

SUBORDINAÇÃO E PARASSUBORDINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS: A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A GARANTIA DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Subordination and quasi subordination in contemporary labor relations: employment relationship and warranty of human rights universality

FLÁVIO ALEXANDRE LUCIANO DE AZEVEDO¹

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA²

Universidade de Sergipe

Sumário: Introdução; 1. A efetividade do Direito do Trabalho, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos; 2. Crise e Direito do Trabalho; 3. Parassubordinação – o problema da zona *grise* entre a autonomia e a subordinação; 4. Subordinação – a adaptação de seu conceito ao contexto contemporâneo; 5. Conclusão.

Resumo: A efetividade do Direito do Trabalho é um importante instrumento para a universalização dos direitos humanos. Com a fase da crise do Direito do Trabalho, iniciada na Europa na década de 1970, parcelas do setor produtivo discutem a necessidade da redução da proteção trabalhista como forma de tornar viável sua atividade econômica. Nesse contexto, com a evolução dos processos produtivos, surge a necessidade de revisitar os parâmetros identificadores da relação de emprego. Assim, surgem inovações legislativas para disciplinar relações de trabalho que se encontram na zona *grise* entre autonomia e subordinação, com destaque para o trabalho parassubordinado. Para que se entenda cabível a instituição da parassubordinação, há que se entender que os trabalhadores nela enquadrados possuem grau de hipossuficiência menor em relação aos empregados típicos. É

¹ Mestrando em direito na Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Tiradentes. Auditor-fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho; Pós-graduada em Direito Processual Civil; Mestre em Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora Adjunta IV da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Coordenadora Regional do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

nesse sentido que surge a necessidade de uma releitura da subordinação, tendo em vista que nos processos produtivos contemporâneos o poder diretivo do empregador é exercido por meios que não a emanção direta e constante de ordens. O estudo de uma ampla concepção da subordinação nos leva a compreender a evolução do seu conceito e a enquadrar os trabalhadores que realmente devem estar sob a proteção da legislação trabalhista na relação de emprego típica.

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

Abstract: The effectiveness of Labor Law is an important tool for the universalization of human rights. With the phase of the Labor Law crisis, which began in Europe in the 1970s, portions of the productive sector discuss the need to reduce labor protection as the way to make viable its economic activity. In this context, with the development of productive processes, there is the necessity to revisit the identifying the employment relationship parameters. Consequently, there are legislative innovations to regulate labor relations that are in grise zone between autonomy and subordination, highlighting the quasi subordination work. To understand the appropriate institution of quasi subordination, it is important to understand that workers that are framed on it have a lower degree of disadvantage from the typical employees. That is why there is the need for a review of subordination, considering that in contemporary processes governing the power of the employer is exercised by means other than direct and constant emanation orders. The study of a broad conception of subordination leads us to understand the evolution of its concept and frame the workers who should actually be under the protection of labor laws in the typical employment relationship.

Keywords: subordination, quasi subordination, contemporary productive processes, disadvantage.

Introdução

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

A partir do final da década de 1970, inicia-se o período de crise e transição do Direito do Trabalho, marcada por uma grande revolução tecnológica e pelo fenômeno da globalização. Esta fase trouxe consigo uma forte doutrina neoliberal,

em contraponto ao Estado do Bem-Estar Social, defendendo menos intervenção estatal e a regulação do mercado por suas próprias regras. O entendimento que o Estado deve intervir o mínimo possível nas relações privadas é contrário à expansão da aplicação da tutela do Direito do Trabalho para abarcar as novéis formas de contratação de labor.

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

A intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida em que é um produto do reconhecimento e da busca de amenizar os efeitos da desigualdade inerente a esta relação, é uma decorrência da vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais³ e da conseqüente busca de fomentar a igualdade material, em lugar da igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei e, por isso, devem ser tratados de maneira igual. Na busca da igualdade material, o Estado deve tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, a fim de possibilitar um melhor equilíbrio de forças em uma dada relação jurídica.

O constitucionalismo contemporâneo, fase do constitucionalismo que se desenvolveu principalmente após o fim da Segunda Grande Guerra, tem como característica a busca da efetividade⁴ e não só da eficácia jurídica dos direitos

³ Parte da doutrina – por todos, Sarlet (2012, p. 27) - se posiciona pela opção terminológica, de que direitos fundamentais são direitos da pessoa que se encontram positivados em um dado ordenamento constitucional e direitos humanos aqueles que se encontram previstos em documentos de direito internacional, por serem inerentes ao ser humano, independentemente de nacionalidade. Naturalmente, a proteção de um direito pode ser, e muitas vezes é, prevista ao mesmo tempo por uma Constituição específica e nos documentos de direito internacional, até porque muitas vezes aquelas são inspiradas nestes. Para o que se discutirá neste trabalho, o que se argumenta em relação à dimensão objetiva, eficácia jurídica e efetividade dos direitos fundamentais, se aplica também aos direitos humanos, motivo pelo qual utilizaremos indistintamente os dois termos.

⁴ Neste estudo, seguiremos a terminologia que distingue a eficácia jurídica da eficácia social e da efetividade. Neves (2011, p. 43) distingue a eficácia em sentido jurídico-dogmático, que se refere à aptidão para aplicabilidade da norma; e a eficácia em sentido sociológico, que se refere à sua concretização, à conformidade das condutas dos destinatários às disposições legais. Distinguindo ainda eficácia social de efetividade, o autor explica que aquela diz respeito à conformidade da conduta dos destinatários à norma e essa se relaciona com o alcance da finalidade pretendida pela atividade legislativa, ou seja, “à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal.” (NEVES, 2011, p. 48). No seio dessa discussão, torna-se necessário ainda trazermos a ideia de antiefetividade. A antiefetividade ocorre quando a norma eficaz jurídica e socialmente, por ser exigível e observada, produz resultados contrários a sua finalidade (NEVES, 2011, p. 48). Exemplifica-

humanos. Entendemos que a busca da efetividade destes direitos vincula a todos, particulares e Estado – todos os seus poderes. Desta forma, o Estado deve assumir um comportamento não apenas de abstenção, mas um comportamento positivo na busca da concretização dos direitos humanos, entre os quais se incluem os direitos sociais.

Nessa perspectiva, o que se busca dos direitos humanos é, além da eficácia social, a efetividade. Ou seja, a norma precisa não apenas ser cumprida, mas também atingir os objetivos para os quais foi criada. Em um contexto de Estado Democrático de Direito, entendemos que o vínculo 'meio-fim' da norma sempre tem que levar à efetividade dos direitos humanos.

A universalidade⁵ é algo que faz parte da essência dos direitos humanos, posto que seu conceito engloba a ideia de que eles são direitos mínimos para que um ser humano, independente de sua condição de nacionalidade, viva de maneira digna.

