

**SÂMIA SILVA GALLEGO CAMPOS**

**CRISE E NOVA CONCEPÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA**

**Monografia apresentada à disciplina de  
Direito do Trabalho como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Aldacy Rachid  
Coutinho**

**CURITIBA**

**2005**

## TERMO DE APROVAÇÃO

SÂMIA SILVA GALLEGO CAMPOS

CRISE E NOVA CONCEPÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Prof. Dr. Alcyon Rachid Coutinho



Prof. Dr. Wilson Ramos Filho



Prof. Thaís Poliana de Andrade

Curitiba, 26 de outubro de 2005.

Um mapa do mundo que não compreenda o país da Utopia não merece nem mesmo um olhar, pois ignora o único país ao qual a Humanidade continuamente chega. E quando a Humanidade lá atraca, fica alerta, e levanta novamente as âncoras ao vislumbrar uma terra melhor. O progresso nada mais é que o realizar das utopias.

Oscar Wilde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 SUJEIÇÃO E PODER</b> .....	3
2.1 RELAÇÃO DE EMPREGO .....	3
2.1.1 Relação jurídica .....	3
2.1.2 Relação de trabalho e relação de emprego .....	5
2.2 SUBORDINAÇÃO .....	10
2.3 PODER EMPREGATÍCIO .....	21
<b>3 CRISE E READAPTAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA</b> .....	25
3.1 FRAGMENTAÇÃO DO CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA ....	25
3.1.1 Crise do modelo clássico de emprego.....	25
3.1.2 Insuficiência do critério da subordinação jurídica .....	30
3.2 NOVA COMPREENSÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL .....	34
3.2.1 Subordinação jurídica objetiva .....	35
3.2.2 Dificuldades práticas do critério da subordinação jurídica objetiva .....	38
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	46

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno social e, como tal, encontra-se em constante transformação. Os conceitos jurídicos são dinâmicos, pois não podem se distanciar da realidade social que buscam disciplinar. O Direito do Trabalho está profundamente ligado com as questões econômicas e sociais, o que o torna muito suscetível às alterações da sociedade.

Talvez o momento de maior instabilidade, que, inclusive, levou a se pensar no fim do Direito do Trabalho como ramo jurídico especializado, foi a passagem da sociedade industrial para a sociedade capitalista global. As transformações, que ocorreram fundamentalmente quanto à organização da estrutura empresarial, trouxeram grande incerteza quanto aos primados do Direito do Trabalho, construídos sobre o modelo clássico de emprego, presente nas grandes indústrias fabris do século XIX.

Este trabalho pretende levantar discussão acerca da noção de subordinação jurídica como critério distintivo da relação de emprego em uma análise paralela às transformações históricas. Demonstrar-se-á que a história do Direito do Trabalho não só se confunde com a da subordinação, como também com a da constante reformulação desse critério.

A primeira parte da pesquisa destina-se à abordagem da subordinação como instituto sobre o qual o Direito do Trabalho edificou suas bases, como elemento central na identificação da categoria fundamental desse ramo jurídico especializado: a relação de emprego. Proceder-se-á uma análise histórica até o momento em que o trabalho subordinado tornou-se a categoria essencial da atividade produtiva e assumiu o *status* de paradigma do Direito do Trabalho. A subordinação será abordada em sua concepção de contra-face ao poder do empregador.

Na segunda parte do trabalho far-se-á uma análise da crise do critério da subordinação frente à nova organização da estrutura empresarial. Constatar-se-á a insuficiência da concepção de subordinação decorrente do modelo clássico de emprego para abarcar as novas formas de prestação do trabalho emergentes na sociedade pós-

industrial. Será apreciada uma nova proposta doutrinária de subordinação, sua efetividade prática e sua repercussão na jurisprudência.

A fixação de um critério distintivo da relação de emprego tem sido uma das grandes preocupações dos doutrinadores, busca-se encontrar um elemento seguro que facilite a aplicação, ao caso concreto, das normas trabalhistas pelos Tribunais. Entretanto, tal tarefa é complexa na medida que afeta o Direito do Trabalho em suas bases.

## 2 SUJEIÇÃO E PODER

### 2.1 RELAÇÃO DE EMPREGO

#### 2.1.1 Relação jurídica

Dentre as noções fundamentais do Direito, de grande relevância é a relação jurídica. Observa-se uma tendência de se deixar de abordar o Direito sob o enfoque do sujeito para analisá-lo em torno daquela categoria. O conjunto de normas e princípios a serem aplicados a um determinado caso concreto é definido de acordo com as características específicas de cada modalidade de relação jurídica. Por essas razões, longe de pretender uma análise aprofundada do assunto, é importante, ao menos, fazer uma breve abordagem do instituto da relação jurídica.

Mozart Victor RUSSOMANO entende que as atuações dos homens são delimitadas pelas normas jurídicas, que, se autorizativas, geram poderes e faculdades de agir, os denominados direitos subjetivos. Esses seriam formados por três elementos intrínsecos: o sujeito, o objeto e a relação jurídica. Para o autor, apesar de todos os elementos serem imprescindíveis para que nasça o direito subjetivo, a relação jurídica desempenharia o importante papel de ponte entre o pólo subjetivo e pólo objetivo. Dessa forma, ainda que pré-existam o sujeito e o objeto, o direito subjetivo só se aperfeiçoaria no momento em que surgisse entre eles um vínculo, a relação jurídica.<sup>1</sup>

Os autores da teoria geral do direito civil, entre eles Orlando GOMES,<sup>2</sup> preferem entender que a relação jurídica é o conjunto formado de sujeito(s), objeto e fato jurídico. O direito subjetivo seria uma consequência da relação jurídica e não essa um elemento dele. Quando um determinado fato da vida cotidiana amolda-se à situação prevista por uma norma legal, essa reconhece a capacidade do fato para produção de efeitos jurídicos, ou seja, incorpora a ele significação jurídica. A partir de então, o fato origina uma relação concreta entre sujeitos determinados ou

---

<sup>1</sup> RUSSOMANO, M. V. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997, p. 49-51.

<sup>2</sup> GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93-106.

determináveis. A relação jurídica, portanto, surge de um fato reconhecido juridicamente, que cria um vínculo entre sujeitos e faz nascer um ou mais direitos subjetivos.

As relações jurídicas são divididas, segundo a teoria clássica, nas modalidades de direito pessoal e de direito real. Na primeira delas, o vínculo se estabelece entre dois ou mais sujeitos e obriga um, ou todos eles, a ter determinado comportamento. O objeto da relação é, portanto, uma prestação, uma obrigação. Nas relações jurídicas de direito real há, à primeira vista, um poder direto de uma pessoa sobre determinado bem, ou seja, uma relação entre um sujeito e uma coisa. A doutrina, entretanto, vem se inclinando à teoria personalista, adotando o entendimento de que, até nos direitos reais, a relação jurídica envolve mais de um sujeito: de um lado, o titular e, de outro, a coletividade, que possui interesse no modo como aquele exercerá seu direito sobre o bem em questão.<sup>3</sup>

É importante ressaltar, ainda, que tudo que representa utilidade para a pessoa pode ser objeto de direito. Além das coisas, as ações humanas também podem estar no plano objetivo das relações jurídicas. Para ser objeto de direito basta que a coisa ou a prestação seja suscetível de avaliação pecuniária.

O fenômeno do Direito é muito amplo e incide sobre as mais diversas relações jurídicas. Cada qual difere das demais pelas características que lhes são próprias, seja pela quantidade e tipos de sujeitos envolvidos, pelo objeto de direito, pelo fato propulsor do vínculo jurídico ou pelo direito subjetivo resultante.

O que diferencia os diversos ramos do Direito são as relações jurídicas de que cada um se dispõe a tratar, às quais seu sistema de normas e princípios se destinam. Cada ramo, portanto, possui categorias básicas, com características específicas, que atribuem uma marca distintiva ao conjunto do sistema correspondente.

---

<sup>3</sup> RUSSOMANO, op. cit., p. 50-51.

### 2.1.2 Relação de trabalho e relação de emprego

A abordagem inicial a respeito das relações jurídicas mostra-se de grande importância para o desenvolvimento do tema proposto por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a relação de trabalho e a relação de emprego são relações jurídicas. Em segundo lugar, porque as características peculiares da relação de emprego lhe conferem um lugar próprio no universo jurídico.

A expressão relação de trabalho tem um caráter genérico e refere-se, segundo Maurício Godinho DELGADO, "a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano."<sup>4</sup> Dito de outra forma, a relação de trabalho abarca todas as formas de prestação de trabalho, seja ele autônomo, eventual, avulso, subordinado, entre outros.

A relação de emprego, por sua vez, é uma espécie de relação de trabalho, modalidade que assumiu tanta relevância desde a instauração do modelo capitalista que recebeu a estruturação de um segmento jurídico específico: o Direito do Trabalho.

Assim, estão sob o manto do Direito do Trabalho, fundamentalmente, as relações empregatícias. Fundamentalmente porque há situações em que essa regra geral não se aplica. É o que acontece com o trabalho avulso que, mesmo sem possuir a característica de emprego, é abrangido pelas normas trabalhistas, por expressa determinação constitucional.<sup>5</sup> Não obstante essa exceção, que, em verdade, trata-se de manobra legal para estender a proteção do Direito do Trabalho a outros trabalhadores, pode-se dizer que as normas e princípios materiais do trabalho, estejam eles na Consolidação das Leis do Trabalho ou em leis especiais, como acontece com os empregados domésticos (Lei. 5.859/72), destinam-se ao trabalhador subordinado.

Na prática não se mostra simples a aferição de quais relações estão sob o manto do Direito do Trabalho, pois não é imune de dúvidas a identificação da relação

---

<sup>4</sup> DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.285.

<sup>5</sup> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988)

empregatícia. A dificuldade deve-se à variedade de formas de entrega da força do trabalho que se apresentam na sociedade atual e à limiar diferenciação existente entre elas.

A relação de emprego está configurada se reunidos os pressupostos que são dela inarredáveis. Maurício Godinho DELGADO os denomina de elementos fáticos-jurídicos, pois são elementos que ocorrem no mundo dos fatos que, por sua relevância jurídica, são captados pelo Direito.<sup>6</sup>

A combinação entre os artigos 2º e 3º da CLT permite identificar os elementos indispensáveis à configuração da relação de emprego. O *caput* do art. 3º dispõe: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." O art. 2º estabelece: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalariada e dirige a prestação pessoal de serviço." Há relação de emprego, portanto, quando o trabalho é prestado por pessoa física, com pessoalidade, de forma onerosa e não eventual, e mediante subordinação.

Os bens tutelados pelo Direito do Trabalho - saúde, vida, integridade física, bem-estar, lazer - interessam apenas aos seres humanos, já que não podem ser gozados por pessoas jurídicas. Por essa razão, o trabalho disciplinado pelas normas trabalhistas é aquele prestado por pessoa física. Existem casos concretos em que no pólo da prestação de serviços encontra-se uma pessoa jurídica, quando é assim, ou se constata uma verdadeira terceirização de atividade ou uma tentativa de fraude à legislação trabalhista por meio da camuflagem da real pessoa física trabalhadora.

É essencial, ainda, que o trabalho seja exercido com pessoalidade. A obrigação de prestação de trabalho é *intuitu personae* e, em decorrência disso, gera duas conseqüências principais. A primeira, que a obrigação de prestar serviços não se transmite aos herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, põe fim ao contrato de trabalho. A segunda, que o trabalhador não pode se fazer substituir por outrem ao longo da contratualidade. Há situações de substituição que, no entanto, não

---

<sup>6</sup> DELGADO, op. cit., p. 290.

suprimem o elemento da personalidade. É o que ocorre em eventuais substituições consentidas ou nos casos de interrupção ou suspensão do contrato de trabalho em função de férias, licença gestante, afastamento para cumprimento de mandato sindical, entre outros.<sup>7</sup> O requisito de personalidade não é, entretanto, aplicado à figura do empregador que, ao contrário, submete-se ao princípio da "despersonalização".<sup>8</sup>

É também indispensável à configuração da relação de emprego a não eventualidade do trabalho prestado, pressuposto que diferencia o empregado dos trabalhadores eventuais. O conceito de não eventualidade, assim como a de subordinação, é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho e inspirou várias teorias na tentativa de sua delimitação.

