



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Subordinação e parassubordinação: a proteção dos direitos
fundamentais sociais nas relações de trabalho contemporâneas**

Flávio Alexandre Luciano de Azevedo

SÃO CRISTÓVÃO

2016

Flávio Alexandre Luciano de Azevedo

Subordinação e parassubordinação: a proteção dos direitos fundamentais sociais nas relações de trabalho contemporâneas

Texto apresentado ao mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito para a obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa 2: concretização dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais

ORIENTADORA: Prof^ª. Dr^ª. Luciana Aboim M. G. da Silva

SÃO CRISTÓVÃO

2016

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

A994s Azevedo, Flávio Alexandre Luciano de
Subordinação e parassubordinação : a proteção dos direitos fundamentais sociais nas relações de trabalho contemporâneas / Flávio Alexandre Luciano de Azevedo ; orientadora Luciana Aboim M. G. da Silva. – São Cristóvão, 2016.
139 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2016.

1. Direitos fundamentais. 2. Trabalho. 3. Produtividade. 4. Direito do trabalhador. 5. Direitos sociais. 6. Relações trabalhistas. 7. Trabalhadores – Direitos fundamentais. I. Silva, Luciana Aboim M. G. da Silva, orient. II. Título.

CDU 342.734:349.22

FOLHA DE APROVAÇÃO

A dissertação de mestrado “Subordinação e parassubordinação: a proteção dos direitos fundamentais sociais nas relações de trabalho contemporâneas”, elaborada por Flávio Alexandre Luciano de Azevedo, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em as forma final pela banca examinadora adiante identificada.

Banca examinadora:

Dr^a. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe
Orientadora

Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade
Universidade Federal de Pernambuco

Dr^a. Karyna Batista Sposato
Universidade Federal de Sergipe

AGRADECIMENTOS

No decorrer do caminho percorrido até a conclusão deste trabalho tive a ajuda e o apoio de muitas pessoas às quais não poderia deixar de registrar meu mais sincero agradecimento.

Agradeço a minha esposa Alessandra, pelo apoio e pelo companheirismo de toda uma vida, inclusive por suportar minha ausência durante o tempo que foi necessário que eu viajasse para desenvolver parte da pesquisa no desenvolvimento deste trabalho.

A meu filho Kaynã, por ser o principal motivo pelo qual eu desejo uma sociedade melhor.

A meus pais, por serem, desde sempre e por toda a minha vida, exemplos de todas as virtudes.

À professora Luciana Aboim, orientadora desse trabalho, pelo acompanhamento sempre disponível, seguro e, acima de tudo, respeitoso.

Às Professoras Constança Cesar e Karyna Sposato, pelas valorosas contribuições para a correção dos rumos do trabalho no exame de qualificação.

À professora Karyna Sposato e ao professor Everaldo Gaspar, por me darem a honra de participarem da avaliação da defesa deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito – PRODIR - da Universidade Federal de Sergipe, pela troca de conhecimentos sempre produtiva.

Ao professor Jaime Cabeza, e a todos os professores, pós-graduandos e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, pela maneira hospitaleira e amigável como me receberam nos quase três meses em que estive pesquisando naquela Universidade.

Ao Ministério do Trabalho e Emprego e à Secretaria de Inspeção do Trabalho pela oportunidade que me deram de me afastar do trabalho para o desenvolvimento da pesquisa, o que contribuiu sobremaneira para a qualidade desta dissertação.

A todos os colegas da Inspeção do Trabalho que certamente tiveram uma parcela um pouco maior nos encargos de suas atividades de trabalho em decorrência do meu afastamento.

A Catuscha e Renata, secretárias do PRODIR, pelo trabalho realizado na parte administrativa e de apoio às atividades do mestrado.

Aos colegas do mestrado da Universidade Federal de Sergipe, pelos debates e pelos momentos de ajuda mútua e de descontração.

RESUMO

A efetividade do Direito do Trabalho é um importante instrumento para a promoção da dignidade humana e conseqüentemente para a proteção dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, destaca-se a necessidade da análise do enquadramento que se dá à relação de emprego, pois disto depende o grau de proteção que será aplicado ao trabalhador. Com a fase da crise do Direito do Trabalho, iniciada na Europa na década de 1970, importantes parcelas do setor produtivo discutem a necessidade da redução da proteção trabalhista como única forma de tornar viável sua atividade econômica. Com vistas à redução de custos trabalhistas, surgem novas formas de contratação de trabalhadores, diversas da relação de emprego, como as cooperativas de trabalho, terceirização, trabalho temporário e o trabalho parassubordinado. Nesse contexto, e com a evolução dos processos produtivos, surge a necessidade de revisitar os parâmetros identificadores da relação de emprego. Uma linha de doutrinadores entende que atualmente a subordinação se encontra bastante atenuada nas relações de trabalho, pelo fato da produção se desenvolver de maneira pulverizada e sem que existam ordens diretas do tomador de serviços ao trabalhador. Em sentido contrário, alguns doutrinadores observam que as profundas mudanças nas relações de trabalho não tornaram os trabalhadores menos subordinados, mas que a subordinação se exerce por outros meios diante da reengenharia do processo produtivo. Dessa forma, surgem inovações legislativas em alguns países para disciplinar relações de trabalho que se encontram na zona *grise* entre autonomia e subordinação, com destaque para o trabalho parassubordinado. Registra-se que esses trabalhadores possuem um grau de proteção trabalhista bem menor do que os empregados típicos, em razão de que muitos aspectos definidos por norma cogente em uma relação de emprego são deixados à autonomia da vontade contratual das partes nas relações de trabalho parassubordinadas. Para que se entenda cabível a instituição da parassubordinação, há que se entender que os trabalhadores nela enquadrados possuem um grau de hipossuficiência menor em relação aos empregados típicos, pois somente desta forma se justificaria uma proteção trabalhista menos ampla. Portanto, a necessidade de proteção trabalhista não decorre da subordinação em sua concepção clássica, mas sim da hipossuficiência de uma das partes da relação de trabalho em relação à outra. É nesse sentido que surge a necessidade de uma releitura da subordinação, tendo em vista que nos processos produtivos contemporâneos o poder diretivo do empregador é exercido por meios que não a emanção direta e constante de ordens. O estudo de uma ampla concepção da subordinação nos leva a compreender a evolução do seu conceito e a enquadrar os trabalhadores que realmente devem estar sob a proteção da legislação trabalhista na relação de trabalho típica, denominada relação de emprego.

Palavras-chave: subordinação; parassubordinação; processos produtivos contemporâneos, hipossuficiência.

ABSTRACT:

The effectiveness of Labor Law is an important tool to promote human dignity and consequently for the protection of fundamental rights. From this perspective, there is the need of the frame analysis given to the employment relationship, because it depends on the degree of protection that will be applied to the employee. With the phase of the Labor Law crisis, which began in Europe in the 1970s, major portions of the productive sector discuss the need to reduce labor protection as the only way to make viable its economic activity. With a view to reducing labor costs, there are new forms of hiring workers, different from the employment relationship, such as labor unions, outsourcing, temporary work and the quasi subordination work. In this context, and with the development of productive processes, there is the necessity to revisit the identifying the employment relationship parameters. A line of scholars believes that currently the subordination is much attenuated in labor relations, because the production develop in sprayed manner and without there being any direct orders from the employee services taker. On the other hand, some scholars note that the profound changes in labor relations do not become less subordinate workers however that subordination is exercised by other ways facing the reproduction process engineering. Consequently, there are legislative innovations in some countries to regulate labor relations that are in grise zone between autonomy and subordination, highlighting the quasi subordination work. It is recorded that these workers have a degree of protection much lower than typical employees, given that many aspects defined by standard cogent in an employment relationship are left to the autonomy of contractual will of the parties in quasi subordination labor relations. To understand the appropriate institution of quasi subordination, it is important to understand that workers that are framed on it have a lower degree of disadvantage from the typical employees, because only in this way could be justify a less extensive labor protection. Therefore, the need for labor protection does not result from subordination in its classic design, but the disadvantage of a party of the working relationship over the other. That is why there is the need for a review of subordination, considering that in contemporary processes governing the power of the employer is exercised by means other than direct and constant emanation orders. The study of a broad conception of subordination leads us to understand the evolution of its concept and frame the workers who should actually be under the protection of labor laws in the typical work relationship, called the employment relationship.

Key words: subordination, quasi subordination, contemporary productive processes, disadvantage.

LISTA DE ABREVIATURAS

AIP – acordos de interesse profissional
AIRR – agravo de instrumento em recurso de revista
CAM - Comunidade Autônoma de Madri
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
co.co.co. - colaboração continuada e coordenada
co. co.pro. - colaboração coordenada a projeto
COPM - Colégio Oficial de Psicólogos de Madri
CPC – Código de Processo Civil
LETA – Lei do Estatuto do Trabalho Autônomo
RE – recurso extraordinário
ROS – recursos ordinários
RR – recurso de revista
STF – Supremo Tribunal Federal
TRADE – trabalhador autônomo economicamente dependente
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST - Tribunal Superior do Trabalho

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: SUA DIMENSÃO OBJETIVA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE EM CONEXÃO COM O DIREITO DO TRABALHO.....	16
1.1	Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.....	17
1.1.1	A evolução do papel do Estado frente aos direitos fundamentais.....	18
1.1.2	A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....	23
1.2	A vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais.....	26
1.3	A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	28
1.3.1	A aplicação de direitos fundamentais gerais às relações de trabalho <i>lato sensu</i> – o caso Jivraj x Hashwni.....	32
1.4	A conexão entre a efetividade do Direito do Trabalho e a efetividade dos direitos fundamentais.....	33
1.5	Direitos fundamentais sociais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.....	36
CAPÍTULO 2	AS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR NAS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS.....	40
2.1	O poder de direção do empregador – contraface da subordinação.....	40
2.2	A evolução dos processos produtivos.....	41
2.2.1	Taylorismo.....	42
2.2.2	Fordismo.....	43
2.2.3	Toyotismo.....	44
2.3	A necessidade de controle na sociedade industrial – o homem unidimensional.....	47
2.4	A autonomia privada em relações desiguais – a hipossuficiência do trabalhador.....	51
2.4.1	<i>Employee shareholder status</i> – a possibilidade de <i>opting out</i> no direito do Reino Unido.....	56
2.5	Uma análise do exercício do poder diretivo na organização empresarial em rede na produção têxtil.....	58
2.5.1	O caso Zara Brasil.....	60
2.5.2	O caso Arthur Lundgren Tecidos S.A. – Casas Pernambucanas.....	63
CAPÍTULO 3	A SUBORDINAÇÃO EM SUAS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E MULTIDIMENSIONAL.....	67
3.1	A subordinação como critério de aplicação da legislação trabalhista.....	67
3.2	A noção clássica de subordinação.....	71

3.3	A <i>ajenidad</i> e a dependência como critérios definidores da relação de emprego no direito espanhol.....	72
3.3.1	A alienação nos meios de produção como pressuposto fático das relações de trabalho assalariado.....	73
3.3.2	A alienação nos frutos e na utilidade patrimonial do trabalho.....	74
3.3.3	A alienação no mercado.....	76
3.3.4	A crítica à teoria da alienação - a dependência como critério definidor do âmbito de aplicação da legislação trabalhista.....	77
3.3.5	As teorias acerca da alienação e suas diferentes manifestações.....	79
3.4	A subordinação objetiva – a noção multidimensional de subordinação..	82
3.4.1	A dependência técnica – elemento não essencial da relação de emprego	82
3.4.2	A inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa.....	83
3.4.3	As concepções objetivas de subordinação – a subordinação objetiva, estrutural e integrativa.....	86
3.4.4	A concepção multidimensional da subordinação.....	89
CAPÍTULO 4	O PROBLEMA DA ZONA GRISE – A PARASSUBORDINAÇÃO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO.....	92
4.1	A parassubordinação no direito italiano.....	93
4.2	A parassubordinação no direito espanhol – TRADE – trabalhador autônomo dependente economicamente.....	101
4.2.1	O âmbito subjetivo do trabalho parassubordinado na Espanha.....	101
4.2.2	O grau de subordinação dos TRADE´s.....	104
4.2.3	A hipossuficiência dos TRADE´s.....	107
4.2.4	As fronteiras entre parassubordinados e subordinados.....	108
4.2.5	Os direitos dos TRADE´s.....	110
4.2.6	A conveniência da tipificação legal dos trabalhadores parassubordinados.....	113
4.3	A parassubordinação no direito português.....	114
4.4	A parassubordinação no direito brasileiro.....	116
4.5	As discussões acerca do conceito de trabalho subordinado no direito britânico.....	119
4.5.1	As noções de <i>Personal Work Contract</i> e <i>Personal Work Nexus</i>	120
4.5.2	A crítica à tipologia múltipla de Freedland.....	122
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho surgiu a partir da constatação de que uma relação específica, qual seja, a relação de emprego, necessitava de uma certa regulação por parte do Estado, a fim de proteger uma das partes da relação, que se entendeu ser hipossuficiente. Devido ao grande desequilíbrio existente entre os dois polos da relação de emprego e à superexploração de trabalhadores que este fato possibilita, foi necessário que houvesse uma limitação da autonomia da vontade, premissa maior do direito civil, de inspiração individualista e patrimonialista, a fim de que alguns limites fossem observados na vigência da relação de emprego.

Esse ramo especial do direito começou a se desenvolver a partir da revolução industrial, especialmente na Inglaterra, em que surgiram as palavras de ordem *Eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight shillings a day*, que traduzem as principais reivindicações dos trabalhadores em relação à limitação de jornada, necessidade de descanso e definição de remuneração mínima.

A partir do final da década de 1970, inicia-se o período de crise e transição do Direito do Trabalho, marcada por uma grande revolução tecnológica e pelo fenômeno da globalização. Esta fase trouxe consigo uma forte doutrina neoliberal, em contraponto ao Estado do Bem-Estar Social, defendendo menos intervenção estatal e a regulação do mercado por suas próprias regras. O entendimento que o Estado deve intervir o mínimo possível nas relações privadas é contrário à expansão da aplicação da tutela do Direito do Trabalho.

A desregulamentação do Direito do Trabalho tem sido defendida com a redução do seu âmbito de aplicação por meio da visão restritiva do conceito de subordinação. Sendo a subordinação um dos elementos fático-jurídicos que configuram a relação de emprego, não havendo subordinação, não há relação de emprego, mas outra relação de trabalho, em que a proteção trabalhista é aplicada em menor grau, o que desonera a produção, ao mesmo tempo em que deixa o trabalhador menos protegido.

A determinação do que vem a ser uma relação de emprego é fundamental, portanto, para a definição do âmbito de aplicação pessoal da proteção trabalhista. A subordinação é o pressuposto da relação de emprego cuja delimitação é mais discutida nas relações de trabalho contemporâneas, devido às novas estruturas produtivas pulverizadas decorrentes da evolução por que passaram os processos produtivos. Nessa perspectiva, a problemática a ser enfrentada neste

trabalho é: o que vem a ser a subordinação como pressuposto da relação de trabalho? Quais são os seus contornos e qual a sua importância como critério de definição do âmbito de aplicação pessoal da proteção trabalhista?

A intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida em que é um produto do reconhecimento e da busca de amenizar os efeitos da desigualdade inerente a esta relação, é uma decorrência da vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais e da consequente busca de fomentar a igualdade material, em lugar da igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei e, por isso, devem ser tratados de maneira igual. Na busca da igualdade material, o Estado deve tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, a fim de possibilitar um melhor equilíbrio de forças em uma dada relação jurídica.

O constitucionalismo contemporâneo, fase do constitucionalismo que se desenvolveu principalmente após o fim da Segunda Grande Guerra, tem como característica a busca da efetividade e não só da eficácia dos direitos fundamentais. Entendemos que a busca da efetividade dos direitos fundamentais vincula a todos, particulares e Estado – todos os seus poderes. Desta forma, o Estado deve assumir um comportamento não apenas de abstenção, mas um comportamento positivo na busca da concretização dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais.

Partindo da premissa que a efetividade dos direitos fundamentais sociais é um fator de existência do Estado social, modelo de Estado desenhado pelas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra Mundial, torna-se imprescindível discutir os fundamentos teóricos que se voltam à busca da efetividade dos direitos fundamentais.

Para isso, será visitado o tema da dupla dimensão dos direitos fundamentais, com destaque para a dimensão objetiva e seus desdobramentos, quais sejam, a eficácia horizontal, a eficácia irradiante, a vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais e a sua importância para que esses direitos produzam seus efeitos no plano dos fatos. Nessa perspectiva, as questões que buscamos responder no primeiro capítulo são ligadas aos limites da atuação estatal na busca da efetividade dos direitos fundamentais, a partir do reconhecimento da vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais.

Defende-se dessa forma, que todos os poderes do Estado devem se voltar não só para a concretização dos direitos fundamentais como também para os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição de 1988. O primeiro capítulo desta dissertação volta-se para a

proposição de que o Estado deve tomar posição ativa em face dos direitos fundamentais, com reflexos desde a elaboração de leis, passando pela criação e manutenção de estrutura organizacional que garanta a efetividade dos direitos sociais, e chegando à aplicação da norma, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Neste ponto, entendemos estar demonstrada tanto a relevância social da pesquisa, por discutir aspectos referentes à busca da efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; como sua adequação à linha de concentração do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.

Entendemos a subordinação como a contraface do poder diretivo do empregador. Ou seja, onde há poder de direção de alguém sobre a atividade produtiva de outrem, há também subordinação. Por meio do contrato de emprego típico o trabalhador celebra a sujeição de sua atividade econômica ao poder diretivo do empregador.

As formas de organização produtiva passaram por grande evolução desde o surgimento do Direito do Trabalho. Assim, os processos produtivos contemporâneos, embora se desenvolvam por vezes de maneira concentrada, podem também se dar de maneira pulverizada. Isso não significa necessariamente que o trabalhador desenvolve a sua atividade laboral de maneira autônoma. A forma pela qual o empregador emana suas ordens aos empregados sofreu também diversas mudanças no decorrer desse processo evolutivo.

O estudo do taylorismo, fordismo e toyotismo é essencial para a compreensão da face contemporânea do poder diretivo do empregador. A padronização dos produtos e o consequente controle de qualidade, a produção *just in time*, a remuneração do trabalhador por unidade de produção e não por unidade de tempo são alguns dos instrumentos utilizados para internalizar o poder diretivo no empregado, o que torna desnecessária a difusão de ordens diretas e constantes pelo empregador para a direção da atividade laboral do empregado.

Assim, questionamos no segundo capítulo a afirmação de que a evolução tecnológica e a evolução do próprio processo produtivo esmaeceram a subordinação do trabalhador e que as relações de trabalho contemporâneas são marcadas por menos hipossuficiência do trabalhador. A redução da proteção trabalhista pode se dar ou por meio da redução dos direitos propriamente ditos ou por meio da redução da gama de trabalhadores a que é aplicada a proteção. A redução

do que se entende por subordinação, ao diminuir a amplitude de trabalhadores que se configuram como empregados, se enquadra na segunda hipótese.

Conforme já dito, o Direito do Trabalho surgiu a partir do reconhecimento de que uma das partes da relação de trabalho é hipossuficiente em relação à outra e, por isso, o Estado deve limitar a autonomia privada das partes desta relação, com a finalidade de proteger o trabalhador. O princípio da proteção se encontra na própria razão de existir do Direito do Trabalho. Portanto, qualquer discussão que pretende reduzir a proteção que o Direito do Trabalho dispensa aos trabalhadores deve passar pela análise da hipossuficiência do trabalhador.

Só pode ser motivo para a redução da proteção trabalhista o reconhecimento da redução da hipossuficiência dos trabalhadores. Essa afirmação se torna ainda mais verdadeira no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que além de alçar diversos direitos sociais à condição de direitos fundamentais, tem como preocupação principal a efetividade destes direitos. Reduzir a proteção a hipossuficientes vai de encontro ao que se espera da concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Ao final do segundo capítulo são discutidos dois estudos de caso referentes à produção têxtil, em que ocorre uma organização empresarial em rede, onde o processo produtivo ocorre de maneira pulverizada. Estes casos são especialmente interessantes, porque demonstram a manifestação do poder diretivo do empregador – não reconhecido como tal por este – de maneira difusa e independentemente da existência de ordens diretas e constantes.

O conceito de subordinação deve acompanhar a evolução das relações de trabalho, para que haja a necessária adaptação da norma ao contexto social ao qual é aplicada. Podemos inferir de todo o exposto até agora que a subordinação, assim como tudo o que diz respeito ao direito e às ciências sociais, não é um conceito fixo e parado no tempo. Muito menos é a conformação da subordinação que define a necessidade ou não da proteção de uma das partes da relação de emprego. A necessidade de proteção decorre do fato de que uma das partes da relação é hipossuficiente em relação à outra, ensejando a necessidade do Estado intervir na autonomia privada, a fim de garantir que os direitos fundamentais sejam observados no seio dessa relação.

Essa constatação nos leva ao estudo da configuração da subordinação nas relações de trabalho contemporâneas, desde que se reconheça que, ainda que o poder diretivo do empregador seja exercido por meios indiretos, o trabalhador inserido em determinados tipos de relações de trabalho necessita da proteção integral da legislação trabalhista.

Assim, discutiremos no terceiro capítulo os contornos da subordinação em suas acepções clássica - dependente de ordens constantes e diretas - e contemporânea - em que o poder diretivo do empregador se exerce por meios diversos, dependendo do processo produtivo que se utiliza, conforme discutido no segundo capítulo. Importante salientar que a subordinação continua existindo em sua dimensão clássica em diversos tipos de processo produtivo. A acepção contemporânea é apenas uma perspectiva adicional para se configurar a subordinação como pressuposto da relação de emprego.

Nesse contexto surgem as noções objetivas de subordinação, cuja ideia central é que o trabalhador acolhe o poder diretivo do empregador pelo fato de sua atividade se inserir no âmbito do processo produtivo do tomador de serviço e essa inserção é suficiente para que sua atividade não seja exercida de maneira autônoma. O trabalhador nesse caso, produz o que é necessário para o empregador, com as especificações técnicas exigidas e na hora em que o processo produtivo exige.

Como decorrência da discussão acerca da necessidade de redução da configuração da relação de emprego por meio da restrição do conceito de subordinação, alguns ordenamentos jurídicos – com destaque para a Espanha, Itália e Portugal - têm instituído figuras que se encontram na zona *grise* entre o empregado e o trabalhador autônomo. O principal conceito que fundamenta essas figuras é o do trabalhador parassubordinado, aquele trabalhador que, a despeito de não estar sujeito de maneira suficientemente forte ao poder diretivo do empregador, não dirige suficientemente sua própria atividade para que seja considerado autônomo.

Com base nesse entendimento é que surgiram na Itália, a “colaboração coordenada e continuada” e a “colaboração coordenada a projeto”; em Portugal, as “situações equiparadas” e na Espanha, os “trabalhadores autônomos economicamente dependentes”. Esta última previsão legal causa estranheza conceitual por trazer ao mesmo tempo as ideias de autonomia e dependência numa mesma relação de trabalho.

O quarto capítulo discute os aspectos relativos à configuração da parassubordinação, em especial aos aspectos que a distinguem da subordinação. Na legislação brasileira, vislumbramos apenas uma hipótese restrita de trabalhador parassubordinado, a do representante comercial autônomo, previsto na Lei Nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Esse trabalhador, reconhecidamente autônomo, possui alguns poucos direitos tradicionalmente dispensados apenas aos trabalhadores parassubordinados.

Parte da doutrina defende que deve haver a previsão legal da parassubordinação de maneira ampla no ordenamento brasileiro, fundado no fato de que, com o avanço da tecnologia e o surgimento de novas formas de produção e de organização empresarial, os trabalhadores atualmente não se encontram mais tão sujeitos ao poder diretivo do empregador e, por isso não seriam mais propriamente subordinados.

Como contraponto à parassubordinação, o entendimento de uma segunda linha de autores é no sentido de que a distinção entre trabalhadores subordinados e parassubordinados não tem razão de ser, por não haver diferença considerável no grau de autonomia e de hipossuficiência. Para essa segunda acepção, à qual nos filiamos, deve haver uma ampliação do conceito de subordinação, como forma de adaptar esse conceito às relações de trabalho contemporâneas e fazer a adequada definição do âmbito de aplicação pessoal da proteção trabalhista.

Esta adequação é, antes de tudo, uma maneira de dar maior efetividade a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III e aos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CAPÍTULO 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: SUA DIMENSÃO OBJETIVA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE EM CONEXÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

A evolução da concepção de Estado tem reflexos diretos tanto no conteúdo dos direitos fundamentais quanto no papel do Estado em face deles. Assim, por ocasião do surgimento do Estado liberal em contraposição ao Estado absolutista, o Estado tinha dever de respeitar os direitos fundamentais por meio da mera abstenção. Em uma segunda fase, temos a ampliação dos direitos fundamentais, com o reconhecimento desse *status* a diversos direitos sociais. Os marcos desta segunda fase são as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919. Por último, temos a fase do constitucionalismo contemporâneo, quando ganha força a discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, marcada pelas Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Sarlet (2012, p. 27) se posiciona pela opção terminológica de que direitos fundamentais são direitos da pessoa que se encontram positivados em um dado ordenamento constitucional e direitos humanos, aqueles que se encontram previstos em documentos de direito internacional, por serem inerentes ao ser humano, independentemente de nacionalidade. Naturalmente, a proteção de um direito pode ser – e, muitas vezes é prevista, ao mesmo tempo, por uma Constituição específica e pelas normas de direito internacional, até porque muitas vezes aquelas são inspiradas nestas.

Optamos por essa distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos por entendemos que o âmbito de previsão normativa – Constituição de um país no caso dos direitos fundamentais e normas internacionais no caso dos direitos humanos – pode implicar, em algumas situações, diferenças em seu tratamento, quando menos, na possibilidade de submissão aos tribunais internacionais. Ressaltamos, porém, que em nossa concepção, o que é discutido em relação à dimensão objetiva, eficácia e efetividade dos direitos humanos, aplica-se também aos direitos fundamentais, por sua marcada condição comum de direitos mínimos, que gera características comuns de indivisibilidade, interdependência e universalidade¹.

¹ Entendemos não serem necessárias para o tema desse trabalho as discussões acerca da universalidade dos direitos humanos, no sentido de questionar se os direitos humanos devem ser válidos para todos os países de todas as culturas (RAMOS, 2014, p. 171 e seguintes). Isto porque, para o que discorreremos aqui, é importante e suficiente reconhecer que os direitos fundamentais, ao menos no que diz respeito ao âmbito interno de um país, devem ser promovidos a todos os seres humanos sem qualquer distinção, pelo fato de serem entendidos como os direitos mínimos que uma pessoa deve gozar para que viva com dignidade. Nesse sentido, a universalidade será utilizada aqui nessa

Nessa perspectiva, discutiremos os reflexos que devem ter os direitos fundamentais nas relações sociais que se desenvolvem no seio da sociedade contemporânea, especialmente as relações de trabalho, com vistas à dimensão objetiva e aos termos com ela conexos, como a eficácia irradiante, a eficácia horizontal e a vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais. A problemática do capítulo busca responder: Qual o significado destes termos? Qual a conexão entre eles? Qual a influência deles na concretização dos direitos fundamentais do trabalho no plano dos fatos?

1.1 Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais

Neste estudo, seguiremos a terminologia que distingue a eficácia jurídica da eficácia social e da efetividade. Neves (2011, p. 43) distingue a eficácia em sentido jurídico-dogmático, que se refere à aptidão para aplicabilidade da norma da eficácia em sentido sociológico, que se refere à sua concretização, à conformidade das condutas dos destinatários com as normas. Distinguindo ainda eficácia social de efetividade, o autor explica que aquela diz respeito à conformidade da conduta dos destinatários à norma, enquanto essa se relaciona com o alcance da finalidade pretendida pela atividade legislativa, ou seja, “à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal.” (NEVES, 2011, p. 48).

Nessa perspectiva, o que se busca dos direitos fundamentais é, além da eficácia social, a efetividade no sentido tratado por Neves. Ou seja: a norma precisa não apenas ser cumprida, mas também atingir os objetivos para os quais foi criada. Em um contexto de Estado Democrático de Direito, o vínculo ‘meio-fim’ da norma sempre tem que buscar a efetividade dos direitos

perspectiva, de necessidade de promoção a todos os que estiverem sob a égide do ordenamento de um país. Sobre isso, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida em três planos:

“Em primeiro lugar, cabem algumas palavras sobre o que se entende por *universalidade* no campo dos direitos humanos. Com efeito, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida em três planos. O primeiro plano é o da titularidade. Assim, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, convicção política, raça, nacionalidade, entre outros). O segundo plano é o temporal, no qual os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, há o plano dito cultural, no qual os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo.” (RAMOS, 2014, p. 174).

Nosso trabalho tratará dos dois primeiros planos constantes da citação acima, por entendermos que a Constituição Federal de 1988 nos dá fundamento suficiente para a discussão da necessária efetividade do Direito do Trabalho que aqui se defenderá.

fundamentais e o cumprimento dos objetivos fundamentais, que, no caso brasileiro, estão previstos no artigo 3º de nossa Constituição².

No seio dessa discussão, cabe ainda trazer à baila o conceito de anti-efetividade (NEVES, 2011, p. 48), que ocorre quando a norma, eficaz jurídica e socialmente, ou seja, apta para aplicação e observada pelas pessoas a que se destina, produz efeitos contrários aos objetivos pretendidos quando da sua elaboração.

Partindo da premissa que a efetividade dos direitos fundamentais é condição necessária para a própria promoção da cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no inciso II do Art. 1º da Constituição Federal, torna-se fundamental analisar a modificação que ocorreu em relação ao papel que deve cumprir o Estado, pois a cidadania será incrementada com a efetiva promoção dos direitos fundamentais a todos e não apenas com a sua previsão nas normas constitucionais.

1.1.1 A evolução do papel do Estado frente aos direitos fundamentais

Historicamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos por ocasião da superação do Estado absolutista pelo Estado liberal, tinham matriz essencialmente individual e eram voltados à limitação do poder do Estado. Nesse sentido, surge a concepção inicial dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.

As Constituições mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919 são citadas como marcos de inserção de direitos sociais entre os direitos fundamentais, mas foram marcadas também pela falta de concretização desses direitos (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 45). Sem diminuir a importância destas Constituições, para que tenhamos verdadeiramente Estado de Direito, é necessário ir além da previsão constitucional de direitos fundamentais. É necessário que o Estado desenvolva ações no sentido de promover e tutelar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive, quando necessário, dotando-os de bens materiais necessários para o gozo daqueles direitos.

²“Constituição Federal

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A existência dos direitos sociais entre os direitos fundamentais não é livre de controvérsia doutrinária. Alguns defendem uma diferença de tratamento entre as duas categorias de direitos fundamentais especialmente no que diz respeito à eficácia, efetividade e exigibilidade – de um lado os direitos econômicos, culturais e sociais e de outro os direitos civis e políticos -. Essa diferença de tratamento decorre, para aqueles que defendem essa tese, de uma diferença de natureza entre esses direitos que provém de um “defeito de nascimento” dos direitos econômicos, culturais e sociais que os torna, portanto, inexigíveis (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 21).

Um dos principais argumentos para distinguir tais direitos quanto a sua natureza é que os direitos econômicos, culturais e sociais demandam obrigações positivas do Estado, enquanto os direitos civis e políticos demandam apenas obrigações negativas. Essa afirmação não nos parece verdadeira, posto que a garantia dos chamados direitos civis e políticos exige do Estado diversos comportamentos positivos e que possuem custos consideráveis. Exemplificamos com a garantia da liberdade do comércio, que exige a criação e a manutenção de grande estrutura organizacional que a garanta.

Vemos que os direitos ditos negativos não são livres de custo por parte do Estado, posto que, quando menos a estrutura organizacional necessária para sua manutenção, assim como os direitos prestacionais necessitam de investimento estatal para sua criação e manutenção. Por outro lado, os direitos econômicos, culturais e sociais, tidos como de cunho essencialmente prestacionais, também possuem várias facetas negativas:

Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina <<derechos-prestación>>. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.³(ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 25).

Com os argumentos expostos, entendemos que não tem sentido a diferenciação de natureza entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, culturais e sociais, o que

³“Pode se reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer, e é por isso que às vezes se denominam <<direitos-prestação>>. Não obstante, não é difícil descobrir quando se observa a estrutura destes direitos a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde implica a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação supõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação de um meio ambiente são implica a obrigação de não destruir o meio ambiente.” (Tradução do autor).

torna também sem sentido a objeção posta por alguns contra a exigibilidade e a vinculação positiva do Estado aos segundos, um vez que naquela diferenciação se funda:

Cabe repetir que esta objeção parte de la consideración simplista de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas.⁴(ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 32).

A necessidade da realização do comando das normas constitucionais no plano dos fatos é defendida desde Konrad Hesse, que reconhece que a Constituição não é só a “Constituição real” constituída pelas forças sociais e políticas, a Constituição é também a “Constituição jurídica”, com força normativa e com influência sobre a realidade social:

Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. (HESSE, 1991, p. 15).

A falta de efetividade dos direitos fundamentais é um problema especialmente nos países menos desenvolvidos, designados pelo termo periféricos. Muitos desses países, entre eles o Brasil, preveem de maneira abundante em seu texto constitucional os direitos fundamentais, sendo que o contexto social não reflete necessariamente essa previsão. Nesse sentido:

Tanto a dogmática jurídica quanto a sociologia do direito dominantes, orientadas pela experiência constitucional dos Estados democráticos europeus e norte-americanos, partem do seguinte pressuposto: há uma forte contradição entre *direito* e *realidade* constitucionais nos países “subdesenvolvidos”. (NEVES, 2011, p. 3).

O constitucionalismo contemporâneo atenta para o problema da necessidade da concretização dos direitos fundamentais. O fato de as Constituições contemporâneas terem positivado os valores do direito natural deslocou as discussões acerca da relação entre os valores e o direito do campo da ontologia jurídica para o da hermenêutica constitucional (SARMENTO, 2003, p. 267). Ou seja, a discussão sobre a existência de um direito anterior ao Estado perde um pouco a importância e o problema passa a ser a busca de uma hermenêutica constitucional voltada para a efetividade do que se previu na Constituição.

⁴“Cabe repetir que esta objeção parte da consideração simplista dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos que estabelecem exclusivamente obrigações positivas, ideia que, como vimos, está longe de ser correta. Tanto os direitos civis e políticos como os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas.” (Tradução do autor).

A visão do Estado social supera a concepção do Estado liberal, reconhecendo que o Estado além de ter que respeitar os direitos fundamentais das pessoas, precisa se envolver na promoção e na proteção desses mesmos direitos:

Uma das suas ideias-força é a de liberdades *concretas*, por oposição à de liberdade abstracta, típica da concepção liberal.

Reconhecendo-se que de pouco servem os direitos se não houver os meios eficazes de os exercerem e que muito mais importante que a outorga de certos direitos formais e o reconhecimento de uma liberdade puramente jurídica é a actividade promotora de benefícios sociais e económicos que, garantindo aos indivíduos os meios indispensáveis ao desenvolvimento pleno da sua existência, assegure uma liberdade *efectiva*, o Estado deixa de se limitar ao mero respeito das liberdades clássicas, antes o acompanhando da definição e da execução de políticas económicas, sociais e culturais que convertam a liberdade abstracta numa liberdade autêntica, numa liberdade das pessoas concretas. (ABRANTES, 2005, p. 27).

Nesse ponto, em nossa concepção, reside a maior importância do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a ser discutida no próximo tópico, posto que este é um importante fator de efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 151). A linha de entendimento a ser seguida neste trabalho é justamente nesse sentido: a dimensão objetiva e seus desdobramentos se voltam para a efetividade dos direitos fundamentais.

Pérez Luño identifica a tendência de o Estado deixar o abstencionismo característico do liberalismo, a fim de cumprir uma série de exigências de caráter sócio-econômico a partir da constatação da “insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertia además en democracia social⁵”. O autor ressalta ainda que, nessa nova acepção, o Estado assume uma função social e que “Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socio-económicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales.⁶” (PÉREZ LUÑO, 2006, p. 154).

A concepção atual dos direitos fundamentais tem ideias centrais em seu conceito. Uma delas é a universalidade, segundo a qual os direitos fundamentais são reconhecidos como direitos mínimos para que um ser humano viva com dignidade, o que nos leva a concluir que estes direitos têm que ser promovidos a todas as pessoas submetidas ao ordenamento de um país, pois todos os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem, são seus titulares (RAMOS, 2014, p. 174).

⁵ “insuficiencia dos direitos individuais se a democracia política não se convertia também em democracia social.” (Tradução do autor).

⁶ “Tal função se traduz em uma série de disposições socioeconômicas que a partir da Constituição de Weimar se costuma incluir entre os direitos fundamentais.” (Tradução do autor).

A outra ideia é a da indivisibilidade, segundo a qual os direitos fundamentais são interdependentes e intercambiáveis entre si (DELGADO, 2006, p. 57). A interdependência, que é ligada à indivisibilidade, se constitui na mútua dependência entre os direitos fundamentais, “pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros.” (RAMOS, 2014, p. 194).

Assim, a classificação dos direitos fundamentais em direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais tem valor didático, mas não tem o condão de dispensar maior importância a uma classe de direitos do que a outra, porque todos eles devem ser promovidos indistintamente, e a efetividade de todos eles é essencial:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si. (PIOVESAN, 2009, p. 9).