Na busca da universalidade dos direitos humanos, destacamos a importância da efetividade do Direito do Trabalho, posto que as condições mínimas de dignidade das pessoas podem ser providas pelo Estado diretamente, mas a relação de trabalho que se desenvolve de maneira equilibrada e com uma remuneração razoável é o instrumento mais efetivo para que os que não são proprietários de meios de produção – grande parte da população – obtenham meios de vida digna.

Partindo da premissa que a efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores é um fator de existência do Estado Social, modelo de Estado desenhado pelas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra Mundial, torna-se imprescindível discutir os fundamentos teóricos que se voltam à busca da efetividade dos direitos humanos. Para isso, será visitado o tema da dupla dimensão dos direitos humanos, com destaque para a dimensão objetiva e seus desdobramentos, especialmente a noção da vinculação positiva do Estado aos direitos humanos.

Em contexto de crise, buscam-se reduzir os custos de produção, sob o argumento de que é a única forma de se manter o nível de emprego e combater os efeitos do encolhimento da economia. Ocorre que a partir dessa concepção, tem ocorrido diversas alterações legislativas que reduzem o custo da mão-de-obra, reduzem a proteção social a que o trabalhador tem direito e em verdade não se tem

se com uma norma que tenha sido criada para aumentar a proteção social e a despeito de ser observada jurídica e socialmente, em vez de aumentar a proteção social, a diminui.

⁵ Não entraremos no mérito das discussões acerca da universalidade dos direitos humanos, no sentido de questionar se os direitos humanos devem ser válidos para todos os países de todas as culturas (RAMOS, 2014, p. 171 e seguintes). Isto porque entendemos que para a discussão que se faz neste trabalho, o mais importante é reconhecer que os direitos humanos, ao menos no que diz respeito ao âmbito interno de um país, devem ser promovidos a todos os cidadãos sem distinção de nacionalidade, pelo fato de serem entendidos como os direitos mínimos que um ser humano deve gozar para que viva com dignidade.

conseguido os efeitos desejados, posto que não há notícia de que os países que reduziram o âmbito de aplicação da legislação trabalhista tenham retomado seu nível de emprego.

Um dos efeitos das recentes alterações legislativas em relação ao âmbito de aplicação do Direito do Trabalho, e que tem relação direta com o reconhecimento da relação de emprego típica é o instituto da parassubordinação, figura que se encontra na zona *grise* entre o empregado e o trabalhador autônomo e na qual se enquadra aquele trabalhador que, a despeito de não estar sujeito de maneira suficientemente forte ao poder diretivo do empregador, não dirige sua própria atividade, nem apresenta real independência do tomador de serviço, a ponto de ser considerado autônomo.

Nessa mira, surgiu na Espanha o "trabalhador economicamente dependente", conhecido como "TRADE", cuja inspiração é o "trabalhador parassubordinado", caracterizado como trabalho "coordenado, continuativo e de colaboração", do direito italiano. Esses trabalhadores possuem um grau de proteção bastante reduzido comparado com a relação de trabalho subordinado, já que muitos dos aspectos do contrato de trabalho não são regulados por norma cogente e ficam, portanto, por conta da autonomia da vontade das partes.

Parte da doutrina brasileira defende a aplicação da parassubordinação no ordenamento pátrio, sob o argumento de que é um fator de aumento da proteção trabalhista, tendo em vista que dispensará alguma proteção, ainda que reduzida, a trabalhadores que são autônomos.

Em contraponto à ideia da parassubordinação, entendemos que as formas de organização produtiva passaram por grande evolução desde o surgimento do Direito do Trabalho. Assim, os processos produtivos contemporâneos muitas vezes se dão de maneira pulverizada⁶, o que não significa necessariamente que o trabalhador desenvolve a sua atividade laboral de maneira autônoma. A forma pela qual o empregador emana suas ordens aos empregados sofreram também diversas mudanças no decorrer desse processo evolutivo.

O estudo da evolução dos processos produtivos a partir do fordismo, taylorismo e toyotismo é essencial para a compreensão da face contemporânea do poder diretivo do empregador. Todas essas teorias que desenvolveram a linha de produção têm como ideia central a separação rígida entre planejamento e execução da atividade laboral, com a finalidade de direcionar os meios de produção para a máxima produtividade com o menor custo, a fim de se manter no mercado competitivo.

O conceito de subordinação deve acompanhar a evolução das relações de trabalho, para que haja a adaptação da norma ao contexto social ao qual é aplicada, o que nos leva a enxergar a subordinação, desde que o trabalhador não tenha autonomia organizativa de seu trabalho, ainda que não receba ordens diretas e

⁶ Processo que se costuma chamar de "outsourcing".

constantes por parte do tomador de serviço. Isso porque a subordinação, assim como tudo o que diz respeito ao Direito e às ciências sociais, não é um conceito estático.

Assim, em item específico desse trabalho, discutiremos os contornos da subordinação em suas acepções clássica, dependente de ordens constantes e diretas, e contemporânea, em que o poder diretivo do empregador se exerce por diversos meios, dependendo do processo produtivo que se utiliza. É neste contexto surge a noção objetiva de subordinação, cuja ideia central é que o trabalhador acolhe o poder diretivo do empregador pelo fato de sua atividade se inserir no âmbito do processo produtivo do tomador de serviço e essa inserção é suficiente para que se reconheça a subordinação no seio da relação de trabalho. O trabalhador nesse caso, labora atendendo o que é necessário para o processo produtivo do tomador de serviços, com as especificações técnicas e no momento por este exigidos.

1. A efetividade do direito do trabalho, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos

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

A outra ideia é a da indivisibilidade e interdependência, segundo a qual os direitos humanos são intercambiáveis entre si. Assim a classificação dos direitos humanos em direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais tem valor didático, mas não tem o condão de dispensar maior importância a uma classe de direitos humanos do que a outra, porque todos eles devem ser promovidos indistintamente, e a efetividade de todos eles é essencial:

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

A evolução da concepção de Estado tem reflexos diretos tanto no conteúdo dos direitos humanos quanto no papel do Estado em face deles. Assim, por ocasião

do surgimento do Estado liberal em contraposição ao Estado absolutista, o Estado tinha dever de respeitar os direitos fundamentais por meio da mera abstenção. Em uma segunda fase, temos a ampliação dos direitos fundamentais, com o reconhecimento desse "status" a diversos direitos sociais, cujo marco são as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919; e por último, temos a fase do constitucionalismo contemporâneo, onde ganha força a discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, marcada pelas Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, reconhecida desde o Estado liberal, imprime a perspectiva de que estes direitos, pertencentes ao indivíduo, são oponíveis contra o Estado, inicialmente visto como o único seu potencial ofensor. O constitucionalismo contemporâneo, na busca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, complementa a ideia da dimensão subjetiva, reconhecendo também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que fez com que estes fossem vistos como norte de todo o ordenamento jurídico, servindo como vetor de interpretação e como limites à normatização infraconstitucional que se entenda contrária à efetividade destes direitos.

