elaborar normas destinadas à organização da atividade), o poder fiscalizatório (poder de fiscalizar o cumprimento pelo empregado das normas contratuais, legais e regulamentares) e o poder disciplinar (poder de punir o empregado em caso de descumprimento das normas contratuais, legais e regulamentares), é concebido pela doutrina como um efeito do contrato de trabalho.

Tema objeto de análise específica nesse trabalho (item 4.2.4), o poder empregatício, diversas vezes identificado simplesmente como poder diretivo, afinal pode-se tanto conceber a existência autônoma de cada um dos poderes (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar), como se pode utilizar a expressão poder diretivo em sentido amplo, entendendo que este possui funções executivas (poder direito em sentido estrito), regulamentares (poder regulamentar), fiscalizatórias (poder fiscalizatório) e disciplinares (poder disciplinar), possui íntima relação com a noção de subordinação jurídica, se manifestando esta, portanto, em casa das dimensões do poder empregatício.

Assim, ao longo da evolução histórica do conceito de subordinação jurídica, esta se manteve fiel à correlação com o poder diretivo – expressão aqui utilizada em sentido amplo –, se fazendo presente com o efetivo exercício daquele pelo empregador.

Sobre o tema, explica Amauri Cesar Alves que:

[...] A subordinação, poder-se-ia dizer, é fruto e modo de exteriorização do poder diretivo, que por sua vez é manifestação do poder empregatício. A subordinação, assim, seria um efeito contratual decorrente de um conjunto de prerrogativas (direitos) posto à disposição do empregador para o bom gerenciamento de seu empreendimento. A subordinação seria a expressão característica e principal do poder diretivo.⁴⁹²

⁴⁹² ALVES, op. cit., p. 68.

No âmbito do modelo de produção taylorista/fordista, o exercício intenso e efetivo do poder diretivo configurou-se como um dos pilares da teoria da administração científica proposta por Taylor.

Sendo assim, no âmbito do referido modelo de produção, a eliminação dos tempos ociosos de trabalho e o incremento da produção estavam intimamente relacionados ao controle, por parte do empregador, da execução dos serviços prestados pelo trabalhador, a quem competia somente o fazer, ficando este último sujeito, portanto, intensamente às ordens e diretrizes daquele a quem competia, além da propriedade dos meios de produção, o saber.

Essa característica peculiar do modelo taylorista/fordista de produção, portanto, explica o motivo pelo qual historicamente a subordinação jurídica ficou atrelada ao exercício efetivo do poder diretivo por parte do empregador, fazendo com que, na investigação da presença ou não do referido requisito, se recorresse, como ainda hoje se recorre, à pesquisa da existência ou não de ordens diretas emanadas pelo empregador, de controle de jornada, da possibilidade de aplicação de sanções disciplinares etc.⁴⁹³

Todavia, o modelo taylorista/fordista de produção marca – porque ainda se faz presente em diversas organizações empresariais – somente uma forma de utilização do trabalho alheio e, portanto, de exercício do poder diretivo.

Assim é que, sendo o poder diretivo fundamentado no direito de propriedade do empregador⁴⁹⁴, aquele pode ser exercido por este da forma que melhor atender aos objetivos da organização empresarial.

Essa afirmação explica o motivo pelo qual, no âmbito de uma empresa pós-fordista, a mentalidade do empresário foge à lógica da realidade taylorista/fordista. No âmbito dessa nova estrutura empresarial, a empresa requer do trabalhador justamente a conciliação do fazer com o saber, pretendendo deste uma colaboração com a lógica estrutural e organizativa da empresa:

⁴⁹³ Ibidem, p. 77.

⁴⁹⁴ MACHADO, op. cit., p. 32.

[...] O fato é que a subordinação fiscalizada deu lugar à valorização da autonomia, o que diluiu a subordinação direta num imenso mosaico de práticas de gestão da qualidade e do resultado do trabalho, com a tendência de organização da produção em redes, ou seja, em formais cada vez mais horizontalizadas. O impacto da dissociação na organização do trabalho é a perda dos referenciais subjetivos da subordinação jurídica, os quais eram valorizados pelo Direito do Trabalho e, na tradição de uma sólida jurisprudência, forneciam os elementos caracterizadores da relação de emprego.⁴⁹⁵

Para tanto, a nova empresa confere ao trabalhador uma maior liberdade no exercício da prestação dos serviços, reduzindo, assim, a intensidade do exercício do seu poder diretivo.

O controle de jornada, portanto, passa a ser um dos elementos que não mais pode ser invocado como característica determinante da existência ou não da subordinação jurídica, afinal a sujeição a horários rígidos desloca-se para o controle do resultado da produção, o que possibilita jornadas flexíveis.⁴⁹⁶

Assim, o trabalhador subordinado na empresa pós-fordista ganha características da autonomia, não no sentido econômico de propriedade dos meios de produção, mas sim no sentido fático de execução dos serviços.

Nesse sentido, o trabalhador subordinado não se torna dono do seu próprio negócio. Pelo contrário, continua o referido trabalhador a prestar serviços por conta alheia, uma vez que não detém a propriedade dos fatores de produção, sendo que, agora, possui uma maior liberdade na execução de suas tarefas, fruto de uma nova lógica empresarial.

Portanto, nos dizeres de Ricardo Antunes, a mudança é simplesmente aparente:

O *estranhamento* próprio do toyotismo é aquele dado pelo 'envolvimento cooptado', que possibilita ao capital apropriar-se do *saber* e do *fazer* do trabalho. Este, na lógica da integração toyotista, deve *pensar* e *agir* para o capital, para a produtividade, sob a *aparência* da eliminação efetiva do fosso existente entre

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 66.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 68.

elaboração e execução no processo do trabalho. Aparência porque a concepção efetiva dos produtos, a decisão do *que* e de *como* produzir não pertence aos trabalhadores. O resultado do processo de trabalho corporificado no produto permanece *alheio e estranho* ao produtor, preservando, sob todos os aspectos, o *fetichismo* da mercadoria.⁴⁹⁷

Não se pode falar, desta forma, em fim ou declínio do trabalho subordinado. Este, em verdade, continua sendo subordinado, uma vez que prestado por conta alheia por um trabalhador que não detém a propriedade dos meios de produção, sendo que, portanto, a alteração, a difusão, a rarefação encontra-se no modo do exercício do poder diretivo por parte do empregador que, agora, valoriza espaços de autonomia.⁴⁹⁸

Como se vê, a crise não se instalou no trabalho subordinado, mas sim no conceito historicamente formulado de subordinação jurídica. Essa sim, classicamente concebida, encontra-se em crise uma vez que não interessa a empresa pós-fordista o intenso e efetivo controle da prestação de serviços do trabalhador.

Desta forma, o que há é um processo que comprova a elasticidade do poder diretivo do empregador que, de acordo com os seus interesses, o exerce de forma intensa ou atenuada.

Sobre o tema, esclarece Mario de La Cueva, com propriedade, que:

[...] la facultad de mandar es extraordinariamente elástica, pues, justamente porque los conocimientos del patrono no son universales, existe la necesidad de confiar numerosos aspectos del trabajo a la iniciativa propia del técnico. Por eso dijimos en otro párrafo que la *dirección* del patrono, que no otra cosa es su facultad de mando, va de un máximo a un mínimo y que ese solo término no bastaba para caracterizar a Lea relación de trabajo.

[...]

Para saber, por tanto, si existe relación de trabajo debe atenderse, menos a la dirección real, cuanto a la posibilidad jurídica de que esa dirección exista, esto es, a la posibilidad jurídica de que el patrono imponga su voluntad y la consiguiente obligación del

⁴⁹⁷ ANTUNES, op. cit., p. 40.

⁴⁹⁸ MACHADO, op. cit., p. 75.

trabajador de conformarse, en la prestación del servicio a las instrucciones recibidas. (grifos originais).⁴⁹⁹

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, destacando a potencialidade do poder diretivo, explica que este “[...] *compreende a efetiva e a potencial disponibilidade dos meios de produção e neles está, certamente, incluída a atividade-trabalho de outrem*”.⁵⁰⁰

A elasticidade do poder diretivo e, por consequência, da subordinação jurídica, já havia sido destacada, igualmente, por José Martins Catharino:

Como é sabido, quer se trate de subordinação jurídica, ou mesmo de dependência econômica, o grau é sumamente variável. De um máximo até a um mínimo. De um simples servente, *hiperempregado*, a um gerente ou superintendente, *hipoempregado*, e, por consequência, quase empregador, a distância é grande. Mas não é apenas o fator hierárquico empresarial que reduz ou aumenta a subordinação jurídica ou a dependência econômica, embora seja ele o principal quanto, socialmente falando, à ‘proletarização’ e ao ‘aburguesamento’ de empregados.⁵⁰¹

Portanto, sendo elástico o poder diretivo, ou seja, podendo ele ser exercido de um grau mínimo a um grau máximo, a noção de subordinação jurídica remete a uma ideia de potencialidade.

Assim, conforme adverte Arion Sayão Romita, “*para que haja subordinação, não é necessário que o empregador oriente tecnicamente o trabalho. O simples fato de poder dar ordens é suficiente*”.⁵⁰²

Desta forma, fica evidente que tanto o poder diretivo é potencial, podendo ou não ser exercido pelo empregador, gravitando em torno de um grau máximo (típico do modelo taylorista/fordista de produção) a um grau mínimo (típico da empresa pós-fordista), quanto a própria noção de subordinação jurídica também é potencial.

⁴⁹⁹ CUEVA, op. cit., p. 514-515.

⁵⁰⁰ VILHENA, op. cit., p. 259.

⁵⁰¹ CATHARINO, op.cit., p. 209.

⁵⁰² ROMITA, op. cit., p. 61.

6.3.2 O conceito de subordinação potencial

A noção de subordinação potencial perpassa, portanto, pela potencialidade do poder diretivo destacada no item anterior. Assim, podendo o poder diretivo gravitar de um grau mínimo a um grau máximo, a sua existência é real, sendo, entretanto, o seu exercício potencial.