As características da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que se estendem também aos direitos fundamentais, se encontram consagradas nos documentos internacionais, entre os quais podemos citar a Declaração de Teerã, de 1968⁷, e a de Viena, de 1993.⁸

⁷ “Declaração de Teerã, adotada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã, em 13 de maio de 1968

1. É indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie;

13. Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social;”

⁸ “Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

“Declaração e Programa de Ação de Viena, adotadas pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 25 de junho de 1993

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de

Essa concepção dos direitos fundamentais decorre da vinculação desses direitos à dignidade da pessoa humana. Pelo fato desses direitos serem compreendidos como os mínimos para que um ser humano viva de maneira digna, não há que se falar em promoção de apenas uma parte dos direitos fundamentais, pois, sem o gozo de algum ou de alguns desses direitos, o ser humano estará abaixo da linha da dignidade que lhe é inerente:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2009, p. 35).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são essenciais para que o Estado cumpra seu papel como promotor da dignidade de todas as pessoas, seja provendo diretamente condições materiais para isso, seja intervindo em algumas relações particulares para a garantia da liberdade real de todos os polos dessas relações. Essa intervenção se mostra mais necessária em situações marcadas por considerável desigualdade entre as partes, como as que se dão entre capital e trabalho.

A evolução da concepção de Estado tem reflexos diretos tanto no conteúdo dos direitos fundamentais quanto no papel do Estado em face deles. Assim, por ocasião do surgimento do Estado liberal em contraposição ao Estado absolutista, o Estado tinha dever de respeitar os direitos fundamentais por meio da mera abstenção. Em uma segunda fase, temos a ampliação dos direitos fundamentais, com o reconhecimento desse “status” a diversos direitos sociais e, por último, temos a fase do constitucionalismo contemporâneo, quando ganha força a discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, marcada pelas Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

1.1.2 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, reconhecida desde o Estado liberal, entende estes direitos como pertencentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado, inicialmente

igualdade e dando a todos o mesmo peso. Deve-se ter em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, assim como dos diversos patrimônios históricos, culturais e religiosos, mas os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.” (Tradução do autor).

visto como o único potencial ofensor dos direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo, na busca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, complementa a ideia da dimensão subjetiva, reconhecendo também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que fez com que os direitos fundamentais fossem vistos como norte de todo o ordenamento jurídico, servindo como vetor de interpretação e como limites à legislação infraconstitucional que se entenda contrária à efetividade destes direitos.

Segundo a clássica dimensão subjetiva, os direitos fundamentais se constituem em fonte de direitos subjetivos para o particular, principalmente contra o Estado:

Esses direitos podem ser compreendidos, portanto, como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os quais tornam possível ao particular defender-se contra intervenções não autorizadas em seu status jurídico-constitucional praticadas pelos poderes públicos. (DUQUE, 2014, p. 121).

A evolução do conteúdo dos direitos fundamentais fez com que se reconhecesse neles, além da dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva, “os direitos fundamentais passaram a ser encarados por meio de uma dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, seja como elementos objetivos fundamentais da comunidade” (DUQUE, 2014, p. 122). O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais coloca-os na posição de sistema valorativo e de fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

A decisão do caso Lüth⁹ é reconhecida como marco do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa decisão despertou três principais ideias:

A primeira ideia diz respeito à dupla dimensão dos direitos fundamentais, que se sustenta no fato de que a garantia jurídico-constitucional dos direitos individuais não se esgota na garantia dos clássicos direitos de defesa do cidadão oponíveis contra o Estado; a segunda, informa que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes públicos como princípios, irradiando os seus efeitos em todos os âmbitos do direito. Na acepção proferida pela decisão Lüth, essa ideia é transmitida pela afirmação de que os direitos fundamentais personificam uma ordem de valores objetiva, cujo resultado é a produção de um efeito de irradiação para todos os âmbitos do direito; a terceira, por fim, resulta do fato de que os valores e princípios costumam colidir, razão pela qual faz-se necessária uma ponderação de bens. (DUQUE, 2014, p. 156).

⁹ Eric Lüth era um judeu que presidia o Clube de Imprensa e escreveu um manifesto em que propunha boicote dos alemães decentes contra o filme *Amada imortal* (1951), do cineasta Veit Harlan. O filme *Amada imortal* não tinha nada de anti-semita. O problema é que Veit Harlan foi um dos diretores do cinema de inspiração nazista e dirigiu o filme *Jud Süß* (1941), considerado uma das mais odiosas representações dos judeus nos cinemas. O filme *Amada imortal* foi um fracasso de público e o diretor Harlan interpôs ação contra Lüth alegando que o mesmo violara o Código Civil Alemão, por causar prejuízo ao diretor e aos investidores do filme. A tese de Harlan prevaleceu nas instâncias ordinárias e Lüth recorreu à Corte Constitucional, com base no direito fundamental à liberdade de expressão. A decisão da Corte Constitucional foi favorável a Lüth, reconhecendo-se na decisão que a Constituição tem força normativa e se encontra em posição superior em relação ao restante do ordenamento jurídico e que os direitos fundamentais consistem em vetores de interpretação do ordenamento infraconstitucional (LIMA, 2008).

Assim, a dimensão objetiva impõe ao Estado não apenas a abstenção, mas um comportamento positivamente vinculado à efetividade dos direitos humanos. O Tribunal Constitucional Federal alemão relaciona a dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais não apenas com a interpretação e aplicação do direito, mas também com sua criação. Neste sentido, podemos afirmar que “a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos.” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71).

A Constituição não pode ter sua concepção reduzida a uma mera ordem de valores, mas é inegável a forte carga axiológica das Constituições contemporâneas, especialmente daquelas que, como a brasileira de 1988, vieram com a superação de regimes autoritários:

Mas se, por um lado, compreender a Constituição como uma ordem de valores parece incorreto, por outro, não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos. (SARMENTO, 2003, p. 274).

Os direitos fundamentais fazem parte de um sistema de valores e princípios dotados de normatividade e que devem informar todo o ordenamento jurídico. Essa leitura é defendida por Pérez Luño e pelo Tribunal Constitucional espanhol:

Parece que a esa lectura amplia y extensiva de la función informadora de los valores y principios constitucionales en su conjunto responde la tesis de nuestro Tribunal Constitucional al sostener expresamente que << Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico¹⁰>>. (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 63).

Nessa perspectiva, no que diz respeito à configuração da relação de trabalho típica, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que se faça uma interpretação adequada do pressuposto da subordinação como elemento da relação de emprego. Isso porque, a uma, o reconhecimento da relação de emprego típica é a “chave de acesso”¹¹ à proteção social do Direito do Trabalho e a duas, porque a efetividade deste ramo do direito é um dos principais aspectos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

¹⁰ “Parece que a essa leitura ampla e extensiva da função informadora dos valores e princípios constitucionais em seu conjunto atende a tese de nosso Tribunal Constitucional ao sustentar expressamente que <<Os direitos fundamentais atendem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que [...] tem de informar todo o ordenamento jurídico>>” (Tradução do autor).

¹¹ A expressão é de Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 200).

1.2 A vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado não apenas a abstenção, mas um comportamento positivamente vinculado à efetividade dos direitos fundamentais. A principal forma pela qual o Estado cumpre sua função de concretização e desenvolvimento dos direitos fundamentais é por meio da elaboração de leis (GAVARA DE CARA, 2007, p. 279).

Por outro lado, a realização plena dos direitos fundamentais não pode ficar à mercê da atuação do legislador infraconstitucional. No caso de omissão legislativa, outros mecanismos devem ser utilizados para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Nessa perspectiva, a eficácia irradiante é o efeito principal da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Dela decorrem os outros efeitos do reconhecimento desta segunda dimensão dos direitos fundamentais. Devido ao reconhecimento da eficácia irradiante, os valores contidos nos direitos fundamentais penetram todo o ordenamento jurídico, condicionam tanto a interpretação quanto a criação de normas e atuam como impulsos e diretrizes para todos os poderes públicos (SARMENTO, 2003, p. 279).

Para a realização dos comandos constitucionais no plano dos fatos não é suficiente apenas o reconhecimento formal da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade, mas também a vinculação de todos, poder público e particulares, aos comandos constitucionais:

Pero, como antes se decía, la renovada supremacía de la constitución no se refiere sólo a este aspecto, que es de la rigidez constitucional, el del control de constitucionalidad y el de una tutela más eficaz de la esfera individual de libertad con el instrumento de la constitución como norma fundamental garantía (*costituzione-garanzia*). Con las constituciones democráticas de este siglo vuelve a primer plano otro aspecto, el de la constitución como norma directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Una materia típica de la constitución como norma directiva fundamental es, por ejemplo, el goce de los derechos sociales, así el derecho a la educación o a la subsistencia o al trabajo¹². (FIORAVANTI, 2009, p. 129).

A eficácia irradiante impõe que toda interpretação normativa seja interpretação constitucional, pois as normas devem ser interpretadas de modo que o resultado da interpretação

¹² “Mas, como antes se dizia, a renovada supremacia da constituição não se refere somente a este aspecto, que é o da rigidez constitucional, o do controle da constitucionalidade e o de uma tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade com o instrumento da constituição como norma garantia fundamental (*costituzione-garanzia*). Com as constituições democráticas deste século volta ao primeiro plano outro aspecto, o da constituição como norma dirigente fundamental (*costituzione-indirizzo*), que dirige os poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais. Uma matéria típica da constituição como norma dirigente fundamental é, por exemplo, o gozo dos direitos sociais, como o direito à educação ou o à subsistência ou ao trabalho.” (Tradução do autor).

esteja sempre de acordo com os valores presentes na Constituição. A mudança de concepção dos direitos fundamentais devido à eficácia irradiante é tamanha que podemos afirmar que “Por intermédio dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites do ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional.” (SARMENTO, 2003, p. 280).

Devido à vinculação positiva aos direitos fundamentais, surge a ideia da teoria dos deveres de proteção, segundo a qual, o Estado, além de não violar os direitos fundamentais, tem o dever de promover estes direitos e de impedir as ameaças e agressões aos direitos fundamentais por parte de particulares. Nessa linha, o Estado se constitui em “uma instituição necessária para a própria garantia desses direitos na sociedade civil.” (SARMENTO, 2003, p. 294).

Sobre o conceito de direitos à proteção, trazemos:

Por “direitos à proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos à proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. (ALEXY, 2011, p. 450).

Por último, o Estado cumpre seu papel na promoção da efetividade dos direitos fundamentais por meio da elaboração de uma estrutura e de procedimentos cuja atuação seja no sentido desta efetividade:

Uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), pode ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Neste sentido, sustenta-se que a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 310).

Esta faceta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, denominada de dimensão organizativa e procedimental (GAVARA DE CARA, 2007, p. 318), impõe ao Estado a criação de procedimentos judiciais e administrativos, a colaboração em organizações, a articulação com organizações internacionais, tudo com vistas à criação de uma efetiva rede de proteção a

eventuais ameaças ou agressões aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento de mecanismos para que todos sejam dotados das condições mínimas para o gozo dos direitos fundamentais.

A vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais diz respeito a todos os poderes públicos. Analisando essa afirmação, junto com a necessária busca da efetividade dos direitos fundamentais, entendemos que o Estado deve envidar todos os esforços que se voltem à concretização desses direitos no plano dos fatos, seja elaborando leis, seja desenvolvendo e mantendo estrutura organizacional, seja por meio da aplicação da lei.

1.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como vimos, a eficácia irradiante impõe a influência dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito. Portanto, como corolário da eficácia irradiante, desenvolveu-se na Alemanha a ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ideia que defende a aplicação dos direitos fundamentais às relações em que nos dois polos figurem particulares. Esse entendimento é uma evolução em relação à concepção tradicional dos direitos fundamentais, que se aplicavam somente em face do Estado.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – *Drittwirkung der Grundrechte* – surgiu na Alemanha com Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que pela primeira vez abordou o problema em meados da década de 1950, ao aplicar o princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho, para determinar a isonomia salarial entre mulheres e homens de mesmo desempenho (AMARAL, 2014, p. 72).

A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares em si é relativamente pacífica, posto que apenas uma pequena corrente doutrinária nega a sua existência¹³. O ponto que gera discussão é a forma pela qual se dará a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (AMARAL, 2014, p. 78).

Quando um direito fundamental é oposto ao Estado, “o direito fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível; a simples vontade da maioria democrática não é suficiente para justificar a restrição.” (NOVAIS, 2007, p. 371). Nas relações entre particulares, nos dois polos da relação há um titular de direitos fundamentais.

¹³ “Em primeiro lugar, parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável. O simples facto da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo este tempo.” (NOVAIS, 2007, p. 357).

Portanto, se torna necessária a utilização do sopesamento¹⁴, a fim de respeitar os direitos fundamentais de todos os polos da relação.

A necessidade da influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre da constatação de que em algumas dessas relações, há particulares que possuem um poder que transcende o próprio Poder Público e que, por isso, seu exercício deve ser regulado pelo Estado a fim de proteger os direitos fundamentais da outra parte:

Lo que significa que, procediendo con una elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías no deberá reducirse a contemplar hipotéticas violaciones de los mismos procedentes sólo de la acción de los poderes públicos, sino que tendrá que contemplar también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio, y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora da la libertad.¹⁵ (GARCÍA, 1996, p. 269).

Para a teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais, a influência desses direitos sobre as relações privadas são indiretas, mediatas, por meio da atuação do legislador infraconstitucional, como fundamento axiológico na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais ou no preenchimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados (NOVAIS, 2007, p. 357).

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais se baseia na ideia do Estado Democrático de Direito, na unidade do ordenamento jurídico, na força normativa e na supremacia da Constituição. Se o ordenamento jurídico é uno e os direitos fundamentais, como normas constitucionais, possuem força normativa e supremacia em relação a todo ordenamento jurídico, não há razão para que o direito privado constitua um “gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.” (SARMENTO, 2008, p. 220).

A efetividade dos direitos fundamentais é simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento da democracia. A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais atende a isso

¹⁴As normas de direitos fundamentais são, em regra, normas de conteúdo aberto e de baixa densidade normativa, ou seja, possuem a natureza de princípios. As colisões entre princípios são solucionadas por meio do sopesamento, cujo objetivo é definir no caso concreto, qual dos interesses deve ter maior peso. O sopesamento, portanto, definirá naquelas condições, qual princípio em colisão deverá ter precedência sobre o outro. Nesse caso, dizemos que a relação de precedência é uma relação condicionada, pois está adstrita às condições existentes no caso em exame. Sob outras condições, a relação de precedência pode ser em favor do outro princípio (ALEXY, 2011, p. 95 - 96).

¹⁵“O que significa que, procedendo com uma coerência elementar, a proteção dos direitos fundamentais e a atuação de seus sistemas de garantias não deverão se reduzir a contemplar violações hipotéticas dos mesmos procedentes somente da ação dos poderes públicos, se não terão que contemplar também as possíveis lesões decorrentes da ação dos particulares que, operando desde situações de privilégio, e se configurando como autênticos poderes privados, em algumas ocasiões competem com vantagem contra o próprio poder público em sua capacidade erosiva e destruidora da liberdade.” (Tradução do autor).

e ao fato de que em algumas relações privadas, em especial nas relações de emprego, podem haver ofensas graves a direitos fundamentais¹⁶.

Assim, para a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, as decisões fundamentais do poder constituinte podem e devem ser aplicadas diretamente em toda e qualquer relação jurídica¹⁷. A atuação do Estado contra as ofensas aos direitos fundamentais ocorridas em relações privadas não pode depender apenas da existência de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo da atuação do legislador infraconstitucional. Pensar o

¹⁶ Nesse sentido, é a seguinte jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATO ILÍCITO. DISPENSA ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE (LEUCEMIA MIELOÍDE CRÔNICA). INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÕES PRIVADAS. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ABRANGÊNCIA E EFEITOS. SÚMULA 443, TST. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. O Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição de 1988, incorpora, de modo intenso e abrangente, o princípio democrático, por ser a Democracia importante meio, dinâmica e ambientação propícios para a afirmação da pessoa humana e de sua dignidade na vida política e social. Nessa incorporação, **determina o Texto Máximo da República que a Democracia esteja presente não apenas na sociedade política (o Estado e suas instituições), como também na sociedade civil (o cenário formado pelas pessoas humanas, as instituições sociais, a cultura em geral e o próprio sistema econômico e suas empresas). Para o conceito de Estado Democrático de Direito, há direta e imediata eficácia horizontal dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias individuais e sociais, inclusive trabalhistas, no plano da sociedade civil e de suas instituições privadas. Eficácia horizontal plena, que deve ser absorvida e considerada pelos detentores de poder privado no âmbito da sociedade civil.** Nesse contexto, se o ato de ruptura contratual ofende princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos (Súmula 443, TST). Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1305-44.2011.5.09.0006. Data de publicação: 21/02/2014. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado). (Grifo nosso)

¹⁷ A ilustrar, a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. (Grifo nosso)

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, **os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.** (Grifo nosso)

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois **a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** [...] (RE 201.819-8. Data de publicação: 27/10/2006. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes). (Grifo nosso)

contrário é o retorno ao já superado entendimento de que as normas constitucionais de conteúdo aberto são apenas um convite ao poder público para agir e de que não possuem aplicabilidade e exigibilidade.

A principal crítica que os adeptos desta teoria fazem à teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais é que a incidência direta dos direitos fundamentais desconfigura a autonomia da vontade e o direito privado, pois o converte em mera concretização do direito constitucional, o que outorga um poder desmesurado ao Judiciário, devido ao grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais (SARMENTO, 2008, p. 211). É importante salientar, porém, que a autonomia privada não é o único direito fundamental que deve ser protegido, nem deve prevalecer sobre outros direitos igualmente fundamentais.

Essa concepção se encontra no cerne da superação do Estado liberal, posto que se observou que a simples abstenção do Estado na intervenção na autonomia privada não é suficiente para o gozo dos direitos fundamentais por todos os indivíduos. Portanto, a autonomia privada deve ser exercida em harmonia com o exercício de outros direitos fundamentais, tais como a função social da propriedade, a proibição do tratamento desumano ou degradante, a defesa do consumidor e a proteção do emprego contra a despedida arbitrária.

Pereira (2008, p. 182) se filia à corrente que defende a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e expõe sobre o confronto entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais:

Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional de autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve prevalecer em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

Tomamos posição pela ideia que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve se dar de forma direta, por entendermos que é a teoria que possibilita maior concretização dos direitos fundamentais e da própria Constituição. Dessa forma, teremos “Constituição Viva”¹⁸ que possa efetivamente regular as relações sociais.

A seguir, traremos um interessante caso que ocorreu no Reino Unido envolvendo o direito fundamental de não ser discriminado no seio de uma relação de trabalho em sentido amplo e que,

¹⁸ O termo é de Konrad Hesse (1991, p. 15).

para nós, deveria ser resolvido com a aplicação imediata de direitos fundamentais, independentemente da definição de que espécie de relação se tratava.

1.3.1 A aplicação de direitos fundamentais gerais às relações de trabalho “*lato sensu*” – o caso *Jivraj x Hashwani*

O caso *Jivraj x Hashwani* se trata de uma relação comercial internacional em que as partes haviam celebrado que, em caso de controvérsia, seriam apontados para resolvê-la três árbitros escolhidos entre membros de um ramo xiita do Islã. O senhor Hashwani alegou que a cláusula deveria ser reputada inválida por discriminatória. Para isso, sustentou que a posição dos árbitros era de empregados e que, por isso, se lhes aplicavam as normas relativas à proibição de discriminação. A Corte de Apelação entendeu que a lei anti-discriminação não se aplica somente a relações de trabalho subordinado, mas a qualquer relação de trabalho:

In UK employment discrimination law, held the Court, ‘employment’ included ‘any contract personally to do *any* work’ and ‘work’ covered ‘the provision of services of *any* kind’. The Court considered that the precise nature of the relationship between the arbitrator and the parties to the dispute was ‘irrelevant’. All that mattered was that it arose out of a service contract under which the arbitrator agreed personally to determine the dispute referred to him.¹⁹(MCCRUDEN, 2012, p. 34).

Dessa forma, a Corte de Apelação demonstrou um entendimento amplo que dá maior efetividade a um princípio de não-discriminação. Esse entendimento se encontra em total consonância com o que se espera dos sistemas constitucionais ocidentais contemporâneos. Dado que a discriminação é algo que deve ser combatido não só nas relações de trabalho subordinado, mas em qualquer relação de trabalho e até, por que não dizer, em qualquer relação jurídica. Numa interpretação que leve em conta a necessidade de efetividade das normas constitucionais, o tipo de relação jurídica que se analisa não é relevante para que se aplique direitos fundamentais gerais, como a proibição da discriminação.

O entendimento da Suprema Corte, porém, foi contrário ao da Corte de Apelação, ao sustentar uma aplicação restrita do termo “employment” da lei anti-discriminação britânica, motivo pelo qual tal lei somente se aplicaria a relações de trabalho subordinadas:

On the basis of this decision, the Supreme Court in *Jivraj* accepted that ‘the Court of Justice draws a clear distinction between those who are, in substance, employed and

¹⁹ “Na Lei britânica de discriminação no emprego, sustentou a Corte, ‘empregado’ incluiu ‘qualquer contrato para prestação de *qualquer* trabalho pessoalmente’ e ‘trabalho’ cobriu ‘a prestação de serviços de *qualquer* tipo’. A Corte considerou que a natureza exata da relação entre o árbitro e as partes da disputa era ‘irrelevante’. Tudo o que importava era que ela surgiu de um contrato de serviço por meio do qual o árbitro se comprometeu pessoalmente a decidir a disputa que se referia a ele.” (Tradução do autor).

those who are “independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who receives the services”²⁰(MCCRUDDEN, 2012, p. 41).

Para nós, a solução desse problema se daria com a aplicação direta dos princípios constitucionais a todas as relações privadas, conforme foi defendido neste item 1.3. Esse entendimento exigiria a incidência de normas proibitivas da discriminação inclusive quando fosse cometida do empregado contra o empregador ou do consumidor contra o fornecedor de serviços ou qualquer que fosse a relação de que se tratasse. Isso igualaria os regimes da legislação do trabalho ou comercial apenas no que diz respeito a não-discriminação ou a qualquer outro direito fundamental de caráter geral.

1.4 A conexão entre a efetividade do Direito do Trabalho e a efetividade dos direitos fundamentais

A conexão entre a efetividade do Direito do Trabalho e a efetividade dos direitos fundamentais decorre da mudança de concepção sobre qual postura é esperada do Estado em face dos direitos fundamentais. Isso porque, os direitos sociais na maioria das vezes exigem do Estado um comportamento além da mera abstenção de ofendê-los. Essa abstenção, em regra, é suficiente apenas para os direitos fundamentais de primeira dimensão, típicos do Estado liberal, que correspondem aos direitos civis e políticos.

Com o advento da concepção social do Estado, marca do constitucionalismo ocidental do pós Segunda Guerra, exige-se do Estado um comportamento positivo, de promotor dos direitos fundamentais:

Sin embargo, en el modelo de Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de riqueza y avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales. (CARBONELL, 2013, p. 206).²¹

No que diz respeito ao Direito do Trabalho, importa principalmente a parte final do trecho acima transcrito. A relação de trabalho possui dois polos bem diferentes no que diz respeito a seu

²⁰ “Na base desta decisão, a Suprema Corte no caso *Jivraj* aceitou que ‘a Corte de Justiça traça uma distinção clara entre aqueles que são, em essência, empregados e aqueles que são ‘prestadores independentes de serviços que não estão em uma relação de subordinação com a pessoa que se beneficia dos serviços.’” (Tradução do autor).

²¹ “Sem embargo, no modelo de Estado social, os poderes públicos deixam de ser percebidos como inimigos dos direitos fundamentais e começam a assumir, ao contrário, o papel de promotores desses direitos, sobretudo dos de caráter social. Se entende agora que também a concentração de riqueza e o avanço tecnológico, não sujeitos a regras, podem vulnerar os direitos fundamentais.” (Tradução do autor).

poder econômico e, por isso, há necessidade do Estado intervir nessa relação a fim de garantir que a concentração de riqueza e de poder não sejam utilizadas como fundamento para a exploração da parte mais fraca, o que representaria ofensas aos seus direitos fundamentais.

No Brasil, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, se incluem os direitos sociais. O capítulo da Constituição de 1988 que trata dos direitos sociais se encontra no Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais. Foi clara, portanto, a opção do constituinte, na esteira de diversas outras Constituições contemporâneas, em alçar os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais. Esta opção decorre da constatação de que, apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão não eram suficientes para que boa parte dos cidadãos vivessem de forma digna.

Para o que se discute neste trabalho, entre os direitos fundamentais sociais destacamos os direitos trabalhistas. Entendemos que a efetividade dos direitos fundamentais e a existência de um verdadeiro Estado democrático de direito dependem da efetividade do próprio Direito do Trabalho e do princípio da proteção que lhe é característico. Nessa linha:

São impensáveis a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito sem a presença de um Direito do Trabalho relevante na ordem jurídica e na experiência concreta dos respectivos Estado e sociedade civil. É que grande parte das noções normativas de democratização da sociedade civil (e, em certa medida, também do Estado), garantia da dignidade da pessoa humana na vida social, garantia da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no plano da sociedade, subordinação da propriedade à sua função social, garantia da valorização do trabalho na atividade econômica e do primado do trabalho e especialmente do emprego na ordem social, desmercantilização de bens e valores cardeais na vida socioeconômica e justiça social, em suma, grande parte das noções essenciais da matriz do Estado Democrático de Direito estão asseguradas, na essência, por um amplo, eficiente e incisivo Direito do Trabalho disseminado na economia e sociedade correspondentes. (DELGADO, 2012, p. 47).

O reconhecimento da relação de trabalho típica é pressuposto para a intervenção protetora do Estado no seio das relações laborais, posto que as relações de trabalho reconhecidas com menor grau de subordinação, como a parassubordinação, possuem uma gama de direitos trabalhistas bem menor do que a do trabalho subordinado. Isso nos leva a inferir que o correto enquadramento dos trabalhadores na relação de trabalho típica é um fator que influi diretamente na efetividade do Direito do Trabalho e conseqüentemente na dos direitos fundamentais.

Com as sucessivas crises econômicas ocorridas a partir da década de 1970, vivemos um período de constantes discussões acerca do modelo de Estado desenhado nas Constituições ocidentais contemporâneas. Isso se dá de uma maneira por vezes especulativa, quando se defende

apenas a liberdade de empresa como único meio de viabilizar a atividade econômica, olvidando o aspecto da responsabilidade social que é inerente a qualquer exercício de propriedade. Tudo isso acaba representando uma constante ameaça aos direitos sociais e ao efetivo exercício da cidadania:

En efecto, en estos últimos años hemos asistido al espectáculo de cómo los intereses privados han tomado un vuelo inusitado con una clara dimensión especulativa, que ha colocado en el centro al mercado. De él, se ha predicado su transcendencia como de si una institución “natural” se tratara, de la que cabe predicar unos intereses y fines propios que se imponen a todo proyecto político, pues es en sí mismo un proyecto político al que se anuda el progreso de los pueblos y la democracia: entendida ésta, claro está, en su versión burguesa. Y todo ello se fundamenta en una pretendida libertad que solo tiene una manifestación, la libertad económica de las empresas²². (FERNÁNDEZ, 2010, p. 29).

A redução da proteção do Direito do Trabalho, tão pretendida por uma parte significativa do setor produtivo, vai de encontro, portanto, ao Estado democrático de direito desenhado pela Constituição Brasileira, por ser um fator que vai levar à falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais e nos distanciar do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Para nós, fica claro que o Direito do Trabalho é um dos ramos do Direito em que há necessidade de intervenção para a proteção dos direitos fundamentais, devido à grande diferença de poder entre as partes e a consequente necessidade de proteção da parte mais fraca da relação. A simples consagração da autonomia da vontade neste tipo de relação, em vez de significar a garantia da liberdade das partes, em verdade resulta na possibilidade do empregador, em razão da sua condição de força em relação ao empregado, impor sua vontade em face dele.

Dentro dessa perspectiva, discutiremos no próximo item, a conexão entre a efetividade da proteção social objetivo do Direito do Trabalho e os objetivos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

²² “Com efeito, nestes últimos anos temos assistido ao espetáculo de como os interesses privados têm tomado um voo inusitado com uma clara dimensão especulativa, que tem colocado no centro o mercado. Dele, se tem defendido a transcendência como se de uma instituição ‘natural’ se tratasse, da qual cabe defender uns interesses e fins próprios que se impõem a todo projeto político, pois é em si mesmo um projeto político ao qual se amarra o progresso dos povos e da democracia: entendida esta, claro está, em sua versão burguesa. E tudo isso se fundamenta em uma suposta liberdade que só tem uma manifestação, a liberdade econômica das empresas.” (Tradução do autor).

1.5 Direitos fundamentais sociais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Seguindo o modelo de diversas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra, a Constituição Federal de 1988 possui entre seus direitos fundamentais uma série de direitos sociais. Cumpre-nos salientar (SARLET, 2012, p. 83) que o *status* de direitos fundamentais dos direitos sociais se encontra em total consonância com a condição de Estado social e democrático de direito em que o Brasil se constitui. O caráter de Estado social e democrático de direito da República Federativa do Brasil se infere a partir das normas do Título I – Dos princípios fundamentais – da Constituição Federal e dos princípios que regem as ordens econômica (art. 170) e social (art. 193).

A condição de Estado Social desenhada pela Constituição Federal de 1988 reconhece o caráter fundamental do direito à propriedade (CF, art. 5º, XXII), mas estabelece que a propriedade atenderá sua função social (CF, art. 5º XXIII). O atendimento da função social da propriedade se dará com a intervenção do Estado nas relações entre particulares, a fim de condicionar o uso da propriedade quando necessário. Bonavides defende essa intervenção do Estado com fins sociais como meio necessário à sobrevivência da democracia:

A sobrevivência da democracia liga-se ao êxito que eventualmente possa alcançar uma teoria política que afirme e reconcilie a idéia dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção do poder estatal na esfera econômica e cultural, com a idéia não menos justa do individualismo, que pede a segurança e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, sem os quais esta se deformaria e definharia, como fonte que se deve sempre conservar de iniciativas úteis, livres e fecundas. (BONAVIDES, 2013, p. 140).

Nessa perspectiva, o Estado social seria, portanto, um Estado uno e com força suficiente para intervir no domínio econômico a fim de propiciar uma verdadeira pacificação social, que permitiria a autonomia privada da vontade sendo que esta seria exercida dentro de certos limites impostos pelo Estado com o fim de evitar a exploração do homem e de permitir a promoção do bem de todos, a redução das desigualdades e a justiça social, estes fins, aliás, objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, incisos I, III, e IV da Constituição Federal de 1988. Por isso é que Bonavides (2013, p. 187) afirma que “O Estado social que temos em vista é o que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático.”.

Um dos principais argumentos para distinguir esses direitos quanto a sua natureza é que os direitos econômicos, culturais e sociais demandam obrigações positivas²³ do Estado enquanto os direitos civis e políticos demandam apenas obrigações negativas. Essa afirmação não nos parece verdadeira, posto que o cumprimento de obrigações negativas do Estado exige diversos comportamentos positivos e que possuem custos consideráveis.

Observamos que os direitos ditos negativos, entre os quais se enquadram os direitos civis e políticos, não são livres de custo por parte do Estado, posto que, quando menos para instituir e manter a estrutura organizacional necessária para sua garantia, necessitam de investimento estatal para sua criação e manutenção. Por outro lado, os direitos econômicos, culturais e sociais, tidos como de cunho essencialmente prestacionais, também possuem várias facetas negativas.

Com base nos argumentos expostos e na ideia de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, entendemos que, no que diz respeito à vinculação do Estado, não tem sentido a diferenciação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, culturais e sociais, mesmo porque todos esses direitos exigem comportamentos positivos e negativos do Estado e todos eles têm o seu custo.

Cabe trazer à baila nessa discussão os fundamentos²⁴ e os objetivos fundamentais²⁵ da República Federativa do Brasil, bem como os princípios da ordem econômica²⁶, porque boa parte

²³ Direitos a prestação, na terminologia usada por Robert Alexy: “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.” (ALEXY, 2011, p. 499).

²⁴ CF, “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I a soberania;

II a cidadania;

III a dignidade da pessoa humana;

IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁵ CF, “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁶ CF, “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I soberania nacional;

II propriedade privada;

destas normas constitucionais aponta na direção da construção de uma sociedade menos desigual, o que exige a intervenção do Estado em relações marcadas pela diferença de poder entre as partes, a fim de torná-las mais equilibradas.

Tendo em vista a interdependência dos direitos fundamentais, vimos que todos eles devem ser promovidos da mesma maneira e vinculam a atuação do Estado. Porém, isso não nos impede de destacar aqueles que possuem maior ligação com a necessária efetividade do Direito do Trabalho e que por isso, são lastro de nossa argumentação. Assim, destacamos como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, citamos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Entre os princípios da ordem econômica destacamos a função social da propriedade – exigência, a nosso ver, não por acaso prevista imediatamente na sequência da propriedade privada –; a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Destacamos ainda o artigo 186 da Constituição Federal, que estabelece os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural, entre os quais se encontram a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e que sua exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Podemos enxergar essas necessidades como necessárias também ao reconhecimento de que a propriedade urbana cumpre a sua função social, ainda que o artigo citado se refira expressamente somente à propriedade rural.

Diante do exposto, entendemos de importância cabal a busca pelo Estado da efetiva aplicação da proteção social do Direito do Trabalho, a uma porque a relação de trabalho é o meio

III função social da propriedade;

IV livre concorrência;

V defesa do consumidor;

VI defesa do meio ambiente;

VI defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII busca do pleno emprego;

IX tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

pelo qual grande parte das pessoas, as que têm menos condições econômicas, obtém recursos materiais para manter a si e a sua família; e a duas porque, pela impossibilidade fática da separação entre o ser humano e sua força de trabalho, no seio da relação de trabalho podem ocorrer diversas agressões à dignidade humana, como, por exemplo, nos problemas afeitos à saúde e segurança do trabalho, limitações de jornada e períodos de descanso.

CAPÍTULO 2 AS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR NAS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS

2.1 O poder de direção do empregador – contraface da subordinação

Em decorrência do princípio da proteção, que se encontra no cerne de seu surgimento, as normas do Direito do Trabalho possuem natureza marcadamente cogente, ou seja, regra geral, seu cumprimento é inafastável pela vontade das partes. Essa afirmação, como não poderia deixar de ser, também é válida para as normas referentes ao reconhecimento do vínculo de emprego, posto que esse reconhecimento é o primeiro pressuposto para o gozo de qualquer dos direitos previstos pela legislação trabalhista.

Os dispositivos legais referentes ao reconhecimento da relação de emprego se encontram nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

No que diz respeito aos termos dos referidos artigos que tratam do poder de direção, podemos inferir que empregador é aquele que dirige a prestação pessoal de serviços e sob a dependência do qual o empregado desenvolve sua atividade laboral. Assim, para determinar se o pressuposto subordinação de uma relação de trabalho está presente, importa analisar se alguém presta seus serviços sob a direção e dependência de outrem. Podemos concluir também, que quem dirige a prestação pessoal de serviços de alguém, presentes os demais pressupostos da relação de emprego, é seu empregador.

Nessa perspectiva, a subordinação do empregado é a contraface do poder de direção do empregador. Ressaltamos que, para nós, a análise da existência do poder de direção em determinada relação de trabalho não deve ficar restrita à existência de ordens diretas e constantes por parte do empregador, mas deve ser adaptada às relações de trabalho contemporâneas, a fim de verificar suas diferentes formas de manifestação que surgiram com a evolução tecnológica e com o desenvolvimento dos processos produtivos:

Como dito, a subordinação é a contraface do poder diretivo: são as duas faces de uma mesma moeda. Então, para haver subordinação, deve haver também o exercício do poder diretivo, seja de fato, seja potencialmente. O fenômeno do poder somente pode

ser bem compreendido caso analisado sob a perspectiva multidimensional, pois ele se realiza concretamente por meio de diversas dimensões. Esse caráter multidimensional é ainda mais marcante na sociedade contemporânea. (PORTO, 2009, p. 42).

Neste capítulo, discutiremos as diversas formas de manifestação do poder diretivo do empregador, a fim de contribuir para a análise da existência da subordinação em uma relação de trabalho e na definição do real empregador, especialmente em relações de trabalho em que se interpõem diversas empresas que prestam serviços umas às outras.

Para isso, discutiremos a evolução dos processos produtivos, com ênfase para a forma pela qual as ordens tramitam e se manifestam pela cadeia produtiva; discutiremos a necessidade de controle cada vez maior da sociedade industrial; analisaremos a hipossuficiência do trabalhador e a necessidade de mitigação da autonomia privada em relações com grande diferença de poder e realizaremos um estudo de caso de alguns processos produtivos específicos, em que há manifestação do poder diretivo do empregador utilizando-se de empresas interpostas.

2.2 A evolução dos processos produtivos

A origem do Direito do Trabalho remonta à Revolução Industrial, quando se produziu o contexto social para o seu surgimento. Antes disso, o sistema predominante de labor era o artesanato, em que o trabalhador executava todas as tarefas do processo produtivo e, por isso, detinha o controle de todas as suas fases. A acumulação de capital, o surgimento de uma classe que não dispunha de meios de produção e a conseqüente necessidade de vender sua força de trabalho em troca de salário, tornou predominante a produção por meio do trabalho subordinado, em que o trabalhador, por meio do contrato de trabalho, passa a acolher a direção de outrem sobre o seu trabalho.

Assim, o modo de produção capitalista se caracteriza pelo controle do empresário sobre a força de trabalho. No que diz respeito à evolução do processo produtivo, em nosso entender, a busca constante por eficiência faz com que os empresários tenham cada vez mais necessidade de controlar todas as etapas da produção e isso nos leva a concluir que, embora o poder diretivo do empregador se manifeste de maneira diluída, com a utilização de complexas redes de empresas interpostas ou de meios tecnológicos de comunicação, ele permanece bastante presente nas relações de trabalho contemporâneas.

