TATIANA GUIMARÃES FERRAZ ANDRADE

**AS NOVAS FACES DA SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO DE
TRABALHO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR NELSON MANNRICH

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

TATIANA GUIMARÃES FERRAZ ANDRADE

**AS NOVAS FACES DA SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO
DE TRABALHO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Titular Nelson Mannrich

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

TATIANA GUIMARÃES FERRAZ ANDRADE

**AS NOVAS FACES DA SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO
DE TRABALHO**

MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

PROF. TITULAR NELSON MANNRICH

*Dedico este trabalho a minha segunda mãe e avó
Luiza, cuja coragem serviu de motivação para o
alcance desta vitória, mesmo sem sua presença ao
final.*

AGRADECIMENTOS

A Deus acima de tudo, sem Ele nada seria possível.

Ao Prof. Nelson Mannrich, agradeço a honra de ter sido escolhida como sua orientanda e pela oportunidade de aproximação não somente do mestre, cujo vasto e conhecido currículo dispensa comentários, mas agradeço, principalmente, a chance de ter conhecido um ser humano exemplar, que transmite carinho e humildade a todos que dele se aproximam.

Ao meu amado esposo, pelo incentivo e companheirismo em todos os momentos de minha vida.

Aos meus queridos pais, cujo amor e educação que me foram passados são a base de todos os meus desafios.

Aos meus familiares, amigos e colegas do mestrado que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito.”
(Georges Ripert)

RESUMO

Este trabalho é voltado ao estudo das novas nuances da subordinação no contrato de trabalho, diante das transformações no modo de produção em razão da globalização e do advento de novas tecnologias.

Para justificar a pertinência do estudo, demonstra-se a equivalência entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, de modo que a economia e o trabalho devam caminhar juntos, evitando-se desequilíbrios no sistema.

Diante disso, faz-se necessário abordar a evolução histórica do subordinação dentro do direito do trabalho, bem como as definições do trabalho subordinado e os critérios empregados pela jurisprudência, diante das lacunas da lei.

Consolidado o estudo da subordinação, procede-se à análise dos fatores externos que levaram as modificações no mundo do trabalho, como a recessão econômica da década de 70, os processos de globalização e a consequente automação dos modos de produção.

Tais fatores levaram à criação de novas formas de prestação de serviço, que não se adequam ao padrão do trabalho subordinado, mas, ao mesmo tempo, não podem ser consideradas como autônomas, em sua integralidade.

Assim, gera-se uma evasão social de trabalhadores marginalizados da proteção adequada, já que não se encaixam ao modelo praticado pelo direito do trabalho, dividido entre trabalho subordinado e autônomo.

Nesse cenário, apresentam-se propostas da doutrina e jurisprudência para solucionar o problema e adequar os critérios de subordinação à realidade do trabalho.

Palavras-chave: Subordinação. Critérios. Contrato de Trabalho. Globalização. Novas tipologias. Adequação.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the new forms of subordinations in labour contract, due to the transformation in the way of production after globalization and the introduction of new technologies.

In order to justify the importance of the study, it demonstrates the equivalence between free enterprise and the social value of work, so that economy and work shall walk together, avoiding disturbance at the system.

Furthermore, it is necessary to refer to the historical evolution of subordination into labour law, as well as the definition of subordinate work and the criteria used by jurisprudence, considering the lack of law.

Once established the study of subordination, it will proceed to the analysis of external factors that provoked modification in work, as the 70's economical recession, globalization process and automation of the ways of production.

These factors conducted to the creation of new forms of services, which are not adjusted to subordinate work pattern, but at the same time, cannot be considered as full self-employed.

Indeed, it generates a social evasion of employees, marginalised from correct protection, as they do not fit to the model practised by labour law, which is divided between subordinated work and self-employed.

Finally, it presents proposals from doctrine and jurisprudence in order to give a solution to the problem, and adequate the subordination criteria to work reality.

Keywords: Subordination. Criteria. Labour Contract. Globalization. New typologies. Adequacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A LIVRE INICIATIVA	13
2. O PAPEL DA SUBORDINAÇÃO PARA O DIREITO DO TRABALHO	21
2.1. A importância do paradigma no estudo de uma ciência	21
2.1.1. A subordinação como um dos paradigmas do direito do trabalho	22
2.2. A necessidade de reconstrução dos critérios de subordinação e a pertinência do tema no direito do trabalho.....	25
3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES PRODUTIVAS SOB A ÓTICA DA SUBORDINAÇÃO	30
3.1. Sociedade pré-industrial	30
3.2. Sociedade industrial	33
3.3. Sociedade pós-industrial.....	38
4. CONCEITO E CRITÉRIOS DA SUBORDINAÇÃO E PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA.....	41
4.1. Conceito	41
4.2. Critérios.....	48
4.2.1. Dependência	48
4.2.2. Subordinação Jurídica	54
4.2.3. Alteridade.....	58
4.2.4. Inserção do trabalhador na organização empresarial – subordinação objetiva.....	60
4.3. O papel da jurisprudência	67
4.3.1. Da presunção da relação de emprego.....	72
5. AS NOVAS FACES DA SUBORDINAÇÃO.....	77
5.1. A visão tradicional do trabalho subordinado e as novas formas de contratação	77
5.2. As fronteiras do trabalho subordinado.....	83
5.3. As novas faces do direito do trabalho	93
5.3.1. Parassubordinação	94
5.3.2. Trabalho Autônomo Dependente (TRADE)	97
5.3.3. Empreendedor Individual	98

6. FATORES EXTERNOS QUE INFLUENCIARAM AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	100
7. TENDÊNCIAS DA SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO.....	107
7.1. A Subordinação Estrutural.....	109
7.2. A Coordenação.....	113
7.3. O relatório Supiot.....	115
7.4. A “Supersubordinação”.....	120
7.5. A Flexibilização.....	121
CONCLUSÕES.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131
ANEXOS	
ANEXO 1.....	143
ANEXO 2.....	147
ANEXO 3.....	149
ANEXO 4.....	156
ANEXO 5.....	163
ANEXO 6.....	179

INTRODUÇÃO

O mundo vivenciou diversas mudanças na forma como o trabalho é prestado, desde o trabalho escravo, passando pela Revolução Industrial, até a consolidação do setor terciário.

Todas essas alterações foram provocadas por fatores externos, de ordem política e econômica e até mesmo social. Com isso, diante de uma nova sociedade capitalista, o trabalho humano acabou se transformando, e consequentemente, o conjunto de regras que o rege, denominado de direito do trabalho.

Assim, o trabalho subordinado aprimorou-se ao longo das últimas décadas, com a introdução de tecnologia na cadeia produtiva. Tal desenvolvimento permitiu que a figura do operário das grandes fábricas permanecesse, adaptando-se, obviamente, ao manuseio das novas máquinas.

Mas, além disso, o progresso trouxe à tona outros tipos de trabalhadores, que não perderam a característica da hipossuficiência, típica no direito do trabalho, mas incorporaram traços de autonomia na condução de seus serviços, o que, há tempos, era algo impensável para um trabalhador.

Ocorre que a legislação de muitos países, entre eles o Brasil, não se adaptou a tais mudanças e utiliza regras rígidas para definir se um trabalhador pode ou não ser considerado sob a égide das regras de proteção. Por isso, coube à jurisprudência, em casos específicos, a difícil tarefa de classificar determinada forma de contratação como sendo típica de trabalho subordinado ou autônomo.

O presente estudo visa demonstrar essa evolução no modo de produção e suas implicações para o direito do trabalho, especificamente, para o contrato de trabalho.

O primeiro capítulo cuidará da importância da livre iniciativa e do valor social do trabalho, tidos como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse sentido, serão demonstradas as ligações entre trabalho e economia e de que forma as transformações desta última atingem o direito do trabalho e, consequentemente, a tutela daqueles que estão sob sua proteção.

O capítulo segundo analisará a subordinação como um dos elementos centrais do direito do trabalho, razão pela qual a ineficácia dos critérios do trabalho subordinado traz resultados a todo sistema, inclusive na dignidade humana do trabalhador, que poderá deixar de ter seus direitos reconhecidos.

Assim, justificada a pertinência do tema, o capítulo terceiro tratará da evolução histórica do trabalho subordinado, desde a sociedade industrial primitiva até a sociedade pós-industrial.

O capítulo quarto estudará o conceito de trabalho subordinado de acordo com a legislação do Brasil e de determinados países europeus, tais como Itália, Espanha, Portugal e França, cujas reformas trabalhistas foram objeto de disciplinas ministradas na pós-graduação da Faculdade de Direito, nos anos de 2008 e 2009.

No capítulo cinco serão abordadas as faces do trabalho subordinado. Por isso, será tratado o trabalho subordinado clássico, na forma como concebido primordialmente, diante do modo de produção eminentemente industrial.

Na sequência, serão debatidas as chamadas zonas fronteiriças com o trabalho subordinado, cuja aplicação da tutela ainda é nebulosa diante da dúvida acerca da qualificação do trabalho como autônomo ou subordinado.

Feito isso, serão demonstradas as novas faces do direito do trabalho, com as tipologias criadas por alguns países, como alternativa à dicotomia ao trabalho autônomo e subordinado, especialmente no caso da Itália, com a adoção do trabalho parassubordinado da Espanha, com o autônomo dependente, e do Brasil, com o empreendedor individual, todas espécies de trabalho autônomo e, por isso, respostas para afastar a subordinação.

Consolidado o panorama da subordinação no contrato de trabalho, o capítulo sexto tratará dos fatores externos que levaram às modificações no plano laboral.

Por fim, o capítulo sétimo apresentará as propostas da doutrina e da jurisprudência para a reconstrução dos critérios do trabalho subordinado.

Quanto à metodologia, adotou-se os métodos *comparativo*, no estudo do direito estrangeiro. Também recorreu-se ao método *histórico* no estudo da evolução da subordinação ao longo dos tempos. O método *indutivo* se fez necessário na análise do tema proposto, ou seja, a aplicação ou não dos critérios de subordinação para determinadas

tipologias. O método *dialético* foi empregado no estudo das posições doutrinárias e jurisprudenciais antagônicas.

No tocante à jurisprudência citada, optou-se pelo método *qualitativo*, recorrendo-se a, no mínimo, uma decisão de cada país estrangeiro, que pudesse refletir o critério preponderantemente utilizado para definição do trabalhador subordinado em determinado caso prático. Tendo em vista a possibilidade de a decisão colacionada não ser de fácil acesso aos leitores, o inteiro teor de cada uma delas foi trazido como anexos da dissertação, no idioma original.

No caso da jurisprudência brasileira, também utilizou-se o método *qualitativo*, por intermédio de decisões que pudessem transmitir o entendimento dos Tribunais do Trabalho quanto ao emprego de indícios do trabalho subordinado, da subordinação objetiva (capítulo quarto), da terceirização (capítulo quinto) e da subordinação estrutural (capítulo sétimo)¹.

Por fim, empregou-se o método bibliográfico de acordo com as normas da Associação Brasileira das Normas Técnicas (ABNT) para trabalhos acadêmicos. Nesse sentido, as notas de rodapé, além de conterem informações bibliográficas das citações textuais, também trazem informações e opiniões acerca da matéria.

¹Notadamente da 2^a, 3^a e 4^a Regiões e Tribunal Superior do Trabalho.

1. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A LIVRE INICIATIVA

Com o término da Primeira Guerra Mundial, muitos países se encontravam em situação precária do ponto de vista econômico e social.

A Alemanha se incluía em tal situação e, sem condições de reunião de uma Assembléia Constituinte em Berlim, tal formação ocorreu em Weimar, em 06 de fevereiro de 1919, culminando com uma Constituição², cuja parte II, tratou dos deveres fundamentais dos alemães, elencando, a proteção ao indivíduo, à vida social, à religião e sociedades religiosas, à instrução e estabelecimentos de ensino e, finalmente, à vida econômica. Esta Constituição serviu de inspiração para outros países, em razão do seu caráter inovador com nítido viés social.

Esse nítido cunho social da Constituição de Weimar trouxe importante contribuição à história, dada à influência às constituições que se seguiriam nas futuras gerações³.

No caso do Brasil, tal repercussão se iniciou com a Constituição de 1934, ao estabelecer, em seu artigo 115, que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”⁴.

Transparece nítida que a intenção do constituinte foi atrelar a economia a uma vida digna e justa, do ponto de vista social.

Tal intenção se confirma no artigo 121 ao dispor que: “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”⁵.

Assim, a Constituição de 1934 instituiu o salário mínimo, a proteção ao trabalho de menores e mulheres, o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, férias anuais remuneradas, além da criação da Justiça do Trabalho.

²Assinada pelo presidente Friedrich Ebert em 11 de agosto de 1919.

³“Estava estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa (especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao nosso direito positivo com a Carta de 1934.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 49).

⁴CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

⁵Id. Ibid.

Ademais, segundo Amauri Mascaro Nascimento, a Constituição de 1934 é pioneira, eis que introduziu os princípios sobre a ordem econômica e social, o corporativismo, integrando com o sistema de pluralismo da organização sindical.⁶

Ainda no Brasil, a Constituição da República de 1946 tratou o trabalho como obrigação social, cabendo ao Estado assegurá-lo a todos os cidadãos.

Esta intervenção estatal é reflexo do pensamento keynesiano desenvolvido por John Maynard Keynes, que defendia um Estado intervencionista, em oposição à econômica neoclássica dos mercados livres.

Tal pensamento se deu como resposta à crise de 1929, que se abateu sobre os Estados Unidos com reflexos em outros países, e passou a ser adotado por grande parte dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial, dando origem à política do Bem Estar Social (Welfare State).

Essa política intervencionista teve grande desenvolvimento nas décadas seguintes à Segunda Guerra e implicou em garantias de coesão social, permitindo que os Estados, debilitados economicamente, crescessem suas finanças, mas sem deixar de lado a responsabilidade com seus cidadãos⁷.

Justamente por isso, o constituinte brasileiro, em 1946, atrelou o trabalho a um dos pilares da organização da ordem econômica, e elegeu a valorização do trabalho, como um dos meios pelos quais atingir-se-ia o desenvolvimento econômico.

Na Constituição de 1967 a valorização do trabalho surge atrelada à idéia de “dignidade humana”, e o Estado passou a ter como escopo o desenvolvimento da ordem econômica com a justiça social.

A intervenção do Estado nas relações entre o capital e o trabalho estabeleceu as bases do direito do trabalho, que, segundo João Caupers, possui duas perspectivas⁸.

Na primeira, o indivíduo possui emprego e o direito ao trabalho significa o direito à permanência na vaga, ou seja, estabilidade e segurança. Tal garantia se dá por meio da

⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 8.

⁷GIUBBONI, Stefano. *Social rights and market freedom in the European Constitution: a labour law perspective*. Trad. Rita Inston. Cambridge University Press, 2006. p. 11-13.

⁸CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985. p. 110-111.

proibição de dispensa sem justa causa⁹ ou por motivos políticos ou ideológicos.

Já na segunda feição, o cidadão não possui o emprego e, neste caso, o papel do Estado também possui duas manifestações: (i) o Estado possui meios de garantir postos de trabalhos a todos os que necessitam, por intermédio da propriedade coletiva dos meios de produção. Logo, o direito ao trabalho, nesta hipótese, significa o direito do desempregado exigir emprego do Estado ou; (ii) o Estado não detém a totalidade dos postos de trabalho e, portanto, não pode garantir postos de trabalho a todos os cidadãos e, tampouco pode exigir isso dos empresários, pela liberdade de empresa.

Assim, para este último caso, o direito ao trabalho englobará a liberdade de trabalho, o direito à assistência enquanto houver desemprego e as políticas aplicadas pelo Estado visando promover o pleno emprego.

A Constituição da República de 1988, denominada de Constituição Cidadã, elencou entre os fundamentos da República o valor do trabalho social do trabalho. Com isto, a exemplo do que fizeram as constituições anteriores, outorga máxima importância ao trabalho.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que referida Constituição foi a primeira na história do Brasil a empregar um título próprio, previsto aos princípios fundamentais logo no início do Texto, após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Tal atitude deixou clara a intenção do constituinte de colocar o trabalho sob o influxo de princípios, assim considerados “normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material”¹⁰.

O texto preliminar da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos esclarecia que os direitos previstos na Constituição seriam “assegurados aos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos e aos servidores públicos civis, federais, estaduais e municipais e a todos os demais, independentemente de lei”¹¹.

A versão final do art. 7º da Constituição deixa claro, no entanto, que os direitos ali previstos não se aplicam a todos os trabalhadores, mas, aos empregados, e aos demais

⁹Lembrando que tal situação se aplica a Portugal, pátria do autor. No Brasil, a dispensa imotivada é permitida, embora os trabalhadores possam firmar acordos coletivos para atenuar, em certas circunstâncias, as consequências da dispensa em massa.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 104.

¹¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*, cit., p. 33.

trabalhadores, quando expressamente indicados, como ocorre com o rural, avulso, domésticos e ao servidor público.

Outros trabalhadores não citados, como o eventual, o autônomo e o temporário, terão seus direitos regulados por lei ordinária.

A intenção do Constituinte foi atribuir aos empregados proteção diferenciada por serem desconsiderados seres hipossuficientes, ou seja, dependentes de mecanismos que possibilitem o efetivo exercício de seus direitos.

Nesse sentido, Kátia Magalhães Arruda sustenta que a proteção constitucional em referência se faz sob três óticas distintas, entre elas: (i) no ingresso do trabalhador no emprego, por intermédio da proibição de práticas discriminatórias como critério de admissão (art. 7º, XXX), a título exemplificativo; (ii) durante o pacto laboral, posto que o constituinte cercou o empregado de diversas garantias durante a relação de emprego, evitando abusos pelo empregador. Entre tais medidas, destacam-se: direito ao salário justo, à jornada de trabalho digna, à segurança no trabalho etc; (iii) na ruptura do contrato de trabalho ao proteger a relação laboral contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (nos termos de lei complementar a ser editada).¹²

Como se verifica, a proteção dos trabalhadores na Constituição de 1988 demonstra a preocupação do constituinte em abrigar de forma completa tais cidadãos.