Assim, conforme propõe Arion Sayão Romita: “[...] O vínculo de subordinação se traduz: a) para o empregador, no poder de dirigir e fiscalizar a atividade do empregado; b) para o empregado, na obrigação correspondente de se submeter às ordens do empregador”.⁵⁰³

A potencialidade da subordinação encontra-se também presente nas lições do autor português Antonio Monteiro Fernandes, para quem a subordinação comporta graus a depender da formação profissional do trabalhador e da posição hierárquica que o mesmo ocupa na empresa. Basta, portanto, nas lições do referido autor, que haja:

[...] um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato), não é necessário que essa dependência se manifeste ou explicita em actos de autoridade e direcção efectiva. Isto é tanto mais real quanto mais se avança na sofisticação e diferenciação das qualificações profissionais. Muitos trabalhadores conhecem melhor o trabalho que têm a realizar do que o empregador.⁵⁰⁴

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, destacando o conteúdo potencial da subordinação jurídica, explica que:

A *potencialidade da subordinação* significa, em termos *obligacionais*, um estado de permanente *crédito* do empregador para com o empregado. O crédito, tal como entendemos, desdobra-se em duas etapas conceituais distintas e sucessivas. Pela primeira, reserva-se ao credor do trabalho (o empregador) o poder jurídico da exigibilidade, a que corresponde, para o

⁵⁰³ Ibidem, p. 62.

⁵⁰⁴ FERNANDES, op. cit., p. 141.

prestador, uma situação de débito constante, que é o estar à disposição.⁵⁰⁵

Lorena Vasconcelos Porto, no mesmo sentido, afirma categoricamente que:

Desse modo, pode-se afirmar que existe o poder diretivo – e, por conseguinte, a subordinação –, em uma determinada relação de trabalho, não apenas quando o empregador dirige de fato a prestação dos serviços, dando ordens, mas também quando, mesmo não o fazendo, detém em suas mãos a possibilidade de fazê-lo.⁵⁰⁶

Por fim, cumpre destacar a constatação de Otávio Pinto e Silva, para quem “a subordinação não exige a efetiva e constante atuação da vontade do empregador na esfera jurídica do empregado, mas sim a mera possibilidade jurídica dessa intervenção”.⁵⁰⁷

Como se vê, a potencialidade da subordinação jurídica encontra-se presente nas lições de diversos autores, ficando claro, nesse sentido, que subordinado é aquele que se encontra em estado potencial de subordinação.

Portanto, fica evidente que a subordinação não foi alterada em sua essência, mantendo-se, pois, relacionada e vinculada ao poder diretivo do empregador. Este último sim que sofreu modificações a partir do processo de reestruturação produtiva.

Nesse sentido, valiosa é a fundamentação elaborada pelo Juiz do Trabalho Cléber Lúcio de Almeida, titular da 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em decisão na qual julgou procedente o pedido de uma empregada de uma empresa administradora de call center, que pediu o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a operadora de telefonia celular, à qual prestava serviços de forma terceirizada:

⁵⁰⁵ VILHENA, op. cit., p. 529.

⁵⁰⁶ PORTO, op. cit., p. 72.

⁵⁰⁷ SILVA, Otavio, op. cit., p. 18.

[...] Subordinação é a sujeição jurídica do trabalhador ao poder diretivo do empregador. Poder que é exercido pela definição do modo pelo qual o trabalho deverá ser realizado (poder regulamentar), pela fiscalização da realização do trabalho (poder fiscalizador) e pela punição do trabalhador no caso da não-observância do modo de realização do trabalho previamente estabelecido (poder punitivo). [...] Com a reestruturação do processo produtivo, a forma pela qual a direção, fiscalização e punição do empregado são realizadas é que foi alterada (das ordens pessoal e diretamente transmitidas ao trabalhador passou-se à total sujeição do trabalhador às diretivas que definem a estrutura do processo produtivo). A estrutura produtiva estabelecida pelo empregador se transforma em ferramenta de controle sobre o trabalhador. [...] Não existe, portanto, uma nova subordinação, mas uma nova forma de exercício do poder diretivo, que se apresenta na sujeição do trabalhador ao modo de realização do trabalho fixado pelos meios de produção definidos e organizados pelo tomador dos seus serviços, sem um mínimo de autonomia do seu prestador (cooperativa ou empresa prestadora de serviços) [...].⁵⁰⁸

A decisão em questão é paradigmática no sentido em que identifica que a subordinação continua vinculada ao poder diretivo do empregador, sendo que o que se alterou, em verdade, foi a forma de exercício do poder diretivo por parte do empregador. Assim, “[...] *das ordens pessoal e diretamente transmitidas ao trabalhador passou-se à total sujeição do trabalhador às diretivas que definem a estrutura do processo produtivo [...]*”.

Desta forma, não se pode perder de vista que a proposta do presente trabalho não passa por um abandono ou superação da subordinação jurídica enquanto elemento da relação de emprego.

Em verdade, a presente obra, a partir da análise do processo de reestruturação produtiva desencadeado ainda no século passado, pretende adequar o conceito de subordinação ao atual contexto socioeconômico, o que requer, inicialmente, que se admita tanto a dimensão subjetiva quanto a dimensão objetiva da subordinação jurídica.

⁵⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Reclamação Trabalhista n.º 00858-2010-011-03-00-1**. Juiz Cléber Lúcio de Almeida. Publicada no DEJT, 19 jul. 2010. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consultaProcessual.do;jsessionid=85CDDBBD3769F24095FF8C6F1134F7FF>> Acesso em: 07 nov. 2010.

Assim, se é verdade que a empresa taylorista/fordista, caracterizada pelo exercício efetivo e intenso do poder diretivo por parte do empregador (dimensão subjetiva da subordinação jurídica), já não é mais hegemônica, é também verdade que esta ainda se mantém viva.

Junto com a empresa taylorista/fordista, se mantém, nos dias de hoje, a empresa pós-fordista, caracterizada pela concessão de liberdade ao trabalhador na execução de suas atividades, que passa a ser subordinado à estrutura produtiva estabelecida pelo empregador.

Dessa maneira, um conceito contemporâneo de subordinação jurídica precisa abranger os dois modelos de produção em vigor, até porque, a diferença entre eles, essencialmente, encontra-se na forma através da qual o tomador dos serviços exerce o seu poder diretivo, bem como admitir as duas dimensões da subordinação jurídica: subjetiva e objetiva.

Assim, a subordinação jurídica precisa acompanhar a elasticidade e a potencialidade do poder diretivo, poder este que, como visto, pode ser exercido de um grau mínimo a um grau máximo.

Portanto, o novo conceito de subordinação precisa ser capaz de abranger todos os trabalhadores que, não sendo donos de seus próprios negócios (trabalhadores autônomos), trabalham por conta alheia, ficando sujeitos, potencialmente, à direção do tomador dos serviços que pode ser exercida individualmente e diretamente (dimensão subjetiva) ou através de normas genéricas de direção, compreendendo as diretivas que definem a estrutura do processo produtivo, o que se detecta com a integração do trabalhador na estrutura organizacional do tomador dos serviços (dimensão objetiva).

Nesse sentido, pode-se afirmar que há subordinação potencial quando o trabalhador, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador dos serviços, recebendo ou não ordens diretas deste, em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador.

A nota de destaque, portanto, do conceito potencial de subordinação jurídica se encontra no fato de que, a partir deste conceito, será subordinado tanto o trabalhador que sofra o exercício direto e intenso do poder diretivo do tomador de serviços (ordens diretas), como o trabalhador que, em que pese inserido na organização empresarial, possui maior liberdade na execução de sua atividade, até porque, como visto, isto é resultado de uma nova lógica empresarial inaugurada com o processo de reestruturação produtiva.

6.3.3 A desnecessidade de alteração legislativa

A proposta de subordinação potencial não requer uma alteração legislativa. Assim, conceber o trabalhador subordinado como aquele que, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador dos serviços, recebendo ou não ordens diretas deste, em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador, requer sim uma nova interpretação dos artigos 2º e 3º da CLT.

Como já visto em oportunidade anterior ao longo desse trabalho, o vocábulo *dependência* trazido pelo artigo 3º da CLT já foi objeto, no decorrer dos anos, de diversas interpretações, passando por dependência técnica, dependência econômica, dependência social, até chegar ao conceito de dependência ou subordinação jurídica.

Assim, se o processo interpretativo do dispositivo em questão já fez do empregado tanto aquele trabalhador que dependia tecnicamente do tomador dos serviços, quanto aquele que dependia economicamente do empregador, e ainda aquele que dependia socialmente do empregador para, por fim, consolidar o entendimento de que o empregado seria aquele que dependesse juridicamente do tomador de serviços, sendo isto revelado através da sujeição ao constante e intenso exercício por este último do seu poder diretivo, torna-se desnecessária uma alteração legislativa para incluir no conceito de trabalhador subordinado também aquele trabalhador que, mesmo inserido no âmbito de uma estrutura produtiva, não receba ordens diretas do tomador dos serviços.

Trata-se, portanto, de uma atuação positiva do intérprete para redução da distância que há, atualmente, entre o conceito de subordinação jurídica clássica e a realidade social na qual estão inseridos os trabalhadores fruto do processo de reestruturação produtiva.

Assim, tendo sido alteradas as condições sociais, é imperioso que o Direito, através da atuação do intérprete, afinal a norma jurídica é produto da interpretação do texto legal⁵⁰⁹, acompanhe e se adéqüe a esta nova realidade social.

Portanto, sendo o Direito o que dele faz o processo de sua produção, não podendo jamais ser admitido como algo dado, pré-estabelecido,⁵¹⁰ compete ao intérprete, à luz das normas constitucionais, fixar o sentido e alcance de cada texto normativo.

Assim, a interpretação que deve ser conferida aos artigos 2º e 3º da CLT deve convergir para a absorção, pelo Direito do Trabalho, dos trabalhadores que, atualmente, são preteridos da tutela justrabalhista em razão do fato de não receberem, na execução dos seus serviços, ordens diretas dos seus tomadores.

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 2º da CLT, ao trazer o conceito de empregador, destaca que este é *“[...] a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”*.

No que tange ao conceito de empregado, dispõe o artigo 3º da CLT que: *“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*.

⁵⁰⁹ ÁVILA, op. cit., p. 30.

⁵¹⁰ PASSOS, J.J Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-4.

Da leitura dos dispositivos acima, constata-se que o legislador brasileiro, ao conceituar empregador e empregado, em momento algum fez referência ao fato deste encontrar-se submetido às ordens diretas daquele.

O legislador, em verdade, prevê que o empregador dirija a prestação pessoal de serviço, deixando, portanto, a critério do empregador a decisão de como será concretizada tal direção.

Assim, é necessário, dentro de um processo de interpretação dos dispositivos acima citados, perceber que, atualmente, os tomadores de serviços podem dirigir a prestação pessoal de serviços através de ordens diretas (filosofia fordista) e/ou através de ordens indiretas, representadas pela absorção do trabalhador pela dinâmica organizacional da empresa e pela maior liberdade na execução dos serviços (filosofia toyotista).