Discutiremos a seguir o taylorismo, o fordismo e o toyotismo, principais sistemas de organização produtiva, bem como a sua influência nos processos produtivos contemporâneos e seus reflexos na conformação do poder diretivo do empregador.

2.2.1 Taylorismo

O taylorismo, sistema de organização produtiva concebido no fim do século XIX e início do século XX por Frederick Taylor, é tido como a primeira sistematização científica da administração. A partir da constatação de que muito tempo era desperdiçado no desenrolar do processo produtivo, o sistema proposto por Taylor divide ao extremo as diversas tarefas necessárias para a produção e busca determinar o tempo real que deveria ser gasto com cada uma delas, o que possibilita à gerência exigir do trabalhador a quantidade ideal de trabalho diário a fim de alcançar a máxima efetividade (PINTO, 2010, p. 26).

São marcas do taylorismo, portanto, a determinação do tempo ideal de execução de cada tarefa do processo produtivo, bem como a eliminação do desperdício de tempo, de energia física e mental e da ociosidade dos equipamentos no desenrolar desse processo, a fim de garantir a máxima produtividade com o menor custo. Para isso, era necessária a análise da execução de cada atividade integrante do processo pela gerência:

O que distingue o sistema taylorista de organização dos seus precedentes é o fato de que toda essa complexa análise e planejamento que envolve ficam, após sua implementação, a cargo da administração da empresa, e somente dela. Toda a experiência, todas as técnicas relativas às atividades realizadas nas várias instâncias da empresa são repassadas para trabalhadores especializados em analisá-las com base em métodos experimentais, através dos quais são padronizadas, tendo em vista a redução da quantidade de operações desnecessárias, do tempo de execução das demais, dos gastos de energia física e mental dos trabalhadores, da ociosidade dos equipamentos, dos intervalos entre uma operação e outra, entre outros objetivos. (PINTO, 2010, p. 31).

Por isso, o taylorismo marca a divisão rígida entre planejamento e a execução do trabalho, é dizer, entre o trabalho mental e o trabalho manual, bem como o recrudescimento da necessidade do controle de todo o processo produtivo por parte da gerência. A total transferência do controle dos meios para a gerência, com a consequente diminuição da individualidade característica de cada trabalhador, possibilita ao mesmo tempo um minucioso planejamento, uma maior previsibilidade dos resultados obtidos e uma consequente possibilidade de cobrança de produtividade por parte do empresário:

No princípio, o escritório era o local do trabalho mental, e a oficina o local do trabalho manual. Isto acontecia, como vimos, mesmo *depois* de Taylor e, em parte, *por causa* de Taylor: a gerência científica deu ao escritório um monopólio da concepção,

planejamento, julgamento e apreciação dos resultados, enquanto na oficina nada mais deveria acontecer senão a execução concreta de tudo o que fosse concebido no escritório. (BRAVERMAN, 1981, p. 267).

A contribuição maior de Taylor em relação à divisão e controle do trabalho é no sentido de que toda e qualquer decisão sobre o trabalho deve ser retirada do trabalhador. Para ele, a gerência que não assumir completamente o controle do trabalho é um empreendimento limitado e frustrado (BRAVERMAN, 1981, p. 86).

2.2.2 Fordismo

O fordismo é um sistema organizacional criado por Henry Ford no início do século XX. O fordismo parte da mesma concepção organizacional do taylorismo, com divisão rígida do trabalho e controle do tempo de execução das tarefas. Uma das ideias acrescidas por Ford foi a necessidade de desenvolver o consumo de massa, o que só era possível com a redução ainda maior dos custos de produção:

A ideia básica era a seguinte: padronizando os produtos e fabricando-os numa escala imensa, da ordem de centenas ou milhares por dia, certamente os custos de produção seriam reduzidos e contrabalançados pelo aumento do consumo, proporcionando, por sua vez, a elevação da renda em vista dos melhores salários que poderiam ser pagos em função do aumento das vendas e, portanto, dos lucros empresariais. (PINTO, 2010, p. 34).

A ideia central do taylorismo, de separação entre planejamento, concepção, gerência, controle e execução do trabalho está presente muito claramente também no fordismo (HARVEY, 2014, p. 121). A separação rígida entre a gerência e a execução deixa nas mãos do tomador de serviços o controle do trabalho, diminuindo sobremaneira o domínio e a autonomia do trabalhador sobre a execução de sua atividade.

O consumo de massa por sua vez, implica na padronização dos produtos (HARVEY, 2014, p. 131), outro fator que depende do controle do trabalho por parte do proprietário dos meios de produção e que recrudescer a necessidade de subordinação da mão-de-obra ao seu contratante.

Além disso, a partir da divisão do trabalho em atividades de extrema simplicidade, o fordismo coloca o objeto de trabalho em uma esteira rolante que o movimenta até o local em que cada trabalhador vai executar sua tarefa desde a matéria-prima até o acabamento do produto, criando a linha de produção em série. Essa inovação permite ao mesmo tempo aumentar a eficiência produtiva e controlar, por meio da alteração da velocidade da esteira, o tempo de execução das tarefas.

O controle do tempo por meio da linha de produção é muito bem retratado no filme *Tempos modernos*, quando o gerente da fábrica, ao verificar por meio de câmeras de vídeo que a velocidade de produção não está de acordo com o que ele deseja, determina a um trabalhador que aumente a velocidade da esteira e com isso é obtido o desejado aumento de produtividade.

As semelhanças entre os sistemas de organização produtiva taylorista e fordista são muito grandes, o que leva alguns autores a se referirem a eles pela expressão única taylorismo/fordismo. Suas marcas são a divisão e o controle extremos das tarefas, a fim de depender cada vez menos da colaboração do trabalhador. Nesse contexto, é bastante reduzida a intervenção criativa do trabalhador no processo produtivo:

Basicamente, a ideia fundamental no sistema taylorista/fordista, como nos referiremos a ele daqui em diante, é elevar a especialização das atividades de trabalho a um plano de limitação e simplificação tão extremo que, a partir de um certo momento, o operário torna-se efetivamente um “apêndice da máquina” (tal como fora descrito, ainda em meados do século 19, por Karl Marx, ao analisar o avanço da automação na indústria da época), repetindo movimentos tão absolutamente iguais num curto espaço de tempo quanto possam ser executados por qualquer pessoa, sem a menor experiência de trabalho no assunto.

A intervenção criativa dos trabalhadores nesse processo é praticamente nula, tal como a possibilidade de conceber o processo produtivo como um todo, pois cada qual é fixado num mesmo ponto da produção o tempo inteiro, de modo que se possibilite à linha de montagem trazer, automaticamente e numa cadência exata à sua frente, o objeto de seu trabalho, estando cada trabalhador equipado em seu posto com todas as ferramentas e instrumentos necessários ao alcance da mão. (PINTO, 2010, p. 38).

2.2.3 Toyotismo

O toyotismo é o sistema de organização produtiva criado pelo japonês Taichi Ohno a partir da década de 1950. No toyotismo, a separação rígida entre planejamento e execução do trabalho -característica do taylorismo/fordismo - sofre uma mitigação devido ao envolvimento completo do trabalhador na busca de melhoria do processo produtivo. Essa possibilidade do trabalhador colaborar com a evolução do processo produtivo se volta exclusivamente ao aumento da produtividade e à redução dos custos, tendo muitas vezes resultados que são contrários aos interesses dos próprios trabalhadores, como a redução dos postos de trabalho (OLIVEIRA, 2004, p. 187).

A produção *just in time* é outra inovação do sistema toyotista de organização do trabalho. A ideia representa uma evolução em relação à produção em massa do modelo fordista, pois o gerenciamento da produção no modelo *just in time* é totalmente acionado pela demanda. Com o

objetivo de reduzir ao máximo os custos com o estoque, só se produz o que já tem destino no mercado, o que representa uma necessidade ainda maior de controle da produção pela gerência (OLIVEIRA, 2004, p. 32).

A prática estrutural do enxugamento da empresa e da redução de pessoal é mais uma forma de aumentar a competitividade. Isso é obtido principalmente com a flexibilização da organização do trabalho; com a polivalência do trabalhador, que passa a operar de quatro a cinco máquinas de processos diferentes; e com a elevação do desgaste da força de trabalho até níveis considerados desumanos (OLIVEIRA, 2004, p. 24).

Importante salientar que a flexibilização do trabalho necessária no toyotismo não significa maior autonomia e menor subordinação do trabalhador ao empresário. Isso porque o comando dessa flexibilização não está nas mãos do trabalhador, mas nas da gerência, posto que esta é que desenvolve o trabalho de planejamento e alteração das linhas de produção, até mesmo para poder fazer frente às demandas do mercado e cumprir os objetivos da produção *just in time*.

A forma de organização produtiva do toyotismo possui como marco a subcontratação de boa parte da produção. Para manter o controle de todo o processo produtivo - controle absolutamente necessário para manter o cumprimento dos objetivos da forma de organização - há uma combinação complexa de instrumentos que vão desde o controle acionário das empresas subcontratadas, até a exigência de manutenção da mesma organização produtiva e a instalação de fábricas em um raio de 20 quilômetros das instalações centrais da contratante (OLIVEIRA, 2004, p. 41).

No toyotismo, a produção é organizada em uma rede de empresas dispostas em diversos níveis de subcontratação. Os trabalhadores mais qualificados e escolarizados são empregados nas empresas líderes, ocupando postos de trabalho em regra melhor remunerados e com contratos de trabalho mais estáveis (PINTO, 2010, p. 48). À medida que, nessa organização em rede, nos afastarmos da empresa líder, encontraremos um número maior de trabalhadores com menos qualificação, com menores salários e com contratos de trabalho mais precários:

Outro ponto essencial do toyotismo é que, para a efetiva flexibilização do aparato produtivo, é também imprescindível a flexibilização dos trabalhadores. Direitos flexíveis de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. O toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições do mercado. (ANTUNES, 2011, p. 34).

As empresas – e os trabalhadores - que se encontram mais distantes da empresa líder cumprem o papel de suportar as variações e inconsistências do mercado. Para isso, seus contratos de trabalho devem ser mais flexíveis e com um custo de rescisão mais baixo:

Não obstante o fato de que as grandes empresas sempre precisaram das pequenas, como se observa com a existência da subcontratação sob a grande indústria, sob a mundialização do capital, em que o espírito do toyotismo impulsiona novos estilos de acumulação capitalista, a utilização das pequenas empresas tornou-se uma estratégia de organização industrial voltada para o controle de trabalho e de emprego, adequada à nova época de crise de valorização do capital, na qual a instabilidade perpétua impõe a constituição, pelas corporações transnacionais de um “colchão” de pequenas empresas capazes de amortecer as inconsistências dos mercados. É um componente decisivo para instaurar um novo patamar de flexibilidade do capital num cenário de crise de valorização e de concorrência planetária. (ALVES, 2005, p. 80).

A técnica de trabalho em equipe do toyotismo – *team-work*- está presente não somente na indústria automobilística e é um eficiente meio de internalizar o controle do empregador para os próprios trabalhadores, nesse caso, de uns trabalhadores sobre os outros, tendo em vista que se o desempenho de um trabalhador não for satisfatório - leia-se, satisfatório em relação ao que o empregador espera da atividade produtiva – os outros trabalhadores da mesma equipe se encarregam de penalizá-lo (OLIVEIRA, 2004, p. 29).

A combinação de diversos fatores de enfraquecimento dos trabalhadores, inclusive dos entes coletivos, junto com o efeito de tornar o trabalhador controlador de si mesmo, por meio dos mecanismos de internalização do poder de direção do empregador, principalmente pela ameaça constante de perda do posto de trabalho leva à perda de grande parte dos direitos sociais:

Ou seja, para garantir o trabalho, o trabalhador perde os limites do posto de trabalho, das tarefas, das habilidades, da sua competência e até mesmo da legalidade sobre sua própria relação com a empresa. E, dessa forma, fica solto no terreno movediço da colaboração. Deixa de lutar pela manutenção de algo que é seu e passa a existir em busca do favor daqueles que o empregam. (OLIVEIRA, 2004, p. 76).

A internalização do poder diretivo do empregador torna menos necessária a vigilância constante e as ordens diretas como formas de controle da força de trabalho e, nesse contexto, outro mecanismo bastante eficiente para tornar o trabalhador vigia de si mesmo é a forma de pagamento por produção. Assim, a combinação da padronização de produtos com essa forma de pagamento torna desnecessários os controles em relação a horários e locais de trabalho: Os pagamentos por unidade produzida, sob várias formas, ainda são comuns atualmente, e representam a conversão do salário por tempo numa forma que tenta, com êxito muito desigual, arrolar o trabalhador como cúmplice voluntário de sua própria exploração. Hoje, contudo, o pagamento por peça feita está combinado com o controle sistemático e minucioso por parte da

gerência sobre os processos do trabalho, controle que às vezes é exercido mais coativamente do que era quando se utilizava a forma de pagamento por tempo. (BRAVERMAN, 1981, p. 64).

2.3 A necessidade de controle na sociedade industrial – o homem unidimensional

O mercado cada vez mais competitivo exige das empresas um controle muito grande de todos os fatores tanto internos quanto externos ao seu processo produtivo. O controle é necessário tanto para possibilitar a previsibilidade que lhe permita calcular seus custos quanto para direcionar seus meios, entre os quais se inclui a força de trabalho, para que se alcance a maior produtividade, com o menor custo:

Para existir e para durar, uma empresa industrial precisa não apenas de máquinas, mas de matérias primas e de mão de obra; ela precisa também poder calcular de antemão seus custos, prever seus consumos, programar sua produção, seus investimentos e amortizações. Precisa, dito de outro modo, tornar calculáveis os fatores dos quais depende a racionalidade econômica de sua gestão. E esses fatores são não apenas internos a seu funcionamento; são também externos, isto é, determinados pelos contextos político, jurídico, administrativo, cultural. Quanto mais importante o capital imobilizado e quanto mais sua rentabilização demanda tempo, mais importante torna-se para a empresa a previsibilidade e a fiabilidade das condutas de seus assalariados, e também do governo, das administrações e dos tribunais. (GORZ, 2003, p. 38).

Por vezes, a necessária flexibilidade de organização produtiva característica do toyotismo é interpretada como flexibilidade do trabalhador e conseqüentemente como indício de uma maior autonomia nas relações de trabalho contemporâneas:

Como já afirmado, a empresa funciona como um relógio – que se ativa se todas as partes trabalham como foram projetadas e se transforma em um organismo no qual todas as partes desenvolvem funções especializadas que interagem entre si.

Não parece haver dúvidas de que a flexibilização da atividade produtiva demanda uma redefinição da disciplina da relação de trabalho, construída em função do tipo social típico na mais prevalente do trabalhador desqualificado da grande indústria, contratado a tempo integral e por prazo indeterminado na cadeia taylorista de produção caracterizada pela rigidez dos locais, dos tempos e dos modos de produção. (GALANTINO, 2012, p. 296).

Nos parece que há certa contradição quando a autora afirma que a empresa funciona como um relógio e se transforma em um organismo para depois dizer que não há rigidez de tempo e modo de produção, quando a atividade do trabalhador se encontra integrada nesse organismo. A nosso ver, parece que o único fator que se flexibilizou, isso quando o processo produtivo permite, é o lugar de prestação do serviço do trabalhador, o que, pela necessidade de funcionamento da empresa como um relógio e pela padronização de produtos característica do sistema produtivo moderno, não exclui a total ingerência do tomador de serviço na atividade do trabalhador.

Segundo crítica de Herbert Marcuse, a sociedade industrial é marcada pela necessidade de controle:

El análisis está centrado en la sociedad industrial avanzada, en la que el aparato técnico de producción y distribución (con un sector cada vez mayor de automatización) funciona, no como la suma total de meros instrumentos que pueden ser aislados de sus efectos sociales y políticos, sino más bien como un sistema que determina *a priori* el producto del aparato, tanto como las operaciones realizadas para servirlo y extenderlo. En esta sociedad, el aparato productivo tiende a hacerse totalitario en el grado en que determina, no sólo las ocupaciones, aptitudes y actitudes socialmente necesarias, sino también las necesidades y aspiraciones individuales. De este modo borra la oposición entre la existencia privada y pública, entre las necesidades individuales y sociales.²⁷(MARCUSE, 1994, p. 25).

É dizer, a necessidade de controle sobre a força de trabalho é uma marca da sociedade industrial avançada e, por isso, não condiz com a realidade a afirmação de que as relações de trabalho na sociedade contemporânea se desenrolam com menos subordinação e mais autonomia por parte dos trabalhadores que não são possuidores dos meios de produção:

Sin embargo, el que opera en realidad es el rumbo contrario; el aparato impone sus exigencias económicas y políticas para expansión y defensa sobre el tiempo de trabajo y el tiempo libre, sobre la cultura material e intelectual. En virtud de la manera en que ha organizado su base tecnológica, la sociedad industrial contemporánea tiende a ser totalitaria. Porque no es sólo «totalitaria» una coordinación política terrorista de la sociedad, sino también una coordinación técnico-económica no-terrorista que opera a través de la manipulación de las necesidades por intereses creados, impidiendo por lo tanto el surgimiento de una oposición efectiva contra el todo.²⁸(MARCUSE, 1994, p. 33).

O que defendemos é que a flexibilização da organização produtiva não implica em maior autonomia e em subordinação menos intensa do empregado, porque o comando sobre essa flexibilidade em nenhum momento está nas mãos deste último, mas sim, da gerência. É dizer, a necessidade de controle da força de trabalho, tão presente no taylorismo e fordismo, é marca

²⁷ “A análise está centrada na sociedade industrial avançada, na qual o aparato técnico de produção e distribuição (com um setor cada vez maior de automatização) funciona, não como a soma total de meros instrumentos que podem ser isolados de seus efeitos sociais e políticos, se não mais como um sistema que determina *a priori* o produto do aparato, tanto como as operações realizadas para servi-lo e estendê-lo. Nesta sociedade, o aparato produtivo tende a fazer-se totalitário na medida em que determina, não só as ocupações, e atitudes socialmente necessárias, mas também as necessidades e aspirações individuais. Deste modo, apaga a oposição entre a existência privada e pública, entre as necessidades individuais e sociais.” (Tradução do autor).

²⁸ “Porém, o que acontece em realidade é o oposto; o aparato impõe suas exigências econômicas e políticas para expansão e defesa sobre o tempo de trabalho e o tempo livre, sobre a cultura material e intelectual. Em virtude da maneira como tem organizado sua base tecnológica, a sociedade industrial contemporânea tende a ser totalitária. Porque não é só «totalitária» uma coordenação política terrorista da sociedade, mas também uma coordenação técnico-econômica não-terrorista que age através da manipulação de necessidades por interesses criados, impedindo portanto o surgimento de uma oposição efetiva contra o todo.” (Tradução do autor).

também do sistema toyotista, e das organizações produtivas nele inspiradas, nas quais boa parte da produção é realizada por meio de subcontratação:

É preciso observar aqui o fato de que os métodos básicos de execução das atividades realizadas dentro de cada posto continuaram, tal como no sistema taylorista/fordista, estritamente prescritos e regulamentados pela gerência. Isso é uma decorrência do rígido controle de qualidade, cujo cumprimento, no sistema toyotista, ficou circunscrito ao plano dos postos de trabalho, ou, no máximo, ao plano de células. Entretanto, a demarcação do tempo de execução das operações nos postos somente é feita tendo em conta o conjunto de células, após o que passa a ser estabelecida como meta em cada posto individual. (PINTO, 2010, p. 67).

O evolução dos meios tecnológicos é outro fator que, ao invés de gerar o esmaecimento do poder diretivo do empregador, permite um maior controle da atividade laboral por parte deste, pois o controle da utilização desses meios está nas mãos dos proprietários dos meios de produção. Isto é, os meios tecnológicos são mais um fator de controle da força de trabalho, pois “La sociedad industrial que hace suya la tecnología y la ciencia se organiza para el cada vez más efectivo dominio del hombre y la naturaleza, para la cada vez más efectiva utilización de sus recursos.²⁹” (MARCUSE, 1994, p. 47).

Portanto, nos parece falsa a afirmação no sentido de que as relações de trabalho contemporâneas, devido à flexibilidade necessária para a organização dos processos produtivos e aos avanços dos meios tecnológicos, se desenvolvem de maneira que a força de trabalho é menos subordinada. Não estamos aqui elaborando um ataque puro e simples à busca da produtividade, mas sim à utilização do discurso da necessária busca da produtividade para legitimar a proliferação de relações de trabalho fora do âmbito da proteção trabalhista, o que acabaria por legitimar também a exploração de trabalhadores:

La gestión científica y la división científica del trabajo aumentan ampliamente la productividad de la empresa económica, política y cultura. El resultado es un más alto nivel de vida. Al mismo tiempo, y sobre las mismas bases, esta empresa racional produce un modelo de mentalidad y conducta que justifica y absuelve incluso los aspectos más destructivos y opresivos de la empresa.³⁰(MARCUSE, 1994, p. 173).

O modo de produção capitalista pressupõe o intercâmbio de relações, mercadorias e dinheiro e se caracteriza pela relação de compra e venda da força de trabalho. Para isso, existem três condições básicas, quais sejam: 1) os trabalhadores só podem ter acesso aos meios de

²⁹ “A sociedade industrial que faz sua a tecnologia e a ciência se organiza para o cada vez mais efetivo domínio do homem e da natureza, para a cada vez mais efetiva utilização de seus recursos.” (Tradução do autor).

³⁰ “A gestão científica e a divisão do trabalho aumentam amplamente a produtividade da empresa econômica, política e cultura. O resultado é um mais alto nível de vida. Ao mesmo tempo, e sobre as mesmas bases, esta empresa racional produz um modelo de mentalidade e conduta que justifica e absolve inclusive os aspectos mais destrutivos e opressivos da empresa.” (Tradução do autor).

produção por meio da venda de sua força de trabalho; 2) os trabalhadores dispõem de sua força de trabalho, pois estão livres de constrictões tais como a servidão e a escravidão; 3) a compra da força de trabalho pelo empregador dá início ao processo de trabalho e a finalidade dessa relação é a expansão do capital pertencente ao empregador. (BRAVERMAN, 1981, p. 54).

Ou seja, a busca de lucros, característica do modo de produção capitalista, pressupõe o controle da força de trabalho, que, por sua vez, pressupõe o exercício do poder de direção do empregador e a existência da sua contraface, a subordinação. A aplicação das normas referentes ao Direito do Trabalho, nesse caso, as normas referentes ao reconhecimento dos pressupostos da relação de emprego, deve ser adaptada à realidade contemporânea das relações de produção:

O que tem passado despercebido, contudo, é que, na verdade, os pressupostos fáticos da relação de emprego não estão ausentes, mas receberam nova configuração. É que as novas técnicas de organização do trabalho postas à disposição do capital a partir da reestruturação produtiva (supramencionadas) criam ou estimulam, em muitos casos, a falsa ilusão de que eles não existem quando, na realidade, só adquiriram conformação diversa daquela com a que estávamos habituados a lidar. (ALMEIDA, 2010, p. 318).

A nova configuração a que a autora se refere tem seus efeitos principalmente sobre a subordinação, pressuposto da relação de emprego. É dizer, as relações produtivas evoluíram devido a suas novas formas de organização e à evolução dos meios tecnológicos. Isso fez com que surgissem novas formas de manifestação do poder diretivo do empregador. Essas novas formas devem ser investigadas quando da análise da existência da subordinação, posto que o controle da força de trabalho não é exercido sempre da mesma maneira que no sistema taylorista/fordista:

É que a subordinação, cujo conceito foi estruturado nas premissas da hierarquia verticalizada, da emissão de ordens diretas dos superiores aos subordinados e do rígido controle da produção (segundo a concepção de Taylor), pode agora, em face da horizontalização da empresa, dissimular-se no tempo e no espaço, na medida em que o controle do trabalho, quando não é feito pelos empregados entre si, pode, em muitos casos, ser realizado após a sua execução e fora do ambiente de trabalho.

Esse diferimento espacial e temporal é possível uma vez que a retribuição pelo trabalho prestado vincula-se ao resultado daquilo que é produzido. E a qualidade dos produtos/serviços deve seguir os rígidos parâmetros estabelecidos pelos sistemas de controle de qualidade. E estes, a pretexto de garantir a qualidade, chegam a prescrever em minúcias todas as etapas necessárias ao processo produtivo, pois o que pretendem de fato é garantir a proficiência de sua execução. (ALMEIDA, 2010, p. 318).

Nessa perspectiva entendemos que a noção de poder de direção que depende da existência de ordens diretas e constantes do empregador sobre os trabalhadores é adequada para os sistemas de organização produtiva em que a mão de obra era fisicamente concentrada:

Durante o século XIX e início do XX (com a vigência dos modelos de produção taylorista-fordista), a subordinação simbolizava muito mais que o comando exercido pelo empregador no tocante ao modo de prestação dos serviços. Refletia, também, muitas vezes, controle físico. Para se configurar havia necessidade que os trabalhadores se submetessem diretamente ao empregador. O comando era, pois, direto e incisivo. O ambiente de trabalho, pressuposto para sua existência. (DELGADO, 2006, p. 191).

No modelo de organização baseado na descentralização produtiva, cujo marco inicial é o toyotismo, o poder diretivo do empregador permanece presente, embora se manifeste por outros meios que não apenas as ordens constantes e diretas:

Hoje, a subordinação opera por outras vias que não só a direta e incisiva, dependente do ambiente de trabalho para que possa configurar-se. Embora mais viva do que nunca, torna-se possível sem a necessidade de um ambiente empresarial ou de um espaço fixo predeterminado para legitimar-se. É o caso, por exemplo, do trabalho em domicílio, onde o empregador, regra geral, exerce seu poder diretivo por meio do controle do resultado da produção. (DELGADO, 2006, p. 191).

2.4 A autonomia privada em relações desiguais – a hipossuficiência do trabalhador

A fase de crise e transição do Direito do Trabalho se inicia no final da década de 1970 e início da década de 1980. Pode ser apontada como marco desta fase a crise do petróleo de 1973 e as demais crises econômicas que passaram a ocorrer na sequência. A característica principal desta fase é o questionamento e a busca de alternativas à rigidez da legislação trabalhista:

É o período que coincide com o pleno desenvolvimento da chamada “revolução tecnológica”, ou Terceira Revolução Industrial, e em que o padrão rígido da maior parte da legislação trabalhista do mundo ocidental é questionado, sendo concebidas diversas teorias, que vão até a proposta de desregulamentação do Direito do Trabalho, ou seja, a eliminação da regulação estatal da relação entre capital e trabalho, salvo um conteúdo mínimo, e passando pela ideia de flexibilização, modelo em que se admite a superação da norma legal, ainda que temporariamente, pela norma convencional coletiva. (BRITO FILHO, 2013, p. 18).

Com as subsequentes crises econômicas e a proliferação, a partir do toyotismo, de processos produtivos fisicamente descentralizados, nos quais a subordinação não se mostra de maneira tão explícita, surge a ideia de tipificação de relações de trabalho que enquadrem uma suposta zona cinzenta cujos trabalhadores não são puramente autônomos mas também não são suficientemente subordinados a ponto de serem considerados empregados.³¹

D’Angelo (2014, p. 58) vê como ponto em comum das experiências que chama de paliativas para o problema da crise do Direito do Trabalho – parassubordinação,

³¹ Os trabalhadores que se encontram na zona cinzenta são denominados parassubordinados, instituídos em alguns países como Itália, Espanha e Portugal. A parassubordinação será objeto do último capítulo deste trabalho.

empregabilidade³², empreendedorismo³³ e flexissegurança³⁴ – o fato de transferirem para os trabalhadores a responsabilidade e conseqüentemente os ônus pelos males pelo qual passam a sociedade do trabalho.

Um pouco adiante, a autora argumenta contra a flexibilização:

Lamentavelmente, tanto nos países subdesenvolvidos como nos países em vias de desenvolvimento, percebe-se uma tendência de flexibilização introduzida nas legislações trabalhistas. Deve-se tomar bastante cuidado com esta solução aparente, pois, notadamente, nos lugares em que ela vem acontecendo, observa-se, em verdade, uma precarização dos direitos dos trabalhadores, sem, contudo, oportunizar-lhes a participação nas decisões das empresas ou em seus lucros. Esta postura deve ser rechaçada, pois atenta contra todas as conquistas obtidas pela luta operária libertária e contra-hegemônica.³⁵D'ANGELO, 2014, p. 86).

No contexto de crise, o princípio da proteção é cada vez mais discutido. Alguns autores chegam até mesmo a questionar sua razão de ser:

Não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função do direito do trabalho é regular as relações entre empregado e empregador *tout court*. Afirmar *a priori* a função protecionista do direito do trabalho em benefício do empregado desconhece a bilateralidade da relação de emprego. Aceito o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, seria de rigor a aceitação de igual dose de proteção concedida ao empregador: o instituto da falta grave e a repressão à greve podem ser lembrados como exemplo. (ROMITA, 2003, p. 23).

Não nos parece ser correto esse entendimento. O princípio da proteção no Direito do Trabalho significa dizer que a legislação trabalhista surge a partir do reconhecimento da desigualdade entre as partes da relação de emprego e sua evolução e interpretação não pode se descuidar desse reconhecimento. O Direito do Trabalho só surgiu como ramo autônomo pela

³² Empregabilidade é um termo que parte da ideia de transferir ao trabalhador a total responsabilidade pelo fato de não conseguir emprego e lhes deixa em uma condição em que necessitam “capacitar-se permanentemente às exigências impostas pelas novas tecnologias, por um aprendizado contínuo que lhes assegurem o domínio de múltiplas funções, para se adaptarem continuamente a um mercado de trabalho dinâmico, volátil e temporário.” (D'ANGELO, 2014, p. 53).

³³ Empreendedorismo é um termo que se baseia na ideia de que os trabalhadores têm que ser donos de seus próprios negócios e assumirem os riscos de seu empreendimento (D'ANGELO, 2014, p. 54).

³⁴ Flexissegurança identifica a noção da necessidade de modernizar o Direito do Trabalho, a fim de permitir flexibilidade para que as empresas possam crescer e se defenderem das crises econômicas e com isso garantir os níveis de emprego. A flexissegurança passa pela diminuição da rigidez da legislação trabalhista, permitindo que os estabelecimentos empresariais administrem a mão-de-obra com mais flexibilidade. (D'ANGELO, 2014, p. 56).

³⁵ É bem verdade que a autora propõe que a subordinação não serve mais como categoria central do Direito do Trabalho, por entender contradição na ideia de que o trabalho subordinado é livre. Sua proposta para o enfrentamento da crise do Direito do Trabalho é a economia solidária, cuja marca é a gestão empresarial impregnada de solidariedade e do primado do homem em detrimento do capital. Entendemos a economia solidária como uma boa alternativa para a democratização das relações de trabalho. Porém, para nós, diante do contexto social contemporâneo, em que efetivamente a força de trabalho é controlada pelas empresas, é fundamental a manutenção da subordinação - entendida em sua concepção multidimensional – como critério de aplicação da proteção trabalhista integral, a fim de amenizar os efeitos do desequilíbrio de poder entre as partes da relação de emprego.

necessidade da relação de emprego ser regulada com maior intervenção por parte do Estado, a fim de impedir a superexploração dos trabalhadores devido à desigualdade entre as partes da relação.

Isso não quer dizer, é óbvio, que o empregado, por ser protegido, pode fazer o que quiser que será amparado pelo ordenamento jurídico. Por isso há normas que serão aplicadas em desfavor do empregado, caso sua conduta se encontre em desacordo com o direito. É exatamente o que ocorre nos institutos da falta grave e da repressão à greve, utilizados como exemplo na citação acima.

Entendemos que a diferença de poder entre as partes continua sendo uma constante nas relações de trabalho contemporâneas e que, por isso, o princípio da proteção continua sendo o princípio basilar do Direito do Trabalho, pois ele é a principal razão para o surgimento desse ramo autônomo do Direito. Além disso, conforme defendemos no primeiro capítulo deste trabalho, a efetividade do Direito do Trabalho é um importante fator de efetividade de uma série de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal e caminho necessário para o cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais previstos em seu Título I.

A noção de cidadania tem a ver não somente com a previsão de direitos, mas com o efetivo gozo desses direitos por parte dos cidadãos e conseqüentemente com sua possibilidade de participação ativa nos rumos a sociedade, isto é uma exigência do Estado Democrático e Social, desenhado pelas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra. A marca do constitucionalismo contemporâneo é a existência não só de Direitos Fundamentais referentes à liberdade, mas também de Direitos Fundamentais sociais, cuja efetividade exige ação do Estado a intervenção nas relações privadas:

En este contexto elaborar un discurso que considere a los intereses del mercado desligados de sus protagonistas y de cualquier compromiso social, supone abrazar una idea que fue superada en el plano constitucional. Y sobre todo, implica ignorar que solo con la intervención de los poderes públicos es posible alcanzar mayores cotas de igualdad social necesaria para la extensión de la ciudadanía.³⁶(FERNÁNDEZ, 2010, p. 32).

³⁶ “Neste contexto elaborar um discurso que considere os interesses do mercado desligados de seus protagonistas e de qualquer compromisso social, supõe abraçar uma ideia que foi superada no plano constitucional. E sobretudo, implica ignorar que somente com a intervenção dos poderes públicos é possível alcançar maiores cotas de igualdade social necessária para a extensão da cidadania.” (Tradução do autor).

É dizer, a observância do princípio da proteção tem relação direta com a dignificação de boa parte da população, aquela que não tem a propriedade dos meios de produção e que por isso tem como meio de sobrevivência a venda de sua força de trabalho:

El proceso histórico de la sujeción del trabajo al Derecho responde, antes que a un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia, universalmente sentida, de dignificación de las condiciones de vida y trabajo de una capa mayoritaria de la población, la formada precisamente por los trabajadores asalariados.³⁷(MELGAR, 2013, p. 31).

O cuidado que se deve ter tanto no questionamento quanto na busca de alternativas à rigidez da legislação trabalhista é que não se pode simplesmente desconsiderar a necessidade de intervenção do Estado em determinadas relações onde uma das partes é consideravelmente mais fraca que a outra. Essa necessidade de intervenção é reconhecida inclusive em diversos outros ramos do direito contemporâneo como o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental (BRITO FILHO, 2013, p. 18).

Entendemos que a necessidade de controle, conforme argumentamos no item anterior, é marca da sociedade industrial avançada, é incompatível com o argumento que a modificação nos processos produtivos fez surgir trabalhadores menos subordinados do que outrora. Por isso, para nós, as modificações pelas quais passou a subordinação nas relações de trabalho foram muito mais na forma do que no conteúdo e intensidade:

Non houve, portanto, uma modificação suficiente para impor uma alteração do direito do trabalho, que pudesse abalar ou eliminar sua utilidade. Em outras palavras, as mudanças havidas no modo de produção alimentam-se da mesma lógica anterior e, portanto, no fundo, dado o seu caráter de acréscimo do poder do capital sobre o trabalho, apenas reforçam a razão da existência do direito do trabalho. (SOUTO MAIOR, 2007, p. 31).

Comentando sobre a crise do Direito do Trabalho, Porto identifica duas maneiras de se reduzir a aplicação da tutela trabalhista, uma por meio da redução das tutelas existentes na legislação e outra por meio da redução do campo de incidência da tutela. A discussão acerca do esmaecimento da subordinação nas relações de trabalho contemporâneas, com a consequente concepção mais restrita da relação de emprego pela falta desse pressuposto, se enquadra na segunda hipótese:

Propõe-se, assim, a desregulamentação do Direito do Trabalho, com a exclusão e redução das tutelas por ele propiciadas. É exatamente a influência dessa ideologia que

³⁷“O processo histórico da sujeição do trabalho ao Direito atende, antes que a um propósito de boa ordenação produtiva, a uma exigência, universalmente sentida, de dignificação das condições de vida e trabalho de uma camada majoritária da população, a formada pelos trabalhadores assalariados.” (Tradução do autor).

explica os retrocessos doutrinário, jurisprudencial e legislativo, pois a redução do conceito de subordinação implica a restrição do campo de incidência das normas trabalhistas. Isso gera consequências muito sérias, pois, em geral, faz com que os obreiros mais expostos à exploração sejam privados da proteção do Direito do Trabalho. (PORTO, 2009, p. 99).

Reduzir o conceito de subordinação, portanto, reduz o âmbito de aplicação pessoal da proteção trabalhista porque teríamos menos empregados, pois trabalhadores que efetivamente têm sua força de trabalho controlada por outrem – e por isso são subordinados – serão considerados trabalhadores autônomos somente porque o controle sobre sua força de trabalho se manifesta de maneira diferente da forma pela qual se manifestava por ocasião do surgimento do Direito do Trabalho, quando a produção era centralizada e a organização empresarial era verticalizada.

Para nós, o fundamento da proteção trabalhista não é a subordinação, mas a hipossuficiência do trabalhador. A subordinação é utilizada como pressuposto da relação de emprego porque foi um critério desenvolvido pelo sistema para enquadrar trabalhadores que vendem sua força de trabalho em troca de salário, porque são destituídos dos meios de produção. Alguém só coloca sua força de trabalho à disposição de outrem, porque essa é a opção que tem para adquirir os meios para sua subsistência.

Por outro lado, alguém só contrata a força de trabalho se puder controlá-la. Ainda mais quando se leva em conta a necessidade de controle cada vez maior de todo o processo produtivo contemporâneo, devido à busca constante pela eficiência e produtividade e à cada vez maior padronização de produtos, característica da sociedade industrial avançada.

Para nós, a redução do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho é um equívoco, porque representa a observação da autonomia privada em relações que são marcadas pela desigualdade entre as partes, no caso das relações laborais, pela hipossuficiência do trabalhador. Nesse tipo de relação, há necessidade de intervenção do Estado para proteger a parte mais fraca, para que seja possível alcançar um maior equilíbrio nessa relação e para que se promova a igualdade material e não apenas a igualdade formal.

