

NOTAS SOBRE A “SUBORDINAÇÃO”: AINDA UM ELEMENTO ESSENCIAL PARA ESTABELEECER A PROTEÇÃO?*

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Maria Lúcia Menezes Gadotti

Amanda Cavalcante Santos

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre a subordinação como pressuposto central da relação de emprego, diante das modificações da economia, do mercado de trabalho e das mais variadas formas de prestação de serviços, questionando se ela segue sendo o elemento central para ao afastamento ou atração da proteção preconizada pelo Direito do Trabalho.

Palavras-chaves: Subordinação clássica. Subordinação estrutural. Subordinação Algorítmica. Quarta Revolução Industrial. Elemento essencial?

* O texto apresentado se propõe a revistar e trazer outras reflexões a partir do artigo “Uma reflexão sobre a ‘subordinação’ como elemento essencial da relação de emprego”, de autoria de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, publicado na Revista LTr. Legislação do Trabalho, 2018, p. 30-37.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Professor universitário. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Pesquisador do GETRAB-USP. E-mail: j.cavalcante@live.com

Maria Lúcia Menezes Gadotti

Advogada. Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC). Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC), Professora da Fundação Instituto de Administração (FIA). Relatora do TED-3 da OAB/SP. Pesquisadora do GETRAB-USP. E-mail: mlgadotti@uol.com.br

Amanda Cavalcante Santos

Advogada. E-mail: amandacavalcantedr@gmail.com

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, parte expressiva da doutrina nacional e internacional tem se debruçado sobre os limites e a abrangência do Direito do Trabalho, face às formas de trabalho “sem proteção” (relações fraudulentas e “trabalhadores independentes/autônomos”) ou relações jurídicas triangulares de trabalho (subcontratação e terceirização).

Nesse cenário, a OIT editou a Convenção das Agências Privadas de Emprego 181 (1997), a Recomendação de Agências Privadas de Emprego 188 (1997) e a Resolução 198 (2006), relativa à relação de trabalho.

Entre outros inúmeros fóruns de discussão, o 16º Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social (2000) e o 5º Congresso Regional Americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social (2001) procuraram estudar e debater as similitudes e diferenças entre o contrato de trabalho (relação de emprego) e os contratos civis e comerciais.

Ao longo das últimas décadas, traçar as fronteiras do Direito do Trabalho tem se mostrado um grande desafio para os juslaboralistas, como lecionava Américo Plá Rodríguez¹, essas fronteiras têm a peculiaridade e a dificuldade de serem móveis, dinâmicas e extensíveis, pois vão alterando constantemente a aplicação do Direito do Trabalho.

De qualquer forma, é certo que a doutrina não titubeia em reconhecer que o Direito do Trabalho tem relações interdisciplinares, sendo fortemente influenciado pela história, sociologia, economia entre outras ciências. Assim, o Direito do Trabalho engaja-se na conjuntura socioeconômica e, nesta direção, seguem suas normas tutelares.

O momento atual do Direito do Trabalho, reflexo das exigências de adequação do sistema produtivo pelas novas tecnologias decorrentes da 4ª Revolução Industrial, pelo aumento do desemprego provocado por fatores econômicos e estruturais e pela pandemia da COVID-19, pela mobilidade de trabalhadores além de fronteiras geográficas, pelo crescimento de formas alternativas de trabalho, que não se enquadram

1 RODRÍGUEZ, Américo Plá. Sobre las fronteras del derecho del trabajo. In: **Estudos em homenagem a Rafael Caldeira**. Caracas. 1977, p. 313.

no modelo típico de relação de emprego, pela falta de trabalhadores capacitados para substituição da mão de obra que se encaminha para a aposentadoria etc., provoca uma revisão dogmática de vários institutos desse ramo do Direito.

Momentos como esses, são valiosos e de uma verdadeira revolução, como pontua José Eduardo Faria: *“Períodos históricos como esse, quando passa a ser trivial lamentar a ausência de regras e questionar o conteúdo, a forma, o alcance e a fronteira da ciência, são também momentos bastante ricos e criativos de catarse e de autocrítica. São, em outras palavras, momentos de revolução paradigmática”*.²

Em relação ao tema proposto, para se distinguir entre relação de trabalho e as relações de outro gênero recorre-se a critérios distintos segundo estudos da OIT³. Alguns consideram em uma relação de trabalho a pessoa que presta seus serviços em circunstâncias que correspondem a uma relação de subordinação ao empregador (ou dependência) ou se há integração a uma organização ou não assume os riscos inerentes a qualidade de empregador. Em alguns casos, a legislação nacional vai mais além e determina que serão considerados assalariados alguns trabalhadores cuja situação pode ser ambigua e, em outras leis, existe a prescrição que certas formas de trabalho não representam uma relação de emprego.⁴

