

ANDRÉ LUIZ ACHE MANSUR

**A IMPROPRIEDADE DA DICOTOMIA SUBORDINADO/AUTÔNOMO COMO
CRITÉRIO FUNDANTE NA CONSTRUÇÃO DOS MARCOS JURÍDICOS NO
MUNDO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR).

Orientadora: Prof. Dr.^a Aldacy Rachid Coutinho.

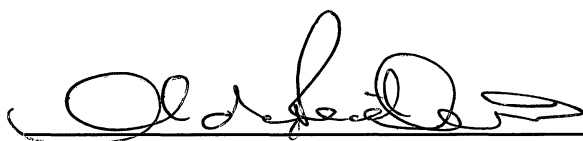
CURITIBA, 2015

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUIZ ACHE MANSUR

**A IMPROPRIEDADE DA DICOTOMIA SUBORDINADO/AUTÔNOMO COMO
CRITÉRIO FUNDANTE NA CONSTRUÇÃO DOS MARCOS JURÍDICOS NO
MUNDO DO TRABALHO**

Orientadora:



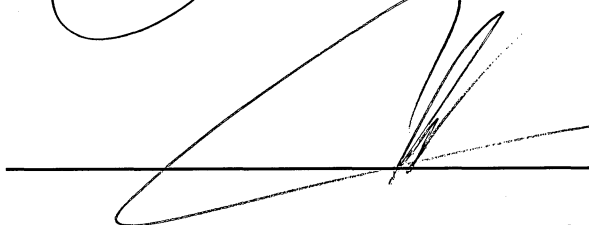
Prof.ª Dr.ª ALDACY RACHID COUTINHO
Departamento de Direito Privado
Universidade Federal do Paraná

Membro:



Prof. Dr. PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Departamento de Direito Civil e Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Membro:



Prof. Dr. CÉSAR BESSA
Departamento de Direito Público
Universidade Estadual de Londrina

Curitiba, 23 de fevereiro de 2015.

Dedico este trabalho

À Thaís, minha companheira, pelo imenso companheirismo e paciência, que me deu a tranquilidade necessária para ler e escrever;

Ao Marley, por trazer alegria à nossa família;

A minha mãe, que dedica sua vida à felicidade de seus três filhos, Eu e meus irmãos Ricardo e Paula;

E àqueles que já se foram, mas que sempre acreditaram em mim, em especial meu pai e meus avós.

Agradeço,

À professora Aldacy Rachid Coutinho,
pela honrosa orientação deste trabalho,
pelas conversas de todas as manhãs,
pelas críticas e contribuições sempre
pertinentes e sem as quais este
trabalho não seria possível;

Ao professor Paulo Roberto Ribeiro
Nalin, pela contribuição dada;

Ao professor César Bessa, por fazer
parte desta caminhada e pela amizade.

RESUMO

Na doutrina justralhista os escritores direcionam seus estudos com base em uma dicotomia “trabalho subordinado” *versus* “trabalho autônomo”, reduzindo a complexidade das mais variadas formas de trabalhar e, ainda, acreditando que os trabalhadores autônomos não podem se igualar aos trabalhadores subordinados em razão da presença da subordinação jurídica dos empregados em relação ao empregador, o que não ocorreria com os trabalhadores autônomos que prestam serviços sem subordinação jurídica. Ao depositarem sua fé nesta crença, enganam-se estes escritores, uma vez que a relação de emprego é uma relação jurídica obrigacional, e a subordinação jurídica de um dos sujeitos é uma consequência natural em uma relação jurídica obrigacional. Ao analisarmos a estrutura de qualquer relação jurídica de trabalho verificamos que a subordinação jurídica, embora plenamente aplicável à relação de emprego, pode ser aplicado às diversas outras espécies de relação de trabalho, inclusive nas relações de trabalho autônomo. Isto em razão da própria natureza e do conteúdo da subordinação jurídica, que nada mais é do que o complexo de deveres, de obrigações que o sujeito passivo da relação obrigacional deve cumprir na relação jurídica. É verdade que na relação de emprego há uma forte carga de subordinação jurídica em comparação a outras formas de prestar trabalho, mas não podemos afirmar ser este fato seu traço distintivo. Não é a subordinação jurídica que faz da relação empregatícia um universo distinto das demais formas de relação de trabalho. A característica principal da relação empregatícia é o fato de o empregado não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho, enquanto o trabalhador autônomo se apropria do resultado econômico do seu trabalho. Esta característica específica da relação de emprego está fortemente ligada ao seu objeto.

Palavras-chave: dicotomia “trabalho subordinado” *versus* “trabalho autônomo”; impropriedade da teoria da subordinação; relação jurídica; objeto e conteúdo da relação jurídica; objeto da relação como critério de distinção.

RESUMEN

En la doctrina laboral los escritores dirigen sus estudios basados en una dicotomía "trabajo por cuenta ajena" frente a "trabajo por cuenta propia", lo que reduce la complejidad de las diversas formas de trabajo, creyendo que los trabajadores por cuenta propia no pueden ser iguales a los trabajadores por cuenta ajena debido a la presencia de la subordinación jurídica de los trabajadores por cuenta ajena, lo que no ocurriría con los trabajadores por cuenta propia que prestan servicios sin subordinación jurídica. Al poner su fe en esta creencia, se equivocan estos escritores, ya que la subordinación de uno de los sujetos es una consecuencia natural de una relación jurídica que resulta en una obligación. Mediante el análisis de la estructura de cualquier relación de trabajo, se muestra que la subordinación jurídica, mientras es plenamente aplicable a la relación laboral por cuenta ajena, se puede aplicar a varias otras especies de relación de trabajo, incluidas las relaciones por cuenta propia. Esto debido a la naturaleza y el contenido de subordinación jurídica, que no es más que los deberes, obligaciones que el trabajador debe cumplir en la relación jurídica. Es cierto que en la relación laboral por cuenta ajena existe una fuerte carga de la subordinación jurídica en comparación con otras formas de proporcionar trabajo, pero no podemos decir que este hecho es su marca distintiva. No es la subordinación jurídica que hace la relación laboral de trabajo por cuenta ajena un universo diferente de otras formas de relación laboral. La principal característica de la relación de trabajo por cuenta ajena es el hecho de que el trabajador no se apropia del resultado económico de su trabajo, a diferencia de lo que ocurre con un trabajador por cuenta propia que se apropia de los resultados económicos de su trabajo. Esta característica específica del trabajo por cuenta ajena está fuertemente ligada a su objeto.

Palabras clave: dicotomía "trabajo por cuenta ajena" frente a "trabajo por cuenta propia"; relación jurídica; objeto y contenido de la relación jurídica.

SUMÁRIO

Sumário

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESCORÇO HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL.....	11
3 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL.....	20
3.1 Considerações iniciais	20
3.2 Elementos da relação jurídica obrigacional	26
3.3 Conteúdo da relação jurídica obrigacional	29
3.3.1 O direito subjetivo.....	30
3.3.2 Faculdade jurídica	34
3.3.3 O dever jurídico	34
3.3.4 Ônus	37
3.3.5 O direito potestativo	38
3.3.6 Sujeição jurídica	40
3.4 Considerações finais.....	41
4 RELAÇÕES DE TRABALHO <i>LATO SENSU</i>	42
4.1 Considerações iniciais	42
4.2 Trabalhadores autônomos	43
4.3 Trabalhadores empregados	46
4.3.1 Considerações iniciais	46
4.3.2 Elementos da relação de emprego	50
4.3.3 Conteúdo da relação de emprego.....	60
4.4 A ideologia em torno do discurso da subordinação jurídica.....	76
4.5 Trabalhadores parassubordinados.....	79
5 CONCLUSÃO	82
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

1 INTRODUÇÃO

Na língua portuguesa a palavra trabalho pode significar tanto a atividade de realizar uma obra que expresse o autor e lhe dê reconhecimento social e permaneça além da sua vida, ou a atividade caracterizada pelo esforço rotineiro e repetitivo, de resultado consumível e incomodo inevitável¹. Infelizmente, esta última significação de trabalho como atividade caracterizada pelo esforço rotineiro e repetitivo, de resultado consumível e incomodo inevitável é o que geralmente tem caracterizado a relação de emprego e todas as demais relações jurídicas que envolvam a atividade humana de prestar trabalho.

A atividade humana de prestar trabalho pode ser objeto de livre acordo de vontades através do qual uma pessoa se obriga a prestar trabalho à outra pessoa com finalidades diversas. Há inúmeras formas de relação jurídica deste tipo e que não se confundem com a relação jurídica de emprego.

Dentre as múltiplas formas de prestar trabalho, em geral, é enorme a dificuldade em diferenciar a relação de emprego das relações de trabalho autônomo, e, quando se analisa uma realidade prática, esta dificuldade se agiganta, havendo situações em que não se pode definir com clareza se a relação jurídica é de emprego ou não.

Ocorre que a maior parte dos juristas pátrios e estrangeiros que se dedicam ao estudo das relações de trabalho afirma que a diferença entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho autônomo estaria na presença da subordinação do empregado em relação ao empregador, o que não ocorre nas relações autônomas de trabalho onde o trabalhador prestaria trabalho com autonomia.

A subordinação jurídica é utilizada, então, como critério eleito para distinguir duas realidades em relação às diversas espécies de relação jurídica de trabalho. Tornou-se unânime na doutrina o discurso no sentido de que a relação de emprego se distingue das relações de trabalho autônomo em razão

¹ ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 09.

da presença da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, sendo que nas relações de trabalho autônomo o trabalhador presta serviços com autonomia, isto é, sem subordinação.

Ocorre que não é a subordinação jurídica que faz da relação empregatícia um universo distinto das demais relações de trabalho autônomo, pois não é uma característica exclusiva da relação de emprego, podendo inclusive ser encontrada em outras modalidades de relação de trabalho. Estando a subordinação jurídica presente em todas as relações jurídicas de trabalho, ainda que em um grau mínimo, não pode ser considerada como o traço distintivo da relação de emprego.

Assim, feita esta introdução, o presente trabalho visa lançar ideias fundamentais que ensejarão uma forte crítica ao conceito de subordinação jurídica como traço distintivo da relação empregatícia.

Alerto ao leitor que tudo indica ser este trabalho uma voz isolada na doutrina pátria, dada a imensa dificuldade em encontrar uma abordagem semelhante nos doutrinadores brasileiros. Esta dificuldade se estende à doutrina estrangeira, porém com poucas exceções.

Para alcançar o objetivo proposto neste trabalho é necessário analisar o desenvolvimento das regras incidentes sobre as relações de trabalho, desde as primeiras normativas, passando pelo Código Civil de 1916 e chegando à CLT, que passou a regulamentar com exclusividade a relação de emprego, objetivando com isso mostrar a similitude entre a relação de emprego regulada pelo Direito do Trabalho e as relações de trabalho reguladas pelo Direito Civil.

Será necessário analisar também o processo de formação das relações jurídicas, uma vez que uma relação de trabalho é, antes de tudo, uma relação jurídica de natureza obrigacional, um vínculo entre pessoas do qual decorrem direitos (poderes) e deveres resultantes da incidência da norma jurídica sobre o fato jurídico que lhe deu origem.

Feitas estas incursões, retomarei a crítica ao conceito de subordinação jurídica como traço distintivo da relação empregatícia. Pretende-se mostrar que

o discurso da subordinação jurídica tem por fim ocultar uma das mais importantes características da relação empregatícia que é a alienação do trabalhador do resultado econômico de seu trabalho em prol do empregador, que é o titular do poder de direção e é quem fica com o resultado econômico do trabalho prestado pelo empregado.

A conclusão do trabalho é no sentido de que devemos repensar o Direito do Trabalho e seu âmbito de incidência. Isto significa uma nova leitura e conceituação da relação de emprego não mais fundada na noção de subordinação jurídica.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

A análise histórica da regulamentação jurídica das relações de trabalho no Brasil nos revelará aspectos importantes ignorados pela doutrina e que podem nos fornecer elementos em defesa do objetivo deste trabalho, que é demonstrar que a subordinação jurídica não é e nem nunca foi característica exclusiva da relação de emprego.

Com efeito, a aplicação da teoria da subordinação ao Direito do Trabalho foi obra dos italianos que a consolidaram no Código Civil da Itália de 1942, interpretada como a heterodireção da prestação de trabalho, sendo a primeira tentativa de juridicização do trabalho do operário fundada na relação entre dependência jurídica, de um lado, e poder diretivo, de outro².

No Brasil, a teoria da subordinação foi incorporada na Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. Criou-se com isto a dicotomia “trabalho subordinado” regido pela CLT *versus* “trabalho autônomo” regido pelo Direito Civil. Os juristas pátrios perpetuaram esta dicotomia em seus escritos, não se tendo notícia de um autor brasileiro que defenda a mesma posição adotada neste trabalho.

Mas o mero fato de haver uma previsão legal diferenciando a relação de emprego das demais relações de trabalho com base na teoria da subordinação não conduz a conclusão de que nas demais relações de trabalho não haveria a subordinação jurídica do trabalhador. A diferença não está na subordinação jurídica.

Há mais semelhanças que diferenças entre os diversos tipos de relações jurídicas que envolvam a atividade humana de prestar trabalho com liberdade, não sendo a subordinação jurídica que faz da relação empregatícia um universo distinto das demais formas de relação de trabalho.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211-213.

Ao analisarmos o desenvolvimento das regras jurídicas incidentes sobre as relações de trabalho *lato sensu*, em especial das regras jurídicas contidas no Código Civil de 1916, no capítulo sobre a locação de serviços, regulamentando a prestação de serviços de trabalhadores autônomos, e das regras jurídicas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentando a relação de emprego, observaremos que sofreram influência de algumas leis do Império e de algumas normativas republicanas, fato este que fez com que o Código Civil de 1916 e a CLT de 1943 apresentassem algumas regras muito semelhantes, inclusive no que importa a própria natureza contratual do vínculo jurídico.

Pois bem, é sabido que a regulamentação jurídica das relações sociais de trabalho livre em terras brasileiras ocorreu de forma tardia. Eduardo Espínola ensina que logo que o Brasil se tornou independente, o legislador constituinte adotou provisoriamente como legislação do Império as ordenações, leis, regimentos alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelos quais o Brasil se governaria até o dia 25 de abril de 1821. Na Constituição de 1824 encontrava-se a solene promessa de um Código Civil, mas muitos anos se passaram sem que, em relação ao Código Civil, se procurasse dar cumprimento à promessa constitucional. As relações comuns continuaram a ser reguladas pela legislação anacrônica, recebida da antiga metrópole, com as modificações sugeridas pelas conveniências do momento³.

Soma-se a este fato a questão da regulamentação tardia do trabalho livre no Brasil. A regulamentação tardia do trabalho livre tem uma razão, uma causa bem conhecida por todos. É fato que por longos anos o trabalho em terras brasileiras foi incumbência dos escravos. O processo de abolição do trabalho escravo foi lento e gradual.

Ainda no início do século XIX haviam poucos trabalhadores livres inseridos em atividades econômicas, alguns inclusive escravos libertos. Basta lembrar que o processo de abolição do trabalho escravo iniciou-se com a Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queiros), que estabeleceu

³ ESPINOLA, Eduardo. Sistema do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 9-13.

medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império, passou pelas Leis nº 2.040, de 28 de Setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), e nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei dos Sexagenários), as quais, respectivamente, declararam livres os filhos de escravas que nascerem desde a data da Lei e libertou os escravos com mais de 60 anos, e findou-se com a Lei 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea), que declarou extinta a escravidão no Brasil.

Mas com o desenvolvimento da economia capitalista, com o combate ao trabalho escravo e com a utilização do trabalho livre remunerado surgiram algumas leis para regulamentar a prestação de trabalho livre no território brasileiro. Assim, no Brasil, o quadro referente ao trabalho livre registra, em 1830, a Lei de 13 de setembro regulando o contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiros ou estrangeiros dentro ou fora do Império, a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837 regulando os contratos de locação de serviços dos colonos, e, datando de 1850, o Código Comercial. Portanto, datam do século XIX as primeiras leis que tinham por objetivo prescrever direitos e deveres às partes das relações de trabalho livre.

A Lei de 13 de setembro de 1830, que regulou o contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiro ou estrangeiro dentro ou fora do Império, prescrevia poucos direitos ao prestador de serviços, porém muitos deveres, inclusive havia a previsão de o trabalhador, evadindo-se ao cumprimento do contrato, ser reconduzido preso e obrigado a prestar o trabalho a que se obrigou (artigo 5º).

O que se observa com clareza é que a mentalidade da época ainda estava centrada na relação de trabalho não livre, escravagista. Distinguiam-se apenas os trabalhadores livres dos trabalhadores escravos. E mesmo aos trabalhadores livres era dispensado tratamento que os reduzia à condição de trabalhador não livre, sendo este mesmo o propósito previsto no artigo 5º da Lei de 13 de setembro de 1830. Não havia a distinção entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, até mesmo porque esta discussão nem sequer tinha sido iniciada na Itália, berço da teoria da subordinação jurídica.

Octavio Bueno Magano afirma que a edição da Lei de 13 de setembro

de 1830 está ligada a convenção celebrada entre Brasil e Inglaterra, em 23 de novembro de 1826, na qual se estipulou que a partir de três anos após as ratificações do ajuste, o tráfico de escravos passaria a ser pirataria, o que tornou necessária a regulamentação jurídica do trabalho livre no Brasil a partir de 1830. Assim, a Lei de 13 de Setembro de 1830 foi o instrumento jurídico que regulou o contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiro ou estrangeiro dentro ou fora do Império.⁴

Por outro lado, ainda que a mentalidade da época fosse do trabalho escravo, não há como negar que estas leis revelaram também um forte apego à doutrina da autonomia da vontade, pois as partes das relações de trabalho tinham ampla liberdade para regulamentar as condições em que o trabalho deveria ser prestado. As partes das relações de trabalho livre tinham ampla autonomia na estipulação das regras aplicadas à relação.