Esse problema se torna ainda mais grave quando se leva em conta que, na tipificação de relações de trabalho supostamente com menor grau de subordinação, e portanto, com menor grau de proteção ao trabalhador, são empurrados para esses postos os trabalhadores menos qualificados, que possuem menor remuneração e que, por isso, têm uma condição de

hipossuficiência ainda maior do que os demais trabalhadores. Ou seja, tipificam-se relações de trabalho menos protegidas exatamente para quem mais precisa de proteção.

Essa conclusão decorre da análise da organização empresarial em rede - típica do toyotismo e sobre a qual tecemos comentário no item 2.3 supracitado – em que os trabalhadores menos qualificados ocupam postos mais instáveis e pior remunerados nos níveis de empresa mais distantes da empresa líder. Os trabalhadores dessas empresas, conforme se argumentou, são os que suportam as variações do mercado e para isso têm os contratos de trabalho mais flexíveis. Ou seja, menos proteção para quem é mais hipossuficiente.

2.4.1 *Employee shareholder status*³⁸ – a possibilidade de *opting out*³⁹ no direito do Reino Unido

No seio dessa discussão acerca da necessidade de intervenção do Estado na proteção da parte mais fraca em relações com grande desequilíbrio de poder, neste subitem analisaremos uma hipótese prevista no âmbito do direito laboral do Reino Unido em que há a consagração da autonomia privada em relações típicas de emprego.

Trata-se do *Employee shareholder status*, uma possibilidade de *opting out* que para nós é um perigoso caso em que, ainda que os requisitos da relação de trabalho estejam completamente atendidos, empresário e trabalhador podem, de comum acordo e cumpridos certos requisitos, excluir a incidência de diversos direitos trabalhistas básicos, o que nos remete à discussão que desenvolvemos neste trabalho, da necessidade de, em relações marcadas pela desigualdade de poder entre as partes, mitigar a autonomia privada a fim de proteger os direitos da parte mais fraca desta relação.

O contexto de surgimento da figura do *employee shareholder* se encontra marcado pela busca incessante pela competitividade das empresas que contém, quase que invariavelmente, uma argumentação no sentido da necessidade de redução dos custos sociais da legislação trabalhista.

Nesse contexto, foi introduzida uma possibilidade de fugir da obrigatoriedade que marca o reconhecimento da relação de emprego, ao menos no que diz respeito aos principais direitos

³⁸ “Condição de empregado acionista.” (Tradução do autor).

³⁹ *Opting out* pode ser traduzido como “opção de exclusão” e, nesse caso, como se verá, se trata de uma possibilidade de, em uma relação com todos os requisitos do *contract of employment* – contrato de emprego -, por meio de acordo entre empregador e empregado e, cumpridos alguns requisitos, serem excluídos alguns direitos inerentes a esse tipo de relação, naquele contrato específico.

dele decorrente. A seção 31 do *Growth and Infrastructure Act 2013*⁴⁰ introduz a noção de empregado acionista. Um trabalhador cuja relação possui todos os requisitos do *contract of employment*, por meio de acordo com seu empregador, recebe ações no valor de pelo menos £2.000 (duas mil libras) e, em troca, passa a não ter o direito de proteção contra despedida injusta ordinária, o direito de indenização por despedimento e outros direitos conexos (PRASSL, 2013, p. 308).

A consagração da liberdade contratual e da autonomia da vontade - com todos os problemas de sua aplicação em relações desiguais - é a marca da figura do *employee shareholder*, tanto que:

No consideration other than entering into this agreement must be given by the prospective Employee Shareholder. Crucially, this agreement remains valid even if the shares are sold. As the guidance document notes, '[y]our employment status can only change if you and your employer both agree to change it'.⁴¹(PRASSL, 2013, p. 312).

A fim de proteger os empregados já contratados no caso de uma recusa a se tornarem *employee shareholders*, a nova seção 205A, que os institui, prevê como automaticamente injusta a demissão motivada por essa recusa. Ocorre que essa proteção é totalmente insuficiente no que diz respeito a empregados a serem contratados, pois não há nada que impeça os empregadores de contratar novos empregados exclusivamente como *employee shareholders* (PRASSL, 2013, p. 315), condição que pode ser perfeitamente imposta aos aspirantes à contratação.

A instituição do *employee shareholder* desvirtua a tal ponto o contrato de emprego, por lhe retirar direitos tão básicos e importantes referentes à proteção contra despedida injusta que, em verdade, a nova figura não pode nem se considerar uma categoria de empregado, por representar uma grave ruptura na legislação de proteção social do Reino Unido (PRASSL, 2013, p. 325).

Essa graduação de subordinação e extensão da aplicação das normas protetivas cria um sistema bastante complexo e que traz um grave problema que é a existência de diferentes graus de proteção para trabalhadores que, em essência, são iguais: “As workers employed under relationships that had traditionally been thought of as deserving full protection no longer enjoy

⁴⁰ “Ato para o Crescimento e Infraestrutura.” (Tradução do autor).

⁴¹ “Nenhum requisito além de aderir a esse acordo tem que ser cumprido pelo proposto empregado acionista. Definitivamente, esse acordo se mantém válido mesmo se as ações forem vendidas. Como o documento de orientação estabelece, ‘sua condição de empregado só pode mudar se você e seu empregador concordarem em mudá-la.’” (Tradução do autor).

core employment rights, divisive lines appear not only between different categories of workers, but even within the core group.”⁴²(PRASSL, 2013, p. 331).

Não é difícil perceber que a instituição dessa figura, baseada na redução de custos sociais da legislação trabalhista como caminho necessário para o desenvolvimento do mercado – a legislação que instituiu a figura é denominada pelo que pode ser traduzido por “ato para o crescimento e a infraestrutura” – é um duro golpe para a efetividade do Direito do Trabalho. Isso porque, a legislação trabalhista a nosso ver deve ser cogente, de cumprimento obrigatório, independentemente de celebração de acordo pelas partes, ainda mais no que diz respeito aos direitos mais básicos, entre os quais estão os que garantem certa estabilidade da relação de trabalho, como o direito à proteção contra despedida injusta.

No próximo item, faremos dois estudos de caso da produção têxtil desenvolvida por meio de organização empresarial em rede, onde as empresas líderes não reconhecem a subordinação a si dos trabalhadores das oficinas que produzem suas roupas. Para nós, está demonstrado o controle que elas têm sobre a força de trabalho, o que torna inconsistente outro entendimento que não a formação do vínculo de emprego diretamente com as empresas líderes.

2.5 Uma análise do exercício do poder diretivo na organização empresarial em rede na produção têxtil

Neste item, analisaremos o exercício do poder diretivo do empregador em duas hipóteses de organização empresarial em rede na produção de peças de roupa de grandes empresas de moda, às quais denominaremos de empresas líderes.

A escolha dos dois casos que serão objeto desse estudo se deveu ao seguinte: as empresas que, segundo a nossa concepção, exercem o poder de direção e por isso devem ser consideradas as empregadoras não se reconhecem como tal; a cadeia produtiva das duas empresas foi objeto de ação da inspeção do trabalho, o que gerou a elaboração de relatórios de fiscalização, que serão objeto de análise e as empresas líderes interpuseram ação de anulação dos autos de infração lavrados pela inspeção do trabalho.

⁴² “Como trabalhadores empregados em relações que tinham sido tradicionalmente pensadas como merecedoras de proteção integral não têm mais direito a direitos empregatícios básicos, aparecem linhas divisórias não apenas entre diferentes categorias, mas também no interior do grupo central.” (Tradução do autor).

Em ambas as ações judiciais interpostas pelas empresas líderes já houve decisão em primeira instância, o que nos permite analisar, juntamente com os relatórios de inspeção, os argumentos utilizados nas decisões acerca da discussão da relação de emprego formada entre a grande empresa de moda e aqueles que ela não reconhece como seus empregados.

As ações fiscais que serão objeto de análise neste item foram realizadas por equipes de Auditores-Fiscais do Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em São Paulo, que se fizeram acompanhar por membros do Comitê de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo. Trata-se de ações desenvolvidas dentro do Programa de Erradicação do Trabalho Escravo Urbano daquela Superintendência, decorrentes do Pacto Contra a Precarização e pelo Emprego e Trabalho Decentes em São Paulo.

Em linhas gerais, nos dois casos as grandes empresas líderes contratam todas as peças que serão por si comercializadas de algumas fornecedoras de peças de roupa que, por sua vez, contratam a produção dessas peças de diversas oficinas de confecção. Os trabalhadores encontrados em condições análogas às de escravo nos dois casos foram os das oficinas de confecção, estabelecimentos onde efetivamente as peças de roupa são produzidas. Além disso, a imensa maioria dos trabalhadores das oficinas é formada por estrangeiros, grande parte em situação irregular de imigração, o que os coloca em uma condição de vulnerabilidade que torna difícil sua reclamação acerca das péssimas condições a que são submetidos.

A principal controvérsia entre as conclusões das equipes de fiscalização e as empresas líderes é que estas últimas entendem que existem dois contratos de fornecimento de peças de roupa, um entre elas e as empresas intermediárias e outro entre estas últimas e as oficinas que produzem as roupas. Por isso, as empresas líderes não reconhecem o vínculo de emprego entre si e os trabalhadores das oficinas, nem a responsabilidade sobre as péssimas condições de trabalho em que foram encontrados os trabalhadores.

Para as equipes de fiscalização, há total ingerência da empresa líder no processo produtivo das oficinas, exercida essa ingerência por meio das empresas intermediárias, que cumprem o papel de prepostas das empresas líderes. Por isso, os contratos de fornecimento de roupa devem ser considerados inválidos, com base no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho⁴³, e os

⁴³CLT “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

vínculos de emprego devem ser reconhecidos diretamente entre as empresas líderes e os trabalhadores das oficinas.

A controvérsia envolve organizações produtivas pulverizadas e onde o exercício do poder diretivo se manifesta de forma diferida, com a utilização de intermediários. Tais casos se tornam especialmente interessantes para serem discutidos no contexto deste trabalho, onde defendemos uma análise multidimensional e ampla do poder diretivo do empregador.

2.5.1 O caso Zara Brasil

A primeira ação fiscal cujo relatório será aqui analisado se desenvolveu em oficinas de produção e em empresas pretensas fornecedoras de peças para a empresa líder Zara Brasil Ltda., grande empresa de produção e comércio de roupas. Esta ação ocorreu no período de 26 de julho a 12 de agosto de 2011 e nela foram resgatados quinze empregados - sendo nove homens, uma mulher e um menor de dezesseis anos - de condições análogas às de escravo por submissão a condições degradantes de trabalho e a jornadas exaustivas.⁴⁴

Do relatório de fiscalização, se observa que as empresas intermediárias, pretensamente fornecedoras de peças de roupa para a empresa líder, não possuem estrutura, no que diz respeito ao número de trabalhadores formalmente contratados, para produzir o número de peças de roupa que fornecem à empresa líder (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 28). Em verdade, as empresas intermediárias possuem apenas um número reduzido de costureiras, denominadas “piloteiras”, pelo fato de serem responsáveis pela confecção das peças piloto, que servirão de modelo para a produção em grande escala, que ocorre nas oficinas.

A criação dos modelos de roupa a serem produzidos é toda realizada pela Zara, inclusive com análise por parte da Zara Espanha (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 20), já que a empresa tem origem na Cidade de La Coruña, naquele país. Segundo o relatório de fiscalização, “a detentora da marca ZARA faz a homologação dos produtos confeccionados e

⁴⁴ Artigo 149 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a **jornada exaustiva**, quer **sujeitando-o a condições degradantes de trabalho**, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.” (Grifos nossos).

todos os seus acessórios e elementos que foram integrados, somente podendo se utilizar na facção daquilo que foi autorizado pela ZARA;” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 20).

Os gerentes de produtos das empresas intermediárias se reúnem regularmente com os gerentes de produtos da empresa líder para que lhes sejam definidas as especificações das peças a serem produzidas, para que sejam feitas as provas das peças criadas e discutidos detalhes da pré-produção de cada peça da coleção Zara. A aprovação final da peça deve ser feita pela matriz da Zara, situada na Espanha, sem a qual não é dado o comando para o início da produção de qualquer peça (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p.23).

No que diz respeito ao controle do processo produtivo, a conclusão da equipe de fiscalização é que:

Restou claro à Auditoria que são determinados pela empresa ZARA o desenho da peça, as cores, as medidas, o modelo, o material a ser utilizado, a quantidade a ser produzida, o preço de cada peça e o prazo de entrega, sob pena de descredenciamento. A ingerência é total. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 45).

Devido a essa ingerência no processo produtivo, a conclusão da equipe de fiscalização foi que a subordinação dos trabalhadores que produziam as peças de roupa era, na verdade, à empresa líder, que se utilizava dessa organização empresarial em rede para exercer seu poder de direção. Por isso, a empresa intermediária funcionava como uma verdadeira célula de produção da empresa líder (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 107) e seus dirigentes, assim como os donos das oficinas que produziam as peças de roupa, foram entendidos como meros prepostos da real empregadora.

A empresa líder interpôs ação anulatória dos autos de infração gerados pela ação fiscal que aqui se analisa, por não reconhecer o vínculo de emprego entre si e os trabalhadores que produziram suas peças. Na sentença de primeiro grau, analisando-se especificamente a relação entre a empresa líder e uma de suas pretendidas fornecedoras, a Aha Indústria e Comércio de Roupas Ltda., conclui-se que os critérios e especificações de produção eram determinados pela empresa líder⁴⁵, além do que esta tinha conhecimento do fato de sua fornecedora não ter porte

⁴⁵ “Voltando-se à vertente principal, vê-se que a Aha, ao contrário do que assevera a demandante, não tinha porte para servir de grande fornecedora, e disto ela estava perfeitamente ciente, pois, realizando auditorias sistemáticas, sabia do extenso *downsizing* realizado, com o número de costureiras da Aha caindo mais de 80%, ao tempo em que a produção destinada à Zara crescia. A fiscalização verificou, outrossim, que as oficinas onde foram encontrados trabalhadores em condição análoga à de escravidão labutavam exclusivamente na fabricação de produtos da Zara, atendendo a critérios e especificações apresentados pela empresa, recebendo seu escasso salário de repasse oriundo, também exclusivamente, ou quase exclusivamente, da Zara.”

suficiente para produzir o que lhe era determinado, o que só podia fazer por meio de subcontratação da produção.

Assim, na sentença se conclui que não é necessário nem mesmo discutir se a atividade-fim da empresa líder é a produção de roupas.⁴⁶ Isso porque, no caso em tela, reconheceu-se o exercício do poder diretivo da empresa líder por meio das empresas interpostas, o que demonstra a subordinação desses trabalhadores e a formação do vínculo de emprego diretamente com a Zara.⁴⁷

Cabe também ressaltar que as péssimas condições de trabalho em que foram encontrados os trabalhadores, assim como as jornadas exaustivas em que laboravam, estavam diretamente ligadas à baixa remuneração paga por peça produzida. Segundo o relatório de fiscalização:

As oficinas de costura terceirizadas, por sua vez, recebem por peça confeccionada, segundo uma tabela pré-fixada de preços de faixões de produtos, aplicada aos terceirizados, conforme o tempo de sua produção a RODHES⁴⁸ abre ordens de serviço ao terceirizado com o valor de uma encomenda de produção; a confecção de uma calça gera ao oficinista terceirizado entre R\$ 5,50 e R\$ 9,00, ficando principalmente na faixa de R\$ 6,00 a R\$ 7,00; (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 21).

Do preço pago aos oficinistas por cada peça produzida, devem ser pagas as remunerações dos trabalhadores, os custos da oficina – água, energia, moradia e alimentação - e devem ser providenciadas as condições de conforto e segurança no trabalho para a produção. Melhor dizendo, deveriam ser providenciadas as condições de conforto e segurança, pois isto não foi feito. Tanto que as condições de trabalho foram consideradas abaixo da dignidade humana e, por isso, reputadas como análogas às de escravo pela equipe de fiscalização.

⁴⁶“Sabe-se que um dos critérios utilizados no item III da Súmula 331 do Tribunal Superior Tribunal do Trabalho é que a terceirização somente é lícita caso ocorrer em serviços especializados e ligados à atividade-meio do tomador de serviços. Mas ainda que ligado à atividade-meio, se houver pessoalidade e subordinação direta ao tomador, não há que se falar em licitude da terceirização.”

⁴⁷“A Zara Brasil Ltda. é uma das maiores corporações do globo, em seu ramo de negócio, custando crer, reiterar-se, que tivesse controles tão frouxos da conduta de seus fornecedores, mostrando-se muito mais palatável a versão defendida pela fiscalização, de que, na realidade, controlava-os ao ponto de deter a posição de empregadora. Assim, ainda que entendida não ser atividade-fim da companhia a manufatura dos produtos, o que, de resto, é dúbio, em face do depoimento da primeira testemunha, a terceirização é ilegal quando há subordinação direta. E, como sustentou a autora à fl. 30, jamais existiu terceirização de serviços da Zara pela Aha, embora, ao contrário do que disse na sequência, não houve, tampouco, relacionamento comercial para compra e venda de produto acabado. Houve, sim, diga-se uma última vez, inserção do nome da Aha para ocultar o relacionamento direto entre a Zara, como detentora do capital, e dos obreiros, submetidos a condições inaceitáveis de trabalho enquanto laboravam produzindo, com exclusividade, produtos com a marca dessa.”

⁴⁸ Rhodes é outra fornecedora de roupas para a empresa líder e que também foi objeto de inspeção pela equipe de fiscalização.

O baixo preço pago a cada um dos trabalhadores - do pagamento feito por peça aos oficinistas, em média R\$ 2,00 por peça produzida eram pagos aos trabalhadores - exigia dos mesmos, para obterem uma remuneração mínima para garantir sua subsistência, jornadas que ultrapassam os limites legais:

A jornada exaustiva imposta aos trabalhadores bolivianos está diretamente relacionada ao baixo valor pago pela Zara para cada peça costurada. Apenas com muitas horas de trabalho os trabalhadores IMIGRANTES conseguiriam gerar renda suficiente para garantir as despesas com alimentação e moradia providas por cada um oficinistas. (*sic*) Esta jornada, agravada pelo ritmo intenso exigido no trabalho por produção, tornava-se exaustiva. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 96).

O exercício do poder diretivo do empregador se encontra, em algumas relações de produção contemporâneas, bastante diferido. No caso que analisamos aqui, os trabalhadores nem mesmo conheciam os verdadeiros empregadores. Não obstante, os comandos sobre a sua força de trabalho chegavam até eles por meio da organização de uma rede em que os prepostos eram os gerentes de produção das empresas intermediárias e os donos das oficinas.

A precisa definição da coisa a ser produzida – o que ficou demonstrado tanto no relatório de fiscalização quanto na sentença da ação anulatória de autos de infração – aliado ao baixo pagamento por produção, fazem com que fique dispensada a vigilância e as ordens constantes sobre a força de trabalho posto que o trabalhador internaliza o poder diretivo, tornando-se explorador de si mesmo.

2.5.2 O caso Arthur Lundgren Tecidos S.A. – Casas Pernambucanas

A segunda ação fiscal cujo relatório será aqui analisado se desenvolveu em oficinas de produção e em empresas pretensas fornecedoras de peças para a empresa líder Arthur Lundgren Tecidos S.A. – Casas Pernambucanas, grande empresa de produção e comércio de roupas. Esta ação ocorreu no período de 11 de agosto de 2010 a 31 de março de 2011 e nela foram resgatados dezesseis empregados - sendo sete homens e nove mulheres - em condições análogas às de escravo por submissão a condições degradantes de trabalho e jornadas exaustivas.

O processo produtivo é bem parecido com o que descrevemos anteriormente. Segundo o relatório de fiscalização, a gerente de produto da empresa líder declarou que, por meio de viagens ao exterior, são identificadas as tendências de moda, após o que há reuniões da equipe de estilistas da empresa para adaptação ao mercado brasileiro e que:

...após o desenvolvimento completo da coleção, os fornecedores iniciam a produção das peças, de acordo com as orientações das Casas Pernambucanas, e desenvolvem a princípio, duas peças-piloto. Essas peças são encaminhadas para dois setores diferentes, dentro da empresa Casas Pernambucanas: setor de compras e setor de qualidade. Ambos os setores devem fornecer o aval conjuntamente para que as Casas Pernambucanas determinem a fabricação em série da peça. Após a fabricação o lote é então encaminhado para o Centro de Distribuição da empresa, em Barueri, para entrega nas lojas que *vão* comercializá-lo. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011b, p. 37).

Nesse caso, ficou demonstrado também a total ingerência da empresa líder no processo produtivo das oficinas. Essa ingerência era exercida por meio das empresas intermediárias, pretensas fornecedoras de peças de roupa. Além disso, a baixa remuneração paga pela empresa líder por peça produzida, também era a causa tanto das péssimas condições de trabalho às quais os trabalhadores se encontravam submetidos, quanto das jornadas exaustivas que trabalhavam.

A jornada exaustiva imposta aos trabalhadores bolivianos está diretamente relacionada ao baixo valor pago pela Pernambucanas para cada peça costurada. Apenas com muitas horas de trabalho os trabalhadores MIGRANTES conseguiriam gerar renda suficiente para garantir as despesas com alimentação e moradia providas por cada um dos oficinas, (*sic*) (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011b, p. 92).

Por isso, a conclusão da equipe de fiscalização foi no sentido de que as empresas pretensas fornecedoras, eram na verdade células de produção da empresa líder:

Tais pseudo empresas interpostas, chamadas pela autuada de fornecedoras, funcionam, na realidade, como verdadeiras células de produção da empresa PERNAMBUCANAS, todas interligadas em rede por contratos simulando prestação de serviço, mas que, na realidade, encobrem nítida relação de emprego entre todos os obreiros das empresas interpostas e a empresa autuada. o nível de dependência da rede varejista às suas "marcas próprias", é tão elevado que exige forte gestão de fornecedores (definição de peças, Qualidade, preço, logística, etc). (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011b, p. 97).

A empresa líder interpôs ação anulatória dos autos de infração contra si, lavrados na ação fiscal a que foi submetida por não reconhecer o vínculo de emprego com os trabalhadores encontrados em condições degradantes de trabalho e sob jornadas exaustivas. A decisão do juízo de primeiro grau entendeu que existia subordinação daqueles trabalhadores diretamente à empresa líder, pela ingerência no processo produtivo e que, em verdade, houve a utilização de empresa interposta para a obtenção de produtos para si.⁴⁹

⁴⁹“A autora afirma que mesmo não se considerando os vícios formais alegados, não estariam presentes os pressupostos que autorizariam se concluir pela existência de vínculo de emprego com os trabalhadores encontrados na oficina de costura diligenciada, o que implicaria na insubsistência material de todos os autos de infração, fundados em sua existência.

No entanto, o pedido não merece procedência. Segundo a prova destes autos, a autora efetivamente não firmou contrato de trabalho direto com os trabalhadores encontrados na oficina onde eram produzidas peças de vestuário

Vemos, portanto, que nos dois casos aqui analisados, as empresas líderes formalizam os contratos referentes à produção das peças de vestuário que comercializam como se fossem contratos de fornecimento entre si e um segundo nível de empresas pretendidas fornecedoras. Essas, por sua vez, por não terem estrutura produtiva suficiente para cumprir a demanda que lhes é atribuída, contratam com oficinas a produção das peças.

As oficinas, devido à baixa remuneração que recebem pela produção de cada peça, preço este definido desde a empresa líder, mantêm seus empregados sob péssimas condições de trabalho e de remuneração, que, segundo a conclusão das equipes de fiscalização, configuram submissão dos trabalhadores a condições abaixo do mínimo de dignidade que deve ser dispensada ao ser humano.

Os dois pretendidos contratos de fornecimento – um entre empresa líder e intermediária e outro entre esta última e a oficina – pressupõem autonomia das empresas neles envolvidas, a nova autonomia de que tanto se fala ocorrer nos processos produtivos contemporâneos. Autonomia essa que, segundo o que ficou consignado tanto nos relatórios de inspeção quanto nas sentenças judiciais em que os casos foram discutidos, não passava de aparência, pela ingerência da empresa líder durante todo o processo produtivo:

Esta “nova autonomia” é também, frequentemente, uma autonomia *aparente* ou *fictícia*: uma empresa, no quadro da sua atividade produtiva normal, põe a cargo de seus “colaboradores externos” tarefas parciais, que eles executam pessoalmente, sem meios organizativos dignos de nota, em regime de apertada vinculação às determinações da empresa. Um programa contratual extremamente constringente (cujo cumprimento muitas vezes só se compadece com a exclusividade, sem formalmente a impor) substitui o poder de direção da entidade patronal. (RIBEIRO, 2007, p. 375).

Assim, entendemos que nos dois casos analisados, ocorre o exercício do poder diretivo do empregador de forma diferida. Porque as atividades dos trabalhadores das oficinas, ainda que fisicamente distantes, encontravam-se inseridas no contexto do processo produtivo das empresas líderes. Pela necessidade de controle inerente à busca de eficiência e de redução de custos, característica do mercado capitalista competitivo, a empresa líder somente insere alguma atividade em seu processo produtivo se puder controlá-la, o que torna inafastável o reconhecimento da relação de emprego daqueles trabalhadores com quem efetivamente controla sua atividade laboral.

por si encomendadas, mas demonstra que se utilizou de intermediação de empresa interposta para obter a produção de bens próprios, trilhando o caminho inverso da legalidade a que se refere a Súmula 331 do Colendo TST.”

Se o poder diretivo do empregador sofreu diversas modificações em sua forma de manifestação no decorrer da evolução dos processos produtivos, devemos analisar os reflexos dessa modificações sobre a subordinação como pressuposto da relação de emprego, posto, que ela é uma decorrência do poder diretivo do empregador. A isso se destinará o próximo capítulo, com uma análise das concepções clássica e contemporâneas da subordinação.

CAPÍTULO 3 A SUBORDINAÇÃO EM SUAS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E MULTIDIMENSIONAL

3.1 A subordinação como critério de aplicação da legislação trabalhista

A configuração da relação de emprego é obrigatória, independentemente da vontade das partes, desde que estejam presentes os pressupostos que o ordenamento jurídico estabelece para esse tipo de relação. Essa obrigatoriedade decorre da necessária limitação da autonomia da vontade nas relações de trabalho, em razão da diferença de poder ente suas partes, conforme já discutimos no capítulo anterior.

Os pressupostos da relação de emprego são inferidos a partir do texto do *caput* dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, transcritos a seguir:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Daí se verifica que, em uma dada relação, presentes a pessoalidade, a onerosidade, a não-eventualidade e a subordinação, esta deve ser reconhecida como relação de trabalho típica, denominada relação de emprego. Inexistentes um ou mais dos pressupostos da relação de emprego, teremos outro tipo de relação de trabalho. Nesse contexto, a subordinação é o pressuposto da relação de emprego que diferencia o trabalhador autônomo do empregado. Devemos ainda ter em mente que há subordinação quando há controle da força de trabalho por outrem, ou seja, subordinação e poder diretivo do empregador são as duas faces da mesma moeda:

Desse modo, 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. Ambas se completam, de modo que em um processo judicial é recomendável seguir uma diretriz para se concluir se há ou não subordinação, tal como a verificação da quantidade e intensidade de ordens permanentes de serviço a que está sujeito o trabalhador. (PINTO E SILVA, 2004, p. 16).

Dentro do tema do nosso trabalho, discute-se o pressuposto subordinação, que é um dos mais controvertidos como critério de definição da relação de emprego, especialmente com a evolução dos processos produtivos. A subordinação é algo que tem uma conformação subjetiva, posto que não é definido objetivamente pela lei. Nesse sentido, dizer simplesmente que a

subordinação é um dos pressupostos da relação de emprego sem discutir os contornos e critérios para o seu reconhecimento não significa muita coisa:

Por isso, talvez seja a subordinação o elemento mais controvertido, de pouco servindo dizer, a priori, que com esse elemento há contrato de emprego; sem ele há outro tipo de contrato de atividade, disciplinado pelo Direito Civil, pelo Direito Comercial, pelo Direito do Consumidor ou pelo Direito Administrativo.

Nesse contexto, já se pode dizer que a afirmativa frequente de que a subordinação é o pilar de sustentação do contrato de emprego se revela vazia, enquanto não preenchida pelo caso concreto, ao qual o direito dá vida, quando se lhe atribui determinada tipificação legal. (RENAULT, 2011, p. 36).

Defendemos o critério da subordinação como ainda válido para definir o tipo de relação de trabalho que deve ser objeto do Direito do Trabalho. Por meio do contrato de trabalho, aquele que dispõe de sua força de trabalho, mas é destituído dos meios de produção, coloca esta força de trabalho à disposição do controle de outrem. Vemos assim, que a disponibilidade da força de trabalho é um pressuposto fático do trabalho subordinado. A noção da disponibilidade do trabalho se concebeu a partir da impossibilidade legal de termos trabalhadores vinculados a uma propriedade, como na servidão, ou a um proprietário do trabalhador em si, no caso da escravidão.

Atualmente, o trabalho subordinado ainda é uma realidade predominante no seio das organizações produtivas contemporâneas e entendemos que continua sendo um bom critério para definir as relações em que os trabalhadores possuem a marca da hipossuficiência e que, por isso, deve lhes ser dispensada a proteção da legislação trabalhista a fim de tentar equilibrar a relação de poder entre empregador e empregado.

Por meio do contrato de trabalho subordinado, o empregado passa a submeter sua atividade laboral ao controle do empresário. Assim, onde há subordinação, há poder de direção do empresário sobre a força de trabalho:

A subordinação corresponde ao polo 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 sua prestação de serviços. (DELGADO, 2015, p. 311).

Nos modelos de produção escravagistas e servis, anteriores ao surgimento do trabalho livre e do Direito do Trabalho, a vontade do trabalhador não contribuía para a formação do vínculo. O escravo era parte do patrimônio do produtor e o servo, embora não considerado como coisa, era ligado ao meio de produção correspondente, sem que dele pudesse se desprender por sua vontade. Por isso, o vínculo de poder estabelecido nessas relações de trabalho era de estrita

obediência e a coerção era elemento integrante da manutenção do sistema produtivo (DELGADO, 1996, p. 136).

A partir da consolidação do sistema produtivo capitalista, o ato de vinculação e de ruptura de um trabalhador a determinado empregador passa a ser um ato de vontade (DELGADO, 1996, p. 139). O trabalhador se submete, por meio da celebração do contrato de trabalho, ao poder de direção do empregador. Com isso, ele coloca sua força de trabalho à disposição dos comandos que se dirigirão à organização dos meios de produção.

A importância da definição de quais trabalhadores se enquadram na relação de emprego típica decorre do fato de que o acesso à proteção social característica do Direito do Trabalho se dá a partir do reconhecimento desta relação. Atento a este fato, a recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho – Recomendação sobre a Relação de Trabalho - traz em seu primeiro artigo:

1. Os Membros devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho.

Dentro dessa perspectiva, se observa que há necessidade de determinar de maneira eficaz a existência de uma relação de trabalho, diferenciando os trabalhadores assalariados, subordinados, dos trabalhadores independentes, conforme a letra (a) do artigo 4 da mesma recomendação.⁵⁰

Os elementos que formam a empresa são heterogêneos e, para que funcionem de maneira produtiva, necessitam ser organizados. Empregador é aquele que exerce o poder diretivo sobre a atividade laboral, é dizer, aquele que tem o poder de organizar e direcionar os meios de produção, que, em uma concepção ampla, englobam a força de trabalho, para o alcance de seus objetivos produtivos:

Quem imprime sentido integrativo aos meios conducentes da atividade-trabalho é o empregador: o dirigente ou os dirigentes da empresa. Quem torna possível a consecução integrada desses fins são os empregados. Aqueles que ou os que (a máquina, o animal) fornecem a maior porção de energia-trabalho. (VILHENA, 2005, p. 255).

⁵⁰“4. Políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para:

a) prover orientação às partes envolvidas, em particular empregadores e trabalhadores, em estabelecer efetivamente a existência de uma relação de trabalho e na distinção entre empregador e trabalhador autônomo;”

Ocorre que o contexto social não é algo estático. Essa afirmação é verdadeira também para as relações de produção. Com isso, a concepção do que vem a ser subordinação dentro de uma relação de trabalho é algo que deve evoluir juntamente com os processos produtivos:

O critério da subordinação, entretanto, é natural e historicamente elástico. Comporta, assim, fórmulas alternativas em que se contrapõem tanto padrões constituídos por elevada concentração de ordens e controle objetivos (em geral, em atividades não-especializadas ou nos exemplos típicos do início e consolidação do capitalismo, no século XIX) como padrões constituídos por rarefeita presença de ordens e instrumentos de controle (trabalhadores altamente especializados ou intelectuais). (DELGADO, 1996, p. 140).

A aferição do elemento subordinação é especialmente difícil pelo fato de ser um elemento subjetivo e depender do modo pelo qual o contrato é executado, ou seja, o modo pelo qual o serviço é prestado. Atualmente tem ocorrido um recrudescimento dessa dificuldade de aferição devido a dois fatores principais: a diversificação dos modos de produção e a ocorrência cada vez mais frequente de práticas de evasão ao regime laboral (RAMALHO, 2011, p. 282).

O surgimento de novos modelos produtivos torna mais difícil a aferição da subordinação, o que não quer dizer que este elemento tenha deixado de existir, “Na verdade, nestas situações, a subordinação continua a ocorrer e pode mesmo ser especialmente intensa, mas apresenta novos cambiantes que dificultam o seu reconhecimento, e, assim, a qualificação laboral do vínculo.” (RAMALHO, 2011, p. 283).

Adaptar o conceito de subordinação de uma maneira que se incluam diversos tipos de relação de trabalho contemporâneas, em que o poder diretivo se exerça de maneira menos aparente, é necessário para uma correta definição do âmbito pessoal de aplicação da proteção trabalhista, pois o fato de não existirem ordens diretas e constantes não significa dizer que não há controle da força de trabalho e muito menos que não há diferença de poder entre as partes da relação:

Identificar a subordinação nesses novos arranjos do mundo do trabalho é relevante não para se fazer uma apologia da subordinação, mas para deixar claro que ela existe e, assim, para que se faça a necessária incidência das garantias do Direito Social na realidade, pois, afinal, foi essa a ficção jurídica que se criou para identificar a relação de emprego, que, por sua vez, representa a expressão que retrata a exploração do trabalho alheio numa lógica produtiva. (SOUTO MAIOR, 2011, p. 60).

Nessa perspectiva, o fundamento do princípio da proteção não é a subordinação em sua concepção clássica, mas sim a diferença de poder entre as partes da relação. Assim, a adaptação do conceito de subordinação às relações de trabalho contemporâneas é um fator que vai ao

encontro da busca da efetividade do Direito do Trabalho e conseqüentemente, dos direitos fundamentais sociais.

3.2 A noção clássica de subordinação

A noção clássica de subordinação foi a primeira que surgiu na história e é baseada no contexto social do processo produtivo predominante nos primórdios da Revolução Industrial. A produção era realizada de maneira concentrada física e cronologicamente. Por isso, a subordinação clássica se manifesta pela constância e intensidade das ordens diretas do empresário aos trabalhadores. Continua sendo o modo mais comum - mas não mais o único - de manifestação da subordinação nas relações de trabalho contemporâneas:

Clássica é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. E a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias. (DELGADO, 2010, p. 28).

A noção de subordinação clássica é eficiente para definir a relação de emprego típica nos sistemas fordista e taylorista mas, a partir do toyotismo, com a pulverização da produção, a existência de controle sobre o tempo de trabalho e as ordens diretas e constantes diminuiu:

O critério da subordinação é facilmente caracterizado numa empresa taylorista; porém, no pós-fordismo, esse critério não tem reflexividade na realidade concreta e cotidiana do trabalho assalariado, eis que não contempla as diversas modalidades de organização de trabalho e de prestação de trabalho. Nessa direção, tomamos como hipótese metodológica a emergência do novo modo de produção capitalista com a mudança dos paradigmas produtivos, agora ambientados nas organizações produtivas do tipo pós-fordista, os quais rompem com a noção da imagem do trabalho subordinado do taylorismo, que tinha como eixo central a empresa, a gestão direta da mão de obra e o controle rígido do trabalho. Com isso, as noções de espaço e tempo da produção, que permitiram a formulação de um critério jurídico na ideia de um trabalho subordinado, ficaram fragilizadas. (MACHADO, 2009, p. 18).

É dizer, paralelamente às relações de trabalho centralizadas e verticalizadas, cuja marca é a existência da heterodireção da força de trabalho pelo empregador, manifestada por meio de ordens constantes e diretas, há diversos tipos de relações em que o poder de direção se manifesta de maneira muito menos clara, tanto por meio de utilização de recursos tecnológicos quanto por meio de complexas organizações empresariais em rede. Porém, isso não quer dizer que o poder de direção do empregador não esteja presente nestas relações e nem mesmo que ele seja menos

intenso, posto que continua existindo a necessidade de grande controle da força de trabalho no processo produtivo contemporâneo.

Percebemos que a análise multidimensional da subordinação é de fundamental importância para a correta definição do âmbito de aplicação pessoal da proteção trabalhista e, para isso, entendemos que é bastante útil a teoria da alienação, desenvolvida pela doutrina espanhola, a ser discutida no próximo item.

3.3 A *ajenidad*⁵¹ e a dependência como critérios definidores da relação de emprego no direito espanhol

Como já discutimos neste capítulo, dentro do contexto da discussão acerca do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho, o primeiro critério de definição do tipo de relação de trabalho humano que deveria ser regido por esse ramo do direito foi a subordinação. Subordinação esta que era entendida em sua manifestação clássica, dependente de ordens diretas e constantes, característica do processo produtivo majoritário quando do surgimento do Direito do Trabalho.