Seguramente, nesses últimos anos, as fronteiras do Direito do Trabalho se moveram, ora se ampliando, ora se reduzindo, e, em muitos casos, se tornou confusa (“tema fronteiro”), segundo Óscar Ermida Uriarte e Óscar Hernández Álvarez⁵, gerando conflitos, insegurança e questionamentos sobre a inclusão e exclusão de trabalhadores da proteção do Direito do Trabalho tradicional.

Como instrumentos de pressão limitadores do campo de aplicação do Direito do Trabalho, verificam-se alguns métodos: (a) desregulamentação; (b) adequação das normas trabalhistas (flexibilização); (c) redução do campo de aplicação do Direito do Trabalho pela via da interpretação doutrinária e jurisprudencial ou simplesmente pela

2 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47.

3 Organização Internacional do Trabalho – OIT. **El ámbito del relación del trabajo**. Ginebra. Oficina Intercional do Trabalho, 2003, p. 24-25.

4 Para verificar se é ou não uma relação de trabalho existe, é necessário ser guiada pelos fatos sobre o que realmente concordaram e cumpriram as partes, e não pelo nome que deram ao contrato. Em outras palavras, o que conhecemos no direito como princípio da primazia da realidade. (Organização Internacional do Trabalho – OIT. **El ámbito del relación del trabajo**, p. 25).

5 URIARTE, Óscar Ermida; ÁLVAREZ, Óscar Hernández. “Crítica a la Subordinación”. In: **Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez**. v. I. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003, p. 447.

prática laboral, com a exclusão de determinados temas ou situações.⁶

Por conta do movimento de aproximação do Direito do Trabalho com outros ramos do Direito, Luiz Robortella afirma que há um novo compartimento desse ramo jurídico, o “direito do mercado de trabalho”, o qual supera a dicotomia entre trabalho subordinado e autônomo e despreza a distinção entre formas típicas e atípicas de emprego.⁷

Centraliza-se essa nova fase na ocupação dos trabalhadores em três maneiras de efetivação no Brasil:

o emprego tradicional, à luz da rigidez do artigo 3º, da CLT;
o emprego com regulação diferenciada, sob a égide dos contratos atípicos;
o emprego exteriorizado, fora dos limites da empresa, e regido por contratos do direito comum, dada a ausência, até o presente momento, de regulações específicas para as novas formas de trabalho, decorrentes da 4ª Revolução Industrial.

Portanto, passa-se a ter uma visão ampliativa acerca do trabalho, admitindo-se todas as suas formas de concretização, inclusive aquela fora dos rígidos limites do artigo 3º, da CLT.

Neste contexto, questiona-se se é necessário repensar o modelo clássico de contrato de emprego e do Direito do Trabalho, protecionista por excelência, adaptando-os à atual conjuntura que o mundo globalizado apresenta e que ocasiona uma maior complexidade das relações entre empresas e quem lhe presta serviços, em suas mais variadas formas jurídicas, e se a subordinação deve ser revista como elemento clássico para a atração ou afastamento do vínculo de emprego, como defende parte da doutrina e da jurisprudência pátria. Ressalta Arion Romita “...o Direito do Trabalho também se vê na contingência de se transformar, aderindo às novas realidades. O Direito do Trabalho integra o vigamento da crise e tem por dever sugerir medidas para resolvê-la. Por isso, deve desvencilhar-se das soluções rígidas típicas do passado característico da era industrial e adaptar-se às novas exigências da sociedade pós-industrial, flexibilizando suas estruturas”.⁸

6 URIARTE, Óscar Ermida; ÁLVAREZ, Óscar Hernández. Op. cit., p. 447.

7 ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, p. 47.

8 ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 55.

Apesar disso, a doutrina e a legislação dos diversos países latinoamericanos utilizam de elementos “tradicionais” para a caracterização do contrato de trabalho, entre eles a pessoalidade, a voluntariedade, a onerosidade, o risco da atividade, a subordinação, a dependência, entre outros.⁹

Como elemento essencial, a doutrina latinoamericana e de alguns países da Europa apontam a subordinação (ou dependência). Em virtude de sua importância, algumas legislações chegam a conceituar a “subordinação”.¹⁰

Por outro lado, os europeus, identificando a necessidade de revisar o conceito e adaptá-lo às normas formas de trabalho, outorgando proteção mínima a quem não se enquadra nos rígidos limites da subordinação tradicional, criaram novas figuras.