Para comprovar, a redação do art. 7º menciona, além do rol de direitos elencados, outros não previstos, mas que possam ser criados “visando à melhoria de sua condição social”.

Afinal, a Constituição de 1988 surgiu por uma necessidade de redemocratização do Estado, sob o regime da ditadura. Justamente por isso, abrigou garantias e direitos fundamentais não apenas aos trabalhadores, mas também a todos os cidadãos.

Diante disso, novos direitos fundamentais foram reconhecidos, quais sejam, direitos econômicos e sociais, “que não excluem nem negam as liberdades públicas, mas a elas se somam”, nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³.

¹²ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998. p. 67.

¹³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 41.

Tal proteção se faz necessário tendo em vista que direito do trabalho, antagonicamente, sempre esteve atrelado ao próprio capitalismo, já que este depende do trabalho para se desenvolver e, portanto, prescinde de um sistema que afaste os conflitos e os solucione quando inevitáveis.

Assim, a criação desse ramo do direito foi fomentada pela necessidade de proteção do trabalhador, que sempre foi considerado um sujeito hipossuficiente das relações contratuais, as quais, nos primórdios da industrialização, se estabeleceram em acordos contratuais apenas na aparência, já que na realidade eram resultado de maior ou menor arbítrio empresarial¹⁴.

Justamente em decorrência dessa fragilidade do trabalhador, a despeito da existência de corrente doutrinária defensora da natureza do direito do trabalho como ramo de Direito Privado¹⁵ – o Estado trouxe para si o papel de melhorar as condições de vida e dos trabalhadores e passou a intervir nas relações entre capital e trabalho.

Contudo, como demonstrado, a evolução da sociedade com a consolidação de um sistema que protegesse o trabalho e o trabalhador demonstrou que tal intervenção não mais se justificava como à época da Revolução Industrial, ainda mais porque os conflitos são inerentes ao capitalismo.

Nesse sentido, Gérard Couturier indaga se a definição de direito do trabalho não estaria intimamente ligada ao modo de produção capitalista, afirmando que parte da doutrina responderia afirmativamente, pois apresenta o direito do trabalho como uma estrutura social e econômica típica do regime capitalista. Para o autor, o trabalho assalariado decorre da exploração do trabalho humano e o direito do trabalho é a legalização de tal forma de exploração¹⁶.

Para José Luiz Monereo Pérez a regulação da economia capitalista não está isolada nos esquemas de reprodução das formas econômicas e para que tais esquemas atuem de forma duradoura é necessário “que formas institucionais, procedimentos, costumes, atuem

¹⁴PIÑA, María Del Carmen. *La condición laboral y el principio protectorio*. Córdoba: Lerner, 2007. p. 48.

¹⁵Destacando-se: Lazcano, Amiaud e BARASSI, Ludovico (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 246).

¹⁶COUTURIER, Gérard. *Droit du travail: les relations individuelles de travail*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. v. 1, p. 16-17.

como forças coercitivas que incitem, e conduzam aos agentes privados a conformar-se a esses esquemas¹⁷.”

Em decorrência, o autor sustenta que o direito do trabalho cumpre função política fundamental, equilibrando o jugo das forças em oposição, conferindo a cada agente social um papel próprio¹⁸.

Com efeito, o trabalho possui diversos pontos de congruência com a economia, uma vez que um depende do outro para existir.

No direito do trabalho, a figura do trabalho subordinado teve sua origem no contrato de prestação de serviços ou contrato de locação, mas, com o passar dos tempos, ganhou uma dimensão organizacional (trabalho subordinado típico desenvolvido por alguém inserido na organização de outrem).

Ou seja, como já ocorria no direito comercial, a empresa passou a ser um referencial para o direito do trabalho (o trabalho subordinado é aquele desenvolvido na empresa).

Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁹ cita o exemplo de Portugal, no qual se observa nitidamente a influência da empresa no Código do Trabalho, pois há uma classificação das empresas, levando em consideração o número de trabalhadores subordinados que possuem.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988, no que pese sua função social histórica se comparada com os Textos anteriores, também se preocupou em promover o desenvolvimento econômico da nação e que os cidadãos possuíssem papel ativo para atingir tal objetivo, evitando que o Estado tivesse apenas função assistencialista.

Justamente por isso, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito estão, lado a lado, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, IV).

Obviamente, para evitar distorções, ciente das debilidades do trabalhador diante do poder do empregador, também foram conferidos limites à livre iniciativa por outros

¹⁷MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo*. Madrid: Civitas, 1996. p. 16-17.

¹⁸Id. Ibid., p. 21.

¹⁹RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 20.

princípios como o da dignidade e da função social da propriedade e do contrato, nos dizeres de Thereza Cristina Gosdal.²⁰

Mas o fato é que, ao tratar da mesma forma o valor social do trabalho e a livre iniciativa, a intenção do constituinte era que ambos tivessem tratamento igualitário pelo Estado, o que é fundamental para justificar a pertinência deste estudo.

Isso porque o advento de novas tecnologias na cadeia produtiva obrigou as empresas a se adaptarem ao crescimento da competitividade, já que no mundo globalizado atual não há fronteiras, ante a integração dos países.

O trabalho subordinado não deixou de existir, mas passou por algumas alterações de padrão, em razão da mudança de referencial da empresa (alteração no campo econômico). Em decorrência, o trabalho subordinado passou a apresentar novas características refletidas no direito do trabalho, ante a dificuldade de tipificar as novas formas de contratação e dar a tutela adequada às diferentes espécies de trabalhadores que surgiram.

Essa problemática sofrida pelo direito do trabalho, ainda que surgida a partir de mudanças na economia, deve ser objeto de reflexão de todas as partes envolvidas na relação de trabalho, ou seja, empregados e empregadores.

Ciente desta realidade mundial, a Organização Internacional do Trabalho produziu a Recomendação 198/2006, relativa à relação de emprego e afirmando as políticas nacionais de promoção ao emprego dos países membros devem incluir, entre outras medidas, a orientação das partes envolvidas na relação laboral, buscando estabelecer a existência de uma relação de emprego, bem como na distinção entre empregador e trabalhador autônomo²¹.

Nelson Mannrich assevera que as mudanças atualmente vividas pela sociedade mostram a tendência de um mercado de trabalho mais flexível, mas ressalva, de outro lado, para a resistência dos trabalhadores em se submeterem a novas regras, sendo que tal

²⁰ GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007. p. 116.

²¹ OIT. Recomendação 198/2006. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/relativa-à-relação-de-trabalho>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

difficuldade também existe por parte do mercado, já que não há completa segurança em conferir a este a regulação das condições de trabalho, pelos efeitos que possa implicar²².

Conclui o autor que a solução para a problemática não se restringe a reformas econômicas, cabendo ao direito do trabalho o papel de ator principal, em que pese o conteúdo das normas ter caráter nitidamente sócio econômico²³.

Afinal, se como demonstrado, a intenção do constituinte foi que a livre iniciativa caminhasse junto com o trabalho, o desequilíbrio da primeira, evitará que este último atinja seu valor social, trazendo consequências, ainda, à dignidade humana do trabalhador.

É impossível que haja desenvolvimento nacional sem o equilíbrio das forças produtivas.

Ademais, considerando, ainda, que a relação objeto de proteção social é a de emprego, em detrimento de modalidades de trabalho autônomo, isso significa que, o emprego, na forma como preconizado pelo ordenamento jurídico, é o principal meio de acesso do trabalhador ao capitalismo sócio-econômico, como acentua Mauricio Godinho Delgado²⁴.

Nesse sentido, conclui-se que o trabalho regulado é um dos principais meios de acesso à existência digna, e esta não implica apenas a afirmação indivíduo perante a ordem econômica, mas perante a sociedade, ou seja, é uma afirmação de cunho social também.

Em razão disso, justifica-se a pertinência do tema, pois, se economia e trabalho devem seguir juntos para esta República, então, não é possível que haja desenvolvimento nacional sem o equilíbrio das forças produtivas (capital e trabalho).

²²MANNRICH, Nelson. *A retipificação do contrato de trabalho*. 1997. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1997. p. 84.

²³Id. Ibid., p. 95.

²⁴DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 659, jun. 2006.

2. O PAPEL DA SUBORDINAÇÃO PARA O DIREITO DO TRABALHO

2.1. A importância do paradigma no estudo de uma ciência

De modo geral, define-se paradigma como sendo um exemplo que serve como modelo; padrão²⁵.

No campo das ciências, Thomas Kuhn define como paradigmas as regras aceitas, ou seja, um conjunto de ilustrações reiteradas e quase padronizadas, que decorrem de um determinado momento histórico, em uma certa especialidade científica²⁶.

Isso significa que toda ciência possui um centro de estudo, ou um paradigma, a partir do qual formulará suas teorias e se desenvolverá.

Em decorrência, o autor em epígrafe trata da importância do paradigma em uma comunidade científica e como tal critério se comporta diante de revoluções.

Nesse sentido, o autor declara que enquanto o paradigma for aceito pela sociedade será instrumento hábil como forma de solução para os problemas²⁷.

Assim, se a sociedade sofrer modificações é bem provável que os paradigmas sofram crises, o que levará a sua rediscussão para adaptação ou modificação.

Afinal, em uma ciência madura, os fatores externos são importantes, sobretudo, para determinar o momento em que a crise será explorada, a facilidade com que ela pode ser reconhecida e a área na qual se manifestará, pela primeira vez, o fracasso²⁸.

Com isso, surgem as crises nas ciências, o que leva seus estudiosos a se debruçarem sobre novas formas de solução e, quiçá de um novo paradigma, caso o atual se mostre incapaz de dar suporte à realidade fática²⁹.

²⁵HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2127.

²⁶KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 67.

²⁷Id. Ibid., p. 60.

²⁸PIÑA, María Del Carmen. op. cit., p. 220.

²⁹KUHN, Thomas S. op. cit., p. 115-116.

No campo do Direito, sendo este um conjunto coordenado de normas³⁰ e, portanto, uma ciência³¹, a noção de paradigma é perfeitamente aplicável, uma vez que a mudança nos padrões gera implicações ao ordenamento.³²

Alain Supiot afirma que o papel do jurista, durante muito tempo, foi deter o monopólio do estudo das leis da sociedade humana. Contudo, tal monopólio acabou se esvaziando com o desenvolvimento das ciências sociais, tais como História, Sociologia, Economia, Política³³.

Por isso, o jurista, em seus estudos, deve efetuar um diálogo com as demais ciências, em especial as humanas, uma vez que a prática do direito é uma arte e não uma ciência.

Jorge Luiz Souto Maior conclui que o paradigma seria “a realidade fática para a qual a norma está voltada, devendo com ela guardar correspondência para obter eficácia. O novo paradigma que se apresenta é a mudança da realidade, exigindo alteração do padrão jurídico existente”.³⁴

2.1.1. A subordinação como um dos paradigmas do direito do trabalho

Sendo o direito do trabalho um ramo do direito, isso significa que aquele também pode ser denominado como uma ciência.

Assim, como demonstrado, toda ciência possui um paradigma, ou seja, um critério que responde aos problemas vivenciados pela comunidade de estudo.

Alain Supiot defende que para a criação de um paradigma haja interdisciplinaridade com as demais ciências. No caso do direito do trabalho, a partir de tal interação, deve ser

³⁰Segundo Hans Kelsen, mais do que enunciados, as normas são permissões e atribuições de poder e competência. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. bras. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 79.

³¹Segundo Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 16) a ciência do Direito “tem por objeto o fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado”.

³²“A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. Reimp. Brasília: Pólis, 1991. p. 21.)

³³SUPIOT, Alain. op. cit., p. 261.

³⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 30.

questionada a normatividade inerente às categorias que as ciências adotam, para que se possa responder a perguntas como: “O que é um trabalhador?”.

O passo seguinte é submeter as formas distintas de normatividade científica ao princípio do contraditório, para verificar qual a função do paradigma: um modelo, um recurso didático, etc.

Neste ponto há que se indagar qual o objeto de estudo do direito do trabalho, eis que a doutrina possui duas teorias para responder à questão.

A primeira corrente, minoritária, defende a ampliação do direito do trabalho a todos os trabalhadores, subordinados e autônomos.

Amauri Mascaro Nascimento³⁵ defende, ainda, subdivisões do subordinado, em típico (empregado) ou atípico (eventual, avulso, temporário); bem como do autônomo, em autônomo propriamente dito e empreitada³⁶.

Para embasar a corrente ampliativa, há quem invoque que a Constituição Federal adotou um conceito amplo de “relações trabalhistas”, a ponto de a Emenda Constitucional nº 45/04 alargar a competência da Justiça do Trabalho, para que esta não se restringisse à apreciação das demandas decorrentes da relação de emprego, mas também de todas que derivem do trabalho.

De todo modo, o fato é que a subordinação remanesce como critério fundamental para a doutrina e jurisprudência na caracterização da relação de emprego. Em razão disso, tem-se a segunda corrente doutrinária, restritiva.

Nesse sentido, Manuel Alonso Olea afirma que o trabalho, objeto do direito do trabalho é o trabalho humano produtivo, por conta alheia e livre³⁷. É humano, para

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*, cit., p. 36-39.

³⁶ Em linhas gerais, eis as definições de cada subespécie de trabalhador, de acordo com o autor:

- a) subordinado típico – “pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário” (p. 37);
- b) eventual – também possui a característica da subordinação, mas presta serviços ocasionalmente a alguém;
- c) avulso – exerce sua atividade no porto, intermediada pelo seu sindicato e, por isso, não possui vínculo empregatício com o tomador de serviços;
- d) temporário – presta serviços para a empresa de locação de serviços temporários, esta, por sua vez, cede serviços a outras empresas;
- e) autônomo propriamente dito – exerce a atividade por sua iniciativa e não está sujeito ao poder de controle e disciplinar de outrem;
- f) empreitada – “contrato pelo qual uma das partes se propõe a fazer ou mandar fazer certa obra, mediante remuneração determinada ou proporcional ao serviço executado” (p. 39).

³⁷ ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984. p. 15-26.

diferenciar do trabalho de outros seres ou forças que operam sem a intervenção do homem; ao passo que é produtivo, pois não é lúdico, ou seja o homem emprega sua força (manual ou intelectual) em prol de sua subsistência e para produzir bens; por conta alheia significa que os resultados ou frutos do trabalho produtivo do homem se dirigem a outrem e não a ele próprio. Por fim, o trabalho é livre pois a atribuição dos resultados a terceira pessoa se dá por vontade do trabalhador, ao contrário de outras formas de trabalho, como o forçado.

Angel Blasco Pellicer corrobora a teoria, ao afirmar que o direito do trabalho é o conjunto de normas dirigidas a equilibrar os conflitos sociais do trabalho subordinado e por conta alheia³⁸.

Arion Sayão Romita afirma que o direito do trabalho é somente o direito do trabalho subordinado, este sob o enfoque de um contrato entre dois sujeitos, no qual um deles assume os riscos e remunera a prestação dos serviços de outrem, que, por sua vez, coloca sua energia à disposição do empreendimento³⁹.

Segundo narra Sérgio Pinto Martins, a história do direito do trabalho caminhou com a própria história da subordinação e, por isso, a preocupação do legislador gira em torno da proteção do hipossuficiente e do emprego típico.⁴⁰

Alain Supiot corrobora que o direito do trabalho é, basicamente, o direito do trabalho remunerado e não rege outras formas de trabalho, como o independente, exercido dentro da administração pública⁴¹, ou o trabalho a título gratuito (gratuito ou da dona de casa). Porém, pondera o autor, as fronteiras do direito do trabalho acabam indo além do trabalho assalariado, justamente pela proximidade que possui com outras formas de trabalho, o que se dá pelos conceitos abrangentes, além do salário, como liberdade sindical, obrigação de seguridade física, capacitação profissional e negociação coletiva.⁴²

O direito do trabalho reside na subordinação e na sua influência em outras figuras do mundo laboral, as quais, nos dizeres de Francisco Aleman Paez⁴³, correspondem a sujeitos especiais (empregador e empregado), uma determinada relação jurídica (laboral), que pode se desenvolver em uma empresa e um bem singular jurídico, objeto da própria relação (o trabalho humano).

³⁸PELLICER BLASCO, Angel. *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: CES, 1995. p. 20.

³⁹ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998. p. 475.

⁴⁰MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 41

⁴¹Exceto os trabalhadores contratados sob regime celetista.

⁴²SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*, cit., p. 10.

⁴³ALEMAN PAEZ, Francisco; CASTAN PEREZ-GOMEZ, Santiago. op. cit., p. 3.

Como demonstrado, a subordinação sempre esteve presente nas relações entre trabalho e capital e, como não poderia deixar de ser, o direito criado para regular tais relações tem como fundamento justamente o trabalho subordinado.

Trata-se, portanto, de um paradigma do direito do trabalho, pois até o presente momento é o divisor entre o trabalho subordinado e autônomo para os casos de dúvidas, submetidos à apreciação do Judiciário.

Com efeito, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, ao fazer uma releitura da subordinação segundo Ludovico Barassi, conclui que a subordinação não é apenas o elemento de classificação do contrato de trabalho, mas o próprio centro de imputação subjetiva da legislação⁴⁴.

Mesmo assim, sendo o principal meio de caracterização da relação de trabalho colocada em questão, a subordinação deve se adaptar à realidade econômica em constante mutação que cria novos tipos de trabalho e de trabalhadores.

2.2. A necessidade de reconstrução dos critérios de subordinação e a pertinência do tema para o direito do trabalho

Como demonstrado, o trabalho subordinado é um dos paradigmas do direito do trabalho, bem como é o principal critério apto a responder se determinadas relações estariam ou não abrigadas sob o manto da CLT. Este paradigma está em constante sofre as consequências das mudanças no cenário econômico e mundial que desencadearam novos horizontes.