Em sendo assim, fica evidente que não é necessária uma alteração legislativa para que seja revisado e ampliado o conceito de subordinação jurídica. Sendo este conceito, historicamente, fruto de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial, o que se impõe, atualmente, é que sejam estabelecidos novos sentidos e alcances aos artigos 2º e 3º da CLT.

6.4 A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL E AS SUBORDINAÇÕES PROPOSTAS PELA DOUTRINA BRASILEIRA

A subordinação potencial surge, na presente obra, como mais uma proposta de revisão e ampliação do conceito de subordinação jurídica, a fim de adequá-lo ao cenário contemporâneo da dinâmica produtiva.

Sendo assim, ao buscar uma abrangência maior para aplicação dos direitos e garantias trabalhistas, a subordinação potencial segue as linhas já traçadas, no Brasil, pela subordinação objetiva, pela subordinação estrutural, pela subordinação integrativa e pela subordinação reticular.

A partir da análise da estrutura das propostas já lançadas pela doutrina nacional, a teoria da subordinação potencial, reconhecendo a importância e a coerência de cada uma das referidas propostas, guarda suas peculiaridades.

6.4.1 A subordinação potencial versus a subordinação objetiva

Inicialmente, comparando a subordinação potencial com a subordinação objetiva proposta por Arion Sayão Romita, é imperioso destacar que a teoria da subordinação potencial aproveita o conteúdo objetivo da subordinação jurídica que não mais se resume ao controle intenso e direto da prestação dos serviços do trabalhador.

Assim, da proposta de Arion Sayão Romita, a teoria da subordinação potencial extrai a regra segundo a qual o que importa para a subordinação é a “[...] possibilidade, que assiste ao empregador, de intervir na atividade do empregado.”, não devendo a subordinação, portanto, ser confundida com a mera submissão a horários e com o controle direto da atividade.⁵¹¹

A subordinação potencial, entretanto, completa o sentido proposto pela subordinação objetiva deixando claro que o trabalhador que, mesmo inserido em uma atividade empresária organizada, mantenha uma estrutura empresarial organizada própria, sendo detentor, igualmente, dos fatores de produção (capital e trabalho), não poderá ser considerado como subordinado uma vez que figura-se, na verdade, como capitalista (empresário), e não como trabalhador.

Assim, a subordinação potencial propõe-se a excluir do seu conceito os trabalhadores verdadeiramente autônomos, o que não ocorre, por exemplo, com os trabalhadores que são compelidos a constituir uma pessoa jurídica para travestir uma relação nitidamente subordinada em uma relação falsamente autônoma, sob o argumento de que se trata de uma empresa.

⁵¹¹ ROMITA, op. cit., p. 84.

Em verdade, “[...] empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto física [...] como a jurídica.”⁵¹²

Acerca do conceito do trabalhador autônomo, ressalta ainda Jorge Luiz Souto Maior que:

Do ponto de vista de uma avaliação técnico-jurídica, deve-se lembrar que trabalhador autônomo é apenas aquele que ostenta os meios de produção e trabalha para si, sem intermediários, junto ao mercado de consumo, usufruindo, integral e livremente, do fruto de seu trabalho.⁵¹³

Desta forma, no conceito de subordinação potencial não se incluem os trabalhadores verdadeiramente autônomos, ou seja, aqueles que, dada a sua capacidade de organizar econômica e faticamente sua atividade, não se encontram sequer potencialmente subordinados aos tomadores de serviços, uma vez que possuem plena liberdade para, inclusive, decidir se irão ou não executar um determinado serviço para um dado tomador.

Outrossim, a subordinação potencial completa o conceito de subordinação objetiva na medida em que ressalta que, em que pese o conceito de subordinação não possa ficar restrito à sujeição do trabalhador as ordens diretas do tomador de serviços, esta é uma realidade que ainda se constata em diversos setores da atividade.

Portanto, a subordinação potencial absorve em seu conceito tanto os trabalhadores diretamente subordinados, como aqueles trabalhadores que, embora não estejam sujeitos às ordens diretas do tomador de serviços, sujeitam-se à dinâmica organizativa empresarial deste.

⁵¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63.

⁵¹³ MAIOR, op. cit.

6.4.2 A subordinação potencial *versus* a subordinação estrutural

A proposta da subordinação potencial apresentada na presente obra se aproxima muito da subordinação estrutural proposta por Maurício Godinho Delgado, como sendo aquela através da qual o trabalhador acolhe, estruturalmente, a dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas.⁵¹⁴

A subordinação potencial, entretanto, destaca em seu conceito o fato de que aquele trabalhador que organiza, tanto faticamente (organização da prestação dos serviços) quanto economicamente (organização dos fatores de produção), sua atividade, se confunde com a figura do capitalista (empresário), revelando, portanto, uma autonomia capaz de lhe retirar a condição de trabalhador subordinado.

Sendo assim, embora semelhantes, a subordinação potencial ressalva em seu conceito essa característica importante do trabalhador subordinado de não manter uma organização empresarial própria capaz de conferir-lhe autonomia, mesmo que se insira em uma atividade econômica alheia através, por exemplo, da destinação total de sua produção a um determinado tomador de serviços, afinal, na elaboração do conceito de subordinação potencial, parte-se do pressuposto de que não é a dependência econômica que distingue a relação de emprego das demais relações de trabalho, sendo a dependência econômica apenas um indício sintomático.⁵¹⁵

Nesse sentido, esclarecedoras são as lições de Mário de La Cueva quando explica que:

La interdependencia social hace que todo esfuerzo se traduzca en un beneficio para algunas personas o para la colectividad: la agricultura está al servicio de la industria, de la misma manera que la minería; el comercio sirve también a la industria, en cuanto es el vehículo para la distribución de los productos. Este fenómeno crea una dependencia económica del comerciante respecto del

⁵¹⁴ DELGADO, op. cit., p. 667.

⁵¹⁵ CUEVA, op. cit., p. 503.

industrial e de este a aquél; y es aí porque las funciones económicas constituyen una unidad orgánica y no pueden obrar con absoluta independencia. Así, a ejemplo, las Agencias de Automóviles o de Radio, establecidas en México, obligadas a vender una sola marca de automóviles o de radios, dependen, desde el punto de vista económico, del fabricante; pero también el productor depende económicamente de los agentes, en cuanto necesita de ellos para vender sus productos. Esta interdependencia es la que determina que el productor esté interesado en el trabajo de los agentes y que, frecuentemente, les gire instrucciones sobre la forma cómo deben desenvolverse; y es la misma interdependencia la que permite al agente hacer indicaciones al productor sobre la forma de los productos, cambios a efectuar, etc.⁵¹⁶

Como se pode extrair das lições acima, a relação de dependência econômica encontra-se em todos os setores da atividade. Assim, da mesma maneira que um trabalhador pode depender economicamente do seu empregador, uma determinada empresa pode depender economicamente de outra, sem que isto, neste último caso, gere uma relação de subordinação.

Seria o caso, por exemplo, de uma empresa de produção de alimentos que destina, por força de um contrato de prestação de serviços, toda a sua produção diária a uma determinada fábrica do setor de calçados para a alimentação dos funcionários desta, em que pese o titular da primeira, empresário individual ou coletivo, organize faticamente e economicamente sua atividade de forma própria.

Nesse caso, sem dúvida, a empresa de alimentos dependerá economicamente da empresa de calçados, sem que isto implique subordinação potencial típica da relação de emprego uma vez que, organizando fática e economicamente a sua atividade, o titular da empresa de alimentos pode escolher livremente a destinação de sua produção.

É evidente que, nesse último caso, quando uma determinada empresa destina toda a sua produção em prol de um dado tomador de serviços, é necessário, a luz do princípio da primazia da realidade, perquirir acerca da validade dessa contratação.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 502-503.

Caso, eventualmente, fique comprovado que a empresa de alimentos foi, na verdade, constituída única e exclusivamente para corresponder às expectativas da empresa de calçados, não exercendo o “proprietário” daquela a titularidade da sua organização fática e econômica, ficará evidente que se trata de uma contratação fraudulenta, havendo, aí sim, uma relação de subordinação potencial tanto dos trabalhadores que figuram como “proprietários” da empresa de alimentos como dos trabalhadores que figuram como empregados da empresa de alimentos com a empresa calçadista, formando-se, caso presentes os demais requisitos da relação de emprego (pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade), o vínculo de emprego diretamente entre todos estes trabalhadores e a tomadora dos serviços.

Fraude também seria se a empresa de alimentos fosse “gerida” pelo por um pseudo-empresário, conforme assinalado por Jorge Luiz Souto Maior:

Importa saber que quando partes da produção deixaram as grandes fábricas, passando a ser realizadas em pequenas unidades, houve uma grave repercussão na condição pessoal de inúmeros trabalhadores. Tais atividades passaram a ser geridas por ex-empregados da grande empresa, quase sempre o gerente, o supervisor, ou o chefe de seção, os quais foram transformados em empresários, mas mantendo-se na execução das mesmas tarefas anteriores de organizar a produção, subordinando mão-de-obra alheia. Esse “empresário” é um empresário aparente. Não é um micro empresário, é um nano empresário, ou um pseudo-empresário. Não possui capital, embora o ostente pelos utensílios que lhe são transferidos, e sua atividade empresarial limita-se a se inserir no contexto do interesse econômico de outra empresa, ou empresas, que lhe exploram os serviços.⁵¹⁷

Dito isso, verifica-se que a subordinação potencial guarda íntimas relações com a subordinação estrutural, desta última se diferenciando por destacar a exclusão dos trabalhadores verdadeiros autônomos do seu conceito.

⁵¹⁷ MAIOR, op. cit.

6.4.3 A subordinação potencial *versus* a subordinação integrativa

A subordinação integrativa proposta por Lorena Vasconcelos Porto⁵¹⁸ assemelha-se à subordinação potencial ora proposta em face da dimensão objetiva trazida por ambas, bem como em razão da exclusão expressa dos trabalhadores verdadeiramente autônomos.

Todavia, a subordinação potencial, ao dispor que subordinado será tanto o trabalhador que recebe ordens diretas ou simplesmente se insira na dinâmica organizacional do tomador, traz em seu conceito também a dimensão subjetiva da subordinação.

Desta forma, a subordinação potencial revela um conceito mais completo e mais adequado ao “mundo do trabalho” contemporâneo que, como já visto, absorve empresas fordistas e toyotistas.