Mas o que se procurava proteger com o reconhecimento da autonomia da vontade não era a igualdade formal entre os sujeitos da relação de trabalho, tampouco a capacidade de o trabalhador exigir direitos, de negociar melhores condições de trabalho. O objetivo destas normas era a proteção da propriedade e não a do trabalhador. Assim, ao se reconhecer às partes uma autonomia na celebração do contrato, conferia-se uma enganosa situação de liberdade, na qual o trabalhador por livre vontade concordava com a condição de sujeição que estava submetido. Portanto, o surgimento destas leis prescrevendo regras sobre a prestação de trabalho se deu principalmente no intuito de proteger a propriedade privada, a autonomia da vontade e o contrato, elementos chaves para o sistema capitalista.

Neste aspecto, a natureza contratual da relação jurídica de trabalho fica evidente desde as primeiras normativas sobre a prestação de trabalho no território brasileiro. Apenas por meio do contrato é que seria possível defender que as condições degradantes impostas aos trabalhadores somente seriam possíveis por livre deliberação do trabalhador, que expressamente com elas concordava. Neste sentido, trabalhar seria uma opção do trabalhador e não

⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**: direito individual do trabalho, 4. ed., v. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 38.

uma imposição.

Após a edição da Lei 13, de setembro de 1830, da Lei nº. 108, de 11 de outubro de 1837, e do Código Comercial de 1850 que regulamentava a locação mercantil, outras leis foram editadas pelo Império com vistas à regulamentação do trabalho livre no território brasileiro. Duas principais devem ser citadas, a primeira a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como a Lei de Terras, dispôs sobre as terras devolutas do Império, e a segunda o Decreto n. 2.827, de 15 de março de 1879, que dispôs sobre o modo como deveria ser feito o contrato de locação de serviços.

Neste sentido, ao analisar como se deu a transição do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil, a partir de meados do século XIX, Wilson Ramos Filho ensina que, antes mesmo da abolição do trabalho escravo, o Império havia estabelecido duas leis que condicionariam o futuro mercado do trabalho livre, a primeira de 1850, que regulamentou a titulação das terras ocupadas e garantiu a posse e a propriedade com base no sistema de sesmarias, alijando do acesso à terra trabalhadores escravos, que rumando para as cidades passaram a compor o primeiro exército de reserva brasileiro, e a segunda de 1879, que, regulamentando a relação de trabalho no regime de colonato e parceria agrícola, garantiu ao proprietário da terra o direito de romper unilateralmente e sem motivação o contrato de produção, bem dentro do espírito capitalista.⁵

Octavio Bueno Magano ensina que em 1879, quando as correntes migratórias europeias já constituíam solução bem sucedida para suprir as necessidades de mão-de-obra nas lavouras de café, foi promulgado o Decreto n. 2.827, o qual revelava a preocupação em dar maior proteção ao trabalhador estrangeiro e que revogou expressamente as Leis de 13 de setembro de 1830 e de 11 de outubro de 1837.⁶

Posteriormente, o Decreto nº 213, de 22 de fevereiro de 1890 revogou o Decreto nº 2827/1879 e todas as disposições exorbitantes do direito comum

⁵ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, p. 36-37.

⁶ MAGANO, op. cit., 1993, p. 39.

relativas aos contratos de locação de serviço agrícola, conferindo aos poderes de cada um dos Estados Federados competência para regular juridicamente as relações entre o locador e o locatário no respectivo território. Com isso, persistia apenas a locação de serviços e a empreitada, ambas reguladas pelo Código Comercial de 1850. Como se observa, até fins do século XIX, a legislação brasileira não fazia distinções entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo.

Seguindo na análise histórica da regulamentação jurídica das relações de trabalho no Brasil, Alice Monteiro de Barros explica que a condição do trabalhador só foi melhorar no período compreendido entre a última década do século XIX e a Revolução de 1930, quando surgem alguns diplomas legislativos de maior relevância, que são: uma lei sobre sindicalização dos profissionais da agricultura de 1903; uma lei sobre sindicalização dos trabalhadores urbanos de 1907; o Código Civil de 1916, com o capítulo sobre a locação de serviços, regulamentando a prestação de serviços de trabalhadores; uma lei sobre acidente de trabalho de 1919; a Lei Elói Chaves, de 1923, disciplinando a estabilidade no emprego conferida aos ferroviários que contassem 10 ou mais anos de serviço junto ao mesmo empregador, instituto mais tarde estendido a outras categorias; e a criação do Ministério do Trabalho, em 1930⁷.

Há que se ressaltar, contudo, que nas três primeiras décadas do século XX o empresariado brasileiro ainda dispunha de ampla liberdade para disciplinar a tomada da força de trabalho. Ainda que o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) regulasse a locação de serviços nos artigos 1.216 a 1.236, não havia no Código nenhuma limitação ao tempo em que o trabalhador poderia ficar à disposição do locador dos serviços. A tônica dada pelo Código de 1916 girava em torno da proteção a propriedade privada e da autonomia privada e não dos direitos sociais.

Neste sentido, Wilson Ramos Filho assevera que, nas três primeiras décadas do século XX, a relação trabalhista era regulamentada basicamente

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 55-56.

pelos próprios empresários, e que o Estado se fazia presente nestas relações tanto reprimindo as tentativas de revolta em face do exercício do poder patronal quanto organizando a sociedade para que a economia capitalista funcionasse no interesse das classes dominantes⁸.

Passo adiante, já no contexto da crise do capitalismo, em 1929, surge, no Brasil, um conjunto normativo de âmbito geral estabelecendo direitos e obrigações às partes do contrato de trabalho. Como exemplo, a conquista do direito às férias (Decretos Legislativos nº 4.982/1925 e 17.496/1926), a regulamentação da jornada de trabalho dos menores (Código de Menores, de 12 de outubro de 1927), a regulamentação da jornada de trabalho de diversas categorias, limitando-a em oito horas diárias, como a dos trabalhadores no comércio (Decreto nº 21.186/1932), o reconhecimento pelo Estado do poder normativo negocial dos sindicatos (Decreto nº 21.175, de 21 de março de 1932), a criação das Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto nº 22.132, de 25 de novembro de 1932), a criação da Justiça do Trabalho pela Constituição de 1934, vinculada ao Poder Executivo (artigo 122) e sua regulamentação infraconstitucional (Decreto-Lei nº 1.237/1939). Estes avanços não foram suficientes para retirar a natureza contratual da relação de emprego e diferenciá-la substancialmente de outras formas de trabalho livre, tampouco anular a autonomia privada das partes, embora aqui já mitigada.

Com a Carta Constitucional de 1934, alguns direitos dos trabalhadores foram constitucionalizados, entre eles, o salário mínimo, o trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei, o repouso hebdomadário, de preferência aos domingos, férias anuais remuneradas, indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, dentre outros (artigo 121, §1º, “a” a “j”, §2º). A Carta de 1937 não trouxe muitas inovações. Em comum a estas duas Constituições, tem-se que o tratamento dos direitos dos trabalhadores era dado no título que tratava da ordem econômica. O que se observa na parábola histórica é que a regulamentação do trabalho era vista como um problema de ordem econômica e não um problema de ordem social.

⁸ RAMOS FILHO, op. cit., p. 49.

Decorreu que dessa avalanche de intervenções legislativas culminou a edição da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Ocorre que a CLT incorporou em seu texto os mesmos objetivos estampados nas regras que lhe antecederam. Assim, a legislação do trabalho insculpida na CLT tinha como objetivo a proteção da propriedade privada, da autonomia da vontade das partes contratantes e do contrato, os mesmos objetivos insculpidos no Código Civil de 1916, elementos chaves para o sistema capitalista.

Chegado a este ponto da análise, é preciso pontuar algumas observações. As primeiras regras jurídicas a regulamentar as relações de trabalho no Brasil trataram o fenômeno jurídico em questão sem apontar diferenças substanciais entre as diversas modalidades de prestar trabalho livre. Não se falava em trabalho subordinado ou em trabalho autônomo, apenas em trabalho livre. Nem sequer pairava na mentalidade da época expressões como empregado e empregador. Ou se era um trabalhador não livre ou um trabalhador livre, e a estes se aplicavam uma única legislação, além dos costumes da época.

Ademais, as relações de trabalho livre se caracterizavam pela heterodireção da prestação de trabalho. Mesmo o trabalhador livre não fugia de ser um trabalhador obrigado a cumprir ordens. Ora, mas se a subordinação foi interpretada como a heterodireção da prestação de trabalho, e se o trabalho livre se caracterizava pela heterodireção da prestação de trabalho, tem-se que o trabalho livre era também um trabalho subordinado. E se as regras jurídicas contidas no Código Civil de 1916 sobre locação de serviços sofreram influência ou tiveram origem de algumas leis do Império e de algumas normativas republicanas sobre o trabalho livre, tem-se que o Código Civil de 1916 também prescreveu regras sobre trabalho subordinado.

Foi com a Consolidação das Leis do Trabalho que legislação brasileira passou a distinguir trabalho subordinado de trabalho autônomo ao adotar como marco distintivo a teoria da subordinação do direito italiano, tornando-se o discurso dominante entre os juristas que se ocuparam em estudar as relações de trabalho, criando-se a dicotomia trabalho subordinado *versus* trabalho

autônomo.

Porém, devemos ressaltar que o mero fato de haver uma previsão legal diferenciando a relação de emprego das demais relações de trabalho com base na teoria da subordinação não conduz a conclusão de que nas demais relações de trabalho não haveria a subordinação jurídica do trabalhador.

Não se nega, contudo, que a relação de emprego objeto de regulamentação pelo Direito do Trabalho possui características próprias que a diferenciam das relações de trabalho regulamentadas pelo Direito Civil, mas certamente esta diferença não está na subordinação jurídica do trabalhador.

Dito isto, passaremos à análise das relações jurídicas, em especial das relações jurídicas de natureza obrigacional, para identificar com precisão a diferença entre a relação de emprego e o trabalho autônomo, uma vez que uma relação de trabalho é, antes de tudo, uma relação jurídica de natureza obrigacional, um vínculo entre pessoas do qual decorrem direitos (poderes) e deveres resultantes da incidência da norma jurídica sobre o fato jurídico que lhe deu origem.

3 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

3.1 Considerações iniciais

A importância do estudo da relação jurídica de natureza obrigacional se dá em razão do fato de as relações de trabalho *lato sensu*, incluindo a relação de emprego, constituírem formas de relações jurídicas obrigacionais das quais resultam direitos e deveres aos sujeitos partícipes e até mesmo face ao Estado. Com efeito, as relações de trabalho em sua generalidade são relações jurídicas de natureza obrigacional.

O estudo da relação jurídica obrigacional, mais especificamente dos elementos que a compõe, da sua estrutura, e do conteúdo que ela encerra, nos revelará que a diferença entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho não está na presença ou na ausência da subordinação jurídica de um dos sujeitos, uma vez que encontramos subordinação em todas as relações jurídicas obrigacionais.

A relação jurídica pode ser definida como toda relação social que, pela sua relevância, é valorada (lícita ou ilícita), qualificada (negócio jurídico) e disciplinada (efeitos previstos pelo ordenamento jurídico) pelo Direito. Portanto, toda relação social que é valorada, qualificada e disciplinada pelo Direito torna-se, por isso mesmo, uma relação jurídica. Passa a ser jurídica no momento em que a regra jurídica a descreve de forma abstrata e hipotética, fazendo com que o ordenamento atue sobre a relação caso ela ocorra.

Francisco Amaral ensina que a relação jurídica é uma categoria própria do direito privado, embora usada largamente no direito público, e tem como principal fonte a experiência jurídica privada, o conjunto das relações cujo conteúdo (poderes e deveres) é determinado pela autonomia das partes, experiência que consiste em relações sociais de que os sujeitos participam e que são disciplinadas pelo Direito, sendo que a incidência da norma transforma esta relação em um vínculo jurídico que se traduz em uma situação de poder e outra de dever ou de sujeição, e a norma jurídica que incide é a manifestação

de poder do Estado ou dos sujeitos no exercício da autonomia conferida pelo sistema legal⁹.

Amaral observa que o conceito de relação jurídica, embora sendo noção antiga, com antecedentes no direito romano e no direito canônico medieval, alçou a condição de conceito básico do sistema jurídico com a pandectística alemã, sendo introduzido por Savigny que a considerava como toda relação de pessoa a pessoa determinada por uma regra de direito que confere a cada sujeito um domínio onde sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha. Amaral afirma que com os juristas do século XIX, que viam o direito como expressão da vida social e das relações que a constitui, a relação jurídica sofre uma dupla e complexa evolução, um processo de extensão na tentativa de aplicar este conceito aos demais ramos jurídicos, e um processo de precisão, citando como exemplo os conceitos dados por Ihering, que identificava a relação jurídica com o direito subjetivo e por consequência todo o direito seria ao mesmo tempo uma relação jurídica, e por Perlingieri, que consagra a opinião de que a relação jurídica seria o vínculo entre situações subjetivas, devendo ser vista como regulamento de interesses¹⁰.

Francisco Amaral ensina também que quando se configuram relações decorrentes de fatos jurídicos não típicos, isto é, não previstos no ordenamento jurídico, fala-se em relações de fato para significar aquelas situações desprovidas de uma estrutura jurídica definida, mas que têm importância e significado para o direito, citando como exemplo a sociedade de fato e as relações contratuais de fato¹¹.

Em regra, as relações jurídicas são relações sociais que, em vista da importância que têm para a vida em sociedade, e dado os reflexos que geram não só para os sujeitos que dela participam diretamente, mas também para terceiros alheios à relação, são disciplinadas pelo Direito e, assim, ao ocorrerem na realidade, sofrem a incidência da norma jurídica que as

⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160-161.

¹⁰ Ibid., p. 159-171.

¹¹ Ibid., p. 161.

transforma em vínculos jurídicos traduzidos em uma situação de direitos e deveres para os sujeitos da relação.

Pietro Perlingieri, neste sentido, observa que toda relação social transformada em jurídica tem sempre um fato gerador que pode ser um fato humano ou natural e que é valorado, qualificado e disciplinado pelo Direito, sendo que qualquer fato humano ou natural que receba uma valoração (lícito ou ilícito), uma qualificação (ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico) e uma disciplina (efeitos que o ordenamento jurídico imputa ao fato) no âmbito do ordenamento jurídico é um fato jurídico, um fato que por si só tem relevância para o Direito. Assim, para o autor, o fato jurídico pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica, sendo que a regra descreve de forma abstrata e hipotética um fato que se ocorrido concretamente faz com que o ordenamento atue sobre ele. Para o jurista, o fato concreto constitui então o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento se atua¹².

Em síntese, a relação jurídica é uma relação social que se transforma em uma relação jurídica em virtude da incidência da norma jurídica que valora (trabalho lícito ou ilícito), qualifica (contrato individual de trabalho ou outro tipo qualquer como o contrato de prestação de serviços) e disciplina (direitos e deveres correlatos aos sujeitos da relação) a relação que se estabelece na sociedade.

Dentre as relações jurídicas com conteúdo patrimonial encontramos as relações jurídicas obrigacionais e as relações jurídicas reais.

Silvio Rodrigues explica que enquanto no direito real encontramos uma relação entre pessoa e coisa, no direito obrigacional a relação se estabelece entre duas pessoas. Assevera que o direito real, ligando a coisa ao seu titular, permite que este a busque onde quer que se encontre e nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, a fim de exercer sobre ela o direito de seqüela, faculdade do titular do direito real de perseguir a coisa até encontrá-la

¹² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 89-90.

e que decorre do fato de ser o direito real oponível *erga omnes*, isto é, a qualquer pessoa. Pondera que o Direito das Obrigações cuida dos direitos pessoais, isto é, do vínculo ligando um sujeito ativo (credor) a um sujeito passivo (devedor) por força do qual o primeiro pode exigir do segundo o fornecimento de uma prestação consistente em dar, fazer ou não fazer alguma coisa¹³.

Próprias são as lições de Pietro Perlingieri para quem a contraposição das situações patrimoniais em situações reais e obrigacionais vai perdendo os seus precisos confins. Explica primeiro que a noção de situação real deriva da relação não só de dependência, mas também de inerência entre o direito e seu objeto, entre a situação e a coisa, sendo aquela gravada sobre uma *res*. A situação creditória, não tendo uma relação de inerência ou de imanência com uma *res*, se realiza mediante o adimplemento e o alcance do resultado. Para o autor, a característica saliente é o comportamento devido: a prestação. Assim, a situação dita real normalmente dispensa a intervenção por parte de um terceiro para o alcance do resultado útil para o titular. Na situação dita creditória o interesse a favor do titular se realiza exclusivamente mediante a atividade, o comportamento do sujeito obrigado. Característica única e essencial do direito de crédito é a intermediação mediante a prestação, intermediação que, quando está presente nas situações reais, assume um papel complementar. Estas observações levaram a considerar a presença de um dever genérico como característica da situação real. Ao direito dito real contrapor-se-ia uma posição de dever por parte da generalidade dos sujeitos, e na situação dita creditória somente um sujeito, o devedor, seria titular da obrigação de comportamento devido. Pondera que a ideia de que ao direito real contrapor-se-ia uma posição de dever por parte da generalidade dos sujeitos e de que na situação dita creditória somente um sujeito, o devedor, seria titular da obrigação de comportamento devido não responde à disciplina de todas as situações ditas reais. Conforme explica, existem situações mistas que têm caráter típico e tradicional dos direitos reais e das relações obrigacionais, como ocorre nas situações reais de gozo, que ao lado do dever genérico por parte de

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 07-08.

terceiros, existe também uma relação entre um centro de interesses (usufruto) e outro centro de interesses já individuado (nu-propriedade). Na relação de usufruto estão presentes obrigações específicas, comportamentos tais que impossibilitam que estas situações se esgotem na perspectiva tão somente do dever genérico¹⁴.

A relação jurídica de natureza obrigacional é a denominação dada ao vínculo estabelecido entre sujeitos do qual decorre uma situação de direitos e deveres para cada uma das partes.

Com relação ao adjetivo obrigacional, a palavra obrigação pode tanto designar o dever jurídico patrimonial (obrigação *stricto sensu*) como pode ser usada para designar a relação jurídica da qual decorrem as obrigações deveres. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira assevera que parte da doutrina tem focado a obrigação sob um viés dinâmico, representativa de uma relação jurídica obrigacional composta por um conjunto de direitos, faculdades, poderes, ônus e deveres das partes¹⁵.