Assim, a dimensão objetiva impõe ao Estado não apenas a abstenção, mas um comportamento positivamente vinculado à efetividade dos direitos humanos. A principal forma pela qual o Estado cumpre sua função de concretização e desenvolvimento dos direitos humanos é por meio da elaboração de leis (GAVARA DE CARA, 2007, p. 279). O Tribunal Constitucional Federal alemão relaciona a dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais não apenas com a interpretação e aplicação do direito, mas também com sua criação. Neste sentido, podemos afirmar que "a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos." (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71).

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

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

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

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

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

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

A redução da proteção do Direito do Trabalho, tão pretendida por uma parte significativa do setor produtivo, vai de encontro, portanto, ao Estado Democrático de Direito desenhado pelas constituições ocidentais, por ser um fator que vai levar ao prejuízo da efetividade dos direitos humanos sociais.

2. Crise e direito do trabalho

A partir da década de 1970, tem início a crise do Direito do Trabalho, devido ao fim do período de crescimento econômico pela qual passou a Europa a partir do

fim da Segunda Guerra Mundial. Isto porque, em tempos de crise, é uma afirmação corriqueira a necessidade de redução dos custos da contratação de mão-de-obra, a partir de reformas que reduzam e flexibilizem as normas de proteção ao trabalho. Nesse sentido, o modelo do Estado do Bem-estar Social é bastante criticado e com isso tem ocorrido diversas reformas que vão no sentido da flexibilização pretendida.

Algumas vozes dissonantes desse discurso, observando os efeitos nas relações de trabalho causados pelas reformas anteriores, argumentam que a redução dos custos da mão-de-obra não se mostraram eficientes em sua finalidade de aumentar os níveis de emprego, mas produzem apenas piora das condições sociais dos trabalhadores, diminuição da representatividade sindical laboral e aumento do poder do empregador. Sobre as reformas ocorridas no ordenamento espanhol, temos:

Esta conclusión tan asertiva es algo que todos conocen/conocemos. Las posiciones gubernamentales y empresariales que siguen reiterando como un mantra la necesidad de seguir reformando la ley laboral como condición para la recuperación económica y la creación de empleo saben perfectamente que emplean un argumento falso, que no resiste la comparación histórica con los ciclos de creación y destrucción de empleo en nuestro país, ni puede explicar las diferencias abismales entre las distintas regiones españolas en razón del nivel de empleo⁷. (BAYLOS, 2013, p. 117).

É importante destacar que a redução dos custos da mão-de-obra por meio da diminuição da proteção da legislação trabalhista implementa-se de duas maneiras (PORTO, 2009, p. 95), quais sejam: redução das próprias tutelas existentes na legislação e redução do campo de incidência da tutela. O campo de incidência da tutela trabalhista é função do reconhecimento da relação de trabalho subordinado, porque a subordinação é pressuposto para a aplicação da tutela. Assim, pode-se diminuir o âmbito de aplicação da proteção trabalhista reduzindo-se o conceito de subordinação, e criando-se tipificações de relações de trabalho configuradas como autônomas.

Nos parece que a redução da proteção trabalhista por qualquer das duas maneiras citadas acima, ainda que em contextos de crise, não é a melhor solução, justamente porque a efetividade do Direito do Trabalho e consequentemente dos direitos sociais dependem de que se tenha em mente sempre o princípio da proteção, para que as pessoas que trabalham tenham uma vida digna:

⁷ “Esta conclusão tão positiva é algo que todos conhecem/conhecemos. As posições governamentais e empresariais que seguem repetindo como um mantra a necessidade de continuar reformando a lei laboral como condição para a recuperação econômica e a criação de emprego sabem perfeitamente que usam um argumento falso, que não resiste à comparação histórica com os ciclos de criação de emprego em nosso país, nem pode explicar as diferenças abismais entre as distintas regiões espanholas em razão do nível de emprego.” (tradução livre)

El proceso histórico de la sujeción del trabajo al Derecho responde, antes que a un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia, universalmente sentida, de dignificación de las condiciones de vida y trabajo de una capa mayoritaria de la población, la formada precisamente por los trabajadores asalariados⁸. (MELGAR, 2013, p. 31).

Deve-se ter em mente que o reconhecimento da autonomia da vontade não significa que ela é exercida de maneira absoluta, sem limites, mas, sim, deve ser vista como autonomia privada da vontade, harmonizando-se com a efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores. Do contrário, representaria, em verdade, a negação da liberdade real especialmente nos contextos em que as partes da relação estiverem em condições muito diferentes de poder:

Para a Lei Fundamental, que desvaloriza e sujeita a restrições bastante amplas a propriedade privada e a liberdade de empresa, garantes da liberdade são os direitos fundamentais, cujo conceito constitucional não é meramente formal, antes aparecendo rodeado das garantias e condições materiais do seu exercício e da sua real efetivação.

É, pois, esta a liberdade que a ordem jurídico-constitucional pretende garantir, uma liberdade real e efetiva, um verdadeiro poder de autodeterminação dos diversos sujeitos de direito, sem o qual, aliás, os próprios princípios de direito civil não passarão de uma ficção. Na verdade, a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais. (ABRANTES, 2005, p. 128).

Especialmente no Direito do Trabalho, em que se encontra marcada a grande diferença entre as partes, leva-nos a concluir que a consagração da autonomia da vontade pura e simples vai fazer com que a parte mais forte imponha as cláusulas contratuais ao trabalhador:

Na realidade, nem os sujeitos dispõem de igual liberdade quanto à celebração do negócio, nem detêm iguais possibilidades quanto à estipulação de cláusulas negociais ou à exigência do seu cumprimento, manifestando-se assim um claro desequilíbrio, que tende a acentuar-se em conjunturas de desemprego. Contrariamente ao empregador, o trabalhador tem absoluta necessidade de outorgar o contrato, uma vez que para ele é vital alienar a disponibilidade da

⁸ “O proceso histórico da sujeição do trabalho ao Direito atende, antes que a um propósito de boa ordenação produtiva, a uma exigencia, universalmente sentida, de dignificação das condições de vida e trabalho de uma parcela majoritária da população, a formada exatamente pelos trabalhadores asalariados.” (tradução livre)

sua força de trabalho, única mercadoria de que é possuidor, a fim de auferir o sustento próprio e do seu agregado familiar. (ABRANTES, 2005, p. 36).