Outrossim, na proposta da subordinação integrativa, Lorena Vasconcelos Porto opta por não incluir em seu conceito o fator estrutural proposto por Maurício Godinho Delgado, “[...] em razão de esse fator estrutural ser uma conseqüência e não uma característica da subordinação integrativa [...]”, na medida em que o trabalhador acolhe, estruturalmente, a dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços em razão do fato de não possuir uma organização produtiva própria.⁵¹⁹

A subordinação potencial, por sua vez, ressalta em seu conceito tanto o fator estrutural proposto por Maurício Godinho Delgado, quanto o fato do trabalhador não possuir uma organização produtiva própria, para deixar claro que, no conceito proposto, não se incluem os trabalhadores verdadeiramente autônomos.

⁵¹⁸ PORTO, op. cit., p. 253.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 254.

6.4.4 A subordinação potencial *versus* a subordinação reticular

A subordinação reticular possui como peculiaridade o fato de encontrar-se vinculada ao fenômeno da união de empresas em um sistema de rede. A denominação subordinação reticular, como já visto, deriva do fenômeno da empresa-rede.⁵²⁰

Nesse ponto, a subordinação potencial acaba por incluir a subordinação reticular em seu conceito na medida em que, ao fazer referência ao trabalho por conta alheia, inclui em sua dimensão tanto o trabalho prestado a uma empresa individualmente concebida, como também o trabalho prestado a empresas manifestadas em rede.

Portanto, fica evidente que a subordinação potencial traz consigo diversas características das subordinações já propostas pela doutrina nacional, guardando, entretanto, peculiaridades próprias que a distinguem das demais.

6.5 A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO ATRAVÉS DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO POTENCIAL: ALGUNS EXEMPLOS PRÁTICOS

Todo o estudo desenvolvido ao longo do presente trabalho, que resultou na elaboração de um conceito de subordinação jurídica revisado e adequado à realidade social contemporânea, ao qual se convencionou denominar de subordinação potencial, pretende não só conferir uma contribuição teórica ao assunto, como também permitir um resultado prático consistente na ampliação da proteção por parte do Direito do Trabalho que, a luz do critério ora proposto, será capaz de tutelar trabalhadores que, se analisados sob a ótica da subordinação jurídica clássica, ficam sem a referida proteção.

Francis Bacon, filósofo inglês nascido no dia 22 de janeiro de 1561, é considerado o inventor do método experimental e o fundador da ciência moderna e do

⁵²⁰ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino, op. cit., p. 213.

empirismo.⁵²¹ Em sua obra, Francis Bacon faz uma crítica entusiasta à filosofia anterior justamente por sua ausência de utilidade prática na vida humana:

Não obstante incompleto, o projeto baconiano pretendia um 'verdadeiro e extraordinário progresso do saber', e Bacon clamava por uma reforma total do conhecimento humano. Ele inicia essa reforma criticando a filosofia anterior por sua esterilidade quanto a resultados práticos para a vida do homem. Ao fazer essa crítica, pensava particularmente nos filósofos escolásticos, aos quais reconhecia possuírem 'inteligências fortes e agudas', mas 'enclausurados nas celas dos mosteiros e universidades... mais atravancaram as ciências que concorreram para aumentar-lhes o peso'. Os escolásticos e todos os representantes das demais filosofias (chamados racionais por Bacon), como Platão e os platônicos de todas as épocas, são comparados pelo autor a aranhas que tecem teias maravilhosas, mas permanecem inteiramente alheios à realidade.

[...]

Esse utilitarismo, contudo, não se confunde com o utilitarismo chão e rasteiro. Bacon não exigia que cada conhecimento particular da ciência tivesse imediatamente uma utilidade prática. O que concebeu como ciência prática foi o saber em sua totalidade. Por outro lado, sua filosofia não pretende entregar o saber ao homem como instrumento para o domínio dos semelhantes; ao contrário, desejou que a ciência servisse à humanidade em geral, na sua luta permanente com a natureza, deixando de ser concebida simplesmente como contemplação de uma ordem de coisas eternas e perfeitas, supostamente criadas por um ser superior.⁵²²

Portanto, a partir da metáfora utilizada por Bacon, deve ficar claro que o presente trabalho não pretende fazer como faz a aranha, que tece sua teia, mas permanece alheia à realidade. Requer a presente obra, em contrapartida, revelar-se como uma abelha, animal este que, em mais uma metáfora de Francis Bacon, consegue reunir as faculdades experimentais e racionais:

[...] A abelha representa a posição intermediária: recolhe a matéria prima das flores do jardim e do campo e com seus próprios recursos a transforma e digere. Não é diferente o labor da verdadeira filosofia, que se não serve unicamente das forças da mente, nem tampouco se limita ao material fornecido pela história natural ou pelas artes mecânicas, conservado intato na memória. Mas ele deve ser modificado e elaborado pelo intelecto. Por isso

⁵²¹ BACON, Francis. **Novo Oregum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Editora Nova Cultural Ltda: São Paulo, 1997, p. 5-6.

⁵²² Ibidem, p. 10-12.

muito se deve esperar da aliança estreita e sólida (ainda não levada a cabo) entre essas duas faculdades, a experimental e a racional.⁵²³

Desta forma, os exemplos de aplicabilidade prática da subordinação potencial sugerida por essa obra buscam não só conferir uma utilidade ao presente trabalho, mas também comprovar a hipótese aventada no sentido de que o conceito em questão servirá de instrumento para a proteção de trabalhadores que, mesmo hipossuficientes e merecedores de proteção trabalhista, ficam, atualmente, alheios à proteção, de forma integral ou parcial, do Direito do Trabalho em razão da utilização do conceito clássico de subordinação jurídica.

6.5.1 O trabalhador parassubordinado e a subordinação potencial

A disciplina jurídica do trabalhador parassubordinado, já objeto de análise específica ao longo da presente obra (item 5.2), foi fruto da dificuldade de enquadramento dessa espécie de trabalhador nos conceitos clássicos de autonomia e subordinação.

Assim, o referido trabalhador, ao possuir uma maior liberdade na execução de seus serviços, acabava por não ser enquadrado como empregado em razão da ausência de sujeição intensa e constante às ordens diretas do tomador de serviços.

Para os trabalhadores que executassem serviços nessas condições, portanto, foi criado, na Itália, um conceito que traduzia sua prestação de serviços como sendo uma relação de coordenação, requisito este utilizado em substituição ao requisito da subordinação.

Todavia, o conceito de trabalho coordenado é distinto somente do conceito de subordinação jurídica clássica, na medida em que se concebe como coordenado o trabalhador que se sujeita às diretrizes do contratante, sem que haja controle intenso e direto dos serviços prestados.⁵²⁴

⁵²³ Ibidem, p. 76.

⁵²⁴ ALVES, op. cit., p. 89.

No que tange ao conceito de subordinação potencial, em contrapartida, verifica-se que o trabalhador que presta serviços sob coordenação do tomador, até então considerado parassubordinado, é, na verdade, um trabalhador subordinado.

A subordinação desse novo trabalhador encontra-se revelada através de sua inserção na estrutura organizacional do tomador de serviços, mesmo que, nesse caso, o trabalhador não se submeta às ordens diretas do contratante.

Completando esse entendimento, tem-se que a existência de um projeto, programa ou fase deste, elemento introduzido pelo Decreto Legislativo italiano n. 276 de 10 de setembro de 2003, não tem o condão de transformar a subordinação potencial em parassubordinação ou autonomia.

Em sentido contrário, tem-se que a eventual existência de um projeto, programa ou fase deste ao qual esteja vinculado o prestador dos serviços, ao invés de retirar-lhe a subordinação potencial, irá, em verdade, revelar sua existência na medida em que evidenciará a inserção do trabalhador na dinâmica organizacional do tomador de serviços.

Portanto, não havendo, no Brasil, norma definindo o trabalhador que preste serviços à semelhança do trabalhador parassubordinado italiano, tem-se que a melhor técnica interpretativa deve, a luz do conceito de subordinação potencial, enquadrar esse trabalhador como um verdadeiro trabalhador subordinado, sujeito, assim, caso presentes os demais requisitos da relação de emprego, à tutela integral dos direitos e garantias trabalhistas previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalve-se, no caso brasileiro, entretanto, o trabalho executado pelo Representante Comercial Autônomo que, por opção legislativa, encontra-se sujeito a uma disciplina normativa autônoma, não sendo considerado empregado, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 4.886/1965, sendo considerado como tal aquele que:

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em

caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.⁵²⁵

É curioso registrar que a Lei que regula a atividade do representante comercial, no Brasil, prevê, inclusive, a possibilidade do tomador dos serviços exercer um controle direto e pessoal sobre o representante comercial, o que pode ocorrer com a indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação (art. 27, alínea “b”), indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação (art. 27, alínea “d”), obrigação de prestação de informações detalhadas, por parte do representante, sobre o andamento dos negócios a seu cargo (art. 28) e com a proibição de concessão, por parte do representante, de concessões, descontos ou dilações, salvo com autorização expressa (art. 29).

Como se vê, trata-se de uma relação de trabalho específica, para qual o legislador resolveu por bem retirar a condição de empregado, deixando a regulamentação da referida atividade a cargo da Lei n.º 4.886/1965 e do Código Civil de 2002.

Fica ressalvada, é claro, a possibilidade do trabalhador requerer o reconhecimento do vínculo de emprego sob o argumento de que a contratação na qualidade de representante comercial se deu em caráter fraudulento.

Ocorre que, diante da previsão legal do exercício, por parte do tomador de serviços, de medidas que revelam um grau de subordinação até mesmo clássica, torna-se um tanto quanto difícil, a luz da Lei em questão, comprovar a fraude na contratação, conforme se pode extrair da decisão abaixo:

[...] Havendo previsão legal quanto à existência do contrato de representação comercial - Lei nº 4.886/65 - entendemos que cabia ao reclamante provar, robusta e convincentemente, o

⁵²⁵ BRASIL. Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886a.htm> Acesso em 10 nov. 2010.

preenchimento dos requisitos do artigo 3º, CLT, definidor da condição de empregado, especialmente que os serviços foram prestados de forma subordinada.