Assim, a relação jurídica obrigacional designa toda e qualquer relação jurídica entre dois sujeitos da qual decorre uma obrigação cujo objeto é uma prestação. Portanto, as relações de trabalho *lato sensu*, da qual a relação de emprego é uma espécie, são exemplos de relações jurídicas obrigacionais, pois do vínculo entre os sujeitos decorre a obrigação cujo objeto é a prestação devida pelo sujeito passivo, o trabalhador.

Orlando Gomes ensina que a obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal, sendo a obrigação um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. Pondera o autor que a afirmação de que a obrigação constitui um vínculo jurídico não é redundante, pois serve para distingui-la de outras relações que não configuram sujeição de direito como, por exemplo, os

¹⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 202-205.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed., volume II (teoria geral das obrigações). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 05.

deveres puramente morais¹⁶.

Orlando Gomes afirma ainda que a obrigação estrutura-se entre dois sujeitos, o ativo e o passivo, para que um deles satisfaça certa prestação em proveito do outro. Ensina o autor que a subordinação do interesse de alguém ao de outrem é manifestada sob a forma de correspondência a uma pretensão determinada¹⁷.

Neste sentido, César Fiuza elenca algumas definições de obrigação formuladas pela doutrina moderna. Cita a definição dada pelos franceses Robert Joseph Pothier, para quem obrigação é o vínculo de direito que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou não fazer algo, e Aubry et Rau, para quem obrigação é a necessidade jurídica por força da qual uma pessoa fica subordinada em relação à outra a dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Dentre os doutrinadores pátrios, cita a definição de Lacerda de Almeida, para quem a obrigação é o vínculo jurídico pelo qual alguém está adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa¹⁸.

Fica claro assim que a ideia de subordinação de um dos sujeitos da relação jurídica obrigacional não se restringe apenas às relações jurídicas obrigacionais de trabalho, e em especial à relação de emprego, mas se estende a toda e qualquer relação jurídica enquanto obrigação. Assim, a subordinação jurídica é inerente a toda e qualquer relação jurídica de trabalho e não apenas a relação de emprego, e por esta razão não pode ser utilizada para diferenciar a relação de emprego das demais relações de trabalho. A subordinação jurídica representa apenas os deveres do sujeito passivo em relação ao sujeito ativo.

A subordinação de um dos sujeitos é uma consequência natural em uma relação jurídica obrigacional. Não sendo a subordinação jurídica o que diferencia a relação de emprego das relações de trabalho autônomo, a diferença deve ser buscada em outro aspecto. Desta forma, se a diferença

¹⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

¹⁷ *Ibid.*, p. 20-29.

¹⁸ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 287-290.

entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo não está no requisito da subordinação jurídica, é necessário ingressar no estudo das relações jurídicas de natureza obrigacional para identificar qual é a diferença relevante entre elas.

3.2 Elementos da relação jurídica obrigacional

Vamos analisar a questão sob duplo enfoque, primeiro considerando obrigação como o dever jurídico patrimonial, e segundo considerando obrigação como relação jurídica. Trata-se, entretanto, de duas abordagens diferentes do mesmo fenômeno jurídico.

Sob o enfoque da obrigação como dever jurídico, a obrigação *stricto sensu* apresenta alguns elementos constitutivos.

É certo que a obrigação estrutura-se pelo vínculo entre pessoas. Assim, o elemento subjetivo seriam os sujeitos que dela participam, sendo denominados de sujeito ativo e sujeito passivo da relação. O sujeito ativo ocupa a situação de credor na relação, e o sujeito passivo a situação de devedor na relação. Também é verdade que a obrigação envolve uma prestação do sujeito passivo, que pode ser um dar, fazer ou não fazer algo. A prestação envolvida é o objeto da obrigação. O vínculo jurídico que liga o credor e o devedor é outro elemento da obrigação.

Silvio Rodrigues afirma que os elementos constitutivos da obrigação são o vínculo jurídico, as partes na relação obrigatória e a prestação. Quanto ao vínculo ensina que compreende a dívida e a responsabilidade. A dívida consiste no dever que incumbe ao sujeito passivo de prestar aquilo a que se comprometeu, e a responsabilidade é representada pela prerrogativa conferida ao credor de proceder à execução do patrimônio do devedor para satisfação do seu crédito em casos de inadimplência. As partes seriam os sujeitos ativo (credor) e passivo (devedor). A prestação consiste em dar, fazer ou não fazer¹⁹.

Sob o enfoque da obrigação como relação jurídica obrigacional, os elementos que a integram são os sujeitos que dela participam e que são o

¹⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 04-07.

sujeito ativo e o sujeito passivo e o objeto visado pelas partes, que se divide em imediato e mediato. Quanto ao vínculo, ele faz parte do próprio conceito de relação jurídica obrigacional.

Roberto Senise Lisboa afirma que os elementos da relação jurídica são os sujeitos ativo e passivo (elemento subjetivo da relação jurídica) e os objetos imediato - operação, o ato ou o negócio jurídico considerado em si mesmo e que se constitui em meio para obter a necessidade ou utilidade visada - e mediato - bem da vida (elemento objetivo da relação jurídica)²⁰.

Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que toda relação jurídica existe entre sujeitos e incide normalmente sobre um objeto, sendo originada por um fato jurídico e sua efetivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, pois a relação jurídica é dotada de garantia. Para o autor, a relação jurídica é o vínculo entre sujeitos sendo integrada por direitos subjetivos e potestativos e por deveres jurídicos ou sujeições, constituindo o conteúdo da relação jurídica²¹.

Já Orlando Gomes afirma que os elementos da relação jurídica são o sujeito, o objeto e o fato propulsor. Afirma que em toda relação jurídica há pelo menos um sujeito, pois não há direito sem sujeito, embora alerta para o fato de que esta questão não é pacífica na doutrina. Para o autor o objeto é o bem no qual incide o poder do sujeito, ou a prestação, sendo que tudo o que representa uma utilidade para a pessoa pode ser objeto de direito, não somente as coisas, mas também as ações humanas (prestações), e o fato propulsor é o acontecimento, dependendo ou não da vontade humana, a que a lei atribui função de criar, modificar ou extinguir direitos²².

Pietro Perlingieri entende que na relação jurídica a relação é entre situações subjetivas e não necessariamente entre dois sujeitos. Cita como exemplo o caso frequente dos títulos de crédito à ordem, que voltam, através

²⁰ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**, v. 1: teoria geral do direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151-152.

²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 178.

²² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 100-101.

do endosso, ao emitente, caso em que o devedor (o emitente) e o credor (o endossante) são o mesmo sujeito. Para o autor, pode até mesmo existir hipóteses de relação sem sujeitos determinados ou individuados. Assim, o sujeito seria um elemento externo à relação, pois a ligação essencial é entre centros de interesses²³.

Entretanto, em uma relação de trabalho a presença de dois sujeitos distintos é necessária, não podendo existir relações de trabalho que sejam tuteladas pelo ordenamento jurídico sem a presença de dois sujeitos. Ainda que se afirme que a personalidade seja apenas em relação ao trabalhador e que o empregador seja a empresa (artigo 2º da CLT), ainda assim exige-se a presença destes dois sujeitos de direitos na relação jurídica de trabalho.

Especificamente em relação ao objeto, embora não existam divergências significativas, alguns apontamentos se fazem necessários para evitarmos omissões. Em regra, os juristas costumam identificá-lo como sendo tanto o objeto da relação jurídica obrigacional quanto do direito subjetivo, subdividindo-o em objeto imediato – comportamento do sujeito passivo – e mediato – as coisas sobre que incide tal comportamento. Neste sentido argumenta Francisco Amaral²⁴ e Orlando Gomes²⁵. Isto se dá em razão da divisão dos direitos subjetivos em extrapatrimoniais e patrimoniais, sendo estes subdivididos em direitos reais e obrigacionais. Assim, o objeto da obrigação é também, por consequência lógica, o objeto do direito subjetivo.

Para os objetivos deste trabalho, importante é que saibamos que as relações de trabalho sempre envolvem duas pessoas em torno de um objeto, que é a prestação de trabalho humano, a atividade humana em si considerada.

Deve-se dar especial atenção ao objeto da relação de emprego, pois é ele, em certa medida, que irá nos revelar a primeira grande diferença entre o trabalhador empregado e o trabalhador autônomo, que como já foi dito não reside na presença da subordinação jurídica do trabalhador em face do tomador do trabalho.

²³ PERLINGIERI, op. cit., p. 114-115.

²⁴ AMARAL, op. cit., p. 307-308.

²⁵ GOMES, op. cit., 2002, p. 100-101.

3.3 Conteúdo da relação jurídica obrigacional

Para Francisco Amaral, o conteúdo da relação jurídica significa o conjunto de poderes e deveres que se configuram na relação jurídica e representa o comportamento jurídico das pessoas que intervêm na relação, traduzindo-se em situações de poder (ativas) e de dever (passivas), sendo as primeiras normalmente de exercício voluntário por seu respectivo titular e as segundas de exercício obrigatório ou necessário. Para o jurista, o poder jurídico existe quando o Direito atribui a uma pessoa a possibilidade de exigir, por um ato de sua vontade, determinado comportamento de outra ou de outras pessoas, ou de impor certas consequências, e por suas peculiaridades esse poder pode apresentar-se como direito subjetivo, pretensão, direito potestativo e faculdade jurídica²⁶. Ressalta ainda Amaral que a situação jurídica consiste no conjunto de direitos e deveres atribuídos pelo direito objetivo a uma pessoa, em determinadas circunstâncias, sendo que o conceito de situação jurídica é inseparável do de relação jurídica, que se pode também definir como o vínculo entre duas situações jurídicas correlatas²⁷.

Estes poderes e deveres podem apresentar-se na forma de direitos subjetivos e potestativos, e como a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico, e a todo direito potestativo corresponde uma sujeição, o conteúdo básico de uma relação jurídica são os direitos subjetivos e potestativos e os deveres jurídicos e as sujeições correlatas. O sujeito ativo da relação é o titular do poder jurídico e é quem pode exigir a realização da prestação, e o sujeito passivo é quem tem o dever jurídico e a quem é dirigida a vontade do primeiro. Integram também o conteúdo da relação jurídica as faculdades jurídicas e os ônus.

Este conjunto de poderes e deveres atribuídos pelo direito objetivo a uma pessoa revela a situação jurídica que uma pessoa assume em determinadas relações jurídicas. Assim, em qualquer relação jurídica, os sujeitos da relação têm poderes e deveres recíprocos, do que resulta que há

²⁶ AMARAL, op. cit., p. 172.

²⁷ Ibid., p. 203-204.

sempre um sujeito passivo que está em situação de subordinação jurídica em relação ao sujeito ativo, titular do direito.

Portanto, os direitos subjetivos e potestativos e os deveres jurídicos e as sujeições integram o conteúdo básico da relação jurídica, e este conteúdo revela o comportamento jurídico das pessoas que intervêm na relação. Também integram o conteúdo da relação jurídica as faculdades e os ônus, pois fazem parte do conceito geral de situação jurídica. Dito isto, vamos analisar, em todos os seus aspectos, estes poderes e deveres.

3.3.1 O direito subjetivo

É o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir ou de exigir de outrem determinado comportamento. Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação juridicamente reconhecido e limitado pelo direito objetivo. Situa-se no âmbito da autonomia privada e significa a situação que alguém se acha de poder agir livremente em uma determinada esfera de ação permitida pelo direito objetivo.

O direito subjetivo é assim expressão da liberdade, o poder de agir conferido a uma pessoa para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo, com seu respectivo titular, o sujeito de direito. O titular do direito subjetivo é denominado sujeito de direito, que é a pessoa a quem a ordem jurídica assegura a faculdade de agir.

André Franco Montoro ensina que o direito subjetivo comporta dois tipos de relação: um vínculo sujeito-objeto; e um vínculo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Estes dois sujeitos são os sujeitos do direito e em razão da presença de ambos a relação jurídica é intersubjetiva, pois é da essência do direito a relação entre pessoas. Assim, para Montoro, toda relação supõe o sujeito ativo, titular do direito, a pessoa que pode exigir a prestação, e o sujeito passivo, que é a pessoa obrigada a realizar a prestação. O sujeito passivo tem o dever jurídico de observar determinada conduta, sendo característica do dever jurídico a sua exigibilidade por parte do sujeito ativo. Divide o dever

jurídico (obrigação em sentido geral) em obrigações civis (obrigações em sentido estrito) e demais obrigações jurídicas²⁸.

É necessário ressaltar que a existência do direito subjetivo não é pacífica na doutrina, pois parcela da mais notável proeminência no assunto nega a própria existência do direito subjetivo, como é o caso de Leon Duguit e Hans Kelsen.

Caio Mário da Silva Pereira contrapõe-se aos argumentos lançados por Duguit e Kelsen, aduzindo que não conseguem estes juristas abstrair-se da existência de um aspecto individual do jurídico. O autor assevera que a defesa do direito subjetivo não é forçosamente a expressão de extremado individualismo, pois o direito subjetivo não é expressão ilimitada do poder individual. Após analisar as duas definições clássicas de direito subjetivo, a primeira formulada por Windscheid que enxerga o direito subjetivo em função do elemento volitivo, sendo o direito subjetivo o poder de ação assegurado pela ordem jurídica, e a segunda formulada por Ihering que desloca o foco da vontade para a finalidade prática, para a utilidade, o interesse, sendo o direito subjetivo o interesse juridicamente protegido, Caio Mário mostra-se adepto das teorias mistas que advogam ser o direito subjetivo a expressão de uma vontade e traduz um poder querer que não se realiza no vazio, senão para perseguir um resultado ou visando à realização de um interesse, sendo que na própria noção de querer há uma finalidade. Aduz que tanto a vontade como a finalidade estão sempre presentes na configuração do direito subjetivo e a fórmula que os conjuga poderá dizer que o direito subjetivo é um poder da vontade para a satisfação dos interesses humanos em conformidade com a norma jurídica. Finaliza seu pensamento ressaltando que o direito subjetivo traduz a ideia de uma relação jurídica que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito.²⁹

²⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 22. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 454-459.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed., volume 1 (introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 25-30.

Montoro também faz objeções às teorias que negam a existência do direito subjetivo, tanto à doutrina objetiva ou realista de Duguit quanto à normativista de Kelsen. Após analisar as teorias da vontade e do interesse, formuladas por Windscheid e Ihering, respectivamente, e as mistas formuladas por diversos juristas, como Jellinek, Saleilles e Michoud, concluí seu pensamento afirmando que há sempre nos direitos subjetivos elementos que são comuns a todos. Para o autor o direito subjetivo é sempre uma relação de dependência de um objeto (bem ou atividade) a uma pessoa, relação esta reconhecida pela ordem jurídica e que confere ao titular ou representantes prerrogativas de agir em relação a esse objeto³⁰.

Orlando Gomes explica que a discussão em torno do direito subjetivo culminou com a ideia de que existem unicamente situações jurídicas em que se encontram as pessoas, ativa ou passivamente, em razão de que ou podem exigir alguma coisa ou devem prestá-la, conforme a lei, sendo que o direito subjetivo seria uma simples projeção do direito objetivo³¹.

Entretanto, a corrente doutrinária que defende a existência do direito subjetivo é a posição majoritária na doutrina.

Pietro Perlingieri ensina que se contrapõem tradicionalmente duas definições de direito subjetivo, a primeira como poder da vontade e a segunda como interesse protegido, e que a definição corrente salda os dois aspectos, sendo o direito subjetivo o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito. Adverte, contudo, que o interesse não é tutelado pelo ordenamento para que seja finalizado em si mesmo, pois o perfil mais significativo é constituído pela obrigação do sujeito titular do direito subjetivo de exercê-lo de modo a não causar danos excepcionais a outros sujeitos. Adverte ainda que o interesse, na maior parte das hipóteses, faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. Aduz que o direito subjetivo encontra limites no ordenamento, e o que existe é um interesse juridicamente tutelado e limitado. O não exercício e o exercício segundo modalidades

³⁰ MONTORO, op. cit., p. 437-448.

³¹ GOMES, op. cit., 2002, p.110-111.

diversas daquelas que derivam da função da situação jurídica devem ser considerados abusos.³²

Do que foi exposto podemos compreender o direito subjetivo como o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir ou de exigir de outrem determinado comportamento, e denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação juridicamente reconhecido e limitado pelo direito objetivo.

Encontramos na CLT a mais ampla diversidade de poderes conferidos ao empregador em relação ao empregado, poderes que conferem ao empregador o poder de agir ou de exigir do empregado determinado comportamento, poderes que revelam direitos subjetivos.

O poder de dar ordens é um exemplo de direito subjetivo cuja titularidade é do empregador. Correlato a este poder esta o dever de o empregado executar as ordens dadas pelo seu empregador. Neste sentido, nos termos da CLT, “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada” (artigo 4º). O poder de o empregador exigir do empregado que a duração normal do trabalho seja acrescida de horas suplementares mediante acordo escrito é outro exemplo de direito subjetivo de titularidade do empregador (artigo 61, §1º).

Há direitos subjetivos cuja titularidade é do empregado. Neste sentido, nos termos da CLT, “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante” (artigo 460). Ademais, “Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade” (artigo 461). Por fim, “Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com

³² PERLINGIERI, op. cit, p. 120-123.

a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos” (artigo 461, § 1º).

A Constituição da República consagra, em seu artigo 7º, uma gama extensa de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros lá não previstos, mas que visem à melhoria de sua condição social. O rol do artigo 7º da Constituição não é taxativo, mas exemplificativo.

Todos estes direitos são exemplos de direitos subjetivos que decorrem da relação jurídica de emprego e deles decorrem poderes de agir ou de exigir de outrem determinado comportamento.

3.3.2 Faculdade jurídica

São os poderes de agir contidos no direito subjetivo e dele dependem diretamente, não existindo de forma autônoma. Embora sejam faculdades inerentes ao direito subjetivo, a exemplo das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa que tem o proprietário, nada impede de constituírem direitos subjetivos independentes, como nos casos dos direitos reais limitados previstos no artigo 1.225, IV, V e VI do Código Civil.