A teoria da descontinuidade considera eventual o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador dos serviços. A CLT não absorveu tal teoria, que, por outro lado, mostra-se harmônica à Lei dos Empregados Domésticos. Em seu art. 1º, a Lei 5859/72 considera empregado doméstico aquele que, dentre outras características, presta serviços de natureza contínua. A intenção legal foi de afastar do enquadramento normativo os trabalhadores eventuais domésticos, conhecidos como diaristas. A teoria do evento, por sua vez, entende como eventual o trabalhador contratado em virtude de determinado acontecimento que demanda certo serviço. Já a teoria dos fins do empreendimento, aceita pela maioria dos doutrinadores, considera eventual o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa.<sup>9</sup> Há, ainda, a teoria da fixação jurídica, que estabelece como eventual o

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 291-293.

<sup>8</sup> Note-se que o Direito do Trabalho considera como empregador a empresa e não a(s) pessoa(s) física(s) que a dirige(m). Segundo DELGADO, "a despersonalização do empregador é um dos mecanismos principais que o Direito do Trabalho tem para alcançar certos efeitos práticos relevantes: de um lado, permitir a viabilização concreta do princípio da continuidade da relação empregatícia, impedindo que ela se rompa em função da simples substituição do titular do empreendimento empresarial em que se encontra inserido o empregado. De outro lado, harmonizar a rigidez com que o Direito Individual do trabalho trata as alterações objetivas do contrato empregatício (vedando alterações prejudiciais ao empregado) com o dinamismo próprio ao sistema econômico contemporâneo, em que se sobreleva um ritmo incessante de modificações empresariais e interempresariais." (Ibid., p. 392)

<sup>9</sup> Alice Monteiro de BARROS filia-se a essa teoria e define o trabalho eventual como "aquele que não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o elevador de um estabelecimento comercial". (BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 201)

trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho.<sup>10</sup>

Outro elemento fático-jurídico da relação empregatícia é a onerosidade. Costuma-se sustentar que estaria configurada a onerosidade com a constatação de pagamento de salário. Essa abordagem, entretanto, revela apenas o aspecto objetivo desse elemento, que não dá conta, por si só, de enquadrar o requisito da onerosidade. Afinal, se assim o fosse, o trabalhador contratado que nunca recebeu sua remuneração por motivo de dificuldades financeiras da empresa, por exemplo, não seria considerado empregado. É preciso que a questão seja abordada pelo aspecto subjetivo, com a investigação da intenção contraprestativa da relação, ou seja, do intuito do trabalhador em auferir ganho econômico pelo serviço prestado.<sup>11</sup> Nesta concepção, não poderia ser considerado empregado o trabalho voluntário, com *animus* de benevolência.<sup>12</sup>

Ainda que a relação de emprego derive da conjunção indissociável dos cinco elementos fáticos-jurídicos, foi a subordinação que recebeu o *status* de pressuposto distintivo fundamental.<sup>13</sup> Tanto é assim que, ao se questionar o objeto da relação empregatícia, não se censura dizer que é o trabalho subordinado, em substituição à expressão mais completa de trabalho prestado por pessoa física, com personalidade e subordinação, de forma não eventual e onerosa.

Subordinação provém do latim *sub ordinare*, que dá a idéia de sujeição, submetimento ao poder de outrem. Traduz-se, segundo Maurício Godinho DELGADO, "na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o

---

<sup>10</sup> A breve apresentação de cada teoria foi realizada com base na já citada obra de Maurício Godinho DELGADO, p. 293-298.

<sup>11</sup> Ibid., p. 298-301.

<sup>12</sup> Alice Monteiro de BARROS, ao abordar o trabalho voluntário, sustenta que, "como, em regra, o direito desconfia desses atos gratuitos, porque geralmente são realizados com escopo fraudulento, o legislador veio disciplinar essa forma de trabalho, que constitui o conteúdo de um contrato de serviços gratuitos. (...) O Brasil, à semelhança da Itália, disciplinou o trabalho voluntário, na década de noventa, através da Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998 e de seu Decreto nº 2.536 do mesmo ano. Por força da referida lei, considera-se serviço voluntário a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada sem fins lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade." (BARROS. Relação de emprego: trabalho voluntário e trabalho religioso. **Síntese Trabalhista**, n. 130, abril de 2000)

<sup>13</sup> DELGADO, op. cit., p. 301.

empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços."<sup>14</sup>

A relevância que é dada à subordinação deriva do fato de ser o elemento responsável pela distinção entre a relação de emprego e o mais amplo grupo de modalidades de prestação do trabalho, o autônomo.<sup>15</sup>

O trabalhador autônomo exerce suas atividades com liberdade de iniciativa, "atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e disciplinar de uma organização salarial."<sup>16</sup> Nas palavras de Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA, "autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução."<sup>17</sup> Por lhe faltar o elemento da subordinação é que o trabalhador autônomo está fora do alcance das normas do Direito do Trabalho.<sup>18</sup>

A subordinação é, portanto, o instituto jurídico a que recorre o Direito para classificar as inúmeras relações de trabalho levadas ao Poder Judiciário para que se possa, em decorrência, identificar as normas incidentes a cada uma delas, se trabalhistas ou civis. Segundo Maurício Godinho DELGADO:

O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes da prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; contratos de parcerias rurais, etc. Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 302.

<sup>15</sup> Para Maurício Godinho DELGADO, "o trabalhador autônomo consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior generalidade, extensão e importância sóciojurídica no mundo contemporâneo." (Ibid., op. cit., p. 334)

<sup>16</sup> BARROS, A. M. *Curso...*, p. 200.

<sup>17</sup> VILHENA, P. E. R. de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 483.

<sup>18</sup> "Contudo podem se afastar ainda mais do tipo legal celetista, em decorrência da falta de um segundo elemento fático-jurídico, a pessoalidade. Noutras palavras, o trabalhador autônomo distingue-se do empregado, quer em face da ausência da subordinação ao tomador dos serviços no contexto da prestação do trabalho, que em face também, em acréscimo, poder faltar em seu vínculo com o tomador o elemento da pessoalidade." (DELGADO, op. cit., p. 334)

prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo.<sup>19</sup>

A subordinação, em virtude das inúmeras situações fáticas próximas que consegue diferenciar, assumiu a característica de marco distintivo da relação empregatícia. Constitui, portanto, instituto essencial ao Direito do Trabalho, na medida em que, ao caracterizar a relação como de emprego, atrai a aplicação das normas e princípios trabalhistas.

## 2.2 SUBORDINAÇÃO

O conceito de subordinação é de extrema importância na estrutura do Direito do Trabalho, tendo em vista que esse foi construído sobre a base de que na relação empregatícia existem dois sujeitos e que um está subordinado ao outro, que estabelece as diretivas a serem obedecidas.

Por outro lado, desde os primórdios do Direito do Trabalho até hoje, não se conseguiu chegar a uma concepção única e ílesa de críticas da subordinação. Diante da importância do assunto, aliada à falta de unanimidade acerca de sua compreensão, é que a subordinação constitui campo fértil para análise.

Para estudar a subordinação é necessário uma rápida incursão no universo em que ela surgiu, percurso que se confunde com o próprio histórico do Direito do Trabalho.

A partir do momento em que o homem passou a prestar serviços em proveito de outrem, ou seja, utilizar sua mão-de-obra como objeto dotado de significação pecuniária, nasceu a relação de trabalho.

Antes do século XIX, predominava o trabalho não livre, sob a forma escrava e, posteriormente, servil. O objeto da relação entre o senhor e o escravo ou o servo era a própria figura do trabalhador.<sup>20</sup> A contraprestação pelos serviços era a garantia do

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 302.

<sup>20</sup> "O trabalhador era propriedade viva de outro homem, sobre cujos ombros recaiam os encargos de produção da riqueza." (GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101)

mínimo de subsistência, geralmente o necessário tão-só para manter o trabalhador-objeto em funcionamento.

Vale salientar as considerações de Mozart Victor RUSSOMANO acerca do assunto:

O senhor exercia, portanto, sobre o trabalhador-coisa, um poder jurídico de propriedade (poder absoluto, na época), traçando, segundo seu alvedrio, o direito do trabalhador. Pouco a pouco, lenta e penosamente, porém, no desdobrar dos séculos, a começar nos primeiros quartéis da Idade Média, muito embora o trabalhador tivesse sua vida continuamente presa à vontade do senhor, ele passou a ser tratado como pessoa. Isso ocorreu no momento em que - embora dependendo de autorização prévia do senhor - lhe foi permitido praticar determinados atos jurídicos em seu próprio nome e exercer alguns direitos civis, como o de casamento.<sup>21</sup>

O trabalho, aos poucos, foi se tornando livre. A antiga relação, tipicamente real, se transformou numa relação jurídica nova, de natureza pessoal. O objeto do contrato passou a ser o trabalho humano e não mais o trabalhador.

Em Roma, surgiram duas espécies de pactuação do trabalho livre: a *locatio operis* e a *locatio operarum*. A primeira era contratação de trabalho com a finalidade de execução de determinada obra, seja coisa material ou serviço. Era, portanto, o resultado do trabalho que importava. Já na *locatio operarum* o objeto era a disponibilidade de força de trabalho. Não se tinha como finalidade primeira o resultado, mas sim a própria prestação de serviço.

A diferença de maior relevância entre essas duas categorias de contratação laboral diz respeito aos riscos inerentes à prestação do trabalho. Daniel RIVAS entende que se tratam de duas espécies de risco:

*(...) por um lado, del riesgo de la utilidad del trabajo que, incidiendo sobre el resultado productivo de la actividad laboral, dependía de la dificultad técnico-económica del propio resultado y, en definitiva, de la misma organización de trabajo, y, por outro lado, del riesgo de la imposibilidad del trabajo, determinada por el caso fortuito o la fuerza mayor, que impedían la ejecución de la prestación y determinaban consecuentemente la pérdida parcial*

---

<sup>21</sup> RUSSOMANO, op. cit., p. 51.

*o total de la remuneración.*<sup>22</sup>

Para Daniel RIVAS, aí residiria a grande distinção, pois "*en la locatio operis, el trabajador soportaba ambos riesgos, mientras que en la locatio operarum, el trabajador sólo debía encargarse del riesgo de la imposibilidad del trabajo.*"<sup>23</sup> Tais peculiaridades derivam do próprio conteúdo da obrigação do trabalhador em cada uma das figuras. Se na *locatio operis* a prestação do trabalho tinha como objetivo a execução de uma obra, quaisquer riscos seriam suportados pelo trabalhador até que o resultado se concretizasse. Já na *locatio operarum*, como o objeto da contratação era a própria energia do trabalho, o trabalhador só sofria o risco da impossibilidade de entrega da sua mão de obra, o risco de resultado era transferido ao contratante do serviço.

Nos contratos de prestação de serviços, em que o trabalhador se comprometia a entregar sua força de trabalho a alguém em troca de uma remuneração - *locatio operarum* -, vigorava a ampla autonomia privada. As disposições contratuais eram absolutas e o controle estatal praticamente ausente.

A liberdade contratual teve seus alicerces na Idade Média, com os fenômenos do Humanismo e do Renascimento, ambiente em que surgiu um movimento que marcaria a sociedade com uma aspiração ideológica muito forte: o individualismo. No plano das relações civis, deveria ser totalmente respeitada a faculdade das pessoas estipularem seus direitos e obrigações por acordo de vontade, servindo o Direito como meio garantidor dos efeitos pactuados pelas partes. O contrato, portanto, mostrava-se o instrumento central da vida econômica.