Quanto ao modo de execução da atividade, temos que não há nos autos qualquer adminículo que leve ao convencimento de que ocorreu sob a forma subordinada. Pelo contrário, as testemunhas Sra. Andrea Nogueira, Sr. Anilton Carreira (convidadas pela reclamante) e as demais, fls. 211/213, afirmaram categoricamente a condição de representante da autora e que havia um ajudante para esta, situação inadmissível para a relação empregatícia, pois configura insubordinação jurídica. Assim, veio a calhar a tese apontada pela reclamada, qual seja, de representação comercial antes da anotação na CTPS. [...] ⁵²⁶

Assim, o êxito em eventual reclamação trabalhista dessa natureza requer, por parte do representante comercial, a comprovação de que o tomador de serviços extrapolava o grau de subordinação legalmente autorizado.

Para tanto, os Tribunais vêm se utilizando de indícios que levam à comprovação de que a relação de representação comercial era, em verdade, uma relação de emprego. A obediência a métodos de vendas, a fixação de viagens pela empresa, o recebimento de quantia fixa mensal, a utilização de material e papel timbrado da empresa, a obrigação de produção mínima e o momento da constituição da pessoa jurídica por parte do representante comercial, por exemplo, são considerados elementos que desnaturam a relação de representação comercial autônoma, com revela decisão abaixo:

[...] A existência de cota mínima de vendas, subordinação ao supervisor com reuniões semanais, ligações e acompanhamento em vistas, a utilização apenas de representantes comerciais para realização da atividade fim da empresa são fatos que denotam trabalho nos moldes do artigo 3º da Consolidação. Não há prova do pretense trabalho autônomo, pelo contrário. Não me convenço que o recorrente era sócio representante comercial, apesar de ter constituído sociedade para prestar serviços nessas condições (doc. 02, 03 04 do vol. apenso). Aliás, a sociedade e respectivo registro junto ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo foram efetivados aproximadamente um mês antes do início do trabalho subordinado. No caso é de se concluir que a recorrente não possuía vendedores empregados, mas apenas representantes

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n.º**

01210.2008.07802.00. Rel. Des. Benedito Valentini. Disponível em:

<<http://wasopp.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=23820>> Acesso em 10 nov. 2010.

comerciais. Valia-se, pois, de trabalhadores pretensamente autônomos para execução de sua atividade-fim, certamente para reduzir encargos trabalhistas decorrentes de regular contratação. Os fatos são indicativos irrefutáveis da relação de emprego, pois não indicam autodeterminação do trabalho, nada obstante a qualificação de “representante comercial” do demandante. Restando provado trabalho remunerado de pessoa física, subordinado e inerente à atividade econômica explorada, elemento último que qualifica o caráter não eventual do labor, há presunção “iuris tantum” quanto à existência de relação de emprego e sua continuidade até a extinção, porquanto esta não exige requisitos formais e aperfeiçoa-se “solo consensu”. Dessarte, o reconhecimento da relação de emprego é medida que se impõe. [...] ⁵²⁷

Como se vê, o representante comercial, sobretudo aquele constituído como pessoa física ou aquele que, em que pese constituído como pessoa jurídica, não mantém uma estrutura econômica organizada, no Brasil, exerce uma atividade que se identifica com o critério da subordinação potencial.

Todavia, por opção legislativa, a referida prestação de serviços não forma vínculo de emprego, exceto se presentes os elementos comprobatórios da existência de subordinação jurídica clássica além daqueles admitidos pela própria Lei.

6.5.2 O trabalhador autônomo economicamente dependente e a subordinação potencial

O conceito de subordinação potencial, como já visto, não se aplica ao trabalhador verdadeiramente autônomo, entendendo-se como tal o trabalhador que organiza sua própria atividade, tendo autonomia econômica e fática para gerir os fatores de produção (capital e trabalho).

Todavia, diversos trabalhadores são, atualmente, concebidos como autônomos por revelarem uma maior autonomia na prestação dos seus serviços, sem que, para tanto, exerçam essa organização própria de uma atividade empresarial.

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n.º**

01921.2008.036.02.00-4. Rel. Min. José Carlos Fogaça. Disponível em:

<<http://wasopp.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=24463>> Acesso em 01 nov. 2010.

Para esses últimos, entretanto, denominados “falsos autônomos”, o conceito de subordinação potencial se adéqua perfeitamente, tornando-os, portanto, verdadeiros empregados.

Nesse sentido, é importante destacar que, do conceito de trabalhador autônomo economicamente, definido pelo legislador espanhol (artigo 11, item 1, da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007) como sendo aquele que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de quem depende economicamente por perceber ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais, não se pode, de imediato, afirmar que tratam-se de trabalhadores potencialmente subordinados uma vez que, conforme já demonstrado, a dependência econômica revela tão somente um indício de subordinação.

Todavia, a partir da análise dos requisitos trazidos pelo item 2 do artigo 11 do Estatuto do Trabalho Autônomo, verifica-se que a autonomia a que se refere o referido diploma legal está limitada à execução dos serviços.

Nesse sentido, cumpre destacar que o referido Estatuto previu, no item 2 do artigo 11, que para ser qualificado como trabalhador autônomo economicamente dependente, o trabalhador deve reunir as seguintes condições: a) não ter a seu cargo empregados nem contratar ou subcontratar a sua atividade com terceiros; b) não executar sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer forma contratual por conta do cliente; c) dispor de infraestrutura produtiva e material próprio necessários para o exercício da atividade; d) desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes; e) perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado pelo cliente e assumindo os riscos da atividade.

Assim, quanto ao primeiro critério, que impõe ao trabalhador, para ser considerado autônomo economicamente dependente, que não tenha a seu cargo

empregados nem contrate ou subcontrate a sua atividade com terceiros, fica evidente que o trabalhador em questão não organiza integralmente uma atividade empresarial uma vez que não possui a propriedade de um dos fatores de produção, qual seja: o trabalho.

Ora, se um determinado trabalhador realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para um tomador de serviços de quem depende economicamente por perceber ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais, sem que, para tanto, organize, fática e economicamente, sua atividade, afinal presta seus serviços sem auxílio de terceiros que eventualmente poderia remunerar, é evidente que o referido trabalhador encontra-se inserido na atividade empresarial do tomador de serviços.

Nesse caso, o trabalhador, individualmente, se insere, com habitualidade, na atividade organizada pelo tomador de serviços, absorvendo sua estrutura empresarial, motivo pelo qual acaba por dele depender economicamente.

Seria diferente, por exemplo, se esse trabalhador mantivesse uma estrutura empresarial organizada, na qual fosse proprietário de capital e trabalho, e destinasse sua produção a esse mesmo tomador de serviços. Nesse último caso, não seria o trabalhador que estaria inserido na estrutura organizada pelo tomador, mas sim a sua estrutura organizada, o que lhe retiraria a condição de potencialmente subordinado.

Todavia, a partir do momento em que o trabalhador, individualmente, se insere na atividade empresarial de outrem, principalmente com habitualidade como ocorre no caso previsto no Estatuto do Trabalho Autônomo espanhol, configura-se a subordinação potencial, na medida em que o trabalhador absorve pessoalmente toda a dinâmica empresarial do tomador de serviços.

O segundo dos requisitos propostos pelo item 2 do artigo 11 do Estatuto do Trabalho Autônomo, não executar sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer forma

contratual por conta do cliente, somente reforça a tese lançada quanto ao requisito anterior na medida em que ressalta a pessoalidade da prestação dos serviços.

O terceiro requisito, dispor de infraestrutura produtiva e material próprio necessários para o exercício da atividade, não é capaz de retirar do referido trabalhador autônomo a condição de potencialmente subordinado, afinal não é o local de prestação de serviços nem tampouco a titularidade dos instrumentos de trabalho que definem a existência ou não de subordinação.

No que tange ao local de trabalho, cabe registrar, inclusive, que, no caso brasileiro, o legislador, no artigo 6º da CLT, já consolidou o entendimento no sentido de que *“não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”*.

Assim, no caso brasileiro, não é óbice à configuração da relação de emprego o fato do trabalhador prestar serviços em sua residência. O fato do trabalhador, para viabilizar o exercício desse ofício, manter uma infraestrutura produtiva, em nada altera a essência da prestação dos seus serviços.

Por fim, a titularidade dos instrumentos de trabalho por parte do trabalhador não é elemento capaz de modificar a sua condição de trabalhador subordinado. Nesse sentido, vale destacar que a utilização por parte dos tomadores de serviços dos instrumentos de trabalho de propriedade dos trabalhadores tem sido algo extremamente comum nos dias atuais, revelando-se uma estratégia ou para reduzir custos ou para tentar mascarar uma verdadeira relação de emprego.

O Tribunal Superior do Trabalho, em recente decisão sobre o tema, deixou claro que o fato de um motorista prestar serviços em veículo de sua propriedade não tem o condão de desnaturar a relação de emprego:

[...] É incontroverso que o autor trabalhava com veículo próprio. De acordo com o depoimento da testemunha de fls. 513/515,

havia punição em caso de falta ao serviço e, no caso do depoente, este não tinha liberdade de horário, nem podia trabalhar para outra empresa, o que demonstra uma rotina na recorrente. Afirma, ainda, que existia para os motoristas agregados o pagamento por fora para o serviço de carga e descarga do veículo. Embora a testemunha ouvida às fls. 516/517 tenha trabalhado por curto período com o autor, tem-se que seu depoimento é suficiente para corroborar o depoimento da primeira testemunha quanto a existência de subordinação à Recorrente, pois narra que o autor se reportava ao preposto e que este era seu superior. [...] A alegação de contrato de prestação de serviços sem cláusula de exclusividade ou o fato de ser ou não permitido usar vestiário e refeitório não são provas suficientes para tanto. Por fim, como bem ressaltou a r. sentença recorrida (fls. 539/542), in verbis: ...as atividades do autor estavam inseridas na atividade-fim da ré. , além do que eram habituais. [...].⁵²⁸

Já com relação ao quarto requisito, desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes, tem-se aqui a grande contribuição da subordinação potencial para, em casos como este, ser capaz de enquadrar os referidos trabalhadores como empregados.

A subordinação potencial, como já dito, não exige que o trabalhador receba ordens diretas e pessoais do tomador de serviços, bastando a sua inserção na dinâmica organizacional deste, o que se qualifica justamente através das indicações técnicas de caráter geral.

Assim, por mais que o trabalhador não receba ordens diretas e pessoais do tomador de serviços, no caso em questão “cliente”, a sua inserção na estrutura organizacional do tomador de serviços, com a indicação genérica das técnicas, procedimentos e regras por parte do “cliente”, revela a existência de um trabalho potencialmente subordinado.