Na relação de emprego podemos citar como exemplo de faculdade jurídica a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança (artigo 468, § único). Esta determinação normalmente não é dada pelo empregador, mas sim por aqueles empregados que exercem cargo de gestão na empresa.

3.3.3 O dever jurídico

É certo que a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico, o que significa que correlata à ideia do direito subjetivo define-se a de dever jurídico, um dependendo do outro, e havendo na relação jurídica dois lados, um positivo e outro negativo, há de haver igualmente dois sujeitos, um ativo que tem o poder jurídico e que pode exigir a realização, e outro passivo que tem o dever jurídico e a quem é dirigida a vontade do primeiro. Assim, o dever jurídico é o comportamento devido pelo sujeito passivo da relação.

Neste sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto explica que ao direito subjetivo contrapõe-lhe o dever jurídico da contraparte, um dever de fazer ou de não fazer. Para o autor, o dever jurídico é a necessidade de (ou a vinculação) realizar o comportamento a que tem o direito o titular ativo da relação jurídica³³.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que correlata a ideia do direito subjetivo define-se ainda a do dever jurídico, pois a definição do poder jurídico não está completa sem a correspondência de um dever. Assim, para o jurista, direito e dever se completam, pois havendo na relação jurídica dois lados, um positivo e outro negativo, há igualmente uma dualidade de sujeitos, um ativo e outro passivo, o primeiro com o poder jurídico e o segundo com o dever jurídico, aquele com o poder de exigir a realização, este a quem é dirigida a vontade, o sujeito ativo com a faculdade de reclamar o comando normativo, o sujeito passivo o que sofre a imposição da norma. Desta maneira se fecha, para o jurista, o pensamento jurídico, afirmando que o sujeito ativo procede contra o sujeito passivo, mas não tem senhoria sobre ele; o sujeito ativo polariza o poder sobre a coisa, mas não se dirige contra ela; o sujeito passivo suporta a determinação do direito objetivo, para prestar ao sujeito ativo³⁴.

André Franco Montoro ensina que ao conceito de sujeito passivo ligam-se as noções de dever jurídico e de prestação, que constituem importantes categorias jurídicas. Pondera o jurista que o sujeito passivo tem o dever jurídico de observar determinada conduta, que pode consistir em um ato ou uma abstenção. Para o autor, a característica própria do dever jurídico que o distingue do dever moral é o fato de que o dever jurídico se caracteriza por sua exigibilidade ou poder de exigir do sujeito ativo. Diante do obrigado por um dever moral não há outra pessoa que pode exigir-lhe o cumprimento, mas diante do obrigado por um dever jurídico existe um sujeito que pode exigir o cumprimento da obrigação. Assim, para o autor, tem-se a correlação entre direito subjetivo e dever jurídico, sendo que a expressão dever jurídico corresponde à obrigação jurídica, em sentido amplo, que compreende tanto as

³³ PINTO, op. cit., p. 182.

³⁴ PEREIRA, op. cit., 2010, p. 36.

obrigações civis (obrigações em sentido estrito a que se refere o “direito das obrigações” regulado pelos artigos 863 a 1.571 do Código Civil e que vinculam uma pessoa a outra através das declarações de vontade e da lei) e as demais obrigações³⁵.

Francisco Amaral afirma que ao direito subjetivo contrapõe-se o dever jurídico, situações passivas caracterizadas pela necessidade de o devedor observar certo comportamento (positivo ou negativo) compatível com o interesse do titular do direito subjetivo. O dever jurídico é a necessidade de se observar certo comportamento. O não cumprimento do dever enseja a responsabilidade civil e a conseqüente obrigação de reparar o dano, caso exista. Adverte para o fato de que o dever não se confunde com o ônus, pois no primeiro caso o comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do titular do direito subjetivo, enquanto no ônus o interesse é do próprio agente³⁶.

Na relação empregatícia, correlatos aos direitos subjetivos do empregador, há muitos deveres exigidos dos empregados. O inverso também é verdadeiro.

O salário é um direito do empregado. A este direito do empregado (salário) contrapõe-se o dever de o empregador efetuar o pagamento do salário, quando houver sido estipulado por mês, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido (artigo 459, § 1º). Ainda, “Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo” (artigo 462). Isto é, o empregador tem o dever de efetuar o pagamento sem descontos, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo, ou “Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado” (artigo 462, § 1º).

³⁵ MONTORO, op. cit., p. 458-459.

³⁶ AMARAL, op. cit., p. 199-200.

O aviso prévio é um direito tanto do empregador quanto do empregado. A este direito correspondem alguns deveres, que quando não cumpridos ensejam sanções. A Constituição da República garante o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (artigo 7º, XXI). A Lei em referência é a Lei 12.506/2011, que prescreve que o aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa, acrescido de 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias (artigo 1º, § único). A CLT prescreve que a falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço, e a falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo (artigo 487, §§ 1º e 2º).

O controle da jornada pelo empregador é outro exemplo de dever jurídico que compete ao empregador. A CLT prescreve que o horário do trabalho do empregado constará de quadro e será afixado em lugar bem visível, devendo ser discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção, e para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver registro do período de repouso, e se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder (artigo 74, §§ 1º, 2º e 3º).

3.3.4 Ônus

É o comportamento que se espera de um sujeito com a finalidade de satisfazer o interesse do próprio sujeito, como no caso do ônus da prova na relação jurídica processual. A diferença do ônus em relação ao dever jurídico é que neste o comportamento do sujeito se faz necessário para satisfazer o interesse de outro sujeito.

O ônus é assim o comportamento necessário para satisfação de um interesse do próprio sujeito que a lei não impõe, mas apenas faculta, respondendo o sujeito pelas consequências de sua inércia.

O Tribunal Superior do Trabalho, em relação ao dever de o empregador controlar a jornada do empregado, pacificou entendimento no sentido de que é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho, na forma do artigo 74, § 2º, da CLT, sendo que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (Súmula nº 338, I do TST).

Em relação ao empregado, seu salário pode ser composto não só pela importância fixa estipulada, mas também por comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador (artigo 457, § 1º). Em relação às comissões, estas normalmente são pactuadas em relação às vendas realizadas pelo empregado. Assim, é ônus do trabalhador se empenhar para realizar uma quantidade maior de vendas e, conseqüentemente, ganhar um salário maior.

3.3.5 O direito potestativo

Também representa uma situação subjetiva de poder amparado pela ordem jurídica. Porém, não se relaciona com uma prestação de outrem, senão a um mero estado de sujeição. Seu titular pode, ao exercê-lo, constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, interferindo na esfera jurídica de outro sujeito, este impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, seu exercício.

Orlando Gomes, citando Chiovenda, aduz que os direitos potestativos consistem no poder do titular de influir na situação jurídica de outrem sem que este possa ou deva fazer algo senão se sujeitar, como no caso em que o empregador dispensa o empregado, situações em que o titular do direito, por declaração unilateral de vontade, cria modifica ou extingue situação jurídica em

que outros são diretamente interessados. Explica ainda que o direito potestativo não é direito subjetivo por lhe faltar a correlata obrigação³⁷.

Para Pietro Perlingieri o direito potestativo representa uma situação subjetiva cujo titular pode, ao exercê-lo, unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, este impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder. Explica o autor que a doutrina do direito potestativo teve o mérito de evidenciar as situações em que o sujeito é titular de um poder ou direito que, se exercido, produz efeitos tanto na esfera jurídica de quem o exerce quanto na de outros sujeitos que nada podem fazer para neutralizá-lo³⁸.

Para Caio Mário da Silva Pereira os direitos potestativos caracterizam-se pela fórmula poder-sujeição, pois não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, pois não há um dever, mas apenas a submissão à manifestação unilateral do titular do direito³⁹.

Já para Carlos Alberto da Mota Pinto, os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte, esta sujeita às consequências jurídicas do exercício do direito pelo seu titular. O autor divide os direitos potestativos em constitutivos, modificativos ou extintivos, consoante o efeito jurídico que tendem a produzir⁴⁰.

Portanto, o direito potestativo, assim como o direito subjetivo, representa uma situação subjetiva de poder amparado pela ordem jurídica, porém não se relaciona com uma prestação de outrem, mas com um mero estado de sujeição, pois seu titular pode, mediante ato de vontade, constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, interferindo na esfera jurídica de outro sujeito que está impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício deste poder.

³⁷ GOMES, op. cit., 2002, p. 118-119.

³⁸ PERLINGIERI, op. cit., p. 123-125.

³⁹ PEREIRA, op. cit., 2010, p. 30

⁴⁰ PINTO, op. cit., p. 183-186.

A dispensa sem justa causa do empregado por ato do empregador, também chamada de dispensa sem justa causa, e o pedido de demissão do empregado são exemplos de exercício de direito potestativo.

Outro exemplo de direito potestativo na relação de emprego é o abono de férias. Prescreve a CLT que “É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes” (artigo 143).

3.3.6 Sujeição jurídica

É o correlato ao direito potestativo e representa um estado de mera sujeição ao exercício do direito potestativo de outrem. Aquele que está sujeitado juridicamente nada pode fazer para impedir que o titular do direito potestativo interfira na sua esfera jurídica mediante o exercício deste poder.

Neste sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto argumenta no sentido de que correlatos aos direitos potestativos surgem sujeições, situação inelutável em que está constituído o sujeito da relação não titular do direito de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício do direito pelo titular. Aqui o sujeito não titular está exposto necessariamente à produção dos resultados do exercício do direito potestativo.⁴¹

Francisco Amaral afirma que o direito potestativo distingue-se do direito subjetivo, pois a este se contrapõe um dever, o que não ocorre com aquele, espécie de poder jurídico a que não corresponde um dever, mas sim uma sujeição, entendendo-se como tal a necessidade de alguém suportar os efeitos do exercício do direito potestativo⁴².

Pietro Perlingieri lembra que a atribuição de um direito potestativo a um sujeito que deve ter uma razão justificadora que mereça tutela e nesta perspectiva reconhece-se a legítima existência de um poder discricional e

⁴¹ Ibid., p. 185-186.

⁴² AMARAL, op. cit., p. 201.

verificam-se uma ou mais situações de sujeição a este poder e aos seus efeitos⁴³.

3.4 Considerações finais

A importância do estudo da relação jurídica de natureza obrigacional e dos elementos que a compõe se dá em razão do fato de as relações de trabalho são também relações jurídicas obrigacionais das quais resultam direitos e deveres aos sujeitos participes destas relações e até mesmo face ao Estado.

As relações de trabalho, modalidades de relações jurídicas, são vínculos entre sujeitos em torno de um determinado objeto imediato que é o trabalho humano, a atividade humana em si considerada. O conteúdo destas relações de trabalho encerra igualmente direitos subjetivos e potestativos, deveres e sujeições, além de ônus para as partes.

A teoria da subordinação jurídica não serve para diferenciar a relação de emprego das demais relações de trabalho. Isto porque em todas as relações de trabalho, incluindo por óbvio a relação de emprego, existe certa subordinação do sujeito passivo em relação ao sujeito ativo da relação. O que muda é que na relação de emprego a subordinação atinge seu grau mais elevado em comparação às demais relações de trabalho.

Assim, necessário agora ingressar no estudo das relações de trabalho, em especial da relação de emprego e da relação de trabalho autônomo, para identificar qual a diferença crucial entre o empregado e o trabalhador autônomo.

⁴³ PERLINGIERI, op. cit., p. 123-125.

4 RELAÇÕES DE TRABALHO *LATO SENSU*

4.1 Considerações iniciais

Há muitas formas de relação jurídica nas quais o trabalho humano pode ser o objeto do acordo de vontades através do qual um sujeito se obriga a prestar trabalho com finalidades diversas. Assim, a expressão “relações de trabalho *lato sensu*” designa todas as relações jurídicas obrigacionais que geram para uma das partes o dever de prestar trabalho. Portanto, a relação jurídica de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego e a relação de trabalho autônomo são espécies.

Neste universo, é enorme a dificuldade em diferenciar a relação de emprego das relações de trabalho autônomo, e, quando se analisa uma realidade prática, esta dificuldade se agiganta, havendo situações em que não se pode definir com clareza se a relação jurídica é de emprego ou não.

Cita-se como exemplo o contrato de representação comercial regido pela Lei 4.886/1965, com as alterações da Lei 8.420/1992, em comparação com o empregado vendedor externo, cujas regras encontram-se insculpidas na CLT e em algumas leis esparsas.

A subordinação jurídica é o critério utilizado para distinguir a relação de emprego das relações de trabalho autônomo. Ocorre que não é a subordinação jurídica que faz da relação empregatícia um universo distinto das relações de trabalho autônomo, pois está presente em todas as relações jurídicas de trabalho, ainda que em um grau mínimo.

Assim, passamos ao estudo das relações de trabalho em espécie, em especial da relação de trabalho autônomo e da relação de trabalho subordinado, para que possamos identificar com maior precisão qual a diferença crucial entre a relação de emprego e o trabalho autônomo.

4.2 Trabalhadores autônomos

O trabalhador autônomo é aquele que, ao prestar seu trabalho, não recebe a proteção das regras de Direito do Trabalho por lhe faltar, segundo a unanimidade da doutrina pátria, a característica da subordinação jurídica. Normalmente a relação jurídica da qual fazem parte é regulada pelo Direito Civil, mas em alguns casos especiais, como o dos profissionais liberais, é regulada por legislação especial.

A CLT não faz nenhuma referência ao conceito de trabalhador autônomo, tampouco o legislador do Código Civil teve a preocupação de conceituar este trabalhador. Há no artigo 593 do Código Civil apenas a referência de que “*A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.*” Por outro lado, a Lei 8.212/1991, em seu artigo 12, V, h, conceitua o trabalhador autônomo como sendo “*a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não*”, conceito que merece ser complementado para incluir o trabalhador autônomo que exerce sua atividade no meio rural.

Luciano Martinez afirma que autonomia indica um estado segundo o qual o próprio trabalhador estabelece as regras para o oferecimento de seu serviço. O trabalhador dotado de autonomia é quem estabelece a regra de prestação do serviço, e a ela submete o tomador na medida das necessidades deste. É o trabalhador quem define o tempo e o modo da execução daquilo que lhe foi contratado. E se esse autônomo tem sua atividade reconhecida por lei diz-se existente a figura do trabalhador autônomo profissional liberal⁴⁴. Afirma ainda que sob a denominação genérica “prestação de serviços” o Código Civil de 2002 (artigos 593 a 609) cuida de toda espécie de trabalho lícito que não esteja sujeito à legislação trabalhista ou alguma legislação especial, como exemplo os trabalhadores autônomos em geral⁴⁵.

⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 171.

Alice Monteiro de Barros sustenta que o trabalho autônomo é realizado sem o pressuposto da subordinação jurídica e em razão disto esta fora da égide do Direito do Trabalho. Aduz que no trabalho autônomo o prestador de serviços 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 empresarial, conservando sua liberdade de iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e suportar os riscos advindos⁴⁶.

Sérgio Pinto Martins afirma que o trabalhador autônomo não está sujeito ao poder diretivo do empregador e por isso pode exercer livremente sua atividade, no momento em que desejar e de acordo com sua conveniência, não sendo assim um trabalhador subordinado como o empregado. Assevera que o autônomo assume os riscos da sua atividade enquanto os riscos da atividade na relação de emprego são do empregador⁴⁷.

Maurício Godinho Delgado também concorda que no trabalho autônomo falta a subordinação jurídica, e ressalta que em alguns casos pode até mesmo faltar a pessoalidade na prestação dos serviços, o que é impensável em termos de relação de emprego. Aduz que a autonomia é um conceito antitético ao de subordinação, pois enquanto esta traduz a situação do trabalhador que acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização dos serviços, aquela traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza a forma de realização dos serviços que pactuou prestar⁴⁸.

Eduardo Milléo Baracat pondera que a autonomia que descaracteriza o trabalho subordinado é o da iniciativa do empreendimento, ou seja, o autônomo é o trabalhador que organiza o próprio empreendimento e por isto corre o risco de este empreendimento ter lucro ou prejuízo. Cita o exemplo dos médicos empregados em hospitais, trabalhadores altamente qualificados e que não recebem ordens diretas da direção do hospital, pois possuem autonomia na

⁴⁶ BARROS, op. cit., p. 173.

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 151-157.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 338-340.

condução do serviço, mas não possuem autonomia na realização do empreendimento⁴⁹.

Luisa Riva Sanseverino aponta alguns elementos para distinguir o trabalho subordinado do trabalho autônomo. Afirma que o critério distintivo que mais se adota é o seguinte: na relação de trabalho subordinado o trabalhador coloca à disposição da outra parte a própria atividade física e intelectual; na relação de trabalho autônomo o trabalhador promete um resultado, que deve se obter com a realização da obra⁵⁰. Pondera que para distinguir na prática o trabalho subordinado do autônomo deve-se considerar o aspecto volitivo das partes, isto é, deve-se verificar qual teria sido a intenção das partes e, no particular, se o objeto do contrato foi a promessa de pura e simples atividade ou mesmo a promessa de um resultado⁵¹.

Agrupando os principais argumentos lançados pela doutrina pátria para caracterizar o trabalhador autônomo, tem-se que: 1) no trabalho autônomo o trabalhador estabelece as regras para o oferecimento de seu serviço; 2) no trabalho autônomo não há submissão ao poder diretivo do empregador e, portanto, o trabalhador autônomo conserva sua liberdade de iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e suportar os riscos advindos, isto é, trabalha sem subordinação; 3) não se exige a personalidade na prestação dos serviços do trabalhador autônomo.

Percebe-se que o discurso doutrinário entoou o coro no sentido de que no trabalho autônomo falta o requisito da subordinação jurídica, sendo este o fato que o diferencia da relação de emprego.

Porém, a tese aqui defendida é de que não é na presença ou na ausência da subordinação jurídica que encontraremos a diferença entre o trabalhador autônomo e o trabalhador subordinado.

⁴⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. A boa-fé no direito individual do trabalho. São Paulo: LTr, 2003, p. 159-161.

⁵⁰ SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de Direito do Trabalho. Trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976, p. 45.