Esses novos horizontes são, em grande medida, influenciados pelas transformações experimentadas pelas empresas na últimas décadas, impulsionadas pelo desenvolvimento das comunicações e de novas tecnologias.

Como reflexos de tal transformação podem ser citados os seguintes fenômenos: concentração de capital e acentuada descentralização produtiva das empresas.

⁴⁴PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *El trabajo subordinado como tipo contractual*. Madrid, 1993. p. 35. (Documentación Laboral, n. 39).

Obviamente, tais transformações possuem como pano de fundo não apenas revoluções econômicas ou tecnológicas, mas do próprio ser humano, o qual, hoje, possui o elemento volitivo mais presente do que há décadas.

As transformações relatadas provocaram uma crise estrutural na subordinação, já que surgiram novas tipologias contratuais, conflitantes com os preceitos até então utilizados para determinar se certa relação estaria ou não abrigada sob a égide da legislação trabalhista.

O conceito de subordinação não deixou de existir ou se alterou em sua essência, eis que sempre corresponderá à uma espécie de dependência do trabalhador a outrem (trabalho por conta alheia).

Contudo, a realidade exige que novos critérios sejam criados para abrigar diferentes espécies de trabalhadores surgidas com a corrida incessante das empresas de se manterem produtivas em um mundo cada vez mais integrado, competitivo e, por isso, dependente de novas tecnologias para que possam se destacar.

A problemática da identificação do trabalho subordinado é uma dificuldade mundial, porém, como se verá, diversos países, entre os quais se destacam a Itália e a Espanha, já estão cientes disso e seus estudiosos criaram alternativas na busca de aplicar da correta tutela a todos trabalhadores, escopo maior do direito do trabalho.

No Brasil, é comum a utilização somente do binômio subordinação-autonomia para classificar as diferentes relações de trabalho. Ou seja, na visão brasileira, se um trabalhador não puder ser declarado empregado, de acordo com o art. 3º da CLT, logo, será autônomo.

Todavia, a realidade é mais complexa porquanto em certas circunstâncias o trabalho possui traços de subordinação e, devido a características específicas da prestação de serviços, também se desenvolve com certa autonomia.

Como sustentam Francisco Aleman Paez e Santiago Castan Perez-Gomez, o histórico da dependência (conceitual, doutrinário e jurisprudencial) corresponde ao desenvolvimento de sua própria flexibilização progressiva, partindo-se de uma concepção originária rígida e estrita às ordens do empregador até os dias atuais, com o surgimento de novas tipologias contratuais. Por vezes, a subordinação se mostra estrita, em todas as circunstâncias de tempo, lugar e modo da prestação laboral, ao passo que, em outras

situações se entende como mera adaptação da atividade laboral aos objetivos pelos quais está inserida⁴⁵.

Em decorrência, os autores discorrem que a subordinação, como critério do contrato de trabalho, é obtida de forma dedutiva, extraindo-se determinados indícios ou manifestações que aproximem a existência de uma relação de emprego.

Essa alteração no padrão do modo de prestação de serviços ou de produção decorre do fato, também, da alteração da própria empresa.

Com efeito, o conceito de empresa industrial, para atender o típico trabalhador subordinado, teve extrema importância no desenvolvimento do ordenamento jurídico trabalhista, pois favoreceu a índole naturalmente protetiva do direito do trabalho, evidenciada na dependência econômica do trabalhador perante a empresa.

María del Carmen Piña ao tratar da crise do princípio protetor sustenta que tal fato decorreria, entre outros fatores, da própria redefinição jurídica do contrato de trabalho já que vocábulos como contrato de trabalho, relação de dependência, empregador e empresa sofreram sensíveis alterações aos longo da última década, ainda mais se levadas em consideração as alterações da economia.⁴⁶

Diante desse panorama, cumpre indagar se a tutela atual é capaz de atender a todos os trabalhadores, pois, se existem diversas tipologias, talvez, o sistema atual não consiga atender a todas, sendo necessárias diferentes tutelas.

Afinal, a incorreta aplicação do direito, sem a distinção entre os trabalhadores fere o próprio princípio da igualdade, atrelado à idéia de justiça, como idealizado por Aristóteles, na medida em que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual, na medida da desigualdade.

A aplicação da tutela adequada ao trabalhador também é condição *sine qua non* para sua dignidade, como preconizado pelo Estado, na Constituição.

Isso porque a valorização do trabalho pela Constituição visa ao alcance da dignidade do cidadão, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “mesmo fora do âmbito dos

⁴⁵ ALEMAN PAEZ, Francisco; CASTAN PEREZ-GOMEZ, Santiago. *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: um apunte histórico-romanístico*. Madrid: Dykison, 1997. p. 13-14.

⁴⁶ PIÑA, María Del Carmen. op. cit., p. 230-231.

princípios fundamentais, o valor da dignidade humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte.”⁴⁷

Com efeito, desde os primórdios, há a idéia de que o trabalho dignifica o homem. Porém, a própria história mostrou que não é apenas a falta de trabalho que afasta a dignidade, mas, também, a precariedade das condições de trabalho.

Para exemplificar, como relatado por Amauri Mascaro Nascimento, basta verificar as condições degradantes de trabalho vivenciadas na Revolução Industrial, tais como a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração do trabalho da mulher e do menor, a ocorrência de diversos acidentes de trabalho durante o exercício das atividades e a própria insegurança quanto ao futuro, aliada aos baixos salários⁴⁸.

Insta mencionar, contudo, que o presente estudo não busca discutir a tutela apropriada a cada espécie de trabalhador subordinado, mas demonstrar que a incorreta definição (ou classificação) deste, obviamente, impede seja aplicada a mais adequada tutela.

Afinal, a história do direito do trabalho se confunde com a preocupação de construir um sistema normativo homogêneo a todos trabalhadores, como se todos estivessem em um mesmo patamar.

À época da Revolução Industrial é possível que esse ordenamento tenha surtido o efeito amplo e geral como sonharam seus idealizadores, porém, com a evolução do modo de produção e o surgimento de novas classes de trabalhadores, a discussão atual da doutrina é no sentido de refletir se a tutela ainda é adequada e abrangente.

Wälkure Lopes Ribeiro da Silva e Paula Werner da Gama apontam que a rigidez do ordenamento brasileiro implica na exclusão de diversos trabalhadores e daí decorre a necessidade de ampliação da tutela trabalhista do direito do trabalho brasileiro.⁴⁹

Thereza Cristina Gosdal, ao analisar a evolução histórica dos direitos humanos e da dignidade conclui que não podem ser compreendidos como imutáveis, sem relação o contexto social que se desenvolvem⁵⁰. Por isso é possível a ampliação dos direitos

⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 104.

⁴⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 15.

⁴⁹SILVA, Wälkure Lopes Ribeiro da; GAMA, Paula Werner da. Revisão dogmática da subordinação diante das transformações do mercado de trabalho. *Revista do Advogado*, homenagem a Octavio Bueno Magano, São Paulo, ano 26, n. 86, p. 99, jul. 1986.

⁵⁰GOSDAL, Thereza Cristina. op. cit., p. 68.

humanos de acordo com novos processos mundiais e impactantes, como o desenvolvimento tecnológico, por exemplo.

Com efeito, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) elaborou, em 10 de junho de 2008⁵¹, a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, levando em consideração que o processo de globalização implica na internacionalização do mundo dos negócios e de seus processos, bem como a circulação de pessoas, em especial trabalhadores.

A teor de referida Declaração, verifica-se uma preocupação mundial de abrigar os trabalhadores dependente, os quais, com a globalização, ficaram à deriva de seus direitos, uma vez que “rotulados” como autônomos, sem que fosse levada em consideração a dependência economia.

Invocando-se os ensinamentos de José Luis Monereo Pérez, o legislador sempre optou por outorgar com maior ou menor intensidade regimes específicos de regulamentação a determinados trabalhadores, sem que tal desigualdade tenha sido requerida pelo grupo afetado⁵².

Trata-se, segundo o autor supra, de uma concepção formal de manter uma unidade do direito do trabalho, criando um centro de imputação subjetiva aos trabalhadores e empresários, como sujeitos dotados de liberdade e igualdade, que possuem um contrato acerca de trabalho e salário. A diversidade surge da própria pluralidade de regimes das relações de trabalho⁵³.

Mais uma vez, é importante ressaltar que não há a pretensão, nesta dissertação, de sustentar que esses “novos” trabalhadores sejam mais ou menos necessitados de tutela do que os tradicionais operários, mas refletir acerca da eficácia das regras vigentes para cada espécie de trabalhador, de acordo com o sistema atual.

Ademais, por óbvio, este estudo não visa colocar uma pá de cal sobre a hipossuficiência do trabalhador, mas, sim, mostrar que a forma de conceituação atual de tal sujeito (paradigma) não se desenvolveu na mesma proporção que o mundo econômico, o que afeta a valorização do trabalho.

⁵¹ Adotada em razão da Conferência Internacional do Trabalho, em sua nonagésima sétima reunião. OIT. Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. 97^a Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_099768.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

⁵² MONEREO PÉREZ, José Luis. op. cit., p. 66.

⁵³ Id., loc. cit.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES PRODUTIVAS SOB A ÓTICA DA SUBORDINAÇÃO

3.1. Sociedade pré-industrial⁵⁴

A escravidão é considerada a forma mais antiga de apropriação dos meios de produção e, certamente, a menos digna, já que o escravo era considerado como uma coisa, sem sentimentos ou direitos.

Nesse sentido, Jean-Jacques Rousseau assevera que a renúncia à liberdade de um homem é o mesmo que a renúncia à sua qualidade de homem, aos seus direitos e deveres. Tal ato abdicatório não é compatível com a essência do homem e, por isso, não há nada que a compense. É contraditório permitir o poder absoluto por parte de um homem de um lado e, de outro, uma obediência ilimitada. “Que direito meu escravo teria contra mim, pois que me pertence tudo o que ele possui, e, sendo meu o seu direito, esse meu direito contra mim mesmo não é uma palavra sem qualquer sentido?”⁵⁵

O trabalho, obviamente, era forçado e o escravo recebia apenas alimento, já que sua sobrevivência era necessária para o dono da terra.

Sérgio Pinto Martins⁵⁶ faz interessante resumo da evolução histórica do trabalho nessa época, sustentando que, em primeiro lugar o trabalho desempenhado pelos escravos em Roma era tido como desonroso, e seu desenvolvimento culminou na *lex conductio*, a

⁵⁴O escopo deste estudo é tratar da subordinação. Assim, no presente capítulo, será feita apenas uma análise histórica do tema e sua relação com o direito do trabalho, sem adentrar, contudo, às especificidades históricas da matéria, em que pese o amplo trabalho de pesquisa realizado. Por isso, para aqueles que desejarem maior aprofundamento sobre o tema (sociedade pré-industrial, industrial e pós-industrial), recomenda-se a leitura das seguintes obras: ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso del derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel, 1980; BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901; BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008; COUTURIER, Gérard. op. cit.; GOMES, Orlando; GOTTSCHALCK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005; MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1999; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999; SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

⁵⁵ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p. 80.

⁵⁶MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 38.

qual “tinha por objetivo regular a atividade de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento”.

Irany Ferrari acrescenta que a passagem da escravidão para a servidão se deu de forma gradual e lenta, pela influência do cristianismo, fazendo com o que o servo passasse a ser visto com capacidade de ser sujeito de relações jurídicas⁵⁷.

A partir de então, seguiu-se um processo de ruralização das “villas” camponesas, e o trabalho, posteriormente, “passou a ser objeto de locações de obras e serviços.”⁵⁸

A *locatio conductio* se dividia em: *locatio rei* (quando se arrendava uma coisa em troca de retribuição), *locatio conductio operarum* (locação de serviços mediante remuneração), *locatio conductio operis* (entrega de uma obra ou resultado mediante pagamento).

Diferentemente da escravidão, no feudalismo, como pontua Alice Monteiro de Barros, o trabalho era confiado ao servo, o qual possui status de “pessoa” e não de “coisa”.⁵⁹

Contudo, isso não significava que os trabalhadores gozassem de plena liberdade, pois, embora tivessem direito ao uso da terra, pagavam um alto custo para isso, sendo obrigados a trabalhar em pesadas jornadas e, ainda, poderiam sofrer maus tratos do senhor. Em contrapartida, contavam com a proteção dos senhores feudais perante terceiros.

O trabalho perde o caráter de não digno, porém, ainda era visto como castigo, já que os mais ricos não trabalhavam.

A partir do século X, os servos passaram a consumir mercadorias fora dos limites feudais, em feiras e mercados à margem de rios, lagos e mares, o que propiciou o desenvolvimento do trabalho artesanal, principalmente após a queda do Império Romano, em 410 D.C.⁶⁰.

⁵⁷FERRARI, Irany et al. *História do trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho*: homenagem a Armando Casimiro Costa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 32.

⁵⁸Id. Ibid., p. 33.

⁵⁹BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 58.

⁶⁰Id. Ibid., p. 59.

Os mestres e artesãos se uniram, culminando no surgimento das corporações de ofícios, que também eram compostas pelos aprendizes e, a partir do século XIV⁶¹, pelos companheiros, grau intermediário da corporação.

Além de conferir maior liberdade aos trabalhadores, as corporações tinham cunho nitidamente associativo de proteção aos que faziam parte delas (mas somente dentro das associações, o que implicava em limitação à liberdade de trabalho)⁶².

Havia uma escala hierárquica, estando os mestres no topo, como proprietários das oficinas. Logo abaixo, como mencionado, se encontravam os companheiros, que percebiam os salários dos mestres, mas só assumiam esta condição se fossem aprovados em exame de obra-mestra.

Na base da pirâmide estavam os aprendizes, jovens a partir de 12 a 14 anos, cujos pais pagavam taxas aos mestres, para que estes ensinassem os ofícios e, em decorrência, mantivessem os jovens sob sua custódia até o término do aprendizado, quando os aprendizes se tornavam companheiros.

Com efeito, a subordinação se faz presente nas as corporações de ofício, em razão da hierarquia entre aprendizes e mestres. Afinal, como demonstrado, nesse sistema, havia regras a serem obedecidas e os mestres exigiam dedicação dos aprendizes, os quais se tornariam futuros companheiros na corporação.

De se pontuar que na escravidão e no feudalismo a subordinação tinha feição diversa da de hoje. Isso porque no regime escravocrata a subordinação decorria do direito de propriedade do senhorio sobre os escravos, tidos como objetos. A servidão se dava em desde o nascimento, pois, os que não fizessem parte da aristocracia e fossem negros estavam predestinados ao regime.

No feudalismo, por sua vez, a subordinação era consequência da proteção oferecida pelos senhores feudais, em troca do uso da terra. Pode-se dizer que os vassalos serviam aos senhores em troca da própria sobrevivência.

Ou seja, na escravidão e no feudalismo o trabalho decorria de um estado de propriedade e posse, respectivamente, do trabalhador, o que justificaria a submissão deste.

⁶¹MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 38.

⁶²FERRARI, Irani et al. op. cit., p. 43.

A organização das corporações de ofício, inovadora se comparada os regimes de trabalho anteriores, implicou na adoção de regras em substituição ao mero ajuste contratual entre as partes.

Entretanto, em busca qualidade na prestação dos serviços, os mestres não se utilizam de operários de outras corporações, o que implicava em jornadas de aprendizado muito longas impostas aos aprendizes, segundo relata Sérgio Pinto Martins⁶³. Em decorrência, na França, as corporações de ofício foram suprimidas em 1776 com o Editto de Turgot.

3.2. Sociedade industrial

Como mencionado, os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício levaram ao desgaste do sistema, o que, aliado à incapacidade de corresponder às novas exigências socioeconômicas, culminaram com sua extinção.

Ocorre que mesmo com o Editto de Turgot, algumas corporações foram reconstruídas, algo incompatível os ideais de liberdade da Revolução Francesa de 1789.

Alain Supiot⁶⁴ destaca que o trabalho surgiu durante a Revolução Francesa, sob as idéias de liberdade, se transformou em um objeto de intercâmbio entre trabalhadores e empresários e, em decorrência, imaginava-se que seu futuro seria “o advento de um povo de trabalhadores independentes”.

Em 1791, a lei *Le Chapelier* extinguiu de uma vez por todas as corporações de ofício, pois determinou, em seu artigo 1º, que “a destruição de todas as espécies de corporações dos cidadãos de um mesmo estado ou profissão é uma das bases fundamentais da constituição francesa”⁶⁵.

Irani Ferrrai acentua que a manufatura data do século XVI, e foi a percussora da grande indústria, pois surgiu com o declínio do trabalho artesão e camponês, os quais

⁶³MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 39.

⁶⁴SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 67.

⁶⁵Texto integral da lei *Le Chapelier*, de 14 de junho de 1791, disponível no idioma original em: FRANÇA. Lei Le Chapelier, de 14 de junho de 1791. Disponível em: <http://www.lexinter.net/lois/loi_du_14_juin_1791_%28loi_le_chapelier%29.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

acabaram se rendendo ao capitalismo industrial, e se transformando em operários destes meios de produção⁶⁶.

Com a Revolução Industrial, no século XVIII, a manufatura transformou-se radicalmente, devido ao advento das máquinas nas fábricas.

O novo regime instituído na Revolução Industrial impulsionou a liberdade para o exercício das profissões, permitindo o desenvolvimento de novas formas de produção e o regramento das relações decorrentes.

Os ideais de liberdade, por sua vez, não se limitavam ao exercício do trabalho, mas à condução deste, pois o elemento volitivo passou a ter destaque nas relações laborais, em detrimento dos critérios heterônomos das corporações de ofício.