Assim, a existência da crise e a necessidade de proteção da liberdade das pessoas não podem ser argumentos a ensejar a flexibilização cada vez maior do Direito do Trabalho, a uma porque as diversas alterações legislativas nesse sentido não se mostraram efetivas no aumento do nível de emprego e na consequente diminuição da crise; a duas porque a autonomia privada deve ser exercida de maneira compatível com os direitos humanos e a três porque a falta de intervenção do Estado em relações marcadas pela diferença de poder entre as partes protege a liberdade apenas de uma das partes já que a liberdade da parte hipossuficiente nestas condições é apenas formal.

3. Parassubordinação – o problema da zona *grise* entre a autonomia e a subordinação

A parassubordinação é um instituto que surgiu no direito italiano com o objetivo de conceder alguns direitos aos trabalhadores que se encontram na zona *grise* entre a subordinação e a autonomia, implementando uma pequena proteção trabalhista. Entre os países ibero-americanos, a Espanha é o melhor exemplo para o estudo dos contornos e dos efeitos da parassubordinação, por tê-la introduzido em seu ordenamento por meio da Lei 20/2007 – *Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, LETA.

Esta lei foi criada a fim de regular os aspectos relativos às relações de trabalho autônomas “*stricto sensu*” e também para regular a configuração e os direitos dos trabalhadores parassubordinados espanhóis, denominados *trabajadores autónomos económicamente dependientes* – TRADE´S, para resolver o problema do enquadramento das relações de trabalho que se encontram na zona *grise* entre a autonomia e a subordinação. Nesse sentido, transcrevemos o oitavo parágrafo do item III do preâmbulo da Ley 20/2007:

La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el artículo 11, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo.⁹

⁹ “A intenção do legislador é eliminar esas zonas fronteiriças cinzas entre as três categorías. Daí que o artigo 11, ao definir o trabalhador autônomo economicamente dependente seja muito restritivo, delimitando conforme critérios objetivos as hipóteses em que a atividade se executa fora do âmbito de organização e direção do cliente que contrata o autônomo.” (tradução livre)

Em primeira análise, a previsão legal do trabalhador parassubordinado foi vista como um fator de aumento do âmbito de aplicação da tutela da legislação trabalhista, por dispensar certo grau de proteção trabalhista ao trabalhador que se encontra na zona *grise* e que, não havendo a previsão legal da relação de trabalho subordinada, se enquadrariam como autônomos puros, sem nenhuma proteção da legislação trabalhista (ROBORTELLA, 2012, p. 275).

Todavia, este não é o melhor caminho com vistas a efetividades dos direitos humanos do trabalho. Em atenção aos contornos que têm sido utilizados para definir o trabalho parassubordinado, a melhor opção seria ampliar o conceito de subordinação, o que ensejaria o enquadramento destes trabalhadores da zona *grise* na relação de trabalho subordinada, com proteção trabalhista integral (SOUTO MAIOR, 2011, p. 60).

A figura do trabalhador autônomo economicamente dependente – TRADE - está prevista no artigo 11.1 da LETA¹⁰. Os contornos gerais da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente são a prestação pessoal de serviços e o fato desse trabalhador depender economicamente de um cliente, porque pelo menos setenta e cinco por cento de sua remuneração é proveniente de sua relação com este.

A forma de prestação de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes se constitui predominantemente de elementos do trabalho autônomo, mas também por alguns elementos do trabalho subordinado (VIZUETE, 2012, p. 30).

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

¹⁰ Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo

1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

“Artigo 11. Conceito e âmbito subjetivo

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

Note-se que a expressão “ao menos 75%” permite enquadrar entre os trabalhadores parassubordinados espanhóis um trabalhador cuja remuneração recebida de um só cliente varia de 75 a 100%, ou seja, permite-se inclusive a exclusividade de cliente do TRADE.

O artigo 11.2.a da LETA estabelece que o TRADE não pode contratar outros trabalhadores nem subcontratar parte ou toda sua atividade com terceiros. Com essa previsão, se acentua o caráter pessoal e individual da prestação de serviços do TRADE. Este requisito, exatamente por acentuar a característica da dependência econômica do TRADE, o aproxima ainda mais do trabalhador subordinado.

Recentemente, a Ley 31, de 9 de setembro de 2015, alterou a redação deste dispositivo trazendo hipóteses em que é possível a contratação de um trabalhador pelo TRADE para substituir a si próprio em sua atividade laboral¹¹.

Ainda com relação à configuração da dependência econômica do TRADE, a LETA, no seu artigo 11.2.b, estabelece que o serviço dos TRADE´s deve ser prestado necessariamente de maneira diferente da dos trabalhadores assalariados¹². O motivo desta disposição é que caso contrário, estaremos diante de uma situação em que claramente há a configuração da subordinação direta e não apenas da

¹¹ Lo dispuesto en el párrafo anterior, respecto de la prohibición de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, no será de aplicación en los siguientes supuestos y situaciones, en los que se permitirá la contratación de un único trabajador: 1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses. “O disposto no parágrafo anterior, a respeito da proibição de ter a seu cargo trabalhadores por conta *ajena*, não será aplicado nas seguintes hipóteses e situações, nas quais se permitirá a contratação de um único trabalhador: 1. Hipóteses de risco durante ” 2. Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente. 3. Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo. 4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada. 5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada.

“O disposto no parágrafo anterior, a respeito da proibição de ter a seu cargo trabalhadores por conta *alheia*, não será aplicado nas seguintes hipóteses e situações, nas quais se permitirá a contratação de um único trabalhador: 1. Hipóteses de risco durante a amamentação de um menor de nove meses. 2. Períodos de licença por maternidade, paternidade, adoção ou acolhimento, pré-adoptivo ou permanente. 3. Por cuidado de menores de sete anos que tenham a seu cargo. 4. Por ter a seu cargo um familiar, por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau inclusive, em situação de dependência, devidamente comprovada. 5. Por ter a seu cargo um familiar, por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau inclusive, com uma deficiência igual ou superior a 33 por cento, devidamente comprovada.” (tradução livre)

¹² Essa disposição legal tem a finalidade de coibir fraudes à relação de trabalho, porque, a subordinação depende do modo pelo qual a atividade laboral é desenvolvida e por isso, no momento em que há trabalhadores parassubordinados prestando sua atividade da mesma forma que os trabalhadores subordinados, há uma clara fraude no que diz respeito ao enquadramento da relação de trabalho.

dependência econômica e a fronteira entre os TRADE's e os assalariados estará definitivamente excluída.