A partir do surgimento de processos produtivos mais descentralizados e da constatação do fato que não era suficiente o critério da subordinação clássica para definir o objeto do Direito do Trabalho, surgem diversas discussões acerca de novos critérios que cumpram a finalidade de identificar as relações de trabalho que necessitam da aplicação da proteção trabalhista.

Cumpre-nos lembrar que, como estamos defendendo, só tem sentido discutir o âmbito de aplicação da legislação trabalhista juntamente com a análise da diferença de poder entre as partes da relação de trabalho, pois a necessidade de proteção decorre dessa diferença - que a doutrina brasileira identifica com o termo hipossuficiência do trabalhador - e não da subordinação em si.

É dizer, a subordinação, em sua acepção clássica, não é fundamento da proteção, mas sim um critério de identificação de uma relação marcada pela hipossuficiência, essa sim, fundamento da necessidade de proteção nas relações de trabalho. Assim, surge a ideia da *ajenidad* - alienação -, a fim de adaptar aos processos produtivos contemporâneos a utilização de um critério adequado para a diferenciação entre o trabalho autônomo e o trabalho dependente e assalariado. Essa ideia foi desenvolvida principalmente por Alonso Olea (2013, p. 83).

⁵¹ Traduziremos o termo *ajenidad* como alienação, como faz Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 235), pelo fato dos termos alheação ou alheamento serem muito pouco utilizados na nossa língua.

Em sua redação atual, o artigo primeiro do Real Decreto Legislativo 1/1995, Lei do Estatuto dos Trabalhadores na Espanha, traz o seguinte:

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.⁵²

Além da alienação, o artigo primeiro supratranscrito estabelece como critério de aplicação do Direito do Trabalho o exercício do trabalho dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, o que deixa claro que há necessidade da submissão da atividade laboral ao controle de outrem. Veremos em seguida as diferentes noções que a doutrina espanhola dá à ideia de alienação como critério definidor das relações sujeitas à legislação trabalhista.

3.3.1 A alienação nos meios de produção como pressuposto fático das relações de trabalho assalariado

A relação de trabalho pressupõe a disponibilidade do trabalhador livre no mercado. E a liberdade do trabalhador a que aqui se faz referência tem duplo sentido. O primeiro sentido é o de que o trabalhador dispõe de sua força de trabalho. O trabalhador como pessoa não é uma coisa ou uma mercadoria e assim, não se encontra obrigado por qualquer vínculo de subordinação jurídico-política a emprestar sua força de trabalho a alguém. Esse primeiro sentido da liberdade do trabalhador leva a necessidade de que a entrega de sua força de trabalho a outrem se faça por meio de um acordo livre de vontade entre ambos, o contrato (ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 496).

O segundo sentido da liberdade do trabalhador representa a primeira manifestação de sua alienação, a alienação nos meios de produção. Concebe-se este aspecto da liberdade do trabalhador como um processo histórico por meio do qual as classes trabalhadoras são privadas da propriedade dos meios de produção e, por isso, necessitam colocar sua força de trabalho no mercado em troca de salário, como meio de subsistência. A alienação nos meios de produção, se não pode ser considerada um elemento constitutivo do contrato de trabalho, constitui-se sim em um pressuposto fático necessário para a formação das relações de trabalho subordinadas:

⁵²“Artigo primeiro. *Ámbito de aplicación.*

1. A presente lei será de aplicação aos trabalhadores que voluntariamente prestem seus serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.” (Tradução do autor).

Más aún: es esa primera forma de la alienación, previa al proceso de producción (y, por tanto, a la relación de trabajo como tal), la que explica otras dos manifestaciones de la alienación del trabajador como concepto genérico. Una, que tiene lugar *en el propio proceso de producción* y que define su propia esencia: la alienación en la disposición sobre la fuerza de trabajo desplegada en dicho proceso, lo que parte de la doctrina conoce como dependencia o subordinación. Y la otra se refiere al *resultado del proceso de producción*, esto es al producto, cuya propiedad no pertenecerá en ningún momento al productor directo sino al capitalista.⁵³(ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 497).

Ou seja, o fato do trabalhador não ser proprietário dos meios de produção não deve ser entendido como uma forma de manifestação da alienação e da subordinação, mas sim como um pressuposto fático da necessidade do trabalhador contratar a venda de sua força de trabalho. É dizer, porque não possui os meios de produção, o trabalhador necessita trabalhar por conta alheia, e isso se dá com a assunção do controle sobre sua atividade laboral pelo empresário.

3.3.2 A alienação nos frutos e na utilidade patrimonial do trabalho

Uma das acepções da alienação como critério de definição do âmbito de aplicação da legislação trabalhista é a alienação nos frutos. Consiste a alienação nos frutos no fato de que os frutos do trabalho se atribuem, originalmente, a pessoa diversa de quem os produziu.

Partindo da premissa que o processo de trabalho é um processo entre coisas – entendendo-se “coisa” aqui de maneira ampla, de modo que também se inclui nessa acepção a força de trabalho - que o empresário comprou, lhe é conferido o poder de controlar o processo. Infere-se daí que o produto desse processo também lhe pertence. Esse aspecto da alienação é identificado por meio do termo alienação nos frutos.

Para essa análise, não importa que, após sua produção, parte dos frutos do trabalho passe a ser atribuído ao trabalhador por meio, por exemplo, de um contrato de compra e venda ou se parte da obrigação do empregador em pagar os salários seja cumprida em salário utilidade, com alguns dos frutos produzidos pelo trabalhador. O que importa é que a atribuição originária dos frutos, no momento mesmo da produção, pertence a pessoa diversa do trabalhador (ALONSO OLEA, 2013, p. 83).

⁵³ “Mais ainda: é essa primeira forma da alienação, prévia ao processo de produção (e, portanto, à relação de trabalho como tal), a que explica outras duas manifestações da alienação do trabalhador como conceito genérico. Uma, que tem lugar *no próprio processo de produção* e que define sua própria essência: a alienação na disposição sobre a força de trabalho implantada em tal processo, o que parte da doutrina conhece como dependência ou subordinación. E a outra se refere ao *resultado do processo de produção*, isto é ao produto, cuja propriedade não pertencerá em nenhum momento ao produtor direito, senão ao capitalista.” (Tradução do autor).

A teoria da alienação nos frutos sofreu algumas críticas pela restrição do termo fruto, que dá a ideia de que apenas bens resultados do trabalho podem ser objeto das relações de trabalho. Por isso, Montoya Melgar desenvolveu a teoria da alienação na utilidade patrimonial, cujo mérito em relação à teoria da alienação nos frutos é o reconhecimento que o objetivo de quem compra a força de trabalho pode ser não só bens, mas também serviços que são disponibilizados pelo empresário no mercado consumidor, para que se possa auferir lucros por meio de sua utilidade patrimonial:

A nuestro juicio, el trabajo objeto del Derecho del Trabajo es «por cuenta ajena» en el sentido de que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario. Los bienes o servicios producidos por el trabajador no le reportan a éste un beneficio económico directo, sino que tal beneficio corresponde al empresario, que a su vez compensa al trabajador con una parte de esa utilidad (el salario).⁵⁴(MONTROYA MELGAR, 2013, p. 40).

Cumprе salientar que o próprio Alonso Olea aceitou a crítica de que o termo “frutos” de sua teoria é restrito e posteriormente esclareceu que esse termo deve ser entendido de maneira ampla, de forma que alcança todos os resultados do trabalho produtivo humano:

La tercera indicación sería que la expresión «fruto» debe ser entendida en el amplio sentido de abarcar toda resultante del trabajo productivo del ser humano, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otras personas, consista en un bien o consista en un servicio; de ahí que pueda afirmarse que la ajenidad refiere a «la utilidad patrimonial del trabajo».⁵⁵(ALONSO OLEA, 2013, p. 84).

Assim, pelo fato de que o termo “utilidade patrimonial” é mais amplo do que o termo “frutos” e mais adequado para representar a ideia de que a alienação consiste em que aquele que controla a força de trabalho auferе a utilidade patrimonial proveniente da atividade laboral, a denominação da manifestação da alienação que se dá pelo fato de que o produto do trabalho originalmente não pertence ao trabalhador é denominada pelo termo alienação na utilidade patrimonial.

⁵⁴ “A nosso juízo, o trabalho objeto do Direito do Trabalho é «por conta alheia» no sentido de que a utilidade patrimonial do trabalho se atribui a pessoa distinta do próprio trabalhador, a saber, o empresário. Os bens ou serviços produzidos pelo trabalhador não proporciona a este um benefício econômico direto, se não que tal benefício pertence ao empresário, que por sua vez compensa o trabalhador com uma parte dessa utilidade (o salário).” (Tradução do autor).

⁵⁵ “A terceira indicação seria que a expressão «fruto» deve ser entendida no amplo sentido de abarcar tudo resultante do trabalho produtivo do ser humano, intelectual ou manual, tenha valor por si mesmo ou o tenha associado ao resultado do trabalho de outras pessoas, consista em um bem ou consista em um serviço; daí que se pode afirmar que a alienação se refere a «a utilidade patrimonial do trabalho».” (Tradução do autor).

3.3.3 A alienação no mercado

A característica do sistema de produção capitalista que o individualiza também cria o pressuposto básico para o surgimento das relações de trabalho por conta alheia. No sistema capitalista aparece pela primeira vez a figura da produção para o mercado, sendo este um mercado anônimo e cada vez mais amplo.

A interposição do empresário capitalista entre o mercado e os produtores diretos de bens – os trabalhadores – se constitui na alienação no mercado. É dizer, é característica do sistema capitalista que os trabalhadores não têm acesso direto aos consumidores de bens, e que há, na maioria das relações de produção contemporânea, um intermediário entre estes e aqueles (ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 499).

Assim, a alienação no mercado consiste em que “entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realizar un beneficio.”⁵⁶(ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 500).

Entendemos, com Alarcón Caracuel (1986, p. 536), que a teoria da alienação no mercado é o melhor critério para analisar se determinado trabalho é por conta alheia – subordinado – ou por conta própria –autônomo -. Isso porque, no contexto contemporâneo, os processos produtivos se encontram por vezes bastante descentralizados, umas vezes por necessidade de flexibilização da produção e outras até mesmo como uma maneira de fraudar o reconhecimento da relação de emprego para reduzir os custos de produção.

Assim, a melhor maneira de reconhecer o trabalho por conta alheia é a análise sobre a existência ou não de um intermediário entre o trabalhador e o consumidor, pois quem se interpõe entre o trabalhador e o consumidor somente o faz se efetivamente, não importa que meios use, tenha a possibilidade de controlar a força de trabalho para atingir seus objetivos de produção e consequentemente de lucro. E é precisamente essa possibilidade de controlar a força de trabalho que, ao fim e ao cabo, caracteriza as relações de trabalho subordinadas.

Por meio do contrato de trabalho, o empresário “compra” a força de trabalho e, consequentemente “compra” o poder de controlar essa força de trabalho, a fim de direcioná-la

⁵⁶ “entre o trabalhador direto e o consumidor se interponha juridicamente um estranho, que cobrará o preço desse bem ou desse serviço, que haverá pagado ao trabalhador um salário e que procura realizar um benefício.” (Tradução do autor).

para os seus objetivos produtivos. Conforme argumentamos no capítulo 2 desta dissertação, a descentralização e a flexibilidade da produção não implicam uma maior autonomia do trabalhador. Os processos produtivos modernos encontram-se bastante descentralizados e flexíveis, mas o comando sobre a flexibilidade não se encontra com o trabalhador, e sim com o empresário. Por isso, paradoxalmente, os processos produtivos são cada vez mais controlados.

O controle do empresário sobre a força de trabalho é exercido pelas mais diversas maneiras, dependendo do trabalho a que se refere. Às vezes podem ser utilizados meios eletrônicos e sistemas de computador para controlar determinados trabalhos intelectuais, outras vezes, o controle se exerce por meio de uma combinação entre controle de qualidade do produto e pagamento por produção e já em outras, se utilizam complexas organizações empresariais em rede para exercer o controle sobre a força de trabalho.

3.3.4 A crítica à teoria da alienação - a dependência como critério definidor do âmbito de aplicação da legislação trabalhista

Ojeda Avilés (2007, p. 18) entende que a alienação, em qualquer de suas manifestações, é um critério falho para definir se um trabalho é exercido de maneira subordinada ou autônoma. Essa crítica é fundada no fato de que existem diversos tipos de contrato que são considerados mercantis e civis e onde o trabalhador, que se reputa autônomo, trabalha para um só empregador, em uma situação de dependência econômica, cujo exemplo clássico é o trabalhador autônomo economicamente dependente da Lei 20/2007 espanhola, do qual trataremos no próximo capítulo.

A necessidade da dependência para a definição do âmbito de aplicação da legislação trabalhista se infere do fato do artigo 1.1 do Real Decreto Legislativo 1/1995, Lei do Estatuto dos Trabalhadores estabelecer que os serviços dos trabalhadores devem ser prestados “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”⁵⁷

Portanto, a dependência – por outros denominada por alienação na disposição da força de trabalho (ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 536) - é entendida como o fato do trabalhador colocar sua força de trabalho à disposição do empresário que, por sua vez, adquire o poder de controle sobre ela. Para os que defendem a teoria da alienação, esse controle sobre a força de trabalho também é necessário para o reconhecimento da relação de trabalho assalariado, porém,

⁵⁷ “dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.” (Tradução do autor).

se entende que a existência da alienação em um contrato de trabalho implica necessariamente o controle sobre a força de trabalho, posto que só interessa ao empresário contratar a alienação da força de trabalho se adquirir o poder de controlá-la em direção a seus objetivos produtivos.

Por outro lado, os que defendem a dependência como critério mais adequado para a definição do âmbito de aplicação da legislação trabalhista entendem que o importante é investigar a existência de indícios do controle propriamente dito da força de trabalho. Nessa perspectiva, os critérios que têm sido utilizados para definir a dependência dos trabalhadores são os seguintes:

En los diversos países la jurisprudencia ha perfilado una panoplia de *indicios* con los cuales distinguir la posición subordinada en un contrato y, por ende, aplicar la legislación laboral. En España pueden contabilizarse siete: trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa, prestar servicio en un centro de trabajo de la misma, sujetarse a un horario y a una jornada determinados pela contraparte, no detentar poderes inherentes a la titularidad de ella, recibir órdenes del empresario, percibir una retribución fija y periódica, y estar afiliado como dependiente en la seguridad social.⁵⁸(OJEDA AVILÉS, 2007, p. 20).

Vemos que a concepção de dependência aqui trazida é bem restrita e se encontra muito próxima, ou idêntica mesmo, à concepção clássica de subordinação, restrita às relações de trabalho que ocorriam quando dos princípios da revolução industrial. Naquele contexto social, tinha todo o sentido entender que o trabalho subordinado era somente o exercido sob ordens constantes e diretas do empresário, em um centro de trabalho deste e dentro de uma jornada de trabalho definida e controlada.

Ocorre que as relações de trabalho evoluíram para a descentralização produtiva. Descentralização essa que, repitamos, não implica falta de controle do empregador. Além disso, para nós, essas relações de trabalho descentralizadas, porém controladas, são marcadas, assim como as relações de trabalho em que existe a subordinação clássica, pela grande diferença de poder entre as partes. Dessa maneira, qualquer critério restrito que as coloque fora do âmbito de aplicação da legislação trabalhista é, em nossa concepção, contrário à efetividade do direitos fundamentais dos trabalhadores.

A crítica de Ojeda Avilés à alienação como critério definidor do âmbito de aplicação da legislação trabalhista nos parece ser consequência de uma concepção restrita da subordinação.

⁵⁸ “Nos diversos países a jurisprudência tem estabelecido uma panóplia de *indicios* com os quais distinguir a posição subordinada em um contrato e, portanto, aplicar a legislação laboral. Na Espanha podem contabilizar-se sete: trabalhar exclusiva ou preferentemente para uma mesma empresa, prestar serviço em um centro de trabalho da mesma, sujeitar-se a um horário e a uma jornada determinadas pela contraparte, não dispor de poderes inerentes à titularidade dela, receber ordens do empresário, receber uma retribuição fixa e periódica, e estar filiado como dependente na seguridade social.” (Tradução do autor).

Os exemplos por ele dados para refutar a alienação - as subcontratações, as empresas unipessoais cuja atividade do trabalhador é controlada por outrem e a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente – mostram isso. Em todos esses casos, sendo adotada a teoria da alienação de maneira ampla, teríamos hipóteses consideradas como trabalho subordinado e, assim, a teoria continua sendo válida como critério identificador do trabalho que, se por vicissitudes da aplicação da lei trabalhista não o é, deveria ser considerado subordinado.

3.3.5 As teorias acerca da alienação e suas diferentes manifestações

Cumpre-nos salientar que as diferentes teorias acerca da alienação se referem a manifestações diferentes desse fenômeno social, que é uno. É dizer, as acepções da alienação consistem apenas em diferentes formas de analisar sua existência e não em diferentes fenômenos sociais:

Anteriormente, trazamos un esquema de las diversas manifestaciones de la ajenidad organizado en dos series de tres. En la primera aparecía la «ajenidad en la titularidad de los medios de producción», como presupuesto fáctico del que derivarían dos consecuencias jurídicas: la «ajenidad en los frutos» y la «ajenidad en la disposición de la fuerza de trabajo», esto es, la dependencia, claramente interrelacionados. La segunda serie estaba encabezada por otro presupuesto fáctico, la «ajenidad en el mercado», del que derivarían a su vez otras dos consecuencias jurídicas: la «ajenidad en la utilidad patrimonial» y la «ajenidad en el riesgo», también íntimamente relacionadas entre sí. A su vez, es obvio que las dos series forman parte de un fenómeno unitario: la ajenidad.⁵⁹(ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 536).

Entendemos importante fazer considerações sobre duas dessas manifestações da alienação. Primeiro, acerca da alienação nos meios de produção, ela nos parece muito mais um pressuposto fático da formação das relações sociais de trabalho subordinado do que uma manifestação da alienação em si. Ou seja, como já discutimos, o fato de não ser possuidor de meios de produção de maneira geral faz com que o trabalhador tenha como única opção para sua subsistência a colocação de sua força de trabalho à disposição de quem detém meios de produção.

Por isso, entendemos que a alienação nos meios de produção não deve consistir em um critério decisivo e seguro para a análise da condição de subordinada de uma relação de trabalho.

⁵⁹ “Anteriormente, traçamos um esquema das diversas manifestações da alienação organizado em duas séries de três. Na primeira aparecia a «alienação na titularidade dos meios de produção» como pressuposto fático do que derivariam duas consequências jurídicas: a «alienação nos frutos» e a «alienação na disposição da força de trabalho», isto é, a dependência, claramente inter-relacionados. A segunda série estava encabeçada por outro pressuposto fático, a «alienação no mercado», do que derivariam por sua vez outras duas consequências jurídicas: a «alienação na utilidade patrimonial» e a «alienação no risco», também intimamente relacionadas entre si. Por sua vez, é óbvio que as duas séries formam parte de um fenômeno unitário: a alienação.” (Tradução do autor).

Essa advertência tem ainda mais razão de ser quando se leva em conta a fácil simulação da propriedade de alguns meios de produção, especialmente os mais baratos, como ferramentas e máquinas mais simples, que pode ser utilizado como uma forma de se esquivar indevidamente dos custos sociais da relação de trabalho subordinada.

A segunda consideração se dirige à concepção da alienação nos riscos, que traz a noção de que os riscos do empreendimento são do proprietário dos meios de produção, e não do trabalhador. Ocorre que a assunção dos riscos pelo empregador não deve ser vista como um requisito para o reconhecimento da alienação caracterizadora da subordinação, mas sim como uma decorrência legal e até mesmo lógica da alienação, entendida em qualquer de suas manifestações, por ser efeito do trabalho realizado por conta alheia:

En definitiva, la «ajenidad en el riesgo» así concebida, no es sino la otra cara de la «ajenidad en la utilidad patrimonial», como he dicho hace un momento. Una y otra son, a su vez, implicaciones conceptualmente inescindibles de la «ajenidad en los frutos»: si éstos pertenecen al empresario, lógico es que a éste corresponda la utilidad que pueda reportar su venta en el mercado y el riesgo económico, en caso contrario. Pero todas ellas son, a su vez, consecuencia inevitable de dos ajenidades previas: la ajenidad en la titularidad de los medios de producción y la ajenidad en el mercado.⁶⁰(ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 505).

Nesse contexto, a utilização da alienação nos riscos como critério decisivo é ainda mais problemática do que o é a utilização da alienação nos meios de produção. Primeiro porque sua simulação é ainda mais fácil, bastando que se crie uma cláusula contratual no sentido de que os riscos do insucesso do empreendimento serão suportados pelo trabalhador. Segundo porque a assunção dos riscos pelo empresário é um dos mais importantes efeitos do contrato de trabalho. Ou seja, caso se entenda a alienação dos riscos como critério decisivo, com a simples inclusão de uma cláusula contratual, o empresário se desincumbiria de uma de suas mais básicas obrigações, ao mesmo tempo em que se livraria de todos os custos sociais decorrentes da relação de trabalho subordinada.

Interessante caso em que se utilizou a teoria da alienação para a análise da existência ou não da relação de emprego foi o de que tratou o recurso número 2353/2013 julgado pela Sala Social do Tribunal Supremo Espanhol, cujo relator foi Manuel Ramon Alarcón Caracuel.

⁶⁰ “Definitivamente, a «alienação no risco» assim concebida, não é se não a outra face da «alienação na utilidade patrimonial», como disse há pouco. Uma e outra são, por sua vez, implicações conceitualmente inseparáveis da «alienação nos frutos»: se estes pertence, ao empresário, é lógico que a este corresponda a utilidade que possa proporcionar sua venda no mercado e o risco econômico, no caso contrário. Mas todas elas são, por sua vez, consequência inevitável das duas alienações prévias: a alienação dos meios de produção e a alienação no mercado.” (Tradução do autor).

O caso se trata de um demandante que, em virtude de um convênio de colaboração entre a Comunidade Autônoma de Madri – CAM - e o Colégio Oficial de Psicólogos de Madri – COPM-, foi selecionado por essa entidade representativa de classe para prestar assistência psicológica profissional a vítimas de crimes em um escritório da Comunidade Autônoma de Madri, o que fez desde 01 de abril de 2004. O psicólogo recebia remuneração fixa por dia de trabalho, atendia os pacientes designados pela CAM, cumpria uma jornada de cinco horas de segunda a quarta, trabalhava sob as ordens de um coordenador designado pelo COPM e foi formalmente contratado por meio de um contrato civil de arrendamento de serviços.

Devido ao encerramento do convênio de colaboração que deu origem a sua prestação de trabalho, o demandante foi informado que seu contrato se encerraria em 31 de julho de 2007, tendo, por isso, pleiteado judicialmente o reconhecimento de seu vínculo como de trabalho subordinado e, conseqüentemente, de sua despedida como im procedente e que lhe fosse determinada a reintegração ao trabalho ou o pagamento da indenização correspondente.

De fato, no caso em questão se manifesta a alienação em suas diversas facetas, de modo que na sentença, foi decidido o reconhecimento do vínculo do demandante como de trabalho subordinado com base nos seguintes argumentos:

En efecto, la prestación de servicios del actor se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena. Lo hace el Psicólogo empleando los medios materiales de la empleadora (ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio), bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora -puesto que los servicios eran gratuitos- sino un "mercado político": los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes).⁶¹

⁶¹ “Com efeito, a prestação de serviços do ator se realizava em um indiscutível marco de trabalho por conta alheia. O faz o Psicólogo empregando os meios materiais da empregador (alienação do trabalhador em relação aos meios de produção ou de prestação do serviço), sob as diretrizes da CAM e sob a dependência direta dos funcionários da Oficina Judicial da CAM à qual pertencem (alienação em relação à organização do serviço ou dependência) e sem ter relação jurídica alguma com os destinatários do serviço (alienação no mercado que, neste caso, não é um mercado com ânimo de lucro econômico da entidade empregadora –posto que os serviços eram gratuitos- se não um “mercado político”. Os cidadãos retribuirão com seu voto aos responsáveis políticos da CAM se o serviço for de seu agrado e os penalizarão em caso contrário, mas a uma coisa e à outra são completamente alheios os profissionais que prestam seus serviços e que, se trabalhassem realmente por conta própria, o que fariam seria cobrar o serviço a seus clientes).” (Tradução do autor).

A sentença que aqui comentamos se utiliza da ideia da alienação no mercado a fim de definir quem era o empregador do referido psicólogo. Nesse sentido, o vínculo de emprego foi reconhecido diretamente com a Comunidade Autônoma de Madri, porque se entendeu que ela era quem se colocava à frente dos clientes – aqui, no sentido mais amplo e não técnico, posto que a Comunidade Autônoma de Madri é um órgão público e o serviço a ela prestado também.

Ao Colégio Oficial de Psicólogos de Madri foi reconhecido o papel de colaborador do Comunidade Autônoma de Madri, porque realizava a seleção dos psicólogos e dos coordenadores, além de realizar o controle de atendimentos e de dias trabalhados.

3.4 A subordinação objetiva – a noção multidimensional de subordinação

3.4.1 A dependência técnica – elemento não essencial da relação de emprego

A fim de definir corretamente os limites da subordinação como pressuposto da relação de emprego, é importante estabelecer a distinção entre o que faz parte da essência da subordinação e o que, ao contrário, é circunstancial. Para nós, o importante na análise da existência da subordinação em uma dada relação é a verificação do controle da força de trabalho por parte do empresário. O controle da força de trabalho diz respeito à possibilidade do empresário determinar o direcionamento da atividade laboral do trabalhador no sentido do seus objetivos de produção.

Essa distinção é especialmente importante quando a relação de trabalho em questão refere-se a trabalhadores de alta qualificação. O trabalho dos profissionais altamente qualificados é até mesmo incompatível com a dependência técnica:

No que diz respeito a certas tarefas de grande tecnicidade, requerendo um elevado grau de especialização e qualificação, e designadamente no âmbito de profissões de acesso regulamentado, está, mesmo, afastado que o profissional possa estar sujeito a ordens ou instruções precisas, quanto à forma concreta de as executar. Goza, assim, sempre, em qualquer regime, de *autonomia técnico-executiva*, de independência operacional. Mas tal situação não é incompatível com a subordinação jurídica, pois não pode confundir-se com *autonomia económico-organizativa*, esta, sim, privativa do trabalho autónomo. Basta que o trabalhador não goze desta segunda forma de autonomia para que a subordinação subsista, ficando reduzida a “aspectos externos à própria prestação de trabalho, embora com ela conexos”, às condições organizativas e de carácter administrativo que a enquadram, sem contender com o conteúdo dos actos de prestação. O que, sem dúvida nenhuma, obscurece e torna menos patente a situação de subordinação, gerando frequentes dúvidas de qualificação, como o atesta a abundante jurisprudência nesta área. (RIBEIRO, 2007, p. 357).

Assim, a dependência técnica de um empregado a seu empregador é um fator circunstancial, ou seja, pode ocorrer em uma relação de emprego, mas não faz parte da sua

essência, pois o empresário muitas vezes contrata um empregado justamente para usufruir a utilidade patrimonial do seu conhecimento técnico:

A fragilidade da noção de dependência técnica é flagrante. Ela não corresponde, sequer, a uma correta visualização do processo organizativo da moderna empresa, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos, sem necessidade de seu preciso descortinamento intelectual acerca do objeto controlado. O empregador contrata o saber (e seus agentes) exatamente por não possuir controle individual sobre ele; como organizador dos meios de produção, capta a tecnologia através de empregados especializados que arremonta – subordinando-os, sem ter a pretensão de absorver, individualmente, seus conhecimentos. (DELGADO, 2015, p. 313).

Assim, a dependência técnica muitas vezes ocorre nas relações de trabalho mas não faz parte da sua essência. Portanto, o reconhecimento da alta qualificação técnica de um trabalhador não tem influência no que toca ao reconhecimento da subordinação, posto que este fato não impede que sua atividade laboral esteja inserida dentro da organização produtiva do empresário e nem que sua força de trabalho esteja sendo controlada por este.

3.4.2 A inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa

A partir da constatação de que as ordens constantes e diretas não são mais a única maneira de controlar a força de trabalho, foram desenvolvidas outras maneiras de verificar a existência desse controle e, conseqüentemente, de enxergar o poder de direção do empresário e sua contraface, a subordinação.

Dentro desse contexto, surge a ideia de que a inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa configura a subordinação. Essa noção decorre do fato que a busca constante pela redução dos custos de produção torna o processo produtivo cada vez mais sincronizado, o que aumenta a necessidade da organização de todos os meios de produção, entre os quais se encontra a força de trabalho.

O empregado é subordinado porque produz o quê, quando e onde o empregador o determina. Ocorre que as relações produtivas passaram por grande evolução e o controle sobre a força e trabalho é realizado hoje de diversas maneiras. A interpretação que o direito dá aos fatos deve acompanhar essa evolução. A sujeição à heterodireção patronal constante e direta não é mais a única - e deixa cada vez mais de ser a prevalente - forma pela qual se dirige o trabalho de outrem. Cabe, portanto, a readequação do conceito de subordinação, a fim de concluir pela sua configuração não apenas em sua acepção clássica, mas sempre que houver a direção de alguém

sobre o trabalho de outrem, seja qual for o meio pelo qual se exerce o poder de direção (PORTO, 2009, p. 45).

Um exemplo do reconhecimento de que a inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa configura a subordinação é uma alteração que ocorreu na legislação portuguesa. O Código do Trabalho português de 2003 definia o contrato de trabalho como “aquele em que uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob autoridade e direcção destas.” O elemento definidor do contrato de trabalho em relação ao contrato de prestação de serviços era a subordinação jurídica, contida na última parte do texto legal supratranscrito.

O conteúdo deste elemento diferenciador é o seguinte:

Como é sabido, a partir destas noções, o elemento da subordinação jurídica foi recortado do seguinte modo: há contrato de trabalho quando o trabalhador desenvolve a sua actividade com sujeição aos poderes laborais de autoridade do credor (maxime, o poder directivo e o poder disciplinar); e haverá contrato de prestação de serviço sempre que o prestador desenvolva o seu trabalho com autonomia, limitando-se a entregar ao credor o resultado desse trabalho. (RAMALHO, 2011, p. 279).

Já o Código de Trabalho Português de 2009 trouxe algumas alterações à definição do contrato de trabalho. O artigo 11 do referido diploma legal estabelece que: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

No que diz respeito ao elemento subordinação, as alterações ocorridas foram a referência ao “âmbito de organização” e a supressão da referência à direção do empregador como configurador do contrato de trabalho. A supressão da referência à direção do empregador não traz qualquer mudança substancial, posto que foi mantida a referência à autoridade do empregador e na noção de autoridade se inclui tanto a componente de direção como a componente disciplinar (RAMALHO, 2011, p. 291).

Entende-se ainda que a referência do artigo 11 do Código do Trabalho Português à integração do trabalhador no âmbito da organização do empregador realça o fato do trabalhador subordinado se inserir de uma maneira intensa na organização produtiva do empregador.

Desta integração resulta, em primeiro lugar, a vinculação do trabalhador a deveres que apenas se justificam por esta componente organizacional (assim, deveres de produtividade ou deveres diversos de colaboração com os colegas de trabalho, mas também a sujeição a horários, ao regulamento empresarial, a códigos de conduta ou a deveres disciplinares); (RAMALHO, 2011, p. 294).

E um pouco mais adiante:

E, por isso mesmo, faz sentido considerar esta componente na norma de delimitação do contrato e como um seu elemento essencial, e não, como sucedia no âmbito do Código do Trabalho de 2003, como um dos indícios de subordinação do trabalhador justificativo da presunção de laboralidade (art. 12º do CT de 2003). (RAMALHO, 2011, p. 295).

A Recomendação 198 da Organização Internacional do Trabalho, publicada no ano de 2006, trata de estabelecer critérios de definição da relação de emprego tendo em vista que esse reconhecimento é fundamental para a correta aplicação da proteção da legislação trabalhista. O seu artigo 11 consagra o método indiciário para a definição da relação de trabalho ao recomendar que se admita uma ampla variedade de meios para determinar a sua existência e a presunção dessa existência quando estejam presentes um ou mais indícios.

Os indícios estabelecidos no artigo 13, letras (a) e (b), fazem parte de uma lista aberta, que admite outras hipóteses, o que se pode inferir da expressão “Entre esses indícios, poderiam figurar os seguintes:”, constante da parte final do *caput* do artigo. Destacamos dentre os indícios da existência da relação de emprego o fato do trabalho se realizar segundo as instruções e sob o controle de outra pessoa, a integração do trabalhador na organização da empresa e o fato da remuneração pelo trabalho constituir a única ou principal fonte de remuneração do trabalhador.

É importante salientar que o reconhecimento da inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa como um indício de subordinação decorre da necessidade de organização dos meios, inerente a qualquer empreendimento produtivo, característica cada vez mais presente no processo produtivo contemporâneo. É dizer, se a atividade do trabalhador está integrada à atividade empresarial, o empresário a organiza e dirige por via reflexa, ao organizar a própria atividade empresarial. (PORTO, 2009, p. 46).

Assim, a integração do trabalhador na organização produtiva do empregador é suficiente para que seja reconhecida a subordinação jurídica, ainda que não existam ordens diretas por parte do empregador, sendo bastante que se verifique “um estado de dependência potencial, relacionado afinal com a disponibilidade do trabalhador assumida contratualmente perante o empregador.” (ASSIS, 2005, p. 42).

A integração do trabalhador na estrutura produtiva da empresa implica o acolhimento, pelo trabalhador, do poder de direção do empregador, pois a empresa necessariamente tem que funcionar de maneira coordenada, porque o empregador tem que contar com a previsão dos acontecimentos de seu processo produtivo:

Se há atividade, se há trabalho pessoal para a empresa, cujo círculo de repercussão esteja dentro da normal previsão 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.

O poder diretivo não se detém, em sua qualificação jurídica, portanto, apenas no comando, no controle, na coordenação e na organização dos fatores da produção. Estende-se a todos aqueles atos de previsão que, sobre o trabalho de outrem, impliquem em garantia dos meios de manter-se a regular atividade do processo produtivo ou de troca de bens e serviços. (VILHENA, 2005, p. 259).

As concepções objetivas da subordinação, a serem discutidas no próximo item, têm em comum o reconhecimento de que a inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva da empresa enseja o reconhecimento de que sua atividade laboral é controlada pelo empresário e que, portanto, seu trabalho é subordinado.

3.4.3 As concepções objetivas de subordinação – a subordinação objetiva, estrutural e integrativa

Importante salientar inicialmente que as concepções objetivas de subordinação, que independem de ordens diretas e frequentes sobre a atividade laboral, não prescindem do controle do empregador para a sua configuração. O que ocorre é que em uma análise multidimensional da subordinação, reconhecem-se diversas formas de manifestação do poder de direção do empresário sobre a força de trabalho, seja por meio de meios telemáticos, informáticos, ou mesmo por meio de rígida determinação do bem a ser produzido, combinado com o pagamento por produção o que, como já se argumentou no segundo capítulo deste trabalho, demonstra determinação e controle sobre a força de trabalho.

Assim, as concepções objetivas da subordinação têm em comum o fato de que se fundam na evolução do conceito de subordinação, porque as relações de trabalho mudaram e com elas mudaram as formas pelas quais se controla a força de trabalho. Isso significa que para se adaptar à nova realidade social, os contornos da subordinação devem ser permanentemente revisitados:

Debite-se o fenômeno à própria evolução do Direito do Trabalho (com força expansiva constante) ou à incorporação de quaisquer atividades em seu campo de gravitação (o trabalho intelectual, por exemplo). O fato é que a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social que visam a exprimir e equacionar. (VILHENA, 2005, p. 510).

Por isso, para analisarmos a subordinação no contexto atual, devemos ter uma perspectiva multidimensional do poder diretivo do empregador. É dizer, devemos enxergar o poder diretivo

do empregador ainda que este não se manifeste de maneira tão expressa quanto outrora. Nessa linha, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena nos traz o conceito de subordinação objetiva, ideia segundo a qual a subordinação está presente quando a atividade do trabalhador se insere na dinâmica produtiva do tomador de serviço, independentemente da existência de ordens diretas acerca da atividade do trabalhador.

A subordinação existente na relação de emprego não é pessoal, pois o objeto do contrato de emprego é a atividade laboral e não a pessoa do trabalhador. Assim, o que interessa para o reconhecimento da condição de subordinado do trabalhador é analisar se o empregador detém o controle da atividade laboral, não importando se exerce esse controle por meio de ordens diretas, por meio da padronização dos produtos, por meio de prepostos, por meio de programas de computador ou câmeras de vídeo. Assim, a inserção da atividade do trabalhador no seio do processo produtivo do empregador, configura a subordinação:

A subordinação, elementarmente, parte da atividade, e se concentra na atividade. Seu exercício, porém, implica intercâmbio de condutas, porque essa atividade consoma-se por pessoas que se congregam, que se organizam e que compõem um quadro geral de ordem e de segurança no processo da produção de bens e/ou serviços. (VILHENA, 2005, p. 521).

O fato da atividade laboral do trabalhador estar inserida no processo produtivo da empresa torna necessário que essa atividade seja controlada por quem organiza os meios de produção, pois a empresa contemporânea, em busca de produtividade, cada vez mais necessita de sincronia entre seus meios. Isso faz com que, objetivamente, se revele o poder diretivo do empregador:

Se há a prestação de uma atividade pessoal para a empresa, com a qual o empregador conta, em sua normal previsão, há o exercício de poder diretivo sobre esse trabalhador, pois a sua prestação se integra, necessária e continuamente, na atividade geral da empresa. Com efeito, o empregador conta com a sua continuidade e regularidade para a consecução dos fins empresariais.