---

<sup>22</sup> " (...) por um lado, do risco da utilidade do trabalho que, incidindo sobre o resultado produtivo da atividade laboral, dependia da dificuldade técnico-econômica do próprio resultado e, em conclusão, da mesma organização do trabalho, e, por outro lado, do risco da impossibilidade do trabalho, determinada pelo caso fortuito ou pela força maior, que impediam a execução da prestação e determinavam consequentemente a perda parcial ou total da remuneração." (tradução livre) (RIVAS, D. **La subordinación**: criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1995, p. 20)

<sup>23</sup> "Na *locatio operis*, o trabalhador suportava ambos os riscos, enquanto na *locatio operarum*, o trabalhador apenas devia se encarregar do risco da impossibilidade do trabalho." (tradução livre) (Ibid., p. 21)

As regras sobre locação de serviço eram raras e não gozavam de um compartimento próprio nos ordenamentos jurídicos. O Código francês de 1804, por exemplo, abordou o assunto entre as normas relativas à locação das coisas, como uma de suas modalidades. A escassa regulamentação legal derivava dos próprios interesses da classe dominante - os tomadores de serviço -, afinal, quanto maior o individualismo e a autonomia contratual, maior o espaço para o pólo mais forte impor sua vontade. Ademais, as poucas leis existentes demonstravam uma parcialidade visível em favor dos interesses patronais.<sup>24</sup>

Dessa forma, embora a entrega da força de trabalho dos ditos homens-livres não acarretasse a propriedade sobre a pessoa do prestador, como ocorria no regime escravista e servil, a locação de serviços ainda comprometia, em muito, a liberdade do trabalhador. Principalmente quando o trabalho era controlado, dirigido e vigiado pelo tomador, numa relação de extrema subordinação entre os contratantes.

Nas locações de serviço, passaram a ser identificados casos em que o patrão, por assumir os riscos da atividade produtiva, fazia exigências mais específicas acerca da prestação do trabalho e realizava fiscalização e controle mais intensos da atividade do trabalhador.

Essa modalidade de trabalho avolumou-se a partir do século XVII, com a Revolução Industrial, época marcada pela crescente concentração fabril. O processo produtivo era baseado na intensa utilização de máquinas e na profunda divisão de tarefas. O modelo industrial conduziu à utilização maciça da mão de obra assalariada e à intensa direção do empregador quanto ao modo de realização do trabalho.

Assim, relegada a um segundo plano a fabricação artesanal e individualizada, destacou-se a produção em série, a organização fabril, o trabalho dirigido, o controle de jornada e a especialização das atividades. Consagrou-se a nova figura do trabalhador subordinado.

A relação de emprego tornou-se efetivamente indispensável com o surgimento da ideologia capitalista, pela qual a finalidade do processo produtivo passou a ser a acumulação de recursos financeiros. O desejo de lucratividade evidenciou-se e as

---

<sup>24</sup> GOMES; GOTTSCHALK; op. cit., p. 106-107.

peças, da forma como podiam, seja com a exploração do trabalho alheio, seja com a venda da força de trabalho, buscavam a acumulação de capital. Os homens que detinham a propriedade das ferramentas, matérias primas e máquinas, não eram os mesmos que despendiam a força de trabalho. Por essas razões, o trabalho tornou-se uma mercadoria e a única forma de subsistência passou a ser a sua comercialização. O trabalhador, separado dos meios de produção, ficava subordinado, no âmbito da relação empregatícia, ao proprietário da estrutura produtiva.

Assim, o trabalho subordinado, além de motor da economia da época, consagrou a mais importante categoria do processo produtivo da atualidade, a relação de emprego.

Nas palavras de Maurício Godinho DELGADO:

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea.<sup>25</sup>

Diante da descontrolada autonomia contratual, que transformou os contratos de trabalho em mero ato de adesão do trabalhador às condições impostas pela parte contrária, bem como das novas modalidades de trabalho que surgiam, principalmente daquela exercida sob a direção e fiscalização do tomador, percebeu-se que as poucas leis existentes não mais conseguiam maquiar a enorme desigualdade existente entre as partes. A idéia de que a liberdade contratual seria a melhor forma de fazer valer o melhor interesse dos contratantes cedeu lugar a uma profunda inquietação social, que despertou o Estado para a necessidade de uma maior intervenção na pactuação do trabalho. Deparou-se, portanto, com a imprescindibilidade de conferir aos trabalhadores subordinados certas prerrogativas, como forma de restringir os efeitos prejudiciais que a livre estipulação contratual lhes proporcionava.

---

<sup>25</sup> DELGADO, op. cit., p. 85-86.

Nesse contexto surge um conjunto de regras destinadas, especificamente, à relação de emprego, o Direito do Trabalho. Pode-se dizer, portanto, que o seu nascimento decorreu de dois motivos principais. Em primeiro lugar, a importância que o trabalho subordinado alcançou naquele momento histórico, afinal, assumiu a função, de um lado, de mola propulsora do modelo político-econômico e, de outro, de instrumento de participação do trabalhador assalariado nesse sistema. Em segundo lugar, a necessidade de assegurar ao trabalhador, que exercia suas atividades sob a direção, fiscalização e controle do patrão, portanto em posição inferior à outra parte da relação, uma maior proteção, até como forma de tornar a relação empregatícia viável.

A relação de emprego nasce da combinação entre trabalho livre e subordinado. Em um primeiro momento, com as exigências de um trabalho livre, verificadas no modelo liberal clássico de liberdade contratual, contexto em que o contrato passou a ser visto como mecanismo de superação da coerção utilizada no trabalho escravo e servil e como instrumento de inserção do trabalhador no mercado produtivo. Em um segundo momento, com a explosão industrial ocorrida no século XIX, quando o trabalhador passou a se situar na fábrica hierarquizada e se sujeitar ao poder de quem o contratou.<sup>26</sup>

A subordinação, além de pressuposto histórico da relação de emprego, tornou-se seu elemento caracterizador, delimitando a aplicabilidade das normas trabalhistas. É, portanto, a identificação da subordinação que possibilita o acesso à proteção. Por outro lado, convém ressaltar que há proteção justamente por existir subordinação, ou seja, por existir desigualdade entre as partes contratantes, pelo fato do empregado estar em situação de não-poder.

A subordinação é compreendida como a contra-face do poder do empresário, afinal ao assumir os riscos da atividade econômica, o empregador assume, também, o

---

<sup>26</sup> "O século XX forneceu todas as condições para a emergência de um trabalho assalariado, numa relação de subordinação à organização científica do trabalho, com a submissão a todas as formas de racionalização técnica legadas pelo taylorismo, depois pelo fordismo. Aqui se concretiza a condição de alienação e dependência do trabalho operário. A subordinação e dependência aparecem, assim, como condição operária no processo de construção da sociedade industrial". (MACHADO, S. **A subordinação jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva**. Curitiba, 2003. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 20)

papel de diretor do modo de prestação do trabalho. Em decorrência de tal raciocínio, há quem entenda que a relação de emprego absorveu plenamente a figura da *locatio operarum*, já que naquela o contratante também tomava para si os riscos da atividade. Entretanto, predomina o entendimento na doutrina de que há uma parcela da *locatio operarum* que remanesce disciplinada pelo Direito Civil.<sup>27</sup> É o caso, a título exemplificativo, do tomador que contrata trabalhador para prestar serviços de forma autônoma e, mesmo assim, mantém para si a assunção dos riscos da atividade.<sup>28</sup>

Verifica-se, portanto, que para a configuração da relação empregatícia não basta a constatação da assunção dos riscos pelo beneficiário da mão de obra. É também imprescindível a existência de subordinação do trabalhador ao poder diretivo do empregador.

Inegável, portanto a importância da subordinação para a caracterização da relação de emprego. Por outro lado, a racionalidade técnica do Direito nunca conseguiu desenvolver para a subordinação um conceito jurídico unitário e assente de questionamentos. A dificuldade existe há tempo e diversas teorias surgiram para tentar explicar a natureza desse elemento.

O critério da dependência econômica compreendia a subordinação como decorrência da idéia básica de que o trabalhador depende do salário que recebe do empregador para sobreviver. Essa dependência é acentuada em sociedades marcadas pelo alto índice de desemprego e por precárias condições de trabalho. Entretanto, tal critério não conseguiu explicar a subordinação, pois levava à conclusão de que se o empregado possuísse outros recursos para se manter além do salário, não estaria

---

<sup>27</sup> RIVAS, op. cit., p. 29.

<sup>28</sup> Isso porque, apesar do risco da prestação de serviços ser, de maneira geral, do próprio prestador, "esse dado não surge, porém, como pressuposto ou elemento constitutivo da relação jurídica: é simples consequência jurídica a ela inerente (consequência, a propósito que pode, validamente, ser afastada pelas partes, ainda que preservado o caráter autônomo do contrato, registre-se). Sendo mero efeito contratual, e não elemento constitutivo da relação, a cláusula concernente ao risco não é, por isso, decisiva para a aferição da natureza jurídica do pacto celebrado entre as partes." (DELGADO, op. cit., p. 337)

sujeito às ordens do empregador.<sup>29</sup> Há de se ressaltar, ainda, que o maior ou menor grau de desigualdade econômica entre trabalhador e empregador não altera o feixe jurídico de deveres inerentes ao poder empregatício.

Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK criticam a imprecisão do critério que, para constatação da real dependência econômica, impescindiria de uma análise sobre a vida do trabalhador, para se aferir se a sua subsistência se condiciona ao salário que recebe ou se conseguiria se manter sem esse. Segundo os autores outro ponto negativo dessa teoria está no fato de que "tanto pode haver dependência econômica sem contrato de trabalho, quanto pode haver contrato de trabalho sem dependência econômica. Assim sendo, o critério falha à sua finalidade, pois não pode ser característico de um contrato elemento que pode ou não existir".<sup>30</sup>

Para Mozart Victor RUSSOMANO, não obstante as merecidas críticas, o critério teve o grande mérito histórico de chamar atenção para o fato de que os trabalhadores, em regra, dependem do salário para sobreviver, o que avulta a importância de medidas de proteção do salário e do reconhecimento de sua natureza alimentar.<sup>31</sup>

Também já se defendeu o critério de dependência técnica, sob o argumento de que o empregador não só possui a visão geral do empreendimento, como traça as diretrizes técnicas da produção. O trabalhador não exerceria determinada atividade com liberalidade, mas de acordo com determinações, instruções e preferências do empregador.

---

<sup>29</sup> Mozart Victor RUSSOMANO apresenta um exemplo que considera desmentir por completo a teoria da dependência econômica: "Em pequena empresa (armazém de secos e molhados), reinava absoluta intimidade entre empregador e o único trabalhador do estabelecimento. O primeiro teve uma época difícil nos seus negócios e recorreu a empréstimo que lhe foi feito pelo seu empregado, contra nota promissória. O título se venceu e, durante longos meses, o empregador não teve condições de pagá-lo. A qualquer momento, durante este interregno, o empregador estava, economicamente, dependendo do trabalhador, que poderia executar a cobrança da dívida e levar a pequena empresa à ruína. Não obstante, durante todo este interregno em que o trabalhador, por amizade, com paciência, esperou que melhorasse a situação patrimonial do empresário, este continuou com o direito de dar ordens e o trabalhador com o dever de cumpri-las, como empregado, sob dependência do primeiro." (RUSSOMANO, op. cit., p. 53)

<sup>30</sup> GOMES; GOTTSCHALK; op. cit., p. 122.

<sup>31</sup> RUSSOMANO, op. cit., 53.

Tal teoria incorreu no mesmo equívoco da anterior, generalizou uma situação não uniforme, o que afasta a competência do critério. Demonstra a falácia de tal concepção a hipótese do empregado altamente qualificado contratado para utilizar suas técnicas pessoais e trazer à empresa idéias novas, inclusive de aperfeiçoamento da produção.<sup>32</sup> Outra crítica que pode ser feita é a de que a orientação técnica é apenas uma das faces do poder de direção, controle e fiscalização que o empregador exerce sobre seus empregados, razão pela qual tal critério está longe de merecer o *status* de definidor da subordinação.

Os escritores que defendiam a dependência econômica para caracterização da relação de emprego, cientes da incompletude do critério, mas esperançosos em salvar os argumentos já invocados, criaram uma nova teoria, que funde os critérios da dependência econômica e da subordinação jurídica ou dependência hierárquica,<sup>33</sup> denominada de dependência social. De acordo com essa concepção configurar-se-ia relação de emprego quando se constatasse a existência simultânea da dependência econômica e hierárquica ou, excepcionalmente, uma das duas.