Identifica-se na nova espécie de relação de trabalho - TRADE - muito mais traços de empregado do que do trabalhador autônomo, como se vê a seguir:

Además, la configuración que se hace en la LETA de los TRADE choca con lo que técnicamente se ha entendido como trabajador autónomo, debido a que los trazos perfilados por la norma se acercan y aproximan más a una relación laboral, con especialidades, que a una verdadera relación de tipo civil o mercantil entre cliente y trabajador. (HERNANDEZ NIETO, 2010, p. 181).¹³

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

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

A dependência econômica torna o trabalhador parassubordinado tão hipossuficiente quanto o subordinado. A necessidade da proteção da legislação trabalhista decorre da hipossuficiência do trabalhador e não da subordinação em si. A subordinação é um critério criado pelo sistema para configurar a relação de emprego. A previsão legal de um novo tipo de relação de trabalho na qual o trabalhador tem o mesmo grau de hipossuficiência que os empregados, não se mostra condizente com a busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, já que a consequência desta normatização especial é a redução do grau de aplicação da tutela a esta nova espécie de trabalhador.

Nessa mesma linha:

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

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

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

A situação de instabilidade do parassubordinado, com a aplicação apenas parcial dos direitos normalmente estabelecidos aos empregados, os torna ainda mais vulneráveis do que os subordinados, principalmente quando se leva em conta que a maioria dos aspectos das relações de trabalho parassubordinadas podem ser pactuadas pelas partes, no exercício de sua autonomia da vontade:

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

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

Quanto à proteção social dispensada aos TRADE's, repisamos que, em relação aos trabalhadores subordinados, ela é bastante reduzida. O artigo 14.1 da LETA, por exemplo, estabelece que o TRADE tem o direito de interromper sua atividade por um período de 18 dias úteis por ano. Ocorre que no silêncio deste dispositivo legal quanto à remuneração destes dias, a celebração do contrato entre o TRADE e o cliente é que vai defini-la. Ou seja, não se garante por norma cogente que os dias de descanso anual sejam remunerados.

Da mesma forma se passa com o artigo 16 da LETA, que estabelece as causas de interrupção justificada da atividade do TRADE. Esta previsão tem a finalidade apenas de garantir a continuidade do contrato de trabalho e impedir que estas interrupções ensejem a extinção do contrato por vontade do cliente, mas a definição se as interrupções serão remuneradas também será objeto de cláusula contratual, posto que a lei silencia a respeito. Normalmente, por mais justificada que esteja a interrupção da prestação de serviços, ocorrerá uma diminuição da remuneração do TRADE, fato ainda mais grave quando se leva em conta o fato de que pelo menos 75% da sua remuneração, será proveniente da relação dele com seu cliente.

A definição da jornada de trabalho, dos feriados e dos descansos semanais e a fixação de indenização por resolução do contrato de trabalho são outros tantos

exemplos que na relação de trabalho subordinada são definidos por normas cogentes mínimas que permitem que as partes as alterem apenas para melhorar a condição do trabalhador, parte hipossuficiente da relação, e que na relação de trabalho dos TRADE 's são de livre alteração pelas partes.

Vale dizer que a autonomia privada, em um contexto de desigualdade das partes da relação, certamente característica da relação de trabalho dos TRADE 's devido a sua dependência econômica, não passa de liberdade formal. Isto porque a parte mais fraca da relação vai quase sempre abrir mão de seus direitos, pois a opção será isto ou abrir mão do trabalho e da sua remuneração.

Nesse aspecto, cremos que reside o motivo da distinção de tratamento que o Estado deve ter entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, de acordo com o que noz traz Melgar (2013, p. 269):

Mientras que el Código Civil eleva a la categoría de contrato arquetípico aquel en que la relación jurídica se configura de acuerdo con los dictados de la autónoma voluntad de las partes (los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente..... según la permisiva fórmula del art. 1255 del Código, solo condicionada al genérico cumplimiento de la ley, la moral y el orden público), la relación jurídica de trabajo recibe una vasta ordenación imperativa desde fuera del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes.¹⁴

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

En cuanto al fenómeno de la contratación en masa, estamos ante un instrumento que permite a las empresas regular el contenido de un conjunto de contratos referentes al mismo tipo de prestación, homogeneizándolos mediante cláusulas predeterminadas. De esta forma, al ser establecidas individualmente por aquéllas, el TRADE como sujeto contractualmente debilitado a consecuencia de su situación de dependencia económica, ve notablemente reducido el margen negocial que tiene reconocido.¹⁵ (VIZUETE, 2012, p. 79).

¹⁴“Enquanto o Código Civil eleva à categoria de contrato arquetípico aquele em que a relação jurídica se configura de acordo com os ditames da autonomia da vontade das partes (os contratantes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que entendam convenientes..... segundo a fórmula permissiva do artigo 1255 do Código, condicionado somente ao genérico cumprimento da lei, da moral e da ordem pública), a relação jurídica de trabalho recebe uma vasta ordenação imperativa que foge ao domínio da autonomia da vontade das partes.” (tradução livre)

¹⁵“Em relação ao fenômeno de contratação em massa, estamos diante de um instrumento que permite às empresas regular o conteúdo de um conjunto de contratos referentes ao

Em Portugal, o que mais próximo temos de regulação da relação de trabalho na zona *grise* são as chamadas "situações equiparadas", estabelecidas no artigo 10º do Código do Trabalho, que pretende enquadrar trabalhadores sem subordinação jurídica, mas que trabalhem sob dependência econômica do beneficiário da atividade. No caso do Direito Português, inexistente definição dos requisitos fáticos que ensejem a situação equiparada, e é ainda mais reduzida do que em Espanha a proteção trabalhista dispensada a estes trabalhadores, já que o citado artigo 10º determina a aplicação a eles somente das normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho.

No Brasil, há alguma jurisprudência reconhecendo a parassubordinação, a despeito da falta de previsão legal¹⁶. Entendemos que esse reconhecimento da parassubordinação quando não é prevista pela legislação é ainda pior para o trabalhador. Isto porque onde a parassubordinação foi instituída, a proteção ao trabalhador existe ainda que em um grau insuficiente, conforme argumentamos acima. No Brasil, pela falta de previsão legal, quando se reconhece a parassubordinação, faz-se para reconhecer a inexistência de vínculo de emprego e, assim, considerar a relação de trabalho como autônoma e portanto sem qualquer grau de proteção trabalhista.