1. RECOMENDAÇÃO 198, OIT

Considerando vários aspectos sociais e econômicos, bem como a própria finalidade da OIT e as diversas relações de jurídicas de trabalho existentes, a Recomendação 198 (2006), objetivando estimular políticas públicas de proteção e apontar elementos indicadores da existência de “relação de trabalho”.

Dentre os vários aspectos que justificam a Recomendação, alguns se destacam: (a) as dificuldades de estabelecer a existência, ou não, de uma relação de trabalho em situações nas quais os respectivos direitos e obrigações relativas às partes não estão claras, em que houve uma tentativa de disfarçar as relações de trabalho, ou onde existam inadequações ou limitações na estrutura legal, ou em suas interpretações ou aplicações; (b) situações nas quais os arranjos contratuais podem ter o efeito de privar trabalhadores de sua proteção devida; (c) que a proteção deva ser acessível a todos, particularmente trabalhadores vulneráveis, e deva ser baseada em lei que seja eficiente, efetiva e compreensiva, com resultados expedidos, e que encoraja aquiescência voluntária; (d) que a economia globalizada aumentou a mobilização dos trabalhadores que necessitam de proteção, ao menos contra as práticas fraudulentas de proteção nacional por escolha da lei; (e) na estrutura da provisão transnacional

9 URIARTE, Óscar Ermida; ÁLVAREZ, Óscar Hernández. Op. cit. p. 448.

10 Código de Trabalho de Honduras (arts. 19 e 20), Código de Trabalho do Panamá (arts. 64 e 65) e a Lei de Produtividade e Competitividade do Trabalho do Peru (arts. 9º).

de serviços, é importante estabelecer quem é considerado um trabalhador em uma relação de trabalho, quais direitos este trabalhador possui, e quem é o empregador; (f) as dificuldades em estabelecer a existência de uma relação de trabalho podem criar sérios problemas para aqueles trabalhadores envolvidos, suas comunidades, e a sociedade como um todo; (g) tanto a incerteza como a existência de uma relação de trabalho necessita ser discutido para garantir uma competição justa e proteção efetiva dos trabalhadores de forma apropriada às leis e práticas nacionais.

Pela Recomendação 198, os estados-membros da OIT devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho.

Tais políticas devem ao menos incluir medidas para:

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

b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro *status* legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro *status* legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir nas quais acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

c) garantir padrões aplicáveis para todas as formas de acordos contratuais, incluindo aqueles envolvendo múltiplas partes, de modo que os trabalhadores empregados tenham a devida proteção;

d) garantir que padrões aplicáveis a todas as formas de acordos contratuais estabeleçam quem é responsável pela proteção contida nestes acordos;

e) prover acesso efetivo àqueles envolvidos, em particular empregadores e trabalhadores, apropriando procedimentos e mecanismos rápidos, baratos, justos e efetivos para resolver disputas relativas à existência e termos de uma relação de trabalho;

f) garantir aquiescência com aplicação efetiva de leis e regulamentos envolvendo a relação de trabalho;

g) prover treinamento adequado e apropriado nos padrões de trabalho internacional relevantes, comparativo e casos de lei para o judiciário, árbitros, mediadores, inspetores do trabalho, e outras pessoas responsáveis por lidarem com resoluções de disputas e execuções de leis e padrões nacionais de emprego.

Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes.

Os estados-membros devem promover métodos claros para orientar trabalhadores e empregadores como também determinar a existência de uma relação de trabalho.

Para facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os estados-membros devem consultar a Recomendação 198, considerando as possibilidades seguintes:

a) permitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência de uma relação de trabalho,

b) prover para uma presunção legal de que uma relação de trabalho existe onde um ou mais indicadores relevantes se fazem presente;

c) determinar, a acompanhamento de consultas prioritárias com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, onde trabalhadores com certas características, em geral ou em setores específicos, devam ser julgados serem tanto empregado ou autônomo.

Com a finalidade de políticas nacionais consideradas pela Recomendação 198, os estados-membros podem claramente considerar a definição de condições aplicadas para determinar a existência de uma relação de trabalho, por exemplo, subordinação ou dependência (art. 12).