Por isso, se afirma que o exercício do poder diretivo se revela de maneira objetiva, quando o empregador conta permanentemente com o trabalho do indivíduo que participa das atividades da empresa. (PORTO, 2009, p. 67).

Utilizando-se da mesma ideia, porém explicitando que o acolhimento do poder diretivo do empregador pelo trabalhador se dá com a inserção deste na estrutura organizativa da empresa, Maurício Godinho Delgado desenvolve a concepção de subordinação estrutural. Segundo essa concepção, a subordinação se manifesta pela inserção do trabalhador e de sua atividade laboral na dinâmica organizacional do tomador de serviços, independentemente de receber ordens diretas deste:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa "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". Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, 2010, p. 28).

Também partindo da concepção objetiva de subordinação, Lorena Vasconcelos Porto desenvolve a ideia de subordinação integrativa. A subordinação integrativa conjuga a ideia da subordinação objetiva com a análise da existência de aspectos da relação de trabalho que denotem a organização própria da atividade por parte do trabalhador, pois esta organização própria caracteriza autonomia e, conseqüentemente, exclui a subordinação:

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 riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade. (PORTO, 2009, p. 253).

Entendemos que a análise da existência de organização empresarial própria por parte do trabalhador e a assunção por parte deste, dos riscos de perdas por seu trabalho, devem ser feitas com bastante cuidado. A uma porque a inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva alheia já o coloca em uma posição em que sua força de trabalho é controlada. Portanto, a autonomia no desenvolvimento de sua atividade é apenas aparente, já que o empresário tem total poder de determinação sobre ela.

A duas porque a assunção dos riscos do empreendimento é uma decorrência lógica da relação de emprego e, por isso, deve ser tomada como uma consequência obrigatória dela e não como um critério para sua determinação, conforme já comentamos quando tratamos da teoria desenvolvida na Espanha acerca da alienação nos riscos.

É importante deixar claro que as noções objetivas de subordinação não excluem, mas sim se acrescem à noção clássica de subordinação, porque existe ainda uma quantidade representativa de relações de emprego em que a subordinação se manifesta por meio de ordens diretas e constantes. É dizer, a subordinação como pressuposto da relação de emprego deve ser considerada configurada tanto se for manifestada de maneira subjetiva quanto objetiva (PORTO, 2009, p. 252).

3.4.4 A concepção multidimensional da subordinação

Com fundamento na ideia de que a subordinação é a contraface do poder diretivo do empregador e no fato de que as relações de trabalho passaram por diversas mudanças desde o surgimento do Direito do Trabalho, defendemos a concepção multidimensional de subordinação. É dizer, onde houver controle da força de trabalho de alguém por outrem, há subordinação e, presentes os outros pressupostos – onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade -, deve ser reconhecida a relação de emprego típica, à qual é dispensada a proteção da legislação trabalhista.

A ideia de análise multidimensional da subordinação se encontra de acordo com o que recomenda a Organização Internacional do Trabalho, no já citado artigo 11 da Recomendação 198, publicada no ano de 2006. Esse dispositivo consagra o método indiciário para a definição da relação de trabalho ao recomendar que se admita uma ampla variedade de meios para determinar a sua existência e a presunção dessa existência quando estejam presentes um ou mais indícios.

Para nós, por meio do contrato de emprego o trabalhador aliena o controle de sua força de trabalho ao empresário e esse controle pode ser exercido de diversas maneiras. O empresário só integra a atividade do trabalhador no seio de sua organização produtiva se puder controlá-la, pois o processo produtivo contemporâneo tem cada vez mais necessidade de sincronia. Assim, a inserção da atividade do trabalhador na atividade empresarial de outrem, configura a subordinação que, na legislação brasileira, se encontra nos termos “dirige a prestação pessoal de serviço.”, do *caput* do artigo 2º e “sob a dependência deste” do *caput* do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.⁶²

⁶² A seguinte jurisprudência traz um exemplo do reconhecimento do poder diretivo do empregador por meio da inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo da empresa, independentemente da frequência das ordens diretas: **RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. TRABALHO INTELECTUAL, QUE SE CARACTERIZA POR SUBORDINAÇÃO SUBJETIVA MENOS INTENSA, PORÉM ENQUADRANDO-SE NO MODERNO E ATUALIZADO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO. Afastamento das noções de parassubordinação e de informalidade.** O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art 170, *caput* VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade. Registre-se que a subordinação enfatizada pela CLT (arts. 2º e 3º) não se circunscreve à dimensão tradicional, subjetiva, com profundas, intensas e irremediáveis ordens do tomador ao obreiro. Pode a subordinação ser do tipo objetivo, em face da realização pelo trabalhador dos objetivos sociais da empresa. Ou pode ser simplesmente do tipo estrutural, harmonizando-se o obreiro à organização,

Por último, entendemos que, embora a legislação brasileira não fale explicitamente no termo “alienação”, a teoria da alienação desenvolvida pela doutrina espanhola é adequada e interessante para a análise da existência da subordinação em uma dada relação de trabalho, como um dos indícios de sua configuração. Especialmente em seu aspecto “alienação no mercado”, que se mostra o melhor critério para definir a existência da alienação em uma relação de trabalho (ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 536).

Entendemos que o fato do empresário se interpor entre o trabalhador e o mercado tem um série de consequências que redundam na inserção da atividade laboral no seio da organização produtiva do empresário, no controle da força de trabalho e portanto, na subordinação. Isso porque o empresário se coloca como intermediário entre o prestador de mão-de-obra e o mercado para obter lucro e essa atividade lucrativa depende de sua possibilidade de organizar os meios de produção em direção aos seus objetivos produtivos. E um dos aspectos da organização dos meios de produção é justamente o controle da força de trabalho.

Assim, defendemos uma concepção multidimensional da subordinação, ou seja, a análise de sua configuração por qualquer das manifestações do poder diretivo do empregador, seja na concepção clássica ou nas concepções objetivas da subordinação, que independem de ordens diretas e constantes do empresário e se manifestam especialmente por meio da inserção da atividade do trabalhador na organização produtiva do empresário e pela interposição do empresário entre o trabalhador e o mercado.

A concepção restrita da subordinação, presa à ideia da subordinação clássica, leva a que se entendam as relações de trabalho em que o poder diretivo do empregador se manifesta de maneiras diversas da heterodireção constante e direta como relações marcadas por mais autonomia e menos subordinação do trabalhador ao empresário. Assim, surgem instituições que têm a finalidade de enquadrar esses trabalhadores em um *tertium genus* de relação de trabalho

dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços. Presente qualquer das dimensões da subordinação (subjetiva, objetiva ou estrutural), considera-se configurado esse elemento fático-jurídico da relação de emprego. No caso concreto, a Reclamante demonstrou o trabalho não eventual (até mesmo diário), oneroso, pessoal e subordinado às Reclamadas, por um período superior a quatro anos e em atividade-fim das empresas. Por outro lado, as Reclamadas não se desincumbiram do encargo de comprovar que a relação jurídica se desenvolveu sob forma diversa daquela estabelecida no art. 3º da CLT, incidindo a presunção (e a prova) de reconhecimento do vínculo empregatício, por serem os fatos modificativos ônus probatório do tomador de serviços (Súmula 212, TST; art. 818, CLT; art. 333, II, CPC). Ressalte-se que circunstancial flexibilidade de horário, em trabalho diário de segunda a sábado, não traduz autonomia e ausência de subordinação, principalmente a subordinação objetiva, além da estrutural. Em face desses dados, deve o vínculo de emprego ser reconhecido. **Recurso de revista conhecido e provido.** (PROCESSO Nº TST-RR-528100-67.2006.5.02.0081; data de publicação: 14/12/2011). Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado.

além da dicotomia autonomia-subordinação. Assim, estudaremos no próximo capítulo o instituto da parassubordinação, a fim de analisar seus contornos e efeitos sobre a efetividade do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO 4 O PROBLEMA DA ZONA GRISE – A PARASSUBORDINAÇÃO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Neste capítulo, discutiremos a parassubordinação, instituto surgido com o objetivo de enquadrar empregados que se encontram na zona grise entre a subordinação e a autonomia, para dispensar a esses trabalhadores alguma proteção trabalhista. Entendemos a parassubordinação como um conceito geral que surge da ideia de que a subordinação é, em muitas das relações de trabalho contemporâneas, esmaecida, de acordo com a premissa que os processos produtivos contemporâneos são flexíveis e pulverizados e que a evolução tecnológica e a necessidade de qualificação fazem com que alguns trabalhadores hoje sejam muito menos subordinados.

Tudo isso, segundo essa concepção, justifica que sejam criadas tipificações de relações de trabalho que partem do estabelecimento de diferentes matizes de subordinação e, conseqüentemente, geram diferentes graus de proteção da legislação trabalhista. Desde já, ressaltamos que existe uma linha de entendimento no sentido de que as mudanças por que passaram a subordinação nas relações de trabalho são muito mais de forma do que de intensidade e que, na verdade, os processos produtivos contemporâneos demandam um controle muito grande da força de trabalho e que isso é excludente da ideia de que os trabalhadores hoje são menos subordinados.

Em primeira análise, a previsão legal do trabalhador parassubordinado é um fator de aumento do âmbito de aplicação da tutela da legislação trabalhista, por dispensar certo grau de proteção trabalhista ao trabalhador que se encontra na zona grise.

No Brasil, apesar de haver a previsão legal da parassubordinação apenas em uma hipótese restrita a uma atividade específica, há alguns doutrinadores que defendem a sua aplicação de maneira ampla (ROBORTELLA, 2012, p. 275), o que nos motivou a pesquisar os efeitos da previsão legal do trabalhador parassubordinado em alguns países em que ela ocorreu, a fim de analisar a conveniência ou não de instituir a tipificação da relação de trabalho parassubordinado na legislação trabalhista brasileira.

Para isso, analisaremos o trabalho parassubordinado em três ordenamentos jurídicos além do brasileiro: o italiano, o espanhol e o português. A breve análise que se fará do instituto da parassubordinação nesses três países tem a finalidade de tomar como paradigma ordenamentos jurídicos de raiz romano-germânica, como o brasileiro, e que têm níveis diferentes de definição dos contornos da parassubordinação.

Na Itália, país onde surgiu a concepção de parassubordinação, não há critérios claros definidos para a configuração do trabalho parassubordinado, pois há em essência apenas a substituição do pressuposto da relação de emprego denominado subordinação pelo pressuposto da relação de trabalho parassubordinada denominado coordenação.

Na Espanha, foi tipificada a relação de trabalho parassubordinada, na figura do *trabajador autónomo económicamente dependiente*⁶³, que, por ter definido alguns contornos com a finalidade de diferenciá-lo tanto do trabalhador autônomo puro quanto do trabalhador subordinado, constitui-se em um bom objeto de estudo comparado.

Em Portugal, não há a tipificação legal do trabalhador parassubordinado, mas, na nova redação do artigo 10 do Código do Trabalho, existe a menção de maneira parca às chamadas situações equiparadas, com também parcos direitos, o que nos permite discutir acerca da qualidade e da amplitude de proteção que é dispensada a esses trabalhadores.

Além disso, analisaremos uma proposta de tipificação múltipla de relações trabalhistas no direito do Reino Unido. Apesar de não tratar especificamente de parassubordinação, entendemos interessante analisar essa proposta, porque parte do mesmo pressuposto de que as relações de trabalho contemporâneas se desenvolvem com uma série de nuances diferentes e que essas nuances dizem respeito a uma intensidade menor de subordinação.

Conforme discutimos nos dois capítulos anteriores, as mudanças pelas quais passou a subordinação foram de forma e não de intensidade. Por isso analisaremos a proposta de tipificação múltipla de relações de trabalho com foco na sua conveniência ou não e na sua relação com a hipossuficiência do trabalhador, posto que para nós, só faz sentido tipificar relações de trabalho com diferentes graus de proteção se ficar demonstrado que a hipossuficiência dos trabalhadores é menor, tendo em vista que a necessidade de proteção não decorre de supostos diferentes graus de subordinação, mas sim da hipossuficiência.

4.1 A parassubordinação no direito italiano

A ideia da parassubordinação surgiu no direito italiano e foi definida pela primeira vez no artigo 2º da Lei 741 de 1959. O citado dispositivo legal estabelecia a necessidade de se assegurar direitos mínimos e inderrogáveis para todos os trabalhadores pertencentes a uma

⁶³ “Trabalhador autônomo economicamente dependente.” (Tradução do autor).

mesma categoria, inclusive para aqueles cujas relações de colaboração se constituíssem em prestações de obra continuada e coordenada (PORTO, 2009, p. 119).

Entenda-se o termo coordenação como aquele que identifica a característica da relação de trabalho em que há certo controle da força de trabalho por parte do tomador de serviços, mas não de maneira intensa a ponto de se configurar a subordinação. É dizer, na zona cinzenta entre autonomia e a subordinação, há a coordenação, marca do trabalho parassubordinado.

A Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973, modificou a disciplina do processo do trabalho prevista no art. 409 e seguintes do Código de Processo Civil. A principal alteração foi a extensão da aplicação das regras referentes ao processo do trabalho às controvérsias decorrentes de relações de colaboração não subordinadas, cuja prestação de serviço fosse continuada e coordenada.⁶⁴

Esta disposição legal estende a aplicação do processo laboral, bem como das soluções de conflitos extrajudiciais, ao trabalhador parassubordinado. Permite, ainda, que o juiz qualifique, como empregado ou não, as prestações laborais situadas na zona gris dos novos labores. Contudo, não oferece a tutela de direitos laborais do trabalhador subordinado. (GONÇALVES DA SILVA 2004, p. 1348).

Essa regra é de natureza processual, tinha o objetivo de aplicar a trabalhadores genuinamente autônomos mas economicamente dependentes a disciplina um pouco mais protetiva do processo do trabalho, mas foi utilizada por parte da doutrina italiana para reconhecer um *tertium genus* de relação de trabalho, situado entre a subordinação e a autonomia, a fim de reduzir custos com a mão de obra:

Insomma la *ratio legis* dell'art. 409 n. 3 c.p.c. era quella di estendere una disciplina di tutela qual è quella del processo del lavoro anche a rapporti di lavoro autonomo genuino e tuttavia meritevoli di tutela perchè economicamente dipendenti dai loro committenti; mentre negli anni '90 autorevoli dottrine valorizzarono il requisito della coordinazione fino ad elevarlo a criterio distintivo di un *tertium genus*, collocandolo tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, con l'obiettivo evidente di sottrarre l'applicazione di

⁶⁴Codice di Procedura Civile

Art. 409 - Controversie individuali di lavoro

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:

3) 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;"

"Código de Processo Civil

Art. 409 – Controvérsias individuais de trabalho

Se observam as disposições do presente capítulo nas controvérsias relativas a:

3) relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de trabalho continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, também de caráter não subordinada." (Tradução do autor).

una parte della disciplina del lavoro subordinato a siffatti rapporti di lavoro, che il più delle volte erano di falso lavoro autonomo.⁶⁵(SANTORO-PASSARELLI, 2013, p. 105).

Mais recentemente, o Decreto Legislativo 276, de 2003, conhecida como Reforma Biagi, estabeleceu o trabalho parassubordinado a projeto por meio de seu artigo 61⁶⁶, que descreve o âmbito de aplicação daquele tipo de trabalho.

O citado artigo faz referência a alguns tipos de atividade cujo trabalho parassubordinado continua a ser regulado pelo artigo 409 § 3º do Código de Processo Civil Italiano. Essas atividades são as de agentes e representantes do comércio, as de venda direta de bens e as de *call center*.

Com isso, o trabalho parassubordinado do direito italiano possui dois contratos típicos: o contrato de colaboração coordenada a projeto (co. co. pro.), estabelecido por meio da Reforma Biagi e destinado de maneira genérica a qualquer atividade laboral; e o estabelecido por meio da

⁶⁵“Em suma, a *ratio legis* do art. 409, n. 3 do c.p.c. era aquela de estender uma disciplina de tutela que é aquela do processo do trabalho também às relações de trabalho autônomo genuíno e todavia merecedora de tutela porque economicamente dependente dos tomadores de serviço; enquanto nos anos 90 a doutrina autorizada valorizava o requisito da coordenação até elevá-lo a um critério distintivo de um *tertium genus*, colocando-o entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, com o objetivo evidente de subtrair a aplicação de uma parte da disciplina do trabalho subordinado às relações de trabalho, que na maioria das vezes eram de falso trabalho autônomo.”(Tradução do autor).

⁶⁶ “Capo I - Lavoro a progetto e lavoro occasionale

Articolo 61. Definizione e campo di applicazione

1. Ferma restando la disciplina degli agenti e rappresentanti di commercio, nonché delle attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso call center 'outbound' per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile, devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore. Il progetto deve essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale e non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente, avuto riguardo al coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa. Il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi e ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.”

“Capítulo I – Trabalho a projeto e trabalho eventual

Art. 61. Definição e campo de aplicação

1. Permanece a disciplina dos agentes e representantes do comércio assim como das atividades de venda direta de bens e de serviços realizados por meio de call center ‘outbound’ para os quais o recurso aos contratos de colaboração a projeto é permitido na base da remuneração definida para a contratação coletiva nacional de referência, as relações de colaboração coordenada e continuada prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação, previstas no artigo 409, número 3), do Código de Processo Civil, devem ser vinculadas a um ou mais projetos específicos determinados do tomador de serviços e gerenciados autonomamente pelo colaborador. O projeto deve ser funcionalmente ligado a um determinado resultado final e não pode consistir em uma mera repetição do objeto social do tomador de serviços, sendo compatibilizada a coordenação com a organização do tomador de serviços e independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral. O projeto não pode comportar o desenvolvimento de funções meramente executivas e repetitivas que possam ser identificadas pelos convenções coletivas estipuladas pelas organizações sindicais comparativamente mais representativas no plano nacional.” (Tradução do autor)

Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973, denominado como de colaboração continuada e coordenada (co.co.co.) e mantido apenas para aquelas restritas hipóteses de atividade laboral.

A diferença entre os dois regimes é que no contrato de colaboração a projeto, o tomador de serviços deve explicitar o projeto ao qual o trabalhador estará vinculado. Mas, podemos identificar um núcleo essencial do trabalho parassubordinado italiano, que é a “colaboração continuada e coordenada sem vínculo de subordinação, ao qual é possível acrescentar o requisito da prevalência da atividade pessoal.” (PORTO, 2009, p. 120).

Assim, podemos dizer que a tipificação das relações de trabalho no direito italiano possui três grandes grupos em relação ao grau de subordinação dos trabalhadores: os trabalhadores autônomos puros, que possuem total autonomia organizativa; os trabalhadores subordinados, cujo grau de subordinação é o suficiente para considerar que eles não têm qualquer autonomia organizativa; e, por último, os trabalhadores parassubordinados, que se encontram na zona cinzenta entre a autonomia e a subordinação e sua atividade laboral é entendida como coordenada.

Entendemos que a instituição da parassubordinação no ordenamento jurídico italiano se constituiu em um grande fator de prejuízo para os trabalhadores daquele país. Isso se deu principalmente por dois motivos:

O primeiro deles consiste no fato de que o trabalho que se define parassubordinado é, do ponto de vista técnico-jurídico, trabalho autônomo e, conseqüentemente, permanece fora do âmbito de aplicação de toda a normativa legal e contratual de tutela do trabalho subordinado, mesmo daquela mais elementar e basilar, como, por exemplo, a proteção contra a dispensa imotivada e a garantia da suficiência da remuneração.

O segundo motivo decisivo é que o tradicional critério distintivo utilizado pela jurisprudência para qualificar uma prestação laborativa como subordinada ou, ao contrário, como parassubordinada - critério constituído pela denominada "heterodireção" - é, atualmente, totalmente obsoleto, historicamente superado e, como veremos, em si mesmo equívoco e incapaz de cumprir uma efetiva função seletiva e de qualificação da relação concreta. (ALLEVA, 2011, p. 96).

É dizer, o fato de considerar os trabalhadores parassubordinados como uma espécie de autônomo leva à aplicação bastante restrita da proteção da legislação trabalhista, pois somente lhes serão dispensados aqueles direitos expressamente para eles previstos. Isso, somado ao fato de que a noção de parassubordinação decorre da – para nós – falsa ideia de que o poder diretivo do empregador só se manifesta por meio da heterodireção intensa e constante, leva a uma insuficiente proteção de um trabalhador que, na realidade, é hipossuficiente e necessita de um sistema com o mesmo grau de proteção do trabalhador subordinado.

Analisando de maneira ampla a manifestação do poder de direção do empregador, conforme defendemos no segundo capítulo deste trabalho, não vemos diferença entre subordinação e coordenação. E principalmente, não vemos diferença entre a hipossuficiência de subordinados e coordenados. Repise-se que a subordinação não é o fundamento da necessidade de proteção, mas sim um critério utilizado para identificar as relações de trabalho marcadas pela grande diferença de poder entre as partes e que, por isso, necessita da intervenção do Estado no sentido de proteger a parte mais fraca da relação.

Em linhas gerais, verifica-se a existência dos pressupostos de uma relação de emprego típica nos contornos da relação de trabalho parassubordinada. A diferença que se observa é a substituição do pressuposto subordinação por algo que se decidiu chamar de coordenação. Em verdade, o reconhecimento da coordenação como um *tertium genus* entre autonomia e subordinação representa uma invasão ao campo da necessária concepção ampla de subordinação, reduzindo o campo de aplicação pessoal da legislação trabalhista:

A mio avviso, pertanto, la coordinazione non può considerarsi un criterio efficiente di identificazione dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata perchè debole e cedevole rispetto alla prorompente invadenza della subordinazione disegnata dall'art. 2094 c.c.⁶⁷(SANTORO-PASSARELLI, 2013, p. 106).

A redução da concepção de subordinação pela instituição da coordenação pode ser verificada na Itália. É possível identificar duas fases da jurisprudência italiana no que diz respeito à amplitude da subordinação. Até a década de 1970 a subordinação era reconhecida de maneira ampla. Nesta fase, a heterodireção patronal intensa e constante não era considerada importante para o reconhecimento da relação de emprego, sendo de maior relevância para esta análise a inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo da empresa (PORTO, 2009, p. 153).

Em uma segunda fase, iniciada na década de 1970, mas com consolidação a partir de 1980, a subordinação passa a ser reconhecida de maneira mais restrita e a declaração das partes quando da formalização da relação de trabalho passa a ter mais relevância. Note-se que essa segunda fase da jurisprudência italiana coincide com o início da fase de crise do Direito do Trabalho e com a instituição da parassubordinação no ordenamento italiano. Para nós, a instituição deste *tertium genus* de relação de trabalho tem importante influência na restrição do âmbito de aplicação da proteção trabalhista:

⁶⁷“A meu ver, portanto, a coordenação não pode considerar-se um critério eficiente de identificação das relações de colaboração continuativa e coordenada porque é fraca e pode ceder no que diz respeito à insistente invasão da subordinação desenhada no art. 2094 do Código Civil.” (Tradução do autor).

Em nossa opinião, uma das causas que explicam a valorização do *nomen iuris* é o fato de que, caso analisada a substância da relação, a maneira como esta se concretiza, não haveria diferença entre a relação de emprego e a parassubordinação, sobretudo se adotada a noção mais ampla de subordinação até então consagrada pela jurisprudência. Por tal razão, os juízes começaram a recorrer à declaração formal das partes para proceder à diferenciação. (PORTO, 2009, p. 155).

Ocorre que a existência de uma modificação no que diz respeito à intensidade do controle do empregador nas relações de trabalho contemporâneas está longe de ser algo pacífico. Defendemos o contrário no segundo capítulo deste trabalho ao argumentar que as novas formas de organização produtiva, com a constante busca da eficiência, demandam um controle sobre a força de trabalho de maneira tão ou mais intensa do que quando do surgimento do Direito do Trabalho e das relações de trabalho subordinadas.

Assim, o argumento de que contemporaneamente há uma proliferação de relações de trabalho menos marcadas pela subordinação é discutível. E a utilização de um trabalho que é extremamente controlado, mas que formalmente é reconhecido pelo empregador como autônomo, tem a finalidade de reduzir os custos com a mão-de-obra, já que a legislação de proteção da relação de trabalho subordinada é muito mais onerosa do que a autônoma. E reconhecer um *tertium genus* que tem alguma proteção trabalhista em um grau menor do que os empregados típicos não é um fator de aumento da efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, mas pode representar justamente a inefetividade destes direitos, se esta proteção for insuficiente em relação ao grau de hipossuficiência destes trabalhadores.

A imprecisão no que diz respeito à diferença entre subordinação e coordenação, pelo fato da qualificação formal da relação de trabalho ficar, na prática, nas mãos do tomador de serviços, e pelo menor custo do trabalhador contratado sob um sistema de proteção mais flexível, leva a uma utilização abusiva da parassubordinação, com o objetivo de fuga da relação de trabalho subordinada:

Definite in tal maniera generica, le collaborazioni coordinate e continuative si prestavano ad una infinita casistica di applicazioni, ad una fruibilità conveniente ed accessibile, se non anche ad utilizzazioni abusive nell'intento, mal celato, di aggirare gli assetti vincolanti del lavoro subordinato.⁶⁸(MAGRINI, 2010, p. 5).

No que diz respeito à necessária vinculação do trabalhador parassubordinado a um projeto específico - exigência trazida pela Reforma Biagi -, ela tinha a finalidade de restringir o âmbito

⁶⁸ “Definidas de tal maneira genérica, as colaborações coordenadas e continuadas se prestavam a uma infinita classificação de aplicações, a uma utilização conveniente e acessível, se não também para usos abusivos na intenção, mal escondida, de burlar os pilares vinculantes do trabalho subordinado.” (Tradução do autor).

de aplicação do trabalho parassubordinado. Porém, esse objetivo não foi alcançado pelo fato da lei não ter determinado de maneira precisa o que significa esse termo “projeto” para os fins de sua aplicação:

Sia perché non ha definito la nozione di progetto e neppure la sanzione per la mancanza del progetto, favorendo una fioritura di interpretazione contrastante, sia perché il progetto, come la coordinazione, depurato da ogni riferimento alla dipendenza economica del collaboratore, non ha contribuito a garantire al lavoratore autonomo ma economicamente dipendente un minimo di tutela che pure il legislatore del 2003 ha previsto per il lavoratore a progetto.⁶⁹(SANTORO-PASSARELLI, 2013, p. 107).

Ou seja, “a noção de projeto é extremamente ampla, vaga e imprecisa, permitindo o enquadramento das mais diversas atividades e modalidades de execução.” (PORTO, 2009, p. 136). Outro aspecto que é suscetível de insegurança jurídica no caso concreto é que há possibilidade do trabalhador parassubordinado ser vinculado a projetos em sequência, o que desvirtua a ideia central do tipo contratual, criado para ser utilizado em uma hipótese de trabalho por tempo determinado.

Por tudo isso, entendemos que a instituição da parassubordinação no direito italiano, devido à imprecisão de seus conceitos e ao fato de estar fundamentada em uma premissa falsa - a de que as relações de trabalho contemporâneas são menos controladas pelo empresário - se tornou uma eficiente via de fuga para as relações de emprego, reduzindo a efetividade do Direito do Trabalho na Itália:

Ciò porta ad escludere, con estrema certezza che il lavoro a progetto possa essere identificato in *tertium genus*: al contrario viene accostato, pericolosamente a parere di chi scrive, ad una subordinazione attenuata sotto il profilo dell'autonomia tecnica del lavoratore. A sostegno della teoria, di tenore quasi provocatorio, alcuni elementi della disciplina specifica: quali la proporzionalità del corrispettivo alla quantità e qualità del lavoro eseguito, la tutela nei casi di malattia, infortunio e gravidanza, la recedibilità dal contratto solo per giusta causa, anche se derogabile pattizientemente, il sostanziale inserimento del prestatore nell'organizzazione produttiva del committente, senza la quale il collaboratore non può esercitare nemmeno la propria autonomia esecutiva.⁷⁰(MAGRINI, 2010, p. 15).

⁶⁹“Seja porque não definiu a noção de projeto e nem tampouco a sanção pela falta do projeto, favorecendo um enorme leque de interpretação contrastante, seja porque o projeto, como a coordenação, depurado de cada referência à dependência econômica do colaborador, não contribuiu para garantir ao trabalhador autônomo mas economicamente dependente um mínimo de tutela que o legislador de 2003 previu também para o trabalhador a projeto.” (Tradução do autor).

⁷⁰“Isso leva a excluir, com extrema certeza, que o trabalho a projeto possa ser identificado como um *tertium genus*: ao contrário vem comparado, perigosamente na concepção de quem escreve, a uma subordinação atenuada sobre o perfil da autonomia técnica do trabalhador. Segundo esta teoria, de teor quase provocativo, alguns elementos da disciplina específica, quais sejam: a proporcionalidade da remuneração à quantidade e qualidade do trabalho executado, a tutela em casos de doença, acidente e gravidez, a rescisão do contrato somente por justa causa, ou pactuada entre as partes, a substancial inserção do trabalhador na organização produtiva do tomador de serviços, sem a qual o colaborador não pode exercer nem mesmo a própria autonomia executiva.” (Tradução do autor).

Partindo da premissa que os trabalhadores parassubordinados definidos no direito italiano são, em essência, iguais aos subordinados, entendemos que o sistema de proteção que a legislação lhes destina deveria ser igual ao daqueles trabalhadores. Melhor dizendo, entendemos não haver justificativa para a criação do *tertium genus* exatamente por não vermos sentido na diferenciação entre subordinação e coordenação, desde que analisemos o exercício do poder diretivo do empregador sob a concepção ampla e multidimensional, conforme defendemos nos capítulos segundo e terceiro desta dissertação.

Na prática, em decorrência da não existência de diferenças claras entre o trabalho subordinado e o parassubordinado e da posição de desvantagem de poder do trabalhador em relação ao empresário, a qualificação formal da relação jurídica será determinada por este último, de acordo com a sua conveniência:

É comum, na prática, que trabalhadores que exercem atividades laborativas totalmente, ou em grande parte, similares, na mesma empresa, sejam qualificados uns como subordinados – gozando assim da plenitude das tutelas legais e contratuais – e outros como colaboradores autônomos (parassubordinados), destituídos de toda e qualquer garantia. E é ainda comum, na prática, que os empregadores busquem qualificar como lhes parece mais conveniente os novos contratados, e que esse abuso não encontre remédio nem mesmo em juízo, exatamente em razão da incerteza do critério distintivo. (ALLEVA, 2011, p. 97).

Quanto à proteção dos trabalhadores parassubordinados, ela é bastante restrita em relação aos trabalhadores subordinados, posto que o entendimento consagrado pela jurisprudência italiana é que os direitos daqueles trabalhadores são apenas os previstos expressamente pela lei e, nas hipóteses para as quais não houver previsão legal, se aplicam aos subordinados as normas previstas para os trabalhadores autônomos:

A disciplina protetiva prevista para o trabalhador parassubordinado é bastante modesta, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquela prevista ao empregado. Ela consiste nas normas acima explicitadas: aplicação do processo do trabalho (art. 409, § 3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, § 3º do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2.113, do CC/42) e do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, § 1º, "c" *bis*, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da aposentadoria e da maternidade e os auxílios familiares (art. 2ª, § 26 e ss., da Lei n. 335, de 1995; art. 1º, § 212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, § 16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, § 12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64, do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes de trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38, de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve. (PORTO, 2009, p. 127).

Assim, o regime de proteção das relações de trabalho parassubordinadas é insuficiente por ser consideravelmente menos amplo do que o das relações de trabalho subordinadas, sendo

que a hipossuficiência dos trabalhadores enquadrados em umas e outras tem a mesma intensidade.

4.2 A parassubordinação no direito espanhol – TRADE – trabalhador autônomo dependente economicamente

4.2.1 O âmbito subjetivo do trabalho parassubordinado na Espanha

A parassubordinação foi introduzida no direito espanhol pela Lei 20/2007 – *Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*⁷¹ - LETA. Esta lei foi criada a fim de regular os aspectos relativos às relações de trabalho autônomas *stricto sensu* e regular a configuração e os direitos dos trabalhadores parassubordinados espanhóis, denominados *trabajadores autónomos económicamente dependientes*.⁷²

A figura do trabalhador autônomo economicamente dependente – TRADE - está prevista no artigo 11.1 da LETA⁷³. Os contornos gerais da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente são a prestação pessoal de serviços por trabalhador autônomo e o fato desse trabalhador depender economicamente de um cliente, porque pelo menos, setenta e cinco por cento de sua remuneração é proveniente de sua relação com este.

A forma de prestação de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes se constitui predominantemente de elementos do trabalho autônomo, mas também por alguns elementos do trabalho subordinado (VIZUETE, 2012, p. 30). Estes trabalhadores estão, portanto, a meio caminho entre a autonomia e a subordinação.

⁷¹ “Lei do Estatuto do Trabalho Autônomo.” (Tradução do autor).

⁷² “Trabalhadores autônomos economicamente dependentes.” (Tradução do autor).

⁷³ 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 aquellos 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 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.”

“Artigo 11. Conceito e âmbito subjetivo

1. Os trabalhadores autônomos, economicamente dependentes aos quais se refere o artigo 1.2.d) da presente Lei são aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominante para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de que dependem economicamente por perceber dele, ao menos 75 por cento de suas retribuições por rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissionais.” (Tradução do autor).

A lei 20/2007 começa, na definição dos requisitos para que um trabalhador seja considerado autônomo economicamente dependente, com uma série de disposições que, por sua obviedade, efetivamente não dizem nada:

Así, la literalidad de la ley exige que se realice «una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa y predominantemente para una persona física o jurídica denominado cliente, del que dependen economicamente (.).». Y sin duda es esta expresión la que incurre en diversas reiteraciones y obviedades, pues ¿cabría dependencia económica sin retribución?, y ¿dependencia económica sin cierta habitualidad en la prestación de servicios?, e incluso, ¿puede un sujeto realizar una colaboración productiva de forma habitual para un cliente del que percibe, al menos, el 75% de sus ingresos sin que se pueda decir que ha realizado su actividad «predominantemente» para ese sujeto? Y desde otro punto de vista, ¿es que existen «actividades profesionales» retribuidas que, de alguna manera, no puedan considerarse también «actividades económicas»?; ⁷⁴(GALIANA MORENO; SELMA PENALVA, 2009, p. 294).

A dependência econômica, necessariamente existente pelo fato de que, ao menos 75% dos rendimentos do TRADE são percebidos de um único cliente, os diferencia dos trabalhadores autônomos *stricto sensu* ao mesmo tempo que os coloca em uma situação de necessidade de proteção similar aos trabalhadores assalariados (VIZUETE, 2012, p. 43). A questão que aqui necessariamente se coloca é se há razão para que a proteção trabalhista do TRADE seja aplicada em um grau inferior à do trabalhador assalariado.

O TRADE é reconhecido como um trabalhador autônomo, mas que tem uma particularidade que é a dependência econômica. Para que seja reconhecida sua condição de trabalhador autônomo, a LETA, em seu artigo 11.2.c estabelece a necessidade do trabalhador ser detentor dos meios materiais necessários para o exercício da atividade. Já o artigo 11.2.e, estabelece como requisito para a configuração da autonomia do TRADE que este receba uma contraprestação econômica em função do resultado da sua atividade e assumam os riscos dela.

Para a configuração da dependência econômica, o artigo 11.2.a da LETA estabelece que o TRADE não pode contratar outros trabalhadores nem subcontratar parte ou toda sua atividade

⁷⁴ “Assim, a literalidade da lei exige que se realice «uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal e direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica denominado cliente, do que dependem economicamente (.).». E sem dúvida é esta expressão a que incorre em diversas reiterações e obviedades, pois caberia dependência econômica sem retribuição? E dependência econômica sem certa habitualidade na prestação de serviços? E inclusive pode um sujeito realizar uma colaboração produtiva de forma habitual para um cliente que percebe ao menos 75% de seus ingressos sem que se possa dizer que tem realizado sua atividade «predominantemente» para esse sujeito? E de outro ponto de vista, é que existem «atividades profissionais» retribuídas que, de alguma maneira, não possam se considerar também «atividades econômicas»?;” (Tradução do autor).

com terceiros. Com essa previsão, acentua-se o caráter pessoal e individual da prestação de serviços do TRADE.

Este requisito, exatamente por acentuar a característica da dependência econômica do TRADE, o aproxima ainda mais do trabalhador subordinado. Certamente, no momento em que o prestador de serviços passa a ter trabalhadores assalariados sob sua subordinação, sua condição se aproxima da de empregador, o afastando da dependência econômica e da subordinação.

Ainda com relação à configuração da dependência econômica do TRADE, a LETA, no seu artigo 11.2.b, traz: “b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada com los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.⁷⁵” Segundo Martín Puebla (2012, p. 63) este dispositivo objetiva marcar uma fronteira entre o TRADE e os trabalhadores subordinados e “La diferencia entre uno y otros no reside, por tanto, en el tipo de actividad objeto del contrato, sino en las condiciones de ejecución de la misma, condiciones que, por hipótesis, no pueden ser las mismas.”⁷⁶

O fato é que, pelo regime estabelecido para os TRADE's, a prestação de serviços destes deve ser necessariamente diferente da dos trabalhadores assalariados. Caso a prestação de serviços do TRADE seja realizada da mesma maneira que a dos trabalhadores assalariados, estaremos diante de uma situação em que claramente há a configuração da subordinação direta e não apenas da dependência econômica e a fronteira entre os TRADE e os assalariados estaria definitivamente excluída (VIZUETE, 2012, p. 59).

A LETA, em seu artigo 11.3, exclui do âmbito subjetivo dos TRADE's os trabalhadores autônomos que sejam titulares de estabelecimentos comerciais ou industriais abertos ao público e os que exerçam sua profissão conjuntamente com outros em regime societário ou sob qualquer outra forma jurídica. O que enseja a exclusão aqui tratada não é a propriedade do estabelecimento ou a sociedade com outros trabalhadores, mas sim o fato do trabalhador ter acesso ao mercado diretamente, o que dificulta a delimitação da dependência econômica do trabalhador frente a um cliente concreto.