A falha dessa teoria está em aceitar a possibilidade de se identificar uma relação de emprego com base, exclusivamente, no critério da dependência econômica, equívoco que, inclusive, já levava ao fracasso a própria teoria com essa denominação. Afinal, existem situações em que há sujeição econômica, mas não se configura relação de emprego e vice e versa. É o caso do pequeno empreiteiro contratado para realização de uma obra. Ainda que esteja em situação financeira igual ou inferior a do seu contratante, não se amoldará à figura do empregado. Segundo Mozart Victor RUSSOMANO, "as soluções intermediárias nem sempre são as verdadeiras. Ao contrário, muitas vezes, oferecem o flanco de sua concepção às críticas que se opõem às teorias que procuram sintetizar."<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Nesse mesmo sentido as críticas feitas por Alice Monteiro de BARROS: "para que haja subordinação, não é necessário que o empregador oriente tecnicamente o empregado. Embora comumente caiba ao empregador das ordens técnicas, nada impede que o titular da empresa se faça acessoriar de técnicos, fenômeno muito comum na empresa moderna, que importa *know-how*." (BARROS, op. cit., p. 240)

<sup>33</sup> Alice Monteiro de BARROS entende que o critério da dependência social resulta da fusão entre o critério da subordinação técnica e o da econômica. (Id.)

<sup>34</sup> RUSSOMANO, op. cit., p. 57.

O critério que a doutrina trabalhista recebeu como apto a explicar a natureza da subordinação e, em consequência, diferenciar a relação de emprego das demais modalidades de relação do trabalho é o da subordinação jurídica ou dependência hierárquica. A subordinação, nessa teoria, é o aspecto passivo em contraposição ao poder de direção e controle do empregador. Configura o dever geral de obedecer, deixar-se conduzir pelas determinações do empregador, é claro, desde que legítimas.

A subordinação jurídica, como o nome já diz, tem natureza jurídica, porque resulta da relação de direito entre o empregador e o empregado. A relação jurídica é um conjunto de poderes e deveres que geram obrigações recíprocas. Na empregatícia há, de um lado, a obrigação de entregar a força de trabalho e, de outro, a de prestar a remuneração, mas, ao mesmo tempo, também se verifica uma bilateralidade entre o dever de obediência do empregado e o poder de comando do empregador. A subordinação, nessa concepção, "decorre do contrato e é também hierárquica pela necessidade de uma hierarquia e um disciplina na empresa."<sup>35</sup>

A subordinação jurídica, nas palavras de Antônio FERNANDES, citado por Sidnei MACHADO,<sup>36</sup> consiste "numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem."

A sujeição encontrada no labor escravo e servil não se assemelha com a subordinação jurídica, pois, enquanto aquela decorria de uma submissão pessoal do trabalhador, esta possui como causa determinante a contratualidade laboral ou o acordo de vontades entre as partes, portanto, é dotada de natureza jurídica. Segundo Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK, "a relação de trabalho subordinado encontra a sua causa determinante no acordo inicial das partes, isto é, no encontro de suas vontades: a do empregador e a do empregado. O encontro dessas vontades particulares determina o nascimento da relação, na qual são aceitas, desde o início, as previsíveis consequências: a mais importante e onerosa é a situação de subordinação."<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> MACHADO, op. cit., p.32.

<sup>36</sup> Ibid., p. 31.

<sup>37</sup> GOMES; GOTTSCHALK; op. cit., p. 120.

A dependência hierárquica deriva do próprio modelo capitalista de produção que vigia na sociedade industrial, onde o empresário, assumindo os riscos da atividade, coordena e organiza a estrutura produtiva de seu empreendimento, exercendo um poder diretivo dentro da empresa que atinge, principalmente, os trabalhadores.

Mozart Victor RUSSOMANO afirma que essa situação, na prática, já vem se modificando, na medida em que a empresa está se transformando "em uma área comunitária, pelos conhecidos processos de participação e integração do trabalhador na sua contextura orgânica e funcional."<sup>38</sup> Segundo o autor, essa nova perspectiva possibilita que o sindicato de trabalhadores tenha maior participação ativa, direta e eficiente, inclusive, nas questões de produção. O arbítrio do empregador em dar ordens é sensivelmente atingido, na medida em que a democratização da empresa, decorrente da criação de órgãos consultivos e deliberativos com competência própria, restringem, significativamente, o poder diretivo.

Mozart Victor RUSSOMANO afirma, ainda, que a subordinação jurídica pode assumir diversos graus, afinal será tanto menor quanto mais alta a categoria profissional do trabalhador. Por outro lado, considera que, mesmo minimizada a dependência hierárquica, subsiste, ainda, certa dose de subordinação, afinal, "a qualquer momento, descumprida a ordem legítima, por mais alto que seja o gabarito funcional do trabalhador, o empresário pode puni-lo disciplinarmente, inclusive rescindindo o contrato de trabalho."<sup>39</sup>

Observa-se, portanto, que, não obstante seja hegemônico o pensamento de que a subordinação é o elemento fundamental para a caracterização da relação de emprego, a sua definição ainda traz discussão. Não obstante as controvérsias, o critério da subordinação jurídica foi a que logrou maior aceitação doutrinária.

---

<sup>38</sup> RUSSOMANO, op. cit., p. 55.

<sup>39</sup> Ibid., p.56.

## 2.3 PODER EMPREGATÍCIO

A subordinação jurídica, como já dito, é resultado da pactuação feita entre empregado e empregador, em que esse, assumindo os riscos da atividade econômica, toma para si o direito de dirigir e comandar o modo de entrega da força de trabalho. A subordinação é, portanto, o dever de obediência frente ao poder diretivo do empregador, é a contra-face do poder empregatício.

Antes de abordar o poder existente na relação de emprego e de suas manifestações particularizadas no seio da empresa, é importante tentar compreender o que se entende por poder.

As relações sociais são marcadas pelo desequilíbrio entre os sujeitos e pela desigual distribuição de poder entre eles. Dessa afirmação decorre uma paradoxal indagação: há desequilíbrio entre os sujeitos porque há uma desigual distribuição do poder entre eles ou há uma desigual distribuição do poder porque há um desequilíbrio entre os sujeitos? Longe de pretender uma conclusão sobre tal questão, pode-se dizer que o poder como fenômeno social está presente, das mais variadas formas, em todas as dimensões da vida em sociedade. O poder é um aspecto inerente às relações sociais.<sup>40</sup> Tanto o é que o estudo das manifestações sociais, econômicas e políticas, se distanciado da reflexão sobre o poder, resultará em conclusões distanciadas da

---

<sup>40</sup> "Em um estudo que sintetiza numerosa e complexa literatura sobre o tema, *Philippe Braud* analisa o poder sob quase todos os diferentes enfoques disponíveis no campo da teoria política. Nele o poder é analisado sob o ponto de vista da natureza da interação, do modo de exercício e da conflituosidade a ele inerente (consentimento e resistência, conflito de interesses, o poder como causa de um comportamento, o poder como fonte de vantagens em uma relação de troca); sob o ponto de vista de sua realização (o poder atual ou manifesto, enquanto relação entre comportamentos, e o poder latente, enredando uma capacidade virtual de agir sobre a vontade do outro, embasada em relação social real, embora socialmente invisível); o poder tomado como *injunção* (exercido, por exemplo, pelo oficial em relação aos soldados, ou pelo empresário em face de seus empregados) em confronto com o poder de *influência* (a capacidade de determinar a escolha ou a ação do outro no bojo em um conjunto de alternativas - através de meios ou instrumentos como a persuasão, a manipulação, a autoridade [fundada no carisma, na capacidade ou na legitimidade] - como fazem *verbi gratia* o candidato a deputado em relação a seus eleitores ou o pensador diante de seus discípulos), que podem ser analisados também quanto às conseqüências que se seguem à conduta por aquele a quem o comando é dirigido (que deve ser resumida como sanção, no primeiro caso, e como recompensa ou vantagem de troca, no segundo, distinguindo-se ambas essencialmente pelo elemento *coercitividade* - neste sentido, segundo certas definições, o poder de influência não pode ser visto como poder *stricto sensu*)." (MELHADO, R. **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003, p. 24).

realidade e, portanto, inúteis. Aldacy Rachid COUTINHO, em sua obra sobre o poder punitivo nas relações de emprego, argumenta que "qualquer indagação acerca do fenômeno trabalho e seu direito, tanto pelo que envolve as questões jurídicas quanto as econômicas, e que descure do poder, resulta em vácuo cognitivo, já que neste campo, sobremaneira, defrontam-se ditas concepções".<sup>41</sup>

A tentativa de dominar a noção de poder fez com que inúmeras definições fossem apresentadas. As mais generalizantes vêem o poder como a possibilidade de imposição da vontade a um grupo de pessoas, com ou sem oposição delas; como a capacidade de dirigir a conduta de outros; como a imposição do arbítrio de uma pessoa sobre outras. Para Max WEBER, citado por Aldacy Rachid COUTINHO,<sup>42</sup> poder é "a oportunidade existente dentro de uma relação social que permite a alguém impor a sua própria vontade mesmo contra a resistência e independentemente da base na qual esta oportunidade se fundamenta".

O poder também é tido como inevitável resultado da natureza das relações de produção e, nesta esteira, o poder é compreendido como a capacidade de fazer operativas as determinações práticas sobre o funcionamento da empresa. A doutrina costuma entender que o poder é imprescindível à organização da atividade produtiva, o trabalho é ordenado de forma a se alcançar o objetivo do empreendimento. Tal entendimento surgiu como consequência da explosão industrial verificada nos séculos XVII/XVIII que transformou, de forma significativa, toda a sociedade. Os seus efeitos foram evidentes no processo produtivo que tornou-se extremamente dividido e ágil. A atividade empresarial passou a ser organizada em função da maior produtividade e lucratividade, a empresa despontou como grande centro de emanção do poder.<sup>43</sup>

O empregador, atento aos objetivos almejados com a atividade produtiva, preocupou-se em controlar a prestação de trabalho, dirigi-la, regulamentá-la, fiscalizá-la e até, como consequência, aplica punições ao descumprimento das regras estabelecidas.

---

<sup>41</sup> COUTINHO, A. R. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 12.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Ibid., p. 09.

A ideologia industrial capitalista defendia que, para a atividade produtiva se desenvolver com normalidade, fazia-se necessária a convivência entre as duas faces da mesma moeda: de um lado, o poder de comando e, de outro, a subordinação entre os sujeitos que participam desse processo. A falha de coordenação ou o desrespeito a uma regra poderia trazer grandes prejuízos à lógica da produção. Em decorrência de tal raciocínio entendia-se inafastável e inevitável a relação entre poder e sujeição, entre capital e trabalho.

Por outro lado, existem autores que entendem que o poder na empresa não está unicamente ligado ao modelo empresarial capitalista. Mesmo nas atividades onde inexistente o objetivo de lucro ou naquelas em que esse é dividido entre todos os participantes, como é o caso das cooperativas de trabalhadores, por exemplo, não se prescinde de um poder de controle, ainda que esse não seja emanado do proprietário dos meios de produção.

Reginaldo MELHADO, analisando o posicionamento de WEBER no sentido de que a direção da empresa teria igual conteúdo, mesmo nas sociedades em que os meios de produção são coletivizados, entende que este raciocínio pode levar à errada conclusão "de que a disciplina maquínica funciona segundo uma lógica própria, autônoma, desvinculada das formas jurídicas de titularidade de sua propriedade e dos produtos por ela ou nela engendrados. Decorreria assim de um imperativo técnico desvinculado do *ethos* político em que se insere."<sup>44</sup>

Para o autor, é incorreto compreender o fenômeno do poder na empresa como mera exigência técnica do trabalho coletivo, esquecendo-se de que é também reflexo de um relação de força. E continua dizendo que "o trabalho coletivo requer, inelutavelmente, coordenação técnica, mas o poder nas relações entre capital e trabalho, tal como o conhecemos em sua forma atual, é originário da separação entre trabalho intelectual e trabalho manual e é produto do capitalismo."<sup>45</sup>

Nesse sentido, o poder dirigente na empresa cumpriria dois papéis: de um lado, impor a funcionalidade orgânica do sistema produtivo, ou seja, organizar os

---

<sup>44</sup> MELHADO, op. cit., p. 16.

<sup>45</sup> Ibid., p.17.

trabalhos individuais para o alcance do objetivo do empreendimento e, de outro, manter a ordem entre os sujeitos deste processo, fazendo prevalecer os interesses dos dirigentes, utilizando-se, para tanto, da autoridade de direção, vigilância e coerção. O poder configuraria, além da perspectiva de organização técnica, uma exigência política.<sup>46</sup>

Poder empregatício é, portanto, o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica ao empregador e revela-se nas dimensões da direção, regulamentação, fiscalização e disciplina das atividades internas da empresa.

