

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

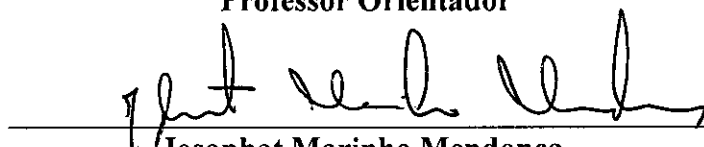
Aos 11 (onze) dias do mês de agosto de dois mil e quatorze realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 08h00, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **André Luiz Mascarenhas Freire**, intitulada *As novas dimensões do conceito de subordinação jurídica e a sua aplicação prática em clínicas de saúde na cidade de Salvador.*, estando presente o (a) Orientador (a), professor (a) **Danilo Gonçalves Gaspar**, os demais componentes da Banca Examinadora, Professor (a) **Josaphat Marinho Mendonça** e Professor (a) **Antônio Carlos Paula Oliveira** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência do Orientador e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Danilo Gonçalves Gaspar	9,0	
Josaphat Marinho Mendonça	9,0	
Antônio Carlos Paula Oliveira	9,0	

Nada mais havendo a tratar, o Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Danilo Gonçalves Gaspar
Professor Orientador



Josaphat Marinho Mendonça
Membro da Banca Examinadora



Antônio Carlos Paula Oliveira
Membro da Banca Examinadora

Salvador, 11 (onze) de agosto de 2014.





FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ LUIZ MASCARENHAS FREIRE

**AS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE
SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E A SUA APLICAÇÃO
PRÁTICA EM CLÍNICAS DE SAÚDE NA CIDADE DE
SALVADOR**

Salvador
2014

ANDRÉ LUIZ MASCARENHAS FREIRE

**AS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE
SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E A SUA APLICAÇÃO
PRÁTICA NAS CLÍNICAS DE SAÚDE NA CIDADE DE
SALVADOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Danilo Gonçalves Gaspar.

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUIZ MASCARENHAS FREIRE

**AS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE
SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E A SUA APLICAÇÃO
PRÁTICA EM CLÍNICAS DE SAÚDE NA CIDADE DE
SALVADOR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A
Deus, fonte inesgotável do meu estímulo, pela motivação, força e determinação na conclusão deste trabalho.
Ana, mãe querida, razão do meu viver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, luz infinita de inspiração em minha vida, por ter me auxiliado na conclusão deste presente trabalho, por ter me concedido a força, a motivação e o amor necessário para conclusão desta importante etapa de minha vida pessoal e profissional.

A Ana Lúcia, mãe, tão importante em meu caminhar. Razão de minha existência e principal pilar de sustento em minha vida. Agradeço pelo apoio de sempre, pelo amor, pela dedicação, estrutura e principalmente pela contribuição em minha educação para que pudesse me tornar a cada dia um homem melhor para mim e para o próximo. Espero do fundo do meu coração, que consiga orgulhá-la com este trabalho e com todas as minhas atitudes no decorrer de minha vida.

Aos meus familiares, em especial a minha tia avó Afra que muito embora não esteja mais nesse plano terrestre, está observando e enchendo de luz a minha vida e o meu caminhar.

Ao Professor Mestre Danilo Gonçalves Gaspar, a quem tive a honra e o privilégio de ter sido aluno e orientando, tendo a oportunidade de ter dividido um pouco de sua imensa sabedoria e do seu profissionalismo comigo. Em verdade, o meu agradecimento não se resume ao período de orientação deste trabalho, posto que, a minha orientação começou, independentemente da monografia, quando nas primeiras aulas de Direito do Trabalho I, o Professor Mestre Danilo Gaspar ajudou-me a encontrar no Direito do Trabalho uma das paixões em minha vida.

Agradeço ao Escritório de Advocacia Pessoa & Pessoa Advogados Associados e aos seus integrantes. Primeiramente, ao Professor Josaphat Marinho Mendonça por ter me concedido à honra de fazer parte deste importante escritório. Aos integrantes Doutores: Diego Costa Almeida, Maria Carolina Miranda, Tatiana Nunes, Benito Fernandez, Juliana Ribeiro, Marcela Vilas-Boas, Bruno Calmon, Vanessa Góes, Igor Teixeira, Nádia, Elzinha, entre tantos outros nomes. Vocês foram e são muito importantes na minha caminhada profissional.

Não poderia deixar de agradecer aos integrantes do escritório com quem tive a oportunidade de me aproximar mais, criando assim um vínculo de amizade.

Agradeço pela paciência, amizade e acima de tudo pela honra de ter vocês em minha vida: Alice Cardoso, Maria Andrade, Juliana Bacelar, Thifani Oliveira, Milena Bittencourt, Bruna Galperin, Flavia Leal, Samantha Bastos, Lorena Andrade, Louise Medrado, Namir Gabrielle e Renata Monteiro.

Agradeço a namorada e amiga Lisiane Pereira de Araújo, pela paciência, cumplicidade, companheirismo, e amor vivenciado e partilhado durante os 06 anos de relacionamento e por ser uma fonte de inspiração deste trabalho, despertando em mim um desejo de defesa dos clínicos prestadores de serviços.

“[...] é triste ver meu homem, guerreiro menino, com a barra de seu tempo por sobre seus ombros, eu vejo que ele berra, eu vejo que ele sangra a dor que tem no peito, pois ama e ama. Um homem se humilha se castram seu sonho, seu sonho é sua vida e vida é trabalho. E sem o seu trabalho, o homem não tem honra, e sem a sua honra se morre, se mata, não dá pra ser feliz [...]”.

(Gonzaguinha, 1983)

RESUMO

Estudo teórico exploratório, não exaustivo, que se propõe a analisar, de forma crítica, como o Direito do Trabalho vem disciplinando as novas relações de trabalho surgidas no período pós-industrial sob forte influência do Toyotismo, do fenômeno da globalização e neoliberalismo que entendeu pela configuração de um modelo de flexibilização das normas trabalhistas. Neste contexto, surgem diversas relações de trabalho que precisam ser analisadas, amparadas e tuteladas pelo Direito do Trabalho, sendo este fundamental na garantia da dignidade do homem. Todavia, ainda nos dias hodiernos, motivados pela necessidade de redução dos encargos trabalhistas, vários empregadores utilizam-se de técnicas e manobras para falsear as relações de trabalho, visando mascarar o vínculo empregatício. E, o critério que, freqüentemente vem sendo adotado é o da mitigação da subordinação jurídica clássica, isto é, a ausência de ordens diretas e flexibilização do poder diretivo do empregador. Neste ínterim, esta nova forma de entender as relações de trabalho enseja em diversas conseqüências para população, que sofre pela ausência de formalidade e da tutela do direito do trabalho nestas novas relações, deixando de haver o amparo das normas trabalhistas para essa enorme parcela da população.

Assim, vários profissionais da área de saúde, importante função exercida em favor de toda coletividade, vêm sofrendo com a ausência de informalidade devido ao enquadramento como prestador de serviços o que gera desmotivação e desistência da profissão, algo inconcebível para o cerne do Direito do Trabalho.

A partir disto, resta configurada a crise do conceito clássico da subordinação jurídica que era satisfeito apenas como sendo a aplicação de ordens diretas e exercício do poder empregatício para com o empregado. Restando, patente a necessidade do avanço no direito do trabalho de sua tutela a partir de novas dimensões do conceito de subordinação jurídica e a sua aplicação prática em clínicas de saúde, visando evitar o falseamento e garantindo o enquadramento do falso autônomo como empregado em face das novas dimensões do conceito de subordinação jurídica.

Palavras-chave: Subordinação jurídica; prestador de serviços; autônomo; relações de trabalho; Direito do Trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF/88	Constituição Federal da República
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2.HISTÓRICO: ORIGEM EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	17
2.1 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	24
2.2 ANÁLISE CRÍTICA DO PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO	25
2.3 MODELOS <i>FORDISTA/TAYLORISTA</i> E <i>TOYOTISTA</i>	28
2.4 OS PRINCÍPIOS COM FORÇA DE NORMA	32
2.4.1 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito do Trabalho	34
2.4.2 Os Princípios específicos do Direito do Trabalho.....	35
2.4.3 Princípio da Proteção.....	36
2.4.4 Desdobramentos do Princípio da Proteção	38
2.4.5 Do Princípio da Primazia da Realidade	40
2.4.6 Princípio da Irrenunciabilidade (indisponibilidade) dos Direitos Trabalhistas	41
2.4.7 Princípio da Boa-Fé	42
3. A RELAÇÃO DE TRABALHO EM SENTIDO AMPLO E ESTRITO/CONTRATO DE EMPREGO	44
3.1 ATIVIDADE DE TRABALHO/GÊNERO E ESPÉCIE.....	44
3.2 O TRABALHADOR AUTÔNOMO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS	48
3.3 DO CONTRATO DE EMPREITADA: CARACTERÍSTICAS	58
3.4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO	62
3.5 A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E O CONTRATO DE EMPREGO	63
3.6 REQUISITOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO	66
3.6.1 Pessoaalidade	67
3.6.2 Não eventualidade.....	68

3.6.3 Onerosidade	71
3.6.4 O elemento da subordinação.....	71
3.7 SUBORDINAÇÃO	71
3.7.1 Subordinação x Poder empregatício	72
3.7.2 Origem e conceito clássico da Subordinação	75
3.7.3 Subordinação Jurídica elemento diferenciador e o critério da dependência	79
3.7.4 Expansões do conceito de subordinação.....	87
3.7.5 A dependência Técnica.....	88
3.7.6 A dependência econômica	89
3.7.7 A dependência Social	90
3.7.8 Discussões conceituais e a natureza da subordinação jurídica.....	91
3.8 A CRISE DO CONCEITO CLÁSSICO DE SUBORDINAÇÃO.....	95
4. AS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO E A APLICAÇÃO EM CLÍNICAS DE SAÚDE NA CIDADE DE SALVADOR	102
4.1 DA NECESSIDADE DE NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO	103
4.1.1 A subordinação objetiva.....	107
4.1.2 A subordinação estrutural.....	110
4.1.3 A subordinação integrativa	112
4.1.4 A subordinação reticular	114
4.1.5 A subordinação potencial.....	116
4.1.6 Da parassubordinação.....	119
4.2 O REGIME DE CONTRATAÇÃO DAS CLÍNICAS DE SAÚDE E A APLICAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A APLICAÇÃO DAS NOVAS DIMENSÕES. A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS TRABALHISTAS EM UM PONTO DE VISTA SOCIOLÓGICO.....	121

4.2.1 A aplicação da anacrônica subordinação clássica para os clínicos na cidade de Salvador.....	124
4.3 AS NOVAS DIMENSÕES E A APLICAÇÃO PRÁTICA.....	128
4.3.1 A aplicação das novas dimensões da subordinação em clínicas de saúde.....	130
5. CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS.....	134

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia utiliza o método dissertativo ideológico com objetivo descrever uma real situação fática partindo de um marco teórico e desenvolvendo, a partir de uma análise jurisprudencial, uma análise visando a tomada de uma diretriz que possa ter uma utilização e colaboração sociológica e científica para sociedade.

Adentrando nas noções introdutórias desta presente monografia, é possível traçar os principais pontos a serem enfrentados nesta presente obra.

Neste caminhar, é de bom alvitre destacar o nó górdio do presente trabalho recorrendo ao histórico e a evolução do Direito do Trabalho.

Como será externado com riquezas de detalhes no segundo capítulo, o Direito do Trabalho nasce de um clamor social pela intervenção Estatal com objetivo claro de tutelar os trabalhadores que se encontravam em condição de desamparo e exploração. O momento em tela é marcado pelo período das grandes Revoluções (Revolução Francesa e Revolução Industrial), que preceituavam os ideais de liberalismo, com intervenção mínima Estatal – chamado Estado mínimo – liberdade e fraternidade.

A busca pela igualdade e fraternidade, todavia, era uma falácia, pois, o homem se valia da necessidade do seu próximo para explorá-lo.

No entanto, estes preceitos ecoavam pela sociedade da época, e neste momento o homem passou a viver sob um regime de ausência estatal em que imperava a lógica e a determinação da autonomia da vontade.

Diante deste quadro, as relações de trabalho ocorriam de maneira desigual, isto é, o trabalhador laborava pela necessidade enquanto que o tomador de serviços por exercer uma maior vantagem econômica, abusava da exploração dos obreiros, entendendo que o fato de existir uma necessidade do trabalhador faria com que este último aceitasse todas as condições imposta.

É neste contexto, que surge a primeira ideia de subordinação, sendo que, com a intervenção Estatal que disciplinou normas trabalhistas espaçadas objetivando tutelar esse trabalhador explorado, o primeiro aspecto a ser discutido e tratado pela doutrina foi a subordinação.

Em verdade, a principal observação a ser mensurada é o fato do Direito do Trabalho nascer com o principal objetivo de proteção aos trabalhadores que se encontravam em uma posição de hipossuficiência, expostos aos abusos impositivos dos tomadores de serviços.

Neste íterim, é plenamente possível observar que o Direito do Trabalho germina justamente no intuito de combater a subordinação abusiva e excessiva imposta ao trabalhador, fazendo com que a disciplina das normas trabalhistas e a sua tutela ficasse restrita aos trabalhadores que laboravam sob a condição de subordinados, limitando essa subordinação a um grau possível de dignidade de pessoa humana.

Nasce a partir daí o trabalhador assalariado com direitos tutelados e com o enquadramento de empregado, pois, com a existência da subordinação e exercício do poder empregatício do empregador para subordinar o empregado, o ordenamento jurídico previu uma contrapartida para o obreiro que passou a ter direitos assegurados em face deste vínculo empregatício.

A demonstração deste histórico tem como função externar que àquela relação de trabalho existente, em que o trabalhador fabril era exposto aos mais diversos tipos de abusos, precisava de um amparo. Essa intervenção e proteção é a lógica e a razão de ser do Direito do Trabalho.

Seguindo essa trilha, em mesmo capítulo, esta monografia irá expor que a essência da criação das normas trabalhistas pode ser verificada e justificada no ordenamento pátrio também pela utilização dos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Será dado destaque especial à força normativa dos princípios que impõe a sua aplicação, em tempos hodiernos, com o prisma de norma, visando tutelar e amparar o lado mais hipossuficiente da relação de trabalho, qual seja, o trabalhador.

Note-se que, o ordenamento jurídico do Direito do Trabalho confere proteção ao trabalhador que está em evidente desequilíbrio na relação de trabalho, sendo nos tempos atuais vítima de diversos abusos e falseamentos existentes.

A principal forma de falseamento que será retratada e discutida nesta presente monografia, brota das diversas mudanças ocorridas ao longo dos anos na sociedade pós moderna.

Serão tratados os principais aspectos da globalização, avanço tecnológico, e

mudança do modelo produtivo que desencadeou a forte utilização do modelo *toyotista*, que tinha uma premissa diferenciada do modelo *fordismo/taylorista*, entre uma dessas diferenças a consideração de colaboradores ao invés de empregados.

A partir desta ideia somada com os demais acontecimentos, a consequência para os trabalhadores foi a existência de uma flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho, aliás, este será um dos principais pontos que serão aclarados ao longo do presente trabalho, a necessidade de uma atualização das novas relações de trabalho existentes e criadas a partir da mudança desse panorama social em que se flexibilizou às relações de trabalho e eclodiu a figura do trabalhador autônomo de maneira freqüente nestas relações.

Assim, como este trabalho defende que a criação do Direito do Trabalho é justamente para tutela do trabalhador, não é plausível que novas relações surjam e não mereçam o amparo destas normas trabalhistas.

Nesta quadra, o capítulo três desta presente monografia trata justamente do principal amparo dado ao trabalhador em uma relação de trabalho, qual seja o vínculo empregatício.

Serão expostos todos os elementos que juntos são capaz de configurar uma relação de emprego, com a atenção especial ao elemento mais emblemático e definidor, a subordinação.

Afinal, quando se fala em flexibilização – influência do *toyotismo* – nas relações de trabalho, em verdade está se tratando da mudança de paradigma em relação ao elemento subordinação.

A subordinação jurídica quando foi assimilada pelo ordenamento tinha como realidade fática o trabalhador fabril, tendo como fundamento de sua razão de ser a aplicação direta do poder empregatício do empregador em relação ao empregado, justamente porque era a realidade vivida na época do *fordismo/taylorismo*.

A partir do novo panorama instalado que consagrou o *toyotismo* o elemento subordinação foi deveras mitigado, visando a contratação de trabalhadores sob a égide de prestadores de serviços. Este fato causou imenso impacto de desregulamentação das normas trabalhistas e deixou boa parcela dos trabalhadores sem a disciplina e o amparo das normas trabalhistas.

Como será tratado, que o regime de prestação de serviços deve ser utilizado como forma subsidiária, devendo ser priorizado o trabalho com enquadramento do emprego, justamente para consagração de todo o preceito constitucional do trabalho como direito fundamental.

No entanto, às novas relações de trabalho usam e abusam da utilização do trabalho autônomo, fazendo com que se instalasse uma crise no conceito clássico da subordinação. Tal cenário ensejou a discussão para que dois caminhos fossem necessários, a ampliação do objeto das normas trabalhistas ou a criação das novas dimensões do conceito de subordinação, objetivando acompanhar e tutelar essas novas relações trabalhistas criadas.

De maneira clarividente, este trabalho optou pelo segundo caminho o de considerar a aplicação das novas dimensões do conceito da subordinação, dando um destaque para cada uma dessas espécies.

Ademais, é preciso demonstrar que os tribunais ainda nos dias de hoje diante da presença e da necessidade de ampliação do conceito de subordinação, vêm aplicando o ultrapassado conceito de subordinação clássica, o que prejudica bastante os trabalhadores que estão incorporados em uma situação em que o uso do trabalho como prestador de serviços é senso comum.

É neste panorama que se encontram os trabalhadores da área de saúde na cidade de Salvador, afinal, a realidade prática e vivenciada por estes trabalhadores é o de serem inseridos em uma estrutura que nos casos é uma clínica, exercendo um trabalho com todos os requisitos do vínculo empregatício, mas com o falseamento estabelecido pelo fato de não haver a ordem direta do empregador ou o controle de horário. Isto é, mascara-se a subordinação, como forma de estabelecer a prestação de serviços, uma total aberração jurídica como será explanado em momento porvindouro.

A conseqüência desta abusiva prática usual por parte dos empregadores é uma desmotivadora informalidade que gera o afastamento dos trabalhadores da área e faz com que profissionais da área de saúde se encontrem em uma total situação de desamparo das normas trabalhistas.

A partir destas explicações ora externadas, o presente trabalho visa contribuir de maneira a considerar que o ordenamento pátrio passe a uniformizar a sua

jurisprudência no sentido de considerara a crise da subordinação clássica para adequação dos trabalhadores de serviços inseridos em estrutura alheia, e passe a utilizar as novas dimensões do conceito de subordinação jurídica para tutela destes trabalhadores da área de saúde.

É também imperativa a análise sociológica do dano provocado a esses trabalhadores que de maneira degradante observam o seu labor sendo realizado sem o menor amparo e tutela do Direito do Trabalho, deixando de observar direitos relacionados férias, licença a maternidade, 13º salário, aviso prévio, entre outros direitos.

Análise esta que será feita no último capítulo procurando demonstrar os motivos que ensejam uma desmotivação destes trabalhadores na continuidade de sua profissão.

Não poderia deixar de ser abordado também no último capítulo uma demonstração de como os tribunais da 5ª Região vêm considerando de modo equivocado a subordinação clássica como elemento diferenciador, restringindo-se a análise de controle de horas de jornada.

Neste particular, o trabalho busca exteriorizar uma necessidade de manifestação e postura do TST- Tribunal Superior do Trabalho, para que seja dado um posicionamento uniforme acerca do tema, sendo de bom grado uma Súmula vinculante que defina as dimensões da subordinação como importantes elementos a serem apreciados, visando a não ocorrência de decisões contraditórias restando assim a sensação de frustração.

2. HISTÓRICO: ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

Ao iniciar as tratativas da presente temática tão de vanguarda quanto às novas dimensões do conceito de subordinação jurídica, é mister tecer considerações sobre a história e evolução do Direito do Trabalho.

O objetivo é contextualizar o leitor e demonstrar que ao longo de séculos, a relação entre trabalhador e tomador dos serviços foi conferida de modo desequilibrado, sendo que, em determinado momento houve à necessidade de intervenção Estatal, com desígnio de preservação da dignidade humana do trabalhador.

Esta análise se faz necessária para que seja entendida à necessidade de evolução dessa tutela para os novos tipos de relação trabalhistas que estão ocorrendo nos tempos presentes, isto é, analisando à luz da história, é possível compreender com mais cuidado os problemas e a necessidade dos conflitos do presente.

Na análise de José Augusto Rodrigues Pinto¹, o trabalho humano e as suas repercussões são tão velhos quanto os primeiros impulsos de civilizações oriundas do racionalismo. Todavia, a relação de trabalho humano prestada pessoalmente em proveito de outrem e retribuído de forma sistemática, só foi propiciada após a Revolução Industrial.

Com efeito, o trabalho sempre existiu desde os primórdios da vida humana, lembra Sérgio Martins² que o trabalho já era considerado desde a origem da humanidade, ou seja, o livro Gênesis da Bíblia, já trata o trabalho como um castigo, já que Adão teve de trabalhar para comer em razão de ter comido o fruto proibido.

Com efeito, o trabalho sempre foi considerado ao longo da história como um castigo, e não poderia ser diferente, o termo “trabalho” encontra sua origem no latim *tripalium* instrumento de três paus utilizado pelos agricultores para bater, castigar os animais, a referência desse termo é fazer *jus* de maneira proposital ao castigo, já que o trabalho sempre foi visto desta forma.

Nas primeiras relações humanas, o trabalho escravo foi a primeira forma

¹ PINTO. José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2007, p.33.

² MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.4-6.

estabelecida de trabalho. É intuitivo que neste período, os escravos que eram visto como apenas uma coisa, não fazendo *jus* a qualquer direito trabalhista, sendo mera propriedade *dominus* do dono, o único direito do escravo confundia-se com o seu dever, qual seja, o de trabalhar.

Na Grécia, e em Roma os escravos realizavam o trabalho pesado, enquanto que os outros cidadãos tinham a possibilidade de ser livres, sendo que, em Roma no ano de 284 a.C, a Lex Aquilia reforçava o entendimento de que o escravo era visto como mera coisa.

Com relação ao homem livre, não se pode afirmar que este não exercia algum trabalho, Sergio Martins³ não vacila ao citar as formas de trabalho exercida em Roma pelo homem livre, sendo estas classificadas como: *locatio conductio rei* (arrendamento de coisa); *locatio conductio operarum* (locação de serviços mediante pagamento); *locatio conductio operis*, (entrega de uma obra ou resultado mediante pagamento).

Perceba, caro leitor, que neste período da história fica estabelecida a origem tanto do contrato de prestação de serviços, e do contrato de empreitada, contratos que são de tutela atual do Código Civil de 2002, e que serão discutidos nesta monografia como forma de distinção entre a relação empregatícia e estes trabalhos *latu sensu*.

Ultrapassado esse período na história, um segundo momento, não mais feliz para o trabalhador, se configura. Adentrando a idade média, surge a época do Feudalismo, em que uma nova relação acaba se estabelecendo, os chamados senhores feudais, davam proteção e segurança aos servos que não eram livres e tinham que trabalhar para obtenção da contrapartida dada pelos senhores.

Veja-se que o trabalho aqui não também não era visto como opção, estes servos não eram livres e tinham de trabalhar para garantir a proteção pelo uso da terra, enquanto os nobres não tinham qualquer contato com o trabalho.

A terceira etapa ao longo da história do desenvolvimento do trabalho pode ser configurada a partir do serviço manufaturado, presentes as corporações de ofício, sendo componentes desta estrutura os mestres, aprendizes e companheiros, sendo os mestres donos da oficina, os companheiros os trabalhadores que recebiam uma contrapartida dos mestres, e os aprendizes menores que recebiam aprendizado dos

³ *Ibidem, loc.cit.*

mestres para o exercício da profissão.

Neste período, esse trabalho era demasiado exaustivo, as jornadas de trabalho ocupavam o período de 18 horas, sendo que os aprendizes passavam a trabalhar desde os 14 ou até mesmo 12 anos a depender do país.

Com a evolução do trabalho manufaturado para o trabalho industrial, era possível apurar jornadas cada vez mais longas, já que com a invenção do lampião a gás, as indústrias começaram a trabalhar no período noturno.

Essas corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa (1789), pois eram consideradas contraditórias com o ideal pregado de liberdade do homem, com isso, o Decreto D'Allarde (1791), deu início a era da liberdade contratual, dando liberdade para qualquer pessoa realizar qualquer negócio ou exercer qualquer profissão, configura-se então a era da liberdade contratual e liberdade do trabalho.

Há que ser feita a devida consideração de que neste período de Revolução Francesa, foi o primeiro momento em que o trabalho passou a ser visto como fonte de subsistência do homem, reconhecendo neste período os direitos econômicos e sociais, e impondo ao Estado a obrigação de dar meio do empregado garantir a sua subsistência.

Somente que, o Estado nesse período era o liberal, o movimento de liberalismo no século XVIII, pregava a idéia de liberdade e autonomia da vontade. A partir da Revolução Industrial o trabalho foi transformado e emprego, e os trabalhadores começaram a receber salário.

Inicia-se uma substituição evidente, o trabalho manufaturado vai sendo totalmente substituído pela indústria e uso de máquinas.

Porém, essa influência da liberdade pregada na Revolução Francesa, e utilização das máquinas com a fase da Revolução Industrial, não foi bem-aventurada para o empregado.

O empregado estava acostumado em uma relação de trabalho como agricultura e trabalho manufaturado, com a implementação da máquinas, estes trabalhadores ficaram sem emprego, e necessitando trabalhar eram vítimas dos mais constantes abusos, jornadas de trabalho exorbitante chegando a 18 horas diárias, menores e mulheres exploradas e uma relação totalmente arbitrária privilegiando quem tinha

maiores condições financeiras para propor sua vontade. Era o período considerado como a lei do mais forte, em que quem tinha mais, mandava mais, e tinha a autonomia da vontade preservada para contratar com absoluta liberdade.

Diante deste quadro, trabalhadores passaram a se associar visando melhores condições de trabalho, era o momento de o Estado intervir nessa relação.

Em consonância com esse quadro, Sérgio Martins⁴ resume que:

Começa a haver necessidade de intervenção estatal nas relações do trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores, a ponto de serem exigidos serviços em jornadas excessivas para menores e mulheres, de mais de 16 horas por dia ou até o pôr do sol, pagando metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens.

Note-se, que neste momento, não existe uma forma de escravidão, o homem livre busca espontaneamente ser subordinado pelo empregador detentor da força de produção, por mera necessidade, a busca pelo sustento próprio e/ou da família fazia com que o obreiro aceitasse trabalhar em condições quase desumanas. E, com relação ao empregador, não havia qualquer limitação para os seus abusos, pois, com o invólucro das ideias da Revolução Francesa, configuração de um Estado Mínimo a partir do liberalismo, reinava a era da autonomia da vontade e liberdade contratual, dando ao empregador armas para direcionar o trabalho como bem entendesse. É o uso de modo arbitrário do poder de direção do trabalho concedido ao trabalhador.

Perceba-se que, é o primeiro momento – a partir do homem livre – em que existe uma relação entre empregado e empregador, porém, esta relação inicia-se de forma claramente desigual, necessitando de uma intervenção Estatal para o equilíbrio e tutela do trabalho.

Veja-se que, foram séculos em que o trabalho era visto como um prisma de castigo, sendo o trabalhador violado e abusado das mais diversas formas, primeiramente como escravo, e neste momento como vítima de sua própria condição econômica, sendo refém de sua própria necessidade, o que ensejava o abuso desta situação por parte do empregador que contava com a ausência de intervenção do Estado.

Em suma, verifica-se que a perspectiva de trabalho como castigo prolongou-se durante muitos séculos na história, sendo importantes para a continuidade desta

⁴ *Ibidem. loc.cit.*

constatação os dois históricos e destacáveis movimentos: Revolução Industrial e Revolução Francesa século XVIII, nas palavras de José Catharino⁵ não se pode falar de direito do trabalho antes do século XVIII, sendo a fase anterior retratada como fase pré-histórica. Isso porque, neste período, o sistema manufaturado perdeu forças para os movimentos industriais e o homem passava a ser visto como dono de si próprio, a burguesia assumiu o poder e sob os pilares de “igualdade, liberdade e fraternidade” surge uma nova visão para as relações humanas. Era o período do homem livre, só que regido pela lei do mais forte.

Neste sentido, enquanto o homem era governante de si próprio, cresce a autonomia da vontade, e diminui a intervenção estatal, de modo que, as relações entre os homens começaram a desequilibrar. Ora, em uma época em que não havia proteção estatal, o mais forte é a lei como bem determinou Lacordaire⁶: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o servo e o senhor, a liberdade escraviza, e a lei liberta”, essa definição é a melhor forma de retratar o exato momento vivido no liberalismo clássico.

A partir daí, pode-se afirmar que as relações trabalhistas eram totalmente pautadas na autonomia da vontade entre empregados e empregadores, sendo que essa premissa gerava um evidente desequilíbrio, pois, o trabalhador necessitava do trabalho e o empregador valia-se dessa condição de vulnerabilidade do empregado para estabelecer suas próprias regras. O reflexo desta relação repercutia em jornadas de trabalho desumanas, ausência de direitos trabalhistas, inexistência de proteção contra práticas abusivas e uma subordinação vista como a de um escravo ao seu senhor, ou até mesmo uma servidão presente nos tempos da idade média.

Convém especificar analisando a subordinação, que para o Professor Godinho Delgado⁷ o trabalho livre que fora constatado após os movimentos históricos supra mencionados, seria um pressuposto do trabalho subordinado seja pela via histórica, seja pela via material e lógica, supondo uma sujeição pessoal, que só pode ser vista de forma estruturada a partir da revolução industrial, sendo que somente a partir daí o trabalhador poderia ser visto como membro estruturante vinculado ao sistema

⁵ CATHARINO. José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 1981, p. 3-4.

⁶ LACORDAIRE. Henri Dominique. **Conférences de Notre Dame de Paris**. Paris: Sagnier et bray, 1848, p.246.

⁷ GODINHO. Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTR, 2014, p.86.

normativo, era como se o trabalhador nesse momento fosse visto como livre, mas ao mesmo tempo tinha sua liberdade incompleta pela necessidade de trabalhar sendo um negociador de sua própria mão de obra, mas sujeito às condições do seu empregador. Isto é, seria essa a primeira forma de subordinação trabalhista, sendo que o homem livre, pela necessidade do trabalho, aceita colocar na mão do empregador o seu trabalho em face de uma contrapartida salarial.

É imperativo evidenciar que a partir deste exato momento surge o trabalho assalariado, mas até o quanto iria ser pago era determinado pelo empregador, como bem determina Danilo Gaspar⁸:

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

Como preceitua Hugo Gueiros⁹ o menosprezo do trabalho e a sua exaltação decorreram em muitos séculos após, até que, na Idade Moderna, a burguesia desenvolvesse com eficácia os fatores de produção superando as barreiras da revolução industrial.

Surge a partir disto o Direito do Trabalho, como reflexo da intervenção Estatal visando garantir o bem estar social e melhorar as condições do trabalho, tendo o direito do trabalho a função de limitar os abusos do empregador que sempre teve como costume a exploração do obreiro.

É importante mencionar, que ao ser tutelado pelo Estado, o trabalhador passa a ser protegido juridicamente pela primeira vez ao longo da história, e a premissa dessa proteção é a de assegurar uma superioridade jurídica para o empregado em razão de sua inferioridade econômica. A lei passa então a traçar limites à autonomia privada dos empregadores, estabelecendo condições de trabalho que devem ser respeitadas e cumpridas pelo empregador.

Diante disto, uma série de leis ao longo dos países passaram a ser instituídas visando a tutela do empregador, a título de exemplo pode-se mencionar a lei de Peel, na Inglaterra de 1802, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos, e limitação da jornada de trabalho em 12 horas, além da imposição de limite para o

⁸GASPAR, Danilo Gonçalves. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 36.