Os estados-membros devem considerar ainda a possibilidade de definir em suas leis e regulamentos ou, por outros meios, indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho. Estes indicadores podem incluir:

a) o fato de que o trabalho: é realizado de acordo com as instruções e sobre o controle de outro grupo; envolvendo a integração do trabalhador na organização da empresa; é executado unicamente ou principalmente para o benefício de outra pessoa; deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador; é realizado dentro de horas de trabalho específicas ou dentro do local de trabalho especificado ou acordado pelo grupo que requisitou o trabalho; é de uma duração particular e tem certa continuidade; requer a disponibilidade do trabalhador; ou envolve a provisão de ferramentas, materiais e maquinário pelo grupo requisitado para o trabalho;

b) pagamento periódico da remuneração para o trabalhador; o fato de que tal remuneração constitui a única ou principal fonte de renda do trabalhador; provisão de pagamento em espécie, como alimentação, aluguel ou transporte; reconhecimento de autorizações tais como descanso semanal e feriados anuais; pagamento pelo grupo que requisitou o trabalho para curso empreendido pelo trabalhador a fim de realizar o trabalho; ou ausência do risco financeiro para o trabalhador.

2. O ELEMENTO SUBORDINAÇÃO

Historicamente, a subordinação, como elemento essencial da aplicação do Direito do Trabalho, foi proposta por Ludovico Barassi, em seu livro *Il Contratto del Lavoro nel Diritto Positivo Italiano* (1901), definida como a sujeição plena e exclusiva do trabalhador ao poder diretivo e ao controle do empregador.

A doutrina italiana coloca como a característica básica da relação de emprego é a heterodireção da atividade, no sentido de que o desempenho do trabalho deve ser realizado conforme exigido pelo empregador, com ordens que o empregado é obrigado a cumprir.¹¹

Diante da fragilidade da subordinação no Código de 1942, a jurisprudência italiana procura identificá-la a partir de alguns indícios: (a) inserção do trabalhador na organização da empresa; (b) orientação técnica; (c) controle e poder disciplinar do empregador; (d) exclusividade da dispensa por um único empregador; (e) modalidade de retribuição, geralmente a tempo, independentemente do resultado; (f) vinculação

11 VALLEBONA, Antonio. **Istituzioni di diritto del lavoro**. 7ª ed. Italia: Casa Editrice DOTT. Antonio Milani. 2011, p. 3.

a horário de trabalho; (g) ausência de risco etc.¹²

No Direito Francês, ao lado de outros elementos (fornecimento do trabalho e pagamento da remuneração), a subordinação jurídica é indispensável para a caracterização da relação de emprego.

Foi em 1931 que o Tribunal de Cassação francês adotou a primeira concepção de subordinação jurídica (*arrêt Bardou*)¹³. De acordo com a decisão da Corte de Cassação, *“a condição jurídica de um trabalhador em relação à pessoa para quem ele trabalha não pode ser fixada pela fraqueza ou pela dependência econômica dos que trabalham e só pode resultar no contrato entre as partes, ... a qualidade de empregado implica necessariamente a existência de uma relação jurídica de subordinação do trabalhador para a pessoa que emprega ‘acordo em questão de ter o efeito de colocar este trabalho’, sob a direção, supervisão e controle”* de seu contratante.¹⁴

Na visão da doutrina francesa, a subordinação jurídica resulta da submissão ao poder regulamentar, disciplinar e de direção, na realização do trabalho em nome de outro.¹⁵

Durante as últimas décadas, a exigência de uma relação jurídica de subordinação tem sofrido flexibilização. A Corte de Cassação reconheceu que as restrições periféricas (localização, horário, prestação de contas, etc.) que afetam a prestação de um trabalho profissional e independente, nos aspectos técnicos de sua atividade (médico ou outro profissional de saúde sob as regras de conduta profissional, artista, atleta profissional), são suficientes para estabelecer uma relação de subordinação.¹⁶

No Direito positivado, a exigência e o conceito de subordinação são encontrados nos arts. 19 e 20, do Código de Trabalho de Honduras: *“Artículo 19 - Contrato individual de trabajo es aquel por el cual una persona natural. Se obliga a ejecutar una obra o a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de ésta, y mediante una remuneración.*

12 CARINCI, Franco; TAMAJO, Rafaele De Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. **Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato.** v. II. 7ª ed. Torino: UTET Giuridica. 2012, p. 23.

13 PESKINE, Elsa; WOLMARK, Cyril. **Droit du travail.** 6ª ed. Paris: Éditions Dalloz, 2011, p. 35.

14 PÉLISSIER, Jean; AUZERO, Gilles; DOCKÈS, Emmanuel. **Droit du travail.** 26ª ed. Paris: Éditions Dalloz, 2011, p. 235.