⁵¹ Ibid., p. 55-56.

Note-se, inclusive, que muitos dos ditos trabalhadores autônomos que ocupam o polo passivo das relações jurídicas de trabalho no capitalismo são titulares de poucos direitos e apresentam uma enorme carga de deveres e estados de sujeição, figurando como verdadeiros sujeitos sem poder na relação jurídica de trabalho da qual fazem parte.

Cita-se como exemplo o contrato de representação comercial regido pela Lei 4.886/1965, com as alterações da Lei 8.420/1992, cuja relação jurídica obrigacional decorrente tem por objeto, em relação ao sujeito passivo, uma prestação de fazer, a própria atividade humana de representação comercial dos produtos do representado, relação de representação comercial da qual decorrem direitos e deveres para as partes em virtude da incidência da regra jurídica, relação que também subordina o sujeito passivo ao sujeito ativo.

Não sendo a subordinação jurídica que faz da relação empregatícia um universo distinto das relações de trabalho autônomo, é necessário buscar na relação de emprego a característica crucial que a diferencia do trabalho autônomo.

4.3 Trabalhadores empregados

4.3.1 Considerações iniciais

A relação de emprego é a principal forma de trabalho no modo de produção capitalista. Sua existência conduziu a ciência jurídica a elaborar um ramo específico do Direito, com princípios e regras de aplicação restrita a esta espécie de relação de trabalho. É na modernidade a mais importante relação social de trabalho disciplinada pelo Direito, a que ensejou o maior número de regras jurídicas, e, por ocupar a centralidade no modo de produção capitalista, a que mais ganhou destaque na doutrina.

A relação de emprego é a relação jurídica de trabalho que se estabelece entre o empregado (sujeito passivo) e o empregador (sujeito ativo) e se caracteriza por ser um trabalho prestado com pessoalidade, continuidade ou não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. Tem como fonte o contrato individual do trabalho.

Sobre a natureza contratual da relação de emprego, Aldacy Rachid Coutinho aduz que quanto mais desenvolvido o sistema econômico, maior a importância do contrato como regramento e disciplina para juridicizar as operações econômicas de circulação de riquezas, ante o valor ideológico que exprime a organização da sociedade a partir de um suposto e possível consenso na apropriação e exploração do trabalho alheio. Assevera que o contrato permite que a apropriação do trabalho se dê sempre num espectro de liberdade, mediante o qual a exploração do trabalho pelo capital vem na sua função de mascaramento. Pondera, entretanto, que do puro contratualismo passou-se ao contratualismo mitigado, dirigido, regulamentado, estabelecido em uma tipicidade legal, com reconhecimento de uma autonomia apenas relativa na manifestação volitiva⁵².

Aldacy Rachid Coutinho afirma ainda que, ao assegurar aos sujeitos a possibilidade de regular suas ações ou permitir que determinem as regras do comportamento através da vontade e do consenso, a ordem normativa sob o discurso da liberdade jurídica permitiu mascarar o liberalismo econômico sob o disfarce jurídico e acarretou uma nova forma dissimulada de exploração dos mais fracos economicamente a que o Direito do Trabalho se opôs. Pondera que o Direito do Trabalho é a revelação em si de uma nova concepção do contrato, sustentada na autonomia privada, mediante a qual a condição social e econômica das pessoas envolvidas o dimensiona para uma postura jurídica promotora de uma igualdade, recusando a vontade como elemento nuclear e substituindo-a pela supremacia do interesse público⁵³.

Neste sentido, o Direito do Trabalho representa uma limitação imposta aos excessos da liberdade contratual jurídico-formal no campo das relações de

⁵² COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do Trabalho: a passagem de um regime despótico para um regime hegemônico. In: Aldacy Rachid Coutinho; Celio Horst Waldraff (coordenadores); Adayde Santos Cecone [et al.] (colaboradores). Direito do trabalho & direito processual do trabalho: (temas atuais). Juruá: Curitiba, 2006, p. 11-20.

⁵³ COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. In: Aldacy Rachid Coutinho; José Affonso Dallegrave Neto; Luiz Eduardo Gunther (coordenadores). Transformações do Direito do Trabalho. Juruá: Curitiba, 2000, p. 28-33.

trabalho, uma vez que a liberdade jurídico-formal de contratar constitui para o trabalhador fonte de exploração⁵⁴.

Paulo Roberto Ribeiro Nalin observa que entre a livre iniciativa e a autonomia privada, existe uma relação de instrumentalidade, verificando-se a proteção constitucional da autonomia privada na medida em que a Constituição impõe limites e obrigações ao exercício dela, no âmbito de um Estado Social de Direito, pois a liberdade também obriga. Para o autor, a teoria do negócio jurídico mantém a sua função nas relações interprivadas desde que compreendida a categoria da autonomia privada dentro de limites normativos (axiológicos, principiológicos e legais) e contextualizado o uso da categoria do negócio jurídico em função (social) do sujeito concreto. Neste sentido, propõe alçar o princípio da boa-fé ao patamar de elemento de existência dos negócios jurídicos contemporâneos⁵⁵.

Contraopondo-se a ideia de que a relação de emprego tem natureza contratual, há duas teorias que negam a natureza contratual da relação de emprego, e que são a teoria da instituição e a teoria da relação de trabalho.

Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento reúne as correntes doutrinárias que negam a natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador no que denomina de teorias anticontratalistas. Ensina que a teoria anticontratalista nasceu na Alemanha com a teoria da relação de trabalho e expandiu-se para a Itália e França com a teoria do institucionalismo. A primeira, explica, sustenta que a empresa é uma comunidade de trabalho na qual o trabalhador incorpora-se para cumprir os fins objetivados pela produção nacional, sendo que nessa comunidade existe uma só relação de trabalho em essência unitária, sem margens para a autonomia da vontade, e não uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados. A segunda defende que a empresa é uma instituição na qual há uma situação estatutária e não

⁵⁴ ROMITA, Arion Sayão. Denominação, natureza jurídica e conceito do contrato de trabalho. In: Octavio Bueno Magano (coordenador). Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 181-186.

⁵⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. Curitiba, 2003, 45 f. Trabalho apresentado como requisito parcial à promoção na carreira docente à classe de professor titular do Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 8-10.

contratual, onde o estatuto prevê as condições de trabalho que são prestadas sob a autoridade do empregador⁵⁶.

Ademais, os escritores são unânimes em afirmar que a característica principal da relação de emprego é a presença da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, característica inexistente ao trabalho autônomo.

Maurício Godinho Delgado afirma que o empregado não se distingue de outros trabalhadores em virtude do conteúdo da prestação (tipo de trabalho) realizada, uma vez que, em princípio, qualquer obrigação de fazer, física e juridicamente possível, pode emergir como objeto de um contrato de emprego. Para o autor, o que distingue a relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado, de outras figuras sociojurídicas próximas é o modo de concretização dessa obrigação de fazer. A prestação laborativa há de se realizar, pela pessoa física, pessoalmente, subordinadamente, com não eventualidade e sob intuito oneroso, pressupostos que se referem ao *modus operandi* de realização da prestação laborativa⁵⁷.

Octavio Bueno Magano, ao discorrer sobre o objeto da relação de emprego, afirma que o contrato de trabalho não implica obrigação de dar e sim de exercer atividade, ou seja, uma *facienda necessitas*. Pondera o autor que o contrato de trabalho não é o único contrato de atividade, pois convive ao lado do mandado, do depósito, da empreitada, e de outros pertencentes ao mesmo gênero. Citando Giuliano Mazzoni, afirma que deles se distingue por corresponder a uma *facienda necessitas*, em que a atividade não constitui apenas prestação obrigacional, mas a prestação principal⁵⁸.

Conforme os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, foi com a contribuição doutrinária de Lodovico Barassi, em sua obra *Il contratto di lavoro* (1901), que a teoria da subordinação teria surgido e se consolidado no Código Civil da Itália de 1942, sendo interpretada como a heterodireção da prestação

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 149-150.

⁵⁷ DELGADO, op. cit., 2013, p. 354-355.

⁵⁸ MAGANO, op. cit., 1993, p. 49.

de trabalho ou como a alienação dos frutos do trabalho por quem trabalhou para quem pagou os salários e ficou com o produto do trabalho⁵⁹.

No Brasil, a doutrina da subordinação jurídica foi incorporada por ocasião da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, um ano após ter sido incorporada pelo Código Civil da Itália de 1942. Tornou-se então o discurso dominante entre os juristas que se ocuparam em estudar as relações de trabalho, e criou-se na doutrina uma dicotomia que distinguiu a relação de emprego, entendida como relação de trabalho subordinado, das demais relações de trabalho autônomo, onde não haveria subordinação jurídica do trabalhador.

Ocorre que a situação de o sujeito passivo estar subordinado ao sujeito ativo da relação é uma decorrência lógica e inerente a muitas outras relações jurídicas obrigacionais, ela não se restringe a relação de emprego.

Estar subordinado juridicamente deriva do complexo de deveres, de obrigações, que o trabalhador, sujeito passivo da relação de emprego, deve cumprir na relação jurídica, e cotidianamente evidencia-se pelo dever de obediência às ordens dadas pelo sujeito ativo.

A subordinação surge em qualquer relação jurídica obrigacional. Ela não pode ser utilizada para distinguir a relação de emprego das demais relações de trabalho. É verdade que na relação de emprego a subordinação do sujeito passivo atinge seu grau mais elevado, pois o empregado encontra-se em uma situação jurídica de ausência de poder.

4.3.2 Elementos da relação de emprego

A relação de emprego como relação jurídica obrigacional que é apresenta como elementos os sujeitos que dela participam e que são o sujeito ativo e o sujeito passivo, o objeto visado pelas partes, que se divide em imediato e mediato, e o fato propulsor da relação jurídica obrigacional.

⁵⁹ NASCIMENTO, op. cit., 2011, p. 211-213.

O elemento subjetivo são os sujeitos da relação, o ativo que é o empregador e o passivo que é o empregado. O elemento objetivo é o objeto imediato da relação, isto é, a prestação exigível do sujeito passivo, o empregado. Em relação ao fato jurídico propulsor da relação de emprego, é certamente o contrato individual de trabalho.

Sobre os **sujeitos da relação jurídica de emprego** são, utilizando-se os termos empregados na CLT, o empregador e o empregado.

O **empregador**, nos termos positivados na CLT, é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (artigo 2º). Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (§ 1º do artigo 2º).

A CLT conceitua o empregador em relação ao empregado. O empregador é quem admite trabalhadores que prestam serviços na condição de empregado, cuja definição é dada pelo artigo 3º da CLT.

Ao referir que o empregador é a empresa, confere-se a característica da despersonalização do empregador, o que de certa forma é benéfico ao empregado, pois com isso as alterações na estrutura jurídica da empresa não afetam o contrato individual de trabalho, inclusive quando esta alteração diz respeito aos titulares, o que inclusive ganhou previsão legal na CLT (artigos 10 e 448).

Por fim, o empregador é também quem assume os riscos da atividade econômica, significando com isto que o empregado é aquele trabalhador que apenas recebe uma contraprestação pelos serviços, pois o lucro derivado do trabalho não lhe pertence, mas sim pertence ao empregador, pois é este quem assume os riscos da atividade econômica. Esta última característica a doutrina denomina alteridade e se estende àquelas relações de emprego desenvolvidas em atividades não econômicas, pois os riscos não se resumem aos riscos

econômicos, mas abrangem também os riscos derivados da prestação do trabalho.

Maurício Godinho Delgado define empregador como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua direção. Para o autor, a noção jurídica de empregador é essencialmente relacional à de empregado, pois existindo esta última figura no vínculo laboral pactuado por um tomador de serviços, este assumirá, automaticamente, o caráter de empregador na relação jurídica. Alerta ainda para o fato de que os enunciados do caput do artigo 2º da CLT e de seu parágrafo primeiro serem falhos, pois o empregador não é a empresa, ente que não é sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Aduz o ilustre jurista que empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou do estabelecimento. Observa também, em relação à figura do empregador por equiparação prevista no parágrafo primeiro que, na verdade, as entidades especificadas no referido parágrafo são verdadeiros empregadores típicos e não empregadores por equiparação ou extensão legal, pois embora sejam entes sem fins lucrativos, esse aspecto não é relevante à configuração do tipo legal do empregador, por não se constituir em seu elemento fático jurídico específico⁶⁰.

O **empregado** é o trabalhador obrigado à prestação do trabalho produtivo. Nos termos do art. 3º da CLT, “*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*”.

A relação de emprego é personalíssima em relação ao trabalhador. Disto resulta que somente o trabalhador contratado pode prestar o trabalho. Isto significa que o empregado não pode, em regra, fazer-se substituir na execução do contrato por outro trabalhador alheio ao contrato.

⁶⁰ DELGADO, op. cit., 2013, p. 400-401.

Ademais, não se aplicam as regras do Direito Civil acerca do suprimento da incapacidade por meio da representação, pois é o trabalhador quem deve prestar o trabalho de forma pessoal.

A não eventualidade da relação de emprego significa que o trabalho na condição de empregado, em razão de seu objeto, não se consuma em um só ato ou alguns poucos atos, ele se prolonga no tempo. Por isso ele é dito não eventual, contínuo. A relação entre os sujeitos é contínua, pois compete ao trabalhador a prestação dos serviços ligados à causa do contrato individual do trabalho.

Por fim, a relação de emprego é onerosa para o empregador, pois este deve ao empregado o pagamento do salário estipulado. A onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego e de muitas outras espécies de relação de trabalho, salvo nas relações jurídicas em que o trabalho é prestado gratuitamente. Por fim, o salário remunera o trabalho humano e não os direitos que o empregado eventualmente teria sobre os resultados do trabalho.

O **objeto da relação de emprego** é a prestação devida pelo sujeito passivo da relação, o empregado. A prestação devida pelo empregado caracteriza uma obrigação de fazer, ou melhor, de prestar trabalho. Trata-se de uma obrigação na qual o trabalhador se compromete a prestar trabalho, disponibilizando sua força de trabalho a outrem, ao empregador, que é quem definirá como e quando o empregado prestará trabalho.

O objeto da relação de emprego segue a mesma lógica do objeto de qualquer outra relação jurídica obrigacional.

Neste sentido, Alice Monteiro de Barros ensina que a formação do contrato de trabalho, por aplicação analógica do artigo 104 do Código Civil de 2002, pressupõe a capacidade das partes, a licitude do objeto e o consentimento. Aduz que a licitude do objeto refere-se à qualidade mesma da prestação de serviços ou, em outras palavras, à natureza dos serviços que constituem essa prestação, sendo o objeto do contrato de trabalho uma

atividade lícita, uma prestação de serviços que está em consonância com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes⁶¹.

Délio Maranhão afirma, em relação ao objeto do contrato individual de trabalho, que a obrigação de fazer assumida pelo empregado por força do contrato tem por objeto a prestação de trabalho, e a de dar assumida pelo empregador tem por objeto a prestação de salário, sendo que tais obrigações devem sempre visar a um fim lícito e não proibido⁶².

Luciano Martinez pondera que a ilicitude do objeto caracteriza-se pela relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Assevera que o objeto será lícito quando a prestação que é componente da obrigação contida nos contratos de emprego estiver de acordo com o ordenamento jurídico. Relembra o autor que toda vez que as partes ajustam o objeto do contrato precisam estar cientes de que há condutas ou prestações que são vedadas por lei em nome da boa convivência social. Aduz que sendo ilícita a conduta ela sequer deveria ser nominada como trabalho, e diz isso afirmando que é difícil relacionar as palavras trabalho e ilícito, uma vez que o trabalho, como ação plena de dignidade, jamais deveria afrontar a ordem social, e assim, se a atividade humana foi qualificada como ilícita, ela se distancia, por si só, do conceito de trabalho, sendo melhor falar em atividade ilícita ao invés de trabalho ilícito⁶³.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk ensinam que como todo negócio jurídico o contrato de trabalho exige para sua validade dois pressupostos, o primeiro é a capacidade das partes e o segundo é a idoneidade do objeto, que deve ser lícito, isto é, admitido pela ordem jurídica e produzir efeitos não contrários à lei. Ademais, ensinam os autores, o objeto não deve ser imoral no sentido de ferir bons costumes. Por fim, asseveram que o objeto deve ser possível, sendo que a impossibilidade resulta quase sempre de proibição legal,

⁶¹ BARROS, op. cit., p. 192-197.

⁶² MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 11. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1983, p. 42-43.

⁶³ MARTINEZ, op. cit., p. 157-160.

e assim é, por outras palavras, impossibilidade legal⁶⁴.

Maurício Godinho Delgado lembra que a ordem jurídica somente confere validade ao contrato que tenha objeto lícito, citando o artigo 145, II do Código Civil de 1916 e o artigo 166, II do Código Civil de 2002. Afirma que o Direito do Trabalho não destoa desse critério normativo geral. Para o jurista, não será válido, pois, o contrato que tenha por objeto atividade ilícita. Esclarece que o Direito do Trabalho, seus princípios e regras se constituíram em direção à pessoa humana que realiza o trabalho na qualidade de ação humana de transformação da natureza e de agregação de valores à vida social, não havendo como se confundir tal dinâmica com a atividade ilícita, sendo que o participe de atividades ilícitas não é destinatário do Direito do Trabalho e nem o que ele concretiza é considerado trabalho, porém mera atividade. Ressalva porém a diferença entre trabalho ilícito e trabalho proibido, sendo que neste caso a ordem jurídica tende a conferir efeitos justrabalhistas à prestação empregatícia de trabalho proibido, também denominado de trabalho irregular, como nos casos de trabalho prestado por menores em período noturno⁶⁵.

Amauri Mascaro Nascimento assevera que do contrato individual de trabalho resultam obrigações originárias e derivadas. A obrigação originária seria a própria prestação de serviços pelo empregado. Aduz que no Direito do Trabalho o contrato individual de trabalho é condicionante, pressuposto das demais obrigações que dele derivam, sendo impossível uma enumeração taxativa porque as formas de obrigações são criadas para a satisfação das necessidades dos homens e na medida em que estas aparecem, objetivando-se em modelos jurídicos que resultam da prática de atos ou do acontecimento de fatos jurídicos. Cita como exemplo a obrigação de anotação da carteira profissional pelo empregador e os efeitos em benefício do empregado, ou a obrigação de o empregado cumprir as ordens de serviço do superior hierárquico⁶⁶.