⁹ BERNARDES. Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. v.6. São Paulo: LTR, 1989.p.14.

início do trabalho, não podendo o trabalho iniciar antes das 06 horas, e nem terminar após às 21 horas. Na França, em 1814, o trabalho aos domingos e feriados foi vedado, e em 1839 foi proibido o trabalho de menores de 09 anos.

Em 1886, no dia 1º de maio, em Chicago (EUA), trabalhadores organizaram greves e manifestações visando melhores condições de trabalho, especialmente a redução da jornada de trabalho de 13 horas para 08 horas. Diante disto, esta data tornou-se histórica como o dia internacional do trabalho, sendo adotada por governos e sindicatos como a data símbolo deste dia.

Neste passo, ao longo dos anos a tutela jurídica para o trabalhador avançava e na Espanha em 1900 as leis começaram a limitar o trabalho para o menor e para a mulher, além de estabelecer o descanso semanal, associação de direito à greve previsto na lei de Helgas em 27.04.1908.

Neste passo, o movimento de tutela do trabalhador começou a ser considerado na elaboração da Constituinte de alguns países, ao final da primeira guerra mundial, surge o então conhecido Constitucionalismo social, sendo incluído nas mais diversas constituições a valorização do trabalhador, sendo o direito ao trabalho considerado como um direito fundamental. Pode-se dizer que neste momento, configura-se o Estado Social.

A primeira constituinte que fez menção ao direito do trabalho como sendo direito fundamental foi a do México de 1917, determinando jornada de trabalho de no máximo 08 horas diárias e proteção à maternidade além de outros direitos como a proteção contra acidente de trabalho.

Não obstante, a Constituição de Weimar de 1919 seguiu essa trilha criando um sistema de seguro social e possibilidade do trabalhador laborar com fixação de salário. Surge também em 1919 o tratado de Versalhes, protegendo internacionalmente o trabalhador, através da expedição de convenções e recomendações neste sentido.

Outro importante momento ao longo da história e evolução do direito do trabalho foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevendo direitos aos trabalhadores como férias remuneradas, repouso, e lazer.

Nesta senda, com o avançar dos anos, surgiu novo movimento a favor do neoliberalismo, que entendeu pela não intervenção estatal nas relações de trabalho,

porém, tal aventura não pode ser confirmada, haja vista que o trabalhador é pessoa vulnerável e depende de proteção estatal.

2.1 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

É de bom alvitre tecer rápidas considerações sobre o histórico e a evolução do direito do trabalho em terras brasileiras, com objetivo de situar o leitor sobre a maneira como se deu a implementação e tutela desses direitos em *terras brasilis*.

Não muito diferente do panorama internacional, o direito do trabalho demorou para ser tutelado em território nacional como bem define Sergio Martins¹⁰ as Constituições Brasileiras versavam apenas sobre a forma do Estado e sistema de governo, sendo omissa acerca de direitos fundamentais e outros ramos.

Seguindo influência internacional, a Constituinte de 1824 tratou de afastar as corporações de ofício, dando liberdade para o exercício das profissões, e a Constituição de 1891 previu a liberdade para associação.

Após transformações ocorridas na Europa em face da primeira Guerra Mundial, e o aparecimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), novas normas com cerne protetivo passaram a ser criadas visando à proteção ao trabalhador e tutela trabalhista.

Em 1930, criou-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, órgão com competência para expedição de decretos. Em 1934 surge a primeira Constituição brasileira que tratou especificamente de direito do trabalho, sob forte influência do movimento constitucionalista ao redor do mundo, foram previstos na Carta Magna entre outros direitos a isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, além de férias remuneradas. Marco imperativo que deve ser referenciado é o surgimento da Justiça do trabalho que se deu em 1939 no governo de Getúlio Vargas.

Neste momento, o Estado brasileiro passa a ser extremamente intervencionista, devido ao golpe de Estado do Presidente da época Getúlio Vargas, com isso a Constituição de 1937 marca esse período de intervencionismo Estatal.

¹⁰ MARTINS. Sergio Pinto. *op.cit.* p. 10

A conjuntura de várias normas esparsas abordando sobre direito do trabalho, fez com que fosse necessário a criação de uma sistematização dessas regras, com isso criou-se a CLT através do decreto lei nº 5.452, em primeiro de maio de 1943.

Nas seguintes constituições, de 1946 e 1967, constatou-se que os direitos trabalhistas eram cada vez mais tutelados havendo a instituição de novos direitos.

Por fim, com a Constituição cidadã de 1988, os direitos trabalhistas foram considerados no rol de direito fundamentais e direitos sociais do cidadão, devendo ser preservado e tutelado pelo Estado. Na análise de Rodolfo Pamplona¹¹ o aspecto fundamental para o desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil é a sua constitucionalização, tendo a Carta Mãe de 1988 avançado em alguns mecanismos de tutela, principalmente no que tange a inclusão do trabalho como direito fundamental, e preservou alguns institutos autoritários e corporativos oriundos da política fascista italiana.

2.2 ANÁLISE CRÍTICA DO PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO

Destacados os principais elementos históricos do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil, é preciso analisar a partir destes aspectos expostos, a situação atual do Direito do Trabalho em ordenamento jurídico pátrio.

Convém destacar que, durante muitos séculos ao longo da história, o trabalhador laborou sob a condição de escravo, servo, e/ou refém de sua própria necessidade sendo vítima de incomensuráveis abusos à sua dignidade.

Ao sopesar esses eventos, fica notório que o direito do trabalho não foi mera limitação na autonomia da vontade do cidadão, o direito do trabalho nasceu por necessidade de proteção ao homem, corroborando com o quanto preceituado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disto, verificando o contexto do surgimento do Direito do Trabalho, é válido considerar que não deve esse direito tornar-se anacrônico, e sim acompanhar as novas relações existentes no âmbito do trabalho.

Ora, o Direito do Trabalho nasce visando proteger o trabalhador dos abusos

¹¹ PAMPLONA, Rodolfo. **Novos Ramos em Direito do Trabalho**. Salvador: p.47

presentes nas relações de trabalho daquela época, ocorre que, os relacionamentos humanos evoluíram e evoluem de modo cada vez mais rápido, influenciado pela globalização e pela tecnologia, é cada vez mais difícil para o operador do direito e para o legislador prevê de forma suficiente todos os conflitos existentes neste novo cenário. Também por causa disto, os princípios foram enquadrados como fontes de norma e elemento capaz de solucionar conflitos com força de norma.

Neste particular, pode-se citar o quanto definido por Ricardo Luiz Coltro Antunes¹² a sociedade contemporânea presenciou fortes transformações, dentre estas podendo ser incluídas o neoliberalismo e a reestruturação produtiva, o que acarretou entre outros aspectos no aumento do desemprego e na informalidade das relações de trabalho.

Isto é, uma total reformulação do sistema produtivo clássico considerado *fordista*, e até mesmo o sistema *toyotista* baseado na produção por perfil começa a ruir, o fato é que, como bem apontado por Ricardo Antunes¹³ quanto mais a tecnologia se desenvolve a concorrência é maior e a desmontagem do sistema de produção é frequente para aqueles que não conseguem acompanhar a intensa velocidade.

Com isso, diversas novas relações de trabalho são criadas visando amenizar os altos encargos trabalhistas e tributários, bem como os altos valores de investimentos necessários para gerenciamento e aplicabilidade de tal tecnologia.

Neste passo, é necessário que o Direito do Trabalho também avance para que a tutela tão batalhada e conquistada com muito custo, suor e sangue, continue estabelecendo seu papel sobre essas novas relações existentes.

De outra mão, o movimento determinado como neoliberalismo mostra interesse em um novo afastamento Estatal, e o grupo empresariado passa a entender o Direito do Trabalho como um vilão moderno, pois devido a sua demasiada intervenção geraria um problema para o desenvolvimento econômico.

Como bem determina Danilo Gaspar¹⁴

A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas passava a ser questionada. Se, em determinado momento, reclama-se do Estado uma

¹² ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. Neoliberalismo, Reestruturação Produtiva e Mudanças no Mundo do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campo dos Goitacases:FDC, Ano II, nº2 e Ano III, nº3, abr/2002, p. 227/245

¹³ *Ibidem.*, *loc.cit.*

¹⁴ GASPAR. Danilo Gonçalves. *op.cit.* p.45

intervenção para minimizar as desigualdades sociais, agora se reclamava mais uma vez o afastamento Estatal para se permitir o desenvolvimento econômico.

Deve ser destacado, que essa preocupação advém do sistema capitalista que determina um sistema de produção e cada vez mais lucro.

Neste particular, o próprio Estado ao conceder ou permitir ao ente privado que atue privatizando serviços públicos, também precisa diante de um sistema cada vez mais voraz, garantir o desenvolvimento econômico, também tutelado pela Constituição Federal de 1988.

Somente que, não pode ficar o trabalhador refém deste cenário, sob pena de mais uma vez ser o único a arcar com o ônus do sistema governamental implantado. Ou seja, não pode o trabalhador ser a única vítima do capitalismo, ao contrário, o trabalhador deve ser privilegiado nesse sistema, pois com melhores condições de trabalho, poderá produzir com mais eficiência, qualificação e bem-estar, garantindo um melhor trabalho prestado e como conseqüência um maior percebimento de lucro para a Sociedade Empresarial pela qual está vinculado.

Sendo assim, a primeira mudança deve ser conceitual, como bem determina Vólia Bomfim¹⁵ se no passado o trabalho tinha conotação de tortura, atualmente significa toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva.

A segunda mudança no panorama deve ser o acompanhamento da tutela do direito do trabalho para as novas situações que surgiram nas novas relações de trabalho, pois, em face dessa dificuldade de se manter nesse cenário capitalista, muitos empregadores estão utilizando de novas práticas para falsear as relações trabalhistas *strictu sensu* vínculo de emprego, procurando evitar os encargos trabalhistas dessa relação, empresas passaram a falsear e mascarar essa relação. Esse pensamento surge após a crise do petróleo nos anos 70, em que se instalou o *toyotismo*, movimento que segundo Guilherme Feliciano¹⁶ visou a flexibilização do Direito do Trabalho, sendo uma diretriz política que tem como objetivo atenuar os direitos trabalhistas. Nesta toada, tal influência merece ser considerada com toda atenção do ordenamento jurídico para que possa existir o acompanhamento e a tutela para garantir ao trabalhador toda a assistência devida diante de sua

¹⁵ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 3

¹⁶ FELICIANO. Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.135

vulnerabilidade. Seguindo assim o verdadeiro objetivo do Direito do Trabalho, qual seja nas palavras de Amauri Mascaro¹⁷ “o direito do trabalho tem como fim a realização da justiça”.

Em verdade, como apontado por Ricardo Antunes¹⁸, os sistemas de produção *fordista* e *taylorista* estão sendo paulatinamente substituído ou alterado por formas produtivas e desregulamentadas das quais a flexibilidade e a desregulamentação tomam conta, como exemplo, o sistema *toyotista*.

Analisada esta noção, é possível determinar que os movimentos de crise do sistema produtivo fabril, globalização, neoliberalismo, flexibilização e desregulamentação baseado no *toyotismo*, enseja no chamado fenômeno do profissional liberal ou autônomo, que vê sua tese crescente a partir de tais mudanças ao longo da sociedade.

Ocorre que, como bem defendido por Rodrigo de Almeida e Maurício Requião¹⁹ na medida em que o Estado deixa de intervir, os direitos sociais são mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização.

Com efeito, é o que vem ocorrendo diante das mudanças que marcaram às novas relações de trabalho, a formalidade tão pleiteada e lutada para os trabalhadores, simplesmente voltou a dar lugar ao mascaramento e falseamento das relações, inserindo a figura do falso prestador de serviços.

2.3 MODELOS FORDISTA/TAYLORISTA E TOYOTISTA

Uma boa forma de demonstrar a existência da modificação nas relações de trabalho e tentativa de falseamento por parte do empregador dessas relações está na análise destes dois modelos existentes o Fordista que retrata um período específico da evolução do Direito do Trabalho, e o modelo Toyotista, que marca esse início de mudança na visão do empregado.

Veja-se detalhadamente, o fordismo foi criado por Henry Ford e tinha como

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva 2012, p.39

¹⁸ ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro Antunes. *op.cit.,loc.cit.*

¹⁹ DE ALMEIDA, Rodrigo. Limites à autonomia privada: um mal necessário?. *In*: Maurício Requião (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm,2014, p.158-163.

característica o trabalho subordinado em sua forma mais clássica, isto é, como bem acentua Danilo Gaspar²⁰ o modelo fordista se caracterizava pela verticalização da empresa, sendo que esta dominava passo a passo todo o ciclo de produção, era um modelo pautado no trabalho em que o trabalhador era constantemente controlado pela sociedade empresarial que estabelecia regras e diretrizes de subordinação do trabalhador. Outra característica importante deste sistema é produção em massa, com grande estoque de produtos o que gerava por muitas vezes uma maior quantidade de produtos para uma menor quantidade de consumo fato que gerava prejuízo e fez com que fosse necessário sopesar esse tipo de modelo.

Traçando um panorama sintético Alain Lipietz e Danièle Leborgne²¹ suas características são conhecidas como uma padronização rigorosa dos gestos operativos e correlativamente uma atenção maior a produção do empregado visando uma produção mais rápida e eficiente.

Neste período, sistemas tayloristas passaram a ser utilizados de uma forma mais freqüente ensejando a denominação modelo fordista/taylorista, sendo a principal distinção entre ambos, segundo Alain Lipietz e Danièle Leborgne²², o fato de que o fordismo privilegia um movimento automático de produção, como um movimento típico e repetitivo sendo ditado pelo tempo necessário para realização de tal operação, de outro passo, o taylorismo privilegia o chamado “melhor gesto”, aumentando gradativamente a produtividade média no sentido estrito ao longo de uma curva de aprendizagem, sendo considerada também a cada dia de trabalho uma nova descoberta sobre o labor, valorizando a curva de aprendizagem.

No entendimento de Maria Leni Gaspki²³ o trabalho *taylorizado* tinha uma organização tão rígida que dominava a vida do trabalhador, não somente horas do seu tempo, mas invade, ao mesmo tempo, sua vida fora do trabalho e, esse objetivo era suscitado para garantir um maior aumento na produtividade.

Ocorrendo a instauração deste sistema, Ford conseguiu duas vantagens segundo

²⁰ . CASSAR, Vólia Bomfim., *op.cit.* p.45

²¹ LIPIETZ, Alain; LEBORGNE. Danièle. *O pós fordismo e o seu espaço*. Tradução de Regina Silva Pacheco. 1988, p.13.

²² *Ibidem.*, *loc.cit.*

²³ MAROCHI. Maria Leni Gaspki. Considerações sobre modelos de produção e a psicologia do trabalho. **Revista FAE**. Curitiba: FAE, v.5, jan-abr. 2002 p.5.

Thomaz Wood Jr ²⁴ a de reduzir o tempo de preparação das máquinas, fazendo com que elas realizassem apenas uma tarefa por vez, tendo o trabalhador apenas uma tarefa, e reduziu os custos além de melhorar a qualidade.

Somente que, esse sistema tinha a alta produção e a ausência de flexibilidade com o trabalhador como elementos críticos, e com isso a partir de 1995 o modelo passou a dar sinais de esgotamento.

Com a evolução dos direitos trabalhistas, tornou-se cada vez mais freqüentes os requerimentos para melhores condições de trabalho feitas pelos trabalhadores, que exigiam melhores salários e jornadas cada vez mais reduzidas de trabalho, essa realidade era absolutamente incompatível para o sistema fordista.

Em conseqüência disto, vieram as crises industriais e do petróleo no ano de 1970, e a segunda guerra mundial, e concomitante a essa conjuntura vieram os primeiros estudos com objetivo de investigar as reações e perfis dos empregados como pessoas complexas que deveriam ter suas necessidades preenchidas para que tal satisfação refletisse no desempenho adequado para o trabalho.

Era o nascimento do modelo *toyotista*, através do engenheiro Taichi Ohno, sendo esse modelo definido por Danilo Gaspar²⁵ como momento em que a fábrica se horizontaliza buscando a redução de custos e transformando a grande fábrica em gerenciadora.

Surge a partir desse panorama a implementação do que seria os recursos humanos trazendo análises de perfis de cada funcionário e dando uma característica mais pessoal para os trabalhadores que laboravam em determinada sociedade empresarial.

Nesta trilha, a conseqüência para essa implementação foi a adoção de um modelo mais flexível, ou seja, em contra-mão ao *fordismo*, o *toyotismo* permitiu um sistema de trabalho com mais flexibilidade, a necessidade de trabalhar o sujeito era elementar neste modelo, para que, o trabalhador ao se sentir bem conseguisse obter uma performance mais qualificada em seu labor.

²⁴ WOOD JR.Thomaz. Fordismo, Toyotismo e Volvismo: Os caminhos da Indústria em busca do tempo perdido. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: Scielo, v.32, abr. 1992, p.9-10.

²⁵ GASPAR. Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.46.

É de bom alvitre transcrever o trecho Professora Maria Gaspki²⁶:

Analisando as características do *toyotismo*, uma das principais diferenças que sobressaem com relação ao fordismo é a prioridade da equipe em relação ao indivíduo. No *toyotismo* é necessário trabalhar em grupo, porque a produção é organizada em minifábricas

Com razão, no *toyotismo*, privilegiava-se o trabalho em equipe, e, com isso vieram algumas modificações nas relações de trabalho, perceba-se que a intenção é a mesma, a de conseguir lucro a partir da força de trabalho, porém o meio para concretizar esse objetivo é totalmente modificado.

Nesta linha de pensamento, Danilo Gaspar²⁷ não vacila e assim determina:

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

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

Perceba, caro leitor, deste trecho destacado, extrai-se a essência desta presente monografia, é justamente nessa fase ao longo da história, na implementação desse movimento determinado como *toyotista* é que surgem as novas relações de trabalho que precisam ser acompanhadas e tuteladas pelo direito do trabalho.

Neste momento, inicia-se uma nova etapa em que empregadores passam a entender que é mais vantajoso ter “colaboradores” do que “empregados”, visam o trabalho em equipe e o apelo psicológico do trabalhador e acabam maculando e falseando uma relação que em verdade é de emprego. É neste momento que se enfrenta o nó górdio de toda a temática proposta.

Nos dias atuais, verifica-se com muita clareza a influência deste modelo ora citado, empregadores de maneira geral, utilizando-se de prerrogativas errôneas contidas no modelo *toyotista* fizeram com que novas relações de trabalho surgissem de maneira a descaracterizar o vínculo empregatício, o objetivo era o mesmo como já apontado, obter lucro com menos encargos através da força de trabalho, porém o falseamento e o procedimento era outro, o enredo psicológico é muito presente nesta fase de mudança do *fordismo* para o *toyotismo*.

²⁶ MAROCHI. Maria Leni Gaspki. *op.cit.*p.22.

²⁷ GASPAR. Danilo Gonçalves. *op.cit.* p.48.

Naturalmente, esse modelo tenderia a evoluir hoje já se fala no *volvismo* que seria uma evolução desse sistema *toyotista* com pequenas diferenças peculiares, mas o bojo do modelo segue a mesma trilha do seu antecessor.

Nesta senda, como já visto alhures, em face dessa evolução de entendimento do setor empresarial, cabe ao Direito do Trabalho evoluir e buscar acompanhar esses novos alinhamentos entre o empregador e o empregado, visando garantir a tutela ao trabalhador vulnerável.

Por fim, de acordo com o que foi exposto, com a evolução cada vez mais veloz da tecnologia e das relações entre as pessoas, gerando cada vez maiores conflitos imprevisíveis pelo legislador, uma das formas do ordenamento jurídico tutelar essas relações certamente é a utilização dos princípios como força de norma.

Nesta senda, é possível determinar que em âmbito específico do Direito do Trabalho, uma boa maneira de conseguir tutelar essas novas relações do trabalho influenciadas pelo *toyotismo* é a aplicação dos princípios como será visto no tópico seguinte.

2.4 OS PRINCÍPIOS COM FORÇA DE NORMA

Iniciando as tratativas acerca dos princípios, é preciso demonstrar a sua importância no ordenamento jurídico pátrio.

O termo princípio destaca algo que se mostra na origem, ou seja, algo que dá origem a alguma coisa, sendo o início de algo.

Neste particular, o destacável Rodolfo Pamplona²⁸ segue esta diretriz ao demonstrar que princípio é onde se inicia algo, sendo um ponto de partida, derivando do latim *principipi*, como acepção de começo, origem e base.

No direito, princípio atua como elemento de um corpo orgânico que funciona orientando o que pode ou não ser um preceito. Miguel Reale²⁹ define princípios como verdades fundantes de um sistema de conhecimento que, como tais admitidos, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também por motivos legais de ordem pública de caráter operacional, isto é, como pressuposto exigido

²⁸ PAMPLONA, Rodolfo. *op.cit.*, Salvador: p.47.

²⁹ REALE. Miguel. **Licões Preliminares de Direito**. 27ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p.305.

pela necessidade da pesquisa e da *práxis*.

Merece destaque o entendimento do autor Paganella Boschi³⁰ ao também nortear sobre princípios, afirmando que, os princípios cumprem função dúplice a de ajudar o operador do direito a extrair os sentidos das regras para que ele possa identificar a solução legal ou jurídica reclamada para o caso ou, para além dessa função de *ratio legis*, cumprir a função de preencher as lacunas das quais não escapam as leis e os códigos.

Feito o enquadramento dos princípios para o Direito, é imperativo demonstrar a importância destes visando o amparo, e tutela no invólucro das relações jurídicas.

Com a evolução da hermenêutica e após o movimento de neoconstitucionalismo vivido em todo mundo, os princípios foram encarados sob outro prisma, o autor Daniel Sarmento³¹ retrata as mudanças vividas a partir da Carta Magna de 1988, que teria feito com que os princípios fossem reconhecidos como força normativa valorizando a aplicação destes no direito Brasileiro a fim de aproximar o direito da moral.

Como bem apontado por Ronald Dworkin³² muitas vezes mesmo a partir de uma clareza constitucional, órgãos e juízes conseguem concordar com o quanto é dito e definido pelo mandamento Constitucional, devendo assim serem aplicados princípios como forma de sanar essa deficiência.

Com efeito, esta talvez seja uma das principais funções dos princípios, sendo uma espécie de norma capaz de solucionar as deficiências do ordenamento jurídico e aproximar a moral do direito, evitando a sensação de injustiça tão evidente em alguns casos que o direito é suprimido.

Caminha nesta trilha o ilustre autor Robert Alexy³³ ao entender que a função dos princípios é revestir-se da mesma força normativa das regras a fim de acudir a ordem jurídica do direito positivo propiciando, do melhor modo possível, e dentro das

³⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011, p.27.

³¹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Disponível em <www.docs.google.com/viewer?a=v&pid=forums&srcid=MTI1MDgxOTcxNzM0MzI1Mzg0NTkBMTEyMjQyNDIxMDU3MzA4OTY2MTgBellOdi1PcFhhS01KATQBAXYy>. Acesso em 11 fev. 2014.

³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.42.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.83.

possibilidades jurídicas reais existentes, que o conflito seja resolvido.

Veja-se, a partir do quanto exposto, que os princípios com a implementação da Constituição Federal de 1988, influenciada pelo movimento de neoconstitucionalismo em todo mundo, passa a influir não apenas como diretriz do ordenamento, mas como espécie de norma. E não é só, visa também os princípios a solução do conflito de modo mais razoável, aproximando o direito dos valores e da moral.

2.4.1 Princípios Constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho.

Devido à esse movimento de neoconstitucionalismo já explicitado alhures, não seria novidade que a Constituição Cidadã de 1988 trouxesse princípios visando a valorização da relação de trabalho.

É o entendimento da maioria da doutrina trabalhista, entendendo que a partir da análise da Carta Mãe de 1988, pode-se extrair princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Neste diapasão, verifica-se o **princípio fundamental da liberdade**, que pode ser aplicado na análise da liberdade de trabalho, com objetivo de erradicar a escravidão. Outro princípio que pode ser extraído da Constituição Federal – CF/1988 é o **princípio da Isonomia**, tendo como premissa que o mesmo trabalho exercido pelos trabalhadores não pode ter diferentes valores de recebimento, é possível ainda verificar o **princípio da liberdade de sindicalização**, que tem como bojo a liberdade de associação a determinada entidade sindical.

Seguindo este diapasão, Amauri Mascaro Nascimento³⁴ estabelece alguns princípios a partir da Constituição de 1988, sendo em seu sentir, **o princípio da valorização da dignidade do trabalhador**, está como consequência do princípio da dignidade do ser humano, previsto no artigo 1º, inciso III da CF³⁵, sendo que, qualquer ofensa ou abuso cometido pelo empregador durante a relação de trabalho, ensejaria uma lesão ao trabalhador, já que estão contidos no trabalho elementos fundamentais para dignidade do homem.

³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474-488.

³⁵ Art.1º,III da CF/88 – a dignidade da pessoa humana;

Outros princípios constitucionais arrolados por Mascaro merecem consideração, sendo considerado por este doutrinador o direito de greve (art. 9º CF/88)³⁶; liberdade sindical (art.8º, I, CF/88)³⁷; reconhecimento das convenções e acordo coletivo (art. 7º, XXVI, CF/88)³⁸; representação dos trabalhadores na empresa (art.11, CF/88)³⁹; proteção em face da automação (art. 7º, XXVII, CF/88)⁴⁰; proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF/88)⁴¹; irredutibilidade de salários (art. 7º, VI, CF/88); isonomia salarial entre outros.

2.4.2 Os princípios específicos do direito do trabalho.

Após análise e verificação da força normativa dos princípios, é salutar fazer um recorte e adentrar nos princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho. Tendo sido demonstrado o porquê da necessidade de atuação do princípio como norma, ficará mais fácil para o leitor entender que diante de uma relação de trabalho, existirão princípios contidos no invólucro desta relação, desde o seu início, que impedirá a utilização de determinadas condutas do tomador/empregador e trabalhador/empregado naquela relação.

Lembrando que, a utilização destes princípios encontra como cerne de sua aplicação a busca pela melhor solução possível de um eventual conflito, visando aproximar o direito da moral e socorrer os envolvidos em caso de uma lacuna no ordenamento ou conflito de normas.

Não obstante, é preciso ainda fazer menção à origem do direito do trabalho, sendo que já foi exposto nesta produção científica, que durante muito tempo, a relação entre o trabalhador e o tomador de serviços foi demasiada desequilibrada. Neste caminhar, fica claro que a partir da normatização dos princípios como sendo fonte de norma, uma das funções mais elementares no que tange à aplicação específica ao

³⁶ Art. 9º, CF/88 – É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

³⁷ Art. 8º, I, CF/88 – A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical.

³⁸ Art. 7º, XXVI, CF/88 – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

³⁹ Art. 11º, CF/88 – Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

⁴⁰ Art. 7º, XXVII, CF/88 – proteção em face da automação, na forma da lei.

⁴¹ Art. 7º, I, CF/88 – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

direito do trabalho, é a de buscar a melhor condição de trabalho para o trabalhador e visar o equilíbrio desta relação que durante séculos foi desequilibrada, como bem acentua Martinez⁴²: “protegendo o trabalhador contra suas próprias fraquezas”.

Não bastasse toda a atual conjuntura dos princípios na realidade do ordenamento jurídico, não é demais mencionar que da análise do artigo 8º da CLT (consolidação das leis do trabalho de 1943) ⁴³, é possível verificar a plena aplicação e utilização dos princípios.

Isto posto, serão destacados alguns princípios que são coerentes com a temática deste trabalho, para melhor compreensão por parte do leitor, porém, cumpre observar, antes do início da seguinte explanação, que segundo Amauri Mascaro Nascimento⁴⁴ não há uma unanimidade no estudo dos princípios e a divergência são meramente conceitual, posto que, a real importância está contida no sentido ontológico de cada princípio.

A partir disto, em tópico seguinte, destacar-se-á os princípios considerados pela doutrina como mais relevantes e específicos diante de uma relação de trabalho.

2.4.3 Princípio da Proteção.

Dentro do enquadramento que foi dado para aplicação dos princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho, talvez seja o princípio da proteção o mais especial e amplo de todos os princípios.

Verifica-se que, em face dos constantes abusos existentes na relação de trabalho, muitas vezes o trabalhador baseado na necessidade de auto-sustento, acaba aceitando as mais diversas imposições contratuais para o exercício do trabalho.

Diante disto, visando o equilíbrio, é que deve o Estado intervir, a fim de que o trabalhador não seja uma vítima de mero privilégio do contratante que irá dispor das condições do trabalho ao seu bel prazer.

⁴² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.102.

⁴³ Art. 8º CLT. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.* p. 462.

Como bem apontado por Amauri Mascaro Nascimento:

Nele como em todo ramo do direito, há um conjunto de ideia que o fundaram, no direito penal, as ideias centrais são as de defesa de Sociedade contra o infrator criminal, a pena e a sua função dupla, punitivo e educativo, o *in dúbio pro réu*. No Direito Civil a idéia é constante à pessoa e a relação jurídica, família, empresa estrutura jurídica bens e contratos.No Direito Constitucional são as formas de Estado de governo, poderes legislativo, executivo, judicial e proteção do homem diante do Estado e Direitos Fundamentais. No Direito do trabalho, a primeira e mais importante ideia é a proteção do trabalhador.⁴⁵

Nas palavras de Martinez⁴⁶, caberá ao Estado criar mecanismos de proteção aos vulneráveis, sob pena estar aceitando tacitamente a exploração do mais forte sobre o mais fraco.

Com efeito, diante de um histórico de séculos em que o trabalhador foi explorado, acabou sendo visto pelo Estado a partir da sua intervenção, como vulnerável na relação. E, sendo vulnerável na relação material, deve o Estado criar mecanismos para tutela do trabalhador, evitando assim os constantes abusos e falseamentos nesta relação de trabalho, intervindo com objetivo de limitar a autonomia privada do contratante.

Não pensa diferente Pinho Rodrigues⁴⁷ determinando que, “a proteção do trabalhador, em que consiste esse princípio, é a própria razão de ser do Direito do Trabalho”.

E não é só, Sérgio Martins⁴⁸ determina que o princípio da proteção deverá ser utilizado como uma maneira de compensar a superioridade econômica do empregador com relação ao empregado, dando a este superioridade jurídica.

Em suma, pode-se recorrer ao entendimento do brilhante doutrinador Plá Rodriguez⁴⁹ o princípio da proteção pode ser considerado como o maior dos princípios do direito do trabalho, pois a sua função é compensar a inferioridade do trabalhador em pleno contrato de trabalho, sendo então, este princípio desdobrado em outros considerados específicos ao direito do trabalho: *in dúbio pro operário*, condição mais benéfica ao trabalhador, e norma mais favorável ao trabalhador.

⁴⁵ *id.* **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva 2012, p.61.

⁴⁶ MARTINEZ, Luciano. *loc.cit.*

⁴⁷ PEDREIRA, Pinho. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador:EDUFBA, v.11 jan./dez. 2004, p.93

⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.* p. 72.

⁴⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3ª ed. Tradução: Wagner D Giglio. São Paulo: LTR, 2004, p. 28-32.

Nesta toada, pode-se afirmar que, visa o princípio da proteção, equilibrar as relações materiais que são intrinsecamente desequilibradas, seja por conta dos mais diversos abusos ocorridos ao longo da história, seja porque o trabalhador tenha a necessidade de sustento para aceitar o quanto proposto pelo contratante.

Um adendo é importante, doutrina pátria entende que o princípio da proteção deve visar assegurar a proteção do empregado, e não a de qualquer trabalhador, todavia, é importante considerar, que a égide desta monografia tem como bojo a caracterização de prestadores de serviços como empregado em face das novas dimensões do conceito de subordinação, diante disto, seria plenamente aceito a utilização do princípio da proteção aos empregados ora caracterizados.

Ainda que não fosse assim, o princípio da proteção visa à proteção do vulnerável em uma relação de trabalho (*lato sensu*), não fazendo qualquer menção ou discriminação ao fato de que o trabalhador não empregado, não faria *jus* ao contemplo deste referido princípio.

2.4.4 Desdobramentos do Princípio da Proteção

Como já exaustivamente trabalhado acima, o ilustre doutrinador Américo Plá Rodriguez, tratou de desdobrar o princípio da proteção em outros três, a doutrina majoritária acompanha este entendimento e, nesta presente produção em homenagem ao quanto já exposto, tratar-se-á de seguir a aludida estruturação.