Segundo Aldacy Rachid COUTINHO, "mediante o exercício do poder diretivo materializa-se a subordinação, elemento caracterizador da própria relação de emprego, traduzindo-se na indicação e detalhamento das modalidades técnicas de execução da obrigação principal de prestar trabalho em face da existência de um contrato de trabalho."<sup>47</sup>

Na relação de emprego há, de um lado, o poder do empregador de dirigir a prestação do trabalho e, de outro, de forma correspondente, a subordinação do empregado a essas diretivas. A subordinação jurídica traduz-se, portanto, no dever de obediência às determinações relativas ao modo de prestação da atividade laboral, atentas ao fim almejado pela atividade produtiva.

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>47</sup> COUTINHO, op. cit., p. 52.

### 3 CRISE E READAPTAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Esta segunda parte da pesquisa destina-se, em um primeiro momento, à análise da crise do critério da subordinação jurídica decorrente da superação do modelo clássico de emprego e do surgimento de novas formas de produção e de trabalho e, depois, à abordagem da subordinação sob o enfoque objetivo e das repercussões dessa nova concepção na jurisprudência.

#### 3.1 FRAGMENTAÇÃO DO CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

##### 3.1.1 Crise do modelo clássico de emprego

O modelo clássico de emprego, fruto da sociedade industrial e do iniciante fenômeno do capitalismo, sobre o qual o Direito do Trabalho lançou sua proteção, encontra-se em processo de profunda transformação. O trabalho centrado na grande indústria fabril cede seu lugar de relevância para o trabalho maquínico e intelectualizado, que melhor atende aos atuais objetivos da capitalismo moderno. O Direito do Trabalho sofre um profundo impacto com a fragilização de sua categoria essencial e, ao mesmo tempo que passa por um período de instabilidade conceitual, busca encontrar um novo paradigma para se firmar.

O trabalho subordinado, que inspirou o Direito do Trabalho a disciplinar normas jurídicas especializadas e de forte caráter protetivo, teve seu momento de glória na sociedade industrial do século XIX, quando a atividade produtiva centralizava-se na grande fábrica.

O fenômeno da crescente industrialização, fez surgir uma empresa extremamente organizada e hierarquizada. O trabalho era racionalmente dividido em funções, que, em conjunto, formavam um processo articulado de produção. O empregador, proprietário dos meios de produção, controlava e dirigia essa estrutura, enquanto o operário, que exercia atividades fundamentalmente manuais, subordinava-se a esse poder de organização da atividade produtiva.

Tal modelo de emprego assumiu enorme destaque à época, porque, além da sociedade industrial ter no capital e no trabalho a sua base estrutural, o período foi marcado por grande desenvolvimento econômico e intensa inclusão da população no mercado de trabalho. Era tão significativa a parcela de indivíduos empregados que a sociedade industrial foi também conhecida como sociedade do trabalho.

A fábrica tornou-se o mecanismo de inserção das pessoas no processo econômico-produtivo. Os trabalhadores, que no início da sociedade industrial eram meros espectadores do novo fenômeno produtivo que chegava, tornaram-se a estrutura base da sociedade. A evolução da econômica acontecia proporcionalmente ao crescimento da inclusão ao mercado laboral, afinal, era o trabalho que movia a produção.

Ibraim ROCHA assevera que "o trabalho fabril se tornou o princípio organizador fundamental das relações sociais, sendo o meio pelo qual os indivíduos adquiriam existência e identidade social pelo exercício de uma profissão, permitiu a percepção de que havia um conjunto de sujeitos que eram o sustentáculo da sociedade: a classe operária."<sup>48</sup>

Os trabalhadores operários assumiram grande importância social e estavam cada dia mais fortes e organizados. O Estado, ciente da relevância da relação empregatícia para o processo produtivo, preocupou-se em garantir aos trabalhadores direitos e prerrogativas, até como forma de manter a viabilidade dessa modalidade de trabalho. Afinal, não obstante a força que assumia o operário, ele era marcado pela característica da subordinação ao poder diretivo do empresário, que assumia os riscos da atividade produtiva.

Instaurou-se, nas primeiras décadas do século XX, o chamado Estado de Bem-Estar-Social, ocasião em que o Direito do Trabalho atingiu seu ápice. Foi nesse momento histórico que o paradigma do direito laboral se materializou como sendo o

---

<sup>48</sup> ROCHA, I. J. das M. **Justiça do Trabalho**: breve reflexão sobre a sua crise e apontamentos sobre novos rumos para um sistema judiciário do trabalho. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1244>> Acesso em: 14 set. 2005.

trabalho subordinado exercido dentro da grande indústria fabril.<sup>49</sup>

Por outro lado, paralelamente a esse fenômeno que trouxe as grandes conquistas trabalhistas e que se sustentou até a década de 60, já se encontrava em curso uma forte onda em sentido contrário, que estremeceria as bases de toda a estrutura social até então construída.

A história é cheia de contradições, de altos e baixos. Após as subidas, geralmente se depara com grandes desfiladeiros. É assim o mecanismo do progresso, um eterno destruir e reconstruir.

Não obstante o conjunto de transformações econômicas, políticas e sociais, a principal causa da crise do modelo clássico de emprego, ou pelo menos a que mais interessa para se compreender a fragmentação da subordinação jurídica como critério distintivo da relação de emprego, foi a alteração da forma de organização empresarial.

A nova sociedade que começou a ser delineada era marcada pela crescente mecanização produtiva. O progresso tecnológico modificou os contornos da até então indústria de trabalhadores, transformando-a em indústria das máquinas.

Enquanto no modelo industrial de organização da empresa eram os empregados que davam o ritmo da produção, na sociedade pós-industrial a velocidade da produção passa a ser dada pelas máquinas. Percebe-se que se poderia, com a mecanização, atingir níveis de produtividade nunca antes imaginado.

A busca pela constante superação produtiva decorre do alargamento do mercado competitivo, que passa de regionalizado para internacional. As fronteiras econômicas dos países abrem-se, a circulação de produtos torna-se simples e o mercado universaliza-se.<sup>50</sup>

A competitividade faz com que as empresas otimizem sua produção com a

---

<sup>49</sup> "A regulação da legislação trabalhista, via contrato de trabalho padrão, foi dirigida a um trabalho por conta de outrem, subordinado e efetuado por trabalhadores manuais em atividades industriais bastante diversificadas, representadas por empresas com grande contingente de empregados inseridos na organização da produção." (MACHADO, op. cit., p. 60)

<sup>50</sup> Segundo Ibraim ROCHA a sociedade pós-industrial "é fruto da revolução na base técnica da produção, decorrente da informatização, microprocessamento, biotecnologia e tecnologia informacional, porque a nova capacidade tecnológica libertada é conjugada à nova expansão do capitalismo internacional, onde as fronteiras nacionais pouco significam dentro do mercado mundial, cada vez mais dominado pelas regras do sistema financeiro internacional." (ROCHA, op. cit., p.05)

contratação de outras empresas para a realização de atividade-meio. A terceirização de serviços torna-se uma saída barata e que possibilita ao empregador, mesmo não tendo o conhecimento sobre determinada atividade fazê-la existir em sua empresa. A produção, portanto, descentraliza-se, e, conseqüentemente, também o controle diretivo. Diante da existência de filiais e do grande número de negócios jurídicos a que a empresa se vincula, surge a necessidade de se contratar trabalhadores altamente qualificados para dividir o controle da produção.

As atividades antes exercidas pelos trabalhadores manuais passam a ser realizadas por máquinas. Essas não possuem direitos, não precisam de condições de higiene e dignidade, não sofrem acidentes de trabalho, não percebem salários, cumprem jornadas enormes e não reivindicam direitos. O fenômeno tecnológico traz benefício duplo ao empregador, de um lado, aumenta a velocidade da produção e, de outro, o exime dos encargos trabalhistas e benefícios sociais a que fazem jus os trabalhadores.

Não obstante as vantagens que a mecanização proporciona ao empresário, esse fenômeno acarreta efeito muito negativo para os trabalhadores. Segundo Ibraim ROCHA, "como o desenvolvimento tecnológico está sendo mais rápido do que a modificação das condições de formação da classe operária, surge o chamado desemprego tecnológico, como conseqüência da necessidade de meios para economizar o uso de mão de obra, superando o ritmo com o qual esta poderia ser ocupada na sociedade industrial."<sup>51</sup>

Cássio Mesquita BARROS analisa os aspectos positivos e negativos da mecanização ao sustentar que "a moderna tecnologia acarreta modificações profundas na relação de trabalho. Pode livrar o empregado de serviços repetitivos e tarefas penosas, além de diminuir os encargos sociais. Em contrapartida, promove deslocamentos de empregados para outras funções dentro da mesma empresa e estimula o desemprego, devido à extinção dos postos de trabalhos, que ocorre pela substituição do trabalhador por máquinas automáticas."<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> ROCHA, op. cit.

<sup>52</sup> BARROS, C. M. Passado, presente e futuro do direito do trabalho, *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, ano 29, n. 110, p. 30-45, abr./jun. 2003, p. 34.

O trabalhador subordinado perdeu o local de destaque que assumiu na sociedade industrial para se tornar "um fardo pesado a afetar a eficiência das empresas capitalistas".<sup>53</sup> Se antes existia uma dependência do capital à força de trabalho, na sociedade pós-industrial há quase uma repulsão ao trabalho subordinado, afinal com a descoberta da máquina, os gastos com encargos trabalhistas são considerados custos e não investimento em proveito do capital.<sup>54</sup>

Ibraim ROCHA salienta, por outro lado, que a mecanização não deve ser encarada como fenômeno extintivo do trabalho humano. De fato, as máquinas substituem o trabalho humano, mas não podem eliminá-lo por completo. Para o autor, o trabalho é a relação entre o homem e a natureza, assim, enquanto existir natureza, haverá trabalho humano. Afirma que "sempre existirá uma ética do trabalho intrinsicamente ligada às formas de organização da sociedade humana, mas que varia sua apresentação de acordo com o desenvolvimento dos meios de produção."<sup>55</sup>

Esse raciocínio leva a conclusão de que, muito embora a tecnologia não vá substituir por completo o trabalho humano, esse terá que se transformar, se reinventar. Foi justamente a mudança de apresentação do trabalho que caracterizou a crise do modelo clássico de emprego. Na sociedade pós-industrial, como as atividades manuais foram substituídas por máquinas, restou ao trabalhador material adaptar-se a outras forma de entrega da mão-de-obra: ou se aperfeiçoar para saber operar as novas tecnologias ou buscar outras formas de trabalho exteriores ao chão de fábrica.

De fato, o mundo passa por uma época de profunda instabilidade e incertezas, que influencia muito o campo do trabalho. Enfrenta-se um "momento de encruzilhada histórica de redefinição do valor do trabalho."<sup>56</sup> Nas palavras de ROCHA, assim "como os camponeses no fim do feudalismo, e os trabalhadores artesão na época de nascimento da revolução industrial sentiam-se deslocados e sem lugar na sociedade do

---

<sup>53</sup> ROCHA, op. cit.

<sup>54</sup> "A classe operária tradicional perde, assim, a condição de ser o fiel da balança na sociedade contemporânea, por já não se situar onde se realiza o progresso e a contínua modernização da sociedade, não ocupando lugar especial que ocupava na produção social, que lhe permitia ser o único desestabilizador radical da ordem capitalista. Não existe a dependência de outrora à sua força de trabalho." (Ibid.)

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid.

trabalho, também hoje, vemos a grande massa trabalhadora operária formada sob o sinal da grande indústria, centrada na unidade fabril, perdida sob que rumo tomar dentro da nova conjuntura que se apresenta."<sup>57</sup>

### 3.1.2 Insuficiência do critério da subordinação jurídica

Nas palavras de Maurício Godinho DELGADO,

todo Direito, como instrumento de regulação de instituições e relações humanas, atende a fins preestabelecidos em determinado contexto histórico. Sendo as regras e diplomas jurídicos resultado de processos políticos bem-sucedidos em determinado quadro sociopolítico, sempre tenderão a corresponder a um estatuto cultural tido como importante ou até hegemônico no desenrolar de seu processo criador. Todo Direito é, por isso, teleológico, finalístico, na proporção em que incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes.<sup>58</sup>

O Direito do Trabalho surgiu no momento em que o modelo clássico de emprego, nas características já apresentadas, configurava a categoria de maior relevância sócio-econômica. O trabalho subordinado era, ao mesmo tempo, a mola propulsora da sistema econômico e o mecanismo de inserção do trabalhador nesse processo.