Nesse sentido, o artigo 1.134 do Código Civil da França, editado em 1804 e também conhecido como Código Napolêônico, dispôs que: “as convenções celebradas pelas partes têm força de lei. Podem ser revogadas apenas de mútuo consentimento ou para as causas que a lei autoriza. Devem ser executadas de boa-fé”.⁶⁷

Segundo Francisco Aleman Paez, somente com o advento da sociedade capitalista, pela revolução burguesa, se generalizou a relação de troca de trabalho por salário como estrutura fundamental do sistema de produção, acrescentando que isso ocorreu somente porque ainda não existia o pressuposto histórico da disciplina laboral, correspondente ao trabalho dependente e por conta alheia⁶⁸.

Porém, tal liberdade, com poucas restrições (apenas as dispostas pela lei e que afrontassem aos bons costumes) trouxe consequências ao trabalhador, vez que mesmo com a substituição da escravidão, os trabalhadores assalariados, contratados pelas fábricas, laboravam em condições degradantes, com jornadas de trabalho extremamente longas, sem qualquer preservação da saúde física e mental, nem mesmo dos menores de idade.

Com efeito, para conquistar sua hegemonia, a burguesia criou uma nova classe de “soldados” - os proletários – que desempenhavam o papel de propulsores da máquina das forças produtivas⁶⁹, mas sofriam com condições degradantes de trabalho, com salários

⁶⁶FERRARI, Irani et al. op. cit., p. 46.

⁶⁷Texto integral do Código Civil francês de 1804, disponível no idioma original em: FRANÇA. Código Civil de 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

⁶⁸A Espanha utiliza o termo “ajenidad” para configurar o trabalho subordinado.

⁶⁹Id. Ibid., p. 53.

baixos e sem qualquer tutela que os protegesse contra o capitalismo desenfreado, o que provocou os debates sobre as lutas de classes, nos quais destacam-se Marx e Engels⁷⁰.

Peter Ivanovich Stucka pondera que um dos elementos característicos do direito consiste em ser garantido pela classe dominante, mediante um poder organizado, justamente como forma de manutenção desse sistema⁷¹. Isso ocorreu com o capitalismo, já que este implicou na atuação de um Estado mais fraco, de acordo com os interesses da classe burguesa.

Com efeito, Alain Supiot sustenta que, embora as leis sejam fruto da classe operária, em razão de terem surgido como uma forma desordenada de o capitalismo impor sua vontade, não fazem menos parte da legalidade burguesa e, por isso, somente desaparecerão com esta⁷².

Em suma, o que os autores querem mostrar é que a luta de classes nada mais é do que um fenômeno natural do capitalismo. Nesse contexto, verifica-se a presença da subordinação nas relações de trabalho.

Afinal, em uma sociedade de trabalhadores plenamente livres (no feudalismo a liberdade era parcial, eis que o trabalhador estava ligado à terra) não haveria como justificar a exploração da força de trabalho do empregado, pelo empregador.

Por isso, inicialmente, houve a tentativa de enquadrar este tipo de prestação de serviços como uma espécie de contrato de direito civil, o “arrendamento de serviços”.

Contudo, observou-se que tal espécie não atendia à desigualdade do trabalhador, que persistia, mesmo em uma sociedade livre.

Assim, se o empregador não poderia mais se utilizar da força, como na escravidão, (ou prestígio, como no feudalismo) para comandar os trabalhadores, como obrigar estes a laborar na cadeia produtiva?

A resposta é a subordinação, que surge como outro lado da moeda do poder diretivo. Ou seja, o empregado se submete ao empregador, porque este detém o comando da relação.

⁷⁰MARK, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto ao Partido Comunista*. Tradução de Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

⁷¹STUCKA, Peter Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 21.

⁷²SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige; PUF, 1994. p. 201.

Mesmo com a hegemonia da classe burguesa, os trabalhadores também mostraram sua insatisfação com as condições que viviam, tendo como marco histórico mundial o dia 1º de maio de 1886, marcado por intensas manifestações dos trabalhadores em Chicago, culminando em prisões e até mesmo mortes de operários e policiais envolvidos nos confrontos.

Em decorrência e como homenagem à referida data, em 1989, a segunda Internancional Socialista, reunida em Paris, determinou-se que o dia 1º de maio seria designado, anualmente, para manifestações em prol da jornada diária de 08 horas.

Somente em 23 de abril de 1919, o senado francês ratificou a jornada de 08 horas, bem como passou a considerar 1º de maio como o dia do trabalho, sendo comemorado como feriado nacional, o que foi adotado por diversos países, inclusive aqueles que adotam outra data com a mesma comemoração, caso dos Estados Unidos e Austrália.

Conclui-se que a luta dos trabalhadores, no plano internacional, pelo reconhecimento de seus direitos foi marcada por um longo e intenso processo ao longo de muitas décadas.

No Brasil, a expansão do direito do trabalho ocorreu a partir década de 20, com o Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, considerado o primeiro texto a tratar dos acidentes de trabalho. Cita-se, ainda, a Lei Elói Chaves (Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923), que criou uma caixa de aposentadoria e pensões para os ferroviários, bem como regulamentou a estabilidade para os empregados com mais de 10 anos de trabalho no setor.

O Brasil não teve, genuinamente, um cenário de intensas lutas e a legislação surgiu dos governantes para a coletividade, ou seja, o chamado movimento descendente.

Porém, tal fato implicou na existência de características peculiares nos movimentos de classes, já que se formaram duas espécies de trabalhadores: aqueles protegidos pelas disposições da lei e os deixados à marginalidade, sem direito a qualquer proteção.

Em decorrência, Amauri Mascaro Nascimento⁷³ concluiu que o direito do trabalho nasceu com a sociedade industrial e o trabalho assalariado.

Para justificar tal assertiva, o estudioso se baseia em 03 aspectos: a) econômicos, eis que a Revolução Industrial e o trabalho em larga escala tornaram obrigatória a contratação de trabalhadores, em substituição à escravidão; b) políticos, considerando a

⁷³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, cit., p. 42-43.

transformação do Estado Liberal em Social, que trouxe a intervenção estatal na liberdade absoluta das relações de trabalho; c) jurídicos, pois os trabalhadores reivindicavam através dos sindicatos, o que, com o reconhecimento do direito de associação, resultou no sindicalismo, no direito à contratação (coletiva e individual), e no direito a uma legislação que impusesse limites a abusos no contrato de trabalho (decorrente das próprias políticas neoliberais).

Além disso, mesmo no plano internacional, o direito do trabalho surgiu em um contexto recente (se comparado a outros ramos do direito) colimando atender aos interesses de uma classe operária oprimida pela economia industrial.

José Martins Catharino sustenta que o contrato de emprego e com este o próprio direito do trabalho surgiram com a dignificação do trabalho humano, o que também culminou com o Estado protecionista, “abalado o principio absoluto e hipócrita da autonomia da vontade”⁷⁴.

Ademais, a pressão também veio de outros setores da sociedade, destacando-se a Igreja Católica com a publicação da Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII, o qual sustentou a necessidade de regras na relação entre trabalhador e empregador, clamando que não poderia haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital.

Irany Ferrari sustenta que a partir da Encíclica Rerum Novarum, surgiu um movimento reacionário contra os danos e injustiças sofridos pelo homem no trabalho⁷⁵.

A tutela trabalhista até então aplicada tinha como base a legislação civil, já que o trabalho era tido como locação de serviços⁷⁶.

Com o advento do constitucionalismo social⁷⁷ e considerando os princípios, conceitos e regras próprias, o direito do trabalho passou a ser considerado uma ciência

⁷⁴CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. p. 179.

⁷⁵FERRARI, Irany et al. op. cit., p. 27.

⁷⁶O já mencionado Código Civil da França de 1804 previa, de acordo com os arts. 1709 e 1710, que o contrato de aluguel (locação) é aquele pelo qual alguém se obriga a fazer qualquer coisa para a outra em determinado tempo, mediante um preço convencionado. FRANÇA. Código Civil de 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

⁷⁷Segundo Amauri Mascaro Nascimento (*Iniciação ao direito do trabalho*, cit., p. 44), “dá-se o nome de constitucionalismo social o movimento no sentido da inclusão de leis trabalhistas nas Constituições de alguns países”. Mesma a Constituição mexicana de 1971 sendo considerada a pioneira nesse movimento (a segunda foi a da Alemanha, de Weimar, em 1919), Arnaldo Süssekind sustenta que a Constituição da Suíça, aprovada em 1874 e emendada em 1896, foi a primeira “a inserir no seu texto importantes direitos para o trabalhador.” Além disso, segundo o estudioso, a Constituição francesa de 1848 estabeleceu o direito ao trabalho, porém não elencou direitos para o trabalhador. (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13).

autônoma em relação às demais⁷⁸, principalmente o Direito Civil, que regia o trabalho pela prestação de serviços.

Embora o direito do trabalho tenha como enfoque o trabalhador subordinado, como visto no capítulo anterior, seu escopo é muito mais abrangente do que a proteção de tal sujeito.

Como elucida Arnaldo Süssekind, tal disciplina não tem a mesma finalidade da época de Bismarck. Ela tem como objetivo solucionar o problema para que o trabalhador, por meio de um conjunto de normas jurídicas, possa ter assegurada uma posição de igualdade frente ao empregador, defendendo seus direitos sem quaisquer obstáculos⁷⁹.

A doutrina francesa também discorre que o direito do trabalho se desenvolveu sobre a necessidade de assegurar à coletividade a proteção do fraco contra o forte, do empregado contra o empregador⁸⁰.

Afinal, em razão das lutas vividas pelos trabalhadores na sociedade industrial, o direito do trabalho busca dar garantias aos trabalhadores através de instrumentos jurídicos, visando suprir tal desigualdade, que afasta a aplicação da liberdade contratual vigente no direito civil.

3.3. Sociedade pós-industrial

Como demonstrado, o trabalho, em seus primórdios, era tido como forma de castigo e atinente àqueles menos afortunados que não tinham outra opção senão a de dispor de sua força em prol dos nobres, abdicando a toda e qualquer possibilidade de livre arbítrio sobre suas vidas. O trabalho era sinônimo de escravidão.

Com o passar dos tempos, no feudalismo, o trabalho passou a ser instrumento de troca de segurança e meios de subsistência para o trabalhador e sua família.

⁷⁸Segundo Alfredo Rocco (*Princípios de direito comercial*: parte geral. Trad. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & C.A Editores, 1931. p. 72.) para a caracterização de uma ciência como autônoma (e não independente) são necessários 03 requisitos: (i) que ela seja vasta a ponto de merecer estudo adequado; (ii) que contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais distintos dos que baseiam outras disciplinas e; (iii) que ela possua método próprio para o conhecimento das verdades que constituem seu objeto de investigação.

⁷⁹SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, cit., v. 1, p. 100.

⁸⁰COUTURIER, Gérard. op. cit., p. 25.

No fluxo desse processo o trabalho propiciou o desenvolvimento do mercantilismo e, conseqüentemente, do capitalismo, com a adoção de meios de pagamento em prol de bens e serviços, como o trabalho artesão e camponês.

A partir de então, com a onerosidade consolidada, o trabalho acompanhou a evolução do homem, ou seja, a medida em que este aprimorava novas técnicas nos meios de produção, a classe operária (e a sociedade como um todo) se incorporava a tal processo.

Com isso, substitui-se gradualmente “o labor mecânico e rotineiro, que não desenvolve a inteligência”.⁸¹

O século XX - tendo a dimensão das verdadeiras condições de trabalho vividas pelos operários - trouxe o avanço dos direitos trabalhistas, seja por intermédio de constituições tidas como sociais, ou, ainda, pela adoção de um sistema integrado de normas, como Códigos do Trabalho, vigentes em diversos Estados europeus e a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, de 1943.

Com esse aparato legislativo de proteção e com o avanço de novas tecnologias ao longo dos tempos, surgiram novas formas de trabalho, como o trabalho a distância.

A sociedade pós industrial é marcada pelo crescimento do setor de prestação de serviços (terciário) e pela da tecnologia da informação. Além disso, vive-se em um modelo de economia sem fronteiras, em razão da globalização.

Tal cenário propicia um maior desenvolvimento dos modos de produção e de prestação de serviços, além do aprimoramento do próprio trabalhador, que conta com uma gama de informações a seu dispor.

Exige-se mais do trabalhador atual, que deve ser um profissional atualizado e altamente especializado, independente do segmento que atue, mesmo que seja para operar as máquinas de uma indústria.

Esse crescimento do trabalhador também trouxe um problema ao direito do trabalho já que o modelo atual de subordinação é diverso daquele que marcou a Revolução Industrial, eis que nesta época havia nítida distinção entre trabalhadores e patrões, em razão do elevado conhecimento destes últimos.

⁸¹FERRARI, Irani et al. op. cit., p. 46.

Mesmo assim, a subordinação não deixou de existir, pois desde a revolução francesa, a subordinação se consolidou como critério fundamental do contrato do trabalho.

Contudo, atualmente, a distinção entre trabalhadores e empresários, em alguns casos, reflete-se tão somente na distribuição do poder. Isso quer dizer que ocorre estarem à frente de seus negócios apenas pelo fato de deterem o poder econômico destes, ao passo que o conhecimento técnico/intelectual pode estar concentrado em seus trabalhadores.

Assim, como justificar essa inversão de valores da sociedade pós-industrial?

Nesse panorama, o que se discute é se o modelo atual de direito do trabalho estaria de acordo com as novas tipologias contratuais, sem perder de vista sua missão histórica social de promover a dignidade dos trabalhadores.

4. CONCEITO E CRITÉRIOS DA SUBORDINAÇÃO E PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

4.1. Conceito

A palavra subordinação possui muitas acepções de aplicação genérica⁸², remete à idéia de submissão, de dependência de uma pessoa a outrem, no sentido de um dever ou obrigação, já que a vida em sociedade implica necessariamente que uma pessoa esteja subordinada a um poder heterônomo (ex. Estado) ou autônomo (delimitado pela autonomia da vontade das partes, regulada pela ordem jurídica)⁸³.

No tocante ao direito do trabalho, a visão da subordinação se refere à dependência do trabalhador ao empregador, nas diversas acepções que a dependência possa assumir, como será demonstrado.

Delimitado o conceito de subordinação que serve de objeto de estudo do direito do trabalho, insta demonstrar o fundamento para a utilização de referido conceito.

Com efeito, a origem histórica do direito do trabalho italiano mostra que este teve origem civilista, baseado na locação de serviços.

Ludovico Barassi teve grande importância na construção doutrinária do conceito de subordinação, utilizado até os dias atuais, com base na obra “Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano”, publicada pela primeira vez em 1901.

Na clássica obra, o autor introduz o conceito fundamental da subordinação, pois, na locação de serviço “o trabalhador é um instrumento e um instrumento passivo, no senso que ele presta sua própria atitude física e intelectual para que outra parte a dirija como bem entender”⁸⁴.

⁸² **Subordinação.** *s. f.* ato ou efeito de subordinar(-se) **1** ordem estabelecida entre as pessoas e segundo a qual umas dependem das outras, das quais recebem ordens ou incumbências; dependência de uma(s) pessoa(s) em relação a outra(s) <s. *aos pais, aos superiores*> **2** ato ou efeito de obedecer; obediência, disciplina <s. *militar*> **3** ato ou efeito de colocar(-se) em condição inferior; submissão <s. *do material ao espiritual*> (HOUAISS, Antônio. op. cit.).

⁸³ ANDRADE FILHO, Oliveira Edmar. *Situação jurídica do diretor e do conselheiro de sociedade empresária no direito do trabalho e no direito societário*. São Paulo: Prognose, 2010. p. 14.

⁸⁴ BARASSI, Ludovico. op. cit., p. 29.

A partir disso, Barassi deu especial destaque à subordinação, tendo como base a energia do trabalhador colocada à disposição do empregador, de um lado e, de outro, o poder diretivo deste último.

Amauri Mascaro Nascimento enfatiza que “Barassi fez da subordinação a força atrativa da aplicação de uma legislação social especial para proteger o operário de fábrica⁸⁵”, o que justifica a importância do estudo do autor italiano para o direito do trabalho.

Mesmo com a influência civilista da época, Barassi teve inovadora contribuição para a construção do que viria ser o conceito de empregado, já que, até então, as relações laborais tinham tão somente base civilista para regê-las, citando-se como exemplo o Código Civil francês, que tratava do contrato de prestação de serviços como contratos locação de coisas ou obra (arts. 1708 e 1709), mediante os quais uma pessoa se obriga a fazer determinada coisa mediante retribuição⁸⁶.

Ademais, Barassi também inova ao trazer o que seria tratado pela doutrina como gradação da subordinação, eis que o empregado não coloca sua energia em favor de outrem de forma despropositada e sem consciência⁸⁷.

Justamente por isso, o autor entende ser impossível que haja uma prestação de serviços de outra forma, que não fosse subordinada ou autônoma⁸⁸.

A contribuição de Ludovico Barassi ao direito do trabalho se faz presente até os dias atuais, em razão de ter delimitado o critério da subordinação, na acepção jurídica e não da dependência econômica.

Giuseppe Santoro-Passarelli também leciona sobre as origens da divisão entre trabalho autônomo e subordinado no direito italiano, recorrendo à análise do art. 1570 do Código Civil de 1865, cujo art. 1570 c.c., sob a influência do Código Civil Napoleônico,

⁸⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O debate sobre ações oriundas da relação de trabalho*. Disponível em: <<http://www.amaurimascaro.com.br/publicacoes/artigos/o-debate-sobre-acoes-oriundas-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 26. set. 2011.

⁸⁶Código Civil francês de 1804 – Art. 1708 “A locação de coisas de coisas é um contrato pelo qual uma das partes se obriga fazer em favor de outra uma coisa durante certo tempo, e mediante certo preço que esta se obriga a lhe pagar.” Art. 1709 “A locação de obra é um contrato pelo qual uma das partes se compromete a fazer algo para outrem mediante certo preço convencionado entre elas.” ASSEMBLÉE NATIONALE. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t08.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2011. Tradução nossa.