A ideia geral do **princípio do *in dubio pro operário*** é a de que em caso de dúvidas, deve ser aplicada a regra mais favorável ao trabalhador.

Para Pinho Pedreira⁵⁰ esse princípio consiste em uma regra de hermenêutica segundo a qual, comportando a norma jurídica mais de interpretação, devendo a dúvida sempre ser satisfeita em prol do trabalhador.

Vale lembrar que esse princípio não é recepcionado de modo integral no processo do trabalho, pois, em âmbito processual, deve-se considerar o quanto estabelecido nas regras de ônus da prova, de acordo com o quanto previsto no artigo 818, da CLT⁵¹.

⁵⁰ PEDREIRA, Pinho. *op.cit.*, *loc.cit.*

⁵¹ Art. 818º, CLT – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Destacando trecho do pensamento do Professor Martinez⁵² o *in dúbio pro operário*, baseia-se em casos concretos que são verificados uma única disposição suscetível de interpretação diversa e ensejadora de dúvidas.

Acerca do **princípio da Norma ou Fonte mais Favorável**, é possível considerar no entendimento de Maurício Godinho Delgado⁵³ que o presente princípio deve ser considerado pelo operador do direito que deve optar pela regra mais favorável ao obreiro, esta análise deve ser feita em três situações: no instante da elaboração da regra, no confronto entre regras concorrentes, e por fim, no contexto global de interpretação das regras jurídicas.

Extrai-se, do entendimento do referido doutrinador, que em casos de pluralidade de normas, deve ser acolhida àquela mais favorável ao trabalhador.

No que tange o **princípio da condição mais benéfica**, ou *inalterabilidade contratual*, convém destacar o entendimento de Luciano Martinez⁵⁴, que contempla de forma clara tal princípio, veja-se:

[...] baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual, diante de fontes autônomas com vigência sucessiva, há de se manter a condição anterior, se mais benéfica.

Assim, a título de exemplo, imagine-se que, por ocasião da admissão de um empregado, existisse um regulamento empresarial interno que oferecesse, entre outras vantagens, férias de sessenta dias por ano. A extinção ou modificação desse regulamento não seria suficiente para que desaparecesse o direito às férias em dimensão privilegiada. O regulamento poderia até ser extinto ou modificado, mas essa extinção ou modificação somente valeria para empregados contratados depois do ato modificativo do regulamento.

Com efeito, é possível observar com clareza que o referido princípio contempla a condição mais benéfica ao trabalhador, visando evitar que uma alteração contratual modifique um direito adquirido pelo empregado que atuou contando com determinados benefícios.

O princípio da condição mais benéfica do trabalhador por Sérgio Pinto Martins⁵⁵ consiste, em suma, como o fato de que as vantagens e benefícios já conquistados pelo trabalhador, sendo mais benéficas, não podem ser modificadas para pior,

⁵² MARTINEZ. Luciano. *op.cit.* p.107.

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 197.

⁵⁴ MARTINEZ. Luciano. *op.cit.*, p.106

⁵⁵ MARTINS. Sergio Pinto. *op.cit.*p. 73

sendo aplicada a regra do direito adquirido, com fulcro no artigo 5º, XXXVI⁵⁶ da Constituição Federal de 1988, sendo que, tendo o trabalhador conquistado esse direito, não poderá haver modificação.

Acentua Alice de Barros⁵⁷ que a condição mais benéfica do trabalhador não protege a incorporação, sentença normativa, convenção coletiva ou acordo coletivo no contrato individual do trabalho.

É mister mencionar que este princípio encontra-se plenamente positivado em ordenamento jurídico, observa-se isto na análise do art. 468 da CLT,⁵⁸ e através da Súmula 51, I⁵⁹, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Assim, verificadas as dimensões do princípio da proteção, resta clarividente que foi bastante feliz o doutrinador Américo Plá Rodriguez quando estruturou como desdobramento do princípio da proteção, haja vista que, fica claro que o real objetivo dos princípios do *in dubio pro operário, norma mais favorável ao trabalhador, e condição mais benéfica do trabalhador*, é equilibrar uma relação que durante muitos anos fora desequilibrada por completo, destacando a evidente vulnerabilidade do trabalhador em face da necessidade do exercício do labor.

2.4.5 Do Princípio da Primazia da Realidade

Outro princípio que merece menção por ser plenamente coerente com o tema desta monografia é o princípio da primazia da realidade, em linhas gerais, Américo Plá Rodriguez⁶⁰ vai determinar: “A essência se sobrepõe à aparência”.

Sem lampejo de dúvidas, em rigor o que apregoa este princípio é o senso de que podem existir situações de mascaramento na relação de trabalho, sendo falseada uma relação de trabalho, e verificada tal circunstância, é preciso que haja a prevalência da real situação fática vivenciada pelo trabalhador, ainda que, este

⁵⁶ Art. 5º XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

⁵⁷ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.* p. 143

⁵⁸ Art. 468º, CLT – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente prejuízos aos empregados, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁵⁹ Súmula 51, I do TST – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

⁶⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *op.cit.* p. 341.

tenha assinado um contrato como um enquadramento que não ocorreu na prática.

Nesta senda, como forma de exemplificar e enquadrar a utilização deste princípio na temática ora discutida, é salutar expor determinada situação, imagine-se que um profissional autônomo é contratado para o exercício do labor em uma clínica de nutrição na figura de prestador de serviços, tendo inclusive assinado o contrato como prestador.

Sendo verificado que, pelas novas dimensões acerca do conceito de subordinação, o trabalhador é na verdade empregado, de nada importa a assinatura e a anuência do trabalhador como prestador, posto que, a situação fática supera a forma estabelecida para o aceite do obreiro.

Devem ser averiguadas, de fato, todas as reais situações fáticas vivenciadas no contrato de trabalho.

2.4.6 Princípio da Irrenunciabilidade (indisponibilidade) dos direitos trabalhistas

Trata-se de tema bastante controverso na doutrina moderna, tendo como premissa o entendimento de que as normas trabalhistas são imperativas, isto é, nem mesmo os trabalhadores podem dispor das normas para abrir mão, não sendo possível a renúncia, disposição ou transação pela aplicação deste princípio. É a proteção do trabalhador contra sua própria fraqueza e vulnerabilidade.

Entende Alice de Barros⁶¹: “Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos [...]”

Com total razão, este trabalho segue e adere á linha exposta pela i. doutrinadora,

⁶¹ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.*p.146

ora, é cediço e já foi exposto que a necessidade e o trabalho como forma de sustento é comumente utilizado no Brasil, que tão desrespeitosamente trata o seu cidadão, negando-lhes direitos fundamentais como lazer, educação, saúde, habitação, etc.

O trabalho é utilizado muitas vezes como forma de necessidade para o sustento do trabalhador e/ou da sua família. A partir disto, visando tutelar os constantes abusos existentes nestas relações em que o empregador se vale da necessidade para impor regras contratuais desumanas, é que o Estado passa a intervir limitando essa autonomia privada.

Do que adiantaria toda essa trilha, se fosse colocado nas mãos do obreiro o direito de dispor desta tutela? A resposta é intuitiva. Em nada teria efeito toda a tutela Estatal, posto que, tendo a necessidade do trabalho, o obreiro acabaria aceitando dispor dos seus direitos em face da necessidade de sustento.

Diante deste quadro, adota-se entendimento ferrenho pela indisponibilidade desses direitos por parte do trabalhador, coadunando-se com a natureza cerne do princípio ora exposto.

Como conseqüência dessa negativa de dispor, transacionar ou renunciar dos direitos trabalhistas é considerado nulo qualquer ato jurídico praticado com esse objetivo.

2.4.7 Princípio da boa-fé

É de bom alvitre finalizar o tópico referente aos princípios específicos do Direito do Trabalho condizentes com o tema desta monografia fazendo referência ao princípio da boa-fé.

Arrolado por Plá Rodriguez, o princípio da boa-fé, mesmo sem ser peculiar ao Direito do Trabalho, é comum a todos os ramos do direito, senão em todas as relações humanas, primando uma boa conduta objetiva do homem médio.

Afinal, em todas as relações humanas, jurídicas ou não, deve-se privilegiar a boa-fé entre os envolvidos em tal relação.

A saudosa Professora Alice de Barros⁶² desdobra em sua obra as duas dimensões deste princípio, sendo a dimensão objetiva aquela em que a parte deve comporta-se com dever de lealdade recíproca nas relações contratuais, e a dimensão subjetiva, é aquela em que a parte não deve se valer de uma má intenção para induzir a erro outrem.

Esse princípio deve estar contido no invólucro da relação, mesmo antes da formação do contrato, devendo a boa-fé presidir o comportamento das partes, devendo estas agir com retidão e valores éticos nas suas relações.

Em seguimento a este entendimento, Luciano Martinez⁶³ demonstra em sua obra que a boa fé é o conceito egresso de consciência ética da sociedade, sendo um dever acessório na formação dos contratos.

Em consonância com a temática proposta neste presente trabalho, é possível observar que o falseamento de um vínculo empregatício em uma prestação de serviços é uma lesão a boa-fé objetiva, afinal, na busca da redução dos encargos trabalhistas, o empregador procura enquadrar o empregado como prestador, para que, não tenha maiores gastos financeiros. Ao procurar induzir o empregado a erro fazendo com que este acredite que é um mero prestador de serviços, incorre o empregador em lesão de morte ao quanto determinado na boa-fé subjetiva. É o que determina Amauri Mascaro⁶⁴ afirmando que dentro de uma boa ação objetiva, está contida a boa fé subjetiva.

⁶² DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.* p.147.

⁶³ MARTINEZ, Luciano., *op.cit.* p.117.

⁶⁴ DO NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.* p.361.

3. A RELAÇÃO DE TRABALHO EM SENTIDO AMPLO E ESTRITO/CONTRATO DE EMPREGO.

3.1 A ATIVIDADE DE TRABALHO/GÊNERO E ESPÉCIE

De encete, visando clarear o entendimento do leitor acerca do tema destacado nesta produção científica, é preciso, como forma introdutória, conceituar e diferenciar a atividade do trabalho de forma genérica e em sentido estrito.

Ao seguir esta trilha, é determinante a conceituação do ilustre doutrinador Luciano Martinez⁶⁵, que adentra em outras distinções, explana sobre a diferença de ato para atividade, sendo atividade um conjunto de atos coordenados tendo como objetivo determinado fim. Destaca ainda o referido autor que, a atividade é entendida como gênero, comportando duas espécies: trabalho e a atividade em sentido estrito. Ao mesmo passo, Alice de Barros⁶⁶ entende que dos contratos de atividades é que poderá haver uma relação de trabalho da qual relação de emprego é uma espécie.

Neste aspecto, afirma Martinez⁶⁷ que, o vocábulo trabalho tem como cerne a prestação pecuniária, ou seja, por ser entendido como um valor social, o trabalho é a atividade exercida com a meta da remuneração para sustento próprio ou da família do trabalhador. De outra mão, a atividade em sentido estrito seria em regra uma atividade prestada sem onerosidade ou mediante uma contraprestação apenas simbólica, não sendo esses objetivos coincidentes, posto que, enquanto aquele busca o preenchimento do valor social do trabalho frente ao trabalhador, a meta para esta seria diferenciada, não havendo qualquer necessidade de prestação pecuniária.

Um exemplo de enquadramento de atividade em sentido estrito seria o estágio, o serviço voluntário, Martinez⁶⁸ entende que tais figuras não podem ser consideradas trabalho, pois, muito embora exista o dispêndio energético para o exercício de tais funções, juridicamente tais figuras não são reconhecidas como trabalho, sendo uma atecnia definir desta forma.

⁶⁵ MARTINEZ, Luciano. *op.cit.*, p.119-120.

⁶⁶ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.* p.172.

⁶⁷ MARTINEZ, Luciano., *loc.cit.*

⁶⁸ *Ibidem.*, *op.cit.*, p.120.

O referido autor entende como elementar essa diferenciação entre atividade em sentido estrito e trabalho, pois, em seu sentir seria uma forma de compatibilizar outras formas de labor, explique-se:

A utilidade das distinções entre “trabalho” e “atividade em sentido estrito” não terminam por aí. Vejam-se, a título exemplificativo, as vedações contidas no art. 7º, XXXIII, do texto constitucional. Elas dizem respeito ao trabalho, e não às atividades em sentido estrito. Se essa limitação estivesse relacionada indistintamente a ambos os institutos, chegaríamos à conclusão de que não existiria qualquer possibilidade de atuação de atores, cantores, modelos e atletas mirins. Todas as atividades realizadas em torno desses sujeitos seriam ilícitas, e o sistema jurídico apenas toleraria uma ilegalidade. Pois bem. Admitindo-se a tese segundo a qual os atores, cantores, modelos e atletas mirins realizam atividades em sentido estrito e não trabalho chegar-se-ia à conclusão de que suas atuações não visam (ou não deveriam visar) ao seu sustento próprio ou familiar. As atuações desses sujeitos normalmente têm o objetivo claro – pelo menos o visível – de formar, de incentivar e de aprimorar as qualidades artísticas dentro dos limites do desenvolvimento físico, psíquico, moral e social do infante/adolescente.⁶⁹

É de bom alvitre salientar, que o doutrinador Luciano Martinez compõe parte da doutrina minoritária que entende pela distinção entre a atividade em sentido estrito e trabalho, sendo a atividade em sentido estrito diferente de trabalho.

Com efeito, Maurício Godinho Delgado⁷⁰, não deixa dúvidas ao considerar o estágio e o serviço voluntário como trabalho, isto é, distingue o autor relação de trabalho como sendo gênero e relação de emprego como sendo espécie. Afinal, a expressão relação de trabalho contém caráter genérico, referindo-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano, sendo, desse modo, a relação de emprego uma subespécie da relação de trabalho, que contempla além deste, o trabalho avulso, autônomo, eventual entre outras modalidades de trabalho incluindo o trabalho do estagiário e o serviço voluntário.

Perceba-se, caro leitor, que o conceito do brilhante professor Godinho, encontra amparo na origem do vocábulo trabalho, já destacada nesta presente monografia.

Em vista disto, é que se pode afirmar que ao imaginar uma relação de trabalho, é preciso que se imaginar um dispêndio de energia pelo ser humano a fim de obter um

⁶⁹ *Ibidem.*, *op.cit.*, p. 121

⁷⁰ DELGADO, Maurício Goldinho.*op.cit.*, p. 288.

resultado. Extraí-se a partir disto, o conceito de trabalho, nas palavras de Goldinho⁷¹:

“Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É em síntese o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.”

Com efeito, malgrado exista à clara tentativa do doutrinador Luciano Martinez em tratar atividade em sentido estrito de modo diferente do termo “trabalho” em face de não existir uma configuração do valor social do trabalho, ou por não existir a necessidade de sustento ou remuneração, é mais adequado considerar a relação de trabalho como sendo àquela juridicamente aceita e que exista o dispêndio de energia em face de determinado fim.

Ora, não fosse assim, considerar-se-ia, pelo entendimento ora aludido, que um advogado bem-sucedido, ou um exercente de cargo público que deseje ser professor e ensinar por hobby, estaria praticando uma atividade em sentido estrito, já que, não está configurada no exemplo citado, a necessidade de sustento próprio e da família do sujeito que resolve exercer a atividade de professor.

Seria no mínimo desarrazoado verificar que o exercício de dar aula neste caso seria uma atividade em sentido estrito, até mesmo porque, poderia o professor ser contratado e estar juridicamente exercendo até mesmo uma relação de emprego aos olhos do direito, e sendo determinada uma atividade em sentido estrito aos olhos da doutrina.

Neste diapasão, convém finalizar esse capítulo deixando prévia noção sobre a relação de emprego – espécie de relação de trabalho – que será abordada em momento porvindouro.

Nas esclarecedoras palavras de Godinho ⁷²:

A relação de emprego, do ponto de vista técnico jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

⁷¹ *Ibidem., loc cit.*

⁷² *Ibidem, loc.cit.*

Como arremate, e seguindo a trilha deste entendimento, é possível observar que o próprio ordenamento dispõe de outras formas de trabalho que não são consideradas como relação de emprego.

Não à toa, o doutrinador Amauri Mascaro⁷³ argumenta que o Código Civil de 2002 em seu artigo 594º, ao caracterizar a prestação de serviços estaria entrando em consonância com a ideia de contrato gênero de relação de trabalho e relação de emprego como espécie desta relação, haja vista que existem modalidades de trabalho tuteladas e amparadas pelo Código Civil de 2002.

No tocante às distinções elementares entre relação de trabalho e relação de emprego, o grande elemento diferenciador, é a subordinação. Segue tal trilha Amauri Mascaro⁷⁴ que entende por ser necessário algumas características no contrato de trabalho, sendo a relação de emprego uma espécie de relação de trabalho com subordinação, principal elemento desta monografia.

São destacados pelo aludido doutrinador como sendo requisitos do contrato de trabalho (gênero), a pessoalidade (*intuitu personae*), em que a atividade é prestada por pessoa física, devendo este conceito integrar a intransferibilidade ou infungibilidade do trabalhador. A profissionalidade ou onerosidade afasta os serviços gratuitos ou prestados sem finalidade profissional. A indissociabilidade é a relação entre o trabalhador e o trabalho. E, por fim, à continuidade devendo haver um trabalho continuado.

Veja-se, que, nos dias hodiernos, a subordinação jurídica ainda é o elemento mais emblemático e definidor do que seria uma relação de trabalho *latu sensu* e uma relação de emprego considerada *stricto sensu*.

Somente que, a análise deste elemento definidor estaria sendo capaz ou feita de forma eficiente para determinar o que seria ou não uma relação de emprego?

Existe uma linha bem tênue entre o que seria uma relação de trabalho e um vínculo de emprego, para isto, é conveniente destacar alguns contratos da relação de trabalho *latu sensu* que podem ensejar confusão na definição ou não da relação de empregatícia.

⁷³ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *op.cit.*, p. 560.

⁷⁴ *Ibidem*, *op.cit.* p. 561.

3.2 O TRABALHADOR AUTÔNOMO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS.

Ultrapassadas todas as demonstrações das espécies e novas dimensões do conceito de subordinação, é imperativo, neste momento saciar qualquer dificuldade existente na diferenciação entre uma relação de emprego subordinada, em qualquer das suas dimensões, e outros institutos que, porventura, venham a mascarar esta relação seja por erro, ignorância ou dolo.

Na prática, a primeira grande confusão existente é feita com relação à prestação de serviços, a espécie de contrato do Direito Civil tornou-se fonte recorrente das sociedades empresariais que, influenciadas pelo quanto estabelecido como ideia no *toyotismo*, simplesmente consagram a relação de trabalho sob a epígrafe de prestação de serviços sem qualquer análise, critério ou distinção, mas, sim pelo fato de ser mais prático e mais econômico para estes que ao estabelecerem uma relação de prestação de serviços desincumbem-se dos encargos trabalhistas.

Tal situação ocorre de modo cada vez mais presente em tempos atuais, como é cediço, as dívidas e dificuldades do pequeno e médio gestor acontecem pelos altos encargos tributários e trabalhistas. Somente que, como em âmbito tributário a Receita Federal é órgão atuante e não deixa de exercer as suas devidas fiscalizações, a sociedade preocupa-se em cumprir com suas obrigações fiscais, sendo arriscada e dificultosa qualquer tentativa de mascaramento neste sentido.

No entanto, as relações de emprego são mascaradas sob o esteio da prestação de serviços ou empreitada. Esta prática causa danos de natureza social, econômica e moral de forma irreparável, pois, com a necessidade de no mercado cada vez mais competitivo e consumista, o trabalhador ainda nos dias de hoje, acaba submetendo-se a estas práticas desrespeitosas e corriqueiras do mercado empresarial, aceitando toda e qualquer determinação advinda da sociedade empresarial para garantir sua dignidade moral como trabalhador.

Ocorre que, para intitular uma relação de trabalho como espécie de prestação de serviços tutelada pelo Direito Civil, é necessário saber diferenciar o que é uma prestação de serviços e quais são os seus requisitos, porquanto, a confusão existente entre a prestação de serviços pura e simples e o trabalho subordinado é

uma das maiores agressões e aberrações que vem sendo feitas na prática das relações de trabalho, não podendo ser aceito pelo Direito do Trabalho que deve acompanhar e disciplinar essas novas relações entre sociedades empresariais e trabalhadores para assim dar cumprimento com o seu papel, qual seja o de zelar pela proteção ao trabalhador e a busca de melhores condições de trabalho deste.

Nesta senda, é possível determinar que a clareza desta distinção será elementar para o entendimento deste presente trabalho. Em vista disto, é preciso desde já caracterizar e destrinchar sobre as relevantes diferenças existentes entre os institutos ora apontados. De encete, o destaque será dado para a prestação de serviços, para que fiquem bem claras as suas devidas peculiaridades.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal⁷⁵, a prestação de serviços é a assunção de uma obrigação direta de fazer por uma parte que seria o prestador de serviços, consistente em realizar atividades que geram proveito para outra parte, mediante uma retribuição.

Neste passo, o consagrado e clássico doutrinador Clóvis Beviláqua⁷⁶, em que a prestação de serviços é um contrato cujo uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante remuneração.

Em doutrina mais hodierna, encontra-se esta mesma senda ao analisar os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁷⁷, que conceituam a prestação de serviços como sendo um negócio jurídico realizado por ambas as partes, sendo uma destas o prestador que se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador mediante remuneração.

Veja-se, portanto, que a prestação de serviços é conceituada pelos mais brilhantes doutrinadores do direito, como sendo uma atividade prestada a outrem mediante uma remuneração, o conceito leva ao entendimento de ser essa forma de trabalho reduzida a uma mera atividade dedicada ao tomador mediante a uma remuneração.

Mas nem sempre tão simples assim, aprofundando a temática, é possível concluir que a prestação de serviços é hoje uma espécie de contrato enraizado no Direito

⁷⁵ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.784.

⁷⁶ BEVILÁQUA; CLÓVIS **apud** CHAVES e ROSENVALD, 2012. p.785.

⁷⁷ GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos em espécie**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.273.

Civil, teve ao longo de sua história um viés de escravidão e de manobra e mascaramento prol empregador.

Tal espécie de contrato encontra sua origem no direito romano, tendo sido disciplinado pelos Romanos como *locatio conductio operarum* (locação de serviços).

Explique-se, neste período vivenciado pelos romanos, um escravo disponibilizava os seus serviços para outrem, em troca de alguma retribuição. Deve então ser evidenciado, que, de fato, a prestação de serviços era uma forma de escravidão.

Afinal, durante o período Romano, os escravos eram usuários desta locação de serviços, e durante o período da Revolução Francesa ocorrida em 1789, tal prática de prestação de serviços ganhou forças como bem retrata Chaves e Rosenvald⁷⁸, ao determinarem que, com a revolução Francesa, foi entendido que o progresso da humanidade daria ensejo a um novo tratamento ao trabalho, impondo um ajuste a ordem jurídica, terminando por fazer com que o trabalho fosse regulamentado como um tipo de locação, valorizando assim as tradições romanas, e valorizando de maneira clara o interesse do patrão, como medida ditada pela proteção burguesa da época.

Este pensamento prolongou-se por anos, principalmente no Brasil, como bem preceituado pelo ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁷⁹, o Código Civil brasileiro de 1916 manteve ainda o contrato de prestação de serviços sob o título de locação, sendo uma espécie de locação juntamente com as seções autônomas de locação de coisas, e locação de empreitada.

Com isso, sendo necessário um combate aos freqüentes abusos existentes nas relações de trabalho, precisou-se desmascarar a feição de escravidão existente na então locação de serviços, tendo sido o Estado obrigado a intervir nessas relações através do Estado Social, através de um fenômeno chamado dirigismo contratual ou intervenção do Estado nas relações privadas, organizando o Direito do Trabalho.

Note-se que, a conotação da locação de prestação de serviços já nasce com um viés de máscara, de falseamento nas relações de trabalho.

Neste passo, tal organização feita anteriormente pelo Código Civilista brasileiro de 1916 foi completamente elidida pela doutrina contemporânea que ainda segundo

⁷⁸ CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson; *op.cit.*p.783.

⁷⁹ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª. ed. São Paulo:Saraiva,2012. p.360.

Gonçalves⁸⁰, repeliu, através da doutrina e códigos presentes, a idéia de seção autônoma de locação, passando a disciplinar de forma independente os contratos de prestação de serviços, de trabalho, de empreitada, de agência e de aprendizagem.

Dando a referência ao uso da palavra “locação” apenas para proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa infungível mediante contraprestação pecuniária.

Diante da organização do Direito do Trabalho, combate aos abusos existentes ao trabalhador, houve uma clarividente mudança de percepção sobre a prestação de serviços, tal figura sofreu mudanças em sua estrutura, passando a ser uma espécie de contrato no âmbito cível, amparado pelo Código Civil de 2002, e espécie de contrato de trabalho, podendo estar sujeitado caso exista alguma abusividade às leis trabalhistas. Sendo dois institutos distintos no Brasil.

Tal distinção é evidente e merece o esclarecimento, pois, durante a votação do texto do Código Civil de 2002, discutiu-se a necessidade de capitular a prestação de serviços no aludido Código, devendo este tema ser tutelado diretamente pelas normas trabalhistas, ou pelo contrato de empreitada, somente que, restou comprovado o campo para atividades autônomas que não se confundem com empreitadas ou contrato de emprego.

Em vista disto, possível ainda determinar que em tempos atuais, a legislação cível busca de todas as formas evitar que a prestação de serviços seja utilizada de maneira a aprisionar o prestador, prova disto é o prazo máximo de quatro anos para os contratos com prazo determinado.

Como dito anteriormente, muitas vezes a prestação de serviços era uma forma de aprisionar o trabalhador, que exercia na verdade um contrato de emprego frente ao seu suposto tomador de serviços e era tratado apenas como mero prestador, sujeitando-se a presença de subordinação jurídica naquele contrato de prestação de serviços, ensejando a existência de um contrato de emprego.

Trabalhada esta aludida construção e evolução do conceito da prestação de serviços, é preciso referenciar o quanto disciplinado pelo atual Código Civil de 2002 que traça as diretrizes do que seria a prestação de serviços tutelada pelos ditames civilistas.

⁸⁰ *Ibidem, loc.cit.*

A natureza dessa determinação pode ser verificada com fulcro no artigo 593 do Código Civil Brasileiro de 2002⁸¹, que assim define o conceito positivado da prestação de serviços de natureza cível, veja-se: Art. 593: “a prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Deve ser percebido da leitura do aludido dispositivo, que é inerente a este um caráter subsidiário em face da possibilidade desta relação ser de alguma forma sujeita às leis trabalhistas.

Isso ocorre em face do lúgubre histórico que envolveu a origem da prestação de serviços, sempre utilizada como uma espécie de falseamento. Por isso, é devida a atenção em consonância com o princípio da primazia da realidade, de que, devem ser analisados os elementos configuradores de uma relação de emprego para que, não sendo o caso de tutela trabalhista, ser configurada a prestação de serviços.

O mestre Gonçalves⁸² assim determina: “Embora cresça cada vez mais a importância dos serviços no mundo moderno, o grande universo da prestação de serviços passou para legislação trabalhista”.

Ora, é então intuitivo que se faz necessário sopesar a existência de elementos caracterizadores de vínculo empregatício nas relações de trabalho genéricas, afinal, a prestação de serviços é sem qualquer dúvida uma forma de trabalho, e que deve ser utilizada em caráter excepcional, peculiar e residual como já exaurido através do art. 593 do Código Civil de 2002.

Devendo sempre ser dado o privilégio à adequação da relação de trabalho no seu modo específico de emprego.

Nesta quadra, é importante que se estabeleça uma análise do caso concreto em cada relação para saber se é existente ou não os elementos caracterizadores da relação de emprego, que irão gerar como consequência o reconhecimento do vínculo de empregatício.

Traçando mais especificidades para o contrato de prestação de serviços, o artigo 594⁸³ do Código Civil de 2002, vai definir “toda a espécie de serviço ou trabalho

⁸¹ BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Lei que instituiu o novo Código Civil Brasileiro.

⁸² GONÇALVES. Carlos Roberto, *op.cit.* p.361.

lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, e o art. 597⁸⁴ do *codex*, “a retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações”.

Da leitura dos artigos supramencionados, verifica-se outro critério diferenciador para determinação de uma mera prestação de serviços, qual seja a necessidade do recebimento da remuneração logo após a prestação do serviço.

Deste modo, tem-se uma terceira característica nuclear para a caracterização da prestação de serviços, o elemento da prestação pecuniária ser percebida logo após o serviço ter sido prestado. Não obstante a característica do caráter residual deste contrato, somado com o fato da tutela ser cível, no contrato de prestação de serviços a prestação pecuniária deve dar-se de modo conseqüente à prestação prestada, não podendo haver adiantamento e nem tão pouco ser pago de modo parcelado.

O valor do recebimento da remuneração poderá até mesmo ser pactuado após o período de um mês, porém a atividade deve ser prolongada neste período, não podendo haver a partilha de atividades e nem o acúmulo desta.

A título de exemplo, um empregado da área de saúde considerado pela sua clínica como prestador de serviços deveria receber ao final de cada dia de atendimento prestado para então configurar a prestação de serviços. Fato este que não vem ocorrendo na prática, posto que, muitas clínicas de saúde apenas realizam o devido pagamento para o suposto prestador no final do mês, descaracterizando por completo tal intitulação, posto que, não é possível que após vários atendimentos, fique caracterizado o exercício de apenas uma atividade que enseje o pagamento mensal.

É necessário ainda tecer considerações a outro elemento diferenciador entre a prestação de serviços e a relação de emprego, qual seja a duração do contrato de trabalho.

A partir das noções expostas sobre a prestação de serviços, é possível observar que se trata de um trabalho que em tese prima pela sua celeridade, consagrando o exercício de uma atividade, como exemplo, o parecer de um advogado, um conserto

⁸³ Art. 594, CC – “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”

⁸⁴ Art. 597, CC – “A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações”.

de um sistema de informática de determinada sociedade empresarial, entre outras situações que aparentemente adéquam-se à uma real prestação de serviços exercida pelo trabalhador autônomo.

Em verdade, a prestação de serviços preza pelo não prolongamento de sua atividade, e por isso, no tocante a duração do seu contrato, procura-se evitar a prestação em um período demasiado longo, sendo limitada uma prestação de serviços ao período máximo de 04 (quatro anos), como bem disposto no art. 598⁸⁵ do Código Civil de 2002, que assim determina:

A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra; neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

Com efeito, procura-se de todo modo definir o período de tempo determinado para execução da prestação do serviço, tendo findado o contrato de 04 anos, poderão as partes mediante a elaboração de um novo contrato firmar uma nova prestação de serviços pelo mesmo período estabelecido.

De outra mão, veja-se que trabalho com vínculo empregatício tem por invólucro a não desconstituição, devendo ser perpetuado no tempo e não podendo ser desfeito segundo determinação da Carta Magna de 1988 que determina tal proteção em seu artigo 7º, I:

“Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”⁸⁶.

Destarte, observa-se que, enquanto a prestação de serviços é caracterizada pela não manutenção de um prolongamento, o vínculo empregatício tem como cerne prolongamento de modo vitalício conforme proteção constitucional ora aludida.

Outra demonstração de que a prestação de serviços não teve o mesmo bojo em seu instituto é a observação de que, acaso o contrato de prestação de serviços tenha

⁸⁵ Art 598, CC. – “A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.”

⁸⁶ Art. 7º, I, CF/88 – “- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

ocorrido sem prazo determinado, será admitido a rescisão unilateral, por arbítrio e livre oportunidade de qualquer das partes com o aviso prévio determinado no artigo 599 do Código Civil de 2002, obedecendo ao que segue:

I – com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;

II – com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por uma semana, ou quinzena;

III – e de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias;⁸⁷

Nestes termos, é possível aduzir com firmeza de que o contrato de prestação de serviços fora feito para não ser perpetuado ao longo do tempo, enquanto que a relação de emprego tem como núcleo de seu bojo tal extensão. Configurada assim uma quarta diferença entre a relação empregatícia e a mera prestação de serviços.

Por fim, como arremate, Chaves e Roselvald⁸⁸ argumentam que se distingue uma prestação de serviços de um contrato de emprego através da inexistência de subordinação jurídica, uma vez que a prestação de serviços é vista como uma forma de trabalho autônoma, visando à obtenção de um resultado determinado, sem que exista hierarquia. Nesta linha, Orlando Gomes⁸⁹ ainda define que o prestador de serviços não executa a prestação sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo, devendo o prestador definir a orientação técnica que vai utilizar para conclusão do resultado, agindo então com total liberdade, não estando subordinado a critérios estabelecidos pela outra parte. É predominante possível a autonomia da vontade para realização desses serviços.