15 MAZEUD, Antoine. **Droit du travail.** 7ª ed. Paris: Éditions Montcrestien, 2010, p. 297.

16 PÉLISSIER, Jean; AUZERO, Gilles; DOCKÈS, Emmanuel. Op. cit., p. 235.

Por dependencia continua se entiende la obligación que tiene el trabajador de acatar ordenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo”.

Artículo 20 - Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren éstos tres (3) elementos esenciales:

a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de ordenes, en cualquier momento en cuanto el modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse Por todo el tiempo de duración del contrato; y,

c) un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres (3) elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

Também é possível encontrar um conceito legal e os elementos identificadores da subordinação (jurídica e econômica) no Código de Trabalho do Panamá (arts. 64 e 65): *“Artículo 64 - La subordinación jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo.*

Artículo 65 - Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos;

2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad;

3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica, y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que pueda considerarse como empleador.

En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como tal la relación existente.”

A Lei de Produtividade e Competitividade do Trabalho do Peru também disciplina o tema (art. 9º), *in verbis*: *“Artículo 9 - Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar*

reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”

É inevitável tornar visível a importante tutela que a figura do trabalhador tem na Argentina. De forma expressa, a Constituição argentina garante a proteção do trabalho, em suas diversas formas, em seus artigos 14 e 14bis.

“Artículo 14 - Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 14 bis. - El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

A Lei argentina (LCT) aplica um conceito semelhante ao da CLT, mas definindo tal conceito legal com mais detalhes em seus artigos 21 e seguintes, assumindo expressamente a relação de trabalho dependente e também dispendo de ferramentas para a declaração de nulidade das modalidades contratuais fraudulentas do Direito do Trabalho em seus artigos 14 e 23. A dependência ocupa lugar de destaque para a atração ou afastamento da relação de trabalho dependente. *In verbis*: “Art. 21. — Contrato de trabajo.

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de

la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Art. 22. — Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Art. 23. — Presunción de la existencia del contrato de trabajo.

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

Art. 14. — Nulidad por fraude laboral.

Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.

3. ELEMENTO “SUBORDINAÇÃO” E SUAS FEIÇÕES ATUAIS

3.1. Caracterização da subordinação

A doutrina clássica procura caracterizar a subordinação como:

a) econômica – o empregado, como tem o salário como principal fonte de subsistência, tem uma dependência econômica em relação ao empregador. É uma visão insatisfatória. Há trabalhadores que detêm uma condição econômica superior à do empregador e, mesmo assim, são considerados empregados. Por outro lado, pode haver dependência econômica, sem que se tenha a condição de empregado, como são as hipóteses do representante comercial e do empreiteiro;

b) técnica – como o empregador detém a exploração da atividade econômica,

o empregado dependeria das suas orientações técnicas para o desempenho de suas atividades laborais. Atualmente, é inaceitável esta tese. Com a expansão do conhecimento e qualificação do trabalhador, há situações nas quais o conhecimento técnico do trabalhador é importante para a consecução da atividade econômica, logo, o empregador seria o dependente;

c) jurídica – o empregado, além de estar obrigado a trabalhar, deverá fazê-lo sob as ordens do empregador. Trata-se de uma vinculação jurídica, visto ser originária de um negócio jurídico (contrato de trabalho).¹⁷

3.2. Subordinação jurídica

Como fenômeno jurídico, a subordinação é vista por variados prismas:

a) o subjetivo,¹⁸ no qual se evidencia a sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador. Trata-se da visão clássica da subordinação. A subordinação tem destaque pela intensidade das ordens emanadas pelo empregador em relação à prestação dos serviços por parte do empregado;

b) o objetivo,¹⁹ em que a subordinação está no modo em que se dá a prestação

17 “A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do contrato” (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 296).

18 “O empregado não atua de livre vontade, estando sujeito às ordens do empregador. Esta subordinação, no entanto é jurídica, e não pessoal, pois originada de um negócio jurídico (contrato de trabalho), em que uma parte assume o dever de trabalhar para outra, que a remunera. Por outro lado, notamos que esta subordinação é necessária em virtude da estrutura capitalista da empresa moderna. O critério da subordinação baseia-se portanto no fato de que o empregado não está obrigado apenas a trabalhar, mas a fazê-lo sob as ordens do empregador. Essa concepção ficou conhecida como a da subordinação subjetiva, ou modelo da subordinação-controle. Porém, com o passar do tempo e a crescente complexidade das relações de emprego e de trabalho, bem como as novas modalidades de prestação de trabalho, essa orientação demonstrou ser perigosamente simplista, atraindo distorções e revelando as falhas naturais da concepção” (ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, t. 2, p. 434).