Por fim, quanto ao último requisito, perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado pelo cliente e

⁵²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR n.º 57040-83.2008.5.01.0008**. Min.ª Rel.ª Dora Maria da Costa. Publicado no DEJT, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5123437.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blink&f=g&r=1>> Acesso em 10 nov. 2010.

assumindo os riscos da atividade, também se trata de uma característica dos novos trabalhadores.

Uma das características das empresas toyotistas, como já noticiado ao longo desse texto, é remunerar seus trabalhadores por unidade de obra ou por produção. Assim, o recebimento de uma contraprestação econômica em função do resultado da atividade é algo comum nas contratações dos novos trabalhadores que, por conta disto, acabam assumindo uma parcela do risco da atividade, sem que isto lhe retire a condição de potencialmente subordinado.

Enfim, verifica-se que o trabalhador autônomo dependente economicamente espanhol é, a luz do conceito da subordinação potencial, um trabalhador subordinado e, portanto, empregado.

Sendo assim, a proteção trabalhista alcançada através do conceito da subordinação potencial é plena, conferindo-se, na hipótese em questão, todos os direitos trabalhistas destinados ao trabalhador classicamente subordinado.

6.5.3 O teletrabalho

O teletrabalho surgiu no “mundo do trabalho” como uma “[...] *modalidade especial de trabalho a distância* [...]”,⁵²⁹ acompanhando a expansão da rede mundial de computadores (*internet*), que possibilitou a comunicação de pessoas, inclusive de forma instantânea, espalhadas por toda parte do mundo.

Acerca da origem do teletrabalho, Manuel Martin Pino Estrada, em estudo específico sobre o tema, reconhece a dificuldade de definir, com exatidão, o seu surgimento, destacando que:

É difícil precisar com exatidão a origem do teletrabalho. Os primeiros vestígios dos quais se conhece se encontram em 1857, quando J. Edgard Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn Railroad, nos Estados Unidos, descobriu que poderia usar o

⁵²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. Peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 512.

sistema privado de telégrafo da empresa dele para gerir equipes de trabalho que se encontrarem longe.

[...]

A origem da idéia de teletrabalho se deu graças a Jack Nilles, um investigador da Aerospace Corporation no sul da Califórnia nos Estados Unidos, desenhando naves espaciais para o Departamento de Defesa e para a NASA, e numa ocasião o incumbiram do assunto de como se poderia diversificar a atividade para o setor civil. Em 1971, ele foi conversar com diversas agências governamentais regionais e tentar perceber se poderia resolver o problema proposto. Numa ocasião ele foi para Santa Bárbara falar com um dos homens do planejamento regional e comentou diretamente para ele: ‘se vocês conseguem pôr o homem na lua, porque é que não ajudam a resolver este maldito problema de trânsito?, porque é que não arranjam uma forma do pessoal ficar em casa e trabalhar em vez de se meter nesses engarrafamentos para chegar ao emprego?’. A partir deste momento começou a germinar na cabeça dele a frase de ‘trazer o trabalho para junto de si’.⁵³⁰

Desta forma, verifica-se que a origem do teletrabalho encontra-se relacionada com o incremento da tecnologia dos sistemas de comunicações e telecomunicações, que acabaram por permitir o contato instantâneo entre pessoas que não dividem o mesmo espaço físico.

6.5.3.1 O conceito

Os conceitos de teletrabalho apresentados pelos doutrinadores, em que pese não sejam uniformes, revelam, em comum, a presença de duas características dessa modalidade de prestação de serviços, quais sejam: desempenho da atividade em local separado e distante do tomador de serviços e; utilização de um meio operacional programado.⁵³¹

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho – OIT diz que é teletrabalho “[...] qualquer trabalho realizado num lugar onde, longe dos escritórios ou oficinas centrais, o trabalhador não mantém um contato pessoal com seus colegas, mas pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias”.⁵³²

⁵³⁰ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise juslaboral do teletrabalho**. 1. ed. Curitiba: Editora Camões, 2008, p. 17-18.

⁵³¹ VILHENA, op. cit., p. 588.

⁵³² ESTRADA, op. cit., p. 17-18.

Portanto, o conceito de teletrabalho, como visto, precisa abranger as suas principais características, sobretudo o fato de não ser prestado no local onde se encontra o tomador de serviços, bem como o fato da comunicação entre trabalhador e prestador de serviços ser feita mediante a utilização de recursos tecnológicos de comunicações e telecomunicações.

6.5.3.2 Vantagens e desvantagens do teletrabalho

A doutrina, ao discorrer acerca dessa nova forma de prestação de serviços, costuma apontar as vantagens e desvantagens, para o trabalhador e para o tomador de serviços, de sua utilização.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros, quanto às vantagens, para o empregador, da utilização dessa forma de prestação de serviços, aponta as seguintes: redução do espaço imobiliário e conseqüente redução dos custos com os espaços físicos necessários à manutenção da atividade empresarial; redução dos custos com os transportes dos trabalhadores; atendimento mais eficaz dos clientes mediante a conexão informática; maior produtividade do empregado em razão da eliminação dos tempos ociosos, sobretudo no trânsito.⁵³³

Manuel Martin Pino Estrada, apontando as vantagens do teletrabalho, apresenta algumas que estão diretamente relacionadas aos interesses do tomador de serviços, como por exemplo: aumento da produtividade; possibilidade da empresa operar as 24 horas globalmente; a prestação dos serviços fica imune às catástrofes naturais que não bloqueiam o sistema de telecomunicações; redução dos gastos com combustíveis.⁵³⁴

Como se vê, as vantagens do teletrabalho para o tomador de serviços estão relacionadas à redução de custos e ao aumento da produção, dentro de um sistema de descentralização produtiva característico da empresa pós-fordista.

⁵³³ BARROS, op. cit., p. 514.

⁵³⁴ ESTRADA, op. cit., p. 25-26.

No que tange às desvantagens desse sistema para o tomador de serviços, Alice Monteiro de Barros cita a necessidade de investimentos expressivos com equipamentos capazes de permitir esse tipo de prestação de serviços; o custo com a necessidade de manutenção de uma equipe de manutenção e a dificuldade de direção e controle dos teletrabalhadores; a perda da coesão na organização empresarial e; a ameaça à confidencialidade da informação.⁵³⁵

Vale destacar, por oportuno, que dentre as desvantagens apontadas pela referida autora, chama a atenção aquela relacionada à dificuldade de direção e controle dos trabalhadores. Ora, já se pôde verificar, ao longo desse trabalho, que a externalização da produção e a atribuição de maior autonomia aos trabalhadores é uma das características do modelo de produção adotado pela empresa pós-fordista.

Assim, a diminuição da intensidade de direção e controle dos trabalhadores é uma estratégia da empresa pós-fordista para incrementar a produção, na medida em que, de um lado, transforma tais trabalhadores em autônomos e, portanto, diminui os custos com encargos trabalhistas e, de outro lado, aumenta o ideal competitivo entre esses trabalhadores, fazendo com que os mesmos passem a trabalhar almejando mais e mais produtividade, afinal, via de regra, são remunerados por unidade de obra ou produção.

Já com relação aos trabalhadores, Alice Monteiro de Barros aponta como principal vantagem a flexibilidade de horário, o que, teoricamente, facilita a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares.⁵³⁶

Analisado sob outra ótica, entretanto, a referida vantagem pode, na verdade, constituir uma desvantagem para o trabalhador na medida em que o trabalho sem controle de horário impõe, de igual maneira, um trabalho sem limite de horário.

Assim, trabalhando longe do estabelecimento do tomador de serviços e sendo remunerado, via de regra, por produção, aos teletrabalhadores não há,

⁵³⁵ BARROS, op. cit., p. 514.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 514.

precisamente, uma jornada de trabalho, passando esta, na verdade, a ocupar as 24 (vinte e quatro) horas do dia do trabalhador que, literalmente, carrega o trabalho consigo para onde quer que vá.

Ainda com relação às vantagens, Alice Monteiro de Barros aponta o fato do teletrabalho se estender a pessoas que encontram dificuldades na obtenção de empregos formais, a exemplo de donas de casa, trabalhadores com idade avançada e portadores de deficiência.⁵³⁷

Manuel Martin Pino Estrada, tratando também das vantagens do teletrabalho para o trabalhador, aponta, por exemplo, as seguintes: ausência de deslocamento até a sede da empresa; geração de empregos; aumento das oportunidades de emprego para os trabalhadores portadores de deficiência.⁵³⁸

Já no que concerne às desvantagens do teletrabalho para os trabalhadores, Alice Monteiro de Barros⁵³⁹ e Manuel Martin Pino Estrada⁵⁴⁰ também identificam diversas desvantagens em comum: deterioração das condições de trabalho; enfraquecimento da consciência de classe; isolamento do empregado; eliminação da carreira e promoção; redução da esfera de intimidade e privacidade do empregado; doenças ligadas ao computador, a exemplo das lesões por esforço repetitivo; falta de legislação específica, dentre outras.

Assim, fica evidente que o teletrabalho traz vantagens e desvantagens para os contratantes, devendo ressaltar, entretanto, que quanto ao trabalhador, as desvantagens estão diretamente relacionadas aos seus elementos vitais, quais sejam: privacidade e intimidade; tempo de trabalho; consciência de classe e; acima de tudo, a incerteza de seu enquadramento jurídico.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 514.

⁵³⁸ ESTRADA, op. cit., p. 17-18.

⁵³⁹ BARROS, op. cit., p. 515.

⁵⁴⁰ ESTRADA, op. cit., p. 26.

6.5.3.3 *A disciplina jurídica do teletrabalhador no Brasil e a subordinação potencial*

Assim como ocorre com o trabalhador parassubordinado, no Brasil, não há disciplina jurídica específica acerca do teletrabalhador. Há tão somente uma regra prevista no art. 6º da CLT que prevê que não há distinção entre o trabalho prestado no estabelecimento do empregador e o trabalho prestado no domicílio do empregado.

Todavia, conforme adverte Alice Monteiro de Barros, o trabalho em domicílio não se confunde com o teletrabalho:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.⁵⁴¹

Assim, uma das desvantagens que se pode também atribuir ao teletrabalhador, como já dito, é justamente a incerteza quanto ao seu enquadramento jurídico.

Isso porque, sem uma norma legal, no Brasil, que afirme expressamente – como atualmente ocorre com o trabalhador em domicílio – que o teletrabalhador, caso caracterizada a relação de emprego, será objeto de tutela trabalhista, podem surgir posicionamentos no sentido de que essa modalidade de prestação de serviços será, em qualquer circunstância, autônoma e, portanto, distante dos direitos e garantias trabalhistas.