Nesta senda, Vólia Bomfim Cassar⁹⁰, define como sendo a principal diferença entre o autônomo e o empregado o fato deste último presta serviço por conta alheia e não sofre qualquer risco de sua atividade, enquanto que aquele a exerce por sua própria conta e risco, sem qualquer garantia de salário. Sendo o autônomo trabalhador sem exclusividade, com clientela diversificada, enquanto que o trabalhador empregado atua com pessoalidade.

⁸⁷ BRASIL, Código Civil Brasileiro, *op.cit.*, artigo 599.

⁸⁸ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson., *op.cit.* p.786.

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 325.

⁹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *op.cit.*, p.298.

A doutrinadora Vólia Bomfim⁹¹ faz ainda referência à lei previdenciária⁹² que em seu artigo 12º, V, h, define o autônomo como pessoa física que exerce, por conta própria a atividade econômica de natureza urbana com fins lucrativos ou não.

Nesta seara, reside a maior confusão feita pelos supostos tomadores de serviços. Ora, de encete, é preciso observar que este critério é mais um dos critérios diferenciadores de um contrato de emprego, não sendo o único elemento a ser observado. Como já exaustivamente demonstrado, a prestação de serviços possui caráter residual, tem contrato como regra por tempo determinado, e prima pelo pós-recebimento, além destes critérios, estabelece-se a ausência de subordinação como outro ponto a ser observado. Todavia, muitos empregadores incorrem em erro na análise deste elemento, considerando que a mera ausência de subordinação jurídica clássica, é capaz de fazer valer um contrato de prestação de serviços. Trata-se de uma ignorância, erro, ou dolo da forma mais lamentável contra o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, visando tutelar as novas formas de trabalho existentes nos dias hodiernos, e como forma de evitar o falseamento e mascaramento destas relações, que o direito do trabalho tratou de desdobrar e criar novas dimensões para esse conceito de subordinação, elemento nuclear de uma relação de emprego.

Este elemento será discutido profundamente em momento porvindouro neste trabalho, sendo destacada, desde já, como forma de programar na lógica do leitor o real objetivo desta produção científica, visando assim traçar um liame entre as novas faces da subordinação e a confusão ou falseamento existente entre esta subordinação e a prestação de serviços.

Adequando ainda mais o tema proposto no presente feito, é salutar diferenciar o verdadeiro trabalhador autônomo (prestador de serviços), do suposto “prestador de serviços” conceitos tão trabalhado neste tópico.

Veja-se que, é totalmente diferente a situação em que um fisioterapeuta, médico, dentista-cirurgião, ou fonoaudiólogo, é contratado diretamente por um cliente para prestação de um serviço. Neste caso, a prestação de serviços está plenamente

⁹¹ *Ibidem, loc.cit*

⁹² BRASIL. **Lei 8.212/91**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui plano de custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014

caracterizada, falando por si, através da própria leitura do caso. Totalmente distinto é o caso em que um profissional da área de saúde, é contratado por uma clínica interposta, para o atendimento de diversos clientes, na figura de um prestador de serviços. Verifique caro leitor, que a distinção salta aos olhos, havendo neste último caso um total falseamento, posto que, muito embora não exista a presença de subordinação jurídica clássica como a determinação de horário entre outras questões, o clínico certamente está incorporado à estrutura de determinada sociedade simples empresarial que, com certeza está lucrando com o labor deste suposto prestador. Ademais, não estão presentes no caso em tela, os demais elementos configuradores de uma prestação de serviços, de outra mão, estão presentes todos os elementos que dão ensejo a uma relação de trabalho do modo específico de emprego, havendo então: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, e subordinação em uma das suas dimensões.

Esse entendimento entra em consonância com o estabelecido pela brilhante e saudosa doutrinadora Alice Monteiro de Barros⁹³ sendo que a integração do trabalhador na organização desfaz o critério trazido pela subordinação clássica e deve ser observado a partir de outras dimensões da subordinação, trazendo à tona o conceito de subordinação pelo fato de haver sim a integração na estrutura.

Nas palavras do ilustre doutrinador, José Augusto Pinto⁹⁴, a subordinação pode ser sim considerada em outros tipos de contrato de trabalho que envolvam a prestação pessoal do trabalho em favor do outro, devendo ser recomendado o estudo no caso concreto do geral para o particular a fim de precisar a natureza jurídica e o grau de influência na configuração da relação individual de emprego.

Esclarecendo ainda mais, é conveniente a tradução literal do quanto externado:

Quando atendendo a sua própria clientela, o profissional liberal ocupa a classificação que lhe é mais consentânea, de autônomo. Todavia, a conjunção de dois fatores diversos, de um lado o crescimento tentacular da empresa demandando seus serviços, geralmente em atividade de apoio, e de outro lado causando o declínio social das próprias profissões liberais, como atividade autônoma, levou a penetrar no campo do trabalho subordinado⁹⁵

A segunda confusão existente, diz respeito à existência ou não de um contrato formal, é cediço que ambas as figuras não prescindem de contrato para caracterizar

⁹³ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.*, p.218.

⁹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. *op.cit.*, p.137.

⁹⁵ *Ibidem.*, *loc.cit.*

a sua configuração, porém, muitos empregadores acreditam que por ter existido um contrato de prestação de serviços, tal situação encontra-se consolidada, neste particular, Chaves e Rosenvald⁹⁶ asseguram que se leva em consideração toda uma situação fática existente, até porque ambas as figuras negociais são informais, não exigindo formalidade na sua celebração.

Como última análise, registre-se que, a competência para tutelar a prestação de serviços mesmo que não caracterizadora de um vínculo de emprego é a Justiça do Trabalho, por tratar-se de uma relação de trabalho humano. Essa regra foi alterada pela Emenda Constitucional 45/04 que definiu a competência material para a Justiça Especializada independente de caracterização de um contrato de emprego. Sendo que a Justiça do Trabalho só não terá competência para questões envolvendo litígio entre pessoas jurídicas, por não haver o elemento pessoalidade, qual seja, o elemento humano.

3.3 DO CONTRATO DE EMPREITADA: CARACTERÍSTICAS

Neste aspecto em particular, é condizente observar que não há muita confusão existente entre o contrato de empreitada, e contrato de emprego, em verdade aqui, a confusão muitas vezes existente é entre a própria prestação de serviços e o contrato de empreitada.

Como já profundamente destrinchado, não serão feitas novas considerações sobre o contrato de prestação de serviços neste tópico, será reservado tal espaço apenas para tecer algumas características sobre a empreitada como forma de esclarecer esta forma de trabalho e evitar qualquer confusão com o vínculo empregatício.

A origem de empreitada vem do grego *empractos*, tendo como significado, *aquilo que se faz*, aquilo que é feito.

A origem da palavra empreitada mostra bem o que esse tipo de trabalho significa, de modo genérico, a empreitada é a realização de um determinado feito.

⁹⁶ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson., *op.cit.*, p.786

Em sua origem no Direito Romano, como já explanado neste trabalho, a empreitada era um tipo de sublocação, sendo chamada de *locatio contuctio operis*, em suma, o direito à obtenção de uma obra mediante uma remuneração pré-definida.

Como já bem salientado no tópico acima, cujo tema tratado fora a prestação de serviços, é possível afirmar que essa relação com o termo locação encontra-se plenamente obsoleto, diante de todo um contexto de escravidão que norteou essa fórmula de empreitada na sua origem em Roma.

Conceituando de maneira mais condizente com a realidade disciplinada nas relações de trabalho atuais, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁹⁷, não vacilam e conceituam essa espécie de contrato como sendo uma figura contratual em que se encomenda a feitura de um bem jurídico para uma pessoa, seja física ou jurídica, que reunirá condições profissionais e técnicas para realização de tal feito.

Como se observa, tem-se estabelecido o primeiro elemento definidor do contrato de empreitada, a chamada encomenda de uma obra, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho⁹⁸, é inerente ao contrato de empreitada a prévia encomenda para realização de uma obra.

Em outras palavras, assume o empreiteiro a obrigação de fazer determinado serviço, em face à encomenda realizada por outrem.

Nestes termos, pode-se confundir o empreiteiro como trabalhador autônomo que realizará uma prestação de serviços, esta possível confusão existente, justifica a explanação sobre o contrato de empreitada no presente trabalho.

Na busca de uma real configuração do contrato de empreitada e buscando evitar qualquer confusão entre este e a prestação de serviços, discorre Carlos Roberto Gonçalves⁹⁹, da seguinte forma:

⁹⁷ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson., *op.cit.*, p.819

⁹⁸ COELHO, FÁBIO ULHOA. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2012, p.279

⁹⁹ GONÇALVES. Carlos Roberto., *op.cit.*,p.369

A empreitada distingue-se da prestação de serviços pelos seguintes traços: a) o objeto do contrato de prestação de serviço é apenas a atividade do prestador, sendo a remuneração proporcional ao tempo dedicado ao trabalho, enquanto na empreitada o objeto da prestação não é essa atividade, mas a obra em si, permanecendo inalterada a remuneração, qualquer que seja o tempo de trabalho despendido; b) na primeira, a execução do serviço é dirigida e fiscalizada por quem contratou o prestador, a quem este fica diretamente subordinado, ao passo que, na empreitada, a direção compete ao próprio empreiteiro; c) na prestação de serviço o patrão assume os riscos do negócio, mas na empreitada é o empreiteiro que assume os riscos do empreendimento, sem estar subordinado ao dono da obra. Verifica-se assim que a empreitada, por gerar uma obrigação de resultado, tem por escopo apenas o resultado final, que pode ser a construção de uma obra material ou criação intelectual ou artística [...].

No tocante ao conceito supramencionado, convém esclarecer alguns pontos, quando o brilhante mestre difere a atividade determinada no empreiteiro, não está querendo abrir o leque de possibilidades para que o prestador possa exercer as mais diversas atividades de modo indeterminado. Ao contextualizar as diferenças expostas por Gonçalves, é importante que se tenha em mente que no caso do prestador de serviços trabalhador autônomo, a busca é pela atividade do prestador, mas de modo determinado, na empreitada o objetivo é a atividade direcionada para obra.

Evitando qualquer dificuldade neste entendimento, veja-se como forma de exemplo a seguinte situação: imagine-se um prestador de serviços (trabalhador autônomo) contratado para prestar o serviço de conserto no ar condicionado de determinada sociedade empresarial, é possível determinar que o prestador foi contratado para exercer uma atividade determinada, todavia, o objetivo foi pelo trabalho prestado por este trabalhador, e não pela obra de ter o ar condicionado consertado.

Tanto é verdade, que durante essa relação, o prestador de serviços poderá atuar sem subordinação, utilizando a sua técnica para resolver de sua maneira como deve resolver o problema. Além destas considerações, caso o prestador não possa ir em determinada semana consertar o ar, não receberá por aquele serviço não prestado, mas quando puder prestar tal serviço, receberá o seu valor pecuniário de modo proporcional ao quanto trabalhado.

Na empreitada, o serviço só é concretizado com a obra pronta, não podendo ser partilhado no tempo, e nem tampouco sofrer variações na remuneração final por ter trabalhado mais em um dia, e menos em outro.

Outro aspecto que salta aos olhos é a alusão feita pelo referenciado doutrinador ao critério de subordinação, como já explicitado neste trabalho, é critério de absoluta distinção entre a prestação de serviços e o vínculo empregatício a ausência de subordinação.

Deve ficar claro, que, além da subordinação, existem outros critérios que podem ou não determinar uma prestação de serviços que esteja falseando uma relação de emprego, porém o mais tênue destes elementos é de fato a ausência de subordinação no serviço prestado.

Acontece que, Gonçalves faz uma espécie de alusão á ideia de subordinação que pode confundir a análise do leitor.

Ao determinar presença de subordinação, não está o doutrinador determinando a subordinação jurídica elemento que enseja o vínculo empregatício, a subordinação que o autor se refere é a subordinação de forma genérica, uma espécie de conveniência do contratante em traçar algumas diretrizes, seriam questões genéricas que não adentram ao aspecto técnico da prestação e nem tampouco ao direcionamento utilizado pelo prestador na realização do seu trabalho.

A responsabilidade do prestador de serviços é de meio, e, poderá o contratante estabelecer critérios genéricos e de fiscalização, que não configuram, por si só, a presença da subordinação jurídica em discussão neste presente trabalho monográfico.

Em alguns casos, na visão de Vólia Bomfim¹⁰⁰ a subordinação mais tênue existente no trabalho autônomo pode até mesmo ser chamado de parassubordinação, elemento que será destrinchado neste trabalho em momento porvindouro.

Isto posto, veja-se que é possível extrair um segundo elemento caracterizador do contrato de empreitada como diferencial para o de prestação de serviços e vínculo empregatício. Malgrado, seja a empreitada uma relação de trabalho, a obrigação aqui é de resultado, não havendo obrigação de meio, o contratado assume uma obrigação de resultado. Essa obrigação não se coaduna com a ideia de continuidade tão festejada nas relações de emprego.

¹⁰⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *op.cit.* p.298.

Na linha de diferenciação, o doutrinador Hugo Gueiros¹⁰¹ vai diferenciar a empreitada do contrato por obra certa, muito comum na construção civil, este ocasional contrato que já mereceu até lei específica, lei 2.959 de 17.11.1956, difere da empreitada do Código Civil pelo seguinte: neste tipo de contrato o trabalhador contratado realiza a obra para determinada construtora – considerando o exemplo da construção civil – porém, na empreitada tutelada pelo Código Civil, o trabalhador arca com todos os materiais, inclusive assumindo o risco da obra e por isso, diferenciando-se do empregado.

Nesta trilha, Chaves e Rosenvald¹⁰², argumentam que o prestador de serviços não está vinculado ao resultado acertado, enquanto que na empreitada a atividade humana é apenas o meio para obtenção do resultado almejado, não havendo qualquer fiscalização por conta do contratante.

Outra observação é oportuna e deve ser feita, no contrato de empreitada os riscos correm em face do empreiteiro, de modo distinto ocorre na prestação de serviços.

Como arremate, é imperativo determinar que em face da Emenda Constitucional 45/04, que ampliou a competência da Justiça do trabalho alterando a redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, se o empreiteiro for uma pessoa física e realizar a obra pessoalmente, não sendo um sócio de sociedade empresarial, a competência será da Justiça do Trabalho.

Ademais, não é demais observar que, acaso seja a empreitada assumida por pessoa jurídica, a competência será da Justiça comum, e sendo a empreitada celebrada pela Administração Pública, a competência será definida em favor do ente público

3.4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO

Nos tópicos anteriores, buscou-se situar o leitor desta presente obra, no sentido de esclarecer a existência da distinção entre o trabalho em sentido amplo e em sentido estrito, sendo consideradas outras formas de relações de trabalho que não necessariamente seriam consideradas como relação com vínculo empregatício.

¹⁰¹ BERNARDES. Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. LTR: São Paulo, 1989. p.130.

¹⁰² DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson., *op.cit.*, p.822

Como lembrança, é válido esclarecer novamente tal premissa com esteio em Alice Monteiro de Barros¹⁰³ quando afirma:

“Os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, da qual a relação de emprego é espécie”

Nesta etapa, será posto em destaque o contrato de emprego, espécie de contrato de trabalho em sentido estrito, que, apresenta alguns elementos e requisitos para sua caracterização. É mais do que imperativo o esclarecimento deste contrato, pois, como já discutido exaustivamente alhures nesta monografia, o contrato de emprego é muitas vezes falseado e mascarado, seja por uma prestação de serviços, ou por um contrato de empreitada. E, como será verificado em momento porvindouro, o principal elemento da relação empregatícia que costumeiramente é falseada sob a justificativa de sua inexistência é a subordinação, ou seja, buscando descaracterizar o contrato de emprego, muitos empregadores procuram evitar, influenciados pelo modelo *toyotista* de tratamento do empregado como colaborador, caracterizar a subordinação.

Somente que, este elemento incorreu em desdobramento e em novas dimensões, que se aplicadas nas mais diversas situações fáticas no contexto das relações de trabalho, vão caracterizar o vínculo empregatício e configurar falseamento na relação trabalhista.

Todavia, antes de adentrar no âmbito do elemento subordinação, é mister tecer considerações genéricas sobre o contrato de emprego, é o que será feito neste momento.

3.5 A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E O CONTRATO DE EMPREGO

De encete, convém trazer à baila alguns conceitos doutrinários sobre a relação de emprego e o contrato de emprego. É preciso observar que uma relação de emprego é uma situação fática que enseja uma configuração jurídica de contrato, ora, falar de “relação de emprego” é atingir o “contrato de emprego”, como bem afirma Luciano Martinez¹⁰⁴ a relação é um vínculo de atributividade que legitima a posição dos sujeitos, sendo capaz de ligar uma pessoa a outra, com isso, no caso da relação de

¹⁰³ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.*p.172

¹⁰⁴ MARTINEZ, Luciano. *op.cit.* p.143.

emprego o vínculo de atributividade será necessariamente feita através de um contrato de emprego.

Veja-se mais:

Um objeto, que é o elemento em razão do qual a relação se constitui e sobre o qual recaem as obrigações dos sujeitos ativo e passivo. No caso da relação de emprego, o objeto será a prestação de trabalho pessoal, intrasferível subordinado e não eventual.

Vê-se, então, que o contrato é o vínculo de atributividade da relação jurídica, gerador, por isso, dos títulos legitimadores da posição dos sujeitos. Por essa razão, ao falar em “relação de emprego”, atinge-se, fatalmente, o “contrato de emprego”. Em outras palavras, “a relação de emprego” constituiu o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que se contém no direito do trabalho em vigor¹⁰⁵

Segue essa trilha, Alice Monteiro de Barros¹⁰⁶: “A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho”.

É possível esclarecer de forma conclusiva essa noção inicial acerca desta temática, como propõe Amauri Mascaro¹⁰⁷ o contrato (teoria do contratualismo) e a relação de emprego (teoria anticontratualista) foram avaliados separadamente como sendo dois fenômenos que colidissem, mas com o avanço da doutrina contemporânea foi no sentido da verificação dos efeitos, o que não confunde a identificação dos conceitos, analisa-se isto a partir da teoria do contrato realidade, o contrato é um acordo de vontades, a relação de emprego é um conjunto de direitos e obrigações que se desenvolvem durante o vínculo. Nesse caso, o contrato é a fonte da qual relação de emprego é o efeito.

Todavia, é salutar citar algumas correntes existentes que abordam sobre o tema, no entendimento de Sergio Pinto Martins¹⁰⁸ são existentes a teoria anticontratualista que defende a não existência do contrato entre o empregado e o empregador, sendo dividida tal teoria em corrente da instituição e da relação de trabalho.

Analisando de modo sucinto cada uma delas, observa-se que, na teoria da instituição o que existe é uma situação estatutária dentro de uma sociedade empresarial, e não contratual, posto que, o estatuto já prevê de cada local de trabalho já prevê as condições do trabalho mediante o poder de direção e disciplinar do empregador. Em verdade, o trabalhador segundo essa teoria entraria na empresa

¹⁰⁵ *Ibidem.*, *loc.cit.*

¹⁰⁶ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.* p. 173.

¹⁰⁷ DO NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.*, p. 346.

¹⁰⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.* p.99-100

e prestaria serviços, inexistindo discussão sobre as cláusulas de trabalho.

Em rigor, não poderia essa teoria ser considerada, haja vista a valorização e homenagem que é dada para o empregador, afinal, se cada local já prevê um estatuto, não importaria se esse estatuto estaria ou não alinhado com as normas estabelecidas pelo Direito do Trabalho.

A teoria da relação de trabalho nega a existência da vontade na constituição e desenvolvimento da relação de trabalho, essa teoria era utilizada no período do nazismo e fascismo, em seu bojo, o trabalhador teria de se submeter a um estatuto que já compreenderia previsão legal, regulamento da empresa e negociação coletiva, este estatuto ditaria as condições de trabalho em face do poder disciplinar do empregado.

Já a teoria contratualista entende que há uma relação entre empregado e empregador, afirmando que a relação jurídica de trabalho é constituída e modelada pelo contrato, e não poderia ser diferente, já que depende exclusivamente da vontade das partes para sua formação.

Postas as considerações sobre o contrato de emprego e a relação de emprego, será trilhado novo direcionamento sobre o tema. Avançando, é possível considerar que a relação de emprego pode, sem dúvidas, ser considerada a mais relevante relação de trabalho existente, afinal, por tudo que já foi verificado ao longo da história, é a relação que mais contempla e valoriza o trabalhador, concedendo ao trabalhador direitos peculiares e aplicando todas as demonstrações conquistadas ao longo da evolução de valorização do trabalho.

Compartilha deste entendimento o Professor Maurício Godinho Delgado¹⁰⁹ que sinaliza em sua obra que após duzentos anos de sua dominância em um contexto econômico, a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, seja pela sua ótica jurídica de concessão de direitos ao trabalhador, seja pela sua ótica econômica-social.

Verdadeiramente, pois além de garantir direitos específicos ao trabalhador, a relação de emprego enseja uma sensação de dignidade e dever cumprido daquele cidadão, que não apenas economicamente vai sentir-se seguro, bem como socialmente estará amparado pela lógica de se tornar um cidadão mais digno. Não à toa a

¹⁰⁹ DELGADO. Maurício Godinho. *op.cit.* p.288

expressão “eu sou trabalhador” é utilizada ainda nos dias de hoje para demonstrar o quanto digna é essa sensação.

Segue esse entendimento Marcus Pinto Aguiar¹¹⁰ a função social do contrato de emprego é proteger não apenas o trabalhador em um ponto de vista individual, mas a valorização deste como pessoa humana e com isso sua proteção implicaria no favorecimento de toda uma realidade social que o cerca, por isso a importância da constitucionalização do Direito do Trabalho e a utilização dos princípios.

3.6 REQUISITOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE EMPREGO

Acerca do contrato de emprego, a doutrina não deixa dúvidas ao estabelecer os requisitos necessários para configuração de um vínculo empregatício, antes de enfrentar cada um de modo particular, Amauri Mascaro¹¹¹ traz uma importante lembrança, afirmando que os dispositivos legais que estabelecem esses requisitos merecem ser modernizados porque foram elaborados em um determinado tipo de conjuntura, e de relação de emprego do operário em fábricas, enquanto que diariamente as demandas que aparecem pleiteando o vínculo empregatício são as mais variadas e inovadoras situações fáticas.

Essa afirmação do brilhante autor aborda tudo aquilo que já foi referenciado em momentos anteriores deste trabalho, é preciso atualizar a tutela do direito do trabalho, já que houve uma evidente evolução da sociedade.

Isto posto, é conveniente adentrarmos aos requisitos elencados pela doutrina. Os requisitos necessários reunidos pela doutrina para caracterização do vínculo de emprego são: pessoalidade, onerosidade, não assunção, duração contínua e não eventual e subordinação.

Não obstante, configuração dos elementos está delimitada no art. 3º das Consolidações das Leis do Trabalho¹¹².

¹¹⁰ AGUIAR, Marcus Pinto. O salário e sua função social: a valorização da pessoa humana como fundamento para a justiça social e o desenvolvimento econômico. **Revista IDB**. nº14, ano 2, 2013, p.16068

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.*p.660

¹¹² Art.3º CLT – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Convém destacar de modo conciso cada um destes elementos, resguardando em tópico próprio o elemento subordinação para que seja possível destrinchá-lo de maneira mais aprofundada.

3.6.1 Pessoaalidade

O requisito pessoaalidade ou trabalho prestado por pessoa física está inserido como elemento obrigatório em toda a relação de trabalho, sendo também transmitido para a relação de trabalho de modo específico emprego, o conceito de pessoaalidade pode ser explicado pelo desígnio do empregador daquele empregado, ou seja, quando contratado para exercer o trabalho, espera o empregador que este labor seja exercido por aquele empregado ora contratado, esse conceito leva em consideração a individualidade de cada trabalhador, sendo este contratado por conta de suas aptidões pessoais.

Como apontado por Luciano Martinez¹¹³ em razão de toda essa consideração do sujeito específico contratado para o emprego, está inerente na pessoaalidade a intransferibilidade, não podendo nenhuma outra pessoa exercer o trabalho senão o trabalhador contratado.

Nesta senda, um trabalhador que tiver no contrato a possibilidade da sua substituição, não será considerado contrato de emprego, mas um contrato diverso.

Godinho Delgado¹¹⁴ declarou, contudo, que existem situações em que a mera substituição não enseja o suprimento do vínculo empregatício, existem situações em que o tomador de serviços poderá consentir com essa substituição pelo caráter eventual desta substituição, outra hipótese está prevista em ordenamento jurídico, são as normativamente autorizadas seja em lei ou norma autônoma, a título de exemplo: férias, licença-gestante, mandato sindical, entre outras situações.

Também está contido nesse elemento a ideia de que só o trabalho realizado por uma pessoa física poderá estar sujeito ao vínculo de emprego, esse entendimento consagra a trilha do trabalho como meio de obtenção da dignidade da pessoa humana, pois, somente a partir do trabalho podem-se alcançar os direitos fundamentais tutelados pelo direito.

¹¹³ MARTINEZ, Luciano. *op.cit.*, p.144

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *op.cit.*, p.294

Malgrado, tenha sido abordado como se o trabalho por pessoa física fosse idêntico ao elemento pessoalidade, Maurício Godinho Delgado¹¹⁵ expõe clara distinção sobre ambos, em suma, entende o doutrinador que não é porque o trabalho é prestado por pessoa física que haverá pessoalidade, e deve ser apurado o elemento pessoalidade para configuração deste vínculo empregatício. O autor reafirma o caráter de infungibilidade que deve haver nesta relação, isto é, o *intuito personae* deve ser apurado em uma relação de emprego.

3.6.2 Não eventualidade

No que tange ao requisito da não eventualidade ou continuidade,¹¹⁶ esse requisito apresenta como cerne de sua existência o fato do trabalho ser prestado com continuidade, isto é de forma não eventual. Como afirma Sérgio Pinto Martins: “a continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviços.

Veja-se que, a ideia de continuidade está presente por todo o invólucro do Direito do Trabalho como um todo, sobretudo no que diz respeito à sua espécie mais importante, a relação de emprego. A continuidade é estimulada nesta relação como forma de fazer valer a função social do Direito do Trabalho, dignificando o homem e dando respaldo deste frente à sociedade.

Entende-se de modo diferente na prestação de serviços feita pelo autônomo vinculado à uma empresa, pois, como já exaustivamente abordado, o estímulo neste contrato de prestação de serviços é justamente o de não incentivar à continuidade, fazendo evitar qualquer mascaramento de uma relação de vínculo.

Não é razoável menosprezar tal elemento como definidor na configuração ou não do emprego, percebe-se, para que haja a configuração é necessário a reunião dos cinco requisitos fáticos jurídicos, com isso, malgrado o trabalhador exerça um trabalho subordinado, sem a continuidade, o vínculo empregatício acaba sendo desconfigurado¹¹⁷.

Nesta senda, é preciso que o requisito da eventualidade seja aclarado e percebido

¹¹⁵ *Ibidem. op.cit.*, p.293

¹¹⁶ MARINS. Sergio Pinto. *op.cit.*, p.107

¹¹⁷ DELGADO. Maurício Godinho. *op.cit.*, p.295.

durante a relação de emprego, tarefa não muito fácil já que é um dos temas mais controvertidos no direito do trabalho. Ocasão que gera tal dificuldade é a forma como é feita menção ao requisito em discussão no artigo 3º da CLT, posto que, é afirmado neste dispositivo que, a não eventualidade é identificada através de “serviços de natureza não eventual”.

Veja caro leitor, que não foi definido tempo para configurar o que seria ou não uma eventualidade ou continuidade, optou-se em expressão do dispositivo o termo “natureza não eventual”. Mas como definir a natureza eventual de determinada relação de trabalho?

É nesse ponto que a discussão ganha morada. A doutrina, a partir disto, procurou aclarar essa dificuldade através de teorias, são elas elencadas por Godinho¹¹⁸ como teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica. Ao trilhar a explanação o doutrinador antecipa de forma segura “a primeira de tais teorias (descontinuidade) seria incompatível com a CLT, mas harmônica à Lei do Trabalho Doméstico, ao passo que as três subseqüentes teorias seriam ajustadas ao espírito do texto celetista”.

Não é complexo traçar noções sobre essas teorias, a primeira delas: a *teoria da descontinuidade* foi rejeitada pela CLT, e tem como principal ideia o fato de que o trabalho eventual (não considerado como vínculo), é aquele fragmentado e interrupto, perdendo assim o caráter de fluidez sistemática.

Em verdade, para Godinho¹¹⁹ a CLT ao tratar do requisito da não eventualidade, procurou demonstrar a não absorção dessa teoria nos mandamentos celetistas.

Explique-se, na luz desta teoria, o trabalho não pode ser esparso sob pena de ser caracterizado como eventual, já com espeque na CLT, mesmo que o trabalhador só labore em um único dia da semana, mas já exerça essa rotina durante meses, o trabalho é não eventual. Na análise desta afirmativa, fica claro que a CLT, optou por negar o caráter de eventualidade dado pela *teoria da descontinuidade*.

No tocante à *teoria do evento*, considera-se eventual ou descontínuo o trabalhador que se insere em determinada estrutura de empresa por um fato específico ou determinado evento, isto é, uma obra, ou qualquer fato que gere necessidade da

¹¹⁸ *Ibidem.*, *op.cit.*, p.296-299

¹¹⁹ *Ibidem. loc.cit*

contratação de um empregado.

A minguada desta teoria é óbvia, não há como determinar qual período de tempo será dedicado para realização de tal fato, sendo que, algo que em tese seria eventual, poderá ensejar em uma continuidade.

Desta forma, não tem razão de ser e não encontra morada em ordenamento jurídico tal teoria.

A *teoria dos fins do empreendimento* define que será eventual o trabalhador que exercer tarefa que não seja considerada como atividade fim da empresa.

Na análise desta teoria, a lembrança e menção para o conceito de subordinação estrutural é plenamente adequada, ora, nasce aqui de forma embrionária a ideia de que é relevante o fato da inserção do trabalhador na estrutura da empresa.

Por fim, apresenta-se a *teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços*, sendo que, é conceituado o trabalhador eventual aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto é empregado o trabalhador que se fixa a determinada fonte de trabalho.

As teorias ora demonstradas buscam em verdade maturar e chegar a uma definição sobre o aspecto da eventualidade, em entendimento de Luciano Martinez¹²⁰ a eventualidade baseia-se em uma ideia de imprevisibilidade de repetição, deixando como exemplo o fato de não haver previsão para nova prestação do trabalho pactuado, sendo o lavador de carros uma hipótese desta natureza.

Diante dessa conceituação, é importante destacar a desnecessidade de o trabalhador completar a semana de dias úteis para ser considerado como não eventual, a doutrina majoritária entende que, havendo previsão para repetição daquele serviço, mesmo que em um dia da semana, já pode ser considerado como não-eventual.

Traçando um liame com o tema da monografia, é preciso salientar que, não há razão de ser o argumento de que o prestador de serviços não pode ser considerado empregado por só trabalhar determinado dia ou turno.

Parece adequado com esta produção científica, a utilização da corrente da *teoria dos fins do empreendimento* como forma de conceituar a eventualidade. Utiliza-se

¹²⁰ MARTINEZ. Luciano. *op.cit.*, p.145-146

desta mesma teoria Alice Monteiro¹²¹ que afirma a filiação desta corrente segundo a qual o trabalho eventual é aquele que não seja inserido no âmbito das atividades normais de uma sociedade empresarial.

Sendo toda forma de labor com previsibilidade e que seja estruturante de determinada sociedade empresarial como trabalho contínuo caracterizando a não eventualidade.

3.6.3 Onerosidade

Elemento mais fácil a ser identificado na relação de emprego é a onerosidade, sendo em suma, como já dito antes, considera-se trabalho todas as formas de dispêndio de energia, esta será a tese adotada por esta monografia na busca da conceituação do trabalho, no entanto, quando se especifica a relação de emprego, o elemento onerosidade torna-se indispensável.