Se excluye, pues, en primer lugar a los profesionales que tienen un contacto directo con el mercado, esto es, con una clientela variada, lo que les asegura una independencia

⁷⁵ “b) Não executar sua atividade de maneira idêntica aos trabalhadores que prestem serviços sob qualquer modalidade de contratação laboral por conta do cliente.” (Tradução do autor).

⁷⁶ “A diferença entre um e outros não reside, portanto, no tipo de atividade objeto do contrato, mas sim nas condições de execução da mesma, condições que, por hipótese, não podem ser as mesmas.” (Tradução do autor).

económica y una seguridad en el mercado en el que operan. Se trata de un requisito estrechamente relacionado con el relativo al umbral mínimo de ingresos del cliente principal, aunque conceptualmente son exigencias diversas. En todo caso, el efecto conjunto de ambas es reforzar la idea de debilidad económica en la que se encuentra el profesional autónomo que, aislado del mercado por carecer de local o despacho abierto al público, debe buscar sus clientes por otros cauces, cuando además percibe la mayor parte de sus ingresos de uno solo de ellos.⁷⁷(Martín Puebla, 2012, p. 64).

4.2.2 O grau de subordinação dos TRADE's

Para que o trabalhador seja considerado autônomo, é necessário que ele tenha independência organizativa no desenvolvimento de sua atividade de trabalho. Dizer que o trabalhador desenvolve sua atividade com independência organizativa significa dizer que o poder diretivo do empregador, contraface da subordinação, não está presente na relação de trabalho.

Os autores que defendem a aplicação da parassubordinação entendem que o poder diretivo por vezes se encontra mitigado a ponto de ensejar o surgimento desse novo tipo de contratação de força de trabalho. Ocorre que na relação de trabalho do TRADE, com os elementos que a legislação espanhola utilizou para defini-lo, a dependência econômica o deixa em uma situação de debilidade contratual e de subordinação que o aproxima sobremaneira dos trabalhadores assalariados.

En estas condiciones se difumina en cierta forma la autonomía organizativa y ejecutiva de trabajador, que si bien formalmente es autónomo, en la práctica está muy condicionado por los requisitos técnicos del proceso productivo en el que se inserta la obra o los servicios que se ha comprometido a realizar o prestar. De forma adicional, el aislamiento en el que se encuentra respecto al mercado por la ausencia o insignificancia de otros clientes refuerza la dimensión personal de su trabajo, originando una necesidad de protección similar o próxima a la de los trabajadores por cuenta ajena.⁷⁸(MARTÍN PUEBLA, 2012, p. 28).

⁷⁷ “Se excluí, pois, em primeiro lugar os profissionais que têm um contato direto com o mercado, isto é, com uma clientela variada, o que lhes assegura uma independência econômica e uma segurança no mercado no qual operam. Trata-se de um requisito estreitamente relacionado com o relativo ao limite mínimo de ingressos do cliente principal, ainda que conceitualmente são exigências diversas. Em todo caso, o efeito conjunto de ambas é reforçar a ideia de debilidade econômica na qual se encontra o profissional autônomo que, isolado do mercado por carecer de local ou escritório aberto ao público, deve buscar seus clientes por outros canais, quando além do mais percebe a maior parte e seus ingressos de um só deles.” (Tradução do autor).

⁷⁸ “Nestas condições se esmaece de certa forma a autonomia organizativa e executiva de trabalhador, que se formalmente é autônomo, na prática está muito condicionado pelos requisitos técnicos do processo produtivo no qual se insere a obra ou os serviços que se comprometeu a realizar ou prestar. De forma adicional, o isolamento no qual se encontra em relação ao mercado pela ausência ou insignificância de outros clientes reforça a dimensão pessoal do seu trabalho, originando uma necessidade de proteção similar ou próxima à dos trabalhadores por conta alheia.” (Tradução do autor).

Identifica-se, assim, na nova espécie de relação de trabalho - TRADE - muito mais traços do trabalho subordinado do que do trabalhado autônomo:

Además, la configuración que se hace en la LETA de los TRADE choca con lo que técnicamente se ha entendido como trabajador autónomo, debido a que los trazos perfilados por la norma se acercan y aproximan más a una relación laboral, con especialidades, que a una verdadera relación de tipo civil o mercantil entre cliente y trabajador. (HERNANDEZ NIETO, 2010, p. 181).⁷⁹

O artigo 11.2.d) da Lei 20/2007 espanhola estabelece que uma das condições para o reconhecimento de um trabalhador como autônomo economicamente dependente é necessário que este desenvolva sua atividade com critérios organizativos próprios mas que pode receber de seu cliente indicações técnicas sem que este fato exclua sua condição de autônomo. O problema que deve ser levantado aqui é a definição dos limites entre essas indicações técnicas e a autonomia organizativa do trabalhador:

El problema fundamental que surge aquí es hasta qué punto pueden incidir esas «indicaciones» en el desarrollo de la actividad del TRADE; es decir, ¿estamos ante una dependencia organizativa? ¿Cuál es el límite de las instrucciones que puede dar el cliente para que podamos afirmar que sigue manteniendo su autonomía organizativa? De nuevo surge aquí el dilema de si realmente estamos en presencia de un TRADE o por el contrario es un falso autónomo en función de la amplitud de dichas instrucciones técnicas. Esta diferenciación se agrava aún más como consecuencia de la tendencia extensiva del concepto de dependencia, sobre todo en aquellos supuestos donde existen trabajos de alta especialización, en los que la realización de la actividad es desempeñada con amplios márgenes de discrecionalidad por el trabajador a consecuencia de la dificultad técnica de su ejecución en la que difícilmente podrá intervenir el empresario. En estos casos, la línea es difusa entre ambos trabajos por lo que la frontera divisoria habrá que buscarla en otros parámetros diferentes más que en el que estamos haciendo alusión.⁸⁰(SOLER ARREBOLA, 2013, p. 45).

Já discutimos no terceiro capítulo deste trabalho acerca da diferenciação necessária entre dependência técnica – que para nós é circunstancial, mas não essencial à subordinação – e

⁷⁹“Além disso, a configuração que se faz na LETA dos TRADE choca com o que tecnicamente se tem entendido como trabalhador autônomo, devido a que os traços perfilados pela norma se aproximam mais a uma relação laboral, com especialidades, que a uma verdadeira relação de tipo civil ou mercantil entre cliente e trabalhador.” (Tradução do autor).

⁸⁰“O problema fundamental que surge aqui é até que ponto podem incidir essas «indicações» no desenvolvimento da atividade do TRADE; é dizer, estamos diante de uma dependência organizativa? Qual é o limite das instruções que pode dar o cliente para que possamos afirmar que segue mantendo sua autonomia organizativa? De novo surge aqui o dilema de se realmente estamos na presença de um TRADE ou ao contrário é um falso autônomo em função da amplitude de ditas instruções técnicas. Esta diferenciação se agrava ainda mais como consequência da tendência extensiva do conceito de dependência, sobretudo naquelas hipóteses onde existem trabalhos de alta especialização, nos quais a realização de da atividade é desempenhada com amplas margens de discricionariiedade pelo trabalhador em consequência da dificuldade técnica de sua execução na qual difícilmente pode intervir o empresário. Nestes casos, a linha é difusa entre ambos trabalhos motivo pelo qual a fronteira divisória terá que ser buscada em outros parâmetros diferentes do que estamos fazendo alusão.” (Tradução do autor).

dependência organizativa – essa sim, essencial à subordinação. Ocorre que para nós, em um conceito amplo de dependência jurídica e subordinação, a dependência econômica implica a inserção do trabalhador no âmbito de organização de seu cliente, o que matiza sua independência organizativa.

Para nós, a inserção de um trabalhador na esfera organizativa de outrem e a interposição do empresário entre o trabalhador e o mercado consumidor já configuram a chamada dependência jurídica e, conseqüentemente, tal trabalho deve ser tipificado como subordinado. Sendo esse o critério diferenciador entre subordinados e TRADE's, entendemos que o que ocorre com a previsão da figura do TRADE no direito espanhol veio efetivamente a tornar legal a situação do falso autônomo⁸¹. Nessa linha, a seguinte argumentação acerca da controvertida figura:

... con la creación de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente lo que hace la LETA es abrir la posibilidad de legalizar el fraude, es decir, de convertir al ilegal falso autónomo en una figura jurídicamente respetable en cuanto amparada por la ley. Y como justificación –de algo que es de por sí injustificable- se esgrime que con ese reconocimiento legal los TRADE gozarán al menos de una cierta protección de la que antes, presuntamente, carecían; para colmo, como veremos, la que les brinda la LETA es francamente irrisoria.⁸²(ALARCÓN CARACUEL, 2009, p. 118).

Analisando a existência da subordinação na relação de trabalho dos parassubordinados sob a perspectiva multidimensional do poder diretivo do empregador, verifica-se que não há em essência, diferença entre estes e os trabalhadores subordinados, o que torna injustificável a criação dessa nova figura:

Em realidade, não se trata de criar nova figura. Trata-se, sim, ao fim e ao cabo, de uma deturpação da figura tradicional do empregado. Se o trabalhador supostamente “autônomo” trabalha de forma pessoal e contínua para um tomador específico, sem autonomia ou liberdade, integrado na atividade produtiva do empresário, não se trata, verdadeiramente, de trabalhador autônomo ou “autônomo por conta alheia”, mas, nada mais, nada menos, que um empregado travestido de autônomo. Em verdade, um empregado. (HENRIQUE, 2011, p. 207).

Vemos, portanto que, a necessária adaptação do conceito de subordinação às relações de trabalho contemporâneas pode resultar na configuração das relações de trabalho da zona cinza

⁸¹ Falso autônomo é um trabalhador cuja relação de emprego possui todos os elementos do trabalho por conta alheia, subordinado e, por isso de uma relação de emprego, mas que, a fim de fugir dos custos sociais referentes a esse tipo de relação de trabalho, o empresário a formaliza como se fosse uma relação de trabalho autônoma.

⁸² “... com a criação da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente o que faz a LETA é abrir a possibilidade de legalizar uma fraude, é dizer, de converter o ilegal falso autônomo em uma figura jurídica respeitável enquanto amparada pela lei. E como justificação –de algo que é por si injustificável- se argumenta que com esse reconhecimento legal os TRADE gozarão pelo menos de certa proteção da qual antes, presumidamente, careciam, aliás, como veremos, a que lhes oferece a LETA é francamente irrisória.” (Tradução do autor).

como relações de trabalho subordinadas e conseqüentemente, consideradas como relações de emprego.

4.2.3 A hipossuficiência dos TRADE's

Como já exposto, encontra-se na raiz do surgimento do Direito do Trabalho o princípio da proteção, “O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho.” (RODRIGUES, 2000, p. 85). Por isso, para nós, não faz sentido analisar diferentes graus de subordinação das relações de trabalho sem levar em conta a hipossuficiência e a conseqüente necessidade de proteção dos trabalhadores.

Neste tópico, analisaremos se os TRADE's possuem a característica da hipossuficiência em menor grau do que os trabalhadores subordinados, pois somente isso justificaria uma aplicação àqueles de proteção da legislação trabalhista também em menor grau do que a estes.

A situação de dependência econômica dos TRADE's os coloca em posição de total desigualdade em relação ao seu cliente, o que reduz sobremaneira, quando não elimina, a possibilidade deste trabalhador influir nas condições do seu contrato de prestação de serviços. Em verdade, no mais das vezes, os TRADE's celebram contratos de adesão com seu cliente, em que sua opção é apenas aceitar as condições impostas, ou não celebrar o contrato.

Nessa perspectiva, a dependência econômica torna o trabalhador parassubordinado tão hipossuficiente quanto o subordinado, pois os TRADE's, “por su dependencia económica, poseen una reducida potencialidad de negociar sus condiciones contractuales con la contraparte empresarial.” (PASOS PÉREZ, 2012, p. 70).

A necessidade da proteção da legislação trabalhista decorre da hipossuficiência do trabalhador e não da subordinação em si. A subordinação é um critério criado para configurar a relação de emprego. A previsão legal de um novo tipo de relação de trabalho na qual o trabalhador tem o mesmo grau de hipossuficiência que os empregados, não se mostra condizente com a busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, se a conseqüência é a redução do grau de aplicação da tutela a esta nova espécie de trabalhador.

Nessa mesma linha:

Dessa forma, o que distinguiria o trabalhador subordinado do parassubordinado é apenas a dependência pessoal, pois ambos se encontram na mesma situação de hipossuficiência. Por isso discordamos dessa distinção. O que justifica a aplicação das tutelas trabalhistas, como já notado, não é a sujeição às ordens patronais, mas, sobretudo, a hipossuficiência do trabalhador. Se ambos – subordinados e

parassubordinados – encontram-se nessa situação, o fato de se excluir esses últimos do campo de aplicação das normas trabalhistas é discriminatório. Trata-se de uma distinção sem um motivo razoável, pois a ausência de dependência pessoal não é uma razão válida para excluir a aplicação das tutelas trabalhistas. (PORTO, 2009, p.106).

A situação de instabilidade do parassubordinado, com a aplicação apenas parcial dos direitos normalmente estabelecidos aos empregados, os torna ainda mais subordinados do que aqueles, principalmente quando se leva em conta que a maioria dos aspectos das relações de trabalho parassubordinadas podem ser pactuadas pelas partes, de acordo com sua autonomia da vontade:

Mas as sequelas da parassubordinação avançam para muito além do próprio Direito. Remetido a si mesmo, esse trabalhador a meio caminho perde a consciência de classe; privatiza-se enquanto cidadão; passa a compor o que Gorz chama de *não classe*, desculturado e mais uma vez solto. Além disso, tende a se tornar um trabalhador fluido, dócil, flexível – e, nesse sentido, ainda mais subordinado do que o empregado formal. (VIANA, 2011, p. 29).

Verifica-se, portanto, que, tanto quanto o empregado, o trabalhador parassubordinado necessita de proteção em relação ao tomador de seus serviços, tendo em vista a situação de hipossuficiência em que o mesmo se encontra em relação àquele. Sob essa perspectiva, não se justifica a criação deste *tertium genus* com grau de proteção trabalhista menor do que o dos empregados subordinados.

4.2.4 As fronteiras entre parassubordinados e subordinados

A atenuação dos contornos da subordinação, com o esmaecimento das ordens diretas e o controle de trabalhadores por meios indiretos, conforme já discutido neste capítulo, tornam, segundo os defensores da parassubordinação, cinzentas as fronteiras entre os trabalhadores subordinados e os autônomos e, por isso, se encontram no cerne do surgimento do conceito da parassubordinação. Nesta linha:

A dificuldade de distinguir, na prática, entre subordinado e autônomo, fez surgir o parassubordinado, expressão cunhada na Itália, correspondente a *coordinated free lance worker*, *employee-like person*, *quase self-employed worker* ou trabalhador autônomo economicamente dependente. (ROBORTELLA, 2012, p. 274).

A distinção entre dois aspectos da dependência é uma marca dos TRADE, já que sua configuração depende da existência do aspecto econômico e da inexistência do aspecto jurídico ou organizativo da dependência. A questão que devemos analisar é que, a dependência econômica nos parece gerar a possibilidade de controle da força de trabalho por parte do cliente, o que faria com que a independência organizativa não passasse de uma ficção. De fato,

entendemos que a dependência econômica gera a dependência organizativa e a possibilidade do controle do cliente sobre a força de trabalho, especialmente se levarmos em conta as diferentes formas de manifestação do controle da força de trabalho que analisamos no segundo capítulo deste trabalho.

Acerca da suposta eliminação da zona cinza existente entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, entendemos que o estabelecimento de um *tertium genus* não irá necessariamente cumprir este desiderato, mas, pelo contrário, poderá criar mais duas zonas cinzentas, uma entre o TRADE e o autônomo e outra entre o TRADE e o trabalhador subordinado:

Si difícil es, en no pocos casos, diferenciar entre trabajo asalariado y trabajo autónomo común, no menos lo es distinguir el dependiente económicamente de ambos; si muchas son las zonas grises que existen entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo autónomo, mucho más arduo es trazar las líneas fronterizas entre el trabajo autónomo dependiente económicamente y el trabajo por cuenta propia o el autónomo. Si, entre nosotros, ya ha tomado cuerpo la figura del “falso autónomo” es, sencillamente, porque se han constatado no pocas malas prácticas del trabajo autónomo; existen pues razones para pensar que el trabajo autónomo económicamente dependiente pudiera utilizarse de forma indebida, o dicho de otra manera, no estamos seguros que la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente haya contribuido mucho a evitar fraudes y falsos autónomos. ⁸³(PÉREZ AMORÓS, 2015, p. 11).

Portanto, a eliminação da zona cinzenta do conceito da relação de emprego será obtida por meio da correta definição de seus contornos, adaptando-os à evolução dos processos produtivos, sem se utilizar de conceitos confusos como a dependência econômica e a coordenação.

Alleva (2011, p. 97) defende que não há, em essência, diferença entre os trabalhadores subordinados e os parassubordinados e que, na prática, a qualificação dos trabalhadores como subordinados – com plenitude da tutela trabalhista – ou parassubordinados – com considerável redução da tutela trabalhista – fica à escolha do tomador de serviços. A autonomia da vontade da parte que é flagrantemente mais fraca em uma relação jurídica não passa de fantasia, posto que a

⁸³ “Se é difícil, em não poucos casos, diferenciar entre trabalho assalariado e trabalho autônomo comum, não menos o é distinguir o dependente economicamente de ambos; se muitas são as zonas cinzas que existem entre o trabalho por conta própria e o trabalho autônomo, muito mais árduo é traçar as linhas fronteiriças entre o trabalho autônomo dependente economicamente e o trabalho por conta própria ou o autônomo. Se, entre nós, já tem tomado corpo a figura do “falso autônomo” é, simplesmente, porque se tem constatado não poucas más práticas do trabalho autônomo; existem pois razões para pensar que o trabalho autônomo economicamente dependente poderia se utilizar de forma indevida, ou dito de outra maneira, não estamos seguros que a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente tenha contribuído muito para evitar fraudes e falsos autônomos.” (Tradução do autor).

necessidade faz com que o trabalhador aceite aquilo que lhe for imposto pelo tomador de serviços.

A nova nomenclatura de trabalho – parassubordinado – não passa apenas de nomenclatura, posto que não há diferença entre esses e os subordinados, nem em relação à subordinação nem em relação à hipossuficiência:

Assim, com o argumento de que o emprego vai acabar tenta-se, igualmente, eliminar este antagonismo, fazendo crer que nas relações de trabalho atuais não há exploração do trabalhador, o qual é transformado, formalmente, mas não na essência, em “colaborador”, “empreendedor”, “cooperado” e às vezes ganha nomes mais chiques, extraídos de doutrinas estrangeiras, como “parassubordinado” ou “trabalhador independente”, ao mesmo tempo em que se diz que o trabalhador autônomo também é explorado pelo capital, transformando tudo em uma mesma coisa, e todos, mesmo o trabalhador assalariado, que vende sua força de trabalho, como forma de sobrevivência, para outro que explora economicamente o resultado do seu trabalho, passam a acreditar que a realidade mudou, embora ela continue a mesma, ainda que com roupagem diferente. (SOUTO MAIOR, 2007, p. 27).

As fronteiras entre trabalhadores subordinados e parassubordinados são confusas e artificialmente demarcadas. Por isso, a criação deste novo tipo de trabalhador é contraditória e não condiz com a finalidade do Direito do Trabalho, que é a regulação de uma determinada relação jurídica, com o fim de evitar a super exploração da parte hipossuficiente. O reconhecimento do poder diretivo do empregador por outros meios que não apenas as ordens diretas e o controle rígido de horários, pode perfeitamente incluir os trabalhadores parassubordinados na relação de emprego, com a proteção integral que lhe dispensa a legislação trabalhista.

4.2.5 Os direitos dos TRADE's

O trabalhador autônomo economicamente dependente, previsto legalmente na Espanha, possui um grau de proteção da legislação trabalhista bem menor do que os trabalhadores subordinados. Neste tópico, discorreremos sobre as peculiaridades dos direitos dos TRADE's em relação aos empregados.

O regime jurídico dos TRADE's é o dos trabalhadores autônomos, porque a legislação dos trabalhadores subordinados somente lhe será aplicada quando expressamente estiver previsto em lei, de acordo com o estabelecido no artigo 3.3 da Lei 20/2007, que declara que “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos

aspectos que por precepto legal se disponga expresamente.”⁸⁴ Isso significa dizer que a tipificação legal do trabalho autônomo economicamente dependente não é uma laboralização do trabalho autônomo, ainda mais quando se leva em conta a parca previsão de direitos desses trabalhadores:

Aunque utilice herramientas características de la rama social del derecho, se trata de una pieza legal de derecho civil o mercantil. Este sesgo se verifica de forma muy nítida si se comprueban los muy escasos mínimos de derecho necesario que garantiza, los cuales no alcanzan, desde luego, las condiciones más centrales de su régimen de prestación de servicios. Sólo quedan garantizados, y de forma muy tímida, para los autónomos dependientes. ⁸⁵(CABEZA PEREIRO, 2008, p. 108).

Quando se leva em conta as possíveis vicissitudes que podem ocorrer na vigência do contrato dos TRADE´s, tais como afastamento por doença ou licença-maternidade (artigo 16.1, da Lei 20/2007), vemos que a maioria dos direitos dos TRADE´s se encontram conceitualmente coincidentes, mas não se pode dizer o mesmo no que respeita ao conteúdo desses direitos. As hipóteses neste parágrafo relacionadas, assim como o período de interrupção anual (artigo 14.1, da Lei 20/2007), permitem que o TRADE deixe temporariamente de prestar serviços, mas a lei não define se esse período será remunerado ou não. Isso denota a proteção insuficiente dispensada a este trabalhador, posto, que na maior parte das vezes, ele terá que suportar os ônus de uma suspensão na prestação de serviços com a diminuição de seus ganhos, por mais justificada que esteja a suspensão.

Isso se dá porque a LETA deixou à autonomia da vontade a definição de quem suporta os prejuízos decorrentes das causas de interrupção da prestação de serviços dos TRADE´s. Ressalte-se que a autonomia da vontade em uma relação em que há uma clara desigualdade entre as partes não será exercida em sua plenitude. No caso da relação entre TRADE e cliente, a autonomia da vontade se manifestará sempre em favor deste último, face à dependência econômica do TRADE.

Sobre a autonomia da vontade, temos uma comparação da distinção na forma como ela é tratada no direito civil e no Direito do Trabalho em Melgar (2013, p. 269):

Mientras que el Código Civil eleva a la categoría de contrato arquetípico aquel en que la relación jurídica se configura de acuerdo con los dictados de la autónoma voluntad de las partes (los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente..... según la permisiva fórmula del art. 1255 del Código, solo

⁸⁴ “o trabalho realizado por conta própria não estará submetido à legislação laboral, exceto naqueles aspectos que por precepto legal se disponha expressamente.” (Tradução do autor).

⁸⁵ “Ainda que utilize ferramentas características do ramo social do direito, se trata de um dispositivo legal de direito civil ou mercantil. Esta orientação se verifica de forma muito nítida se se comprovam os muito escassos mínimos de direito necessário que garante, os quais alcançam, desde logo, as condições mais centrais de seu regime de prestação de serviços. Somente ficam garantidos, e de forma muito tímida, para os autônomos dependentes.” (Tradução do autor).

condicionada al genérico cumplimiento de la ley, la moral y el orden público), la relación jurídica de trabajo recibe una vasta ordenación imperativa desde fuera del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes.⁸⁶

Os TRADE's possuem também, direito à regulação coletiva das condições de execução de sua atividade (LETA, artigo 13) por meio dos *acuerdos de interés profesional - AIP*⁸⁷. Reconhece-se um paralelismo entre este direito e o direito à negociação coletiva dos subordinados, porém este paralelismo não significa uma assimilação completa entre os dois tipos de trabalhadores, porque, segundo o item 4 do artigo 13 da LETA⁸⁸, a eficácia dos acordos de interesse profissional se limita às partes firmantes e aos filiados às associações ou sindicatos firmantes que tenham prestado expressamente seu consentimento para isso:

La principal limitación a la aplicabilidad de los AIP, como manifestación del derecho reconocido a los TRADE's en la regulación de sus condiciones de trabajo, reside en la eficacia de la que están investidos. El apartado 4º in fine LETA dispone que aquélla se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los filiados a las asociaciones o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello.⁸⁹(VIZUETE, 2012, p. 169).

O artigo 15 da LETA regula a extinção do contrato entre o TRADE e o cliente principal, que pode se dar em uma das seguintes hipóteses: a) mútuo acordo entre as partes; b) causas validamente consignadas no contrato, salvo se estas constituírem em abuso manifesto de direito; c) morte ou aposentadoria por invalidez incompatível com a atividade profissional; d) por interesse do TRADE, que deve neste caso dar o aviso prévio estipulado ou conforme os usos e costumes; e) vontade do TRADE fundada em um incumprimento contratual grave do cliente; f)

⁸⁶“Enquanto o Código Civil eleva à categoria de contrato arquetípico aquele em que a relação jurídica se configura de acordo com os ditames da autonomia da vontade das partes (os contratantes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que entendam convenientes..... segundo a fórmula permissiva do artigo 1255 do Código, condicionado somente ao genérico cumprimento da lei, da moral e da ordem pública), a relação jurídica de trabalho recebe uma vasta ordenação imperativa que foge ao domínio da autonomia da vontade das partes.” (Tradução do autor).

⁸⁷ “Acordos de interesse profissional.” (Tradução do autor).

⁸⁸“Ley 20/2007

Artículo 13.Acuerdos de interés profesional.

4. Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello.”

“Lei 20/2007

Artigo 13. Acordos de interesse profissional.

4. “Os acordos de interesse profissional se pactarão ao amparo das disposições do Código Civil. A eficácia pessoal de ditos acordos se limitará às partes firmantes e, se for o caso, aos filiados às associações de autónomos ou sindicatos firmantes que tenham prestado expressamente seu consentimento para isso.” (Tradução do autor).

⁸⁹“A principal limitação à aplicabilidade dos AIP, como manifestação do direito reconhecido aos TRADE's na regulação de suas condições de trabalho, reside na eficácia de que estão investidos. O item 4º *in fine* da LETA dispõe que aquela se limitará às partes firmantes e, no caso, aos filiados às associações ou sindicatos firmantes que tenham prestado expressamente seu consentimento para isso.” (Tradução do autor).

por interesse do cliente, que deve dar o aviso prévio estipulado ou conforme os usos e costumes; g) por decisão da trabalhadora autônoma economicamente dependente que se veja obrigada a extinguir a relação contratual por ter sido vítima de violência de gênero e h) qualquer outra causa legalmente estabelecida.

O artigo 15.4 da LETA deixa também à autonomia da vontade a fixação de indenização por resolução do contrato de trabalho quando o credor desta indenização for o trabalhador. Esta é mais uma distinção entre os TRADE's e os trabalhadores subordinados que resulta numa proteção legal insuficiente àqueles primeiros, ainda mais quando se leva em conta a importância do tema extinção do contrato (VIZUETE, 2012, p. 229), que pode comprometer sobremaneira a condição econômica da parte hipossuficiente da relação.

4.2.6 A conveniência da tipificação legal dos trabalhadores parassubordinados

O problema que observamos na instituição de uma tipificação legal de trabalhadores que se encontram no meio do caminho entre os subordinados e os autônomos é que, não havendo diferença de hipossuficiência entre esses dois tipos de trabalhadores, eles necessitam do mesmo grau de proteção. Portanto, a tipificação do trabalhador parassubordinado com um grau de proteção menor é uma medida que vai de encontro à busca da efetividade do Direito do Trabalho e da consequente efetividade dos direitos fundamentais.

Infere-se do exposto que a gama de direitos garantidos aos TRADE's em decorrência de sua relação de trabalho é bem inferior à dos trabalhadores subordinados. Muitos dos aspectos que necessitam de regulação dentro da relação de trabalho foram deixados à autonomia da vontade das partes, autonomia esta que, em um contexto de desigualdade das partes da relação, não passa de formalidade, pois a parte mais fraca da relação vai quase sempre abrir mão de seus direitos.

Vê-se, portanto, que é perfeitamente possível e até mesmo necessário, a partir do reconhecimento da nova conformação da subordinação, que foi discutida no segundo capítulo deste trabalho e que remete à noção de subordinação objetiva, incluir os trabalhadores parassubordinados no âmbito da relação de emprego, com proteção trabalhista integral, o que torna desnecessária e, mais que isso, um fator de retrocesso por ser antiefetiva⁹⁰, a criação de um *tertium genus* entre trabalhadores subordinados e autônomos.

⁹⁰ A antiefetividade ocorre quando a norma, apesar de eficaz jurídica e socialmente, por ser exigível e observada, produz resultados contrários a sua finalidade (NEVES, 2011, p. 48). Parece ser o que acontece quando uma norma criada com o fim de efetivar os direitos fundamentais dos trabalhadores acaba reduzindo indevidamente o âmbito de

4.3 A parassubordinação no direito português

As discussões acerca dos diferentes graus de subordinação nas relações de trabalho também se desenvolvem no Direito do Trabalho português, a partir do fenômeno de flexibilização dos processos produtivos e da possibilidade de externalização da produção. Isso leva à mesma discussão sobre a necessidade de se instituir uma tipificação de relação de trabalho que contemple os trabalhadores que se encontram na chamada zona cinzenta entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo:

Este fenómeno prende-se com estratégias empresariais de *externalização* de tarefas produtivas (*outsourcing*), em busca de uma optimização de custos e ganhos de flexibilidade funcional (e também, porque não dizê-lo, de libertação das constricções do direito do trabalho). Com esse objetivo, os processos de *coordenação horizontal*, por via de contratos de prestação de serviços, são privilegiados, em detrimento dos tradicionais mecanismos de *integração vertical-hierárquica*, conducentes a relações de trabalho subordinado. (RIBEIRO, 2007, p. 373).

Nessa discussão, ganha destaque a atual redação do artigo 10º do Código do Trabalho Português, dada pela Lei 7, de 12 de fevereiro de 2009:

Artigo 10.º

Situações equiparadas

As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.

Vemos que, diferentemente do legislador espanhol, o português optou por não estabelecer os critérios de definição deste trabalhador que, sem subordinação jurídica - o que o exclui do enquadramento no contrato de trabalho típico - é dependente economicamente do beneficiário de sua atividade. O fato dos critérios não estarem definidos legalmente nos leva a concluir que a atual redação do artigo 10º do Código do Trabalho Português nos traz uma situação de grande insegurança jurídica, já que o entendimento do que vem a ser dependência econômica, caracterizadora das situações equiparadas vai se dar em cada decisão judicial, sem qualquer parâmetro estabelecido legalmente.

aplicação pessoal da proteção trabalhista, reduzindo o valor social do trabalho e piorando a condição social destes trabalhadores.

De fato, há autores portugueses que pugnam por uma instituição de um regime específico para os trabalhadores parassubordinados naquele país, entendendo que esses trabalhadores devem ser enquadrados como trabalhadores autônomos com certa previsão de direitos:

Adiantemos já a conclusão: Há atualmente um diferente tipo de trabalhador autônomo que não devemos ter a tentação de submeter, forçadamente, a trabalho subordinado – o trabalho autônomo economicamente dependente. Este tipo de trabalho autônomo deve ter uma regulação específica, fora do âmbito do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho deve continuar a ser o Direito do Trabalho subordinado (ainda que seja mais difícil determinar, no concreto, a existência da subordinação jurídica). (LAMBELHO, 2014, p. 434).

Conforme já argumentamos neste mesmo capítulo, entendemos que a dependência econômica subordina o trabalhador e essa diferenciação entre trabalhadores subordinados e autônomos economicamente dependentes não tem razão de ser, especialmente porque não há diferença de grau de hipossuficiência entre esses trabalhadores. Defendemos uma concepção ampla de subordinação, o que enquadra os trabalhadores ditos parassubordinados na relação de trabalho típica, com proteção integral da legislação trabalhista.

Voltando à parca regulação do trabalho parassubordinado português, entendemos ademais que o artigo 10º supracitado peca pela inutilidade. A uma pela já comentada falta de determinação dos critérios de dependência econômica e a duas pelo fato de estabelecer a aplicação para os trabalhadores parassubordinados apenas de normas referentes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho.

Ora, esses são todos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição da República Portuguesa, em seus artigos 25 e 26, quando garante a todos a integridade física, os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e a proteção a qualquer forma de discriminação.⁹¹

Para nós, a aplicação dos direitos fundamentais deve se dar de maneira direta a todas as relações privadas. Portanto, não nos parece razoável entender que esses direitos poderiam ser violados em uma relação de trabalho, qualquer que seja ela, subordinada, autônoma ou autônoma

⁹¹ Constituição da República Portuguesa

“Artigo 25.º

(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

Artigo 26.º

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

dependente. Por isso, entendemos que, independentemente da nova redação do artigo 10º do Código de Trabalho Português, esses direitos estariam protegidos.

4.4 A parassubordinação no direito brasileiro

A noção de parassubordinação enquadra um trabalhador autônomo que, devido à necessidade de algum grau de proteção, possui alguns dos direitos que são característicos dos trabalhadores subordinados, embora não seja um deles. Nessa perspectiva, podemos dizer que o regime do trabalhador parassubordinado possui um pouco mais de proteção do que o dos trabalhadores autônomos puros e menos proteção do que o dos empregados.

No Brasil, não há previsão legal da parassubordinação de maneira ampla, para todas as atividades laborais, mas vislumbramos uma relação de trabalho específica à qual a legislação atribuiu caráter de autonomia, mas lhe dispensa alguns direitos que tradicionalmente são dispensados apenas aos trabalhadores subordinados. Nos referimos ao representante comercial autônomo, previsto na Lei Nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965 (GONÇALVES DA SILVA, 2004, p. 1347).

Em seu artigo primeiro, na referida lei esclarece de pronto o que é aplicável aos representantes comerciais que não se enquadram em uma relação de emprego.⁹² Isso já nos leva a concluir que, em uma relação de representação comercial, verificando-se a existência de subordinação, o regime a ela aplicado será o da relação de emprego, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Caso, contrário, a relação será regida pela Lei Nº 4.886/1965, que estabelece alguns direitos típicos dos empregados ao representante comercial autônomo.

Citamos como primeiro exemplo desses direitos, as hipóteses trazidas que referida lei estabelece como motivos justos para a rescisão do contrato de representação comercial, no artigo 35, por iniciativa do representado e no artigo 36, por iniciativa do representante comercial autônomo.⁹³

⁹² “Lei Nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965

Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, 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.”

⁹³ “Lei Nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965

Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;

O artigo 34, por sua vez, estabelece o pré-aviso de pelo menos trinta dias para a rescisão do contrato de representação sem justo motivo por qualquer das partes. A indenização pelo não cumprimento do pré-aviso é calculada à razão de um terço das comissões recebidas pelo representante nos três meses anteriores à rescisão.⁹⁴

O parágrafo primeiro do artigo 32 da mesma Lei estabelece o prazo para pagamento das comissões, qual seja, o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura. Porém, entendemos que esse dispositivo legal tem poucas chances de efetividade, pois a sanção para o descumprimento desse prazo é apenas a correção monetária do valor devido, conforme prevê o parágrafo segundo do mesmo artigo.

Uma importante disposição acerca do representante comercial autônomo é a que prevê o artigo 44 da Lei Nº 4.886/1965 ao dar, no caso de falência do representado, a natureza de créditos trabalhistas aos valores devidos ao trabalhador, incluídos comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio. Tal disposição dá uma maior garantia de recebimento dos créditos que resultam do trabalho do representante comercial.

E, finalmente, o artigo 45 da mesma Lei explicita que “Não constitui motivo justo para rescisão do contrato de representação comercial o impedimento temporário do representante comercial que estiver em gozo do benefício de auxílio-doença concedido pela previdência social.”

Entendemos que a extensão de direito tipicamente empregatícios aos representantes comerciais autônomos é positiva, já que decorrem da verificação de uma posição de certa superioridade de poder do representado em relação ao representante. Ressaltamos, porém, que a

-
- c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
 - d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;
 - e) força maior.

Art . 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

- a) redução de esfera de atividade do representante em desacôrdo com as cláusulas do contrato;
- b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato;
- c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;
- d) o não pagamento de sua retribuição na época devida;
- e) força maior.”

⁹⁴ “Art . 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.”

análise da subordinação nesse tipo de relação deve ser feita de maneira multidimensional, conforme defendemos no capítulo anterior.

É dizer, a partir do momento que for verificada a inserção da atividade do representante comercial na organização produtiva do representado, e que essa inserção resulta no controle da atividade do trabalhador, deve ser reconhecida a existência do pressuposto da subordinação e, nesse caso, o trabalhador deve ser reconhecido como vendedor empregado, regido pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho e não pela Lei Nº 4.886/1965.⁹⁵

Vemos, portanto que no Brasil, o instituto da parassubordinação é restrito a uma atividade específica, qual seja, a de representante comercial autônomo. Não obstante, há alguma jurisprudência reconhecendo a parassubordinação, a despeito da falta de previsão legal para outros tipos de relação de trabalho.⁹⁶

Entendemos que o reconhecimento da parassubordinação em relações de trabalho para as quais a lei não a prevê é ainda pior para o trabalhador do que a que ocorre nos países em que a parassubordinação foi instituída de maneira mais ampla pela lei. Isto porque onde a parassubordinação foi instituída, a proteção ao trabalhador existe em algum grau, ainda que insuficiente, conforme argumentamos neste capítulo. No caso brasileiro, quando se reconhece a parassubordinação, se faz para reconhecer a inexistência de vínculo de emprego e, assim, considerar a relação de trabalho como autônoma e portanto, sem qualquer grau de proteção trabalhista.