A ideia de que os processos produtivos evoluíram a um ponto em que os trabalhadores possuem mais conhecimento tecnológico e, que por isso, são menos subordinados do que outrora não se mostra de acordo com a realidade. Em verdade, a grande maioria dos trabalhadores desenvolve sua atividade de maneira cada vez mais controlada pelo tomador de serviço, o que lhe retira qualquer autonomia:

A imagem da empresa transformada em lugar de aperfeiçoamento pessoal para seus assalariados é pois, uma criação essencialmente ideológica. Obscurece a percepção das transformações reais, a saber: a empresa substitui o trabalho por máquinas, produz mais e melhor

mesmo tipo de prestação, homogeneizando-lhes mediante cláusulas predeterminadas. Desta forma, ao serem estabelecidas individualmente por aquelas, o TRADE, como sujeito contratualmente debilitado em devido a sua situação de dependência econômica, vê notavelmente reduzida a margem negocial que tem reconhecida." (tradução livre)

¹⁶ Nesse sentido é a seguinte decisão: **E M E N T A:** CONTRATO DE PARCERIA. CABELEIREIRO. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. Diante da regularidade do contrato de parceria firmado entre as partes, com o ajuste de percentual expressivo a título de rateio; além da ausência dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, não há que se falar em existência de relação empregatícia. ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. FIXAÇÃO DE HORÁRIO. PARASSUBORDINAÇÃO. O fato de o locador reservar-se ao direito de estipular o seu horário de funcionamento não caracteriza a existência de um poder diretivo quanto às atividades do autor. Trata-se de mera organização empresarial, atendendo ao mínimo de coordenação a que todas as relações humanas devem observância. (Processo Nº 0050000-67-2012.5.16.0016; data de publicação: 28/05/2013). TRT da 16ª Região. Relatora: Des. Márcia Andrea Farias da Silva. Consulta disponível em: <<http://www.trt16.jus.br/site/index.php?acao=conteudo/jurisprudencia/index.php>>. Acesso em 15/06/2014.

com uma fração decrescente dos efetivos antes empregados e oferece aos trabalhadores de elite que ela seleciona privilégios que têm por contrapartida o desemprego, a precariedade do emprego, a desqualificação e a insegurança da grande maioria.

A mudança técnica produz, portanto, como seu efeito, a segmentação e a desintegração da classe operária. Uma elite é ganha, em nome da ética do trabalho à colaboração com o capital; a massa é precarizada ou marginalizada e serve de exército de reserva a uma indústria que deseja poder rapidamente ajustar o número de empregados às variações da demanda. (GORZ, 2003, p. 71).

Esse problema se torna ainda mais grave quando se leva em conta que, na tipificação de relações de trabalho supostamente com menor grau de subordinação, e portanto com menor grau de proteção ao trabalhador, na maioria das vezes são empurrados para esses postos exatamente os trabalhadores menos qualificados, que possuem menor remuneração e que, por isso, tem uma condição de hipossuficiência ainda maior do que a dos demais trabalhadores. Ou seja, tipificam-se relações de trabalho menos protegidas exatamente para quem mais precisa de proteção.

Dessa forma, pensamos que os contornos que foram definidos para os trabalhadores parassubordinados espanhóis, especialmente a porcentagem de remuneração percebida de um mesmo cliente, nos parecem enquadrar nesta figura trabalhadores cuja hipossuficiência tem o mesmo grau dos trabalhadores assalariados, o que torna injustificada a previsão legal de uma tutela protetiva que, como se argumentou, é bastante insuficiente.

Diante disso, cabe revisitar o conceito de subordinação, imprimindo efetividade aos direitos humanos dos trabalhadores, elevando os trabalhadores parassubordinados ou os TRADE's à condição de "cidadão social".

4. Subordinação – a adaptação de seu conceito ao contexto contemporâneo

A subordinação é o pressuposto de fato que foi criado para diferenciar os trabalhadores autônomos dos subordinados e conseqüentemente, funciona como "chave de acesso" à proteção trabalhista, tendo em vista que somente aos trabalhadores subordinados é assegurada a plenitude dos direitos trabalhistas. (PORTO, 2009, p. 200).

O contexto social no qual o conceito de subordinação surgiu foi o da revolução industrial, em que os processos produtivos se desenvolviam de maneira centralizada, e com ordens diretas e constantes por parte do empregador ao trabalhador. Entretanto, como qualquer conceito jurídico, o de subordinação não é estático. Sua aplicação precisa se dar de maneira adaptada a cada realidade social.

Desde a revolução industrial, os processos produtivos passaram por uma grande evolução. As três mais importantes doutrinas de gerência dos meios de

produção - entre os quais está a força de trabalho - são o taylorismo, o fordismo e o toyotismo. Essas três correntes, têm em comum a separação rígida entre o planejamento e a execução do serviço, o que é uma exigência do sistema competitivo, marcado por uma necessidade crescente de eficiência dos processos produtivos. Isso implica um controle cada vez maior da força de trabalho:

A segunda arena de dificuldade geral nas sociedades capitalistas concerne à conversão da capacidade de homens e mulheres de realizarem um trabalho ativo num processo produtivo cujos frutos possam ser apropriados pelos capitalistas. Todo tipo de trabalho exige concentração, autodisciplina, familiarização com diferentes instrumentos de produção e o conhecimento das potencialidades de várias matérias-primas em termos de transformação de produtos úteis. Contudo, a produção de mercadorias em condições de trabalho assalariado põe boa parte do conhecimento, das decisões técnicas, bem como do aparelho disciplinar, fora do controle da pessoa que de fato faz o trabalho. (HARVEY, 2014, p. 118).

No toyotismo, a ideia central é a prática estrutural do enxugamento da empresa e as reduções de pessoal, como uma forma de aumentar a competitividade. Isso é obtido principalmente com a flexibilização da organização do trabalho; com a polivalência do trabalhador, que passa a operar quatro a cinco máquinas de processos diferentes; e com a elevação do desgaste da força de trabalho até níveis considerados desumanos (OLIVEIRA, 2004, p. 24).

Importante ressaltar que a flexibilidade e a necessidade do trabalhador operar várias máquinas não lhe dá uma maior autonomia sobre sua atividade. Isso porque o sentido da flexibilidade da organização do trabalho é o da possibilidade de adaptação rápida do processo produtivo para que se modifique o produto, tendo em vista que a produção just in time, de acordo com o que o mercado demanda, é outra forte característica do toyotismo. Ou seja, o comando, por assim dizer, da flexibilidade se encontra sob controle do tomador de serviços e não do trabalhador.

Luisa Galantino (2012, p. 296) expõe que:

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

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

Assim, ao comparar uma empresa com um relógio - algo cujas partes precisam funcionar de maneira precisamente coordenada - não podemos pensar

que as partes desse relógio fictício são mais livres em seu funcionamento. Entendemos que os processos produtivos precisam ser flexíveis para que se adaptem, mas sob o comando do empregador e em cada nova situação para a qual o processo produtivo mudou, as partes devem funcionar precisamente coordenadas novamente.