⁸⁷BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano a cura di Mario Napoli*. Milano: Vita e Pensiero, 2003. p. 29.

⁸⁸Id. Ibid., p. 611, 614 e 619.

determinava como contrato de locação de trabalho aquele segundo o qual uma parte se obriga a fazer alguma coisa mediante retribuição⁸⁹. O autor prossegue sustentando que o art. 1627 do referido diploma indicava as espécies de locação de trabalho⁹⁰.

Assim, o parágrafo 1º do art. 1627 contemplava a forma que o próprio trabalhador dispusesse de sua mão de obra em outro serviço, o que corresponderia ao trabalho subordinado, pois o trabalhador além de dispor de sua energia laborativa, permanece à disposição do empregador, ao passo que o parágrafo 3º, tratava da empreitada (*locatio operis*) cujo objeto também é a prestação de um serviço, porém, com o alcance do resultado, as obrigações deixam de existir, sem que o trabalhador permaneça à disposição.

No tocante à utilização da palavrasubordinação, Amauri Mascaro Nascimento⁹¹ leciona que a mesma foi empregada pela primeira vez na França pelo jurista Paul Cuche, na obra “Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail”, publicado em 1913, quando afirmou que existe locação de serviço ou contrato de trabalho sempre que o sujeito que executa a prestação é colocado em uma situação de dependência econômica ou subordinação diante de quem o remunera⁹².

Diante disso, o contrato de trabalho (ou locação de serviço) existiria se houvesse subordinação ou dependência econômica.

Contudo, foi somente com a substituição da expressão “prestação de serviços” por “contrato de trabalho” em 1973, em que pese à imprecisão desta fortemente criticada pela doutrina, que se abandonou uma concepção puramente materialista da contratação, dando enfoque à pessoa do trabalhador.

Desde então, resta definido que existirá trabalho subordinado quando um sujeito se coloca, voluntariamente, em posição inferior a outro, cujo dever de remunerar e dirigir a prestação de serviços do primeiro lhe incumbe.

⁸⁹SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 33.

⁹⁰Art. 1670 do Código Civil italiano de 1865 – “São três as principais espécies de locação de trabalho e indústria: 1º aquela que outra pessoa obriga a própria mão de obra em outro serviço; 2º aquela que implica no transporte de pessoas ou coisas, pela terra ou pela água; 3º aquela da empreitada.” STUDIO NOTARILE BUSANI. Milano. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_400.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011. Tradução nossa.

⁹¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 621.

⁹²Henri Capitant e Paul Cuche afirmam que a expressão “contrato de trabalho” não apareceu no Código Civil nem em qualquer outra legislação do século XIX, sendo tratada apenas em uma lei de 18 de julho de 1901, a qual, no art. 25 mencionava que: “Em matéria de locação de serviços, se um patrão, um empregado ou um trabalhador é convocado para serviços militares como reservista ou territorial... o contrato de trabalho não será rompido por tal razão.” (*Précis de législation industrielle*, cit., p. 160. Tradução nossa).

Como já visto nessa dissertação, a história do direito do trabalho demonstra que optou-se pela consagração do trabalho subordinado como objeto de estudo da disciplina.

António Menezes Fernandes Cordeiro acrescenta que a subordinação é um fenómeno jurídico, que traz reflexos a outras ciências e não somente ao direito, o que justifica, novamente, a importância de sua correta aplicação.⁹³

Maria do Rosário Palma Ramalho explica que para delimitar o conceito de trabalho objeto do direito se deve ter em mente as idéias de atividade positiva e produtiva, além de liberdade, onerosidade e subordinação. A tais elementos, acrescenta-se a natureza de atuação do credor do trabalho (empregador)⁹⁴.

Assim, a autora conceitua o trabalho subordinado como a atividade humana produtiva de um trabalhador livre e dependente, voltada à satisfação das necessidades de outrem e desenvolvida a título oneroso para este.⁹⁵

Ocorre que há situações diversas, principalmente com a evolução e proliferação de novas formas de trabalho, nas quais o uso da fórmula supra não é suficiente para definir se a relação de emprego se faz presente ou não.

Com efeito, no caso brasileiro, utiliza-se como fundamento do trabalho subordinado o artigo 3º da CLT⁹⁶, bem como o artigo 442⁹⁷ do mesmo diploma, o qual se refere apenas ao contrato individual de trabalho, o conceituando como “o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego”, sem menção, novamente à subordinação.

Sérgio Pinto Martins faz ressalvas à redação do art. 442, pois sustenta que o contrato de trabalho não pode corresponder à relação de emprego. “Ou é ou não é.”⁹⁸

Assim, mostra o autor que o contrato de trabalho dá origem à relação de emprego, o que denota a concepção mista do artigo, pois traduz tanto o entendimento dos

⁹³Segundo o autor, a subordinação também traz reflexos à economia, já que o trabalho deve observar certas leis de mercado, razão pela qual também sofre impacto de mudanças na economia, sociologia (pois representa um conjunto complexo de relações, dentro das sociedades humanas) e; para a ciência política, a partir do momento que a doutrina se ocupa de seu estudo. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 16-17.

⁹⁴RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte I: dogmática geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

⁹⁵Id. Ibid., p. 27.

⁹⁶Art. 3º - “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

⁹⁷Art.442 – “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.”

⁹⁸MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 369.

contratualistas (acordo tácito ou expreso) quanto dos institucionalistas (relação de emprego).

Para Ludovico Barassi⁹⁹, o contrato de trabalho realmente cria a relação de emprego e não corresponde a esta.

Délio Maranhão¹⁰⁰ também critica o artigo em comento, afirmando que o mesmo seria confuso quanto à função que se propôs, ainda que tenha fundamento institucionalista e de contratualidade.

Arion Sayão Romita pondera que o intuito do legislador, ao afirmar que o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, era tão somente promover a ocupação do emprego pelo trabalhador¹⁰¹.

De acordo com Antonio Lamarca o contrato de trabalho é “a locação de serviços mais a dependência.”¹⁰²,

Segundo Adilson Bassalho Pereira, a subordinação não é simplesmente um critério de caracterização do contrato de trabalho, mas é tão fundamental quanto o próprio trabalho, já que o empregador contrata o empregado para realizar um trabalho de forma subordinada¹⁰³¹⁰⁴.

Ademais, prossegue o autor, a importância da subordinação se dá, eis que há situações que o trabalhador não presta serviços, mas permanece subordinado às ordens e diretivas do empregados, pois está à disposição deste (art. 4º da CLT), sendo que qualquer atitude lesiva, por parte do trabalhador, poderá ensejar a ruptura motivada do contrato de trabalho, ainda que o contrato esteja suspenso ou interrompido.

De todo modo, não há uma conceituação do trabalho subordinado na CLT ou em qualquer outro diploma trabalhista.

⁹⁹BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., v. 1, p. 238.

¹⁰⁰SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, cit., v. 1, p. 242.

¹⁰¹ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 56.

¹⁰²LAMARCA, Antonio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969. p. 103.

¹⁰³PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. p. 38-42.

¹⁰⁴O autor fundamenta seu entendimento citando os itens 45 e 46 da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto da CLT: “Na concepção do projeto, admitido, como fundamento do contrato, o acordo tácito, é lógico que a relação de emprego constitui o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas que se contêm no direito do trabalho em vigor. O conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto é o que se evidencia em face dos contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação do trabalho.”

A legislação previdenciária tampouco define o que seria a subordinação, embora utilize esta como critério para que o segurado seja considerado empregado no artigo 12 da Lei 8.212/91¹⁰⁵.

Diante desse panorama, conclui-se que, no Brasil, não há definição legal de subordinação, sendo tal problemática igualmente vivenciada por diversos outros países.

Em razão da dificuldade do legislador de definir a subordinação, há diversas teorias doutrinárias para explicá-la, em distinção do autônomo, destacando-se¹⁰⁶: (i) teoria do risco: o trabalhador subordinado, ao contrário do autônomo, não assume os riscos da atividade que desempenha, sendo esta uma característica típica do empregador, a teor do que estabelece o art. 2º da CLT¹⁰⁷; (ii) teoria da propriedade dos instrumentos de trabalho: o trabalhador autônomo seria detentor dos meios de produção, ao passo que o subordinado utiliza os meios de outrem; (iii) teoria do resultado do trabalho: se o trabalhador recebe um pagamento pelo que produz, é considerado subordinado, mas, caso tenha o resultado primeiro e permaneça com o que produz, será autônomo; (iv) teoria da relação entre trabalho e remuneração: quando a remuneração é contratada em função de determinado resultado, tratar-se-á de trabalhador autônomo. Entretanto, se a remuneração se destinar a pagar o trabalho em si, será a hipótese de trabalhador subordinado.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, nenhuma das teorias, por si só, consegue ser aplicada com integral eficácia para solução da dicotomia entre trabalho subordinado e autônomo, uma vez que, para todos os casos, existiriam exceções que fariam cair por terra os postulados e, por isso, conceitua o trabalho subordinado como “aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se como consequência ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste”¹⁰⁸.

Conclui o autor que a subordinação deve ser avaliada em cada caso concreto, verificando-se o modo como o trabalho é prestado e não a denominação da atividade

¹⁰⁵ Art. 12 - “São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado”

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 458-460.

¹⁰⁷ Art. 2º - “Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 465.

profissional, já que “a mesma profissão pode ser exercida de modo subordinado ou autônomo, dependendo das circunstâncias em que se efetiva o trabalho.”¹⁰⁹

Tal entendimento segue a linha de raciocínio preconizada por José Martins Catharino, para o qual também a subordinação varia de uma relação de emprego para outra,¹¹⁰ “de um simples servente, *hiperempregado*, a um quase gerente ou superintendente, *hipoempregado*, e, por consequência, quase empregado, a distância é grande”.

Em razão disso, o autor traz alguns critérios que justificariam o maior ou menor grau de subordinação, entre os quais: a proximidade do trabalhador de um grau de chefia, aspectos mesológicos (relativamente ao ambiente e ao local de trabalho – por ex. em trabalhos externos, a subordinação pode ser menor) e, por fim, a natureza dos serviços prestados (destacando-se o grau de intelectualidade do trabalhador).

Evaristo de Moraes Filho afirma que a subordinação não equivale a uma tutela ou curatela, ou seja, não incide a todo e qualquer momento, dentro e fora da empresa. Trata-se de um dever do trabalhador em contrapartida a uma faculdade do empregador de exercer seu poder de controle e fiscalização, mas adstritos a determinados limites de ordem temporal e dentro do contexto da prestação de serviço, ou, caso contrário, seja qualificado como abusivo¹¹¹.

Essa diversidade de debates doutrinários e também de conceitos legislativos mostra apenas a dificuldade mundial em encontrar uma definição correta da subordinação, já que a maior parte dos ordenamentos trata tão somente dos elementos capazes de formar a relação laboral.

Porém, um ponto comum entre diversos países é que a subordinação remanesce como critério primordial para distinção com outras formas de trabalho e contratos afins e aplicação da correta tutela, como ocorre no Brasil, segundo observado por Otávio Pinto e Silva¹¹².

¹⁰⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 463.

¹¹⁰CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. Salvador: Edições Trabalhistas S.A., [196-?]. p. 210-214.

¹¹¹MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 226.

¹¹²SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 13.

Tal fato se dá em decorrência do direito de trabalho ter cunho protecionista do trabalhador e, portanto, a definição da subordinação prescinde da valorização política e social do momento em que se vive.

Contudo, a dificuldade de aplicar o conceito de subordinação às diversas formas de trabalho, a doutrina e a jurisprudência adotaram determinados critérios para determinar a existência de relação de emprego em casos práticos. Diante disso, serão analisados, a seguir, os critérios atualmente empregados.

4.2. Critérios

4.2.1. Dependência

a) Econômica

Alain Supiot afirma ter sido uma característica comum a todos os países europeus a identificação do trabalho assalariado como dependente, sendo que por muito tempo tal dependência foi tida como a de ordem econômica, como forma de abrigar os menos favorecidos que tivessem alguma atividade econômica, mas não estivessem submetidos às ordens de um empregador.¹¹³

Contudo, a evolução dos tempos mostrou que o critério mais preciso da dependência seria associar esta a um conceito jurídico.

Com efeito, Franco Carinci¹¹⁴ sustenta a precariedade desse critério para avaliar a subordinação do trabalhador e demonstra que para embasar tal entendimento basta verificar casos das relações associativas na agricultura, além das hipóteses que o trabalhador detém as ferramentas de trabalho, mas, nem por isso, deixa de ter uma relação tipicamente laboral.

¹¹³SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*, cit., p. 1112.

¹¹⁴CARINCI, Franco et al. *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*. 6. ed. Torino: UTET Giuridica, 2006. v. 2, p. 20.

Délio Maranhão também opina pela fraqueza da vertente, já que a dependência econômica dos trabalhadores é justamente “uma das causas, senão a principal, do aparecimento do direito do trabalho.”¹¹⁵

Em razão da imprecisão da dependência econômica como critério único para configuração da relação de emprego, Gérard Lyon-Caen e Jeanne Ribettes-Tillhet apontam que a subordinação jurídica é a única capaz distinguir um assalariado dos demais trabalhadores¹¹⁶.

Alfredo Montoya também ilustra a insuficiência das teorias que buscam definir a dependência do trabalhador com base apenas no caráter econômico (trabalhador que depende de alguém economicamente) ou técnico (o trabalhador depende de instruções técnicas do empregador para executar os serviços)¹¹⁷.

Diante disso, sustenta o estudioso, a dependência passou a ser concebida como a “submissão do trabalhador aos poderes do empresário” (dependência social).

Evaristo de Moraes Filho sustenta que pouco importa o modo de pagamento da remuneração (salário-tempo, salário-tarefa, retribuição fixa), mas, o que deve ser levado em consideração é se há ou não um liame de subordinação entre quem executa a tarefa e quem a remunera¹¹⁸.

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que a dependência do trabalhador tem cunho pessoal e não econômico, já que esta última hipótese corresponde a uma necessidade do trabalhador de receber seu salário como subsistência e o empregador passaria a ser visto como mero credor e não possuidor de poderes conferidos pelo caráter sinalagmático particular da relação laboral (poderes diretivo e disciplinar)¹¹⁹.

Pedro Romano Martinez também enfatiza que a dependência econômica, ainda que existente, não é a que interessa ao direito do trabalho, principalmente se levada em consideração a parte final do art. 10º do Código do Trabalho¹²⁰ (na dependência econômica do beneficiário da atividade)¹²¹.

¹¹⁵SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, cit., v. 1, p. 246.

¹¹⁶LYON-CAEN, Gérard; RIBETTES-TILLHET, Jeanne. *Manuel de droit social*. 2. ed. Paris: Capacités, 1974. p. 30.

¹¹⁷MONTOYA MELGAR, Alfredo. op. cit., p. 37.

¹¹⁸MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*, cit., p. 132.

¹¹⁹RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho: parte I: dogmática geral*, cit., p. 437.

¹²⁰Art. 10º – “As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma

Com efeito, a dependência econômica pode existir em trabalhos autônomos, inclusive em grau elevado, como ocorre com o trabalho autônomo dependente, existente na Espanha e que será explicitado no capítulo seguinte.

Nicola Countouris adverte, porém, que uma das razões para a crítica à utilização do critério da dependência econômica por parte de alguns países, como a Itália, pode se dar justamente porque este país criou uma “figura” intermediária à dicotomia do trabalho subordinado-autônomo, ou seja, o parassubordinado¹²².

A visão do autor se justifica pois a insuficiência da subordinação para configuração da relação de emprego levou a uma redescoberta do critério da dependência econômica.

A França é um exemplo de seguidora desta tendência, em que pese a subordinação jurídica ainda ser o critério que prevaleça.

Henri Capitant e Paul Chuche mostram que o fundamento da utilização do critério da dependência econômica, na França, surgiu com um Decreto-lei de 28 de outubro de 1935, acerca de coberturas sociais, determinando, nos artigos 1º e 2º que seriam “segurados obrigatórios e em qualquer lugar por um ou mais empregadores, quando sua remuneração total, etc.”¹²³,

Insta mencionar que a versão vigente do Código da Seguridade Social francês manteve esta visão ampliativa dos filiados, o que serve de fundamento para algumas decisões jurisprudenciais reconhecer, por analogia, o trabalho subordinado, justificando a necessidade de proteger o trabalhador.¹²⁴

Evaristo de Moraes Filho também ilustra a importância do critério da dependência econômica, para qualificar os trabalhadores a domicílio, a despeito de serem qualificados

peessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.” PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. Disponível em: <<http://www.legix.pt/docs/CodTrabalho2009.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

¹²¹MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 166.

¹²²COUNTORIS, Nicola. *The changing law of the employment relationship. Comparative analyses in the European context*. Hampshire: Ashgate, 2007. p. 62.

¹²³CAPITANT, Henri; CUCHE, Paul Cuhe. *Précis de législation industrielle*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1939. p. 166.

¹²⁴Art. L111-2-2 do Código da Seguridade Social: [... são afiliados a um regime obrigatório de seguridade social de acordo com o presente código, todas as pessoas que, de qualquer idade, sexo, nacionalidade ou liame de residência, exerçam no território francês, a título temporário ou permanente, a tempo integral ou parcial:
- uma atividade por conta de um ou mais de um empregadores, possuindo ou não estabelecimento na França, e independentemente do montante e da natureza da remuneração, a forma, a natureza ou a validade do contrato;
- uma atividade profissional não assalariada. FRANÇA. Código da Seguridade Social. Versão em vigor em 05 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006740077&idSectionTA=LEGISCTA000006155998&cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20111105>>. Acesso em: 05 nov. 2011. Tradução nossa.

como subordinados ou autônomos, já que o fato de possuírem exclusivamente seu trabalho como única fonte de renda os torna economicamente dependentes¹²⁵.