⁹⁵ A seguinte ementa de cordão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reconhece a relação de emprego de um suposto representante comercial autônomo pela existência da subordinação:

REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. CONTRATO DE TRABALHO. A distinção fundamental entre o contrato de trabalho e o de representação comercial reside basicamente na subordinação, ínsita ao primeiro, em contraposição à autonomia da prestação de serviços no segundo. Os elementos probatórios dos autos, entretanto, evidenciam que a relação existente entre as Partes preenche os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, impondo-se o reconhecimento do vínculo empregatício, durante todo o período de prestação laboral. PROCESSO nº 0010881-52.2014.5.03.0029-RO. RELATOR: FERNANDO ANTÔNIO VIÉGAS PEIXOTO. RECORRENTES: (1) RADIAL DISTRIBUIÇÃO LTDA.(2) ELIANE MARIA DE JESUS

⁹⁶ Nesse sentido é a seguinte decisão: **EMENTA:** CONTRATO DE PARCERIA. CABELEIREIRO. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. Diante da regularidade do contrato de parceria firmado entre as partes, com o ajuste de percentual expressivo a título de rateio; além da ausência dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, não há que se falar em existência de relação empregatícia. ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. FIXAÇÃO DE HORÁRIO. PARASSUBORDINAÇÃO. O fato de o locador reservar-se ao direito de estipular o seu horário de funcionamento não caracteriza a existência de um poder diretivo quanto às atividades do autor. Trata-se de mera organização empresarial, atendendo ao mínimo de coordenação a que todas as relações humanas devem observância. (Processo Nº 00500-2012-016-16-00-1-ROS; data de publicação: 28/05/2013). TRT da 16ª Região. Relatora: Des. Márcia Andrea Farias da Silva.

4.5 As discussões acerca do conceito de trabalho subordinado no direito britânico

No direito britânico, existem duas principais figuras em relação à tipologia das relações de trabalho. Uma é o *employee* –empregado -, que enquadra os trabalhadores subordinados por se submeterem ao poder diretivo do empregador. Estes trabalhadores se encontram amparados de maneira ampla pela legislação trabalhista. A segunda tipologia é o *worker*, que engloba os *self employed* – autônomos - e todas as demais categorias que não se enquadram na figura do *employee*, e aos quais somente se aplicam umas poucas obrigações e direitos entre aqueles que normalmente são dispensadas aos subordinados (CABEZA PEREIRO, 2015, p. 36).

As referências utilizadas no direito do Reino Unido para definir os *employees* são muito restritas. Isso, junto ao fato de que não há naquele sistema uma presunção de laboralidade, gera uma concepção ainda mais restrita da relação de emprego, pois as situações duvidosas acabam excluídas dessa concepção (CABEZA PEREIRO, 2015, p. 37).

A jurisprudência das cortes do Reino Unido tratou a definição da relação de emprego por meio de quatro testes divisórios, que são: o teste de controle, por meio do qual se investiga se o empresário controla, ao menos potencialmente, a atividade do trabalhador; o teste da integração, que verifica se o trabalhador está integrado na estrutura da empresa; o teste da realidade econômica, cuja análise se centra na qualidade de trabalhador por conta própria ou na dependência econômica do trabalhador em relação a seu cliente; e, por último, o teste da mutualidade das obrigações, por meio do qual se investiga a existência de obrigações além da simples troca de salário por trabalho, baseadas na expectativa de manutenção da relação para o futuro (CABEZA PEREIRO, 2015, p. 40-45).

Portanto, no Reino Unido, o maior problema da concepção binária trabalho subordinado-trabalho autônomo é esta acepção restrita do contrato de emprego que decorre da aplicação rígida dos testes divisórios - especialmente o de mutualidade das obrigações - pelas cortes britânicas nas décadas de 1980 e 1990: “It has argued, in agreement with Freedland, that the distinction between the ‘employee’ and the ‘self-employed’ worker has become archaic and unjust, in large part because of the development of the mutuality of test in the hands of the courts in the 1980s and 1990s.”⁹⁷(DEAKIN, 2007, p. 83).

⁹⁷ “Tem se argumentado, em concordância com Freedland, que a distinção entre empregado e trabalhador autônomo tem se tornado arcaica e injusta, em grande parte por causa do desenvolvimento do teste de mutualidade pelas cortes nos anos 1980 e 1990.” (Tradução do autor).

Nesse contexto, um primeiro desafio para a amplitude e efetividade do Direito do Trabalho é a correção de um problema da definição do escopo pessoal de sua aplicação, posto que a legislação do trabalho é aplicada de maneira plena somente ao *contract of employment*⁹⁸ e uma concepção restrita da subordinação reflete diretamente em uma aplicação restrita do sistema de proteção social do Direito do Trabalho.

4.5.1 As noções de Personal Work Contract⁹⁹ e Personal Work Nexus¹⁰⁰

Dentro do contexto de restrito âmbito de aplicação pessoal da proteção social da legislação do trabalho do Reino Unido, surge a necessidade de se discutir formas de tornar mais efetivo o Direito do Trabalho naquele país. Com esse objetivo, Mark Freedland propõe uma análise em que introduz os conceitos de *personal work contract* e de *personal work nexus*.

Segundo esta concepção, o contrato de emprego – entenda-se, contrato de trabalho subordinado - é importante, mas não deve ser entendido como um paradigma dominante. Na proposta do autor, a categoria central dos contratos de trabalho deve ser ocupada pelo *personal work contract*. Assim, a noção de *personal work contract* é uma ideia ampla que enquadra todo e qualquer trabalho prestado de forma pessoal (FREEDLAND, 2006, p. 4).

Para o autor, a variedade de padrões e aspectos contratuais característica das relações de trabalho contemporâneas justifica a criação de diferentes tipologias contratuais:

That analysis focuses upon various types or descriptions of workers, on the margins of the ‘employee’ category, descriptions which to a greater or lesser extent become part of the legal parlance through which employment legislation is interpreted and applied. Examples of such types or descriptions are those of ‘free-lancers’, ‘consultants’, ‘casuals’ (‘regular’ or otherwise), ‘on-call workers’, ‘outworkers’ or ‘homeworkers’, ‘gang workers’, ‘contract workers’ and ‘agency temps’. The issue of the analysis has tended to be whether these descriptions of workers can be fitted into or approximated to the category of ‘employee’ in conditions, as Hugh Collins famously identified them, of vertical disintegration of production, in the era, therefore, of the so-called ‘flexible firm’. ¹⁰¹(FREEDLAND, 2006, p. 9).

⁹⁸ “Contrato de emprego.” (Tradução do autor).

⁹⁹ “Contrato de trabalho pessoal.” (Tradução do autor).

¹⁰⁰ “Vínculo de trabalho pessoal.” (Tradução do autor).

¹⁰¹ “Esta análise se foca em vários tipos de descrição de trabalhadores, na margem da categoria do ‘empregado’, descrições cuja maior ou menor amplitude se torna parte da linguagem da lei por meio da qual a legislação do trabalho é interpretada e aplicada. Exemplos de cada tipo ou descrição são ‘free-lancers’, ‘consultores’, ‘trabalhadores a tempo parcial’ (‘regulares’ ou não), ‘trabalhadores eventuais’, ‘trabalhadores externos’ ou ‘a domicílio’, ‘trabalhadores precários’, ‘prestadores de serviços’ e ‘trabalhadores temporários’. A controvérsia dessa análise tem tendido a ser se essas descrições de trabalhadores podem ser enquadradas ou aproximadas à categoria do ‘empregado equiparado’, como Hugh Collins conhecidamente os identificou, de desintegração vertical da produção, na era, portanto, da chamada ‘empresa flexível’”. (Tradução do autor).

Já a noção de *personal work nexus* vem como complemento à noção anterior, para designar todas as obrigações e deveres das partes que decorrem - direta ou indiretamente - de cada específico contrato de trabalho. É uma categoria ainda mais ampla e mais inclusiva do que a noção de *personal work contract* e serve para enquadrar todos os aspectos de cada um particular nexo de trabalho. Nas palavras do autor:

The idea of the personal work nexus, thus defined, provides an explanatory framework or matrix for each and every personal work arrangement and personal work contract. It could be conceived of as a tool box which is empty but which has slots in it representing all the kinds of links or connections known to the employment law system in question. It is then a matter of interpretation or adjudication as to which slots are filled, and exactly how they are filled, in each particular individual employment arrangement or situation; the answer to that question constitutes the personal work nexus of or for the particular working person in question.¹⁰²(FREEDLAND, 2006, p. 16).

Os estudos de Freedland propõem uma única teoria europeia que congregue as noções de *personal work contracts* e de *personal work nexus*, com base em um estudo comparado e que concilie os dois sistemas de legislação trabalhista, o oriundo do *common-law*, do direito britânico e o oriundo do *civil-law*, da Europa Continental (FREEDLAND; KONTOURIS, 2008. p. 50). Assim, as principais categorias de contratos de trabalho propostas são as seguintes:

Very conscious, therefore, of all these hazards, I suggest that it may be useful to identify the following six leading types of personal work relations, the ordering of which will be explained later in this paper:

- (1) “standard employee” work relations;
- (2) the personal work relations of “public officials”;
- (3) the personal work relations of those engaged in “liberal professions”;
- (4) the personal work relations of individual entrepreneurial workers, such as “freelance workers” and “consultants”;
- (5) the personal work relations of marginal workers such as “casual”, “temporary”, “part-time” workers and “volunteers”; and
- (6) the personal work relations of labour market entrants, such as “trainees” or “apprentices”.¹⁰³(FREEDLAND, 2007, p. 6).

¹⁰² “A ideia do nexo pessoal de trabalho, assim definida, fornece uma estrutura ou matriz explicativa para todas e cada uma situação de trabalho pessoal e contrato de trabalho pessoal. Ela poderia ser concebida como uma caixa de ferramentas que está vazia mas que tem ranhuras que representam todos os tipos de ligação ou conexões conhecidos na legislação trabalhista em questão. Este é então um problema de interpretação ou enquadramento para preencher cada uma das ranhuras e exatamente como elas são preenchidas, em cada particular situação individual de emprego; a resposta a essa questão constitui o nexo pessoal de trabalho de ou para o particular trabalhador em questão.” (Tradução do autor).

¹⁰³ “Muito consciente, portanto, de todos aqueles perigos, eu sugiro que pode ser útil identificar os seguintes seis principais tipos de relações pessoais de trabalho, as quais serão explicadas mais tarde nesse trabalho:

- (1) relações de trabalho de ‘empregados típicos’;
- (2) relações de trabalho pessoal de ‘servidores públicos’;
- (3) relações de trabalho pessoal daqueles empenhados em ‘profissões liberais’;

A proposta é claramente contrária à classificação binária das relações de trabalho, em que se distingue dois principais grupos, que se constituem em trabalho subordinado e trabalho autônomo (FREEDLAND, 2007, p. 7). Ao fim e ao cabo, o desenvolvimento da proposta de Freedland tem a finalidade de alcançar uma maior amplitude pessoal da aplicação da legislação de proteção trabalhista, a partir da tipificação de diferentes relações de trabalho, que possuem suas próprias características no diversificado sistema produtivo contemporâneo. É uma teoria que, em essência, pelo menos no que diz respeito a sua declarada finalidade, se aproxima da instituição da parassubordinação e do trabalho autônomo economicamente dependente de outros sistemas jurídicos (CABEZA PEREIRO, 2015, p. 46).

4.5.2 A crítica à tipologia múltipla de Freedland

Inicialmente, cumpre-nos destacar que defendemos uma aplicação ampla da proteção social da legislação trabalhista e que, nesse sentido, no que diz respeito a sua finalidade, tendo em vista a restrita concepção da relação de emprego no sistema do Reino Unido, estamos plenamente de acordo com a proposta de Freedland, que é precisamente a busca do aumento do escopo pessoal de aplicação da legislação trabalhista.

Sem embargo, faremos algumas críticas porque entendemos que o caminho proposto pelo autor tem alguns problemas em nosso sentir em dois pontos principais: 1) a falta de uma discussão voltada ao grau de proteção que deve ser dispensado a cada um dos tipos de relação de trabalho propostos pelo autor; 2) a alguns aspectos que dizem respeito a tipos de relações de trabalho propostos pelo autor que não são distinguidas onde deveriam ser e outros em que há distinção de relações de trabalho que para nós, em essência, são iguais no que diz com a subordinação e com a necessidade de proteção social.

Em primeiro plano, a efetividade da proteção trabalhista depende de dois aspectos: primeiro, quem vai ser enquadrado em determinado sistema de proteção; e segundo, a amplitude ou qualidade da proteção propriamente dita que vai se dar a este grupo. Nesse contexto, defender uma tipologia ampla de relações de trabalho, a fim de enquadrar toda a ampla gama de

-
- (4) relações de trabalho pessoal de trabalhadores empreendedores individuais como os ‘freelancers’ e ‘consultores’;
 - (5) relações de trabalho pessoal de trabalhadores com vínculo precário como ‘eventuais’, ‘temporários’, trabalhadores ‘a tempo parcial’ e ‘voluntários’; e
 - (6) relações de trabalho pessoal de ingressantes no mercado de trabalho, como ‘trainees’ ou ‘aprendizes’.” (Tradução do autor).

trabalhadores que necessitam de proteção no âmbito de algum tipo de relação de trabalho não é suficiente, principalmente quando, no seio da discussão, não se procura investigar qual a diferença de poder entre trabalhadores e clientes.

Portanto, entendemos que em toda e qualquer discussão acerca da amplitude do escopo pessoal de aplicação da legislação trabalhista tem que se levar em conta, desde seu início, a diferença de poder entre as partes, posto que essa é uma característica que fez surgir o Direito do Trabalho como ramo especial do direito e sua análise é essencial na definição das normas protetivas a serem estabelecidas.

A noção do *personal work contract* parte do pressuposto que a previsão legal de diversos tipos de relação contratual, vai facilitar o reconhecimento do tipo contratual em cada relação de trabalho: “It becomes easier in this constructo to recognise specific typologies *within* the contract of employment, but, even more important, also to accept typologies which *transcend the boundaries* of the contract of employment.”¹⁰⁴ (FREEDLAND, 2006, p. 13).

Entendemos que a previsão de uma diversidade maior de tipos de contrato de trabalho não vai facilitar mas, ao contrário, vai dificultar o enquadramento das relações de trabalho, o que tornará ainda mais confusa e insegura a aplicação da legislação, já que essa depende daquele enquadramento.

Nesse mesmo sentido, Souto Maior (2011, p. 60), tratando da possível previsão legal da parassubordinação, cuja finalidade declarada é enquadrar trabalhadores que se encontram na zona cinzenta entre subordinação e autonomia, entende que o estabelecimento de um *tertium genus* não irá necessariamente acabar com a zona cinzenta. O surgimento do trabalhador parassubordinado cria mais duas zonas cinzentas, uma entre este trabalhador e o autônomo e outra entre ele e o trabalhador subordinado.

Passando à discussão de algumas distintas tipologias propostas nesta teoria, entendemos que por vezes ela diferencia relações que não tem essências diferentes e não diferencia outras que deveriam ser distintas. Por exemplo, ao discorrer sobre a *individual entrepreneurial work relation*¹⁰⁵, Freedland comenta que há uma dinâmica diferente decorrente do sucesso ou não do trabalhador em seu empreendimento:

¹⁰⁴ “Torna-se mais fácil nessa construção reconhecer tipologias específicas *dentro* do contrato de emprego, mas, ainda mais importante, também aceitar tipologias que *transcendem as fronteiras* do contrato de emprego.” (Tradução do autor).

¹⁰⁵ “Relação de trabalho do empreendedor individual”. (Tradução do autor).

There is also another dynamic in a very different direction, indeed an almost diametrically opposed one. If the less successful individual entrepreneurial worker is driven by the adversities of sole operation towards fully dependent or semi-dependent employment relations, the more successful one seems to come under an equally strong set of pressures to extend and elaborate the organizational structure of his or her personal work relations.¹⁰⁶(FREEDLAND, 2007, p. 11).

Entendemos que aqui Freedland não diferencia o que deve ser diferenciado, pois, o importante aqui é analisar se o trabalhador efetivamente organiza seus meios de produção com autonomia, ou está compelido por uma estrutura produtiva maior que a sua a produzir não para ao mercado, mas para um cliente específico, de quem depende. Nesse caso o trabalhador empreendedor individual menos bem sucedido tenderá a ter relações mais dependentes exatamente por conta de seu pouco sucesso, enquanto que o trabalhador mais bem sucedido poderá, em decorrência do seu sucesso, organizar sua estrutura de trabalho e diversificar sua gama de clientes, o que lhe tira da situação de dependência. Nesta hipótese, o trabalhador mal sucedido tenderia a ser subordinado e o bem sucedido, autônomo.

Entendemos que o que importa aqui é a investigação se a dependência do trabalhador faz com que o seu trabalho exista integralmente em função do processo produtivo de seu cliente, subordinando-o, ou se ele efetivamente organiza seus meios de produção. Esse caso se resolve, a nosso ver, com a noção objetiva de subordinação, que discutimos no capítulo anterior e que enquadra de maneira mais adequada os trabalhadores que necessitam de proteção na relação de emprego típica.

Em outro tipo de relação de trabalho proposto por Freedland, observamos o problema contrário. Se em relação aos empreendedores individuais não há distinção onde deveria, no caso dos trabalhadores ingressantes no mercado de trabalho, entendemos que há distinção onde ela não cabe. Sobre as *personal work relations of labour market entrants*, temos:

In practical terms they display some of the characteristics of “standard employee” work relations – representing forms of those relations in which these workers are both strongly integrated into the employing enterprise and subordinated to it – but they also present some of the aspects of marginal work relations, especially as expectations of subsequent employment security following successful completion of training or apprenticeship are reduced by post-Fordist patterns of work organization. State intervention tends to consist in supporting and facilitating the creation and maintenance

¹⁰⁶ “Há também outra dinâmica em uma direção muito diferente, de fato em uma direção quase diametralmente oposta. Se o trabalhador empreendedor individual menos bem sucedido é levado pelas diversidades de operação individual em direção a relações de emprego dependentes ou totalmente dependentes, o mais bem sucedido parece se encontrar sob um igualmente forte conjunto de pressões para ampliar e elaborar a estrutura organizacional de suas relações de trabalho pessoais.” (Tradução do autor).

of these types of work relations as a way of combating unemployment, especially among young entrants to the labour market.¹⁰⁷(FREEDLAND, 2007, p. 13).

Vemos que a partir do que foi colocado pelo próprio autor, não há que se falar em diferença no que diz respeito à subordinação, tampouco no que diz respeito à necessidade de proteção entre esses trabalhadores e os empregados típicos. Portanto, em uma concepção binária trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo, a qual defendemos, os trabalhadores ingressantes no mercado de trabalho devem ser enquadrados no trabalho subordinado, sob proteção integral da legislação trabalhista. O fato de o Estado tentar promover o ingresso de trabalhadores jovens no mercado de trabalho, para nós, não torna esse tipo de contrato, em essência diferente de outros subordinados.

Um dos aspectos em que a teoria de Freedland é útil na visão dos que a estudam são as hipóteses em que há múltiplos empregadores em uma mesma relação, como é o caso dos trabalhadores temporários da Lei 6.019, de 1974, no Brasil. Para mim, a ocupação do polo do empregador por mais de uma pessoa nada mais é do que uma peculiaridade que não torna esse tipo de contrato diferente, em essência, dos outros contratos de emprego. O reflexo dessa peculiaridade para mim é simplesmente esse de que o trecho abaixo trata, a divisão das responsabilidades do empregador entre os que ocupam essa posição conjuntamente.

One such technique is to divide those responsibilities of the employer which derive from the power to coordinate the assets (both personal and material) of the enterprise, from those which are connected to its power to act as a mechanism for the distribution of risks, and to allocate them to the different entities involved in the employment relationship.¹⁰⁸(DEAKIN, 2007, p. 80).

Entendemos, como já argumentado, que o sistema de proteção social ideal a ser aplicado ao Direito do Trabalho depende não só de uma tipologia adequada. Inicialmente, a tipologia deve ter em mente as diferentes condições de poder dos trabalhadores, para, com base nessa análise, dispensar o grau de proteção social necessário a cada tipo contratual. Por último, há que se ter

¹⁰⁷ “Em termos práticos eles mostram algumas características do relação de trabalho do ‘empregado típico’ – representando aspectos daquelas relações nas quais aqueles trabalhadores são tanto fortemente integrados na empresa empregadora quanto subordinados a ela – mas eles também apresentam alguns aspectos das relações de trabalho precárias, especialmente como as expectativas de subsequente estabilidade no emprego em seguida à conclusão do treinamento ou aprendizagem são reduzidas pelos padrões pós-Fordistas de organização de trabalho. A intervenção do Estado tende a consistir em apoiar e facilitar a criação e manutenção desses tipos de relações de trabalho como uma forma de combater o desemprego, especialmente entre os jovens ingressantes no mercado de trabalho.” (Tradução do autor).

¹⁰⁸ “Tal técnica é para dividir aquelas responsabilidades do empregador que derivam do poder de coordenar os ativos (tanto pessoais como materiais) da empresa, e aqueles que são conectados a seu poder de agir como um mecanismo de distribuição de riscos e para partilhá-los entre as diferentes entidades envolvidas na relação de emprego.” (Tradução do autor).

em mente a busca da efetividade dessas normas, tanto no que diz respeito ao enquadramento das diferentes relações de trabalho, quanto no que diz respeito à aplicação da proteção social propriamente dita.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo contemporâneo parte da premissa que o Estado tem um papel imprescindível na promoção dos direitos fundamentais. Esta premissa decorre da evolução do conteúdo destes direitos. A partir do surgimento de diversos direitos cujo gozo depende também de um comportamento positivo do Estado e não apenas da abstenção de ofendê-los. A necessidade de o Estado adotar comportamentos positivos na direção da promoção destes direitos denomina-se vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais.

Esta vinculação decorre das características de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que os direitos fundamentais devem ser garantidos a todas as pessoas, e devem ser promovidos todos eles, posto que a impossibilidade de exercício de algum, compromete o exercício de todos. Ora, se os direitos fundamentais são considerados direitos mínimos para que cada ser humano viva com dignidade, a impossibilidade do exercício de qualquer deles é inadmissível se a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dentre esses direitos, destacamos os direitos fundamentais sociais, cujo advento decorre justamente da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais e que, de certa maneira, exigem do Estado ou a promoção desses direitos por seus próprios meios, como no caso do direito à educação e à saúde públicas, ou a intervenção nas relações entre particulares para garantir que os direitos fundamentais das partes não sejam violados no desenvolvimento das relações, como ocorre nas relações de consumo e as relações de trabalho.

Nesse contexto, as relações de trabalho surgem como um importante campo de incidência dos direitos fundamentais, a uma, porque boa parte das pessoas, aquelas que não são proprietárias dos meios de produção, dependem da venda de sua força de trabalho para adquirir meios de subsistência, e a duas, porque as relações de trabalho, por terem como marca a diferença de poder entre as partes, necessitam de intervenção do Estado a fim de proteger a parte mais fraca da relação. É dizer, a efetiva proteção do Direito do Trabalho é um fator que influi diretamente na efetividade dos direitos fundamentais.

O campo de aplicação pessoal da proteção trabalhista é determinado a partir da definição do que vem a ser um empregado, posto que aos trabalhadores reconhecidos como tal é que é aplicada a proteção integral da legislação trabalhista. Empregado é a pessoa física que presta serviços pessoalmente, com onerosidade, de maneira não eventual e mediante subordinação.

Faltando um dos seus pressupostos, não é reconhecida a relação de emprego e, conseqüentemente, não é aplicada a proteção da legislação trabalhista.

Com a evolução pela qual passaram os processos produtivos e os meios tecnológicos, o pressuposto da relação de emprego mais discutido hoje é a subordinação. Alguns entendem que as relações produtivas hoje se desenvolvem de forma que os trabalhadores têm muito mais autonomia na prestação de sua atividade laboral. Entendemos que essas evoluções – tanto dos meios tecnológicos quanto dos processos produtivos – trouxeram novas formas de controle da força de trabalho e que, as mudanças pelas quais passou a subordinação são muito mais de forma do que de intensidade e conteúdo.

Essa afirmação decorre da análise tanto dos sistemas de organização produtiva – taylorismo, fordismo e toyotismo -, quanto do estudo de caso que fizemos na cadeia de produção de confecções, em que o poder diretivo do empregador se manifesta por meio de uma complexa rede de empresas, por meio da qual se propagam as ordens desde as empresas líderes até os trabalhadores de um terceiro nível de empresas, que são os que efetivamente produzem as peças de roupa que são vendidas na cadeia de lojas das empresas líderes depois de receberem suas etiquetas.

Os processos produtivos contemporâneos, haja vista a constante busca de eficiência e redução dos custos de produção, necessitam cada vez mais de controle sobre a força de trabalho e, por isso, reconhecer as diferentes formas de manifestação da subordinação nada mais é do que fazer a necessária adequação de um conceito - que não pode ficar parado no tempo - ao contexto social ao qual ele vai ser aplicado.

Por isso, surgem as noções objetivas, acrescidas à concepção clássica de subordinação. Segundo a noção clássica, a subordinação só ocorre quando existirem ordens constantes e diretas do empresário para o trabalhador. As concepções objetivas, a partir de uma análise multidimensional do exercício do poder diretivo do empregador, reconhecem a subordinação também quando o controle sobre a força de trabalho se desenvolver por outros meios, com destaque para a inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo do empresário.

Para as concepções objetivas de subordinação, não importa a forma pela qual se manifesta o poder diretivo do empregador, importa que ele exista. A inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo da empresa representa o acolhimento do controle do empresário sobre a força de trabalho, tendo em vista que o funcionamento da atividade produtiva capitalista é

necessariamente sincronizado e, com isso, o trabalhador perde qualquer poder de organização de sua atividade e, por isso, não há que se falar em autonomia.

Entendemos que para a análise da subordinação como pressuposto da relação de emprego é especialmente útil a teoria da alienação – *ajenidad*, como denominada na doutrina espanhola. E entre as diferentes manifestações desta teoria, a alienação no mercado é a melhor forma de identificar se há subordinação em uma relação de trabalho. A alienação no mercado se manifesta quando o empresário se interpõe entre aquele que exerce a atividade laboral e o consumidor. Essa interposição se dá com a intenção de adquirir lucro com a utilização da força de trabalho e esse intento é alcançado com o controle da atividade laboral, o que configura a subordinação.

No contexto da discussão acerca da intensidade da subordinação nas relações de trabalho, surge a ideia do trabalho parassubordinado. Esta espécie de trabalho é identificada em regra com os mesmos pressupostos da relação de emprego, porém com a substituição da subordinação por algum termo que indica menor grau de controle do empresário sobre a força de trabalho. Portanto, a noção de parassubordinação decorre do entendimento segundo o qual o controle sobre a força de trabalho ocorre de maneira menos intensa nas relações de trabalho contemporâneas. Como entendemos que essa afirmação não é verdadeira, posto que a necessidade de controle é bastante presente nas relações de trabalho contemporâneas, para nós, a parassubordinação sofre de um defeito de nascimento, por surgir de uma premissa errada.

Analisamos diferentes ordenamentos – o italiano, o espanhol e o português – no que diz respeito ao instituto da parassubordinação. De maneira geral, podemos dizer que os trabalhadores parassubordinados são considerados autônomos, porém com uma especificidade que é a necessidade de algum grau de proteção. O sistema protetivo criado para eles porém, é consideravelmente menos amplo que o dos trabalhadores subordinados.

Como entendemos que a hipossuficiência dos trabalhadores parassubordinados não é menor em relação aos empregados subordinados, para nós não há razão para a diferença em relação ao grau de proteção dessas duas espécies de trabalhadores e, portanto, a instituição da parassubordinação contribui para a antiefetividade do Direito do Trabalho.

Isto porque, se o instituto foi criado para aumentar a proteção trabalhista, ao invadir o campo de incidência da subordinação – que deve ser analisada de maneira ampla e multidimensional – enquadra trabalhadores hipossuficientes em uma tipologia de relação de trabalho cujo grau de proteção é muito pequeno, posto que muitos aspectos importantes relativos

aos direitos dos trabalhadores podem ser pactuados entre as partes. Em uma relação marcada pela desigualdade, sabemos que a autonomia privada pura e simples representa, de fato, a possibilidade da parte mais forte da relação impor sua vontade.

Por isso, entendemos que melhor alternativa para a efetividade do Direito do Trabalho não é a instituição da parassubordinação, mas sim a concepção ampla e multidimensional da subordinação, com aplicação da proteção integral da proteção trabalhista às relações de trabalho contemporâneas que, para nós, continuam sendo marcadas por um grande controle da força de trabalho por parte do empresário e por uma grande diferença de poder entre as partes.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo. In JULIÁ, Jordi Augustí; BELTRAN, Nuria Pumar. **El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras**. Albacete: Bomarzo, 2009, p. 109-129.

_____. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, Madrid, n. 28, p. 495-544, 1986.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALLEVA, Piergiovanni. Subordinação x Parassubordinação. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. Tradução Lorena Vasconcelos Porto. São Paulo: LTr, 2011. p. 96-100.

ALMEIDA, Margarida Barreto. Relação de trabalho e relação de emprego: atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. In SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 309-322.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. Atualização de Maria Emilia Casas Baamonde e Enrique Alonso García. 7. ed. Madrid: Civitas, 2013.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boitempo, 2005.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ASSIS, Rui. **O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas atuais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 18 dez. 2015.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Relatório de Fiscalização na empresa Zara Brasil Ltda. São Paulo, 2011.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Relatório de Fiscalização na empresa Arthur Lundgren Tecidos S/A. São Paulo, 2011b.

_____. Octagésima Primeira Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação n. 0002469-03.2014.5.02.0081. Arthur Lundgren Tecidos S/A e União Federal. Juiz Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, SP, 19 de janeiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. STF 201.819-8. União Brasileira de Compositores e Arthur Rodrigues Villarinho. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Terceira Vara do Trabalho de São Paulo. Reclamação n. 0001662-91.2012.5.02.0003. Zara Brasil Ltda. e União Federal. Juiz Alvaro Emanuel de Oliveira Simões. São Paulo SP, 11 de abril de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Recurso Ordinário n. 0050000-67.2012.5.16.0016, da Primeira Turma. D.M. Salão De Beleza Ltda. e Fábio Dos Santos Rabêlo. Relatora Márcia Andrea Farias da Silva. São Luiz, MA, 28 de maio de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 0010881-52.2014.5.03.0029. Radial Distribuição Ltda. e Eliane Maria de Jesus. Relator Fernando Antônio Viégas Peixoto. Belo Horizonte, MG, 2 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=4163>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-RR-528100-67.2006.5.02.0081. Luciana Da Silva Jeronimo e Clínica Irmãos Agrela Ltda. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2011. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20528100-67.2006.5.02.0081&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADMcAAB&dataPublicacao=19/12/2011&localPublicacao=DEJT&query=estrutural>>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-1305-44.2011.5.09.0006. B.A.P. Automotiva Ltda. e Áureo Gomes Monteiro. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201305-44.2011.5.09.0006&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANrIAAC&dataPublicacao=21/02/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Tradução Nathanael Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CABEZA PEREIRO, Jaime. Contrato de trabajo y prestación personal de servicios en el derecho del Reino Unido. **Derecho Laboral**: revista de doctrina jurisprudencia e informaciones sociales, Montevideu, t. LVIII, n. 257, p. 31-52, jan.-mar. 2015.

_____. El estatuto del trabajador autónomo español. **Revista Internacional del Trabajo**, Ginebra, v. 127, n. 1, p. 99-108, 2008.

CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In LOS MONTEROS, Javier Espinoza de; ORDOÑEZ, Jorge (Coord.). **Los derechos sociales en el Estado constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 199-231.

D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação no direito do trabalho: para ampliar os cânones da proteção, a partir da economia social e solidária**. São Paulo: LTr, 2014.

DEAKIN, Simon. Does the 'personal employment contract' provide a basis for the reunification of employment law? **Industrial Law Journal**, Oxford, v. 36, n. 1, p. 68-83, mar. 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social**: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010. p. 17-33.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESPAÑA. Ley 20/2007, de 11 de julio, Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Tribunal Supremo – Sala de lo Social. Recurso 2353/2013. Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Madrid, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=7331298&links=%222353%2F2013%22&optimize=20150323&publicinterface=true>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. Crisis económica ¿crisis de ciudadanía? In BECERRA, Manuel José Terol (Org.). **III Foro andaluz de los derechos sociales**: diversidad y ciudadanía. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 13-32.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 6. ed. Tradução Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2009.

FREEDLAND, Mark. Application of labour and employment law beyond the contract of employment. **International Labour Review**, Genebra, v. 146, n. 1-2, p. 3-20, 2007.

_____. From the contract of employment to the personal work nexus. **Industrial Law Journal**, Oxford, v. 36, n. 1, p. 1-29, mar. 2006.

FREEDLAND, Mark; KOUNTOURIS, Nicola. Towards a comparative theory of the contractual construction of personal work relations in Europe. **Industrial Law Journal**, Oxford, v. 37, n. 1, p. 49-74, mar. 2008.

GALANTINO, Luisa. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. Tradução Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2012. p. 287-305.

GALIANA MORENO, Jesus Maria; SELMA PENALVA, Alejandra. El trabajo autónomo dependiente dos años después de la aprobación del Estatuto del trabajo autónomo. Aportaciones prácticas del RD 197/2009 que desarrolla la Ley 20/2007. **Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración**. Madrid, n. 83, p. 291-322, 2009.

GARCÍA, Pedro de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad: en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 265-280.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **Teoría y realidade constitucional**. Madrid; n. 20, p. 277-320, 2007.

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado. Descentralização produtiva: o trabalho parassubordinado. **Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 68, n. 11, p. 1343-1350, 2004.

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica**. Tradução Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 25. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

HENRIQUE, Virgínia Leite. O novo estatuto do trabalhador autónomo espanhol: nova roupagem para a velha exploração. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 201-212.

HERNANDEZ NIETO, Juan Antonio. La desnaturalización del trabajador autónomo: el autónomo dependiente. In **Revista universitaria de ciencias del trabajo**. Logroño: n. 11, p. 177-194, 2010. Disponível em: <<http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%2011/11208.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

ITÁLIA. Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Disponível em <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl.htm>>. Acesso em 12 dez. 2015.

LAMBELHO, Ana. Trabalho autónomo economicamente dependente: da necessidade de um regime jurídico próprio. In REIS, João et al (Coord.). **Para Jorge Leite: escritos jurídico-laborais**. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 433-454.

LIMA, George Marmelstein. 50 anos do caso Luth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **Direitos fundamentais**. maio. 2008. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009.

MAGRINI, Sergio. **Parasubordinazione, “para-autonomia”, lavoro a progetto**. Roma: TorVergata, 2010. Disponível em: <<https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/1314/6486/Cap1.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

MARCUSE, Herbert. **El hombre unidimensional**: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada. Tradução Antonio Elorza. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

MARTÍN PUEBLA, Eduardo. **El trabajo autónomo económicamente dependiente**: contexto europeo y régimen jurídico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MCCRUDDEN, Christopher. Two views of subordination: the personal scope of Employment Discrimination Law in *Jivraj v Hashwani*. **Industrial Law Journal**, Oxford, v. 41, n. 1, p. 30-55, mar. 2012.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 355-389.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. **Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral**, Madrid, n. 195, p. 13-24, 2007.

OLIVEIRA, Eurenice de. **Toyotismo no Brasil**: desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendación nº 198, de 2006, sobre a larelación de trabajo. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument>. Acesso em: 05 out. 2015.

PASOS PÉREZ, Alexandre. Régimen jurídico del trabajo por cuenta propia con especial referencia al trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). **Dereito**: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. 21, n. 2, p. 63-95, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-192.

PÉREZ AMORÓS, Francisco. Trabajador autónomo dependiente en el ordenamiento español: una figura controvertida y contradictoria. **Derecho Laboral**, Montevideu, v. LVIII, n. 257, p. 5-30, jan.-mar. 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividade de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. **Derechos y Libertades**. Madrid, n. 14, época II, p. 151-178, jan. 2006.

_____. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO E SILVA, Otavio. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20**: taylorismo, fordismo e toyotismo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2015_completo.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 10 out. 2015.

PRASSL, Jeremias. Employee Shareholder ‘status’: dismantling the contract of employment. **Industrial Law Journal**, Oxford, v. 42, n. 4, p. 307-337, dez. 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas. In CARVALHO, Catarina de Oliveira; GOMES, Júlio Vieira (Coord.). **Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?** Coimbra: Coimbra, 2011. p. 275-297.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REINO UNIDO. Growth and Infrastructure Act 2013. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/27/pdfs/ukpga_20130027_en.pdf>. Acesso em 13 nov. 2015.

RENAULT, Luís Otávio Linhares. Parassubordinação: para quê? In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 33-49.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12º do Código do Trabalho. In **Direito dos contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 345-408.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 268-286.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, ArionSayão. O princípio da proteção em xeque e outros ensaios. In ROMITA, ArionSayão. **O princípio da proteção em xeque**. São Paulo: LTr, 2003. p. 21-38.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, Milão, ano XXXII, n. 1, p. 103-122, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-284.

SOLER ARREBOLA, José Antonio. **La contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente: régimen jurídico en un entorno de descentralización productiva**. Granada: Comares, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 50-86.

_____. **Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

TEMPOS MODERNOS. Direção: Charlie Chaplin. Produção: Oceano Vieira de Melo. São Paulo: Versátil Home Video, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do direito. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 23-32.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VIZUETE, Esther Guerrero. **El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico laboral**. Valladolid: Lex Nova, 2012.