Ocorre que a sociedade não é algo estático; ela e, conseqüentemente, as disciplinas que nela se baseiam, estão em constante transformação. A evolução histórica é acompanhada de um processo de constante renovação das ciências que tentam entender a sociedade. O Direito está inserido, portanto, nesse processo de eterna readaptação.

Quando se fala em transformação, superação do modelo clássico de emprego, não se está querendo dizer que as mudanças ocorrem de uma hora para outra, nem que a substituição de um paradigma pelo outro acontece por completo. As transformações são gradualmente incorporadas e adaptadas, pelo que a reconstrução da subordinação está dimensionada pela crise que se instala.

---

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> DELGADO, op. cit., p. 58.

O trabalhador operário subordinado, antes hegemônico, não foi excluído da sociedade, apenas ficou reduzido frente às novas modalidades de prestação de serviços. O paradigma do Direito do Trabalho, portanto, não deixou de existir, o que surgiu foi a dúvida acerca da suficiência do antigo dogma para sustentar esse ramo especializado.

A intenção teleológica do Direito do Trabalho derivou de uma característica peculiar da então principal forma de entrega da força de trabalho, a subordinação do empregado com relação as diretivas do empregador quanto ao modo de realização da atividade laboral. Essa característica revelou uma desigualdade de poder entre as partes da relação jurídica e atentou para a necessidade de normas jurídicas que impossibilitassem que esse desequilíbrio fosse a própria causa determinante da inviabilidade da relação e que garantissem condições mínimas de dignidade à parte mais fraca. O Direito do Trabalho adotou, portanto, como princípio basilar a proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o empregado -, com a finalidade de atenuar no plano jurídico o desequilíbrio existente entre os sujeitos dessa relação.<sup>59</sup>

Ocorre que, com as alterações sócio-econômicas, apontam novas modalidades de prestação do trabalho que assumem espaço no cenário atual. Essas novas figuras apresentam características diversas daquelas observadas no modelo clássico de emprego, ou, ao menos, não tão evidentes. A subordinação na concepção verificada na sociedade industrial, não mais se encontra necessariamente presente.

A nova racionalidade organizativa da empresa promoveu a insuficiência do critério da subordinação no qual se baseou o Direito do Trabalho. Na empresa da sociedade industrial a organização era hierarquizada e havia separação entre conhecimento técnico-produtivo e trabalho, que justificavam o trabalho assentado na subordinação, compreendida como sujeição ao alto grau de controle da organização

---

<sup>59</sup> DELGADO, op. cit., p. 198.

produtiva.<sup>60</sup>

Sidnei MACHADO afirma que o modelo industrial de organização do trabalho,

ao fazer a separação rígida entre concepção e execução, controlar o tempo na execução das tarefas com o objetivo de eliminar os tempos mortos, conceber uma estrutura hierárquica e, por fim, dividir os trabalhadores por setores, em cargos, funções e tarefas previamente catalogadas, permitiu a formatação de um modelo jurídico estrito na regulação do contrato. A execução desse esquema, que implicou uma sujeição plena do trabalhador às ordens, comandos e à disciplina da fábrica, oferece as peças necessárias ao desenvolvimento da noção de subordinação, assimilada depois pelo direito do trabalho como de natureza jurídica. A hierarquia, a prescrição do trabalho e o seu controle, dão a exata medida do que o direito do trabalho incorporou como condição de um trabalho dependente ou sem autonomia.<sup>61</sup>

Já na indústria contemporânea, segundo Sidnei MACHADO,<sup>62</sup> prevalece a racionalidade "que prega a cultura da empresa, valoriza o trabalho atípico e independente, cuja dinâmica tem como reflexo o surgimento de um novo modo de trabalho e de novos sujeito". Para o autor "a nova autonomia evidenciada pelos modelos de gestão do trabalho é que coloca em xeque a centralidade do trabalho subordinado, indicando, como impacto uma crise ou a superação da noção clássica de subordinação jurídica."

Afinal, o empregador, que antes detinha todo o conhecimento necessário para controlar a atividade empresarial, com os novos e variados mecanismos de produção, procura um trabalhador que saiba como operar as novas tecnologias. O empregador, portanto, não é mais, necessariamente, o detentor dos conhecimentos técnicos da produção e o comandante direto da forma de entrega da mão-de-obra. Se antes existia

---

<sup>60</sup> "Indiscutivelmente, é a grande empresa, a produção em massa, a organização hierarquizada taylorista-fordista, que fizeram a separação entre concepção e execução, que justificaram um direito do trabalho assentado no contrato de trabalho subordinado, cuja principal característica é o alto grau de controle e sujeição dentro da organização produtiva. (...) Os pilares sobre os quais se construiu a subordinação jurídica foram uma organização de trabalho hierarquizada e, na execução do trabalho, um controle rígido de tempo." (Ibid., p. 57-58).

<sup>61</sup> MACHADO, op. cit., p. 61.

<sup>62</sup> Ibid., p. 57.

uma divisão entre trabalho e conhecimento, cabendo aquele aos empregados e este ao empregador, a nova sociedade pós-industrial vem superar isso<sup>63</sup>.

Pela ausência da subordinação na concepção que se tinha, chegou a se pensar que inexistiria, em decorrência, a desigualdade entre as partes nessas novas modalidades de entrega de trabalho. Esse raciocínio, que vale adiantar é equivocado, serviu de argumento para que pequena parte da doutrina defendesse a ineficiência prática de se manter um ramo jurídico especializado e protetivo do direito que perdeu grande espaço de atuação.

Em verdade, a autonomia da vontade e liberdade contratual, retomada nessas novas formas de pactuação, apenas escondem o inerente desequilíbrio das partes. Afinal, ao ocorrer a substituição do emprego clássico, subordinado e eminentemente manual, por modalidades de trabalho em que o trabalhador possui mais liberdade no modo de prestação da atividade, apenas se alterou a forma de subordinação entre empregador e empregado. A desigualdade das partes pode ser evidenciada, por exemplo, no poder que o empregador possui de, quando lhe convier, rescindir o contrato de trabalho.

Assim como os trabalhadores subordinados eram explorados na sociedade liberal antes do surgimento do Direito do Trabalho, os novos tipos de trabalhadores encontram-se desamparados e legados à "autonomia" das partes e à "liberdade" contratual que, como já se percebeu no século XIX, não reflete, com fidelidade, o verdadeiro interesse das partes, mas apenas o da mais forte.

---

<sup>63</sup> Sidnei MACHADO bem sintetizou essas transformações históricas: "A classe, então hegemônica, sofre com um processo de fragmentação, para alguns de destruição, com a promoção do Estado de Bem-Estar Social, entre os anos 30 e 70 do século XX, quando se deu, em especial nos países centrais, o acesso dos trabalhadores ao consumo e o aparecimento do assalariado não operário. Essa segmentação da classe operária, dissolvida na classe média, coloca em questão a subsistência da subordinação que era a marca registrada do operário assalariado. O caráter de dependência de algumas categorias de assalariados passa a ser questionado, quando, por exemplo, se insere numa grande companhia sob a forma de sociedade anônima, onde a dependência social não mais está presente; ou, ainda, no aparecimento de executivos assalariados em substituição aos antigos empregadores patrões. A condição de assalariado, necessariamente dependente, entra, assim, em crise nos países centrais nos anos 60 do século XX, com a tendência ao desaparecimento de uma classe operária assalariada hegemônica e, assim, todo o seu legado de um papel histórico. O fato é que a justificação filosófica e política do assalariamento operário, depois fordista, como condição de subordinação se relativizou." (Ibid., p. 21)

A aparente autonomia dos novos trabalhadores que surgem na sociedade liberal não pode ser tida como empecilho à aplicabilidade das normas trabalhistas protetivas, na medida que, como se verá, subsiste uma subordinação, ainda que em moldes distintos da verificada no modelo clássico de emprego.

O critério da subordinação jurídica, entendida como a dependência do empregado frente as diretivas do empregador, mostra-se insuficiente perante às novas formas de prestação do trabalho visualizadas na sociedade pós-industrial.

### 3.2 NOVA COMPREENSÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

A concepção de subordinação como contra-face do poder de direção do empregador, em geral revelado pelo controle da maneira de execução, lugar e tempo da prestação, perde espaço no cenário da sociedade pós-industrial. O Direito do Trabalho, que tinha se estruturado sobre esta noção de subordinação, passa a ser questionado, seu objeto passa a ser rediscutido, o seu elemento distintivo passa a ser desacreditado.

Na concepção clássica a subordinação já era considerada como de natureza jurídica, ou seja, decorrente da relação jurídica existente entre empregador e empregado, na qual esse acolhe o direcionamento daquele. Por outro lado, era entendida sob um enfoque subjetivo, como a sujeição ao rígido controle do empregador, que dirigia, regulamentava, fiscalizava e até aplicava sanções pelo descumprimento das regras estabelecidas. O poder do empregado, portanto, minava a autonomia do trabalhador quanto ao modo de execução da atividade laboral.

Essa noção de subordinação jurídica mostrou-se insuficiente para caracterizar as novas modalidades contratuais em emergência, já que nelas se constatava um maior grau de liberdade e autonomia quanto ao modo de realização do trabalho. A visão subjetiva tornou-se, portanto, incapaz de explicar a subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais, representantes comerciais, altos funcionários e trabalhadores a domicílio.

Não obstante a dificuldade de encontrar um critério capaz de abarcar as novas modalidades de trabalho, a doutrina trabalhista, em sua maioria, sempre defendeu a reformulação do elemento da subordinação e não o seu abandono. Isso porque acredita que a aparente igualdade e liberdade das novas modalidades de contratação esconde uma realidade de subordinação entre as partes, não nos mesmos moldes de subordinação verificado no modelo clássico de emprego, mas, ainda assim, uma subordinação.

A tarefa mais instigante da doutrina atual é encontrar uma nova perspectiva de subordinação que abarque, além do antigo trabalhador subordinado, as novas figuras emergentes, que também carecem da protetividade das normas trabalhistas.

### 3.2.1 Subordinação jurídica objetiva

As mais relevantes formulações feitas pela doutrina, assim que a crise da subordinação se iniciou, foram no sentido de ampliar o critério da subordinação, transformando seus limites e readaptando-o às novas condições sociais, e não formular outro elemento caracterizador.

Numa tentativa de superar as falhas que a subordinação jurídica apresentava frente ao novo modelo de organização da atividade produtiva, principalmente pela dificuldade de abarcar no conceito de empregado as diversas figuras que surgiram, a doutrina passou a defender o critério da subordinação objetiva.

Nessa concepção, a subordinação remanesce sendo jurídica, ou seja, decorrente do conjunto de poderes e deveres inerentes à relação jurídica existente entre as partes. Por outro lado, entendeu-se necessário repensar o modo de apresentação da subordinação na prática contratual.

Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA, grande defensor do critério da subordinação jurídica objetiva na doutrina nacional, enfatiza que os padrões básicos de conduta, que serviam de elementos para indicar o estado de subordinação, se alteraram, tendo em vista o fenômeno da evolução expansiva do Direito do Trabalho e a incorporação de outras formas de prestação do trabalho não mais qualificadas nos

rígidos termos dos tempos passados.<sup>64</sup> Para o autor, "a remodelação quantitativa influiu certamente no fenômeno qualificativo da subordinação, alterando-lhe a estrutura conceitual."<sup>65</sup>

Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA<sup>66</sup> defende a manutenção da subordinação como elemento definidor da relação de emprego, desde que "se subtraia de sua idéia a noção de submetimento ou submissão." O autor enfatiza que a idéia de subordinação decorrente da inserção do trabalhador à estrutura produtiva como mera "peça de uma engrenagem, simetricamente disposta e sujeita a uma dinâmica perfeita em suas conexões, de cima para baixo", onde "na ponta superior estava o chefe, que fazia descer o poder incondicionado da ordem, a que obedeciam os escalões inferiores, até as categorias elementares da mão de obra", deve ser superada.