Essa conceituação encontra sua etiologia nas raízes históricas do Direito do Trabalho, já tratadas aqui em tópico próprio, devendo ser considerado nesse momento toda a capacidade de dignificação do cidadão a partir da contraprestação pecuniária cedida em troca do vínculo empregatício.

Nestes termos, a onerosidade é a remuneração do trabalho prestado pelo trabalhador.

3.6.4 O elemento da Subordinação

Diante das peculiaridades e enorme importância da explanação deste requisito para o presente trabalho, convém destacar o elemento subordinação em tópico próprio em momento seguinte.

3.7 SUBORDINAÇÃO

Neste momento, chega-se ao elemento considerado pela doutrina e jurisprudência atual como mais emblemático de todos os demais requisitos necessários já

¹²¹ DE BARROS. Alice Monteiro. *op.cit.*,p.174

explanados nesta monografia.

Deve-se a isto, a mudança nas relações de trabalho que, sob forte influência de alguns movimentos como o *toyotismo*, a globalização, a flexibilização do Direito do Trabalho, fizeram com que a clássica relação de trabalho existente no *fordismo* – momento em que a subordinação foi pensada e estabelecida em seu conceito clássico, sendo admitida pelo legislador – perdesse a capacidade de tutela. Ora, com a diversidade de relações de trabalho existente nos dias de hoje, em que se verifica o falseamento da subordinação, deve o Direito do Trabalho rediscutir esse tema, sob pena de torná-lo anacrônico frente aos novos modos de trabalho existentes nos dias coevos.

No entanto, deve-se discriminar com exatidão todo esse histórico da subordinação, objetivando contextualizar o leitor e aprofundar a discussão.

3.7.1 Subordinação x poder empregatício

É preciso, de início, entender que a subordinação que se discute, é aquela pela qual o trabalhador livre aceita trabalhar para um tomador de serviços por vontade de ambas as partes. A discussão aqui proposta não será ampliada aos tempos em que existia a escravidão ou servidão.

Diante disto, como é cediço, quem é subordinado na relação de trabalho, é subordinado a alguém. Este alguém é o tomador de serviços, considerado empregador para casos em que exista a existência dos requisitos do vínculo empregatício.

Desta forma, é possível verificar que a subordinação está intrinsecamente ligada ao conceito de poder do empregador, sendo lados opostos de uma mesma moeda. Afinal, é pela capacidade do empregador determinar ordens diretas ao empregado é que se verifica um trabalho subordinado. Dar-se o nome disto de Poder empregatício.

Em uma forma mais esclarecedora, Lorena Porto assim define:

Costuma-se afirmar que a subordinação é a contraface do poder diretivo, o qual é exercido pelo empregador: 'o direito de direção expressa o estado de subordinação do assalariado, que é o elemento característico das relações de trabalho'¹²²

Esse poder exercido pelo empregador pode ser verificado no art. 2º da CLT¹²³, em que determina a direção do serviço como um dos requisitos para ser empregador.

Nesta quadra, de onde é possível extrair esse poder? Esclarece Lorena Porto¹²⁴ que o poder em seu significado geral determina a capacidade do homem em determinar o comportamento, sendo o poder do homem sobre o homem, sendo considerado o poder legal àquele fundado sob a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do poder.

Não há dúvidas quanto a isso, desde o início das relações humanas, o homem exerce o poder em relação a outrem nos mais variados modos, o poder aqui em destaque advém do poder legal, definido por lei, sendo o poder empregatício.

Esse poder é exercido pelo empregador desde o período das grandes revoluções, em que o trabalhador era comandado sob a ótica de produção em massa – período *fordista* – e era claro a influência do exercício do poder do tomador de serviços sobre o trabalhador, sempre obrigando este último a produzir mais, valendo-se da necessidade que tinha o trabalhador de garantir o seu sustento.

Danilo Gaspar¹²⁵ entende o poder empregatício como fundamento da subordinação, sendo este confundido com a própria existência do poder diretivo do trabalhador, veja-se mais:

Sendo assim, cumpre destacar que o fundamento que justifica a existência de um poder por parte do empregador de dirigir a prestação de serviços do empregado e, por consequência, justifica a existência de uma subordinação deste em razão daquele, é a alteridade¹²⁶

Alteridade é a assunção dos riscos do negócio por conta do empregador, sendo para o entendimento do Professor o fundamento justifica-se nessa assunção dos riscos, e com isso é presente o poder diretivo.

¹²² PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho uma Releitura Necessária**. São Paulo: LTR, 2009, p.37

¹²³ Art. 2º CLT – Considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹²⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁵ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.123.

¹²⁶ *Ibidem. loc.cit.*

Neste passo, é preciso deixar registrado, que a sujeição por parte do trabalhador a este poder empregatício não é uma sujeição pessoal, a sujeição dita aqui é a sujeição do trabalho, o autor Paulo Emílio¹²⁷ define essa questão de maneira muito clara, entendendo que em uma relação considerada jurídica é impraticável a existência de uma sujeição pessoal sob pena de descaracterizar uma relação de trabalho e definir o trabalhador como coisa.

Dito isso, é imperativo concluir que esse poder empregatício esbarra em limites, e os limites são dados justamente pela relação ser jurídica, em que o trabalhador não pode ser sujeitado de forma arbitrária, abusiva e tampouco pessoal, esbarrando nos limites contratuais e legais.

A partir desta análise, Gaspar¹²⁸ definirá o poder empregatício como sendo “uma gama de prerrogativas disponíveis ao empregador para comandar uma prestação de serviços exercida no âmbito de sua atividade econômica.”

Complementa esse pensamento Lorena Porto¹²⁹ ao considerar que de fato, o empregador exerce o poder de várias formas, podendo-se falar nos desdobramentos ou dimensões do poder empregatício, sendo uma delas o poder diretivo, como sendo a capacidade de o empregador dirigir a prestação de serviço do empregado.

Gaspar¹³⁰ atenta ao fato de que o poder diretivo é aquele pelo qual o empregador organiza sua atividade. Outro poder considerado é o regulamentar, que seria um conjunto de regras gerais no âmbito da sociedade empresarial, exteriorizando o poder diretivo do empregador através do poder regulamentar. O poder fiscalizatório é o poder de o empregador acompanhar e fiscalizar a prestação de serviços existente. E, por fim o poder de disciplinar em que o empregador pode impor sanções aos empregados que descumprirem qualquer destas normas regulamentares.

Veja-se, entretanto, que diante deste rol de poderes que goza o empregador, a subordinação é vista como o outro lado da moeda.

¹²⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de Emprego**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2005, p.525.

¹²⁸ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁹ PORTO, Lorena Vasconcelo. *op.cit.*, p.41.

¹³⁰ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, *loc.cit.*

Como definido por Godinho¹³¹:

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

Sendo, arrematado por Lorena Porto¹³² a subordinação sendo a contraface do poder diretivo, isto é, conclui-se que para haver subordinação, deve haver o exercício do poder no modo diretivo.

Em uma análise crítica, é válida a lembrança de que, com a Revolução Industrial, incidiram novos efeitos e novos meios de produção, sendo então mais complexos e com maior potencial de lucro, com isso o poder do empregador passou a ser mais estruturado, visando atender a utilidade e obtenção de lucro.

Em verdade, essa prática ocorre ainda nos dias contemporâneos, afinal, se para haver subordinação é preciso haver uso do poder diretivo, muitas vezes o empregador utiliza manobras para estruturar esse poder diretivo de um modo em que não incida a existência da subordinação, assim como foi feito no *toyotismo*, ou com a estruturação do próprio *fordismo*, o empregador manobra e modifica a configuração do poder empregatício com objetivo de justamente evidenciar a ausência de subordinação e descaracterizar o vínculo empregatício.

3.7.2 Origem e conceito clássico da subordinação

O conceito de subordinação encontra origem no latim (*sub + ordinare*), antítese da palavra cooperação, ou seja, “*subordinare*” significa ordenar, mandar, aplicar um poder imperativo para o trabalhador para que este possa cumprir com a determinada ordem.

Neste momento, é conveniente traçar um paralelo com a história do trabalho e o nascimento do elemento subordinação na sua forma mais clássica.

De logo, é possível demonstrar que a intromissão do tomador de serviços no

¹³¹ GODINHO. Mauricio Delgado. *op.cit.* p.303

¹³² PORTO, Lorena Vasconcelo. *op.cit.*, p.42.

trabalho prestado pelo empregado caracteriza uma forma de subordinação considerada clássica.

Essa subordinação ao poder diretivo do empregador só é permissiva devido ao fato do homem já exercer um trabalho livre, que, em virtude da necessidade, aceita se subordinar ao empregador. Nesta noção de subordinação clássica, extrai-se o critério da dependência que será abordado em momento seguinte.

Esse trabalho subordinado, sem o devido controle e tutela legal, ensejou na necessidade de intervenção Estatal, daí surge o Direito do Trabalho.

A partir disto, é viável a afirmação de que o conceito originário de subordinação confunde-se com a própria essência do Direito de Trabalho.

Não pensa diferente Sidnei Machado¹³³, inicialmente o autor entende que a noção de liberdade existente na época tinha forte influência do movimento *iluminista*, em que a liberdade e o contrato se aproximaram, teoricamente, em razão da necessidade do trabalhador. Com isso, o Direito do Trabalho seria traduzido em um direito de livre acesso ao trabalho. Isto ocorre em um momento de Revolução Industrial ou segundo momento desta revolução, compatibilizando a liberdade do homem livre com o trabalho sob dependência ou subordinação já que os termos confundiam-se.

Não há dúvidas, após encerramento de séculos em que a escravidão e a servidão imperavam, tem-se o período do liberalismo e nesta etapa surgem duas grandes revoluções (Francesa e Industrial), ou seja, com o fim da idade média e alvorecer da idade moderna o homem passa a ser livre podendo trabalhar como opção.

O ilustre professor Maurício Godinho Delgado¹³⁴ confirma esta relação e assegura que, a existência do trabalho livre, é o pressuposto para o surgimento do trabalho subordinado, e, via de consequência a relação de emprego.

Assim preceitua Godinho¹³⁵:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar

¹³³ MACHADO, Sidnei. **A noção de Subordinação Jurídica**. São Paulo: LTR, 2009, p.24.

¹³⁴ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.*, p.86

¹³⁵ *Ibem.*, *loc.cit.*

liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos.

Veja-se que, como já explanado, só é possível construir uma lógica do Direito do Trabalho a partir do momento em que o homem aceita sujeitar-se a *outrem*.

Não pensa em sentido contrário Tatiana Guimarães Ferraz Andrade¹³⁶ ao determinar que para conquistar sua hegemonia, a burguesia tratou os trabalhadores como “soldados”, que desempenhavam o papel de propulsores da máquina das forças produtivas, mas sofriam condições degradantes do trabalho, sem qualquer tutela que os protegesse contra o capitalismo.

Saliente-se que, como já externado, neste presente trabalho, o período é retratado sob forte influência das grandes revoluções (Francesa e Industrial), sendo a ideologia disseminada neste período elementar para o nascimento do Direito do Trabalho, bem como, conceito de subordinação clássica.

É afirmado por Vincenzo Roppo¹³⁷ que, este tempo era composto pela intervenção mínima estatal, fortalecendo em uma falsa sensação de igualdade, todavia, esse equilíbrio incorria em uma falácia, pois, o trabalhador cedia o seu trabalho de forma subordinada a outrem pela necessidade e, em face da disparidade existente entre as classes da época existiam os diversos abusos.

Somente que, neste tempo, era larga a oferta de trabalho livre, tornando falaciosa a ideia de trabalho como opção para o homem livre, ou seja, este passou a trabalhar por necessidade.

Essa oferta em grande escala, é o ensejo para o trabalho assalariado e subordinado. Pela necessidade, o homem aceita ser subordinado a outrem como forma de garantir seu sustento.

Assim, com os excessos e abusos ocorridos neste trabalho subordinado, foi necessário que houvesse uma tutela desta relação, pois como já visto alhures, os abusos eram incomensuráveis ofendendo a dignidade humana do trabalhador.

Por conseguinte, essa relação passou a ser juridicamente tutelada, surgindo o

¹³⁶ ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. **As novas faces da subordinação e os impactos para o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2014, p.35.

¹³⁷ROPPO, Vincenzo. **O contrato**. 1^aed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 37-38

conceito clássico de subordinação.

Nesta senda, a ilustre doutrinadora Lorena Porto define o conceito de subordinação clássica desta forma:

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, o modelo econômico vigente – centrado na grande indústria – engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. Desse modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.¹³⁸

Com razão, neste período o trabalhador estava enfurnado em uma estrutura fabril, submetido à penosa disciplina do empregador.

Nesse contexto, extrai-se o conceito de subordinação clássica, sendo esta a subordinação em sua pura origem, confundindo-se com o próprio nascimento do Direito do Trabalho, que nasceu visando proteger esse trabalhador tão abusado frente a estrutura estabelecida pela Revolução Industrial e o sistema de produção *fordista/toyotista*.

Demonstrada a necessidade que ensejou o nascimento do Direito do Trabalho para a tutela dos trabalhadores, pode-se afirmar que a subordinação clássica é aquela em que o trabalhador aceitava ser subordinado ao poder diretivo do empregador através do critério de dependência. Bastando para caracterizar a subordinação clássica, a presença de ordens diretas e exercício do poder empregatício sobre o trabalhador.

Danilo Gaspar¹³⁹ arremata a ideia da subordinação em sua essência clássica:

A subordinação jurídica surge desta forma, como a determinação pelo empregador do tempo e do modo da prestação de serviços do empregado.

Trabalhador subordinado seria, portanto, aquele que não tem a possibilidade de determinar quando e de que forma executará o seu ofício. Estas orientações, portanto, são fixadas pelo tomador de serviços, no caso empregador, que no exercício do seu poder diretivo, dirige o trabalho prestado pelo empregado.

3.7.3 Subordinação jurídica elemento diferenciador e o critério da dependência

¹³⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *op.cit.*, p.43

¹³⁹ GASPAR. Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.129

Insistindo nesta temática, é possível evidenciar que a partir deste panorama do nascimento do Direito do Trabalho, surge o amparo das leis que visavam garantir direitos para o trabalhador tão ofendido ao longo da história. A subordinação caminhava para uma definição, podendo então ser intitulada subordinação jurídica.

Nesta matiz, surge a definição do autor Délio Maranhão e outros¹⁴⁰ que entende a subordinação jurídica como resultado de um contrato fundado em limites legais, sendo o conteúdo deste contrato impossível de ser similar ao quanto existente na idade média enquanto o trabalhador era “servo” e o empregador senhor.

Devendo partir de um pressuposto de liberdade individual e dignidade do trabalhador para entender a subordinação.

Diante dessa lógica, houve uma clara alteração na a estrutura econômica de diversos países, passando a ser necessário regular essas normas a fim de estabelecer a relação de emprego.

Nesta quadra, tem-se o debate subordinação e relação de emprego de maneira ampla na doutrina italiana. O trabalho era visto como uma forma de locação (*locatio*), modo claramente insuficiente para regulamentar uma relação de emprego.

Iniciando esse debate sobre o trabalho subordinado o autor *Ludovico Barassi*, foi um dos primeiros a discutir e debater sobre a subordinação no trabalho, primeiramente o autor engloba tanto a *locatio operarum*, quanto a *locatio operis*¹⁴¹, como sendo trabalho, todavia, individualiza a subordinação apenas para a *locatio operarum*, sendo essa definição importante, para conceituar o trabalho feito pelo empregado e o trabalhador autônomo.

Desta forma, após o nascimento do Direito do Trabalho, coube a Ludovico Barassi¹⁴² apontar em sua monografia de 1901 a subordinação do *locator operarum* perante o empregador, sendo o principal traço distintivo da *locatio operarum*, demonstrando que a subordinação era de fato o principal elemento diferenciador do trabalho e da prestação de serviços já trabalhado em tópico alhures.

¹⁴⁰ SUSSEKIND, Arnaldo., MARANHÃO, Délio *et al.* **Instituições do Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 243.

¹⁴¹ *Locatio operarum* – locação de serviços; *locatio operis* – execução de uma obra.

¹⁴² BARASSI; LUDOVICO **apud** NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.*, p 572. .

Definindo a subordinação jurídica no entendimento de Godinho¹⁴³, pode-se afirmar que a subordinação traduz uma situação jurídica derivada do contrato de trabalho, mediante o empregado se obriga a aceitar a direção do empregador. Como já mencionado, a sujeição aqui mencionada não é subjetiva, não é possível falar em sujeição pessoal em caráter subjetivo, mas sim a sujeição do trabalho no sentido do modo de realizar um trabalho pactuado.

Neste momento, como bem afirmado por Sidnei Machado¹⁴⁴ o trabalho foi habilidosamente traduzido no direito livre de acesso ao trabalho, como resultado dessa adequação, tem-se a inserção do trabalhador pela dependência econômica, nas grandes indústrias caracterizando a subordinação jurídica.

Note-se, que pode ser observada a caracterização da dependência como forma de tradução do conceito de subordinação jurídica em seu modo clássico. De fato, por existir no conceito clássico uma facilidade na identificação da subordinação, a dependência passou a ser o fator considerado e analisado em uma relação de trabalho.

Explique-se com mais objetividade, buscando identificar a subordinação em um contrato de trabalho, a análise era feita pela dependência.

Com efeito, verificado todo o momento histórico que cercou o nascimento do trabalho subordinado, tem-se como conceito mais clássico da subordinação jurídica, a ideia central de que o trabalhador livre aceita se tornar subordinado ao empregador como forma de garantir o seu emprego em um trabalho baseado na dependência.

Completa esse raciocínio Sidnei Machado¹⁴⁵ ao tratar a subordinação e a dependência como condição operária no processo de construção dessa sociedade industrial. Sendo que, a condição de dependência teve como primeira pretensão revelar a síntese da condição salarial e configurar o trabalho assalariado.

Conclui-se, deste modo, que não é possível falar em subordinação jurídica de forma clássica sem vislumbrar o momento em que o empregado aceita submeter-se às ordens do seu empregador, estando o seu trabalho submisso ao poder diretivo deste

¹⁴³ GODINHO, Maurício Delgado., *loc.cit*

¹⁴⁴ MACHADO, Sidnei. *loc.cit.*

¹⁴⁵ MACHADO, Sidine. *op.cit.*, 25

que utiliza empregador que usa tal prerrogativa de forma objetiva, impondo ordens diretas ao seu empregado, isto é, dependência.

Outro aspecto que deve ser considerado para conclusão acima é a incorporação dos trabalhadores nas grandes fábricas. Como já destacado, esse período marca o movimento *fordista/taylorista*, já aludido em tópico alhures.

É importante considerar este momento, pois, era muito mais fácil identificar o elemento da subordinação jurídica em sua acepção clássica nesta época avaliando o critério dependência.

Confirma esse entendimento Danilo Gaspar¹⁴⁶ que aloca que, a expressão subordinação jurídica era algo extremamente coerente e fácil de ser identificado nas primeiras décadas do Direito do Trabalho, já que o empregado se resumia àquele trabalhador fabril que se submetia diariamente aos comandos do empregador, ficando lotado em fábricas ao longo das linhas de produção típicas do *Fordismo e Taylorismo*.

Veja-se então, que o conceito de subordinação jurídica em seu modo clássico, a análise do critério dependência e a diferenciação do empregado para o trabalho *latu sensu*, ocorria de um modo plenamente simples de ser percebido e identificado, posto que, o empregador utilizava o seu poder diretivo para a todo momento dirigir o modo e tempo de produção do trabalhador.

Nesta trilha, segue entendimento do autor Vincenzo Roppo¹⁴⁷

O modo de produção capitalista funda-se na prestação de trabalho subordinado fornecida por quem nada tem senão, justamente, a sua força de trabalho a quem detém os meios materiais de produção, numa palavra o capital. Esta prestação é compensada com dinheiro, segundo uma relação de troca, de molde a garantir, com a fruição do trabalho, o proveito do capital.

Esta análise e contextualização são imperativas, porquanto, em que pese às relações de trabalho terem avançado no contexto em uma era pós industrial e globalizada, o Direito do Trabalho nasce visando a proteção deste trabalhador fabril, sendo imponente o avanço da sua tutela para o acompanhamento destas novas relações supracitadas.

¹⁴⁶ GASPAR, Danilo. *op.cit.*, p.130.

¹⁴⁷ ROPPO, Vincenzo. *op.cit.*, *loc.cit.*

É de bom alvitre dar continuação nesta temática, demonstrando que, durante muitos séculos, em virtude da fácil identificação desta subordinação, considerada como clássica nas relações de trabalho, a subordinação foi o principal elemento diferenciador do vínculo empregatício e das demais relações de trabalho. Externa tal pensamento a doutrinadora Maria Célia de Araújo Furquim:

Subordinação é o elemento que melhor caracteriza a relação de trabalho subordinado. A subordinação é o requisito essencial para o reconhecimento da relação de emprego. É o de maior destaque entre os elementos fáticos jurídicos que definem a relação de trabalho como relação na qualidade de empregado.¹⁴⁸

Não poderia ser diferente, como era fácil identificar a evidente subordinação do empregado frente ao trabalhador, este elemento foi durante décadas considerado como o principal elemento diferenciador e configurador do vínculo empregatício, sendo ainda a subordinação jurídica àquela já tutelada legalmente, após surgimento do Direito do Trabalho.

Sob forte influência desta facilidade na identificação do critério clássico da subordinação jurídica, brotaram vários conceitos neste sentido entendendo a subordinação como uma dependência entre o empregado para com o empregador. Entre vários conceitos doutrinários, é esclarecedor trazer à baila o que preceitua Sérgio Martins¹⁴⁹, definindo que a subordinação jurídica é a obrigação que o empregado tem de cumprir ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. Veja-se que, esta noção entra em plena consonância com o conceito clássico de subordinação.

Nesta trilha, é salutar trazer à baila o conceito doutrinário do autor Luciano Martinez¹⁵⁰

A subordinação é, então, evidenciada na medida em que o tomador dos serviços (e não o prestador, como acontece no trabalho autônomo) define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado. Entende-se como definição de tempo toda interferência do tomador dos serviços no que diz respeito ao instante de início e de término da atividade contratada, inclusive em relação aos momentos de fruição dos intervalos para descanso acaso existente. Compreende-se, por outro lado, como definição de modo toda

¹⁴⁸ FURQUIM, Maria Célia de Araújo. **Nem empregado nem autônomo: Parassubordinado**. São Paulo: LTR, 2013, p.45.

¹⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto Martins. *op.cit.*, p.147.

¹⁵⁰MARTINEZ, Luciano. *op.cit.*,p.147.

intercessão do tomador na maneira de ser operacionalizada a atividade contratada, resultando uma intromissão consentida pelo prestador nos meios por força dos quais serão alcançados os fins.

Com efeito, essa ciência pode ser confundida facilmente com a ideia mais clássica do conceito de subordinação, encontrando sua etiologia e forte influência na origem do Direito do Trabalho. Como bem apontado por Amauri Mascaro do Nascimento¹⁵¹ a subordinação consistia em pôr à disposição a própria força de trabalho a favor da outra parte, o que se identificou com a atenção ao critério diretivo do empregador. Assim, pode ser caracterizada a subordinação na relação de emprego, pela conveniência, e acordo de vontades em que o empregado aceita ser subordinado ao poder diretivo do empregador, sendo que, este poderá intervir no trabalho do empregado determinando e exercendo seu poder diretivo nesta relação.

Segundo Martinez¹⁵², a subordinação é uma limitação na ampla autonomia de vontade do prestador de serviços, devendo ter o empregado obediência e sujeição do trabalho ao comando do tomador de serviços, preservando à hierarquia.

Neste invólucro, é de bom alvitre, ainda, esclarecer que se pode conceituar subordinação como sendo, na opinião do autor Thiago Chohfi¹⁵³ gênero pela qual existem várias espécies, sendo a subordinação em seu conceito genérico, o elemento que revela exatamente a diferença de forças existentes em uma determinada relação de trabalho.

Note-se que, o próprio autor trata de esclarecer que: “como espécie, a subordinação jurídica é a subordinação genérica mais acentuada, ou seja, na qual a administração de força de trabalho é mais evidente. E, por conter a palavra “jurídica”, logicamente é originada da lei “¹⁵⁴.

Veja-se tal noção nas palavras de Amauri Mascaro¹⁵⁵:

O conceito de *subordinação jurídica* surgiu concomitantemente com as leis trabalhistas, que conferiram ao subordinado no trabalho uma série de direitos para que diminuísse a sua sujeição pessoal. Essa sujeição, com as referidas leis, transformou-se no sentido de sua proteção, condição necessária da sua realização como pessoa. O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um sujeito de direitos. Não mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua energia de trabalho foi posta à disposição de subordinante.

¹⁵¹ DO NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.*, p.218

¹⁵² MARTINEZ, Luciano., *loc.cit.*

¹⁵³ CHOHFI, Thiago. **Subordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2009, p.23

¹⁵⁴ *Ibidem.*, *loc.cit.*

¹⁵⁵ MASCARO, Amauri do Nascimento. *op.cit.*, p.574

Caminha nesta trilha Sérgio Martins¹⁵⁶ ao definir subordinação como atividade feita pelo empregado com dependência ao empregador, por quem é dirigido, sendo diferenciado do autônomo por justamente este último agir com autonomia da vontade e sem subordinação.

Neste particular, resta, então, demonstrado que o conceito de subordinação foi utilizado durante anos como elemento diferenciador dos demais contratos de trabalho pelo simples fato de limitar a autonomia da vontade e apresentar essa face clássica do conceito de subordinação.

Sem lampejo de dúvidas, a subordinação jurídica é encarada por José Augusto Rodrigues¹⁵⁷ como elemento caracterizador da figura do empregador, sendo o conceito de empregado construído facilmente através desse elemento.

Caminha neste mesmo padrão o Professor Danilo Gaspar¹⁵⁸ ao considerar a subordinação jurídica como o elemento definidor da relação de emprego, identificando que espécie de trabalhador seria alvo das normas trabalhistas e, portanto, alvo da proteção do Direito do Trabalho.

A partir desta ideia aponta-se a subordinação como elemento capaz de nortear e definir qual seria a relação de trabalho vivida pelo trabalhador. É notável observar o quanto a intromissão do tomador do serviço (empregador), era capaz de determinar a identificação e caracterização da subordinação, porém, essa noção apontada, é traçada como conceito de subordinação jurídica clássica, que encontra suas raízes no nascimento e desenvolvimento do próprio Direito do Trabalho.

Isto posto, vários doutrinadores italianos seguiram a trilha da subordinação no sentido de distinção entre o trabalho *latu sensu* e o trabalho subordinado como sendo vínculo empregatício. Na visão de Vincenzo Cassí¹⁵⁹ a subordinação é um ato de limitar a autonomia perante exigência e ordem de proteção por parte do empregador, havendo uma sujeição do trabalho do empregado para com o empregador jamais vista em qualquer outra relação.

Neste diapasão, sob influência dessa conceituação clássica e visando a tutela do trabalhador fabril, o conceito de subordinação foi inserido no art. 3º da CLT de 1943,

¹⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.*, p.107.

¹⁵⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. *op.cit.*,p.125.

¹⁵⁸ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.112.

¹⁵⁹ VINCENZO; Cassí. **Apud** NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.* p. 573.

sendo descrita como “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”¹⁶⁰.

Prova dessa forte influência é relevante também para o professor Thiago Chohfi¹⁶¹:

“O conceito de subordinação jurídica, por certo, tem origem numa interpretação complexa e lógica. Utiliza-se o termo *dependência*, constante no art. 3^a da CLT, que define a condição de empregado.”

O professor Amauri Mascaro¹⁶² assim dispõe:

“Subordinado típico é o empregado, definido pelo nosso direito como a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador sob dependência deste e mediante salário. A subordinação é a nota que o caracteriza, mas é característica também presente em outros tipos de contrato, como o eventual, o intermitente, o avulso e o temporário”

Notório observar que, o referido diploma selecionou o termo dependência para caracterizar a subordinação, sendo, repita-se, fortemente influenciada pelo conceito de subordinação clássica.

Ocorre que, esse conceito não pode ser mais aplicado em tempos modernos, restando apenas a este entendimento, a forte influência que teve em diversos ordenamentos que trataram a subordinação sob o prisma do conceito clássico, como exemplo, a legislação brasileira, que inseriu a visão de subordinação no art. 3^o da CLT, na ótica da dependência, já completamente superada nos dias de contemporâneos.

Com esteio no autor Thiago Chohfi¹⁶³ pode-se afirmar que o conceito de subordinação jurídica nasce de um ato humano, de vontade própria do homem que aceita trabalhar para outrem havendo a submissão ou dependência do poder de direção do empregador, sob a tutela do direito.

Dito isto, conclui-se que desde o início do tópico ao tratar da subordinação clássica e adentrar no conceito de subordinação jurídica, a dependência foi caractere absolutamente necessário para definição e uma relação subordinada juridicamente.

A subordinação extraída a partir do trecho do artigo 3^o da CLT: “sob a dependência

¹⁶⁰ Art. 3^a CLT – “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

¹⁶¹ CHOEFI, Thiago. *op.cit.* p. 24.

¹⁶² DO Nascimento, Amauri Mascaro. *op.cit.*, p.579.

¹⁶³ CHOEFI, Thiago. *op.cit.*, p.23.

deste”, é uma clara referência à dependência do trabalhador para com o poder diretivo exercido pelo tomador dos seus serviços. Ressaltando-se, desde sempre, que a legislação ora vigente utilizou-se do critério da dependência como critério definidor da relação de emprego.

Nestes termos, explica Sidnei Machado¹⁶⁴ que devido à forte influência civilista no objeto do contrato, a subordinação passou a ser vista pelo objeto do contrato e não pelo modo de remuneração e isso fez com que o critério dependência fosse considerado.

Como forma de demonstrar a importância deste importante elemento, segue o entendimento de Maurício Godinho Delgado¹⁶⁵:

Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).

Não resta laivo de dúvidas para tal entendimento, ou seja, como já dito a subordinação é o principal elemento de diferenciação entre às demais relações de trabalho.

Em suma, o elemento com maiores peculiaridades e de delicada caracterização nos tempos hodiernos, é a subordinação jurídica.

A jurisprudência pátria caminha neste sentido de definição, é o que pensa Amauri Mascaro ¹⁶⁶ ao demonstrar também a posição da jurisprudência brasileira que centralizou o elemento subordinação como divisor do trabalho e definidor da relação de emprego, sendo o objeto do Direito do Trabalho.

3.7.4 Expansões do conceito de subordinação

¹⁶⁴ MACHADO, Sidnei. *op.cit.*, p.25.

¹⁶⁵ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.*, p.280.

¹⁶⁶ DO NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.*, p.573.

Como já exhaustivamente explicado, a subordinação jurídica foi inserida pelo legislador brasileiro, com esteio na forte influência do conceito da subordinação jurídica clássica. Optando assim, pelo critério da dependência, que é definida por Godinho¹⁶⁷ como um vínculo entre as partes componentes da relação de emprego que corresponde a disponibilização por parte do trabalhador do seu trabalho para o tomador de serviços.

Logicamente, este critério encontra-se totalmente superado pela doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico, por uma simples razão, a ideia trazida no conceito clássico de subordinação, baseada no critério dependência, afastaria diversos trabalhadores da tutela do Direito do Trabalho, não sendo suficiente para análise e configuração do Direito do Trabalho.

Como bem define Paulo Emílio¹⁶⁸ foi necessária uma amplificação do Direito do Trabalho, visando englobar todos os prestadores de serviços que não eram considerados como empregados pelo critério insuficiente analisado na ideia clássica da subordinação.

Contudo, Godinho¹⁶⁹ salienta que o critério da dependência está totalmente ultrapassado, por acentuar um vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, sendo uma fase em que ainda não se tinha firmado uma noção segura do fenômeno de subordinação.

Vista disso, é salutar demonstrar as antigas posições doutrinárias que trataram de acentuar a ideia de dependência.

O professor Danilo Gaspar¹⁷⁰ explica que a análise da dependência pode ser destrinchada ou desdobrada em três modos: a dependência técnica, social, e econômica.

3.7.5 A dependência técnica

¹⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *op.cit.*, p.303.

¹⁶⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *op.cit.*, p.219.

¹⁶⁹ GODINHO, Mauricio Delgado. *op.cit.*, p.303.

¹⁷⁰ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.119.