Todavia, prevendo o inciso XXXII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 que não poderá haver distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos e prevendo a mesma Constituição, desta vez

⁵⁴¹ BARROS, op. cit., p. 513.

em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não se pode negar que um teletrabalhador, caso preste serviços observando os requisitos necessários à configuração da relação de emprego, deve ser considerado empregado, sendo objeto, portanto, de todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico trabalhista.

Portanto, a partir disso, deve ser enfrentada outra dificuldade: a tarefa de investigar se os teletrabalhadores são trabalhadores autônomos ou subordinados, o que requer, sem dúvida, uma nova compreensão da subordinação jurídica.

A relação de teletrabalho, em razão da distância física mantida entre trabalhador e tomador de serviços, acarreta uma dificuldade de identificação do requisito da subordinação jurídica nessas relações, sobretudo se analisada sob a sua perspectiva clássica de contraface do poder diretivo. Assinala, nesse diapasão, Amauri Cesar Alves que:

Difícil, nesse contexto multifacetado, será determinar, por meio da pesquisa clássica – relação de emprego fundada na subordinação –, se o trabalhador contratado será empregado ou não. É que a subordinação não se dá, nestas relações, de modo clássico como no contexto fordista. Não há chefias presenciais, fiscalização de horários, sanções disciplinares. O que há é um controle mitigado representado pela responsabilidade na entrega do produto ou serviço a ser desenvolvido à distância. O simples fato de haver trabalho à distância não significa deixar de haver dependência – ainda que meramente econômica – e coordenação dos trabalhos pelo contratante, O que não parece correto é afastar toda a proteção juslaboral destes trabalhadores ao argumento de inexistência de subordinação clássica. Se a realidade fática demonstra coordenação, pessoalidade e não-eventualidade, em um trabalho oneroso, deve ser reconhecida a parassubordinação e garantida justa proteção.⁵⁴²

Portanto, a inexistência ou mitigação do controle direto da prestação de serviços do teletrabalhador surge como um possível argumento para considerá-lo autônomo.

⁵⁴² ALVES, op. cit., p. 123.

Todavia, nesse sentido, o critério da subordinação potencial, ao não exigir o recebimento de ordens diretas por parte do trabalhador, se enquadra perfeitamente na noção de teletrabalhador, na medida em que este se insere na estrutura organizacional da empresa, ficando, portanto, potencialmente subordinado.

Ressalte-se ainda que a distância física entre o teletrabalhador e o tomador dos serviços, em muitas situações, não elimina sequer o controle direto da atividade por parte do empregador uma vez que, conforme adverte Manuel Martin Pino Estrada, é possível que o tomador dos serviços exerça um controle virtual e invisível, mediante a utilização de programas de *software* que são capazes até mesmo de registrar quantas vezes e quais sites o trabalhador acessou em um determinado dia.⁵⁴³

Outrossim, a relação de teletrabalho não evita que, em certas situações, sejam imputadas ao teletrabalhador regras gerais relacionadas à atividade, tais como, no caso de vendedores, dias e horários de vendas, o que, sem dúvida, releva a presença da subordinação jurídica, conforme se pode extrair do julgado abaixo:

[...] Vale frisar, ainda, que o simples fato de a autora ter prestado serviços em sua residência também não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, visto que a hipótese apenas evidenciaria trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero evidenciada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada. [...] De igual forma está caracterizada a subordinação jurídica, na medida em que o contrato escrito impunha os dias da semana e os horários em que deveriam ser executados os serviços. Como se infere da cláusula 8ª de f. 85, a autora deveria efetuar as vendas às segundas e quartas-feiras, no horário de 08:00 h às 17:00 h. [...].⁵⁴⁴

⁵⁴³ ESTRADA, op. cit., p. 26.

⁵⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00977-2009-129-03-00-7**. Rel. Juiz Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar. Publicado no DEJT, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0931973&idAndamento=RO++0931973PACO20091126+++++9124800>> Acesso em: 10 nov. 2010.

Portanto, a partir do critério da subordinação potencial, os teletrabalhadores podem, mesmo sem o recebimento de ordens diretas do tomador dos serviços, ser considerados empregados.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi apresentado ao longo desse trabalho, pode-se sintetizar que:

- o Direito do Trabalho surgiu e se concretizou como um instrumento de proteção do trabalhador hipossuficiente, em que pese, em paralelo, exerça a função conservadora de consolidar o sistema de produção capitalista e legitimar a exploração do trabalho alheio através do pagamento de uma contraprestação pecuniária;
- quando do surgimento do Direito do Trabalho, o trabalhador hipossuficiente se confundia com o trabalhador subordinado classicamente, revelando o modelo de produção da época baseado no rígido controle da prestação dos serviços;
- o modelo de produção calcado no binômio Fordismo/Taylorismo atrelava o lucro e o sucesso das empresas ao monopólio da produção (empresa vertical), ao elevado número de mercadorias estocadas e à eliminação dos tempos ociosos, o que dependia da submissão dos trabalhadores a um rígido sistema de ordens e diretrizes empresariais;
- com a crise econômica desencadeada a partir do último quarto do século XX, o sistema capitalista de produção passou a exigir novos métodos, o que se tornou possível com a evolução tecnológica acentuada;
- os modelos de produção pós-fordistas rompem com a lógica da empresa vertical, externalizando sua produção para empresas terceirizadas e outras diversas espécies de prestadores de serviços; passam a trabalhar com a eliminação dos estoques e com a produção vinculada à demanda e; principalmente, conferem maior autonomia aos trabalhadores na execução dos serviços;

- os trabalhadores submetidos aos modelos de produção pós-fordistas, a exemplo do modelo de produção toyotista, são transformados em parceiros, colaboradores, companheiros da empresa;
- a ausência de controle de horários, a remuneração em razão da produção, a alteração do local da prestação dos serviços, a especialização e a intelectualização dos trabalhadores os tornam trabalhadores autônomos;
- a subordinação jurídica, classicamente pensada, não se mostra capaz de identificar nesses novos trabalhadores a figura do empregado, afinal eles internalizam o poder diretivo, tornando-se fiscais dos seus próprios trabalhos;
- a crise da subordinação jurídica clássica, portanto, se traduz na sua incapacidade de garantir a proteção jurídica a trabalhadores que, dentro de uma nova realidade produtiva, não revelam uma rígida submissão ao poder diretivo do empregador, mas, igualmente hipossuficientes, mantêm a característica marcante do trabalhador subordinado: a prestação dos serviços por conta alheia, ou seja, sem apropriação dos resultados do trabalho;
- para que o Direito do Trabalho consiga, portanto, manter sua essência protetiva, faz-se necessário adequar-se ao novo modelo de produção, afinal o modelo de produção fordista/taylorista não se mantém mais hegemônico;
- a resposta do Direito do Trabalho à crise da subordinação jurídica clássica, marcada pela ausência de proteção de trabalhadores que, igualmente hipossuficientes, permanecem alheios às normas trabalhistas em razão da ausência de submissão ao exercício efetivo do poder diretivo do tomador de serviços, pode resultar de dois caminhos;

- o primeiro dos caminhos perpassa pela ampliação do objeto do Direito do Trabalho que, nesse sentido, passaria a tutelar todas as formas de trabalho, destinando proteção na medida da dependência/subordinação do trabalhador;
- a tutela jurídica do trabalho parassubordinado, na Itália, e a tutela jurídica do trabalho autônomo economicamente, na Espanha, revelam o processo de ampliação do objeto do Direito do Trabalho;
- o segundo dos caminhos, em contrapartida, mantém a relação de emprego como objeto exclusivo do Direito do Trabalho, alvo, portanto, da proteção integral deste ramo específico do Direito, revisando e ampliando o conceito da subordinação jurídica de modo a enquadrar essas novas relações de trabalho inauguradas pelos sistemas de produção pós-fordistas como verdadeiras relações de emprego;
- o processo de revisão e de ampliação do conceito de subordinação jurídica identifica também nas prestações de serviços desses novos trabalhadores relações de trabalho subordinadas, em que pese não estejam submetidos a um rígido poder diretivo do tomador dos serviços;
- a subordinação jurídica desses novos trabalhadores, portanto, revela um caráter objetivo. A subordinação jurídica, nesse momento, extrapola os limites subjetivos que marcam a subordinação jurídica clássica. A subordinação jurídica, agora, revela-se na subordinação da atividade e não na subordinação da pessoa do trabalhador;
- as propostas de Arion Sayão Romita (subordinação objetiva), Maurício Godinho Delgado (subordinação estrutural), Lorena Vasconcelos Porto (subordinação integrativa) e José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes (subordinação reticular) guardam em comum o fato de preservarem a relação de trabalho subordinada como objeto exclusivo do Direito do Trabalho, o que permite a tutela dos novos

trabalhadores não na medida de sua dependência, mas sim de forma integral, como verdadeiros trabalhadores subordinados que são;

- enfim, constata-se que a escolha de qualquer um dos dois caminhos já revela a intenção louvável de proteção de trabalhadores hipossuficientes que, atualmente, encontram-se desprovidos de tutela trabalhista. Seguir o primeiro ou o segundo caminho não faz da escolha tomada melhor ou pior, mas sim faz dela a escolha resultante de uma determinada construção teórica;

- assim é que, no presente trabalho, partindo-se da essência protetiva do Direito do Trabalho, segue-se o caminho da revisão e ampliação do conceito da subordinação jurídica;

- a partir da análise dos conceitos objetivos de subordinação já propostos por alguns autores nacionais, se chegou ao conceito da subordinação jurídica potencial;

- a potencialidade da subordinação jurídica encontra-se atrelada à potencialidade do poder diretivo do empregador que, detentor dos fatores de produção (capital e trabalho), possui a faculdade de controlar a atividade do empregado, gravitando esse poder diretivo dentro de uma órbita que o permite ir de um mínimo a um máximo;

- assim é que se pode afirmar que há subordinação potencial quando o trabalhador, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador dos serviços, recebendo ou não ordens diretas deste, em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador;

- uma interpretação atual dos artigos 2º e 3º da CLT, o que revela a desnecessidade de alteração legislativa para que se proteja juridicamente

esses novos trabalhadores, requer a absorção da potencialidade da subordinação jurídica;

- o conceito de subordinação potencial, portanto, faz, por exemplo, do trabalhador parassubordinado, do trabalhador autônomo economicamente e do teletrabalhador verdadeiros empregados, afinal, a luz desse conceito revisado e ampliado de subordinação jurídica, são trabalhadores verdadeiramente subordinados;

- resgata-se, portanto, com o conceito de subordinação potencial, o caráter protetivo do Direito do Trabalho, garantindo tanto aos trabalhadores fordistas quanto aos trabalhadores pós-fordistas, desde que atendidos os requisitos necessários à formação da relação de emprego, todos os direitos e garantias trabalhistas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.
- ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.
- AMANTHÉA, Dennis Veloso. **A Evolução da Teoria da Parassubordinação. O Trabalho a Projeto**. São Paulo: LTr, 2008.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- _____. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. 10. reimpr. rev. ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACON, Francis. **Novo Oregum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Editora Nova Cultural Ltda: São Paulo, 1997.
- BARASSI, Ludovico. **Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano**. Milano: Libreria, 1901.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. Peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BORGES, Roxana Cardoso. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 01 abr. 2010.