Para o referido autor, a subordinação deve ser afastada da noção de sujeição subjetiva do trabalhador ao empregador, pois o elemento vinculativo entre as partes é a atividade. "Somente a atividade, o modo de conduzir-se a sua aplicação, a execução do trabalho (ou sua potenciação) é que autorizarão a intervenção do empregador, com as medidas corretivas de ordem técnica e funcional."<sup>67</sup>

Existe, portanto, a possibilidade do empregador, quando entenda necessário, imprimir certa direção da atividade do empregador.<sup>68</sup> O que o autor pretende demonstrar é que "a relação de emprego, fundada na subordinação, é uma relação intersubjetiva (no pensamento de Del Vecchio, exteriorizada entre dois sujeitos), mas cujo nexo fundamental é de natureza objetiva. O conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e objetivamente ser fixado."<sup>69</sup>

A concepção objetivista defende a existência de subordinação quando "a atividade do empregado ou do trabalhador deve integrar a atividade geral da empresa", ou seja, quando a atividade do prestador é vital para a consecução dos objetivos

---

<sup>64</sup> VILHENA, p. 463-464.

<sup>65</sup> Ibid., p. 465.

<sup>66</sup> Ibid., p. 465-466.

<sup>67</sup> Ibid., p. 476.

<sup>68</sup> Ibid., p. 470.

<sup>69</sup> Ibid., p. 470-471.

econômicos, técnicos e administrativos da empresa.<sup>70</sup> Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA conceitua a subordinação como "a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho."<sup>71</sup>

A subordinação é objetiva porque a relação imediata se estabelece com o trabalho e, apenas mediata, com a figura do trabalhador. O trabalhador, portanto, "não perde um mínimo de vontade no desenvolvimento de sua atividade, significa isto que o seu trabalho, via de regra, e sobretudo respeitada a natureza da função que ocupa na empresa, é exercido através de atos autônomos, se bem que, em seu todo, ou intercaladamente, possam ser orientados em um ou outro sentido pelo credor (o empresário)."<sup>72</sup>

O poder diretivo do empregador visa tão-só a adequação da atividade do empregado à dinâmica de produção da empresa, incide sobre a atividade e não sobre a figura do empregado. A subordinação se caracterizaria, portanto, pela indeterminação do conteúdo da prestação que, a qualquer momento do curso da relação contratual, pode ser redefinida pelo empregador.

Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA atenta para o fato de que a subordinação, compreendida pela integração da atividade do trabalhador à empresa, deve ser seguida de um caráter de continuidade. Dito de outra forma, faz-se necessária a existência de um "estado de constante ou potencial entrega da energia-trabalho à empresa."<sup>73</sup> O autor assevera que deve existir, de um lado, "uma área de atividade da empresa, contínua ou alternadamente, ocupada pelo trabalhador e de que depende o normal escoamento do processo produtivo daquela" e, de outro, "um desdobrar de condutas, mais ou menos seqüentes, que participam da atividade da empresa e em sua atividade se incorporam, de tal maneira que, agregada à de outros trabalhadores, à dos dirigentes, conforme o seu *continuum*."<sup>74</sup>

Por outro lado, as diretivas do empregador, apesar de eminentes, nem sempre são constantes. Para Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA, "na dinâmica e na estrutura

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 472.

<sup>71</sup> Ibid., p. 478.

<sup>72</sup> Ibid., p. 474.

<sup>73</sup> Ibid., p. 474.

<sup>74</sup> Ibid., p. 477.

da empresa, que pressupõe integração e coordenação de atividades, a exteriorização da subordinação em atos de comando é fenômeno de ocorrência irregular, variável, muitas vezes imperceptível e esses atos sofrem um processo de diluição, até quase desaparecerem, à medida que o trabalho se tecniciza e se intelectualiza."<sup>75</sup>

É o que também registra Alice Monteiro de Barros:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.<sup>76</sup>

Diante da diversidade de formas de prestação de serviços, pode-se dizer que a subordinação varia de intensidade de acordo com as atividades exercidas. Nos trabalhos manuais e industriais ela é mais evidente do que nos técnicos e intelectualizados. A subordinação desfocaliza-se "à medida que o trabalho se espiritualiza e à medida que o lugar da prestação de serviço se distancia dos centros de direção."<sup>77</sup>

Em função da diversidade de formas de prestação do trabalho e da graduação que a subordinação recebe em cada um deles, fica difícil estabelecer um critério pronto e aplicável de imediato às diversas situações práticas. A subordinação deverá ser analisada em cada caso concreto, após a realização de análise cuidadosa das condições do trabalho e de organização da empresa.

### 3.2.2 Dificuldades práticas do critério da subordinação jurídica objetiva

Não obstante a grande aceitação que o critério da subordinação jurídica objetiva assumiu na doutrina e na jurisprudência, não ficou imune a críticas. A

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 478.

<sup>76</sup> BARROS, p. 241.

<sup>77</sup> VILHENA, op. cit., p. 481.

principal delas diz respeito à falta precisão e consistência do critério para resolver as situações práticas. As dificuldade de aplicabilidade prática para a distinção entre trabalho subordinado e autônomo derivam de dois motivos principais. Em primeiro lugar do fato da subordinação ser encontrada em diversas graduações, que variam conforme as circunstâncias concretas, como natureza do trabalho e complexidade da organização da empresa. Em segundo lugar da existência de ingerência do tomador no trabalho do prestador também nos casos de contrato de obra ou de trabalho autônomo.

Em verdade, a aparente objetividade e generalidade da subordinação jurídica não garantiu à jurisprudência um critério apto a definir, de imediato, a natureza das relações que são diariamente apresentadas ao Judiciário. Afinal, com as inúmeras formas de prestação de trabalho, a diferenciação entre trabalho subordinado e autônomo conduz à necessidade de investigação probatória pormenorizada.

Segundo RIVAS, *"la fortuna que el criterio de la subordinación ha tenido en la doctrina y en la jurisprudencia no ha impedido que, aun quienes lo propugnan, cuando lo confrontan con la realidad que debe calificarse, admitan las dificultades que genera su aplicación práctica y busquen dotarlo de mayor precisión o complementarlo con otros elementos que se consideran típicos del contrato de trabajo."*<sup>78</sup>

Em razão da ausência de elementos objetivos suficientes para identificar a subordinação e até fundamentar a sua existência, a jurisprudência passou a recorrer a indícios práticos que, em geral, caracterizam a dependência em um enfoque subjetivo como, por exemplo, o controle de jornada de trabalho, o local da prestação dos serviços, forma de remuneração, propriedade das ferramentas de trabalho e de matéria-prima, entre outros. Esses elementos utilizados pela jurisprudência revelam que a investigação é feita a partir de critérios subjetivos, ligados ao poder de direção do empregador.

É o que se infere nos seguintes julgados:

---

<sup>78</sup> "A aceitação que o critério da subordinação teve na doutrina e jurisprudência não impediu que, mesmo quem o propôs, quando o confrontem com a realidade que deve se qualificar, admitam as dificuldades que gera sua aplicação prática e busquem dotá-lo de maior precisão ou complementá-lo com outros elementos que se consideram típicos do contrato de trabalho". (tradução livre) (RIVAS, op. cit., p. 33)

RELAÇÃO DE EMPREGO X TRABALHO AUTÔNOMO – A integração do trabalhador na organização empresarial, também conhecida como subordinação objetiva, não é um critério autônomo para determinar a existência de um contrato de emprego, mas um fundamento teórico para a conceituação do trabalhador subordinado. Será, portanto, necessário que essa participação integrativa do trabalhador no processo produtivo implique conseqüente observância às diretivas do empregador acerca da prestação de serviços e ao seu poder disciplinar. Comprovada nos autos a autonomia do reclamante para determinar os dias e horários em que prestaria os serviços de venda, assim como a ausência de fiscalização pelo reclamado, há de ser confirmada a decisão que declarou a inexistência da relação de emprego.<sup>79</sup>

RELAÇÃO DE EMPREGO E TRABALHO AUTÔNOMO – EM UMA SOCIEDADE CARACTERIZADA PELA RACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO COM A CONSEQÜENTE ESPECIALIZAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA, COMO A ATUAL, O EMPREGADOR NEM SEMPRE POSSUI SUPERIORIDADE OU IGUALDADE DE CONHECIMENTOS PROFISSIONAIS COM O EMPREGADO, POIS CADA VEZ MAIS AS CONTRATAÇÕES INCIDEM SOBRE TRABALHADORES, EXATAMENTE, EM FACE DO GRAU DE CONHECIMENTO DA PROFISSÃO (KNOW HOW) QUE NÃO POSSUI O EMPREGADOR – ESSE FATO CONTRIBUIU PARA QUE HOUVESSE O ENFRAQUECIMENTO DO CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO FUNCIONAL EM DETERMINADAS SITUAÇÕES, PRINCIPALMENTE, QUANDO ENVOLVE TRABALHOS INTELLECTUAIS OU TÉCNICOS, COMO OCORRE NA HIPÓTESE DOS AUTOS – UMA NOVA TENTATIVA NA PROCURA DE UMA DISTINÇÃO ENTRE TRABALHO SUBORDINADO E TRABALHO AUTÔNOMO FOI A CHAMADA INTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR NA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL, ISTO É, A BASE PARA SE DEFINIR A RELAÇÃO DE EMPREGO RESIDE NO FATO DE O EMPREGADO CONSTITUIR PARTE INTEGRANTE DA ORGANIZAÇÃO – OCORRE QUE A INTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR NA ORGANIZAÇÃO DA EMPRESA, TAMBÉM CONHECIDA COMO SUBORDINAÇÃO OBJETIVA, NÃO SERVE COMO CRITÉRIO AUTÔNOMO PARA DETERMINAR A EXISTÊNCIA DE UM CONTRATO DE EMPREGO, POIS A PARTICIPAÇÃO INTEGRATIVA PODERÁ OCORRER TAMBÉM NO TRABALHO AUTÔNOMO (CF – ENTRE OUTROS, LUISA GALANTINO, DIRITTO DEL LAVORO – TORINO-GIAPPICHELLI EDITORE, 2000, P. 05) – CUMPRE, PORTANTO, RECORRER A CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS OU COMPLEMENTARES CONSIDERADOS IDÔNEOS PARA AFERIR OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA SUBORDINAÇÃO, ENTRE ELES – A) se a atividade laboral poderia ser objeto do contrato de trabalho, independentemente do resultado dela conseqüente; b) se a atividade prevalentemente pessoal é executada com instrumentos de trabalho e matéria-prima da empresa; c) se o empregado não assume substancialmente os riscos do negócio; d) se a retribuição é fixada em razão do tempo do trabalho; e) a presença de um horário fixo é indicativa de trabalho subordinado, o mesmo ocorrendo se a prestação de serviços era de caráter continuativo. Mesmo assim, esses critérios isolados são inidôneos ao conceito da subordinação, devendo ser apreciados em conjunto no caso concreto. Se a autora reuniu os critérios alinhados acima, e ainda se sujeitava ao poder disciplinar do credor do trabalho, não há dúvida de que a subordinação jurídica salta aos olhos também sob o prisma subjetivo. As partes, no exercício da autonomia contratual, poderão, ao regular seus recíprocos interesses, excluir a subordinação. Acontece que a declaração de vontade não poderá prevalecer quando comprovadas, por meio do exame das circunstâncias do caso concreto, as características

<sup>79</sup> TRT 3ª R. – RO 00350.2004.076.03.00.0 – 2ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 21.07.2004

intrínsecas da subordinação jurídica. Portanto, compete à justiça do trabalho averiguar se o nomen juris atribuído à relação jurídica é compatível com a forma pela qual se realizou a prestação de serviços. Se a execução do contrato não for compatível com o intento declarado pelas partes e revelar os pressupostos fáticos do conceito de empregado, a hipótese configura simulação, com as conseqüências jurídicas pertinentes.<sup>80</sup>

Observa-se, portanto, uma incoerência interna no instituto da subordinação, afinal, apesar de possuir natureza jurídica, exige a averiguação de elementos fáticos exteriores à contratualidade. Assim, para além da disponibilidade das partes e da qualificação do contrato, "a jurisprudência tem se valido, como procedimento, do critério da realidade ou do princípio tutelar do direito do trabalho denominado de primazia da realidade."<sup>81</sup>