A dependência técnica, na visão do professor Danilo Gaspar¹⁷¹ foi durante muitos anos único critério utilizado na configuração o trabalho com vínculo empregatício, ou o trabalho prestado por um trabalhador autônomo. Assim, o empregador seria aquele que dirigisse com intervenção técnica a prestação de serviços do empregado. Aqui, neste momento ao ser mencionado o critério da dependência técnica, é também uma forma de abordar a intervenção do tomador de serviços no labor prestado pelo empregado, havendo na dependência técnica, uma intervenção técnica e direta no trabalho prestado pelo obreiro.

Destarte, o professor Danilo Gaspar¹⁷², arremata: “Portanto, a teoria da dependência técnica tentou fundamentar a existência da relação de emprego na possível orientação e direção técnica da atividade do empregado pelo empregador”.

Não pensa diferente, Jair Teixeira dos Reis¹⁷³ ao considerar a subordinação técnica como uma referência de estudos legislativos da França, sendo que nesta subordinação, o empregador, em virtude de sua atividade, está em posição de comandar tecnicamente o trabalho dos que se encontram sob suas ordens.

Exatamente demonstrando o uso do poder empregatício do empregador.

Como orienta Godinho¹⁷⁴, a dependência técnica é caracterizada pelo monopólio por parte do empregador que monopoliza o conhecimento necessário ao processo de produção, tendo um poder específico sobre o trabalhador.

Não pensa diferente Murilo de Oliveira¹⁷⁵ sendo a dependência técnica a que compreenderia a orientação e direção do empregado em favor do empregador, já que somente este último domina o processo produtivo.

Visando uma caracterização da subordinação apoiada na dependência técnica, é possível chegar a uma conclusão lógica, ora, se para a subordinação jurídica se concretizar era preciso uma real intervenção técnica do empregado no labor exercido pelo então empregado, os casos em que inexistisse tal dependência técnica seriam elididos como passíveis de caracterização para o vínculo

¹⁷¹ *Ibidem., loc.cit.*

¹⁷² *Ibidem., loc.cit.*

¹⁷³ DOS REIS, Jair Teixeira. **Subordinação Jurídica e o Trabalho à distância**. São Paulo:LTR, 2007, p.82.

¹⁷⁴ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.*, p.305.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: um conceito desbotado. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo:RT, v.126, abri./jun. 2007, p. 107-138.

empregatício. Seria considerada uma relação de emprego apenas os casos contidos de dependência técnica. Ainda assim, é mister mencionar que a característica apontada pela doutrina encontra críticas quando à sua aplicação em determinados casos concretos, posto que, se era preciso a dependência técnica por parte do empregador, somente seriam empregados àqueles empregados de empregadores que dominassem tal área? E, diante deste quadro questiona-se: e os tomadores de serviços que não dominarem uma área do trabalhador que exerça, por exemplo, uma atividade intelectual? Este não será empregado?

Diante disto, resta comprovada a insuficiência desta teoria elemento para caracterizar o vínculo empregatício.

3.7.6 A dependência econômica

Acerca da dependência econômica, o cerne do entendimento não traz grandes mudanças, esta caracterização ocorre a partir do momento em que o trabalhador é visto de forma inferiorizada com relação ao empregado, necessitando então do salário para manutenção do seu próprio sustento. Assim, a remuneração era considerada uma forma de dependência para garantir a subsistência do trabalhador. Ora, poder-se-ia considerar que, mesmo em um momento de busca por características para definição da subordinação jurídica, este aspecto é deveras insuficiente para uma caracterização de vínculo empregatício, sendo então alvo de críticas pelo seguinte justificativa, até mesmo como trabalho autônomo a remuneração percebida pode ser considerada fundamental para subsistência do trabalhador, ou seja, não é necessária a dependência econômica para satisfação do vínculo.

Diversas situações diferenciadas do vínculo empregatício poderiam ser apontadas como passíveis de dependência econômica. O sujeito que presta o seu labor com o trabalho de empreitada, a sua subsistência pode ter guardada nos diversos contratos de empreitada que este indivíduo firma, e nem assim será empregado.

Na visão de Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹⁷⁶ o entendimento em favor a dependência econômica não deve ser considerado, pelo fato de subordinação jurídica ser um instituto completamente diferente de dependência econômica, sendo tais conceitos diferentes e não havendo razão para confusão.

Veja-se, ainda o que determina o autor Maurício Godinho¹⁷⁷:

Há problemas, entretanto, nessa formulação teórica. Inegavelmente, o critério que ela incorpora origina-se de uma reflexão acerca do padrão genérico típico à relação trabalhador/empregador na moderna sociedade industrial. Contudo, ainda que o critério econômico acima consignado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar, satisfatoriamente, o nexos preciso da assimetria poder de direção/subordinação. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação).

Nesta senda, outra desconstrução deve ser feita. Corresponde ao fato de que, o trabalhador que atue por mera ocupação do tempo ou *hobbie*, não poderia ser considerado como empregado? A resposta é intuitiva. Desta forma, resta comprovada a insuficiência desta teoria.

3.7.7 A dependência social

O professor Danilo Gaspar¹⁷⁸ trata da dependência social como sendo um misto das outras duas características do elemento subordinação, aqui, o que se busca determinar é se o trabalhador adveio de um contrato de trabalho, mesmo realizando uma situação comum de labor.

Esclarece Sérgio Martins¹⁷⁹ que a teoria social entende o trabalhador como dependente social dos empregadores, o empregado dependeria socialmente do empregador para realizar seus compromissos sociais.

Note-se um claro desdobramento da dependência econômica, e que, pelo mesmo motivo da desconstrução da dependência econômica, deve também ser considerada

¹⁷⁶GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.138.

¹⁷⁷ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.,loc.cit.*

¹⁷⁸ GASPARG, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.120.

¹⁷⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.*, p.148.

a dependência social insuficiente, a uma porque não faz qualquer menção à ordem exarada pelo empregador, a duas, pois, muitas vezes o trabalhador poderá quitar seus compromissos sociais mesmo sem necessariamente ter de trabalhar.

É notável que, muito embora as características apontadas pela doutrina representem uma evolução da simples idéia de intervenção do tomador de serviços no trabalho do obreiro, estas teorias não se mostram suficientes para definição do que seria a subordinação jurídica como elemento definidor e determinante na formação da relação de emprego.

3.7.8 Discussões conceituais e a natureza jurídica da subordinação jurídica

Após várias teses sobre a verdadeira definição sobre a subordinação, e, na busca pela definição da subordinação jurídica como elemento caracterizador do emprego, é possível trazer à baila algumas construções doutrinárias relacionadas ao tema.

Como já dito, o conceito de subordinação jurídica ora apontada pela doutrina, sofre bastante influência do período que foi apontado para construção do conceito de subordinação, qual seja, momento da Revolução Francesa, e Revolução Industrial. Desta forma, pode-se concluir que o cerne da Subordinação Jurídica como conceito tradicional, leva em conta a intervenção do empregador para com o trabalhador, através do seu poder diretivo.

Isto posto, a destacável doutrinadora Alice Monteiro de Barros ¹⁸⁰ traz à tona a seguinte ideia acerca da subordinação jurídica:

Tradicionalmente, o empregador, no contrato de trabalho, denominado por alguns contratos de emprego, **controla as atribuições inerentes à função** a ser realizada como também o modo de realizá-la. Esse critério tradicional da subordinação jurídica, que realça a submissão funcional do empregado às ordens do empregador, mostrou-se suficiente em determinado momento histórico, ou seja, quando predominava o trabalho agrícola ou numa sociedade industrial primitiva, em que o empregado e o empregador possuíam o mesmo grau de conhecimento e experiência profissionais.

Não poderia ser diferente, como fora verificado em momento anterior, malgrado as características definidoras (que foi visto em tópico anterior) do que seria a subordinação jurídica não fosse suficiente para determinar a presença ou não da

¹⁸⁰ DE BARRO, Alice Monteiro. *op.cit.*, p.223 .

subordinação, tais características influenciaram de alguma forma na determinação do conceito tradicional do que seria a subordinação jurídica para alguns autores.

Ao analisar o conceito explicitado pela brilhante doutrinadora, é verificado que a intervenção no trabalho do empregado é ponto significativo para precisar a presença da subordinação, sendo considerado, pela autora aludida, a influência da dependência técnica para definição da subordinação.

Outro posicionamento que deve ser referido é o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado¹⁸¹ entendendo que a subordinação jurídica é um polo reflexo e combinado do poder diretivo de determinada empresa com toda a consideração empresarial, o que faria com que a relação de emprego fosse inerente a essa estrutura.

Neste particular, é preciso esclarecer que o doutrinador resgata a definição do conceito de subordinação sendo visto sobre dois prismas, o objetivo que seria a atuação do empregador na relação com o trabalhador, e o prisma subjetivo que seria todas as características utilizadas para definir a subordinação. Considerando a questão da dependência prevista no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), prisma já completamente superado.

Visando conceituar a subordinação jurídica, Danilo Gaspar¹⁸², vai determinar que existindo a subordinação, tem-se como consequência a afirmação de um contrato de emprego, posto que, só é possível haver subordinação estando diante de um contrato de emprego pela questão da limitação à autonomia da vontade.

Autonomia que na visão de Amauri Mascaro¹⁸³, é restringida pela sujeição do trabalho ao tomador de serviços.

Neste passo, Mauro Paroski¹⁸⁴, define que, a subordinação é a submissão espontânea do empregado ao poder diretivo do empregador permanecendo sobre as suas ordens e a sua definição, estando disposto à intervenção deste empregador,

¹⁸¹ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁸² GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.125.

¹⁸³ MASCARO Amauri Nascimento. *op.cit.*, p.351.

¹⁸⁴ PAROSKI, Mauro Vasni; FERREIRA, Cícero Pedro. Subordinação na relação de emprego e a necessidade de sua releitura nas sociedades contemporâneas. **Revista LTR**. São Paulo: Editora Ltda, ano 2012, v. 05, Maio. 2012.

explicando ainda que a subordinação será definida como jurídica quando deriva das vontades das partes para que se possa dar continuidade à relação de emprego.

Em tese na visão deste doutrinador, a subordinação confirmaria, como foi visto, a existência de um vínculo de emprego entre empregado e empregador, na medida em que essa relação pode ser expressa na existência de um contrato de trabalho formal em que as obrigações estejam ali plenamente expostas de forma a gerar uma obrigação comutativa em que ambos saibam quais os seus direitos e obrigações. Ainda, poderá ser de forma tácita, em que o empregador utiliza o seu poder diretivo e faz com o que um trabalho antes considerado apenas prestação de serviços, converta-se em um contrato de emprego em razão do falseamento ali contido. Este entendimento é plenamente tutelado e aceito em função dos princípios trabalhistas da primazia da realidade, da proteção, e da condição mais benéfica ao trabalhador.

Ao chegar nesse aspecto, é preciso fazer um parêntese na tentativa de esclarecer essa específica situação, a subordinação seria uma condição mais benéfica ao trabalhador?

Neste íterim, pode-se mencionar que determinado trabalhador prefira laborar de forma autônoma, não sendo submetido à ordens e intervenções do seu contratante. Porém, ao existir uma subordinação tácita, a consequência será a configuração do vínculo empregatício pelo princípio da primazia da realidade, e da norma mais benéfica ao trabalhador. Todavia, não se pode afirmar que para este trabalhador, a configuração do vínculo real de emprego, é algo esperado e desejado, cabendo a este obreiro, desejar a rescisão da relação buscando ser devidamente indenizado. Por outro lado, muitas vezes a subordinação de forma tácita e a consequência de vínculo empregatício, é de fato em muitos casos a situação mais condizente com a situação mais benéfica para o trabalhador, em função dos encargos trabalhistas e todas as proteções que o obreiro passará a ter, agora como empregado.

É por isso que é afirmado em determinada situação de subordinação que ocorra tacitamente, pela aplicação dos princípios no envolvimento do Direito do Trabalho, princípio da primazia da realidade e princípio da proteção, a configuração do vínculo empregatício é a principal consequência para casos como esses.

Outra tese a ser questionada é a relação de grau com relação à subordinação, na

visão de Paroski¹⁸⁵ a subordinação alterna de acordo com um grau, em trabalhos mais intelectuais a subordinação é menor, em trabalhos com menor grau de intelectualidade a subordinação poderá ser mais presente.

Em que pese tal afirmação tenha como influência à questão da dependência técnica, é preciso mencionar que a subordinação muito embora possa ser medida em grau, não poderá ter influência alguma esta apreciação na prática, a uma porque como visto anteriormente, o critério de dependência técnica não pode ser capaz para definir se existe ou não a subordinação. A duas, pela simples razão de que, a subordinação é o elemento diferencial para consideração do vínculo empregatício, isto é, havendo a presença do trabalho subordinado, pouco importa a delimitação em grau.

Como terminação, é preciso mencionar que não é pela consideração de um trabalho ser intelectual que é inexistente a subordinação, como é cediço, a subordinação não se vale apenas pela influência no trabalho específico, mas sim pela determinação de pontos do trabalho como um todo, como exemplo, pode-se citar o escritório de advocacia, ora, inexistente qualquer influência sobre a peça ali produzida pelo profissional do direito, mas o simples fato de existir uma obrigação de estar no escritório em determinado horário já conduziria a uma relação de emprego subordinada.

Não obstante, deve-se sopesar que se o critério da dependência técnica e da ausência de subordinação para trabalhos intelectuais fosse utilizado, teríamos uma grande aberração jurídica, pois, como resolveríamos os conflitos de um empregador ser de uma determinada área específica profissional e contratar outros diversos profissionais para o exercício do trabalho? Ou seja, o administrador que monta uma clínica de saúde, e nada sabe sobre os mais diversos ramos das áreas médicas, não poderia ser considerado empregador?

Desta forma, resta totalmente infundada tal tese, não devendo ser considerada para estabelecimento ou não do elemento subordinação jurídica.

Nesta senda, explana-se o conceito de Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹⁸⁶ a subordinação jurídica é uma tutela dada aos empregados que atuam de forma

¹⁸⁵ *Ibidem.*, *loc.cit.*

¹⁸⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *op.cit.*, p.134.

subordinada prestando serviços sob ordenamentos de um tomador de serviços.

Com efeito, posto todo o histórico do trabalhador após a Revolução Industrial, e com o trabalho livre tutelado pelo artigo 5º da Constituição Federal (1988), inciso XIII¹⁸⁷, é importante que o Direito do Trabalho proteja os trabalhadores que pela necessidade de realizar o trabalho aceite submeter-se a outrem, aceitando a subordinação e a influência de determinado empregador em seu trabalho, seja intervindo tecnicamente, ou apenas traçando parâmetros.

No que tange a definição sobre a natureza jurídica da subordinação jurídica, Maurício Godinho¹⁸⁸ assim define:

A natureza jurídica do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista.

Destarte, resta inquestionável que a subordinação é um fenômeno jurídico que deriva da origem do contrato de trabalho entre empregado e empregador, contrato este que, como foi visto pode, ser realizado de maneira expressa ou tácita, em que o empregado aceita se subordinar, enquanto o empregador traça as diretrizes e direcionamento desta prestação de trabalho.

3.8 A CRISE DO CONCEITO CLÁSSICO DA SUBORDINAÇÃO

Conforme já foi exposto, a subordinação nasce a partir de um contexto em que o trabalhador operário aceitava a intervenção do poder diretivo do empregador sobre o seu trabalho, determinando ordens e estabelecendo diretrizes para a conduta de trabalho do empregado. Este modo de subordinação jurídica é configurado como a subordinação clássica.

Ocorre que, essa noção e análise de uma relação de trabalho, para definir se é existente ou não um vínculo empregatício, acaba não sendo mais suficiente diante das novas relações de trabalho existentes.

Esta monografia procurou ao demonstrar o histórico do Direito do Trabalho, dar uma

¹⁸⁷ Art. 5º, inciso XIII, CF – “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

¹⁸⁸ GODINHO, Mauricio Delgado. *op.cit.*, p.304.

atenção especial sobre o panorama atual das relações de trabalho e a aplicação das normas trabalhistas. Restou demonstrado que, diante da flexibilização do Direito do Trabalho, movimento criado com base no neoliberalismo, que entende ser necessário uma flexibilização do Direito do Trabalho para preservação e incentivo da economia estatal, diante da globalização e dos avanços tecnológicos, as relações de trabalho foram modificadas. E, não é só, também foi demonstrado nesta monografia a mudança do pensamento *fordista/taylorista*, para o pensamento *toyotista*, que incumbiu novas formas de pensar a relação trabalhista, sob um prisma muito mais de colaboração do que de produção.

Nesta matiz, o autor Murilo Oliveira¹⁸⁹ entende como principal aspecto do cenário crítico da utilização do conceito de subordinação jurídica o fato das constantes mudanças no mundo do trabalho, ensejando em uma crise do Direito do Trabalho originada pela globalização norteadas pelo neoliberalismo, e a nova engenharia produtiva.

Ressalta ainda o Professor Murilo Oliveira¹⁹⁰ que instalada essa crise ensejada pela reformulação produtiva e avanço tecnológico, uma crise no conceito clássico de subordinação foi criada para a fuga e o escape das tutelas trabalhista.

O professor Danilo Gaspar¹⁹¹ enumera causas que geraram a crise do conceito clássico da subordinação, sendo estas: a crise do Estado do Bem-estar social, surgimento do Estado neo-liberal; globalização, flexibilização, desregulamentação, e o *toyotismo*.

A autora Tatiana Guimarães Andrade¹⁹² enumera ainda fatores externos que acentuaram a crise da subordinação em seu conceito clássico, quais sejam: a elevação do nível de qualificação dos trabalhadores, e em consequência a isto o aumento de autonomia profissional, a pressão constante da concorrência no mercado e ainda, a aceleração das inovações tecnológicas.

Fatores históricos também foram relevantes para essa mudança de panorama, a segunda guerra mundial de 1945 iniciou um processo pós-guerra de comunicação entre os países, e sem dúvidas isso gerou uma maior concorrência e competitividade

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁹⁰ *Ibidem.*, *loc.cit.*

¹⁹¹ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.137.

¹⁹² ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. *op.cit.*, p.94-100.

para gerar novos empregos, ensejando também em um início de globalização entre os países que trocaram conhecimentos sociais, culturais e políticos.

A chamada revolução tecnológica ocorrida em 1950 também foi relevante para criar um impacto nas relações de trabalho surgindo então o teletrabalho e o trabalho a distância.

Como já apontado, a crise do petróleo de 1970, levou vários países a uma recessão econômica, induzindo que empresas fossem obrigadas a fazer uma reorganização visando à redução do custo do trabalho.

Nesta senda, aponta Murilo Oliveira¹⁹³ que a crise da subordinação jurídica se reveste das inúmeras formas de contratação que ocorreram após os diversos incidentes ocorridos ao longo da história.

Havendo assim, o crescimento do desemprego e a utilização dos trabalhadores com o desenvolvimento do trabalho informal.

Neste ínterim, a consequência foi óbvia, houve a chamada desregulação e a chamada flexibilidade dos Direitos Trabalhistas.

O autor Sidnei Machado¹⁹⁴ observa que, a organização da empresa *taylorista* sofria em face desses pontos históricos, diversas e profundas mudanças, sendo que, a reestruturação necessária rompeu com o modelo de indústria clássica.

Ressalta ainda Sidnei Machado¹⁹⁵ que com a abertura dos mercados nos anos 90, os países da América do Sul, introduziram novos modelos de gestão baseados nos modelos japoneses, em uma clara referência ao *toyotismo*.

Não poderia ser diferente, ressalte-se que o modelo de bem estar social não foi implantado de modo correto no Brasil, o país viveu graves crises de inflação, recessão e desemprego, vindo à tona uma política de desregulação e neoliberalismo com esteio na forma de produção japonesa *toyotismo*.

Diante disto, adotou-se uma flexibilização da produção de trabalho, crescendo a subcontratação e o trabalho informal, como já foi dito anteriormente.

Assim, a subordinação jurídica clássica foi perdendo forças, posto que, com a

¹⁹³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio.

¹⁹⁴ MACHADO, Sidnei. *op.cit.*, p.61-63

¹⁹⁵ *Ibidem.*, *loc.cit.*

flexibilização do trabalho, era mais difícil identificar a ordem direta do empregador ao seu empregado, exemplo disto era a flexibilização da jornada de trabalho, com a usual tendência *toyotista* os horários passaram a ser vistos de forma individual gerando maior autonomia e flexibilidade, obedecendo a ritmos cada vez mais individualizados, saindo da lógica *fordista* de coletividade.

Como apontado por Sidnei Machado¹⁹⁶:

Há uma tendência à assimilação crescente no Direito do Trabalho da ideia de flexibilidade da jornada como um valor de autonomia, ausência de controle da jornada e das jornadas flexíveis. A instituição do mecanismo de “banco de horas” no direito brasileiro, via negociação coletiva de trabalho, é um bom exemplo da erosão da regulação rígida da duração da jornada diária e semanal, tornando obsoleta toda estruturação do Direito do Trabalho pelo fator tempo, já que os limites diários e semanais de jornada, violados, podem ser compensados e remunerados no futuro.

Acerca da flexibilização, Cássio Mesquita Barros¹⁹⁷ descreve ainda que devido à segunda guerra mundial, e a grande crise posterior a esta, veio a incentivar o crescimento e a análise de uma flexibilização das normas trabalhistas, visando o costume para novas situações.

Todas essas novas posturas modificaram a forma e o contexto em que o conceito clássico da subordinação foi pensado, ora, tornou-se inócuo a ideia de se pensar a subordinação apenas como uma mera conveniência e aplicação do empregador em determinar ordens diretas para o empregado. As relações evoluíram e a identificação do elemento subordinação tornou-se cada vez mais delicado e emblemático, não sendo identificado com tanta facilidade, fazendo com que a confusão existente sobre trabalhador autônomo e empregado viesse novamente à baila, configurando uma crise da subordinação clássica.

Ressalte-se que, em que pese o Direito do Trabalho tenha, através das diversas criações dogmáticas, doutrinárias e jurisprudenciais, se esmerado na busca pela definição da subordinação jurídica, todas as formas de estabelecer tal definição ainda restam insuficientes.

A princípio buscou-se tutelar e definir as relações subordinadas advindas de uma relação contratual (tácita ou expressa), utilizando a subordinação como elemento

¹⁹⁶ *Ibidem.*, p.69

¹⁹⁷ BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do direito do trabalho. **Revista LRR**. São Paulo, v.59, p. 1037.

diferenciador, caracterizador deste critério.

Neste particular, o critério de subordinação jurídica sempre foi visto sob um prisma mais clássico, mais tradicional que pretende mesmo identificar a subordinação a partir da existência de uma dependência, de uma troca entre as relações, labor e dependência econômica, ordens diretas do empregador face ao seu empregado, e as mais diversas situações que deixassem claro a presença de um trabalho subordinado.

Acontece que, as relações evoluíram, vive-se hoje em uma sociedade complexa, em que a fidúcia é cada vez menor entre os seres humanos, reinando a desconfiança.

Os contratos são longos, com até cinqüenta páginas, justamente visando prevenir os abusos, pode-se até mesmo falar na existência de uma crise contratual em face do consumismo exacerbado vivido pelos cidadãos de hoje. A ilustre doutrinadora do direito Cláudia Lima Marques¹⁹⁸ resume da melhor forma possível tal momento:

Efetivamente, parece-me que a fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento de litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições), com claros reflexos no direito privado.

Para a brilhante autora, vivemos um tempo de crise de confiança, em que os litígios cada vez mais são crescentes e às relações carecem de honestidade, comunicação, clareza entre outros aspectos que estabeleceriam uma convivência muito mais adequada para todos.

É neste contexto que vislumbra-se a insuficiência do conceito técnico e tradicional da subordinação, pois, este é o elemento diferenciador do que seria ou não uma relação subordinada de trabalho, e se tal condição significaria uma situação mais benéfica para o trabalhador, e mais encargos trabalhistas para o empregador, diante desse quadro de total ausência de confiança, e do não acompanhamento das tutelas trabalhistas para novas relações, o elemento subordinação vem sendo e pode ser flagrantemente mascarado e falseado pelas mais diversas práticas utilizadas pelos empregadores, de forma, diga-se corriqueira e fácil.

Ora, sendo o elemento subordinação o diferenciador entre o trabalho autônomo e o vínculo empregatício, é só falsear ou eliminar a subordinação em seu conceito

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.19-21

dependência, que o vínculo empregatício não estaria configurado e com isso, os encargos trabalhistas não estariam estabelecidos. A mudança da forma de pensar da sociedade contemporânea instalou uma imensa crise no principal elemento caracterizador do vínculo empregatício, sendo aquela forma de pensar em face do trabalhador fabril, totalmente insuficiente para caracterização do vínculo de emprego.

Não pensa diferente Danilo Gaspar¹⁹⁹ que determina de forma objetiva evidenciando que: “[...] as alterações detectadas na economia mundial e na forma de produção a partir da segunda metade do século XX, entretanto, inauguram o período de crise do direito do trabalho, e conseqüentemente, de crise de subordinação jurídica clássica”.

Com efeito, as relações entre os seres humanos foram modificadas, como bem previu o brilhante professor Zygmunt Bauman¹⁹⁹ ao mencionar a liquidez das relações.

No seu artigo, Cristiano Fraga²⁰⁰ resume em palavras a insuficiência do então conceito de subordinação jurídica para tutela das novas relações atuais:

Com o avanço da ciência e da tecnologia, a globalização e a complexidade da sociedade moderna, incluindo o surgimento de novas modalidades de trabalho à distância, a doutrina vem discutindo a eficácia protetiva do clássico critério de subordinação. O tradicional critério subjetivista e personalista que considera a subordinação pelo prisma da direção e da fiscalização, do poder de mando e dever de obediência mostra-se hoje em dia insuficiente.

Um dos principais elementos para crise do conceito tradicionalista da subordinação jurídica, além da ausência de fidúcia e sociedade hiper complexa, seria propensão e aumento do volume dos trabalhadores autônomos inseridos como prestadores de serviços em certas estruturas empresariais.

Com efeito, valendo-se da natureza e possibilidade que o prisma *toyotista* trouxe para os empregadores atuais, diversas empresas entenderam como mais interessante contratar o trabalhador em um regime de prestação de serviços.

Assim, o trabalhador autônomo participaria de um regime de produtividade. Ademais, a superada discussão sobre dependência técnica volta à tela no que tange

¹⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:Zahar, 2008, p.09.

²⁰⁰ FRAGA, Cristiano. **Subordinação Estrutural um novo paradigma para as relações de emprego**. 2011. MONOGRAFIA. (Graduação em Direito)- Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p.09.

à existência ou não do trabalho intelectual, com isso, além dos trabalhadores que passaram a ser visto como prestadores de serviços em um regime de não contratação, o empregador valeu-se da justificativa do labor intelectual para a ausência de subordinação e como conseqüência o não reconhecimento do vínculo empregatício de algumas profissões, como por exemplo, o advogado, o médico, o cabeleireiro, entre outros.

Cabe aqui, uma ressalva, no que tange o trabalho do advogado, o estatuto da OAB (organização dos advogados do Brasil), autoriza a prestação de serviços com base nessa realização do trabalho intelectual.

Diante do exposto, vive-se uma crise do conceito clássico e tradicional da subordinação, sendo que dado ao direito a competência para a busca da tutela de forma mais ampla possível, a fim de acompanhar às novas estruturas da sociedade e buscar de forma mais justa possível tutelar os trabalhadores que estão em total insegurança quanto ao seu regime de trabalho.

4. AS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO E A APLICAÇÃO EM CLÍNICAS DE SAÚDE NA CIDADE DE SALVADOR

Neste momento, enfrenta-se o cerne desta presente monografia. Neste capítulo será abordada a necessidade das novas dimensões do conceito de subordinação, bem como, serão externadas cada um desses desdobramentos, sempre com a ótica e a análise do prestador de serviços inserido em uma clínica de saúde.

Outro ponto a ser destacado neste capítulo é o aspecto sociológico envolvido nesta monografia, pois, diante do não acompanhamento por parte do Direito do Trabalho, para essas novas relações, incorre-se na ausência de tutela dos trabalhadores.

Deste modo, vários profissionais da área de saúde têm manifestado clara insatisfação em dar continuidade ao exercício da profissão. O que ocasiona danos sérios para população, a uma porque incidirá uma carência destas profissionais, a duas pelo fato de que os profissionais que continuarem enfrentarão demandas maiores, e prestarão sem laivo de dúvidas um trabalho insuficiente ou insatisfatório pelo fato de não estar sendo tutelado pelas normas trabalhistas.

Com efeito, esta ausência de tutela manifesta uma clara afronta a tudo que é apregoadado no Direito do Trabalho, desde a sua origem e evolução de sua história.

Em vista disto, caberá ao legislador definir essa questão, dando força às dimensões doutrinárias que já vêm sendo aplicadas pela jurisprudência pátria, e entender a subordinação não apenas sob um prisma de dependência e vinculação ao poder diretivo do empregador, mas, sobretudo entendendo a subordinação como elemento definidor do vínculo empregatício, sopesando os modernos meios de produção e diversas relações de trabalho existentes nos dias de hoje, evitando assim, o falseamento nas relações de trabalho.

4.1 DA NECESSIDADE DAS NOVAS DIMENSÕES DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO

Conforme já, exaustivamente, explicitado ao longo deste trabalho, o conceito clássico de subordinação está completamente superado diante de todas as modificações existentes na sociedade moderna, ora já apontadas ao longo da monografia.

Nesta senda, era mais do que necessário um alargamento da noção de subordinação jurídica, pois, o mero conceito clássico da subordinação não mais se adequa à estrutura complexa e diversificada da realidade moderna.

Esta necessidade surge principalmente diante da flexibilização ocorrida no Direito do Trabalho, que gerou uma flexibilidade nas relações de trabalho, crescendo o trabalho informal e a prestação de serviços.

Nesta senda, Sidnei Machado²⁰¹ não deixa dúvidas ao esclarecer que:

[...] entre o trabalho dependente (subordinado) e o trabalho independente (autônomo) surgiram inúmeras formas intermediárias, situações híbridas, para as quais o critério estreito da noção tradicional de subordinação jurídica não tinha respostas seguras.

Ressalta o doutrinador, que todas as questões envolvidas no sistema capitalista, fez com que todas as relações de trabalho mudassem, ocorrendo tensões e rupturas regulatórias crescentes dentro de uma realidade capitalista. Sendo que, o problema da crise da subordinação, não está na marginalização do trabalho subordinado, mas sim na inadequação de entender as novas formas de trabalho existente²⁰².

Vista disto é salutar trazer à baila as novas dimensões do conceito de subordinação jurídica, visando tutelar às situações e fatos concretos existentes. Afinal, nas palavras de Sidnei Machado²⁰³:

É preciso trilhar o caminho de um direito moderno do trabalho que se ajuste às novas exigências econômicas, políticas e éticas. O direito do Trabalho tem, ainda, um importante papel de estruturador do mercado de trabalho e das relações de trabalho.

Com efeito, após todos os movimentos que ensejaram na crise do conceito clássico, novos meios de produção, descentralizados forjaram uma falsa autonomia, isto é, considerou-se o prestador de serviços como a principal solução para diminuição dos

²⁰¹ MACHADO, Sidnei. *op.cit.*, p. 41.

²⁰² *Ibidem.*, p. 51.

²⁰³ *Ibidem.*, p.114.

encargos trabalhistas, dando uma falsa noção de autonomia, todavia, como bem conceitua Sidnei Machado, trata-se de uma autonomia por controle do empregador²⁰⁴.

A partir deste panorama, é que se deve ampliar o critério da subordinação jurídica, afinal essa modalidade de autonomia considerada por Sidnei Machado²⁰⁵ como fenômeno de “autonomização” representa um novo e renovado modo de cooperação e gestão do trabalho, que deve gerar uma redefinição do conceito clássico de subordinação e trabalho assalariado.

Com a influência da flexibilização do Direito do Trabalho, globalização, e sistema capitalista, vários empregadores passaram a utilizar a prática de colaboração inserida na noção *toyotista*, tendo como principal caracterização o fato de apontar o trabalhador como colaborador, ou seja, autônomo, relativizando a subordinação nestes casos.

Essa lógica adotada pelas sociedades empresariais fizeram com que o sentido clássico da subordinação perdesse força, devendo ser implementado uma nova forma de regular essas emergentes relações.

Diante disto, é que se discute a necessidade de regulação jurídica desta nova forma de trabalho considerando o trabalhador autônomo como dependente de uma sociedade empresarial.