A retomada do critério da dependência econômica se justifica pela já mencionada “Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa sobre a Relação de Emprego”, da OIT, de 2006, o qual versa sobre a preocupação dos países membros de reconhecerem a relação de emprego a trabalhadores que ficaram à margem da proteção com a globalização.¹²⁶

De acordo com o documento, a política nacional dos países membros, na determinação da existência de relação de emprego, deve se basear em fatos relacionados à performance do trabalho à remuneração do trabalho, sem prejuízo, da apreciação da relação acordada entre as partes.

Nesse sentido, a Declaração sugere que os países membros utilizem outros indicadores, além da subordinação ou dependência e acrescenta que tais indicadores podem incluir (item 13)¹²⁷:

(a) o fato de que o trabalho: é conduzido de acordo com as instruções e sobre o controle de outra parte; envolve a integração de um trabalhador na organização da empresa; é desenvolvido somente ou principalmente para o benefício de outra pessoa; deve ser conduzido pessoalmente pelo trabalhador; é conduzido em horas específicas ou em um local específico ou acordado pela parte que demanda o trabalho; é de duração particular ou possui certa continuidade; requer a disponibilidade do trabalhador; ou envolve a utilização de ferramentas, materiais ou maquinário pela parte que demanda o trabalho;

(b) pagamento periódico de remuneração ao trabalhador; o fato de que tal remuneração constitui a única ou principal fonte de renda do trabalhador; provisão de pagamento *in natura*, como alimentação, habitação ou transporte; reconhecimento de direitos, como descanso semanal e férias; pagamento pela parte que demanda o trabalho em viagens realizadas pelo trabalhador, a serviço; ou ausência de risco financeiro ao trabalhador.

¹²⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*, cit., p. 81.

¹²⁶ OIT. Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_099766.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

¹²⁷ OIT. *Relatório do Comitê de Relação de Emprego*. 95ª Sessão do Comitê Internacional. Genebra, 31 mai – 16 jun, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/index.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2011. Tradução nossa. Sem negritos no original.

Enfim, no tocante ao critério da dependência econômica, a história mostrou que, em um primeiro momento, tal conceituação foi importante na tentativa de dar guarida a um maior número de trabalhadores, tendo em vista que o direito do trabalho surgiu justamente em um contexto de necessidade de proteção, como visto no capítulo terceiro.

Com o desenvolvimento da legislação dos países, a doutrina e jurisprudência passaram a atrelar a dependência à situação jurídica do trabalhador frente ao empregador e não somente a hipossuficiência do primeiro, o que é inerente ao seu papel na relação laboral.

O fato é que, novamente, a história trouxe um conflito aos operadores do direito, pois a configuração da dependência como sendo somente a jurídica não se justifica em relações surgidas com o desenvolvimento de novas tecnologias e com a globalização.

Assim, há casos em que a sujeição do trabalhador às ordens do patrão não é facilmente identificável, o que pode afastar a configuração de um vínculo de emprego, deixando inúmeros trabalhadores marginalizados de seus direitos.

Esta é o desafio proposto pela Organização Internacional do Trabalho, ou seja, retomar o critério da dependência econômica, não de forma isolada, como inicialmente utilizado pela doutrina, mas aliado à subordinação jurídica e a outros fatores que possam trazer a dignidade a trabalhadores que estejam sob a égide de falsos autônomos.

b) Técnica

Segundo Evaristo de Moraes Filho, este critério foi consolidado pela Sociedade de Estudos Legislativos da França, em 1905, quando aquela teve de distinguir um contrato de trabalho e um contrato de empreitada, em um projeto de lei¹²⁸.

Na subordinação técnica, o trabalhador necessita da orientação e direção de seu trabalho por outrem, o empregador, que possui os conhecimentos necessários para o desenvolvimento do serviço.

Para Gérard Couturier, tal modo de subordinação não pode ser utilizado em caráter absoluto para definir uma relação de trabalho, considerando a variabilidade do grau das

¹²⁸MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 221.

instruções recebidas e do controle sofrido, em função, entre outras razões, da qualificação do interessado e natureza da sua atividade¹²⁹.

Ou seja, a denominada subordinação técnica seria aquela inerente a qualquer contrato de trabalho, pois o empregador, na qualidade de detentor dos meios de produção, é o responsável por instruir os seus empregados acerca da forma que deseja que os serviços sejam prestados.

Tal variação da subordinação se justifica em serviços de natureza manual ou mecânica e teve plena aplicação na Revolução Industrial, já que a dependência econômica, como se verá, por si só não bastava para determinar o grau de sujeição do trabalhador.

Entretanto, no atual mundo globalizado, com serviços altamente especializados, é perfeitamente admissível que um empregado possua maiores conhecimentos do que seu empregador, já que tal qualidade que justifica, inclusive, a contratação do profissional.

c) Social

José Martins Catharino afirma que a dependência social teve a mesma origem da econômica, inspirada na idéia de aplicar ao máximo as leis do trabalho¹³⁰.

Assim, nas palavras de Otávio Pinto e Silva, a subordinação social corresponderia à soma dos conceitos de subordinação jurídica e dependência econômica. Em decorrência, o contrato de trabalho gera ao empregado um estado constante de submissão às ordens do empregador, do qual depende economicamente.¹³¹

Arion Romita Sayão critica esta visão, eis que desatrelada do parte jurídica da relação, ou seja, o empregado obedece ao empregador em razão dos poderes que este possui de dirigir o trabalho e aplicar sanções e não em função, simplesmente, de uma dependência social¹³².

Assim, pelas mesmas razões da subordinação econômica, a subordinação social tampouco é condicional da relação de emprego.

¹²⁹COUTURIER, Gérard. op. cit., p. 103.

¹³⁰CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprêgo*, cit., p. 37.

¹³¹SILVA, Otávio Pinto e. op. cit., p. 14.

¹³²ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 60.

4.2.2. Subordinação Jurídica

Atrelar a subordinação à dependência, em qualquer variação que esta se apresente (jurídica, social, econômica, etc.) parece ser a resposta encontrada pela doutrina para um juízo de aproximação ou para uma presunção da relação de emprego.

Ademais, se discute se dependência e subordinação seriam sinônimos.

Arion Sayão Romita sustenta que remeter a subordinação à idéia de dependência não seria nenhum absurdo porém, pondera pela amplitude do conceito, eis que a dependência, como visto, pode se dar de diversas formas¹³³. Com efeito, a dependência é frequentemente tratada como sinônimo de subordinação.

A legislação brasileira também recorreu à dependência, ao definir o conceito de empregado, no artigo 3º da CLT, empregando a palavra dependência ao invés de subordinação.

A doutrina e a jurisprudência adotaram a dependência como sendo jurídica¹³⁴, eis que as demais formas (econômica, técnica ou social) se mostraram insuficientes.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou quanto à impossibilidade de configuração de relação de emprego, se ausente somente a subordinação frente aos demais requisitos.¹³⁵

Arion Sayão Romita ressalva que mesmo antes de promulgada a CLT, o traço da subordinação (ou dependência) já era considerado o definidor da existência do contrato de trabalho¹³⁶.

José Martins Catharino afirma que a dependência é o elemento diferencial da relação de emprego, pois a ordem jurídica trabalhista seria ao mesmo tempo pessoal e patrimonial¹³⁷. É pessoal em razão do caráter personalíssimo e patrimonial pela obrigação de trabalhar para outrem.

¹³³ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 77.

¹³⁴MANNRICH, Nelson. op. cit., p. 142.

¹³⁵“Não havendo reconhecimento de todos os requisitos da relação de emprego, **no caso, ausente a subordinação**, não há como vislumbrar vulnerado o artigo 3º da CLT” (Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº: AIRR-47601-61.2008.5.01.0036. Turma: 6ª. Data do Julgamento: 26/10/2011. Data de Publicação: 04/11/2011. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Sem negritos no original).

¹³⁶ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 58.

¹³⁷CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*, cit., p. 35.

Em decorrência desses fatos, distingue-se de outras relações, pois o devedor (empregado) não tem simplesmente sua autonomia de vontade reduzida, mas, ainda, o empregado sofre outras limitações pelo caráter personalíssimo da obrigação.

Segundo Alain Supiot é subordinado aquele submetido a uma ordem, sem especificar qual espécie de ordem seria esta e, prossegue, sustentando que a subordinação tem duas vertentes, sendo a primeira decorrente de um vínculo de composição e a outra de obediência ¹³⁸.

Para corroborar, o autor francês cita decisão da Corte de Cassação francesa de 06 de julho de 1931 (denominada, segundo o autor, Sentença Bardou), quando temendo a extensão dos efeitos da dependência econômica até então utilizada como qualificadora do contrato de trabalho, determinou-se que para ser assalariado, o trabalhador deveria, necessariamente, possuir um vínculo de subordinação à pessoa que o emprega, o que significa que aquele deveria estar sob direção, controle e autoridade deste último ¹³⁹.

Arion Sayão Romita enfatiza a subordinação jurídica como “a característica fundamental do contrato de trabalho” em razão da dependência pessoal, ou seja, o empregado se submete às ordens do empregador e este, por sua vez, possui o poder de direção da prestação de serviços em prol dos interesses da empresa ¹⁴⁰.

José Martins Catharino discrimina a expressão subordinação jurídica, asseverando que a subordinação foi empregada em detrimento da submissão, ao passo que a acepção jurídica se dá porque a pessoa assume a obrigação de trabalhar por sua vontade, o que traz consequências (dever de respeitar as ordens daquele que remunera – empregador).

Amauri Mascaro Nascimento também conceitua a subordinação jurídica como espécie de estado de dependência real do empregado ao comando do empregador. ¹⁴¹

Contudo, insta mencionar entendimento contrário, esposado por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, o qual, corroborando entendimento de Pontes de Miranda, sustenta que a subordinação é elemento fático do contrato de trabalho, ¹⁴² acrescentando que a subordinação não deve ser vista como jurídica, como faz a maior parte da doutrina, mas,

¹³⁸ SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*, cit., p. 72.

¹³⁹ Id., loc. cit.

¹⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 58.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 622.

¹⁴² VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 468.

sim, como um “poder-dever-jurídico” das partes que dá suporte à existência do contrato de trabalho.

Com efeito, a subordinação jurídica não é um estado de fato, mas de direito, segundo o qual nasce o direito de o empregador dar ordens. Nesse sentido, Délio Maranhão assevera que o empregador possui os direitos de direção, comando, controle e de aplicar penas disciplinares; ao passo que ao empregador, restam os deveres de obediência, diligência e fidelidade.¹⁴³

Evaristo de Moraes Filho pondera que a fiscalização e controle do empregador não precisam ser constantes, bastando existir a possibilidade de praticar tais faculdades quando lhe convier¹⁴⁴.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk recordam que há hipóteses que o poder de controle e disciplinar não são exercitados, mas, nem por isso, o trabalho subordinado deixa de existir.¹⁴⁵

O exercício de tais poderes varia de acordo com diversas situações, entre elas, o grau de subordinação entre empregado e empregador, como ocorre nos trabalhos de cunho intelectual, por exemplo.

Por tais razões, a doutrina concluiu que o termo “dependência”, utilizado no artigo 3º da CLT para conceituar o empregado, corresponde à dependência de ordem jurídica, que aquela prevalece sobre os demais critérios para determinação do contrato de trabalho, pois mais do que o dever de sujeição do empregado, o empregador possui o poder jurídico de atuação sobre aquele.

Em Portugal, a dependência se mostra pela própria redação do art. 11º do Código do Trabalho, segundo o qual “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”¹⁴⁶

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que a noção de direção é utilizada para diferenciação do contrato de trabalho e de prestação de serviços, eis que, embora a direção tenha sido suprimida da revisão do Código do Trabalho, em 2009, ainda há menção no art.

¹⁴³SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, cit., v. 1, p. 248.

¹⁴⁴MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*, cit., 6. ed., p. 224.

¹⁴⁵GOMES, Orlando; GOTTSCHALCK, Elson. op. cit., p. 130.

¹⁴⁶PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei 99/2003, revisada pela Lei 7/2009. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2009/02/03000/0092601029.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

1152¹⁴⁷ do Código Civil¹⁴⁸. A autoridade, contudo, pondera a autora, não possui tradição no domínio publico.

Em contrapartida à dependência do trabalhador, o empregador possui os poderes de direção e disciplinar, tendo em vista que o trabalhador se submete à outrem, por sua própria vontade.

Assim, há que se dar ao empregador formas de controle desta “submissão volitiva” do empregado. Esta dependência intencional do trabalhador pode ser respondida pelo fato deste sujeito ser economicamente dependente do empregador, mas, como visto, por si só, não basta,

Evaristo de Moraes Filho afirma que a dependência do trabalhador é justamente o cerne de toda a legislação do trabalho, na medida em que se escopo é o de proteger alguém que abriu mão de sua vontade, no ato da celebração do pacto laboral, “para subordinar-se durante os horários de trabalho e dentro de sua qualificação profissional”¹⁴⁹.

Entretanto, para Carlos de Bonhome S. W. a dependência não se vincula ao aspecto econômico e prossegue seu entendimento lecionando que a dependência tem caráter social, sob a ótica do poder disciplinar, permitindo concluir que a subordinação é o objeto principal do contrato de trabalho, “mas, evidenciada, unicamente, na faculdade que assiste à empresa de, a qualquer momento, paralisar (sic) a atividade do empregado ou movimentá-la, dentro, é óbvio, das cláusulas do contrato.”¹⁵⁰,

Sérgio Pinto Martins esclarece que o trabalhador exerce sua atividade com dependência ao empregador, sendo dirigido por este. Em consequência, o empregado é um trabalhador subordinado a tal direção do empregador. Isso justifica porque o trabalhador autônomo possui esta condição, justamente por não ser subordinado a ninguém e exercer suas atividades com autonomia e correndo os riscos do negócio¹⁵¹.

Diante disso, utilizando-se o critério da dependência, conclui-se que a subordinação nada mais é do que um estado de dependência pessoal do trabalhador e, em consequência desta situação, o empregador detém os **poderes de direção e disciplinar**, para comandar o

¹⁴⁷ Art. 1152º – “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta.” (Tradução nossa).

¹⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Lisboa: Almedina, 2000. p. 433.

¹⁴⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*, cit., 6. ed., p. 221.

¹⁵⁰ WADEN, Carlos de Bonhomme Seymour. *Despedida justa*. Curitiba: Guaíra Limitada, 1944. p. 118.

¹⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*, cit., p. 127.

negócio e punir o empregado, quando não observados, por este último, as diretivas da legislação, bem como as previstas pelo próprio ordenamento interno da empresa.

Nesse sentido, importante mencionar que, em contrapartida aos poderes do empregador, o empregado possui os **deveres de obediência** (às ordens emanadas pelo empregador, de conteúdo extenso, pois abrangem não apenas o que é legal, mas, também as regras da empresa) e **de acatamento** de eventuais sanções disciplinares.

Por isso, denomina-se a subordinação como o lado passivo do poder de comando do empregador¹⁵².

4.2.3. Alteridade

A dependência assume outra feição na Espanha, já que este país adotou o critério denominado da alteridade, ou seja, trabalhar por conta alheia.

Pedro Romano Martinez afirma que a alienabilidade significa que o trabalhador aliena sua força de trabalho à outrem, colocando sua energia à disposição do empregador, sem assumir os riscos do negócio.

Manuel Alonso Olea, acrescenta que tal critério é “uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiro”¹⁵³.

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, a exemplo do que ocorre no Brasil, não traz o conceito de subordinação, estabelecendo apenas quais sujeitos estão abrangidos sob a égide do ordenamento, a teor do artigo 1.1.¹⁵⁴

Francisco Aleman Paez e Santiago Castan Perez-Gomez discorrem que sobre a realidade social do trabalho se edifica toda a arquitetura do ordenamento, mas não se baseia em qualquer trabalho, mas somente aquele desenvolvido por conta alheia.¹⁵⁵

¹⁵²ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 73.

¹⁵³ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madrid: Civitas. 2000. p. 31.

¹⁵⁴Artigo 1.1. - “A presente lei será de aplicação aos trabalhadores que voluntariamente prestem seus serviços retribuídos por conta alheia dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.” (ESPAÑA. Estatuto dos Trabalhadores. Versão atualizada até 18 set. 2011. Disponível em: <<http://www.ugt.es/DatoBasico/estatutodelostrabajadoresactualizado.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011. Versão atualizada até 18 set.2011. Tradução nossa).

¹⁵⁵ALEMAN PAEZ, Francisco; CASTAN PEREZ-GOMEZ, Santiago. op. cit., p. 4.

Segundo os autores supracitados, o trabalho por conta alheia ocorre quando o trabalhador cede a um terceiro os resultados da própria atividade em troca de remuneração, adquirindo os frutos desde que a prestação seja realizada sem a necessidade de um ato real de transmissão ao empregador¹⁵⁶.

Manuel Alonso Olea discorre que tal visão sempre esteve presente para o trabalho humano, já que a produção de bens é a consequência natural do esforço do trabalhador¹⁵⁷.

Contudo, pondera o autor, o direito do trabalho cuidou de trazer nova realidade à tal sistemática, na medida em que os frutos do trabalho são atribuídos à pessoa distinta da que executa as atividades, razão pela qual, algumas observações complementares se fazem necessárias.

A primeira delas é que o trabalho será por conta alheia se os frutos forem atribuídos à pessoas distinta do trabalhador, sendo este abrangido pela sua família.

Ademais, a atribuição à pessoa alheia deve ser feita de modo inicial, ou seja, desde o início da execução do trabalho, que por ser de conhecimento dos seres envolvidos que os rendimentos não permanecerão com o trabalhador, sendo que tal característica não poderá ser alterada posteriormente, ou seja, um trabalho por conta própria não perderá tal qualificação por atos posteriores do trabalhador.