Como bem ressalta Sidnei MACHADO, "a jurisprudência brasileira, ao analisar a existência de relação de emprego, além de utilizar-se dos indícios da subordinação jurídica, o faz a partir da compreensão de que a demonstração dessa relação se dá uma vez feita uma criteriosa apuração fática da atividade prestada". Desse raciocínio infere-se, portanto, que a subordinação jurídica deriva da realidade fática e não da disponibilidade das partes. Essa compreensão da subordinação jurídica

---

<sup>80</sup> TRT 3ª R. – RO 00492-2003-003-03-00-7 – 2ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 20.08.2003 No mesmo sentido: RELAÇÃO DE EMPREGO – VENDEDOR EMPREGADO OU REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO – Não há no direito do trabalho brasileiro lei que defina o vendedor-empregado e o representante comercial autônomo, cujas funções são análogas às do primeiro, o que torna difícil a distinção entre esses dois trabalhadores, sobretudo quando a Lei nº 4886/65 (com as alterações advindas da Lei nº 8420/92), disciplinando o trabalho deste último, passou a estabelecer, para ele, além dos serviços de natureza não eventual (art. 1º.), certos elementos a que os tribunais se apegavam para caracterizar a subordinação jurídica. Diante dessa dificuldade, resta ao intérprete do caso concreto, que envolve figura intermediária das que se situam nas chamadas "zonas grises" existentes no campo da ciência jurídica, valer-se dos critérios apontados pela doutrina para a verificação da subordinação jurídica, ainda reconhecida, universalmente, como o elemento determinante da relação de emprego. A doutrina abalizada (cardone, marly, in viajantes e praticistas no direito do trabalho. São paulo: Ltr editora, 1998, p. 32 e seguintes) fornece uma classificação capaz de ajudar na aferição da subordinação jurídica, a qual considera a verificação de três espécies de elementos: Elementos de certeza (trabalho controlado pela empresa em certo lapso de tempo; comparecimento periódico obrigatório; obediência a métodos de vendas; fixação de viagens pela empresa; recebimento de instruções sobre o aproveitamento da zona de vendas; e obediência a regulamento da empresa); de indício (recebimento de quantia fixa mensal; utilização de material e papel timbrado da empresa; obrigação de produção mínima; recebimento de ajuda de custo; e pessoalidade na prestação); e excludentes (existência de escritório próprio e admissão de auxiliares; substituição constante do representante na prestação dos serviços; pagamento de iss; registro no conselho regional de representantes comerciais; e utilização do tempo de forma livre). Há de ser afastada a relação de emprego, quando comprovado que o autor, além de custear as despesas com deslocamento, não sofria controle quanto ao tempo de execução do trabalho, tampouco se sujeitava a métodos de venda ou a regulamento da empresa, podendo até mesmo angariar novos clientes. (TRT 3ª R. – RO 00586-2004-098-03-00-4 – 7ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 24.02.2005)

<sup>81</sup> MACHADO, op. cit., p. 161.

decorrente da análise nas condições concretas e do cotidiano da atividade laboral contribuiu para a aplicação do campo de incidência das normas trabalhistas.

Por essas razões são freqüentes os julgados que declaram a falsidade do contrato e que levantam a intenção das partes em fraudar a legislação trabalhista. Nesse sentido:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – REPRESENTANTE COMERCIAL – RECONHECIMENTO – A celebração de contrato de representação comercial e a inscrição do trabalhador no conselho regional dos representantes comerciais não geram presunção absoluta a respeito da natureza da relação entre as partes. Assim, caso a prova demonstre a existência de labor pessoal, subordinado, não-eventual e a título oneroso, e que os elementos formais visavam encobrir a natureza empregatícia da relação, há de se reconhecer a existência do vínculo de emprego entre as partes.<sup>82</sup>

CONVERSÃO DE EMPREGADO EM SÓCIO DA EMPRESA – FRAUDE – RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO – Tem se tornado corriqueiro o procedimento de propor aos empregados que se tornem sócios da empresa, muitas vezes sob pena de dispensa, em medida destinada a reduzir os custos do empreendimento. A hipótese pode configurar, também, vício do consentimento, já que, de forma velada, os empregados que querem manter os postos de trabalho e o ganho mensal são coagidos a aceitar a nova condição de sócios e, em conseqüência, a perda das garantias da legislação trabalhista. Todavia, essa exótica transformação do Brasil num país de patrões, como reflexo das mudanças profundas e irreversíveis do mercado de trabalho, acaba por colocar na mesma situação os supostos ‘novos patrões’ e os trabalhadores informais, despedidos de qualquer proteção quando, para garantir rendimento, abrem mão de benefícios. O contrato de prestação de serviços ou mesmo a criação de empresa, de cujo quadro social fará parte o ex-empregado, alivia a carga de impostos e contribuições sociais e, no mesmo passo, obriga o indivíduo que pretende se inserir no mercado a abrir mão da carteira assinada e assumir a condição de trabalhador ‘de segunda classe’, pois mantém a subordinação e a dependência, ainda que seja denominado sócio. Recurso provido para reconhecer o vínculo de emprego e determinar a anotação da CTPS da empregada.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> TRT 18ª R. – RO 00125-2003-009-18-00-0 – Rel. Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento – DJGO 02.07.2004.

<sup>83</sup> TRT 9ª R. – Proc. 22410-2000-005-09-00-2 – (04625-2005) – 2ª T. – Relª Juíza Marlene T. F. Suguimatsu – J. 25.02.2005.

VÍNCULO DE EMPREGO. SOCIEDADE. FRAUDE À LEI. Na tentativa de omitir o verdadeiro caráter da relação jurídica existente entre as partes, utilizam-se artifícios que não configuram violação, mas fraude à lei. Assim, o uso de categoria jurídica como o contrato de sociedade visa alcançar o mesmo resultado da relação de emprego, porém, com custos reduzidos. É irrelevante até mesmo que tenha existido *animus contrahendi*, pelo empregado, como a assinatura de contratos sociais ou a ostentação da condição de sócio. Se o exame das condições de fato demonstra que a relação era de emprego, aplica-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma, para declarar o vínculo. Não se cogita de ausência de previsão legal específica, a esse respeito, uma vez que o art. 9º da CLT é expresso sobre a nulidade dos atos praticados com o objetivo de fraudar os preceitos contidos naquele diploma legal (TRT 9ª R - RO 16648-2001-010-09-00-5 - Rel. Juíza Marlene Fuverki Suguimatsu - DJPR 16.04.2004)

Como bem salienta MACHADO, "a prática, jurisprudencial não usa um critério de presunção legal para a fixação da subordinação jurídica. Ao contrário, tem afirmado que as condições concretas e o cotidiano do trabalho, revelados pelo princípio da primazia da realidade e, em conformidade com os elementos definidores do empregado relacionados no art. da CLT, que vão indicar a existência ou não do contrato de trabalho."<sup>84</sup>

A subordinação jurídica, portanto, está longe de ser um critério auto suficiente e de identificação imediata. A identificação do trabalho subordinado e, conseqüentemente, da relação de emprego, depende de uma investigação cautelosa de elementos concretos. A subordinação está condicionada ao peso que se dá à valoração desse conjunto probatório.

---

<sup>84</sup> MACHADO, op. cit., p. 163.

## 4 CONCLUSÃO

O trabalho subordinado foi a base sobre a qual o Direito do Trabalho se ergueu como ramo jurídico especializado. A subordinação, ao mesmo tempo que determinou o surgimento de um conjunto de regras e princípios de caráter protetivo, serviu como parâmetro para a aplicação das normas trabalhistas.

O Direito do Trabalho, portanto, edificou-se sobre a noção de subordinação, que, apesar de algumas controvérsias iniciais, firmou-se como sendo a contra-face ao poder diretivo do empregador, decorrente da relação jurídica entre as partes.

As transformações sócio-econômicas iniciadas em meados do século XX, principalmente com relação à forma de organização produtiva, colocaram em xeque a noção de subordinação. As modalidades de prestação laboral não mais se enquadravam à concepção de trabalho subordinado proveniente da sociedade industrial. O Direito do Trabalho embarca em um período de incertezas, que apontavam para a necessidade de se repensar seus institutos fundamentais, principalmente o da subordinação.

A crise, entretanto, não levou à extinção da subordinação, que segue sendo a característica distintiva entre relação de emprego e demais relações cujo objeto seja a prestação de trabalho. A subordinação não deixou de existir, nem foi substituída por outro conceito, ela apenas foi readaptada para expandir a aplicação das normas trabalhistas a outras figuras que carecem de proteção.

Não houve um abandono da concepção de subordinação que serviu como sustentáculo do Direito do Trabalho, mas sim, um alargamento de seus limites. A idéia de subordinação como contra-face ao poder diretivo do empregador ainda pode ser visualizada, já que o modelo clássico de emprego não foi extinto, por outro lado, não serve mais como elemento generalizante. A noção de subordinação foi ampliada para a idéia de integração da atividade do trabalhador na estrutura produtiva da empresa.

Com a remodelagem e alargamento do conceito jurídico de subordinação pode-se continuar a sustentar que o Direito do Trabalho é o ramo jurídico do trabalhador subordinado.

A prática jurisprudencial demonstra, entretanto, a dificuldade da utilização direta do critério da subordinação como identificador das relação de emprego. A análise de uma situação concreta demanda que o julgador recorra a elementos fáticos do cotidiano laboral para a aferição do trabalho subordinado.

A complexidade da sociedade atual e as diversas formas de aproveitamento da força de trabalhado não permitem a construção de um critério rígido que dê conta de abarcar, de forma direta, todas as situações práticas.

A subordinação deve ser compreendida como uma formulação teórica que tenta explicar uma característica específica de determinado grupo de trabalhadores. Não se pode esperar que seja um instrumento padrão competente para solucionar, de imediato e com um simples lançar de olhos, todas as situações controversas que batem às portas do Judiciário.

A identificação da relação de emprego deve ser feita com o auxílio de elementos práticos da realidade contratual, que além de conduzir o convencimento do juiz, servirão de fundamentação para a decisão. Tais indícios, que sozinhos carecem de aptidão distintiva, se analisados conjuntamente, podem auxiliar na constatação da existência ou não do trabalho subordinado. A subordinação é um critério aberto e flexível, que deve ser edificado em cada situação concreta, e não um elemento rígido e acabado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, E. G. L. **Direito do trabalho e pós-modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.

BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. Relação de emprego: trabalho voluntário e trabalho religioso. **Síntese Trabalhista**, n. 130, abr. 2000.

BARROS, C. M. Passado, presente e futuro do direito do trabalho, **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, ano 29, n. 110, p. 30-45, abr./jun. 2003.

BORBA, J. N. Subordinação jurídica. Parassubordinação. Contrato de atividade: a busca de uma nova dogmática para a relação de trabalho, **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, ano 30, n. 116, p. 232-248, out./nov. 2004.

CHAHAD, J. P. Z. As modalidades especiais de contratos de trabalho e o emprego flexível no Brasil, **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, ano 28, n. 106, p. 76-95, abr./jun. 2002.

COUTINHO, A. R. Da subordinação objetiva. In: PALOMINO, T. A. *El derecho del trabajo iberoamericano*. Lima: *Imprenta Gráfica E&N*, 2005.

\_\_\_\_\_. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, O. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

IBRAHIN, F. R. C. de A. Trabalho informal, **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, ano 30, n. 113, p.163-166, jan./mar. 2004.

LEITE, E. de O. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, S. **A subordinação jurídica na relação de trabalho**: uma perspectiva reconstrutiva. Curitiba, 2003. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MARANHÃO, D. Contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, A.; TEIXEIRA FILHO, J. de L. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELHADO, R. **Poder e sujeição**: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

RIVAS, D. ***La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo***. Montevideo: *Fundación de cultura universitaria*, 1995.

ROCHA, I. J. das M. **Justiça do Trabalho**: breve reflexão sobre a sua crise e apontamentos sobre novos rumos para um sistema judiciário do trabalho. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1244>> Acesso em: 14 set. 2005.

RUSSOMANO, M. V. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de bibliotecas. **Normas para apresentação de trabalhos científicos**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.

VILHENA, P. E. R. de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

WILDE, O. **Aforismos**. Curitiba: Posigraf.