Explique-se, ao observar que retirando as ordens diretas sobre o trabalhador, o empregador poderia descaracterizar o vínculo empregatício, e com isso alterar a nomenclatura para colaborador, ou prestador, a situação foi ficando mais usual, o que faz com que seja merecedora uma nova análise e contextualização do elemento subordinação jurídica.

Ora, tornou-se imperioso o reconhecimento da subordinação jurídica para esses casos, haja vista que o Direito do Trabalho e as relações de trabalho se sobrepõem ao contrato de prestação de serviços, sendo este usual, e fora de qualquer propósito.

A forma como vem sendo utilizada a prestação de serviços fere de morte todas as características do próprio contrato de prestação de serviços, além de não se

²⁰⁴ *Ibidem.*, p.115.

²⁰⁵ *Ibidem.*, p. 118

coadunar com os preceitos legais que compõem o envolto do Direito do Trabalho.

Estando intrínseco à prestação de serviços o pós-recebimento, a obrigação de meio e o curto período para o exercício do trabalho, não podendo ser aceito que esta forma de labor torne-se comum e padrão a ponto de restringir trabalhadores de ter acesso às normas trabalhistas e a tutela do Direito do Trabalho.

Ressalte-se que, esta temática é deveras delicada, pois, põe em cheque a liberdade do trabalhador de não querer estar subordinado ou ter o seu vínculo empregatício firmado com determinada sociedade empresarial.

Contudo, em que pese exista essa discussão, o princípio da indisponibilidade dispõe que muito embora o trabalhador queira abrir mão de determinados direitos, não poderá fazê-lo sob pena de considerar inócuo todo o longo histórico construído em favor do trabalhador. Considera-se também a premissa de que as relações são desiguais, tendo o Direito do Trabalho obrigação de corrigir essa desigualdade.

Como preceitua Sidnei Machado²⁰⁶ o empregado renuncia à autonomia da vontade livre para se submeter à relação de subordinação, mas, questiona-se como conciliar a subordinação de um contratante veiculada pelo contrato de trabalho com a liberdade de um homem livre?

Neste particular, a resposta vem do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho, afinal, em que pese toda liberdade existente, o falseamento de uma relação de trabalho impõe que seja corrigida tal prática visando o trabalho como Direito Fundamental, não podendo haver qualquer ilicitude ou manobra.

Após análise desta discussão, Danilo Gaspar²⁰⁷ entende que dois caminhos são possíveis em face da crise da subordinação clássica, quais sejam: o primeiro versa em tom de ampliação do Direito do Trabalho, enquanto que o segundo analisa uma nova releitura do elemento subordinação.

Para o primeiro caso, Danilo Gaspar²⁰⁸ assim define:

[...] mantém-se o conceito de empregado como aquele trabalhador que presta serviços pessoalmente, com onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica, sendo esta vista sob a ótica clássica de submissão ao poder diretivo do empregador e amplia-se o objeto do Direito do Trabalho, que passa a ser o ramo da ciência jurídica que regula e protege

²⁰⁶ *Ibidem.*, p. 109.

²⁰⁷ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.155.

²⁰⁸ *Ibidem.*, p. 151.

as relações de trabalho em geral, incluindo-se aí o trabalhador subordinado, o autônomo, o trabalhador eventual e todas as modalidades atípicas de prestação de serviços.

Esse caminho visa a ampliação do objeto do Direito do Trabalho, sendo considerado então para tutela todos os trabalhadores, sejam subordinados ou não.

O segundo caminho adotado, ainda segundo Gaspar²⁰⁹ mantém o objeto do Direito do Trabalho restrito ao contrato de emprego, visando uma releitura do principal elemento deste contrato, qual seja, a subordinação.

Para Gaspar²¹⁰ o grande mérito desse segundo caminho é ter conseguido conferir uma proteção justrabalhista integral aos novos trabalhadores (autônomos ou parassubordinados) que vão passar a ser considerados empregados, como trabalhadores subordinados.

Através da doutrina, surgem, então, as dimensões no conceito de subordinação jurídica: subordinação objetiva (Arion Sayão Romita), subordinação estrutural (Maurício Godinho), integrativa (Lorena Vasconcelos Porto), reticular (Marcos Menezes Barberino e José Eduardo de Resende Chaves Junior) e potencial (Danilo Gaspar)

O que se percebe, é que, com a nova concepção, surge uma mudança na distinção entre trabalhador subordinado e autônomo, pois o trabalhador autônomo era considerado apenas por sua autonomia, mas, pergunta-se e quando existente essa autonomia e ao mesmo tempo existe também o liame entre o trabalho exercido e o lucro recebido pelo empreendimento.

Neste passo, Alice Monteiro de Barros²¹¹ vai considerar que:

A debilidade do critério da subordinação funcional do empregado em relação ao empregador não supõe a eliminação da relação de emprego, mas mera insuficiência desse critério em certas situações, principalmente quando envolve trabalhos intelectuais

Serão abordadas de forma individual cada uma dessas dimensões trazidas pela doutrina, relacionando a nova dimensão com o trabalho autônomo e a sua prestação

²⁰⁹ *Ibidem.*, p. 153.

²¹⁰ *Ibidem.*, *loc.cit*

²¹¹ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit* ,p.224 -225.

4.1.1 A subordinação objetiva

Diante das novas modalidades nas relações de trabalho surge esse conceito doutrinário também definido como subordinação objetiva, conhecida pela integração do trabalhador em determinada organização empresarial. Essa dimensão do conceito de subordinação foi proposta pelo doutrinador Arion Sayão Romita²¹² e Paulo Emílio Vilhena, que verificaram como critério diferenciador entre a atividade prestada por um autônomo e a o fato da integração na atividade do empregado na organização empresarial.

No entendimento de Lorena Porto²¹³:

A subordinação objetiva se releva na integração da atividade do trabalhador na atividade da empresa [...] A subordinação se faz presente quando o objeto do contrato de trabalho, isto é, a função a ser exercida pelo empregado, as tarefas que ele deve executar, se integram e se incorporam na atividade empresarial, compondo a dinâmica geral da empresa, em seu processo produtivo ou de fornecimento de bens e serviços. Assim, a atividade obreira é crucial para consecução dos objetivos empresariais, sejam eles econômicos, técnicos, operacionais ou administrativos.

Note-se, que já é existente uma ampliação ou releitura significativa do conceito de subordinação jurídica a partir deste conceito, posto que, é considerada nesta teoria a vinculação objetiva do obreiro à empresa, considerando que o contrato de emprego é o trabalho.

Sendo verificado que o exercício do poder diretivo por parte do empregador é externado de maneira objetiva, quando o obreiro permanece inserido nas atividades da empresa.

A doutrinadora Lorena Vasconcelos faz ainda uma análise acerca da objetividade da empresa, considerando esta uma unidade técnico - econômica de troca de bens e serviços, gerando segundo a doutrinadora “um círculo de expectativas”²¹⁴ que pode ser visto sob dois ângulos: o do credor do trabalho significando uma área da atividade da empresa, contínua ou alternadamente ocupada pelo trabalhador, e do lado do prestador que participa da empresa e nela se incorpora.

É salutar demonstrar que o autor Arion Sayão Romita, entende não ser necessário o critério meramente subjetivista para análise da subordinação, reformulando esse

²¹² ROMITA, Arion Sayão. **Direito do Trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p.145.

²¹³ PORTO, Lorena Vasconcelos. *op.cit.*, p. 69

²¹⁴ *Ibidem., loc.cit.*

conceito sob um prisma objetivo, fazendo uma clara crítica a forma de sujeição pessoal, entendendo o contrato de trabalho como objeto da relação de trabalho e identifica o poder diretivo do trabalhador de forma objetiva.

Nas palavras de Arion Sayão Romita²¹⁵ a subordinação objetiva é evidente na integração do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente na qual o trabalhador aceita a condição da modalidade de prestação do empregador.

Consiste este conceito em considerar empregado o trabalhador que estiver inserido em uma estrutura de produção dominado por outrem.

Danilo Gaspar²¹⁶ considera a subordinação do empregado como sendo àquela em que existe um liame entre o trabalhador e a organização do tomador de serviços.

Ressalta, ainda, que a grande contribuição da subordinação objetiva perpassa na superação da tese de que subordinado é o trabalhador que está sujeito ao exercício do poder diretivo do empregador, o que se revelaria, por exemplo, através do rigoroso sistema de ordens emanadas pelo tomador de serviços. Bastando, para sua configuração que o empregador por ser o detentor dos meios de produção e por força de contrato possa exercer seu poder de direção²¹⁷.

Não pensa diferente Lorena Porto²¹⁸ ao conceituar a subordinação objetiva como sendo a integração do trabalhador na atividade da empresa, incluindo a prestação de serviços do empregado, necessários à realização de sua atividade produtiva diante de outras empresas ou de consumidores.

Nesta quadra, caminha Leandro Dorneles²¹⁹ ao esclarecer que, o empregador a *priori* não sabe o que, concretamente, o trabalhador irá fazer, e, o trabalhador não tem ordens a ser cumpridas, sendo assim, o simples fato de o trabalhador se vincular a um contrato já lhe impõe o dever de fazer algo à empresa, a limitação do trabalhador é a própria necessidade contratual de realizar algo que a empresa necessite.

²¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. *op.cit.*, p.82.

²¹⁶ GASPAR, *op.cit.*, p.207.

²¹⁷ *Ibidem.*, *loc.cit.*

²¹⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *op.cit.*, p.66

²¹⁹ Dorneles, Leandro de Amaral. **Teoria geral da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões.** In: OLIVEIRA, Cinthia Machado; DORNELES, Leandro Amaral de (org.). **Temas de Direito e processo do Trabalho** (v.01): Relação de Emprego. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p.51.

Para Paulo Vilhena²²⁰ o encontro de energias do trabalhador com os demais elementos da empresa caracteriza o encontro do trabalhador autônomo com a subordinação.

Com efeito, leciona Arion Romita²²¹ que a subordinação objetiva não se confunde com a submissão do empregado a horário, nem com controle direto da atividade laboral, eis que basta a possibilidade do empregador intervir na atividade para caracterizar a relação de emprego.

Assim, a subordinação objetiva inicia uma nova releitura do conceito que até então estava sendo mitigado e falseado, abrangendo hipóteses que não mais estava sendo adotado pelas tutelas trabalhistas.

Ressalte-se que, essa noção já está difundida no mundo como bem destaca Lorena Porto, afinal, este critério já está inserido segundo a OIT, sendo adotado pela jurisprudência de diversos países, considerando a integração do trabalhador na empresa.

Todavia, como sinaliza Gaspar²²² ainda nos dias de hoje os tribunais vêm considerando o aspecto subjetivo da subordinação jurídica, fazendo perguntas como “quem lhe dava ordens?”; “havia controle de horário”; decidir com base na concepção subjetiva em detrimento da ideia da concepção objetiva é dar espaço ao falseamento dos empregadores, que utilizam o empregado inserido na empresa, existe a intervenção de modo indireto, mas gozam de prerrogativa simplesmente por não definirem critérios objetivos de dependência, como já dito, amplamente ultrapassado.

Afinal, como define Godinho²²³ objetiva é a subordinação que se manifesta pela mera integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, traduzindo uma relação de coordenação ou participação integrativa e colaborativa dentro da sociedade empresarial.

Neste íterim, no tocante ao prestador de serviços contratado por uma clínica de saúde, este poderá ser considerado empregado mesmo sem a existência de ordens

²²⁰VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *op.cit.*, p.521.

²²¹ ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, ano 35, n. 148. p.75-86, out/dez. 1978.

²²² GASPAR, Danilo. *op.cit.*, p.208.

²²³ GODINHO, Maurício Delgado. *op.cit.*, p.306.

diretas e manifestações do poder diretivo por parte do empregador.

A subordinação é devida pelo simples fato de estar o empregado integrado e exercer uma atividade necessária à empresa.

Por óbvio, diante dessa relação, fica evidente o falseamento e a intenção de mascarar o Direito do Trabalho. Afinal, o trabalhador é contratado sob um regime de prestação de serviços, todavia, atende os pacientes da clínica estando presente durante período indeterminado e não-eventual.

Para Alice Monteiro de Barros²²⁴ este critério é insuficiente para determinação de uma situação em que se possa afirmar se é ou não existente uma subordinação, pois não seria possível dizer se tal integração refletiria em uma participação integrativa do trabalhador no processo integrativo da empresa. Entende também como uma dificuldade a apuração diante do caso concreto se o trabalho fim prestado pelo trabalhador seria uma atividade-meio ou atividade-fim da organização empresarial. Em face disto, defende uma participação do trabalhador na real integração da sociedade empresarial, contribuindo de forma econômica para tanto, não apenas a mera integração no espaço físico da sociedade empresarial.

4.1.2 A subordinação estrutural

Visando estender os direitos fundamentais das relações não empregatícias, surge a subordinação estrutural tese encampada por Maurício Godinho Delgado.

Sendo nas palavras do próprio autor: “[...] a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento.”²²⁵

Analisando a tese da subordinação estrutural, pouco importa se o trabalhador irá ou não se harmonizar aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias, o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. Trata aqui de

²²⁴ DE BARROS, Alice Monteiro. *op.cit.*, p.224.

²²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p.667.

um caráter multidimensional dado ao conceito de subordinação.

Em verdade, em seu artigo datado de 2006, o doutrinador referido buscou criticar a tese suscitada por Paulo Emílio Vilhena e Arion Romita, posto que, na visão de Maurício Godinho, a teoria da subordinação objetiva é demasiada ampliativa, sendo que, determina a mera integração na estrutura da empresa como ponto suficiente para configuração do vínculo empregatício. Discorda Godinho, afirmando que a partir deste prisma não é possível considerar se um trabalhador mesmo integrado na empresa está ou não exercendo um trabalho autônomo ou subordinado.

Dito isto, a subordinação estrutural atenua o quanto apregoado na subordinação objetiva, uma vez que o ideal é que o trabalhador esteja vinculado à dinâmica de funcionamento da sociedade empresarial, independente de ordens diretas.

Mas o que seria essa atuação na dinâmica? Ora, o suposto prestador de serviços que labore em uma clínica e ao atender um paciente receba sua remuneração de forma dividida, sendo 50% para o trabalhador e 50% para clínica.

Este cenário configura plenamente uma inserção do trabalhador na dinâmica de uma sociedade empresarial.

Menos do que isso, a mera participação em reunião, ou seguimento de regras gerais postas pela sociedade empresarial já configuraria tal inserção.

Veja-se, a sociedade empresarial que indica que o trabalhador deve participar de reuniões ou usar um jaleco para o atendimento já está configurando a inserção deste na dinâmica da empresa. E, não é só, somente o fato do trabalho exercido pelo prestador coincidir com a atividade-fim da empresa já configuraria a inserção deste trabalhador na dinâmica de uma empresa.

Ora, veja-se que, se a discussão sobre trabalho autônomo estiver restrita às clínicas de saúde, e uma clínica de nutrição que recebe e se mantém a partir do lucro obtido com os atendimentos dos seus clientes/pacientes, é intuitivo que o nutricionista que estiver trabalhando nesta clínica não poderá ser considerado *prestador de serviços*, pela razão óbvia de que o trabalho prestado por este trabalhador coincide com a atividade-fim da empresa.

É de bom alvitre destacar que, a prestação de serviços tem por característica a prestada ser de meio, isto é, a mera coincidência entre o trabalho prestado pelo

trabalhador e a atividade-fim da empresa, já configuraria o vínculo e a subordinação estrutural.

A prestação de serviços seria sim configurada, acaso em uma clínica de nutrição, ao quebrar o ar condicionado fosse contratada uma pessoa terceira, não inserida na dinâmica da sociedade empresarial para manutenção desse aparelho. Perceba, aqui não existe coincidência entre o serviço prestado e a atividade-fim da empresa, sendo neste caso, uma prestação de serviços.

Desta forma, Dorneles²²⁶ entende a subordinação estrutural como uma variante da velha subordinação objetiva.

Para Danilo Gaspar²²⁷ a incorporação na dinâmica da sociedade empresarial seria o fato do trabalhador se submeter à cultura corporativa da empresa, participando da dinâmica organizativa e estrutural do tomador de serviços.

Na subordinação estrutural a coincidência está entre as atividades prestada, se o trabalhador está inserido na estrutura corporativa de determinada empresa, laborando sem subordinação jurídica clássica, mas acaso sua atividade-fim coincida com a atividade lucrativa fim da empresa, restará estabelecida a subordinação estrutural.

Com efeito, o doutrinador Luciano Martinez²²⁸ determina essa nova dimensão primando pela dispensabilidade de uma ordem direta, sendo o trabalhador ligado aos propósitos finais do empreendimento.

4.1.3 A subordinação Integrativa

Acerca da subordinação integrativa, tese suscitada pela doutrinadora Lorena Porto Vasconcelos, é possível conceituar que se trata de uma universalização do conceito da subordinação.

A doutrinadora entende que, muito embora existam relações de emprego que devem

²²⁶ Dorneles, Leandro de Amaral. *op.cit.*, p.258

²²⁷ Gaspar, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.214.

²²⁸ MARTINEZ, Luciano. *op.cit.*, p.149.

ser configuradas mesmo na ausência do requisito da subordinação clássica, ainda restam no ordenamento relações pautadas na subordinação clássica. Em face disto, propõe uma integração e conjugação entre a subordinação clássica e a integrativa.

Veja-se nas palavras da autora:

Como demonstrado, existem diversas situações em que se deve considerar configurada a relação de emprego, embora não esteja presente a subordinação em sua acepção clássica ou tradicional. Essas situações sofreram um aumento considerável no mundo do trabalho. Isso gerou a necessidade não apenas de retomar as tendências expansionistas anteriores, mas também, de aprofundá-las e modernizá-las, o que denominamos universalização do conceito de subordinação²²⁹

A doutrinadora não desconsidera o conceito clássico da subordinação jurídica, dando a entender que ainda nos dias de hoje a maioria das relações são conduzidas sob o prisma do conceito clássico da subordinação, e com isso deve ser acrescida de uma nova dimensão da subordinação denominada *integrativa*.

Deve-se, na visão da autora considerar a subordinação de duas formas, tanto na clássica ou na integrativa.

Para Lorena Porto²³⁰ o conceito de subordinação integrativa parte da noção de subordinação objetiva, consistindo na inserção da prestação laborativa do empregado nos fins da empresa.

A partir disto, a autora distingue duas formas de trabalho que podem ser prestadas a partir do momento em que o trabalhador se insere na estrutura da sociedade empresarial. As primeiras atividades seriam aquelas que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica sendo atividades consideradas nucleares para o desenvolvimento da empresa, ou seja, atividades-fim.

A segunda atividade seria poderia ser englobada como atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Funções meramente acessórias.

Para Lorena Porto²³¹ “a prestação laborativa do empregado pode estar inserida ou integrada seja nas atividades-fim, seja nas atividades-meio da empresa. Ambas compõem a dinâmica empresarial”.

²²⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. *op.cit.*, p.252.

²³⁰ *Ibidem.*, *loc.cit.*

²³¹ *Ibidem.*, *loc.cit.*

Sendo assim, em ambas as atividades, têm-se configurado o vínculo empregatício baseado na noção de subordinação objetiva proposta por Maurício Godinho Delgado.

Todavia, Lorena Porto²³² segue a trilha das críticas direcionadas para a subordinação objetiva, de que ao abranger todos os trabalhadores, inclui trabalhadores, verdadeiramente, autônomos como subordinados. Definindo o que segue:

A solução passa, portanto, pela sua conjugação com critérios que excluem a autonomia. Nesse sentido, após a constatação da presença da subordinação objetiva, o intérprete deve verificar se estão presentes os indícios indicados por *Rolf Wank* e pela doutrina espanhola para a caracterização da autonomia, porque, caso estejam presentes, não há que se falar em subordinação.

Os referidos indícios são: o obreiro deve prestar a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originalmente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, os quais são assumidos por seu empregador. O trabalho que cumpre tais requisitos não pode ser qualificado, de modo algum como autônomo.²³³

Note-se que, diante do exposto, a subordinação integrativa abrange a concepção clássica, mas, exclui de sua análise os trabalhadores verdadeiramente autônomos, não podendo estes trabalhadores serem considerados subordinados.

Na visão da subordinação integrativa, os profissionais considerados prestadores de serviços contratados pelas clínicas de saúde, também devem ser considerados empregados.

Ora, inicialmente cumpre observar que o trabalhador está inserido na dinâmica da sociedade empresarial, realizando atividades consideradas, inclusive, nucleares para existência da própria clínica, qual seja, o atendimento dos pacientes.

4.1.4 A subordinação Reticular

Esta proposta foi encampada pelos doutrinadores Marcus Menezes Barberino e José Eduardo de Resende Chaves Junior, a ideia dos autores é baseada na subordinação proposta por Maurício Godinho, a subordinação estrutural, sendo a tese da

²³² *Ibidem.*, p.253.

²³³ *Ibidem.*, *loc.cit.*

subordinação reticular uma face da teoria proposta por Godinho.

Os autores visaram reconsiderar a estrutura produtiva das relações do trabalho, visando dar um novo valor ao conceito de subordinação com relação a reorganização produtiva.

Esclarece Danilo Gaspar²³⁴ que, a subordinação reticular é uma dimensão que relaciona o fenômeno da união das empresas em um sistema de rede, derivando de um sistema de rede. O termo reticular derivaria dessa análise de rede empresarial.

Com efeito, veja-se nas palavras dos autores Marcus Barberino Mendes e José Eduardo Chaves Júnior²³⁵:

[...] dar uma resposta jurídica a um fenômeno econômico que tem contribuído para a desestruturação, não só dos mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores, mas inclusive das próprias relações jurídicas laborais. Trata-se das novas formas de organização produtiva que esmaecem a categoria central do Direito do Trabalho brasileiro: a subordinação jurídica, investigando inclusive suas conexões mais estendidas no conceito de alienação.

Para os autores, a subordinação não é a causa da relação de emprego, mas sim a consequência desta. Deve-se a isto o fato dos autores aproximarem o conceito de subordinação do conceito de alienação, em que a subordinação.

Assim, o que seria valorizado em uma relação de emprego é a alienação do produto trabalho.

Nesta senda, a partir da análise desta teoria, pode-se chegar a conclusão de que a subordinação reticular-estrutural entende o autônomo como subordinado, pois, se o autônomo ingressa na estrutura da empresa através de um contrato de prestação de serviços, mas adere às atividades da empresa ou de uma das unidades da rede empresarial, a disposição do trabalho bem como a assunção do risco e responsabilidade subsiste pelo tomado do serviço.²³⁶

Em verdade, sempre que o trabalhador estiver inserido de uma atividade econômica organizada em rede, o trabalhador será considerado empregado desta estrutura.

Finaliza Danilo Gaspar²³⁷ que a subordinação reticular encontra-se atento ao

²³⁴ GASPAR., Danilo. *op.cit.*, p.

²³⁵ MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.46, n.76, p.197-218, jul/dez.2007, p. 213.

²³⁶ *Ibidem.*, p.76

²³⁷ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.218

fenômeno da reestruturação produtiva, dando liberdade ao trabalhador na execução dos serviços e pelo fenômeno da associação empresária.

4.1.5 A subordinação potencial

O professor Danilo Gaspar apresenta uma nova dimensão da subordinação jurídica. A subordinação Potencial.

O autor considera, em sua análise, que o conceito de subordinação clássica é anacrônico em face às diversas modificações ocorridas ao longo da história que, certamente, influenciou no método de produção *toyotista* que ensejou na flexibilização da empresa e contratação de profissionais autônomos.

Como define Danilo Gaspar²³⁸: “a transformação em questão decorre da maior liberdade conferida a esses novos trabalhadores, que passam a internalizar o poder diretivo, sendo fiscais do próprio trabalho.”

Sem dúvidas, como já demonstrado, as diversas modificações ao longo da história e evolução do Direito do Trabalho fizeram com que o vínculo empregatício fosse flexibilizado, reinando a era do *profissional autônomo*. Isso fez com o que a subordinação se tornasse um elemento peculiar e delicado, gerando à necessidade de tutela destas relações.

Não poderia ser diferente, em verdade, o empregador visou à diminuição dos seus encargos trabalhistas, traçando uma estratégia para eliminar a identificação da subordinação clássica, dando uma falsa ideia de que o trabalhador era na verdade um prestador de serviços que tinha autonomia na execução dos seus serviços, a consequência disto seria a diminuição dos encargos trabalhistas e o conformismo dos trabalhadores que, por entenderem que estão atuando sem delimitação de horário, ou ordens diretas passam a crer que estão exercendo uma prestação de serviços.

Em linhas gerais, leciona Danilo Gaspar²³⁹:

Essa liberdade na execução dos serviços, portanto, ganha contornos de autonomia. Todavia, essa autonomia não vem acompanhada da

²³⁸ *Ibidem.*, *loc.cit.*

²³⁹ *Ibidem.*, p. 221.

propriedade dos bens de produção, mantendo-se o trabalhador hipossuficiente com relação ao tomador de serviços, revelando, assim, que, em verdade, trata-se de falsos autônomos, falsos cooperados, ou falsos prestadores de serviços.

Esse quadro, fez com que fosse necessário que o Direito do Trabalho ampliasse o seu enquadramento, ou revisasse o conceito de subordinação, caminho que se apresenta de forma mais coerente.

Diante desse quadro, Danilo Gaspar²⁴⁰ adere ao segundo caminho de ampliação do conceito de subordinação e traça um liame entre a subordinação potencial e o poder diretivo do empregador.

Sendo que, ao longo das transformações supracitadas, o poder empregatício do empregador vai diminuindo, visando garantir uma maior autonomia para o empregado, não mais havendo controle de jornada, não mais existindo ordens diretas e determinações ou mandamentos, ou seja, é característico o arrefecimento do poder diretivo do empregador.

Todavia, não era o fim do trabalho subordinado este continuava sendo subordinado, o então prestador não detém os meios de produção, apenas, o empregador que passou a valorizar os espaços de autonomia.

Como menciona Danilo Gaspar²⁴¹ a crise não ocorreu no trabalho subordinado, mas sim, no conceito clássico de subordinação, que passou a ser insuficiente para acompanhar as novas relações de trabalho existentes.

Desta redução do poder diretivo do empregador, é que se encontra a essência da subordinação potencial, pois, já que poderá existir uma elasticidade da aplicação do poder do empregador pode-se remeter à uma noção de potencialidade, definida por Danilo Gaspar²⁴² já que existe um grau do poder diretivo do trabalho, pode ou não o empregador utilizá-lo, sendo em grau máximo na lógica do *fordismo/taylorismo*, ou em grau mínimo típico da empresa *pós-fordista*.

Sendo definido por Gaspar²⁴³ que é subordinado àquele que se encontra em estado potencial de subordinação.

Ressalte-se que, a potencialidade em questão não é a mera intervenção ou ordem

²⁴⁰ *Ibidem.*, p.227.

²⁴¹ *Ibidem.*, p. 231.

²⁴² *Ibidem.*, p. 232

²⁴³ *Ibidem.*, *loc.cit.*

direta como nos regimes em que imperavam o *fordismo*, mas sim a possibilidade de intervenção.

Como observação final, o autor demonstra que a teoria da subordinação potencial aproveita o conteúdo da subordinação objetiva proposta por Arion Romita, sendo destacada na subordinação potencial não o controle direto ou intervenção, mas sim a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado.

A ideia em tela não valoriza o critério da subordinação a partir do controle intenso e direto da prestação, mas sim da possibilidade de a qualquer momento o empregador exercer o seu poder diretivo.

Todavia, a subordinação potencial exclui os verdadeiros autônomos que são àqueles trabalhadores inseridos na estrutura alheia, mas mantém uma estrutura organizada própria, sendo detentor dos meios de produção, não podendo ser considerado como subordinado.

Neste caminhar, a brilhante teoria encaixa-se perfeitamente às situações concretas vividas pelos trabalhadores da área de saúde na cidade de Salvador.

Não poderia ser diferente, estes supostos *prestadores de serviços* são inseridos em uma organização empresarial alheia, sob a denominação de prestadores de serviços, todavia, não gozam dos meios de produção, não detém o capital, não têm participação em lucro final da sociedade empresarial, e tampouco gozam de qualquer direitos trabalhistas. Isto é, um total falseamento e abuso das relações de trabalho.

Desta forma, a mera ausência de controle de ponto – flexibilização mais freqüente do poder diretivo do empregador para essas situações – não é por si só capaz de delimitar que a relação será uma prestação de serviços. A uma, porque o trabalhador está inserido em estrutura alheia, a duas porque em qualquer momento o empregador poderá utilizar-se de seu poder diretivo para fazer valer à sua vontade, deixando o empregado à deriva.

Exemplos não faltam, a ausência de controle de ponto de um lado, pode ser compensado com a inexistência de férias remuneradas, já que o trabalhador não pode se ausentar sob pena de não ter remuneração ao fim do mês.

4.1.6 Da Parassubordinação

A teoria da parassubordinação é mais uma das teorias existentes em face das diversas mudanças ocorridas nas relações de trabalho. Tem como origem a doutrina italiana, e tem como conceito vulgar uma forma de meio termo entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo.

A autora Maria Célia Furquim²⁴⁴ menciona que, a parassubordinação pode ser considerada como “um elemento preponderante na relação de trabalho, não tão rígido como a subordinação, nem dotado de grau de autonomia que determina a relação de trabalho de natureza autônoma.”

Com efeito, diante das mudanças ocorridas, por vezes o Direito do Trabalho se depara com uma relação que sendo analisada não se consegue distinguir se, se trata de uma relação subordinada ou autônoma.

Em suma, a parassubordinação é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, não se enquadrando nem em uma modalidade e nem em outra.

Diante disto, Furquim define²⁴⁵ o trabalhador parassubordinado como sendo o trabalhador que exerce o trabalho com todos os requisitos do vínculo empregatício sem a subordinação jurídica da figura do empregado. Registra ainda a autora que o critério diferencial para o parassubordinado e o autônomo é o critério da dependência econômica.

Complementa este raciocínio Lorena Porto²⁴⁶ ao apontar a teoria da parassubordinação como sendo a figura de obreiros que, embora não estejam subordinados, são hipossuficientes, pois dependem economicamente do tomador dos seus serviços.

Com a explanação das novas dimensões acerca do conceito de subordinação jurídica, deve ser observado o fato de que não é todo trabalhador sem subordinação que é parassubordinado.

Desta forma, Tatiana Guimarães Ferraz Andrade²⁴⁷ estabelece um outro critério,

²⁴⁴ FURQUIM. Maria Célia de Araújo. *op.cit.*, p.47

²⁴⁵ *Ibidem.*, p.52

²⁴⁶ PORTO. Lorena. *op.cit.*, p.102.

²⁴⁷ ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz Andrade. *op.cit.*, p.88

conceituando a parassubordinação como sendo desenvolvida pela doutrina italiana, buscando tutelar o trabalho desenvolvido dentro de uma organização empresarial, de forma continuada, mas coordenada. Tendo como traço característico o elemento coordenativo, sendo diferente da subordinação na medida em que o trabalhador apenas obedece às ordens do empregador, colocando-se à disposição deste a sua força e trabalho independente do resultado que vier a ser alcançado.

A coordenação ora aludida é aquela em que o trabalhador aceita às diretrizes do empregador sem haver um controle real.

Vista disto, durante algum tempo questionou-se o fato do prestador de serviços, o autônomo ser considerado, em verdade, um trabalhador parassubordinado.

Este pensamento cai por terra, posto que, com as novas dimensões do conceito de subordinação, resta clarividente que a parassubordinação perde forças em virtude de terem sido considerados outros aspectos acerca da subordinação.

Completa esse raciocínio Danilo Gaspar²⁴⁸:

“No que tange ao conceito de subordinação potencial, em contrapartida, verifica-se que o trabalhador que presta serviços sob a coordenação do tomador, até então era considerado parassubordinado, é, na verdade, um trabalhador subordinado.”

Com efeito. Desta maneira, não há dúvidas, o trabalhador inserido em clínicas de saúde como *prestadores de serviços*, em verdade são subordinados, obedecendo todos os demais requisitos do contrato de emprego e mais as novas dimensões e ampliação do conceito de subordinação.

Arremata Danilo Gaspar²⁴⁹ que, não havendo norma ou regulação do conceito italiano da parassubordinação, no Direito Brasileiro, deve ser considerado o trabalhador subordinado em face às novas dimensões do conceito de subordinação jurídica.