A separação rígida entre a gerência e a execução deixa nas mãos do tomador de serviços o controle do trabalho, diminuindo sobremaneira o domínio e a autonomia do trabalhador sobre a execução de sua atividade. É certo que os processos produtivos sofreram outras evoluções depois das três correntes gerenciais citadas, mas todas elas seguem a linha de manter o controle do trabalho nas mãos do proprietário dos meios de produção e fora das mãos do trabalhador e muitas vezes até aumentar a necessidade e controle, tendo em vista a necessidade de redução de custos a fim de enfrentar a concorrência.

Em um entendimento contrário ao que alguns autores identificam como um esmaecimento do poder diretivo do empregador, uma análise mais cuidadosa observa que os meios tecnológicos, cujo controle se encontra nas mãos do proprietário dos meios de produção, é um fator que permite um maior controle da atividade laboral por parte do empregador, pois, "Os novos métodos de gestão e as novas tecnologias introduziram, porém, diversos cambiantes reforçando a capacidade fática de controle sobre os trabalhadores." (LEITÃO, 2014, p. 459).

No processo produtivo contemporâneo, ao mesmo tempo pulverizado, articulado e padronizado, a subordinação é internalizada pelo trabalhador. A internalização é ainda aumentada quando a contraprestação pelo trabalho é efetuada por unidade de obra. Assim, "A empresa não precisa mais se preocupar com isso. A subordinação não está mais na pessoa, porém na coisa, no produto, na produção." (RENAULT, 2011, p. 42).

Nesse mesmo sentido:

Os pagamentos por unidade produzida, sob várias formas, ainda são comuns atualmente, e representam a conversão do salário por tempo numa forma que tenta, com êxito muito desigual, arrolar o trabalhador como cúmplice voluntário de sua própria exploração. Hoje, contudo, o pagamento por peça feita está combinado com o controle sistemático e minucioso por parte da gerência sobre os processos do trabalho, controle que às vezes é exercido mais coativamente do que era quando se utilizava a forma de pagamento por tempo. (BRAVERMAN, 1981, p. 64).

O entendimento que propomos para a adaptação do conceito de subordinação às relações de trabalho contemporâneas depende do reconhecimento de que o poder diretivo do empregador se encontra, ainda que diferido, pulverizado, exercido por meios diferentes da ordem direta e da concentração do trabalhador num estabelecimento da empresa, cumprindo horários fixos (ALMEIDA, 2012, p. 318).

Assim sendo, a subordinação clássica, baseada nas relações de trabalho predominantes quando da revolução industrial e que se mantiveram até o modelo taylorista-fordista, caracterizava-se principalmente por um controle físico do empregador sobre o trabalhador. Nesse contexto, o ambiente de trabalho centralizado era pressuposto para a subordinação. Contemporaneamente, com a evolução dos processos produtivos, há necessidade de revisão dos contornos da subordinação:

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

A evolução dos contornos da subordinação levou ao desenvolvimento do conceito de subordinação objetiva, "com o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem." (VILHENA, 2005, p. 510).

Segundo a concepção objetiva da subordinação, ela está presente quando a atividade do trabalhador se insere na dinâmica produtiva do tomador de serviço, independentemente da existência de ordens diretas acerca da atividade do trabalhador:

Como suporte dessa integração, abre-se um tráfico de prestações, que levam o empresário a contar com a iterativa entrega das peças feitas e, por via de consequência, a tomar medidas acautelatórias da regularidade desse tráfico, da perfectibilidade das tarefas executadas, o que acaba por configurar, objetivamente, a subordinação. (VILHENA, 2005, p. 514).

De acordo com o que já expusemos, a inexistência de ordens diretas, e mesmo a falta de controle rígido de horário, não quer dizer a inexistência do controle do empregador sobre a atividade do trabalhador. O controle reside exatamente na inserção da atividade do trabalhador na dinâmica produtiva da empresa e se reveste de diversas formas no processo produtivo contemporâneo.¹⁷

¹⁷ O seguinte trecho de jurisprudência brasileira traz um exemplo do reconhecimento do poder diretivo do empregador por meio da inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo da empresa, independentemente da frequência das ordens diretas: **RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. TRABALHO INTELECTUAL, QUE SE CARACTERIZA POR SUBORDINAÇÃO SUBJETIVA MENOS INTENSA, PORÉM ENQUADRANDO-SE NO MODERNO E ATUALIZADO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO. Afastamento das noções de parassubordinação e de informalidade.** O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão

Nos parece que a ideia da subordinação objetiva capta bem as diferentes formas pelas quais se manifesta o poder diretivo do empregador, posto que, a inserção da atividade do trabalhador dentro do processo produtivo do empregador mostra que ele não tem o controle organizativo de sua atividade, não importa se recebe ordens diretas, ou se o controle de sua atividade é feito por meio de outros meios, como os eletrônicos, ou mesmo somente por meio da padronização rígida dos produtos e da remuneração do trabalhador por produção.

A noção da subordinação objetiva não exclui obviamente a noção clássica da subordinação. Assim, seja por meio da inserção da atividade do trabalhador na dinâmica produtiva do empregador, seja por meio das ordens constantes e diretas, configura-se a subordinação:

Todavia, mesmo nos dias atuais, em inúmeras relações de emprego, talvez na maior parte delas, a subordinação ainda se faz presente em sua acepção tradicional. Desse modo, a matriz clássica não pode ser abandonada ou substituída, mas, sim, deve ser acrescida de uma nova dimensão, que propomos denominar subordinação integrativa. Assim, a universalização proposta implica que se deve considerar configurada a subordinação quando essa se manifeste em qualquer

social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art 170, *caput* e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade. Registre-se que a subordinação enfatizada pela CLT (arts. 2º e 3º) não se circunscreve à dimensão tradicional, subjetiva, com profundas, intensas e irreprimíveis ordens do tomador ao obreiro. Pode a subordinação ser do tipo objetivo, em face da realização pelo trabalhador dos objetivos sociais da empresa. Ou pode ser simplesmente do tipo estrutural, harmonizando-se o obreiro à organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços. Presente qualquer das dimensões da subordinação (subjetiva, objetiva ou estrutural), considera-se configurado esse elemento fático-jurídico da relação de emprego. No caso concreto, a Reclamante demonstrou o trabalho não eventual (até mesmo diário), oneroso, pessoal e subordinado às Reclamadas, por um período superior a quatro anos e em atividade-fim das empresas. Por outro lado, as Reclamadas não se desincumbiram do encargo de comprovar que a relação jurídica se desenvolveu sob forma diversa daquela estabelecida no art. 3º da CLT, incidindo a presunção (e a prova) de reconhecimento do vínculo empregatício, por serem os fatos modificativos ônus probatório do tomador de serviços (Súmula 212, TST; art. 818, CLT; art. 333, II, CPC). Ressalte-se que circunstancial flexibilidade de horário, em trabalho diário de segunda a sábado, não traduz autonomia e ausência de subordinação, principalmente a subordinação objetiva, além da estrutural. Em face desses dados, deve o vínculo de emprego ser reconhecido. Recurso de revista conhecido e provido. (PROCESSO Nº TST-RR-528100-67.2006.5.02.0081; data de publicação: 19/12/2011). Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Consulta disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15/03/2014.

das duas dimensões: a clássica ou a integrativa. (PORTO, 2009, p. 252).