19 “Na visão moderna, o vínculo que une o empregado ao empregador é a atividade do primeiro, que se exterioriza por meio da prestação do trabalho. E é sobre a atividade do trabalhador, e não sobre a sua pessoa, que o empregador exerce seu poder de direção e comando. Evidentemente, quando o empregador admite o empregado, busca nele mais suas habilitações particulares que traços de sua personalidade. No entanto, como o trabalho não existe per se, é impossível dissociá-lo da figura do trabalhador. Daí se dizer que na relação de emprego existe uma relação imediata com a atividade do emprego (trabalho), e uma atividade mediata com a pessoa do mesmo. A subordinação gravita em torno da atividade imediata, e não da mediata. Exercita-se a subordinação, porém, sobre comportamentos de recíproca expressão, que se definem pela integração da atividade do empregado na organização

de serviços e não no tocante à pessoa do empregador. O empregado está vinculado aos fins e objetivos da atividade desenvolvida pelo empregador;

c) estrutural, em que o trabalhador está inserido na atividade econômica do empregador. Não é necessário que receba ordens diretas ou que o seu trabalho esteja relacionado com os fins da empresa. A subordinação repousa na inserção do trabalhador na dinâmica de organização e funcionamento da empresa;

d) algorítmica, na qual a subordinação se dá pelo algorítmico, que controla a prestação dos serviços.

Considerado o precursor do conceito de subordinação estrutural, Maurício Godinho Delgado pontua que:²⁰ *“A conjugação dessas três dimensões da subordinação – que não se excluem, evidentemente, mas se completam com harmonia – permite superarem-se as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho. Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pletera de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural).”*

Luiz Carlos Amorim Robortella e Antonio Galvão Peres refutam a tese da subordinação estrutural sob os seguintes argumentos: *“Diante dessas manifestações, não é difícil concluir que a teoria engendra o perfeito paradoxo dogmático: há subordinação estrutural porque não há subordinação jurídica. A subordinação estrutural, em verdade, flexibiliza o conceito de subordinação jurídica, instalando um rigoroso e fechado tratamento homogêneo para situações heterogêneas. Um só modelo contratual para*

empresarial” (ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Op. cit., t. 1, p. 434).

20 DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 298.

*empregados próprios e de terceiros; para trabalho contínuo e descontínuo, para trabalho oneroso e gratuito, para trabalho com ou sem pessoalidade. A todos o mesmo tratamento jurídico por obra e graça da subordinação estrutural ao tomador do serviço. Ao se admitir tal subversão dogmática, poder-se-ia alterar sentido dos demais elementos do contrato de trabalho simplesmente aplicando-lhes o adjetivo estrutural. Assim, teríamos a onerosidade estrutural, a pessoalidade estrutural, a não eventualidade estrutural, de modo a não restar vestígio sequer dos pressupostos legais de formação do contrato de trabalho. Todos estariam flexibilizados. As repercussões jurídicas dessa concentração protecionista são graves; levam à desconsideração de contratos civis e de trabalho, com terríveis impactos nos processos de terceirização, que vivem momento de enorme insegurança e estabilidade”.*²¹

Nesse contexto de evolução econômica e dos métodos produtivos, assomou a Revolução Digital ou 4ª Revolução Industrial, na definição de Klaus Schwab²², que provocou a extinção de várias formas de trabalho e a criação de tantas outras, entre elas o trabalho em plataformas, com diversas nomenclaturas.

Sensível às transformações impostas pela 4ª Revolução Industrial, a OIT publicou o estudo *Digital labour platforms and the future of work – towards decent work in the online world*, no qual diferencia as formas de trabalho em *web-based platforms (crowdwork)* e em *location-based applications (work on demand)*.

Estas novas formas de trabalho não se encaixam nos modelos contratuais regulados no Brasil, como afirmam Alessandra Barrichello Boskovic, Luiz Eduardo Amaral de Mendonça e Marcelo Ivan Melek: *“Disso decorre a situação jurídica anômica em que se encontram os trabalhadores que prestam serviços pelas plataformas digitais. Os elementos fáticos que caracterizam essa forma de trabalho não se coadunam aos requisitos legais da relação de emprego, mas também não se harmonizam com as características do trabalho autônomo”.*²³

Baseado nesta situação, surge a via alternativa de ressignificação do conceito

21 ROBORTELA, Luiz Carlos Amorim; PERES Antonio Galvão. Subordinação estrutural na terceirização de serviços. Subversão dogmática. In: **A valorização do trabalhador autônomo e a livre iniciativa**, Porto Alegre: Magister, 2015, p. 197.