_____. **Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965.** Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886a.htm> Acesso em 10 nov. 2010.

_____. **Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972.** Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

_____. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm/> Acesso em: 01 abr. 2010.

_____. **Lei n.º 7.064, de 06 de dezembro de 1982.** Dispões sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7064.htm> Acesso em: 02 abr. 2010.

_____. **Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispões sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm> Acesso em: 01 abr. 2010.

_____. **Lei n.º 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9608.htm> Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão n.º 20080745126.** Rel.ª Des.ª Silvia Regina Pondé Galvão Devonald. Publicado no DEJT, 09 set. 2008. Disponível em: <http://gsa.trtsp.jus.br/search?q=cache:pXbulGiR6JcJ:trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main%3Fselacordao%3D20080745126%26a%3DabcR++inmeta%3ADataPublicacao%3Adaterange%3A2008-09-09..2008-09-10&site=Acordaos&client=trt2Acordao&lr=lang_pt&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=trt2Acordao&oe=UTF-8&http://trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main?selacordao=20080745126&a=abcR> Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n.º 01210.2008.07802.00.** Rel. Des. Benedito Valentini. Disponível em: <<http://wasopp.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=23820>> Acesso em 10 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n.º 01921.2008.036.02.00-4.** Rel. Min. José Carlos Fogaça. Disponível em:

<<http://wasopp.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=24463>>
Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Reclamação Trabalhista n.º 00858-2010-011-03-00-1**. Juiz Cléber Lúcio de Almeida. Publicada no DEJT, 19 jul. 2010. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/consultaProcessual.do;jsessionid=85CDD BBD3769F24095FF8C6F1134F7FF>> Acesso em: 07 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 01288-2009-100-03-00-8**. Rel.ª Des.ª Maria Cristina Diniz Caixeta. Publicado no DEJT, 22 mar. 2010. Disponível em: <
<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++10+2681&idAndamento=RO++10+2681PACO20100322+++++9531900>> Acesso em: 28 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00922-2008-094-03-00-7**. Relator Juiz Convocado Eduardo Aurelio P. Ferri. Publicado no DEJT, 23 mar. 2009. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++09+2660&idAndamento=RO++09+2660PACO20090320+++++8455700>> Acesso em 10 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 01415-2009-114-03-00-1**. Relator Des. Anemar Pereira Amaral. Publicado no DEJT, 26 abr. 2010. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++10+3940&idAndamento=RO++10+3940PACO20100422+++++17231600>> Acesso em 10 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00546-2007-091-03-00-0 RO**. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Publicado no DJ, 23 fev. 2008. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0724952&idAndamento=RO++0724952PACO20080222+++++11162600>> Acesso em 23 out. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00173-2007-073-03-00-6**. Rel. Des. Maurício Godinho Delgado. Publicado no DJ, 22 ago. 2007. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0713828&idAndamento=RO++0713828PACO20070821+++++13455900>>. Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n.º 00977-2009-129-03-00-7**. Rel. Juiz Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar. Publicado no DEJT, 26 nov. 2009. Disponível em:
<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0931973&idAndamento=RO++0931973PACO20091126+++++9124800>> Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n.º **0023400-18.2007.5.04.0404**. Rel.ª Des.ª Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Publicado no DEJT, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:xhENhh2hfjYJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D35276089+inmeta%3ADA TA_DOCUMENTO%3A2010-04-01..2010-10-29+++feiras&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Acórdão n.º 014025/2006**. Rel. Des. Raymundo Pinto. Publicado no DJ, 04 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=acordaoPesquisaAvancada&arrayCodD esembargador=49559,1866,10814,15000,1033,1971,8000249,1041,1114,1726,4342,8607,9492,1122,1025,18491,8000770,22359,7554,1734,6590,1610,20895,1955,6582,1157,1998,48781,1904,19838,2250,32583,8593,8000214,1076,1912,19846,1890,1165,1742,10750,1050,2005,53971,1939,15042,1181,1963,8000575,8000443,16014,20348,1017,8000486,9476,1858,19820,10326,7490,1793,4768,48501,10180,1190,1750,10393,4237,36694,1068,1840,9689,1785,9727,39197,13848,1220,10784,1203,7767,57314,31242,8000451,1807,1238,1831,9220,14801,1769,14267,1777,7155,9956,1920,1815,8000168,4300>> Acesso em: 28 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário n.º 01432-2002-492-05-00-1**. Rel.ª Des.ª Graça Laranjeira. Publicado no DJ, 17 fev. 2004. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=93720> Acesso em 23 out. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Reclamação Trabalhista n.º 0047000-18.2009.5.05.0195**. Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Publicada no DEJT 11 dez. 2009. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAMuvAAsAAApguAAF>. Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário n.º 0047000-18.2009.5.05.0195**. Rel.ª Des.ª Graça Boness. Publicado no DEJT 31 ago. 2010. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAMuvAAzAAA2FcAAU>. Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n.º **0090100-94.2007.5.15.0007**. Rel. Des. Carlos Roberto do Amaral Barros. Publicado no DEJT, 04 jun. 2010. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pldProc=1597295&pDbLink=>>>. Acesso em 01 nov. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR n.º 57040-83.2008.5.01.0008**. Min.ª Rel.ª Dora Maria da Costa. Publicado no DEJT, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5123437.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em 10 nov. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-38/2002-053-18-00**. Rel. Min. Vantuil Abdala. Publicado no DEJT, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4598822.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 27 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR – 561062/1999**. Rel. Min. Milton de Moura França. Publicado no DEJT, 14 nov. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4570750.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 27 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR – 783296-70.2001.5.24.5555**. Rel.^a Min.^a Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Publicado no DEJT, 28 mai. 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5158056.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 28 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR-593.730/99.6**. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publicado no DJ, 15 abr. 2005. Disponível em: <[http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(3865302.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(3865302.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1)> Acesso em: 29 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 17.179/2001-006-09-40.7**. Rel. Min. Horácio Senna Pires. Publicado no DEJT, 11 out. 2007. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4262668.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 29 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1168/2003-008-18-00**. Rel.^a Min.^a Dora Maria da Costa. Publicado no DEJT, 04. maio. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4747164.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 22 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 653/1997-047-02-00**. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no DEJT, 11. abr. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4381507.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 27 jul. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 2117/2007-037-12-00**. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicado no DJ, 08 ago. 2008. Disponível: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4467306.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1355/2006-004-08-00**. Rel. Min. Alberto Bresciani. Publicado no DJ, 22 fev. 2008. Disponível: <

<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4318385.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 75500-03.2002.5.04.0021**. Rel.^a Min.^a Maria de Assis Calsing. Publicado no DEJT, 27 ago. 2010. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5235000.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> > Acesso em 10 nov. 2010.

BULGUERONI, Renata Orsi. **Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela**. In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho: A experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. vol. 1. 2. ed. Ver., atualizada e aum. São Paulo: Saraiva, 1981.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

_____. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 33

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho**. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.); FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CUEVA, Mario de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 3. ed. Tomo Primeiro. Mexico: Editorial Porrúa, 1949.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 19.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006, p. 667.

ESPAÑA. **Proyecto de Ley 121/000055**. Proyecto de Ley por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Disponível em: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A_055-01.PDF>. Acesso em: 30 de jul. 2010.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise juslaboral do teletrabalho**. 1. ed. Curitiba: Editora Camões, 2008.

FERNANDES, Antonio Monteiro. **Direito do trabalho**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. Reestruturação Produtiva, Globalização e Neoliberalismo: Reflexos no Modelo Brasileiro e suas Conseqüências na Legislação Trabalhista. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

ITALIA. **Decreto Legislativo n. 276, de 10 set. 2003**. Disponível em: <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/ADF61963-C03C-4FDE-B8DD-1F5906942112/0/20030910_DLGS_276.pdf> Acesso em: 21 out. 2010.

JÚNIOR, Cesarino. **Direito social**. São Paulo: LTr, Universidade de São Paulo: 1980.

KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____. **O caminho desde a estrutura**: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica. São Paulo: UNESP, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**. Uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador?**. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.); FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Relação de Emprego & Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **A supersubordinação**. Invertendo-se a lógica do jogo. Disponível em: <http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&source=hp&q=a+supersubordina%C3%A7%C3%A3o&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=> Acesso em 02 maio 2010.

MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeno e del dependiente**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Derechos Sociales de la Ciudadania y Ordenamiento Laboral**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1996.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. Formação histórica e natureza jurídica. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho Editora, 1943.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2007.

MOREIRA, Priscila Soeiro. **O contrato a projeto na reforma italiana de 2003**. In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho: A experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PASSOS, J.J Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991.

PEREIRA, Vanessa dos Reis. **O novo inciso I do art. 114 da constituição da república de 1988**: Na marcha ou na contra-marcha da flexibilização?. In: DELGADO, Maurício Godinho (Coord.); PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coord.); TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Relação de trabalho*: Fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho. Uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e Negociação Coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho*: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – O Direito do Trabalho?* In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho*: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **Flexigurança**. A reforma do mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RUSSAMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Da “Velha” Parassubordinação Ao Novo Contrato De Trabalho A Projeto**. In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 32, p. 343-348, abril-junho, 2006.

_____. **Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação**. In MANNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 27, p. 173-181, julho-setembro, 2001, pg. 178-179.

SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 15.

SUPIOT, Alain. **Crítica del Derecho del Trabajo**. Trad. José Luis Gil y Gil. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 1996.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Relação de trabalho x relação de emprego**. In: DELGADO, Maurício Godinho (Coord.); PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coord.); TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Relação de trabalho: Fundamentos interpretativos para a nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

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