Assim, a concepção da subordinação objetiva, tal como formulada por Vilhena, já possui a ideia de que ela se acresce e não exclui a concepção clássica de subordinação. Mas, a nosso ver, o mérito da ideia da subordinação integrativa é o de deixar explícito o fato das duas noções se somarem.

Para concluir, entendemos que o empregado é subordinado, e fica excluída a sua condição de autônomo, quando produz o que, quando e onde o empregador o determina, não importando se a determinação é exercida por meio de ordens diretas ou por meio da inserção da atividade do empregado no processo produtivo do tomador de serviços, utilizando-se dos diversos meios de controle que a tecnologia atual permite. O fenômeno do poder de direção deve ser analisado sob a perspectiva multidimensional, pois não importa o modo pelo qual o tomador de serviço dirige a atividade, se diretamente ou não (PORTO, 2009, p. 42).

5. Conclusão

A atual fase do constitucionalismo busca a efetividade e a promoção universal de todos os direitos humanos. Dentre os direitos humanos, destacamos os sociais que, devido à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, devem ser promovidos de maneira igual e em consonância com os demais, tal como os direitos de liberdade, os políticos e os culturais. A vinculação positiva aos direitos humanos exige do Estado um comportamento ativo que se volte à promoção desses direitos.

Para a promoção dos direitos humanos sociais, não se pode prescindir da efetividade do Direito do Trabalho, posto que somente por meio dela, boa parte da população tem condições de se manter em condições dignas de vida.

E mais, não é a conformação da subordinação que define a necessidade ou não da proteção de uma das partes da relação de emprego. A necessidade de proteção decorre do fato de que uma das partes da relação é hipossuficiente em relação à outra, ensejando a necessidade do Estado intervir na autonomia da vontade, a fim de garantir que os direitos humanos sejam observados no seio dessa relação.

A instituição da figura do trabalhador parassubordinado, ao menos nos moldes em que foi feita na Espanha, permite que sejam empurrados para esse tipo de relação os trabalhadores cujo grau de hipossuficiência é igual ao dos trabalhadores assalariados e, por isso, não se justifica a aplicação a eles de uma proteção menos ampla da legislação trabalhista.

Nesse contexto, a proteção que a Ley 20/2007 espanhola dispensa aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes é insuficiente, porque possibilita que muitos aspectos da relação sejam definidos de acordo com a autonomia privada das partes. Neste tipo de relação, com a característica de grande diferença de poder entre as partes, a consagração pura e simples da autonomia da

vontade se converte em verdade na possibilidade da parte mais forte da relação impor suas cláusulas. A proteção da liberdade, neste caso, é só para um dos polos, já que a do trabalhador se vê reduzida sobremaneira pela sua condição de hipossuficiência.

A evolução dos processos produtivos se deu com o recrudescimento do controle dos detentores dos meios de produção sobre a força de trabalho. Com isso, se desenvolveram diversas formas pelas quais se manifesta o poder diretivo do empregador. Isso significa que, mesmo com a possibilidade de produção dispersa no espaço e algumas vezes até no tempo, o trabalhador tem sua autonomia organizativa cada vez mais diminuída, motivo pelo qual entendemos que a afirmação de que a subordinação tem esmaecido não é verdadeira para a grande maioria das relações de trabalho contemporâneas.

Com isso, para adaptar o conceito de subordinação, como pressuposto de fato que distingue os trabalhadores autônomos dos trabalhadores assalariados, devemos enxergar essas diversas maneiras de manifestação do poder diretivo do empregador para que sejam enquadrados na relação de trabalho típica, com proteção ampla, os trabalhadores que da proteção precisam.

A subordinação clássica depende de ordens diretas e constantes do empregador ao trabalhador. A isso se acresce a concepção objetiva de subordinação, por meio da qual se entende que o trabalhador cuja atividade se insere em um processo produtivo controlado por outrem, exatamente por meio dessa inserção, acolhe o poder de organização do empregador e por isso não tem autonomia organizativa, o que resulta no reconhecimento da sua condição de trabalhador subordinado.

Vê-se, portanto, que é perfeitamente possível e até mesmo necessário, a partir do reconhecimento da nova conformação da subordinação, nos moldes da subordinação objetiva, incluir os trabalhadores parassubordinados no âmbito da relação de emprego, com proteção trabalhista ampla e que, se torna desnecessária e até mesmo um fator de retrocesso, a criação de um *tertium genus* entre trabalhadores subordinados e autônomos.

Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- ALMEIDA, Margarida Barreto de. Relação de trabalho e relação de emprego: atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 309-322.
- BAYLOS, Antonio. Crisis del derecho del trabajo y política de austeridad (sobre la reforma laboral española de 2012). In REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta

- Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social:** um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013. p. 115-124.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Recurso Ordinário Nº 0050000-67.2012.5.16.0016, da Primeira Turma. Relatora: Des. Márcia Andrea Farias da Silva. São Luiz, 28 de maio de 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 52810067.2006.5.02.0081, da Sexta Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Brasília, 19 de dezembro de 2011.
- BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista:** a degradação do trabalho no século XX. Tradução Nathanael Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais:** dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
- GALANTINO, Luisa. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho:** anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Tradução Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2012. p. 287-305.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **Teoría y realidade constitucional.** Madrid; n. 20, p. 277-320, 2007.
- GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho:** crítica da razão econômica. Tradução Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 25. ed. São Paulo: Loyola, 2014.
- HENRIQUE, Virgínia Leite. O novo estatuto do trabalhador autônomo espanhol: nova roupagem para a velha exploração. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação:** em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2011. p. 201-212.
- HERNANDEZ NIETO, Juan Antonio. La desnaturalización del trabajador autónomo: el autónomo dependiente. In **Revista universitaria de ciencias del trabajo.** Logroño: n. 11, p. 177-194, 2010. Disponível em: <<http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%2011/11208.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2014.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A precariedade: um novo paradigma laboral? In REIS, João et al (Coord.). **Para Jorge Leite: escritos jurídico-laborais**. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 455-467.
- MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo**. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Eurenice de. **Toyotismo no Brasil: desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência**. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RENAULT, Luís Otávio Linhares. Parassubordinação: para quê? In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 33-49.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 268-286.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 50-86.
- VIANA, Márcio Túlio. Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do direito. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 23-32.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VIZUETE, Esther Guerrero. **El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico laboral**. Valladolid: Lex Nova, 2012.