⁶⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164-167.

⁶⁵ DELGADO, op. cit., 2013, p. 515-517.

⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1970, p. 207-218.

Portanto, o objeto da relação de emprego, que é a prestação devida pelo empregado, é o trabalho humano em atividades lícitas e possíveis. Trata-se de uma obrigação de fazer, ou melhor, de prestar trabalho. Assim, a prestação devida, componente da obrigação assumida pelo empregado, deve estar de acordo com o ordenamento jurídico.

Ademais, do objeto da relação, que é a prestação devida pelo empregado, distingue-se o objeto da própria prestação, que é a coisa devida em que a prestação se especializa, o bem almejado.

Pablo Stolze Gagliano distingue do objeto imediato da obrigação, que é a própria atividade do devedor satisfativa do interesse do credor e tecnicamente denomina-se prestação, o objeto mediato da obrigação, que segundo o autor é o objeto da própria prestação, ou seja, o próprio bem da vida posto em circulação jurídica. Para o professor de Direito Civil da UFBA, cuida-se o objeto mediato da coisa em si considerada de interesse do credor. Alerta inclusive para o fato de que nas prestações de fazer a distinção entre o objeto imediato e o objeto mediato é menos nítida, considerando que a própria atividade do devedor, em si mesma considerada, já materializa o interesse do credor⁶⁷.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que toda obrigação há de ter um objeto, que é a prestação do devedor, e que não se confunde com a coisa em que a prestação se especializa. Ensina que o objeto da obrigação é uma prestação e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo⁶⁸.

Ocorre que na relação de emprego não há entre o objeto da obrigação, que é a prestação devida pelo empregado consubstanciada no dever de prestar trabalho, e o objeto da prestação, que é a atividade humana em si mesma considerada consubstanciada no próprio trabalho humano, uma distinção significativa. Embora a prestação não se confunda com seu objeto, na

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: obrigações**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57-59.

⁶⁸ PEREIRA, op. cit., 2009, p. 18-24

relação de emprego a prestação tem por objeto o próprio trabalho humano e não uma coisa material, corpórea, em que a prestação se especializa.

O dever que surge para o empregado é o dever de prestar trabalho em troca de uma retribuição pecuniária. O adimplemento desta prestação se dá com a disponibilidade da força de trabalho pelo empregado em prol de uma organização produtiva.

Portanto, o objeto da relação de emprego é a prestação devida pelo sujeito passivo da relação, o empregado. O objeto da prestação devida é o próprio trabalho humano, a força de trabalho. O objeto da prestação devida não são os frutos que resultam da atividade humana, não é a obra que resulta do trabalho humano, mas a mera atividade do sujeito e não o bem que dela resulta.

Em razão disto, o trabalhador empregado trabalha e é remunerado em razão da disponibilidade da sua força de trabalho. Isto faz com que o resultado econômico do trabalho prestado não seja apropriado pelo empregado, mas sim pelo empregador. Decorre disto a crucial diferença entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho *lato sensu*. A característica crucial da relação de emprego é o fato de o trabalhador não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho.

Já em uma relação de trabalho autônomo o objeto da prestação devida são os frutos que resultam da atividade humana. O que o sujeito passivo deve não é somente a prestação, mas também o bem da vida que deu causa a relação, algo que pode ser posto no mercado, um bem que pode ser trocado, posto a venda, ou que se destine ao uso daquele que adquire o bem. Salienta-se que este bem pode até mesmo ser uma prestação de serviços.

Assim, o trabalhador autônomo trabalha e é remunerado em relação ao bem que resulta de sua atividade, e o trabalhador empregado trabalha e é remunerado em razão da disponibilidade da sua força de trabalho. Desta diferença resulta o fato de o trabalhador empregado não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho.

A característica crucial da relação de emprego é o fato de o trabalhador não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho, característica esta que decorre diretamente do objeto da relação que é o dever de prestar trabalho, cujo adimplemento ocorre com a disponibilização da força de trabalho, com o tempo colocado à disposição do empregador. É o fato de o trabalhador empregado ser remunerado em razão da disponibilidade da sua força de trabalho que faz com que o resultado econômico do trabalho prestado não seja apropriado pelo empregado, mas sim pelo empregador.

Na relação de emprego, os resultados econômicos que se extrai do trabalho humano, isto é, os frutos dele resultantes, constituem a causa do contrato individual de trabalho e não o objeto. A remuneração do empregado não recai sobre os resultados econômicos que se extrai do trabalho prestado, mas sobre a disponibilidade da sua força de trabalho.

Assim, na relação de emprego o bem da vida almejado pelo empregador, que é o resultado econômico obtido com a atividade econômica por ele desenvolvida, é somente a causa do contrato e não o objeto da prestação.

Manuel Alonso Olea, professor da Universidade de Madri, ensina que a especial singularidade do trabalho como objeto de uma relação jurídica consiste em que, não se confundindo com a pessoa que o executa, é algo pessoal e íntimo, uma emanção da personalidade do trabalhador. Afirma o autor que fica claro que o interesse do empresário não está no trabalho em si, como atividade, mas nos seus frutos ou resultados. Desenvolve seu pensamento afirmando que a causa do contrato está nos frutos, sendo o contrato de trabalho um título jurídico com base no qual se opera a transferência de titularidade dos frutos resultantes do trabalho, e sendo o objeto da relação o trabalho e não os frutos. Finaliza seu pensamento afirmando que é a divisão do trabalho que realiza a transposição do resultado do trabalho ao trabalho mesmo como objeto do contrato, pedindo-se através deste ao

trabalhador uma operação parcial, uma atividade produtiva, uma participação no processo produtivo⁶⁹.

Como se nota, diferentemente de outras tantas relações de trabalho, o resultado econômico do trabalho não é o objeto da relação de emprego. E por esta razão a relação de emprego assume suas características cruciais. O objeto da relação de emprego é a obrigação de prestar trabalho, é o próprio trabalho humano produtivo, prestado livremente e por conta de outrem. O objeto da relação de emprego recai sobre a própria atividade do sujeito trabalhador e não sobre o bem que dela resulta. O objeto do contrato de trabalho não são os frutos que resultam da atividade humana, não é a obra que resulta do trabalho humano. O resultado econômico do trabalho é somente a causa do contrato individual de trabalho e não integra o objeto da relação empregatícia.

Nas outras formas de relação jurídica cujo fato constitutivo seja um contrato e cujo objeto seja o trabalho humano, a atividade humana em si mesma considerada, mas que não se confundem com a relação jurídica de emprego, os resultados econômicos obtidos com o trabalho humano, isto é, os frutos, integram o objeto da prestação, e por esta razão é sobre eles que incide a remuneração.

Na relação de emprego o objeto é o próprio trabalho humano produtivo, prestado livremente e por conta de outrem, e não o resultado econômico deste trabalho, razão pela qual o empregado é um trabalhador alienado do resultado econômico do seu trabalho, pois o que se remunera é o próprio trabalho humano e não resultado econômico deste, que é a causa do contrato individual de trabalho e não o objeto.

Por estas razões é que se deve dar especial atenção ao objeto da relação de emprego, pois é ele, em certa medida, que nos revela a crucial diferença entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, que não reside

⁶⁹ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Trad. de C. A. Barata da Silva. Porto Alegre: Editora Sulina, 1969, p. 141-144

na presença da subordinação jurídica do trabalhador em face do tomador do trabalho.

Portanto, na relação de trabalho oriunda de um contrato individual de trabalho o que se remunera é o próprio trabalho, e nas demais relações de trabalho *lato sensu* o que se remunera é o próprio resultado econômico do trabalho. Esta é a grande diferença entre o trabalhador empregado e o trabalhador autônomo.

4.3.3 Conteúdo da relação de emprego

Encontramos na doutrina justrabalhista, com algumas variações terminológicas, as expressões poder de direção e subordinação jurídica para designar, respectivamente, os direitos do sujeito ativo, o empregador, e os deveres do sujeito passivo, o empregado. Estes direitos e deveres nada mais são do que o direito subjetivo e o correspondente dever jurídico, o direito potestativo e a correspondente sujeição. Direitos e deveres que revelam o conteúdo desta relação jurídica. Conjunto de direitos e deveres que revela a situação jurídica que cada uma das partes assume na relação de emprego. Este conjunto de poderes e deveres representa o comportamento jurídico das pessoas que intervêm na relação.

Ademais, o conteúdo desta relação é indeterminado, pois o objeto desta relação jurídica compreende tudo aquilo que se pode submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades jurídicas. Neste sentido o artigo 456, § único da CLT prescreve que a falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Sobre este aspecto, Ricardo Marcelo Fonseca pondera que o conteúdo material positivo do contrato de trabalho é aberto porque o trabalhador é contratado para prestar serviços de toda a natureza ao empregador (de modo

pessoal, contínuo e oneroso) desde que ligado ao contrato, ou desde que ligado à atividade econômica da empresa⁷⁰.

Portanto, o conteúdo da relação de emprego são os direitos e deveres que resultam da incidência da regra jurídica, conjunto de direitos e deveres atribuídos pelo direito objetivo aos sujeitos da relação e que revelam a situação jurídica das partes em determinadas relações jurídicas. Direitos e deveres que recebem denominações próprias, o poder de direção, cuja titularidade é do empregador, e a subordinação jurídica, cuja titularidade é do empregado.

Ao conceituar o **poder diretivo do empregador**, a CLT, em seu artigo 2º, menciona o poder de este dirigir a prestação pessoal dos serviços do empregado. Assim, o poder diretivo são os direitos e as faculdades atribuídos pelo Direito ao sujeito ativo da relação jurídica de emprego (empregador) e que lhe conferem o poder de dirigir a prestação pessoal dos serviços do empregado.

O poder de direção revela a situação jurídica do empregador na relação jurídica de emprego. O empregador tem a faculdade de determinar o modo como a atividade do empregado deve ser exercida e o direito de dirigir e fiscalizar a prestação pessoal dos serviços prestados pelo empregado, podendo exigir determinado comportamento do empregado e impor as consequências jurídicas pelo descumprimento das ordens dadas. Seu fundamento legal está no artigo 2º da CLT.

Mauricio Godinho Delgado pondera que o fenômeno do poder é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem, pois em qualquer relação minimamente constante, e mesmo em inúmeros contatos episódicos, entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais amplos desponta como elemento central de estruturação e dinâmica dessa relação o fenômeno do poder. Para o autor, é no contexto empregatício que se manifesta uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. A este poder o autor denomina de poder empregatício,

⁷⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001, p. 137.

o qual compreende os poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar⁷¹.

O poder diretivo e as faculdades que o encerram estão vinculados à causa do contrato individual de trabalho, e dela não podem se separar. Assim, encontra seus próprios limites na causa do contrato individual de trabalho que é a obtenção de resultados econômicos.

Ademais, os poderes conferidos ao empregador não são ilimitados. Neste sentido, Arion Sayão Romita lembra que o Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego⁷².

O fato jurídico que responde pela **origem do poder diretivo** no âmbito da relação de emprego é o contrato, concepção hegemônica na doutrina justralhista. Ressalto, entretanto, que há posições diversas na doutrina.

Márcio Túlio Viana afirma que o poder diretivo pode derivar não só do contrato, mas também do direito de propriedade e do fato da instituição. Do contrato quando toca a prestação de trabalho, em si. Do direito de propriedade no que se refere à estrutura da empresa ou do estabelecimento. Dá como exemplo uma ordem declarando que é proibido almoçar no pátio. Do fato da instituição no que tange à disciplina do grupo, como no caso de uma decisão da comissão de fábrica advertindo o trabalhador faltoso⁷³.

A origem contratual do poder de direção não limita seu conteúdo aos direitos e faculdades previstas no contrato individual de trabalho. O poder de direção tem sua origem no contrato, mas seu conteúdo é dado tanto pelo contrato quanto por lei.

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. O poder no contrato de trabalho – diretivo, regulamentador, fiscalizatório, disciplinar. Síntese Jurídica. Porto Alegre, v. mensal, n. 95 (Maio/1997), p. 117-119.

⁷² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 396.

⁷³ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996, p. 131-135.

O **conteúdo do poder diretivo** compreende o complexo de poderes e faculdades que resultam da incidência da regra jurídica e que integram o patrimônio jurídico do sujeito ativo da relação jurídica de emprego (empregador).

Em relação à **natureza jurídica do poder diretivo**, por suas peculiaridades, pode apresentar-se tanto como direito subjetivo, como direito potestativo e faculdade jurídica. Algumas correntes principais sobre o tema podem ser encontradas na doutrina.

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado observa que há quem defenda tratar-se de um direito subjetivo, já que através dele um dos contratantes (o empregador) exige do outro (o empregado) o cumprimento da obrigação trabalhista que é a prestação dos serviços. Há também quem defenda tratar-se de um direito potestativo, na medida em que um dos sujeitos (o empregador) influi na relação jurídica, acarretando, no polo oposto a sujeição passiva do outro (o empregado). Outros defendem tratar-se de direito-função, ou potestade, pois o empregador exerce seu direito não em seu exclusivo interesse, mas tendo em vista o interesse da comunidade de trabalhadores contratados⁷⁴.

A ideia de direito-função aproxima-se da ideia de passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, na qual os direitos estão funcionalizados e limitados pelo Direito. Assim, direito-função nada mais seria do que os direitos subjetivos e potestativos funcionalizados e limitados pelo Direito.

Márcio Túlio Viana faz uma análise acerca da natureza do poder diretivo. Conclui então que o poder diretivo não é um direito potestativo. Observa de início que em todo o contrato bilateral qualquer dos contratantes pode exigir que o outro cumpra o pactuado, exercitando seu direito subjetivo, ao qual corresponde uma obrigação da outra parte. E, para o autor, no contrato de trabalho se passa o mesmo, pois tanto o empregado pode exigir a prestação do salário como o empregador a prestação do trabalho. Ressalva apenas que

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p. 180-188.

enquanto uma prestação de dar é determinada (e por isso semelhante à de outros contratos) a de fazer é relativamente imprecisa, pois se sabe que o empregado deve prestar trabalho, mas não se sabe qual trabalho especificamente. E conclui seu raciocínio afirmando que é o contrato que embasa o direito que tem o empregador de especificar as prestações do empregado, mas o contrato, ele mesmo, não esclarece o que o empregado deve fazer. Aduz que assim, embora ausente da criação do conteúdo do comando, o empregado participa, em termos jurídicos, do ato que lhe dá origem, na medida em que se dispõe a trabalhar por conta alheia. Por isso afirma que quando o empregador detalha as prestações do empregado está apenas exigindo que cumpra a obrigação contratada. Ora, se a obrigação é a contra face do direito, e se a obrigação de trabalhar é a contra face do poder diretivo, então o poder diretivo é o direito subjetivo⁷⁵.

Alice Monteiro de Barros analisa o fenômeno do poder no âmbito da relação jurídica de emprego afirmando que este poder, definido no artigo 2º da CLT como poder de direção sobre a prestação pessoal de serviços, tem sido visto pela doutrina como um poder hierárquico ou como poder diretivo ou de comando exercido pelo empregador sobre a atividade do empregado. Mostra-se, contudo, avessa ao termo poder hierárquico por constituir, segundo a autora, “ressaibo do corporativismo”. Aduz que a capacidade de dirigir deriva do direito subjetivo exatamente por se tratar de um poder jurídico⁷⁶.

Portanto, o denominado poder de direção nada mais é do que o direito subjetivo ou potestativo que rege vários contratos, como mandato, agência, distribuição, prestação de serviços, etc. O trabalhador empregado está subordinado ao poder do empregador que nada mais é do que o direito subjetivo ou potestativo clássico. O poder de direção compreende, portanto, diversos poderes ou direitos subjetivos e potestativos, tais como aqueles diretamente decorrentes do contrato ou de outras fontes.

O poder de direção manifesta-se em algumas dimensões. As **dimensões do poder diretivo** devem estar contidas nos poderes atribuídos ao

⁷⁵ Ibid., p. 131-135

⁷⁶ BARROS, op. cit, p. 459.

empregador e que tenham correlação com a subordinação jurídica do empregado.

O empregador tem o poder de determinar o modo como a atividade do empregado deve ser exercida, regulamentando-a, o poder de dirigir e controlar a prestação pessoal dos serviços do empregado, o poder de fiscalizar a prestação dos serviços, e o poder de punir o empregado pelo descumprimento dos deveres a ele inerentes, que é o poder disciplinar, o qual consiste na capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções (advertências, suspensão e despedida por justa causa) ao empregado que infringir os deveres a que está sujeito por força da lei, do contrato individual de trabalho ou de norma coletiva.

Carmen Carmino adota a denominação poder de comando ao se referir ao poder diretivo expresso no artigo 2º da CLT, e afirma que este poder expressa-se sob múltiplas formas, sintetizadas no poder de regulamentar a relação de emprego, produzindo normas gerais que se agregam à relação de emprego, no poder de dirigir, orientar e fiscalizar a prestação de trabalho, no *jus variandi*, que é o poder de adequar a prestação de trabalho às necessidades da empresa, e no poder disciplinar de impor sanções disciplinares⁷⁷.

Há quem defenda que este poder manifesta-se primeiramente como poder de organização, pois cabe ao empregador organizar a atividade. Neste sentido os argumentos de Amauri Mascaro Nascimento, para quem nos limites do poder de organização do empregador estão atribuições tão amplas que seria difícil a enumeração, elencando como as principais a faculdade de o empregador definir os fins econômicos visados pelo empreendimento, a ele competindo escolher se a atividade a ser desenvolvida será comercial, industrial, bem como escolher a estrutura jurídica a ser adotada, se sob a forma

⁷⁷ CARMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 228-232.

de uma sociedade anônima, sociedade por cotas de responsabilidade limitada etc.⁷⁸

Entretanto, é obvio que pode existir uma atividade econômica organizada, com fins lucrativos bem definidos, sem que para tanto existam empregados inseridos na dinâmica empresarial. Há muitas organizações empresariais que prescindem de empregados para a consecução de seus objetivos, empresas cujo trabalho humano é desenvolvido pelos próprios integrantes da sociedade.