22 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 11.

23 BOSKOVIC, Alessandra Barrichello; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de; MELEK, Marcelo Ivan. Trabalho sob demanda via aplicativos e o problema da anomia em relação ao trabalho nas plataformas digitais. In: **“Relações de Trabalho e Desafios da Tecnologia em ambiente pós-pandemia”**. São Paulo: Mizuno, 2021, p. 41.

de subordinação, a algorítmica, como defendem Denise Pires Fincato e Guilherme Wünsch²⁴: *“O conceito clássico de subordinação, então, já é insuficiente para identificar, dentre as diversas formas de prestação de serviços, qual deverá ser tutelada pelo Direito do Trabalho. Pensar no conceito clássico de subordinação jurídica afasta os novos trabalhadores da tutela trabalhista e nos trabalhos prestados através de plataformas digitais não se visualiza o exercício efetivo e constante do poder diretivo por parte do empregador, pois este concede ao empregado liberdade para a execução do serviço. ... O operário industrial dos Tempos Modernos podia contentar-se em obedecer às ordens e manter, para o resto, as suas próprias. Foi tratado como uma máquina, mas é como um computador programável, supostamente, para reagir instantaneamente aos sinais com os quais está sendo bombardeado para alcançar objetivos que muitas vezes são irrealizáveis e desconectados das realidades de seu trabalho. As formas disruptivas de trabalho possibilitam até mesmo desfazer esse conceito angular em que Supiot aponta a subordinação como o poder de uma pessoa sobre outra, pois a subordinação na era tecnológica não é mais, necessariamente, exercida por uma pessoa sobre outra. Assim, será dita “subordinação algorítmica” aquela em que o controle do trabalho é definido por uma sequência lógica, finita e definida de instruções e se desenrola via ferramentas tecnológicas, tais como aplicativos. ... A previsão constitucional de proteção em face da automação provoca destinatários públicos e privados, pois seu conteúdo de direitos humanos impõe uma imediata aplicação, o que implica guiar a operação interpretativa pela própria norma. Ou ainda, como refere De Masi, os próximos anos não serão completamente marcados apenas pela tecnologia da informação, mas também por outros setores tecnológicos que irão se beneficiar dela, como a engenharia genética, com a qual muitas doenças serão superadas; a inteligência artificial, com a qual se substituirá o trabalho intelectual; as nanotecnologias, com as quais os objetos se relacionarão entre si e com as pessoas; as impressoras 3D, com as quais serão construídos muitos objetos em casa e, graças à computação afetiva, os robôs serão empáticos”.*

Em alguns casos pontuais, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a subordinação algorítmica, para fins de reconhecimento do vínculo de emprego de

24 FINCATO, Denise et al. **Subordinação algorítmica:** caminho para o Direito do Trabalho na encruzilhada tecnológica? Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/181114>. Acesso em: 23 mar. 2023.

motoristas da Uber (TST – 8ª T. – RRAg 100853-94.2019.5.01.0067 – Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte; TST – 3ª T. – RR 100353-02.2017.5.01.0066 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado).

Em razão da divergência destas decisões com outras proferidas pela Corte Superior, a Seção de Dissídios Individuais foi instada a uniformizar a jurisprudência sobre este tema específico em julgamento designado para outubro de 2022. Atualmente, a tramitação encontra-se suspensa, em virtude de pedido de vista regimental formulado pelo Ministro Claudio Mascarenhas Brandão.

3.3. Subordinação e a relação de emprego

Do ponto de vista jurídico, como uma das espécies de relação de trabalho humano, a relação de emprego é um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado (pessoa natural), que presta serviços, e, de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário.²⁵

O empregador detém o poder diretivo, ou seja, a faculdade e o dever legal de dirigir a prestação pessoal dos serviços, organizando-a, controlando-a e punindo o trabalhador, se for necessário. Trata-se de um desdobramento do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF).

3.4. Parassubordinação e outras figuras

A nova dinâmica global das relações do trabalho tem aproximado o trabalho subordinado do trabalho autônomo, logo, a indicação de que a natureza da subordinação é jurídica mostra-se insuficiente.