Por fim, ensina o estudioso que os resultados abrangem toda e qualquer atividade do trabalhador, seja de cunho manual ou intelectual.

Assim, para a doutrina espanhola, o critério que classifica o trabalho assalariado é a “ajenidad”, traduzida como alteridade, que significa que o trabalhador emprega sua força para outrem, sendo que este será o beneficiado com os frutos da atividades.

Alfredo Montoya Melgar acrescenta que a doutrina, ao analisar a noção de alteridade, adotou duas posições; a primeira atribui o significado de alteridade pelo fato de o trabalhador exercer sua atividade sem assumir os riscos do negócio (alteridade sem riscos); já a segunda explica a alteridade como trabalhar sem apropriação dos frutos do trabalho (alteridade nos frutos)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ MONTROYA MELGAR, Alfredo. op. cit., p. 12.

¹⁵⁷ ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao direito do trabalho*, cit., p. 22-23.

¹⁵⁸ MONTROYA MELGAR, Alfredo. op. cit., p. 35.

A título ilustrativo, para demonstrar o entendimento jurisprudencial da Espanha, é trazida à colação a decisão proferida pelo Tribunal Supremo no Recurso STS 1723/2010¹⁵⁹.

No caso em lume, o Tribunal manteve a sentença que, ao apreciar demanda interposta pela Inspeção Provincial do Trabalho e da Seguridade Social contra determinada empresa, declarou que a prestação de serviços entre esta e alguns profissionais tinha caráter laboral e não de prestação de serviços.

Para manter o entendimento esposado na sentença, o Tribunal, concluiu que estariam presentes na espécie os elementos de dependência e alteridade.

À primeira vista, a alteridade se aproxima do trabalhador de serviços autônomos, que presta serviços a terceiros. Contudo, a diferença é que no caso do contrato de trabalho, o empregador se beneficia de toda utilidade do trabalho, pois é ele quem recebe o valor do serviço prestado pelo cliente, e repassará apenas uma parte ao empregado.

De toda forma, segundo a doutrina espanhola, a subordinação permanece como critério definidor do contrato de trabalho, frente aos demais, entendendo-se como subordinação desde a submissão do trabalhador aos poderes do empresário como a disposição que aquele se coloca perante este¹⁶⁰.

4.2.4. Inserção do trabalhador na organização empresarial – subordinação objetiva

Para parte da doutrina¹⁶¹, a subordinação jurídica se mostra insuficiente pela ótica subjetivista de que o trabalhador subordinado seria aquele submetido às ordens e sob fiscalização do empregador.

Assim, para tal corrente doutrinária, o conceito objetivo de subordinação significa que a atividade do trabalhador se insere na organização da empresa, em decorrência de um vínculo contratual estabelecido entre as partes, pelo qual o empregado concorda com a direção do seu trabalho.

¹⁵⁹ Supremo Tribunal da Espanha. Sala Social. STS 1723/2010. Nº de Recurso: 1443/2009. Relator: Magistrado Luis Ramon Martinez Garrido. Data: 09/03/2010. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 1**.

¹⁶⁰ ALEMAN PAEZ, Francisco; CASTAN PEREZ-GOMEZ, Santiago. op. cit., p. 12.

¹⁶¹ Destacando-se: ROMITA, Arion Sayão. (*A subordinação no contrato de trabalho*, cit.) e VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. (*Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, cit.).

Embora a subordinação objetiva seja um critério atualmente utilizado pela doutrina e jurisprudência não é empregado de forma isolada, como pontua Alice Monteiro de Barros, citando que a jurisprudência inglesa utiliza de forma concomitante a subordinação jurídica e, além disso, a jurisprudência e doutrina italianas ressaltam que o critério também pode existir no trabalho autônomo¹⁶².

Oriunda de decisões da jurisprudência e estudos doutrinários da era da globalização, esta espécie de subordinação, com raiz na heterodireção, significa uma nova proposta de análise da visão clássica do conceito de trabalho subordinado.

Sob esta égide, a subordinação seria aquela que o trabalhador desempenha atividades essenciais à vida organizacional da empresa e, por isso, deve ser tratado como efetivo empregado, ainda que não seja tão evidente a vinculação ao poder diretivo do empregador.

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia esta teoria vem sendo adotada principalmente pela jurisprudência em questões relativas a pedido de vínculo empregatício em casos que envolvam terceirização e trabalho à distância¹⁶³.

Na tentativa de criar novos parâmetros para a delimitação da subordinação, a revisão¹⁶⁴ do Código de Trabalho em 2009¹⁶⁵ trouxe determinados critérios para a definição do contrato de trabalho, entre eles a “singularidade” do trabalhador e o fato deste estar inserido “no âmbito da organização” e “sob direção de outra ou outras pessoas”, como se depreende da redação do art. 11º.

Ademais, a definição de contrato de trabalho suprimiu a expressão “sob direção”, poder típico da subordinação, o que, à primeira vista pode parecer que a intenção do

¹⁶²BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 264.

¹⁶³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 151.

¹⁶⁴Maria do Rosário Palma Ramalho pondera que, em razão de alterações sistemáticas ocorridas em 2009, o conjunto de normas aprovada pela Lei 7/2009 “corresponde substancialmente a um novo Código do Trabalho, no que pese a apresentação formal como revisão do Código de 2003. (*Direito do trabalho*: parte I: dogmática geral, cit., p. 109).

¹⁶⁵Lei 99/2003, revisada pela Lei 7/2009. Lembrando que, a exemplo de outros países, o contrato de trabalho também teve previsão inicial no Código Civil, sendo regulado por este em 1867, como tal modalidade, visto que antes era tratado como modalidade de locação. Todavia, como ressalva Nelson Mannrich (op. cit., p. 127) o trabalho era subordinado possui inexpressiva previsão no Código Civil, sendo que a Lei nº 1.952, de 10 de março de 1937 trouxe a autonomia do contrato de trabalho dos institutos civilistas, como mencionado no acórdão nº 107/88, do Tribunal Constitucional. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 220/88. Acórdão nº 107/88. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. Disponível em: <<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/Acordaos88/101-200/10788.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2011. (Obs: Não colacionado como anexo, por não se tratar de decisão que menciona a subordinação, objeto de estudo da dissertação).

legislador teria sido privilegiar a inserção do trabalhador na organização empresarial, em detrimento da subordinação (submissão ao poder diretivo do empregador).

Tal visão poderia significar, inclusive a extensão do negócio jurídico ao autônomo, desde que estivesse inserido na organização empresarial.

Contudo, a inserção do trabalhador na organização e no âmbito da empresa nada mais significa do que uma vertente da própria subordinação.

Nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho assevera que a supressão da “direção” não significa que ela tenha deixado de se fazer presente no pacto laboral, já que está compreendida na autoridade do empregador¹⁶⁶.

Ademais, a integração do trabalhador na organização do empregador apenas enfatiza o componente organizacional do contrato de trabalho, nos dizeres da autora¹⁶⁷.

É a também denominada subordinação objetiva, ao contrário da visão subjetiva, que considera a subordinação sob o enfoque do trabalhador, como se este fosse o objeto do contrato de trabalho e não a própria prestação de serviços.

Jean-Claude Javillier¹⁶⁸ invoca importante precedente da Corte de Cassação de 13 de novembro de 1996, a qual revogou decisão da Corte de Apelação, que, por sua vez, em defesa do direito à seguridade social, aplicou uma definição muito mais extensiva ao conceito de “assalariado” do que previsto no direito do trabalho¹⁶⁹.

No caso em referência, a “Société Générale” recorria de decisão proferida pela Corte de Apelação, em uma ação que versava sobre a integração de determinada gratificação paga sob a denominação de “hold up”, com o pretexto de completar a aposentadoria de altos executivos e conferencistas, mas, que não integrava a remuneração.

A Corte de Apelação, por diversos fundamentos, entendeu que a gratificação tinha natureza salarial. Porém, aplicou referido entendimento aos conferencistas, sustentando que o trabalho que prestavam estava inserido na organização da Sociedade.

Assim, a Corte de Cassação decidiu anular a decisão, com base no liame da subordinação que não estava presente no caso em lume, pois:

¹⁶⁶RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte II: situações laborais individuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 38.

¹⁶⁷Id. Ibid., p. 39.

¹⁶⁸JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail*. 7. ed. Paris: L.G.D.J, 1999. p. 60-61.

¹⁶⁹Corte de Cassação, Câmara Social. Recurso n. 94-13187. Société Générale contra URSSAF de la Haute-Garonne. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 2**.

a relação de subordinação é caracterizada pela execução de um trabalho sob a autoridade de um empregador que tem o poder de dar ordens e diretivas, controlar a execução e aprovar os incumprimentos de seu subordinado; que o trabalho em um serviço organizado pode constituir um índice da relação de subordinação quando o empregador determina unilateralmente as condições de execução do trabalho... que o tema da intervenção dos conferencistas e a sua remuneração não eram determinados unilateralmente pela Sociedade Geral, mas acordados com os interessados, e que estes não estavam sujeitos, além disso, à nenhuma ordem, nenhuma diretiva, nem nenhum controle na execução da sua prestação.

Assim, de acordo com o entendimento da Corte de Cassação, se ausentes os requisitos da subordinação jurídica, a inserção do trabalhador na organização empresarial, por si só, não basta para que aquele seja considerado empregado e, portanto, sujeito aos efeitos da relação laboral.

Contudo, em 13 de janeiro de 2004, a mesma Corte de Cassação entendeu pelo direito do trabalhador a receber indenização a título de desemprego, fundamentando a decisão com base na inserção do trabalhador na organização empresarial, independente da prestação de serviços se dar ou não no âmbito da atividade principal¹⁷⁰.

Há que se mencionar a existência de decisões nesse mesmo sentido no âmbito da jurisprudência brasileira, conforme abaixo exemplificado:

VÍNCULO DE EMPREGO. INSERÇÃO DA ATIVIDADE LABORAL DO RECLAMANTE NO OBJETO SOCIAL DO EMPREGADOR. A inserção dos serviços prestados pelo obreiro na atividade-fim do empregador é elemento suficiente a configurar o caráter não eventual da relação havida entre as partes, restando preenchidos os requisitos previstos no artigo 3º da CLT para configuração do vínculo de emprego¹⁷¹.

A subordinação objetiva, como mencionado, é inerente aos contratos de trabalho, mas serve para justificar novas relações, cuja dependência não seja acentuada, sob a ótica da submissão do trabalhador.

¹⁷⁰Corte de Cassação, Câmara Social. Acórdão n. 261. M. Moussa X...contra ASSEDIC de l'Isere. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 3**.

¹⁷¹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo nº: 0000834-73.2010.5.04.0015. Ano: 2011. Turma: 8ª. Data de Publicação: 10/11/2011. Relator: Juiz Convocado JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Assim, somente a partir dessa nova visão torna-se possível explicar que um trabalhador aparentemente independente no modo de exercer sua atividade seja tratado como subordinado, eis que inserido em uma “organização de meios produtivos alheia”¹⁷².

No que diz respeito à falta de concretização da atividade laboral, o poder de direção se manifesta visando individualizar a atividade que será desenvolvida, uma vez que o contrato de trabalho tem, entre suas características, a ausência de especificação da atividade, sendo que o trabalhador poderá desempenhar várias atividades que estejam abrangidas pelo objeto do contrato de trabalho, atendendo, ainda, à sua categoria.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho, mais do que o poder de direção e disciplinar do empregador, a subordinação é revelada “de forma direta ou indireta pela lei, ou na própria definição de contrato de trabalho quando feita pelo direito positivo, ou na delimitação da posição negocial das partes”¹⁷³.

Isso porque, no entender da autora, parte da doutrina tem recuado em atribuir quase que exclusivamente a subordinação ao mando do empregador.

Afinal, além do estado de dependência pessoal do empregado, a subordinação, ou seja, a celebração do contrato de trabalho, também implica na inserção do trabalhador em uma organização alheia.

Justamente em função desta inserção, o trabalhador deverá respeitar as regras da empresa, ou seja, terá de desempenhar o dever de obediência, como explicitado acima, no critério da dependência.

Para tirar o foco da subordinação alguns estudiosos¹⁷⁴ utilizam o conceito “linguisticamente mais neutro e privatisticamente mais aceitável”¹⁷⁵ da heterodireção, deixando de lado a posição social inferior do trabalhador para seu dever de prestação negocial perante o credor.

A Itália, por sua vez, também utiliza como elemento para a configuração da relação de emprego, o fato de o empregado colocar sua energia à disposição do empregador e, com

¹⁷²FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed., Lisboa: Almedina, 2007. p. 139.

¹⁷³RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., p. 85.

¹⁷⁴Entre os quais se destacam: GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 2003; SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. op. cit.; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit.

¹⁷⁵RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., p. 97.

isso, busca qualificar como subordinados os trabalhadores que se encontrem em tal condição.

Com efeito, o conceito de heterodireção se verifica no Código Civil¹⁷⁶ italiano, no artigo 2.094¹⁷⁷, o qual define o trabalhador subordinado como o que está sob dependência e direção do empregador.

Giuseppe Santoro-Passarelli afirma que a intenção do legislador ao mencionar “sob a dependência” não foi somente mostrar o caráter sinalagmático do contrato (subordinação x poder diretivo), mas, também, evidenciar a função organizativa, ou seja, o contrato de trabalho tem como função atingir o resultado produtivo perseguido pelo empregador¹⁷⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, Lorena Vasconcelos Porto discorre que o trabalho subordinado passa a se diferenciar do autônomo pela noção de heterodireção, ou seja, o trabalhador coloca a própria “energia laborativa” à disposição do empregador, o qual, por sua vez, direciona a prestação de serviços pelos poderes de controle e disciplinar¹⁷⁹.

Bernardo da Gama Lobo Xavier corrobora essa visão ao mencionar que “a subordinação jurídica responde a uma necessidade técnica da produção moderna em empresa, a qual também é uma organização hierarquizada de pessoas.”¹⁸⁰,

Nesse contexto, a doutrina passou a aceitar que a jurisprudência, ao analisar um caso em concreto, se utilize de uma definição geral de subordinação, conjugando-a com a heterodireção, abandonando a antiga verificação de quem arcava com os riscos do negócio em maior ou menor grau (dependência econômica).

Eis excerto de decisão proferida pela Corte de Cassação italiana, ao analisar um caso de pedido de reconhecimento de trabalho subordinado quando exercido em domicílio:

¹⁷⁶A Itália não possui um Código do Trabalho e as disposições sobre a matéria estão no Livro Quinto do Código Civil, de 16 de março de 1942. Marco Biagi (Painful Rebirth from Ashes. In: BETTEN, Lammy (Org.) *The employment contract in transforming labour relations*. Países Baixos: Kluwer Law International, 1995. p. 94) afirma que em razão da ausência de uma definição estatutária do contrato de emprego, as disputas judiciais giram mais em torno da existência ou não de uma relação laboral do que de supostas violações de direitos e obrigações previstos no contrato.

¹⁷⁷O artigo 2.094, define o trabalhador subordinado como aquele que “se obriga mediante retribuição a colaborar na empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual à dependência e sob a direção do empregador”. (ITÁLIA. Código Civil de 16 de março de 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 16 jan. 2011. Tradução nossa).

¹⁷⁸SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. op. cit., p. 41.

¹⁷⁹PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

¹⁸⁰XAVIER, Bernardo Lobo da Gama. *Iniciação do direito do trabalho*. Lisboa: Verbo, 1994. p. 149.

Porque esta corte tem muitas vezes afirmado que o trabalho no domicílio realiza um formulário da descentralização produtiva em que o objeto da prestação do trabalho se dá de maneira continuativa fora da empresa, mas organizada e constituída como função complementar ou substitutiva ao trabalho executado no interior daquela, e, correlativamente ao laço de subordinação, vem a configurar **como inserção da atividade do trabalhador no ciclo produtivo do negócio...**¹⁸¹

Ao analisar o comportamento jurisprudencial italiano, Luisa Galantino conclui que não basta a inserção do trabalhador na organização empresarial de modo continuativo e sistemático, pois tal situação também pode existir no caso de colaboração autônoma do prestador de serviço. Assim, só haverá trabalho subordinado se, da inserção do trabalhador na empresa, implicar sua sujeição ao poder diretivo do empregador¹⁸².

Por isso, a crítica à heterodireção, ou seja, à sujeição do trabalhador à decisão e diretiva de outrem é que pode ser um argumento frágil se utilizado como principal para definição do trabalhador subordinado.

Aliás, o legislador italiano também utilizou o critério da inserção do trabalhador na organização da empresa, ao mencionar que o empregado se obriga a colaborar nesta. Porém, a colaboração e direção da prestação de serviços também existem em trabalhos autônomos.

Ocorre que, como será demonstrado nesse estudo, na Itália surgiu a figura da parassubordinação, considerada espécie de trabalho autônomo, mas com traços de subordinação. Assim, quando esclarecida tal *fattispecie* ficará clara a distinção do trabalho subordinado previsto no art. 2.094 com outras tipologias.

A Espanha também busca alargar o conceito de subordinação, já que o artigo 8.1 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece uma presunção de contrato de trabalho quando a prestação de serviços estiver sob a presença de notas de voluntariedade, alteridade, dependência, mediante retribuição correspondente e de maneira pessoal.

Contudo, há que se registrar corrente doutrinária contrária, segundo a qual a subordinação, por si só, não seria suficiente para determinar a existência de relação empregatícia.

¹⁸¹Corte de Cassação Italiana, Seção Trabalho - Sentença de 21 de outubro de 2010, n. 21625. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 4**.

¹⁸²GALANTINO, Luisa. op. cit., p. 72.

Entre tais estudiosos destaca-se Manuel Alonso García, segundo o qual, os critérios utilizados para configuração da relação de emprego são a dependência, sendo esta econômica, e a subordinação, em caráter jurídico, incluindo nesta a prestação da atividade por conta alheia dentro da organização empresarial¹⁸³.