Disto resulta que o poder de organizar a atividade econômica não decorre do contrato individual de trabalho, não é uma manifestação do poder diretivo.

Alice Monteiro de Barros afirma que a autoridade do empregador exterioriza-se pelo poder de direção e torna-se efetiva pelo poder disciplinar, sendo o denominado poder de fiscalização uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo, o qual é amplo e compreende três funções diretivas, sendo a primeira a de organização do trabalho que se manifesta por meio de atos meramente constitutivos, não determinando nenhuma conduta para os trabalhadores, a segunda é a de instrução, que se exterioriza por intermédio de ordens ou recomendações, e a terceira é a função de controle (poder de fiscalização), que consiste na faculdade de o empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados, compreendendo inclusive as revistas. Para a autora o poder disciplinar consiste na capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções (advertências, suspensão e despedida por justa causa) ao empregado que infringir os deveres a que está sujeito por força da lei, do contrato individual de trabalho ou de norma coletiva⁷⁹.

Maurício Godinho Delgado ensina que todas as manifestações específicas do fenômeno do poder no âmbito da relação empregatícia, tais como o poder hierárquico, o poder diretivo e o poder disciplinar, têm o mesmo

⁷⁸ NASCIMENTO, op. cit., 2007, p. 225.

⁷⁹ BARROS, op. cit, p. 459-462.

título jurídico, a mesma estrutura básica e a mesma essência⁸⁰.

Portanto, o poder diretivo do empregador compreende a faculdade deste determinar o modo como a atividade do empregado deve ser exercida, de dirigir e fiscalizar a prestação pessoal dos serviços prestados pelo empregado, podendo exigir determinado comportamento do empregado e impor as consequências jurídicas pelo descumprimento das ordens dadas.

A **subordinação jurídica** é o critério utilizado para distinguir a relação de emprego da relação de trabalho autônomo. É preciso ressaltar que a CLT não fez menção expressa no artigo 3º ao requisito da subordinação, prescrevendo tão somente que o empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Sérgio Pinto Martins alerta para o fato de que a CLT emprega, inadequadamente, no artigo 3º, a denominação “dependência”, sendo a denominação “subordinação” a mais adequada⁸¹.

Maurício Godinho Delgado também faz um alerta para o termo dependência utilizado pelo consolidador no artigo 3º da CLT, ressaltando que reflete o aspecto subjetivo da subordinação, hoje não mais compatível com a noção essencialmente jurídica do fenômeno, razão pela qual devemos interpretar tal elemento sob a ótica essencialmente objetiva⁸².

Entretanto, a CLT fez referência a ideia de subordinação jurídica no artigo 482, “h”, ao mencionar que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador ato de indisciplina ou de insubordinação por parte do empregado.

Também há menção à ideia de subordinação jurídica quando a CLT prescreve, em seu artigo 651, §1º, que a competência das Varas de Trabalho, quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, será da Vara da

⁸⁰ DELGADO, op. cit., 1996, p. 175-180.

⁸¹ MARTINS, op. cit., p. 132.

⁸² DELGADO, op. cit., 2013, p. 292-295.

localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado.

Mais recentemente, a Lei 12.551/2011 introduziu alterações na CLT prescrevendo que “*Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*” (artigo 6º, § único).

Além da qualificação jurídica do fenômeno da subordinação, encontramos na doutrina algumas outras **qualificações da subordinação**, sendo as principais a técnica, a econômica e a social. Todas estas qualificações não caracterizam a subordinação, mas apenas ressaltam alguns aspectos que podem ser encontrados ou não no sujeito passivo da relação de emprego. Ademais, elas apenas ressaltam aspectos não jurídicos presentes na relação de emprego. Em razão disto, não servem para explicar o fenômeno em análise.

A técnica seria a relacionada ao fato de ser o empregador o detentor do conhecimento técnico. Porém, pode ocorrer de ser o empregado e não o empregador o sujeito que detém o conhecimento técnico do trabalho a ser prestado, o que importa em *Know-how*. A econômica parte da consideração de que o empregado necessita do trabalho e do salário para sobreviver, o que nem sempre é verdadeiro, pois no caso de atletas profissionais muitas vezes essa dependência econômica não se faz presente. A social ressalta tanto os aspectos da dependência tanto técnica quanto da dependência econômica.

Na sua maioria, os escritores concordam que a subordinação jurídica do empregado é o correlato ao poder diretivo reconhecido pelo Direito ao empregador, refletindo os deveres do empregado contrapostos ao poder de direção do empregador, a situação jurídica do empregado na relação empregatícia.

Maurício Godinho Delgado caracteriza a subordinação jurídica como sendo o polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto

da relação de emprego. Enfatiza que no Direito do Trabalho a subordinação é encarada atualmente sob um prisma objetivo, pois atua sobre o modo como o trabalho é prestado e não sobre a pessoa do trabalhador. Menciona, em relação a sua natureza jurídica, se tratar de um fenômeno jurídico derivado do contrato, sendo o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica⁸³.

Carmem Carmino observa que a subordinação jurídica ou hierárquica resulta da obrigação personalíssima de trabalhar. Tal obrigação não se limita ao ato de trabalhar, mas também de fazê-lo sob a direção e fiscalização de outrem. A autora pondera que é sob este prisma que se exercita o poder do empregador em relação aos empregados⁸⁴.

Luciano Martinez enfatiza que na etimologia da palavra “subordinação” está o significado de suas características principais, pois subordinar (*sub + ordinare*) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior outro sujeito. Para o autor a subordinação é evidenciada na medida em que o tomador dos serviços define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado, caso contrário, se fosse o prestador quem definisse o tempo e o modo ter-se-ia trabalho autônomo. Ressalta que a subordinação jurídica é uma situação que limita a autonomia do prestador dos serviços e se funda na intensidade de ordens, na obediência e sujeição ao comando do tomador dos serviços e na situação de respeito à hierarquia⁸⁵.

Sérgio Pinto Martins afirma que subordinação jurídica é a obrigação de o empregado cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. Assevera que a subordinação jurídica é o aspecto passivo da relação de emprego, é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens. Enfatiza que a subordinação significa que o empregado é dirigido pelo empregador, e que se o trabalhador não é dirigido por outrem, mas por ele mesmo, ele é um autônomo ou outro tipo de trabalhador e não um empregado.

⁸³ DELGADO, op. cit., 2013, p. 292-295.

⁸⁴ CARMINO, op. cit., p. 189-193.

⁸⁵ MARTINEZ, op. cit., p. 147.

Alerta para o fato de que a subordinação não é um status do empregado, mas decorre da atividade de prestar serviços ao empregador⁸⁶.

Já Alice Monteiro de Barros analisa a subordinação jurídica em relação ao conceito de propriedade. Para a autora, a situação jurídica na qual o homem livre caracteriza-se por estar subordinado a outrem deriva da relação entre trabalho e propriedade, pois esta atrai a força de trabalho e permite que seu titular a dirija, pois os resultados dessa atividade lhe pertencem⁸⁷.

Ricardo Marcelo Fonseca, ao se questionar sobre o que seria a subordinação jurídica, pondera ser preciso questionar antes sobre o conteúdo efetivo do contrato de trabalho e seus limites, o que se torna problemático, pois o trabalhador é contratado para prestar serviços de toda a natureza ao empregador, desde que ligado ao contrato, ou à atividade econômica da empresa, o que faz do conteúdo material positivo do contrato de trabalho ser aberto. Para o autor, não se define a subordinação jurídica pelo seu conteúdo concreto, mas sim argumentando que ela é limitada aos termos do contrato, que ela não implica atos que o coloquem em risco físico, em situação de humilhação ou de cometimento de ilegalidade. Neste sentido, afirma que a subordinação jurídica é tudo o que o empregador determinar ao empregado que esteja dentro dos limites da atividade econômica da empresa, que não seja crime, não o humilhe e não o coloque em situação de risco físico. Tudo o que não for exceção à atuação jurídica dos comandos pode ser considerado como subordinação jurídica, e, portanto, atitude lícita do empregador⁸⁸.

Entre os brasileiros, argumentam também neste sentido, com algumas nuances, dentre muitos outros, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade⁸⁹, Mozart

⁸⁶ MARTINS, op. cit., p. 131-134.

⁸⁷ BARROS, op. cit., p. 223-224

⁸⁸ FONSECA, op. cit., p. 135-138.

⁸⁹ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 59-60.

Victor Russomano⁹⁰, Octavio Bueno Magano⁹¹, Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁹², Pedro Paulo Teixeira Manus⁹³, Vólia Bomfim Cassar⁹⁴.

Desta opinião compartilha também o uruguaio Américo Pla Rodrigues⁹⁵.

Entre os italianos, Luisa Riva Sanseverino observa primeiro que a subordinação, tendo como substrato a vontade das partes interessadas, tenha sempre base contratual, pois se trata de situação livremente aceita pelo empregado, o qual, no momento da estipulação concordou em sua extensão e condições. Aponta que a subordinação do trabalhador representa uma posição jurídica, o modo de comportar do sujeito a que estão vinculados direitos e obrigações. Alerta para o fato de que a posição do trabalhador subordinado não é suscetível de especificação apriorística, de modo a valer para todas as relações de trabalho, e também conceitualmente não é possível um conteúdo unitário de trabalho subordinado e, em suma, uma uniforme disponibilidade a favor do credor do comportamento devido pelo devedor, pois a subordinação jurídica varia de intensidade, passando de um máximo a um mínimo, conforme a natureza da prestação, e em particular, à medida que se passa do trabalho predominantemente material para o intelectual. Na relação de trabalho existe e deve sempre existir subordinação do trabalhador, e portanto faculdade para o empregador de dirigir e controlar⁹⁶.

Na doutrina identificamos algumas **dimensões da subordinação jurídica**, sendo as três principais: a) a clássica, que consiste na situação jurídica derivada do contrato individual de trabalho caracterizada pela situação jurídica do empregado pela qual tem o dever de cumprir as ordens emanadas pelo empregador (titular do poder empregatício), notadamente no tocante ao

⁹⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997, p. 55-56.

⁹¹ MAGANO, op. cit., 1993, p. 50-53.

⁹² GOMES; GOTTSCHALK, op. cit., 2006, p. 133-134.

⁹³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-68.

⁹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 246-248.

⁹⁵ PLA RODRIGUES, Américo. **Curso de Direito do Trabalho: contratos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1982, p. 31-32.

⁹⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 48-51.

tempo e ao modo de realização dos serviços; b) a objetiva, que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços; e c) a estrutural, que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ou não ordens diretas.

A subordinação clássica caracteriza-se pela situação jurídica do sujeito passivo da relação de emprego que tem o dever de cumprir as ordens emanadas pelo sujeito ativo da relação de emprego, o empregador (titular do poder empregatício), notadamente no tocante ao tempo e ao modo de realização dos serviços. Nesta dimensão, a subordinação jurídica do empregado reflete os deveres correlatos ao poder de direção do empregador, a situação jurídica do empregado na relação empregatícia, tais como os deveres de o empregado cumprir fielmente as ordens emanadas pelo empregador.

A subordinação objetiva, muito bem trabalhada pelo jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁹⁷, trabalha com a ideia de integração harmônica do trabalhador na atividade da empresa numa relação de coordenação e participação nos fins e objetivos do empreendimento, retirando a ênfase nas ordens emanadas pelo empregador (titular do poder empregatício).

A subordinação estrutural, defendida por Maurício Godinho Delgado⁹⁸, enfatiza a inserção do trabalhador na dinâmica da empresa, independente de o empregado receber ou não ordens diretas, pois ao se inserir na dinâmica do empreendimento o trabalhador aceita a dinâmica da atividade, pouco importando se o empregado se harmoniza ou não com os fins e objetivos do empreendimento ou que receba ordens diretas.

Maurício Godinho Delgado afirma que essas três dimensões da subordinação não se excluem, mas se complementam, pois permitem ao Direito do Trabalho retomar seu expansionismo, sendo considerado trabalhador subordinado desde o humilde trabalhador que se submete a ordens diretas do empregador como também aquele que realiza no plano manual ou intelectual

⁹⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 509-531.

⁹⁸ DELGADO, op. cit., 2013, p. 295-298.

os objetivos empresariais, mesmo sem receber incessantes ordens diretas, e aquele que, sem receber ordens diretas das chefias, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento, como nas atividades meio, acopla-se estruturalmente à organização e dinâmica operacional da empresa, incorporando a cultura cotidiana da empresa⁹⁹.

Ademais, os escritores se valem da **teoria da subordinação como critério distintivo** entre a relação empregatícia e a relação de trabalho autônomo. Neste sentido, Maurício Godinho Delgado ressalta que a subordinação jurídica é o marco distintivo da relação de emprego¹⁰⁰ e Ricardo Marcelo Fonseca observa que o marco mais característico do contrato de trabalho, segundo a quase totalidade dos doutrinadores, é a subordinação jurídica do empregado para com seu empregador¹⁰¹.

Porém, não é na presença ou na ausência da subordinação jurídica que encontraremos a diferença entre o trabalhador autônomo e o trabalhador subordinado.

Mais próximo da tese aqui defendida, José Augusto Rodrigues Pinto lembra que a subordinação é considerada o elemento caracterizador quando é apenas um deles, tão marcadamente se faz sentir na prestação. Pondera que ao analisar mais cuidadosamente a questão, ver-se-á a presença da subordinação também em outros tipos de contratos que envolvem a prestação pessoal de trabalho em favor de outrem sem, por isso, identificar o prestador como empregado. Para o autor, a subordinação jurídica se manifesta em diversos graus para diversas situações contratuais, distintas da de emprego, em que há igualmente prestação pessoal, onerosa e permanente de um contratante em proveito de outro. Isso proporciona uma distinção pelo critério de grau ou de intensidade da subordinação. O grau de subordinação do empregado ao empregador constitui um estado, sendo, portanto, absoluto e fazendo notar-se pela sujeição da energia em si mesma, seja ela utilizada ou não. Já nas demais situações, o grau de subordinação é relativo, posto que

⁹⁹ Ibid., p. 295-298.

¹⁰⁰ DELGADO, op. cit., 2013, p. 292-295.

¹⁰¹ FONSECA, op. cit., p. 135-138.

não se dirige para a energia, mas somente para o fim em que será aplicada, conservando o prestador total autonomia quanto aos meios da execução contratual¹⁰².

José Augusto Rodrigues Pinto praticamente toca a tese defendida neste trabalho, qual seja, a de que a subordinação jurídica, por estar presente em todas as formas jurídicas de trabalho, não pode ser o critério diferenciador, porém, o autor, ao finalizar seu pensamento, acaba indo na esteira da doutrina ao afirmar, em resumo, que a subordinação absoluta do empregado é o que caracteriza e distingue a relação jurídica empregatícia¹⁰³.

Evaristo de Moraes Filho, também defende a relatividade da subordinação segundo a natureza ou a espécie da prestação de serviços, embora restrinja sua análise aos trabalhadores empregados. Para o autor, vai uma longa distância entre o vínculo subordinativo de um trabalhador manual e um trabalhador intelectual ou técnico, pois à medida que se passa do trabalho manual para o trabalho intelectual diminui a subordinação e aumenta o caráter de colaboração e de confiança em relação ao empregador¹⁰⁴.

O que podemos afirmar é que a subordinação jurídica do empregado é o correlato ao poder diretivo reconhecido pelo Direito ao empregador e reflete os deveres contrapostos ao poder de direção, a situação jurídica do empregado na relação empregatícia. É a consequência lógica do poder de direção.

Com efeito, o trabalhador empregado se obriga a prestar os serviços que satisfaçam a causa do contrato individual de trabalho, e como esta é a obtenção do resultado econômico definido pelo empregador, é este quem definirá o modo como o trabalho deverá ser prestado pelo trabalhador.

Assim, a subordinação jurídica reflete a situação do empregado obrigado a prestar os serviços estritamente na forma estipulado pelo

¹⁰² PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de Direito do Trabalho, Sujeitos e Institutos do Direito Individual. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 106-111.

¹⁰³ Ibid., p. 110-11.

¹⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 243.

empregador. É a situação jurídica do sujeito passivo da relação de emprego. É o complexo de deveres, de obrigações que o empregado (sujeito passivo) deve cumprir na relação jurídica.

Esta situação do sujeito passivo da relação de emprego não é algo exclusivo deste tipo de relação. É comum em todas as relações de trabalho *lato sensu*. A denominada subordinação do empregado não constitui a diferença específica da relação de emprego.

A diferença entre o trabalho subordinado (emprego) e o trabalho autônomo está no fato de o trabalhador empregado não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho, enquanto o trabalhador autônomo se apropria do resultado econômico do seu trabalho.

Isto ocorre porque na relação de emprego o objeto da prestação devida é o próprio trabalho humano, a força de trabalho, e não os frutos que resultam da atividade humana, a obra que resulta do trabalho humano. Assim, o trabalhador empregado trabalha e é remunerado em razão da disponibilidade da sua força de trabalho.

Já em uma relação de trabalho autônomo o objeto da prestação devida são os frutos que resultam da atividade humana, o bem almejado que deu causa à relação. Assim, o trabalhador autônomo trabalha e é remunerado em relação ao bem que resulta de sua atividade.

Neste sentido, brilhantes as palavras de Manuel Alonso Olea, professor da Universidade de Madri, que nos ensina que a subordinação não pode ser definidora do contrato de trabalho. Isto porque, segundo o autor, a causa do contrato de trabalho é obtenção onerosa dos frutos do trabalho de terceiro, causa que é compartilhada com outros contratos, e uma vez que o poder de direção e a subordinação ou dependência derivam da causa contratual, elas aparecem também em outros contratos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ OLEA, op. cit., p. 178.

4.4 A ideologia em torno do discurso da subordinação jurídica

Nos termos do artigo 3º da CLT, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Em que pese o fato de o artigo 3º da CLT não mencionar o termo subordinação, a doutrina pátria de forma unânime interpretou o termo dependência como subordinação jurídica.