A doutrina italiana adota a nomenclatura parassubordinação como referência

²⁵ A CLT prevê: (a) empregado, como pessoa natural, presta serviços de natureza não eventual a empregador e sob a dependência deste (subordinação) e mediante salário (art. 3º, caput); (b) empregador é empresa, individual ou coletiva, que por assumir os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (art. 2º, caput). São equiparáveis 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 (art. 2º, § 1º).

aos trabalhadores que executam suas atividades de forma pessoal habitual e remunerada, contudo, submetidos a uma relação de coordenação.

Vale dizer, o trabalho parassubordinado é o meio termo entre o trabalho subordinado e o autônomo. O trabalhador possui uma liberdade maior quanto ao exercício da sua atividade laborativa, sendo que, no máximo, a ingerência do tomador dos serviços é indireta na condução da prestação dos serviços.

Ao tratar do tema, Amauri Mascaro Nascimento²⁶ ensina que o trabalho parassubordinado é uma *“categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado. A construção teórica da figura do trabalho parassubordinado teria alguma finalidade para o direito do trabalho se tivesse uma regulamentação legal específica não coincidente com as duas áreas entre as quais se situa, o trabalho autônomo e o subordinado, mas essa regulamentação não existe, e o problema da extensão dos direitos do trabalho subordinado ao parassubordinado não está resolvido nem mesmo na Itália, onde a jurisprudência é oscilante. Quando o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinado, mais simples é enquadrá-lo como tal (trabalho subordinado), para efeito de aplicação da legislação pertinente, salvo se elaborado uma normativa própria, sem o que não será de grande utilidade no Brasil.”*

Na Espanha, a regulamentação está inserta no Real Decreto 197/2009 e na Lei 20/2007 do Estatuto do Trabalho Autônomo, que disciplinou a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente neste país da seguinte forma: *“Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos 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 ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.”*

A Alemanha estabeleceu, na Seção 5 (1), da Lei da Justiça do Trabalho

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 430.

(ArbGG) os denominados *Arbeitnehmerähnliche Personen* ou “pessoas semelhantes aos empregados”, considerados como tal os trabalhadores economicamente dependentes que não se enquadram nos conceitos clássicos de autonomia e subordinação, ocupando posição intermediária.²⁷

No Reino Unido, a matéria está disposta na Seção 230 do *Employment Rights Act* 1996, a qual incluiu no ordenamento jurídico a figura do *worker*, considerado como tal: “(3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)- (a) a contract of employment, or; (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual”.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma figura intermediária como nos países europeus acima citados. Há figuras específicas, devida e restritivamente definidas em lei, como o avulso, o terceirizado e o temporário, que não se encaixam como relativamente subordinados.

CONCLUSÃO

Diante da ausência de tipo legal específico para novas formas de trabalho advindas da 4ª Revolução Industrial no Brasil, a análise dos dissensos doutrinários e jurisprudenciais, envolvendo vínculo de emprego, deve ser muito mais cuidadosa, para afastar ou atrair a proteção perseguida, aprofundando-se na subordinação em suas novas matizes.

Para muitos, o conceito clássico e estrito da subordinação não mais agasalha boa parte da mão de obra disponível no mercado e que presta serviços de maneira totalmen-

27 “(1) Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten (§ 1 des Heimarbeitsgesetzes vom 14. März 1951 - Bundesgesetzbl. I S. 191 -) sowie sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. Als Arbeitnehmer gelten nicht in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind.”. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/arbogg/_5.html. Acesso em: 22 mar. 2023.

te diversa da que propiciou o desenvolvimento deste suposto considerado por boa parte da doutrina mundial como essencial para o reconhecimento do vínculo de emprego.

Assim, deve-se buscar um novo olhar sobre o instituto da subordinação e diversos elementos para fins de caracterização ou da relação de emprego, tendo em conta os avanços tecnológicos e os seus efeitos sobre a economia, a empresa e o trabalhador.

Nesse aspecto, denota-se que as discussões vêm se arrastando em longos debates políticos, econômicos e jurídicos a tal ponto que a própria OIT se lança para além da relação tradicional e formal de proteção e invoca os estados-membros a promoverem uma proteção adequada de “todos os trabalhadores, independentemente da sua situação profissional ou vínculo contratual”, com respeito aos direitos fundamentais no trabalho (Declaração do Centenário da OIT, item III, B).

Talvez seja a hora de colocar fim ao debate em torno da subordinação e seus elementos fronteiros e avançarmos para a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade “todos os trabalhadores, independentemente ...”.