4.2 O REGIME DE CONTRATAÇÃO DAS CLÍNICAS DE SAÚDE E A APLICAÇÃO DAS NOVAS DIMENSÕES. A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS TRABALHISTAS. UM

²⁴⁸ GASPAR, Danilo Gonçalves. *op.cit.*, p.249

²⁴⁹ *Ibidem.*, p.249

PONTO DE VISTA SOCIOLÓGICO

Como amplamente destacado em alguns trechos desta monografia, o profissional que trabalha na área de saúde da cidade de Salvador, é contratado na maioria das vezes sob égide do contrato por tempo indeterminado de prestação de serviços, para prestar um serviço como trabalhador autônomo. Quando há um contrato.

Neste particular, já pode ser auferido o primeiro equívoco, posto que, como retratado nesta presente, o contrato de prestação de serviços tem como invólucro a não duração ou prolongamento no tempo, devendo ser em regra um contrato com tempo determinado, evitando assim a perpetuação de um regimento subsidiário.

Explique-se, o ordenamento pátrio com a Constitucionalização do Direito do Trabalho, define que, deve ser estimulado e preservado a relação de trabalho objeto do contrato de trabalho, qual seja a espécie *strictu sensu* relação empregatícia.

Não se encaixando em uma relação de emprego, deve a partir disto enquadrar ou procurar entender o autônomo como forma subsidiária.

Na prática, é o contrário. Primeiro, privilegia-se a condição do autônomo, procurando dar a configuração do prestador de serviços, muitas vezes falseando uma relação óbvia de emprego.

A rigor, o que se vê em muitos casos é o que segue: um administrador estabelece uma sociedade empresarial na espécie simples e contrata os supostos *prestadores de serviços* para atenderem uma demanda de clientes/pacientes da clínica.

Ocorre que, o sistema atribuído para essa relação é o de produtividade, em que o trabalhador só recebe se atuar.

Para isto, deve atender os clientes que são da clínica, mas para conseguir maior lucro deve sair obtendo pacientes para que consiga estabelecer uma remuneração condizente.

Veja-se, que muitas vezes até o esforço da busca pelo paciente é do próprio prestador, sendo tal fato completamente descontextualizado de uma prestação de serviços em que se presta serviço para uma determinada e específica situação de uma sociedade empresarial.

Nesta lógica, ao receber a remuneração, muitas vezes mensal, incorrendo em outro equívoco, deixando de lado o critério do pós-pagador, contido na prestação de serviços, o trabalhador perde 50% (cinquenta por cento), em média do seu recebimento e fica com o restante, passando, então, ao próximo atendimento.

Nesta quadra, várias clínicas utilizam-se da estratégia demonstrada ao longo deste trabalho, diminuindo o poder diretivo do empregador para falsear ou configurar uma prestação de serviços.

Assim, ignoram controle de jornada, não estabelecem ordens diretas ao trabalhador, entre outras situações visando a não identificação da subordinação jurídica. *Ledo engano.*

O erro, dolo, ou ignorância enseja desrespeito e afronta de morte aos Direitos Trabalhistas.

Com efeito, veja-se que, um trabalhador configurado neste cenário, não tem férias, não tem formalidade, Fundo de Garantia por Tempo de Serviços (FGTS), Aviso Prévio, estabilidade – licença maternidade, entre outros direitos que são amplamente violados, como o Direito Fundamental à dignidade humana.

Ademais, outras violações são diariamente cometidas em sede tributária. Ora, muitas vezes as clínicas descontam ISS (imposto sobre serviços) e o IRPJ (imposto de renda pessoa jurídica), do próprio valor correspondente ao empregado, como forma de incidir tributos ao trabalhador e compensar o gasto que terá para quitar com seus tributos na relação com o fisco.

E não é só, inexistem muitas vezes o pagamento da contribuição previdenciária por parte do empregador, que deixa de efetuar tal contribuição de 8% para que o trabalhador tenha uma condição de colaboração com a previdência. Deste modo, acaso acometido de alguma doença incapacitadora ficará sem ter condições de receber benefícios o trabalhador.

Diante desta realidade, não é incomum que vários profissionais desistam de dar seguimento à profissão, incorrendo em grave consequência para sociedade, já que o serviço médico é essencial e deve ser prestado com zelo e dedicação.

Dito isto, como pode o profissional da área de saúde exercer sua atividade satisfatoriamente, sendo que está inserido neste quadro de informalidades e

ausência de tutela das normas trabalhistas? A resposta é óbvia e pode ser verificada através das inúmeras frustrações dos profissionais da área que deixam de dar continuidade ao seu caminhar na profissão por justamente não merecer o reconhecimento legal e por conseqüência o reconhecimento do tomador de serviços que ciente da condição vulnerável do trabalhador explora e abusa de tal situação.

Explique-se, como é cediço, ao dispensar um empregado de modo imotivado, chamada dispensa sem justa causa, cabe ao empregador o pagamento das diversas parcelas rescisórias como aviso prévio, saldo de salário, 13º salário, férias proporcionais e vencidas, multa do §8º do art. 477 da CLT, fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS+ 40%, seguro-desemprego, entre outros encargos como prêmios, gratificações e adicionais.

Note-se que, coberto por esses direitos resta patente a dificuldade e a análise que o empregador vai ter para dispensar o seu trabalhador. Ademais, é possível citar que a Constituição Federal de 1988 determina que o trabalho deve ser protegida, veja-se o art. 7º, I²⁵⁰ da CF/88.

Neste sentido, é conveniente que o trabalho do empregado deva ser protegido segundo preceito Constitucional.

Todavia, não é o que vem ocorrendo na prática em que a dispensa imotivada é possibilidade presente nas opções dos empregadores para o encerramento do vínculo empregatício, desde que, cumpra com suas obrigações rescisórias.

Nesta trilha, observe-se, caro leitor, que no caso do prestador de serviços esses encargos não existem, residindo assim uma informalidade e a capacidade de dispensa ao bel-prazer do tomador de serviços.

Com isso, além de trabalharem sem a devida tutela dos seus direitos como férias, licença a maternidade, aviso prévio, os prestadores inseridos em uma estrutura clínica ainda podem ser substituídos de maneira arbitrária e totalmente corriqueira pelo tomador sem que existisse qualquer parcela rescisória a ser cumprida para este. Causando um enorme impacto social e fazendo com que esses trabalhadores boa parcela da população que resolve escolher os curso da área de saúde como: fonoaudiologia, nutrição, fisioterapia, medicina, biomedicina, farmácia, gerontologia,

²⁵⁰ Art. 7º, I, CF/88 – “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição: I – relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa [...]”

musicoterapia, odontologia, radiologia, quiropraxia, e terapia ocupacional, se encontrem totalmente desamparados.

Não sendo incomum verificar um trabalhador que após verificação do mercado de trabalho da área de saúde, deixe de atuar neste curso e resolva retomar sua vida acadêmica procurando outra maneira de encontrar a sua dignidade.

4.2.1 Aplicação da anacrônica Subordinação Clássica para os clínicos na cidade de Salvador

Como debatido e exaustivamente externado nesse trabalho, o conceito clássico da subordinação jurídica é totalmente insuficiente para acompanhar as novas relações de trabalho surgidas após influência do *toyotismo*, avanço tecnológico, flexibilização do Direito do Trabalho, globalização, entre outros fatores.

Não bastasse isso, foi amplamente demonstrado que tais situações ensejaram na expansão do prestador de serviços e prestado pelo profissional autônomo de maneira descaracterizada e infiel ao quanto determinado no contrato de prestação de serviços.

Neste momento, convém demonstrar de forma empírica como ainda nos dias hodiernos a subordinação em seu defasado conceito clássico vem sendo aplicada deixando de tutelar essa importante parcela de profissionais e trabalhadores.

A análise deste trabalho, neste tópico, será feita através das jurisprudências situadas no TRT-5ª Região – Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Estado da Bahia.

Em caso ocorrido em dezembro de 2010, portanto recente, é verificado que um fisioterapeuta que “prestava serviços” para uma clínica de cirurgia opôs embargos de declaração, recurso horizontal, visando reforma do julgado pelo fato de ter o Acórdão afastado o vínculo empregatício porquanto não haver subordinação, mas mencionou a presença de subordinação indireta.

Com isso, o embargante opôs os devidos embargos para sanar a contradição,

quando obteve a seguinte decisão:

Aduz que houve contradição no julgado quando admite a existência de subordinação, porém afasta o reconhecimento do vínculo.

É cediço que o trabalhador autônomo é aquele que gerencia sua própria atividade e suposta os riscos dela advindos. Seu maior diferencial da figura típica prevista no art. 3º da CLT é, portanto, a ausência de subordinação jurídica, já que não se sujeita ao poder empregatício na prestação de serviços [...] Quanto ao fato de que recebia ordens do corpo clínico, ressalto que é inerente ao tipo de parceria firmada, mormente porque se trata de execução de serviços de fisioterapia que de, alguma forma, necessitam do fornecimento de diretrizes, além do respeito às normas de segurança do hospital, dentre outras circunstâncias, o que revela uma subordinação indireta. NEGO PROVIMENTO.²⁵¹

Note-se que, malgrado o respeito e brilhantismo dos eméritos julgadores, a decisão ora aludida não é coerente com as normas trabalhistas e com ordenamento pátrio esta decisão.

Como já restou evidenciado, não é somente a ausência da subordinação que configura a prestação de serviços, analisando o caso concreto verifica-se que não se trata de uma prestação de serviços, sendo devida a aplicação da dimensão da subordinação para tutelar o fisioterapeuta.

Em 2011, decisão mais recente, um pediatra interpôs recurso ordinário pleiteando a reforma do comando sentencial que indeferiu o reconhecimento do vínculo empregatício com base na ausência da subordinação meramente pelas ausência de ordens diretas. Neste caso, o Tribunal manteve o quanto declarado na Sentença de base, senão veja-se:

A prova testemunhal produzida nos autos não foi suficiente para caracterizar a relação de emprego, notadamente porque sua análise deixou transparecer, conforme asseverado na Sentença de base, que sequer houve a comprovação da subordinação, principal elemento caracterizador do vínculo empregatício.²⁵²

Uma decisão equivocada, data máxima vênia, posto que, não é necessária uma prova testemunhal comprovando a ordem direta do empregador para o empregado,

²⁵¹ BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Embargos de Declaração** nº 00771003520055050020. Segunda Turma. Relator: Cláudio Brandão: Julgado em 10 de dez. 2010. Disponível em <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/?consultadoc=s&id=10111051500415460486&municipio=1>> acesso em 24 mai. 2014.

²⁵² BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário** nº 0127700-34.2007.5.05.0006. Quinta Turma. Relator: Norberto Frerichs. Julgado em 14 de dez. 2010. Disponível em <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAb0CADDACK2HAAK> acesso em 24 mai. 2014.

quando em realidade, o suficiente é a inserção deste trabalhador em na dinâmica estrutural do tomador de serviços. Como bem preceitua a subordinação estrutural.

Em outro caso, também em 2011, uma médica opôs embargos declaratórios com esteio na omissão do emérito Tribunal à tese suscitada da dimensão da subordinação objetiva, tendo sido negado provimento para tal manifestação horizontal.

Veja-se tais argumentações:

“A insurgência não merece prosperar. Compulsando aos autos, verifica-se, ante o exame da contestação de fls. 122/132, que os reclamados aduzem que o reclamante prestava serviços na dependência da acionada, mas que ostentava a qualidade de profissional autônoma. Dessa forma, entendo que competia aos reclamados, uma vez admitida a prestação de serviços, o ônus de provar, a teor dos artigos 818 da CLT e 333, inciso II do CPC, que a relação mantida com a reclamante não era de emprego, encargo este que se desvencilharam. O exame da prova oral, sopesada em seu conjunto, endossa a tese dos recorridos. Efetivamente, a prova colhida na instrução do feito revela que a reclamante atuava dentro da empresa de forma autônoma, ou seja, administrava livremente seus horários de trabalho não havendo qualquer punição por atraso [...]”²⁵³

Não há o que prosperar nessa aplicação do conceito clássico de subordinação por dependência, como visto, o próprio julgador reconhece que a reclamante estava inserida na estrutura da empresa, mas deixa de aplicar a subordinação estrutural, visando apenas o controle de horário.

Tais decisões resultam em um total desamparo desses trabalhadores da área de saúde, que atuam de maneira desrespeitosa em uma falsa figura de prestadores de serviços, não merecendo qualquer amparo do Direito do Trabalho, o que é uma aberração e uma afronta ao histórico trabalhista.

Perceba-se que, dois equívocos graves influenciam as decisões dos eméritos julgadores, o primeiro equívoco é o de entender que a prestação de serviços se configura pelo mero fato de não haver subordinação jurídica em prisma clássico, totalmente equivocada tal pensamento, a figura de contrato em espécie do Direito Civil exige outros requisitos como duração de tempo determinado, não prolongamento no tempo, o pós recebimento, entre outros critérios que já foram exteriorizados.

²⁵³ BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Embargos de Declaração** nº0138800-73.2009.5.05.0019. Quarta Turma. Relator: Valtércio de Oliveira. Julgado em 10 fev. 2011. Disponível em <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=10111051500439691183&munici pio=1>> acesso em 24 mai 2014.

Outro imenso equívoco é a consideração da subordinação apenas pelo controle de horário, acreditando que, em não havendo controle de horário, não há o que se falar em subordinação.

Esse pensamento é completamente desarrazoado e indolente, deve-se considerar no momento de julgar uma relação de trabalho todo o invólucro e noção histórica do Direito do Trabalho, visando sempre conceber a tutela e a proteção das normas trabalhistas àquele desamparado trabalhador.

A mera contratação e capacidade de uma clínica fazer processo seletivo ou divulgar a contratação de prestadores de serviços já incorre em uma grande atecnia, como foi determinado com brilhantismo no julgado *infra*:

No tocante ao elemento subordinação, sua caracterização se mostra suficientemente provada com a imposição da formalização da pessoa jurídica para contratação dos seus prestadores de serviços.²⁵⁴

Com efeito, muito embora este julgado ainda dê importância a ordem direta como elemento imponente para subordinação, o fato de mera exigência como a formalização de pessoa jurídica, não significa mera diretriz ou parâmetro como entendeu o outro julgado aludido alhures, mas sim elemento capaz de configurar uma ordem direta e portanto o vínculo empregatício.

E, não é só, o fato de uma clínica de saúde só contratar prestadores ou fazer processo seletivo, significa por si só uma total aberração jurídica em tempos modernos.

Como realizar um processo seletivo para um cargo de prestador que a rigor não deve manter uma continuidade na sociedade empresarial?

Como se percebe, são vários os equívocos e descumprimentos dos princípios trabalhistas.

4.3 DAS NOVAS DIMENSÕES E A APLICAÇÃO PRÁTICA

²⁵⁴ BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário** nº00550003220095050025. Segunda Turma. Relator: Renato Mário Simões. Julgado em 01 jun. 2011. Disponível em <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/?consultadoc=s&id=10111070800576162040&municipio=1>> acesso em 24 mai.2014.

Ao ser constatado que em Salvador o trabalhador da área de saúde é inserido na estrutura empresarial como autônomo, é preciso uma maior atuação do ordenamento jurídico pátrio e do Legislador. Sendo que, magistrados, Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, o legislador, devem observar com maior precisão o conceito de prestação de serviços, e constatar que o clínico vive uma falácia, sendo uma aberração ser chamado de “prestador de serviços”, pois em regra o trabalho prestado por profissionais autônomos, é sim subordinado ao ponto em que estes são inseridos e atuam na atividade-fim estrutural da empresa.

Devendo, ainda, ser observado que esses profissionais representam uma parcela extremamente importante no atendimento a coletividade, representando um elevado déficit social dos trabalhadores que não gozam da tutela Estatal e do amparo das normas trabalhistas, o que configura uma crise social imensurável.

Além disso, existem questões ligadas ao trabalho de cada área, que certamente são indispensáveis para sociedade. A informalidade na contratação destes profissionais é algo que certamente afasta o interesse em dar continuidade às suas carreiras. Elidindo a motivação para que novos trabalhadores surjam e se destinem nestas tão importantes e fundamentais profissões.

As repercussões são imensas, principalmente para mulher, o profissional integrado a uma estrutura da empresa, atuando e participando diretamente com a atividade -fim de determinada incorporação, trabalhando como prestadora de serviços em um trato sucessivo impensável, não poderia, por exemplo, ter a estabilidade à maternidade, prevista Constitucionalmente. Devendo retornar o mais rápido possível ao seu trabalho, pois, na sua ausência, também será ausente o retorno financeiro necessário para o sustento próprio e familiar.

Diante desse quadro, a jurisprudência pátria já vêm adotando às novas dimensões do conceito de subordinação jurídica, visando corrigir tal aberração e garantir a tutela fundamental ao emprego, o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná²⁵⁵, não vacilou e determinou: “é empregado e não trabalhador autônomo o odontólogo que,

²⁵⁵ PARANA. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. **Recurso Ordinário** nº.01103200400308004 REL. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA – DOJT 28.3.2005 (2005) publicado na revista (Synthesis,2005. 256)

trabalhando pessoalmente e com habitualidade desempenha atividade essencial para desenvolvimento da clínica”.

Contudo, a adoção das novas dimensões do conceito da subordinação ainda é meramente jurisprudencial, e doutrinário. O Tribunal Superior do Trabalho - TST, e o Legislador, não se manifestaram sobre as novas dimensões do conceito de Subordinação Jurídica, devendo ser analisado o estudo do caso em concreto.

No que tange à subordinação estrutural, envolvida na dinâmica da sociedade empresarial o Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região²⁵⁶ decisão monocrática, determinou como idéia central o entendimento de que, contra situações decorrentes do empregador com poderio econômico e “truques mágicos”, o Direito do trabalho surgiu e foi pautado pelo princípio da proteção.

Deste modo, tal julgado externa o seu entendimento pelo vínculo empregatício em razão da aplicabilidade da subordinação jurídica estrutural, com esteio na dignidade humana.

Diante disto, é salutar mencionar, que aos poucos esses conceitos apregoados das novas dimensões da subordinação vêm sendo aplicados. Todavia, de modo jurisprudencial e doutrinário, configurada pela doutrino. Devendo tal idéia ser posta em prática e inserida no ordenamento trabalhista, evitando decisões que contraditórias ou que descaracterizem um vínculo empregatício em razão do já superado e defasado critério da dependência previsto no art. 3º da CLT.

Ressalte-se, ainda, que todas as dimensões do conceito da subordinação jurídica, são plenamente passíveis de serem aplicadas nas relações entre trabalhadores da área de saúde inseridos em clínicas de saúde. Restando inevitável uma configuração do vínculo empregatício, para que, com isso, tenha-se um melhor atendimento da saúde para a população, com profissionais sendo valorizados e dignificados pela tutela trabalhista.

4.3.1 A aplicação das novas dimensões da subordinação em clínicas de saúde.

²⁵⁶ BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Reclamação Trabalhista nº 505-09.2012.5.05.0033**. Juiz Murilo de Oliveira. Publicada no DEJT, 05 de agosto.2013. Disponível em: < <https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/f/n/consultadocumentocon?id=10113080501009151229&municipio=1> > Acesso em 12 de abr. 2014.

Em linhas gerais, o presente trabalho é adota a tendência de considerar o conceito da subordinação estrutural em clínicas de saúde, sendo esta dimensão a que mais se coaduna com o tema proposto por este trabalho, qual seja, a aplicação das novas dimensões do conceito de subordinação e a sua aplicação prática em clínicas de saúde na área de Salvador. Pois, cumpre observar a seguinte situação em concreto: o sujeito que atua atendendo pacientes como suposto prestador de serviços de maneira pessoal, com onerosidade, não eventualidade, mas sem ordens diretas, estaria ou não subordinada de forma estrutural?

Pela simples leitura do conceito de subordinação estrutural é possível considerar que o profissional da área médica, contribui para o aumento lucrativo da clínica para qual está vinculado, estando inserido de maneira clarividente na dinâmica do tomador de serviços, exercendo atividade-fim coincidente com a atividade da clínica, não havendo laivo de dúvidas no tocante à necessidade do enquadramento pelo vínculo empregatício com base nos demais elementos caracterizadores da relação de emprego e a subordinação estrutural.

Em verdade, os trabalhadores supostamente considerados como “prestadores de serviços”, exercem uma falsa prestação de serviços, devendo ter de fato a formalidade e o vínculo de emprego estabelecido, a fim de garantir a sua dignidade como trabalhador. Ademais, esta vinculação enseja a decadência das malévolas pretensões e manobras dos empregadores que com clara intenção de diminuir os encargos trabalhistas mascaram o vínculo empregatício através de infundadas e inconcebíveis contratações como prestação de serviços.

Todavia, como já foi explanado, pela simples leitura dos conceitos das novas dimensões do conceito de subordinação jurídica, é possível enquadrar os trabalhadores em qualquer dimensão ora aludida, incluindo a mais recente colaboração do Professor Danilo Gaspar.

Veja-se que alguns julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho já consideram as novas dimensões de formação doutrinária como sendo plenamente possíveis de serem aplicadas aos clínicos no intuito da formação do vínculo empregatício.

Em recente decisão de 2014, o TST considerou, em sede de recurso de Revista, o vínculo empregatício do clínico que pleiteava a formalização em face das novas dimensões da subordinação, senão veja-se:

No caso concreto, a reclamante demonstrou laborar em trabalho não eventual, pessoal, oneroso e subordinado à atividade-fim das empresas

Assim, o argumento da recorrente, no sentido de que a obreira tinha liberdade para exercer qualquer outra atividade paralela, não conduz à conclusão de que a relação, ora examinada, estabelecida entre as partes, obrigatoriamente, assumiu a feição de autonomia²⁵⁷

Com efeito, a mera ausência de ordem direta do tomador de serviços não pode ser considerada como única característica para configuração de um trabalho autônomo, devendo os novos conceitos da subordinação jurídica acompanhar a trilha destas novas e malfadadas relações de trabalho.

Diante disto, outras séries de julgados seguem já o senso de amoldar as novas relações com às dimensões da subordinação, porém, em alguns Tribunais esta ainda não é a verdade dos fatos, devendo haver uma Súmula vinculante no sentido de uniformizar e inserir tais dimensões aos prestadores de serviços.

Não é só, convém ao legislador e ao TST, uniformizarem o pleito a ponto de Clínicas de Saúde entre outros considerarem como erro de conduta a contratação desses profissionais.

Entende-se assim, pois é necessário uma medida preventiva para o combate dos abusos antes mesmo de ocorrer a lesão ao trabalhador, e, para que eventuais clínicas não aleguem ignorância da lei ao seu favor como forma de mitigar o enquadramento do trabalhador como prestador de serviços.

²⁵⁷ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** nº21389620125030005. Terceira Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Julgado em 18 dez. 2013. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TST/attachments/TST_AIRR_21389620125030005_2a53c.pdf?Signature=zEkUdmbW02QCx%2BOPPBj7v%2FTcgyQ%3D&Expires=1401472053&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf> acesso em 18 mai.2014.

5. CONCLUSÃO

A partir do que foi explanado e discutido no presente trabalho, é possível considerar que, a essência e a razão de ser do Direito do Trabalho é a busca da proteção do trabalhador. É o que determina os princípios específicos da área trabalhista e os princípios constitucionais.

Somente que, diante das mudanças ocorridas na sociedade, já apontadas e tratadas neste trabalho, a utilização do trabalho por prestação de serviços foi usualmente utilizada de maneira desvirtuada sendo uma forma de mascaramento do vínculo empregatício, deixando sem o amparo trabalhista diversos trabalhadores.

Essa premissa se mostra verdadeira, pois, diante do uso da prestação de serviços para configurar uma nova relação de trabalho, a verdadeira intenção do empregador é a de diminuição dos encargos trabalhistas, que enseja na não aplicação dos direitos trabalhistas principal fonte de proteção ao trabalhador.

Sendo que, para garantir essa diminuição nos encargos, os empregadores mitigaram a subordinação, deixando de exigir condutas inerentes ao poder diretivo do empregador, porém, como foi verificado, esse poder não deixa de existir, ele apenas é medido em grau, sendo menos utilizado nessas relações.

Nesta senda, analisou-se também que a prestação de serviços ora utilizada por esses prestadores em nada se assemelha com a real prestação de serviços espécie de contrato tutelado pelo direito civil.

Com efeito, o contrato em tela exige requisitos como fora visto e deve ser utilizado de forma subsidiária e não como regra.

Assim, ao utilizar a prestação de serviços de maneira desvirtuada a fim de falsear uma relação de emprego, os empregadores ferem de morte toda a evolução e conquista do Direito do Trabalho ao longo dos séculos.

Neste passo, restou demonstrado que, com essa prática e o surgimento destas novas relações de trabalho, o conceito clássico de subordinação pela dependência, critério escolhido pelo legislador e inserido na CLT no art. 3º resta totalmente anacrônico e insuficiente para definir uma relação de emprego, posto que, os empregadores de maneira lúgubre passaram a adotar a configuração da não

aplicação das ordens diretas como forma de dispensar a subordinação.

Nesta matiz, como as atitudes sociais refletem no Direito e nas demais ciências, como ponto de vista sociológico, vários trabalhadores passaram a vivenciar uma completa informalidade e falta de proteção no âmbito do seu trabalho.

Dentre esses profissionais, o trabalhador da área de saúde é mais um que vivenciou um total desmazelo das normas trabalhistas para com o seu trabalho. Sendo que, exerce uma função elementar e fundamental para a sociedade, qual seja o atendimento da saúde da população, exercício de imensa acuidade que deve ser preservado e motivado pelo Estado e pelo legislador, e não deixando de lado como vem acontecendo pela falta do acompanhamento de tutela desses profissionais.

Neste particular, foi verificado que muitos julgados entendem que a mera ausência de subordinação clássica é capaz de conceituar a prestação de serviços, uma total falta de critério e de acompanhamento da tutela do trabalho.

Devendo tal pensamento ser aplicado pelos juízes que em conformidade com esta monografia deve aplicar os novos conceitos da subordinação para os prestadores de serviços estruturados em clínicas de saúde na cidade de Salvador, uniformizado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, que deve se manifestar acerca destas novas dimensões do conceito da subordinação, e deve ser revisitado pelo legislador que somente incluiu o critério da dependência técnica – fazendo referência a época do trabalhador fabril momento totalmente anacrônico - devendo incluir o critério da inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços ser valorizado para definição da subordinação e assim enquadramento destes trabalhadores como empregados, fazendo valer toda a tutela do trabalho e os direitos trabalhistas. Restaurando a dignidade destes trabalhadores e incentivando que estes continuem em suas áreas de atuação exercendo de modo cada vez melhor a sua função, ensejando em um completo benefício para população.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcus Pinto. O salário e sua função social: a valorização da pessoa humana como fundamento para a justiça social e o desenvolvimento econômico. **Revista IDB**. nº 14, ano 2, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. **As novas faces da subordinação e os impactos para o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2014.

ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. Neoliberalismo, Reestruturação Produtiva e Mudanças no Mundo do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campo dos Goitacases:FDC, Ano II, nº2 e Ano III, nº3, abr/2002.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Embargos de Declaração** nº 00771003520055050020. Segunda Turma. Relator:Cláudio Brandão: Julgado em 10 de dez. 2010. Disponível em <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/?consultadoc=s&id=10111051500415460486&municipio=1>> acesso em 24 mai. 2014.

_____.Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário** nº0127700-34.2007.5.05.0006. Quinta Turma. Relator: Norberto Frerichs. Julgado em 14 de dez. 2010. Disponível em <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAb0CADDAACK2HAAK> acesso em 24 mai. 2014.

_____.Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Embargos de Declaração** nº0138800-73.2009.5.05.0019. Quarta Turma. Relator: Valtércio de Oliveira. Julgado em 10 fev. 2011. Disponível em:<<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=10111051500439691183&municipio=1>> acesso em 24 mai 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário** nº00550003220095050025. Segunda Turma. Relator:Renato Mário Simões. Julgado em 01 jun. 2011. Disponível em <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/?consultadoc=s&id=10111070800576162040&municipio=1>> acesso em 24 mai.2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Reclamação Trabalhista** nº **505-09.2012.5.05.0033**. Juiz Murilo de Oliveira. Publicada no DEJT, 05 de agosto.2013. Disponível em: <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=10113080501009151229&municipio=1>> Acesso em 12 de abr. 2014.

BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do direito do trabalho. **Revista LTR**. São Paulo, v.59.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:Zahar, 2008.

BERNARDES. Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. v.6. São Paulo: LTR, 1989.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 5ª Livraria do Advogado: Porto Alegre.

BRASIL. **Lei 8.212/91**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui plano de custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 jan.2014.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Lei que instituiu o novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 23 mar.2014.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** nº21389620125030005. Terceira Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Julgado em 18 dez. 2013. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TST/attachments/TST_AIRR_21389620125030005_2a53c.pdf?Signature=zEkUdmbW02QCx%2BOPPBj7v%2FTcgyQ%3D&Expires=1401472053&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> acesso em 18 mai.2014.

CATHARINO. José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 1981.

CASSAR. Vólia Bomfim.**Direito do Trabalho**.5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CHOHFI, Thiago. **Subordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2009.

COELHO, FÁBIO ULHOA. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2012.

DE ALMEIDA, Rodrigo. Limites à autonomia privada: um mal necessário? *In*: Maurício Requião (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm,2014, p.158-163.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006.

Dorneles, Leandro de Amaral. **Teoria geral da relação de emprego e sociedade pós industrial: algumas reflexões**. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado; DORNELES, Leandro Amaral de (org.). **Temas de Direito e processo do Trabalho** (v.01): Relação de Emprego. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva 2013.

FRAGA, Cristiano. **Subordinação Estrutural um novo paradigma para as relações de emprego**. 2011. MONOGRAFIA. (Graduação em Direito) - Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

FURQUIM, Maria Célia de Araújo. **Nem empregado nem autônomo: Parassubordinado**. São Paulo: LTR, 2013;

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos em espécie**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTR, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LACORDAIRE, Henri Dominique. **Conférences de Notre Dame de Paris**. Paris: Sagnier et bray, 1848.

LIPIETZ, Alain; LEBORGNE. Danièle. *O pós fordismo e o seu espaço*. Tradução de Regina Silva Pacheco. 1988.

MACHADO, Sidnei. **A noção de Subordinação Jurídica**. São Paulo: LTR, 2009.

MAROCHI. Maria Leni Gaspki. Considerações sobre modelos de produção e a psicologia do trabalho. **Revista FAE**. Curitiba: FAE, v.5, jan-abr. 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.46, n.76, p.197-218, jul/dez.2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: um conceito desbotado. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, v.126, abri/jun. 2007.

PAMPLONA, Rodolfo. **Novos Ramos em Direito do Trabalho**. Salvador.

PAROSKI, Mauro Vasni; FERREIRA, Cícero Pedro. Subordinação na relação de emprego e a necessidade de sua releitura nas sociedades contemporâneas. **Revista LTR**. São Paulo: Editora Ltda, ano 2012, v. 05, Maio. 2012.

PEDREIRA, Pinho. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: EDUFBA, v.11 jan./dez. 2004

PINTO. José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2007.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A Subordinação no Contrato de Trabalho uma Releitura Necessária**. São Paulo: LTR, 2009.

REALE, Miguel. **Licções Preliminares de Direito**. 27ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

REIS, Jair Teixeira. **Subordinação Jurídica e o Trabalho à distância**. São Paulo:LTR, 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3ª ed. Tradução: Wagner D Giglio. São Paulo: LTR, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, ano 35, n. 148. p.75-86, out/dez. 1978.

ROMITA, Arion Sayão.**Direito do Trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **O contrato**. 1ªed. Coimbra: Almedina, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Disponível em <www.docs.google.com/viewer?a=v&pid=forums&srcid=MTI1MDgxOTcxNzM0MzI1Mzg0NTkBMTEyMjQyNDIxMDU3MzA4OTY2MTgBellOdi1PcFhhS01KATQBAXYy>. Acesso em 11 fev. 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio *et al.* **Instituições do Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: LTR, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de Emprego**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2005.

WOOD JR.Thomaz. Fordismo, Toyotismo e Volvismo: Os caminhos da Indústria em busca do tempo perdido. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: Scielo, v.32, abr. 1992.