Contudo, a dicção do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT retrata a herança deixada pela sociedade brasileira rural, oligárquica, autoritária e paternalista dos séculos XVIII-XX e início do XXI, embora o termo remeta ao nosso passado escravagista e isto possa causar espanto ao leitor.

Devemos sempre lembrar que o trabalho escravo estava inserido no sistema de produção capitalista da época e competia com o trabalho livre decorrente de um contrato pautado na livre manifestação da vontade, na atuação da autonomia privada.

Nas relações entre senhor e escravo foram utilizadas técnicas peculiares de administração de mão-de-obra, tais como a adoção de cuidados com a saúde do escravo como forma de manutenção da força produtiva, o pagamento de prêmios, a cessão de pequenos lotes de terra para o cultivo de subsistência, técnicas que faziam da relação uma relação paternalista pautada na dependência pessoal do escravo em relação ao senhor. A abolição da escravatura não eliminou essas técnicas que continuaram a ser utilizadas com os imigrantes e trabalhadores livres¹⁰⁶.

As técnicas do escravagismo foram instituídas nas novas formas de trabalho, como é o caso da Lei de 13 de Setembro de 1830, que regulou o contrato por escrito sobre prestação de serviços feitos por brasileiro ou estrangeiro dentro ou fora do Império, e da Lei nº 108, de 11 de Outubro de

¹⁰⁶ SANTOS, José Aparecido dos. Fundamentos da subordinação jurídica do trabalhador: sujeição e construção da cidadania, p. 88-124.

1837, dando várias providências sobre os contratos de locação de serviços dos colonos.

A relação de dependência inerente ao modo de produção escravagista continuou a ser o padrão de raciocínio das elites, mesmo depois da abolição. A diferença era que na escravidão o poder era pessoal e no trabalho livre o poder é contratual.

As práticas escravagistas apenas foram travestidas de contratualidade e denominadas na CLT pelo termo dependência, posteriormente interpretada como subordinação jurídica.

O discurso da subordinação jurídica foi uma tentativa de afastar aspectos não jurídicos que envolviam este tipo relação, como os antigos traços coloniais de dependência pessoal. Assim, a antiga condição de dependência socioeconômica ou pessoal que existia nos séculos passados não poderiam mais caracterizar a relação empregatícia.

A este mascaramento da realidade e a esta falsa percepção do fenômeno jurídico da relação empregatícia corresponde uma ideologia, um sistema ordenado de ideias ou representações da realidade e das regras como se fosse algo separado e independente das condições materiais de existência, para parafrasear Marx.

Diga-se de passagem, Marilena Chaui foi quem melhor sintetizou o pensamento de Marx acerca do processo de formação de uma ideologia, para quem a divisão social do trabalho, ao separar os homens em proprietários e não-proprietários, deu aos primeiros o poder sobre os segundos, que são explorados economicamente e politicamente, sendo que a classe que domina só pode manter esta dominação se dispuser dos instrumentos para essa dominação, que são o Estado e a ideologia. Através do Estado a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, sendo o grande instrumento do Estado o Direito, através do qual o Estado aparece como legal, como Estado de Direito. O papel do Direito é fazer com que a dominação não seja

tida como uma violência, mas como legal, como aceita pela sociedade. Caso o Estado e o Direito fossem realmente percebidos como o instrumento para o exercício consentido da violência, evidentemente teríamos uma revolta, e para evitá-la criam-se as ideologias. Assim, a função da ideologia consiste substituir a realidade do Estado pela ideia de Estado, ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela ideia de interesse geral. Também substitui a realidade do Direito pela ideia do Direito, ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela ideia ou pela representação dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos¹⁰⁷.

Assim, a interpretação dada ao termo dependência do artigo 3º da CLT como subordinação jurídica reflete a tentativa de superação destas características até hoje presentes.

Sob outro aspecto, o discurso da subordinação jurídica como marco distintivo da relação de emprego possibilita ocultar a principal característica da relação empregatícia que é a alienação do trabalhador em relação ao resultado econômico do seu trabalho.

Com efeito, a característica principal da relação de emprego e que a distingue das demais formas de prestar trabalho é o fato de o trabalhador não se apropriar do resultado econômico do seu trabalho.

O discurso da subordinação jurídica possibilita ocultar uma das mais importantes características da relação empregatícia que é a situação de não poder e alienação do resultado econômico do trabalho em que se encontra o empregado em face da situação do empregador, que é o titular do poder de direção e é quem fica com o resultado econômico do trabalho prestado pelo empregado.

A subordinação jurídica reflete apenas a situação jurídica do empregado na relação empregatícia, não refletindo uma essência em si mesma, mas apenas um nome dado ao complexo de deveres, de obrigações de titularidade do empregado. Esta situação em que se encontra o empregado

¹⁰⁷ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 82-83.

reflete uma condição de total, ou quase total, ausência de poder na relação jurídica, o que se evidencia diante do complexo de poderes de titularidade do empregador.

É evidente que para o sistema capitalista não é interessante que o empregado tivesse consciência real da sua situação jurídica na relação de emprego.

O discurso da subordinação jurídica serve perfeitamente aos interesses do sistema capitalista, pois possibilita o mascaramento da situação jurídica de ausência de poder do empregado e alienação do resultado econômico do trabalho.

Assim, a teoria da subordinação jurídica transformou-se em ideologia que impede que os empregados dominados vejam esta relação de exploração a que são submetidos.

4.5 Trabalhadores parassubordinados

A teoria da parassubordinação é uma construção que surgiu na Itália em decorrência da dificuldade de, em determinados casos, identificar se o trabalhador presta serviços na qualidade de empregado ou na qualidade de trabalhador autônomo.

Esta dificuldade resulta das novas formas de trabalho, típicas do modelo de organização do trabalho intitulado toyotismo, que consagra as formas flexíveis de trabalho e externaliza parte da produção, coexistindo na mesma atividade econômica uma pluralidade de contratos de trabalho.

Sobre sua origem, explica Amauri Mascaro Nascimento que em fevereiro de 2008, na *Università Degli Studi di Roma Tor Vervata*, em Roma, realizou-se um congresso para discutir o tema *Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere*, no qual a principal conclusão foi a insuficiência da concepção binária autonomia-subordinação para dar conta de explicar toda a multiplicidade de situações, o que levou os debates para a análise da necessidade da classificação trínaria e não mais binária no Direito do Trabalho,

ocasião em que convencionou-se pela utilização do termo trabalho parassubordinado, surgindo neste momento a teoria da parassubordinação. Alerta, porém, para o fato de a concepção trinar não ser apenas produto do pensamento europeu, pois já no ano de 2000 o jurista uruguaio Juan Razo Delgue alertava para esta necessidade.¹⁰⁸

Assim, a dicotomia “trabalho subordinado” *versus* “trabalho autônomo” cedeu lugar à concepção trinar “trabalho subordinado”, “trabalho autônomo” e “trabalho parassubordinado”.

Alice Monteiro de Barros afirma que embora seja um conceito proposto há bastante tempo, subsistem controvérsias em torno de seu significado. Cita, dentre alguns conceitos formulados pelos italianos, o de Oscar Ermida Uriarte para quem o trabalhador parassubordinado não seria um trabalhador subordinado, mas contratado por meio de contratos civis ou mercantis, como o de prestação de serviços profissionais, mas que por motivos de desnível econômico não possui a liberdade negocial característica destes tipos de contratos.¹⁰⁹

Sérgio Pinto Martins afirma que a nova tecnologia acaba criando as condições para a parassubordinação, como se verifica na Itália em relação a trabalhadores autônomos que apresentam uma subordinação tênue, porém com o controle de sua atividade. Cita o conceito do italiano Giuseppe Ferraro para quem a parassubordinação seria uma variedade da relação de trabalho autônomo cujo elemento conectivo da relação em questão pode ser genericamente individualizado no vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual do prestador de obra em relação ao sujeito que usufrui de sua prestação, sendo esta uma situação análoga a do trabalho dependente, o reconhecimento jurídico de uma categoria de relação afim ao trabalho subordinado, com um resultado semelhante, como nos casos de contrato dos profissionais liberais. Para o professor de Direito do Trabalho da USP, a diferença básica entre a parassubordinação e a subordinação é que naquela, embora haja autonomia na prestação dos serviços, prestador e tomador atuam

¹⁰⁸ NASCIMENTO, op. cit., 2011, p. 215-218.

¹⁰⁹ BARROS, op. cit., p. 227-229.

de forma coordenada em prol de objetivos comuns, enquanto nesta o trabalhador presta serviços com subordinação jurídica, sendo que nas duas há a características da continuidade.¹¹⁰

Luciano Martinez imputa ao processo de redefinição do modelo de organização do trabalho, que evoluiu do modelo taylorista-fordista para o modelo intitulado de toyotismo, o qual implementou novas técnicas de administração, e cuja consequência mais visível é evidenciada pelo novo perfil do trabalhador, que foi chamado a assumir os riscos da atividade econômica antes exclusivamente dos capitalistas, e no lugar da subordinação jurídica típica passou a existir a situação de parassubordinação, na qual o poder do empregador foi mitigado.¹¹¹

Ocorre que na Itália, berço da teoria da parassubordinação, as discussões em torno do trabalhador parassubordinado não foram objeto da legislação trabalhista. Há neste país a figura jurídica do *contratto a progetto*, aprovado no ano de 2003 pelo Decreto Legislativo 276, que regula as situações dos trabalhadores precarizados que escapavam da tutela das leis trabalhistas. Não sendo o objeto deste trabalho, faço apenas esta breve menção.

No Brasil, de igual forma, as discussões em torno do trabalhador parassubordinado não foram objeto da legislação trabalhista, e a jurisprudência pátria parece ignorá-la.

¹¹⁰ MARTINS, op. cit., p. 134-137.

¹¹¹ MARTINEZ, op. cit., p. 148-149.

5 CONCLUSÃO

A impropriedade da dicotomia trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo como critério fundante na construção dos marcos jurídicos no mundo do trabalho já foi percebida por alguns escritores. Muitos inclusive á afirmaram ser a teoria da subordinação insuficiente para explicar o fenômeno do qual se ocupa.

Arion Sayão Romita dedicou um trabalho inteiro para escrever sobre a crise da subordinação jurídica e a necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. Afirma o autor que a crise da subordinação jurídica implica a crise do próprio Direito do Trabalho. Aduz que a subordinação jurídica do trabalhador vem sendo ultimamente questionada como suporte de aplicação das normas trabalhistas porque, dentre outras razões, produz um paradoxo, pois fundamenta a exclusão de trabalhadores situados em posição social de carência econômica, como ocorre com muitos autônomos e parassubordinados, enquanto enseja a concessão de benefícios trabalhistas a quem deles não necessita, como dirigentes de empresas, embora seja mínimo o grau de subordinação inerente às suas tarefas. O autor ainda ressalta que a subordinação jurídica não constitui o critério definidor da relação de emprego em certos ordenamentos, como no ordenamento jurídico espanhol¹¹².

Já para Manuel Alonso Olea, a subordinação não pode ser definidora do contrato de trabalho. Isto porque, segundo o autor, a causa do contrato de trabalho é obtenção onerosa dos frutos do trabalho de terceiro, causa que é compartilhada com outros contratos, e uma vez que o poder de direção e a subordinação ou dependência derivam da causa contratual, elas aparecem também em outros contratos¹¹³.

Ora, é urgente a necessidade de repensarmos a teoria da subordinação como traço distintivo da relação de emprego, questão inclusive já discutida e resolvida em outros países, como, por exemplo, em Portugal cujo

¹¹² ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. **Revista LTr**. São Paulo, v. 68, n. 11 (Nov./2004), p. 1287-1298.

¹¹³ OLEA, op. cit., p. 178.

Código do Trabalho prescreve ser o “*Contrato de trabalho [...] aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas*” (Artigo 11), e também na Espanha, que aplica seu Estatuto dos Trabalhadores “[...] *a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro Del ámbito de organización y dirección de outra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresário*” (Artículo 1º).

Observa-se que estas legislações fazem menção apenas à organização e a direção, prescindindo do conceito de subordinação ou dependência. Em que pese o avanço da legislação portuguesa e da espanhola, estas não fazem menção direta ao fato de na relação de emprego o empregado estar alienado do resultado econômico do seu trabalho. Mas o avanço é notório e deve ser seguido.

É urgente a necessidade de se repensar o Direito do Trabalho e seu âmbito de incidência. Isto significa uma nova leitura e conceituação da relação de emprego não mais fundada na ideia de subordinação jurídica, eis que presente em todas as relações jurídicas de trabalho.

Assim, a relação de emprego é uma relação jurídica de natureza obrigacional que se estabelece entre o empregado (sujeito passivo) e o empregador (sujeito ativo) e se caracteriza por ser um trabalho prestado com pessoalidade, continuidade ou não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, relação na qual o trabalhador não se apropria do resultado econômico do seu trabalho.

O poder de direção nada mais é do que o direito subjetivo ou potestativo que rege vários contratos, como mandato, agência, distribuição, prestação de serviços, etc. O trabalhador empregado está subordinado ao poder do empregador que nada mais é do que o direito subjetivo ou potestativo clássico. O poder de direção compreende, portanto, diversos poderes ou direitos subjetivos e potestativos, tais como aqueles diretamente decorrentes do contrato ou de outras fontes.

A subordinação jurídica é a consequência lógica do poder de direção. O trabalhador empregado se obriga a prestar os serviços que satisfaçam a causa do contrato individual de trabalho, e como esta é a obtenção do resultado econômico definido pelo empregador, é este quem definirá o modo como o trabalho deverá ser prestado pelo trabalhador. Assim, a subordinação jurídica reflete a situação jurídica do sujeito passivo da relação de emprego. É o complexo de deveres, de obrigações que o empregado (sujeito passivo) deve cumprir na relação jurídica.

Esta situação do sujeito passivo da relação de emprego não é algo exclusivo deste tipo de relação. É comum em todas as relações de trabalho *lato sensu*. Assim, a denominada subordinação não constitui a diferença específica da relação de emprego.

A diferença crucial entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo reside em outro aspecto. A diferença está no fato de o trabalhador autônomo se apropriar do resultado econômico do seu trabalho, enquanto o trabalhador empregado não se apropria do resultado econômico do trabalho que presta.

Isto ocorre porque na relação de emprego o objeto da prestação devida é o próprio trabalho humano, a força de trabalho, e não os frutos que resultam da atividade humana, a obra que resulta do trabalho humano. Assim, o trabalhador empregado trabalha e é remunerado em razão da disponibilidade da sua força de trabalho. Os resultados econômicos constituem apenas a causa do contrato individual de trabalho.

Já em uma relação de trabalho autônomo o objeto da prestação devida são os frutos que resultam da atividade humana, o bem almejado que deu causa à relação. Assim, o trabalhador autônomo trabalha e é remunerado em relação ao bem que resulta de sua atividade.

O discurso da subordinação jurídica do empregado possibilita apenas ocultar uma das mais importantes características da relação empregatícia que é a alienação do trabalhador em relação ao resultado econômico do seu

trabalho. Na relação de emprego, é o empregador, titular do poder de direção, quem fica com o resultado econômico do trabalho prestado pelo empregado.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Direito do Trabalho e pós-modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

CARMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Direito do Trabalho: a passagem de um regime despótico para um regime hegemônico**. In: Aldacy Rachid Coutinho; Celio Horst Waldraff (coordenadores); Adayde Santos Cecone [et al.] (colaboradores). **Direito do trabalho & direito processual do trabalho**: (temas atuais). Juruá: Curitiba, 2006, p. 11-20.

_____. **Função social do contrato individual de trabalho**. In: Aldacy Rachid Coutinho; José Affonso Dallegrave Neto; Luiz Eduardo Gunther

(coordenadores). **Transformações do Direito do Trabalho**. Juruá: Curitiba, 2000, p. 25-50.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. O poder no contrato de trabalho – diretivo, regulamentador, fiscalizatório, disciplinar. **Síntese Jurídica**. Porto Alegre, v. mensal, n. 95 (Maio/1997), p. 117-150.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

FRENCH, John D. **Afogados em leis**: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. Trad. Paulo Fontes. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: obrigações, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LA CUEVA, Mário. **Panorama do direito do trabalho**. Trad. Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Sulina, 1965.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 9. ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1988.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do direito do trabalho**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Manual de Direito do Trabalho**: direito individual do trabalho, 4. ed., v. 2. São Paulo: LTr, 1993.

MANSUR, André Luiz Ache. Das primeiras reformas neoliberais realizadas pelo governo militar no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro ao triunfo flexibilizador da década de 90. In: Wilson Ramos Filho; Aldacy Rachid Coutinho; Rubens Bordinhão Neto (organizadores). **Classes Sociais e (des)regulação do trabalho no Brasil atual**. Bauru: Canal 6, 2014, p. 105-121.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 11. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Ildélio. Natureza jurídica da relação de trabalho. In: Octavio Bueno Magano (coordenador). **Curso de Direito do Trabalho**: em homenagem a Mozart Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 163-177.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 22. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Fundamentos do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1970.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Curitiba, 2003, 45 f. Trabalho apresentado como requisito parcial à promoção na carreira docente à classe de professor titular do Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

_____. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid - Facultad de Derecho, 1995.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Trad. de C. A. Barata da Silva. Porto Alegre: Editora Sulina, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed., volume 1 (introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

_____. **Instituições de direito civil**. 22. ed., volume II (teoria geral das obrigações). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**: noções fundamentais de Direito do Trabalho, sujeitos e institutos do Direito. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

PLA RODRIGUES, Américo. **Curso de Direito do Trabalho**: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. **Revista LTr**. São Paulo, v. 68, n. 11 (Nov./2004), p. 1287-1298.

_____. Denominação, natureza jurídica e conceito do contrato de trabalho. In: Octavio Bueno Magano (coordenador). **Curso de Direito do Trabalho**: em homenagem a Mozart Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 177-198.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTOS, José Aparecido dos. **Fundamentos da subordinação jurídica do trabalhador**: sujeição e construção da cidadania.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**, v. 1: teoria geral do direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008, p.

THEODORO JÚNIO, Humberto. **O Contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil brasileiro**: introdução e parte geral. 6. ed. rev. e atual. com a colaboração do professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1989.