Contudo, recorrendo-se à resposta ao debate da alteração legislativa de Portugal (se a subordinação teria deixado de existir após a reforma de 2009), verifica-se que todos elementos supra mencionados (dependência econômica, alteridade e heterodireção) nada mais são do que variáveis da própria subordinação.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia sustenta que, na relação de emprego, tem-se de um lado o empregador, o qual dirige a prestação de serviços e, de outro, o empregado, que segue tais direções, dentro dos limites legais, “inserido na organização da atividade do empregador”¹⁸⁴.

Assim, independente da corrente que se filie, a importância da subordinação é indiscutível, tendo em vista que esta persiste como critério principal definidor da relação de emprego, mesmo com a evolução das relações produtivas.

José Martins Catharino afirma que a sujeição do trabalhador esteve presente no curso da história de forma constante e decrescente, sendo que, atualmente, se dá como subordinação, com diversas variações¹⁸⁵.

Diante do entendimento jurisprudencial e doutrinário expostos, conclui-se que a inserção do trabalhador na organização empresarial apenas possui relevância para a configuração da relação de emprego, quando a nuance subjetiva (submissão do trabalhador às ordens do empregador) se mostrar insuficiente.

4.3. O papel da jurisprudência

A história do trabalho mostrou que a subordinação se destacou como o principal requisito para definição da relação de emprego, o que permanece como sustentável até os dias atuais.

¹⁸³ ALONSO GARCÍA, Manuel. op. cit., p. 290.

¹⁸⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit., p. 150.

¹⁸⁵ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*, cit., v. 1, p. 198. (O autor examina as seguintes variações: técnica, moral, econômica, jurídica e social).

Contudo, com o advento de novas tipologias contratuais, as quais, à primeira vista, possam parecer tipicamente autônomas, tornou-se necessário recorrer a outros elementos para afirmar se haveria ou não a existência de trabalho subordinado em determinado caso concreto. Ou seja, em algumas situações, verifica-se a impossibilidade de aplicar integralmente o conceito legal de trabalho subordinado à espécie em julgamento (juízo de identidade).

Nesse contexto, a jurisprudência possui importante papel, pois foi além dos requisitos legais, sem perder de vista a subordinação, mas aliando esta a outros critérios, na tentativa de determinar ou não a correta classificação da espécie em análise.

Assim, recorre-se a um juízo de aproximação, denominado método tipológico, consistente em verificar se a maior parte dos indícios legais (e não sua totalidade) estão presentes.

Nesse sentido, a Espanha utiliza um sistema de indícios para identificar o “trabajador socialmente prevalente”, verificando, entre outros, o modo de pagamento da remuneração; quem é o proprietário das ferramentas de trabalho, empresário ou trabalhador; assiduidade e horário de trabalho, etc.

Vale dizer, a jurisprudência espanhola aplica o método indiciário ao dar enfoque aos conceitos de alteridade e dependência, como se verifica de excerto da decisão do Supremo Tribunal STS 7764/2010¹⁸⁶:

3) Tanto a dependência quanto a alteridade são conceitos de nível elevado da abstração, que podem se manifestar de formar diversas, de acordo com as atividades e as maneiras da produção, e, não suficiente, ainda que seus contornos não coincidam exatamente, guardam entre si uma estreita relação, por isso para a definição dos litígios, recorre-se frequentemente jogo circunstancial de indícios ou de feitos indiciários de ambas...

A jurisprudência italiana, por sua vez, segundo Franco Carinci, recorre aos seguintes elementos: a) inserção do trabalhador na organização do empresário; b) submissão a ordens técnicas, ao controle e poder disciplinar do empregador; c) exclusividade na dependência de um empresário; d) forma de remuneração (por tempo e

¹⁸⁶Supremo Tribunal da Espanha. Sala Social. STS 7764/2010. Nº de Recurso: 253/2010. Relator: Magistrada MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA. Data: 29/11/2010. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 5**.

independentemente do resultado); e) vínculo à jornada de trabalho; f) não assumir os riscos do negócios, entre outros¹⁸⁷.

Já o direito do trabalho português, em razão de sua base civilista, atribuiu grande importância à autonomia da vontade das partes para estabelecimento do regime aplicável à atividade objeto do contrato.

Segundo Pedro Romano Martinez¹⁸⁸, diante do potencial desequilíbrio negocial entre aquele que se oferece para prestar uma atividade e o que pretende se beneficiar desta atividade foram estabelecidas limitações à autonomia privada, impondo um conteúdo mínimo imperativo.

Ou seja, a regra é que a vontade das partes seja respeitada. No entanto, verificada a existência dos elementos caracterizadores do contrato de trabalho e não sendo a relação enquadrada como tal, caberá ao Poder Judiciário desfazer a distorção, como exemplificado em trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal:

[...]

III - Para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes de um contrato, **há que averiguar qual a vontade revelada pelas partes – quer quando procederam à sua qualificação, quer quando definiram as circunstâncias em que se exerceria atividade – e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da atividade no âmbito daquela relação jurídica, prevalecendo a execução efetiva em caso de contradição entre o acordado e o realmente executado**¹⁸⁹.

Logo, a jurisprudência também tem papel relevante para o direito lusitano para identificação do verdadeiro trabalhador subordinado.

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que a subordinação é considerada, por excelência, como critério delimitador entre o contrato de trabalho e figuras afins, mas a jurisprudência, utilizando-se dos indícios de subordinação, teve papel determinante em ultrapassar as limitações dos critérios clássicos, como onerosidade e forma de

¹⁸⁷CARINCI, Franco et al. op. cit., p. 21.

¹⁸⁸MARTINEZ, Pedro Romano. op. cit., p. 307.

¹⁸⁹PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso n.º 3406/06. 4.ª Secção. Vasques Dinis. Relator: Bravo Serra Mário Pereira. Publicação em 17/05/2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25286&stringbusca=subordina%25E7%25E3o&exacta=>>. Acesso em: 28 fev. 2009. Íntegra da ementa colacionada como **Anexo 6**.

remuneração, em especial “nos sistemas que não individualizam o contrato de trabalho na lei.”¹⁹⁰

Trata-se de um juízo de globalidade, que pode variar a cada caso, ainda que sejam utilizados os mesmos elementos.

Não obstante, a jurisprudência francesa igualmente analisa uma série de indícios presentes no caso concreto.

Gérard Lyon-Caen assevera que a jurisprudência francesa – a teor do que ocorre em outros países, como o Brasil – busca, em primeiro lugar, verificar a realidade dos fatos, em detrimento da forma ou contrato adotado pelas partes¹⁹¹.

Tal visão se coaduna, inclusive, com o princípio da primazia da realidade.

Ademais, segundo o autor, a jurisprudência analisa as formas de requalificação do contrato, bem como se houve emprego de fraude ou simulação, já que, por fim, a vontade das partes não pode prevalecer diante de normas imperativas.

Mesmo assim, com a aparição de novos modelos contratuais, os métodos utilizados pela jurisprudência, por vezes, não consegue distinguir verdadeiramente a existência de contrato de trabalho, razão pela qual, atualmente, se recorre ao critério da subordinação jurídica, sendo esta definida, pela França, quando há trabalho em proveito alheio e dentro de uma estrutura organizativa¹⁹².

Nesse cenário, a jurisprudência dos países citados emprega, na análise casuística, uma série de indícios, colimando levar a maior precisão no julgamento, determinando se a relação é ou não de natureza subordinado.

Entre os indícios mais frequentemente utilizados pela doutrina e jurisprudência, destacam-se: (i) a titularidade dos meios de produção: deve ser verificado quem fornece as ferramentas e meios de trabalho, já que a resposta denota quem é o sujeito que assume os riscos do negócio. Se o contratante, as chances de se tratar de um contrato de trabalho são maiores; (ii) local de trabalho: a questão não é apenas se o trabalhador presta as atividades no local da empresa, ou externamente, mas, principalmente, a implicação decorre da possibilidade ou não de controle pelo empresário; (iii) horário de trabalho: a subordinação existirá quando o trabalhador tiver a obrigação de permanecer à disposição do empregador,

¹⁹⁰RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., p. 90.

¹⁹¹LYON-CAEN, Gérard et al. *Droit du travail*. 19. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 117-118.

¹⁹²Id. Ibid., p. 119.

em um horário estabelecido por este último; (iv) modo de pagamento de remuneração: deve ser analisado se a remuneração é paga em função de um resultado ou pelo fato de o trabalhador estar à disposição do empregador; (v) assunção dos riscos do negócio: quem assume os riscos, em caso de cancelamento de determinada produção, contratada pela clientela do empresário, por exemplo; (vi) o fato de o trabalhador possuir outros trabalhadores dependentes: este indício, a nosso ver, pode ser enquadrado junto com a assunção dos riscos, além de que denota a ausência de pessoalidade, caso ele possa se fazer substituir por qualquer um dos subcontratados; (vii) dependência econômica: este indício/critério, já tratado nesse estudo, mostra que o fato de o trabalhador ter seu sustento atrelado a um empresário pode significar que há subordinação jurídica por parte deste obreiro, já que este é um dos motivos de o trabalhador se submeter às ordens e ao controle do empregador; (viii) regime fiscal e de previdência social que o trabalhador se encontra adstrito: no Brasil, pode-se dizer que, com raras exceções, o fato de trabalhador não contribuir para a Previdência Social é um forte indício de que se classifica como empregado, já que dificilmente este trabalhador recolheria na forma de contribuinte individual, ainda mais mesmo tendo ciência de que possui um contrato de trabalho de fato com aquele que o remunera; (ix) a sujeição do trabalhador a ordens diretas e controle direto ou instruções genéricas: no primeiro caso tem-se a subordinação *ipsi literis*, ao passo que as instruções genéricas são típicas de uma relação de um trabalho coordenado, ou autônomo; (x) inserção do trabalhador na organização empresarial e a observância das regras instituídas no âmbito desta: ou seja, é a heterodireção; (iv) exclusividade: trata-se apenas de indício e não requisito, tendo em vista que o princípio da liberdade do trabalho permite que o trabalhador preste serviços a diversos empregadores.¹⁹³

Apesar de todos esses fatores, ainda continua sendo decisivo para a caracterização do contrato de trabalho a verificação da direção e controle efetivo do trabalho. Se tais elementos estiverem com o empresário, há trabalho subordinado. Porém, se o trabalhador for detentor, este é considerado independente.

No caso do Brasil, há julgados determinando que se presentes apenas alguns dos requisitos da relação de emprego (sistema indiciário – juízo de aproximação), esta estaria configurada, ao passo que há outras decisões outros determinando a cumulatividade dos requisitos, como se verifica abaixo:

¹⁹³RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte II: situações laborais individuais, cit., p. 41-44.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. REQUISITOS ESSENCIAIS. Para caracterização do vínculo de emprego, **é necessário o cumprimento de requisitos cumulativos**, quais sejam: ser pessoa física, que exerce atividades com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade. Ausentes alguns dos requisitos supra descritos, não há que se falar no reconhecimento do liame empregatício¹⁹⁴.

VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. CHAPA. Para que se configure a relação de emprego é necessário o preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 3º da CLT, quais sejam: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. **A ausência de apenas um deles impossibilita o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes.** Os elementos dos presentes autos revelam que o reclamante prestava serviços de "enlombamento" de caminhões, contratando com autonomia e diretamente com os transportadores autônomos, sendo senhor da sua força de trabalho, não sofrendo ingerência diretiva e disciplinar da reclamada na sua atividade profissional, ficando, portanto, afastada a subordinação jurídica, elemento caracterizador do vínculo empregatício¹⁹⁵.

Entretanto, verifica-se que os sistemas empregados pela jurisprudência, no que pese a contribuição em favor da tentativa de correta classificação do caso pratica – se trabalho subordinado ou não - apresentam algumas falhas, seja por utilizarem a visão subjetivista daquele que está julgando, ou porque, simplesmente, há atividades que nascem fadadas a serem rotuladas como prestação de serviços autônomos, as chamadas zonas fronteiriças que serão tratadas no capítulo seguinte.

4.3.1. Da presunção da relação de emprego

Além do importante papel da jurisprudência, há países que avançaram em suas legislações e tipificaram hipóteses de presunção de relação de emprego.

Tal conduta serve para afastar a visão subjetiva do julgador, o que pode dar margem a decisões conflitantes para casos idênticos.

¹⁹⁴BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº: 02268003920085020384. Ano: 2010. Acórdão nº: 20111271520 Turma: 17ª. Data de Publicação: 30/09/2011. Relatora: Des. SORAYA GALASSI LAMBERT. PARTES: RECORRENTE: Eduardo Braga RECORRIDO: BARKEV-MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. Sem negritos no original.

¹⁹⁵BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº: 03595-2010-144-03-00-1. Ano: 2011. Turma: 10ª. Data de Publicação: 30/08/2011. Relator: Des. Deoclecia Amorelli Dias. Sem negritos no original.

A presunção serve, ainda, para a diferenciação do contrato de trabalho de outras figuras afins.

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, por exemplo, em seu artigo 1.3 exclui de proteção pelo Estatuto as atividades prestadas pelos funcionários públicos, as prestações de serviços obrigatórias, atividade de conselheiro ou membro dos órgãos de administração nas sociedades, trabalhos voluntários e benevolentes, trabalhos familiares, atividade das pessoas que se ativam em operações mercantis por conta de um ou mais empresários sempre que assumam o risco da operação e, por fim, não será classificada como relação laboral aquela em que o trabalho se desenvolva de forma distinta da prevista no art.1.1 do Estatuto.

Não suficiente, o artigo 2 elenca como atividades laborais de caráter especial as provenientes de:

- Cargos de alta direção não incluídos no artigo 1.3;
- Serviços desenvolvidos no âmbito familiar;
- Presos nas instituições penitenciárias;
- Esportistas profissionais;
- Artistas em espetáculos públicos;
- Pessoas que intervenham em operações mercantis por conta de um ou mais empresários sem assumir o risco daquelas;
- Trabalhadores portadores de deficiência que prestem serviços em centros especiais de emprego;
- Estivadores portuários que prestem serviços por intermédio de sociedades estatais ou dos sujeitos que desempenham as mesmas funções nos portos geridos pelas Comunidades Autônomas;
- Qualquer outro trabalho que seja expressamente declarado como relação laboral de caráter especial por uma lei.

Walküre Lopes Ribeiro da Silva e Paula Werner da Gama sustentam que, ao utilizar a expressão “trabalhadores assalariados”, o legislador espanhol quis abrigar todos aqueles que estivessem sob a égide do contrato de trabalho, eis que o Estatuto dos Trabalhadores criou um sistema de divisão entre grupos e categorias, como altos empregados (*empleados*) dos operários (*obreros*)¹⁹⁶.

A França, por sua vez, também conferiu, a determinadas situações, a presunção da existência de contrato de trabalho.

Os artigos L. 8221-6 a L. 8221-6-1¹⁹⁷ tratam da presunção de trabalho autônomo, como, a título exemplificativo, as pessoas matriculadas no registro de comércio, as que exercem atividade de transporte escolar, entre outros.

¹⁹⁶SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; GAMA, Paula Werner da. op. cit., p. 85.

¹⁹⁷“Art. L. 1221-1 – O contrato de trabalho contém as regras de direito comum e pode ser estabelecido de acordo com as formas que as partes decidem adotar.

Art. L. 1221-2 – A regra geral é que os contratos de trabalho tenham prazo indeterminado podendo comportar um termo fixo colimando a conclusão do contrato ou a realização de determinado objeto nos casos e nas condições mencionadas no título IV, relativo ao contrato do trabalho em duração definida.

Art. L. 1221-3 – O contrato de trabalho deve ser escrito em francês e se o objeto não tiver tradução em francês, o contrato deverá comportar uma explicação em francês sobre o termo estrangeiro.

Quando o empregado for estrangeiro e o contrato escrito, uma tradução em dobro poderá ser feita, a pedido do empregado, no idioma deste último. Ambos os textos também são válidos na Justiça. No caso de conflito entre os textos, apenas aquele traçado no idioma (língua) do empregado estrangeiro pode ser chamado contra este último.

(...)

Art. L. 1221-5 – Cláusulas de eleição de foro são nulas” (FRANÇA. Código do Trabalho. Versão consolidada até 14 jan. 2011. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BB586E28A813331DDEC70A991BCCDDE6.tp djo10v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006189414&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20110117>. Acesso em: 17 jan. 2011. Tradução nossa.)

¹⁹⁷Art. L. 8221-6

“I - são presumidos não ser vinculados com um contrato de trabalho em execução de uma atividade: 1° as pessoas físicas matriculadas ao registro do comércio e as sociedades, ao diretório dos escritórios, o registro dos agentes comerciais ou junto das uniões de cobrança das contribuições de segurança social e de subsídios familiares para a cobrança das contribuições de subsídios familiares; 2° as pessoas físicas inscritas no registro das empresas de transporte rodoviário de pessoas, que exercem uma atividade de transporte escolar prevista no artigo L. 213-11 do código de educação ou de transporte ao pedido em conformidade com o artigo 29 da lei n° 82-1153 de 30 de Dezembro 1982 de orientação dos transportes internos; 3° os líderes das pessoas matriculadas ao registro do comércio e as sociedades e os seus assalariados; 4° as pessoas físicas elencadas no artigo L. 123-1-1 do código de comércio ou o V do' artigo 19 da lei n° 96-603 de 5 de Julho de 1996, relativo ao desenvolvimento e a promoção do comércio e l' artesanato. II. – a existência de um contrato de trabalho pode contudo ser estabelecida quando as pessoas mencionadas no I fornecem sua mão de obra diretamente ou por uma pessoa intervinda das prestações, em condições que as coloquem em uma relação de subordinação jurídica permanente ao contratante.

(...)

Art. L. 8221-6-1 - É presumido trabalhador independente aquele cujas condições de trabalho são definidas exclusivamente por ele mesmo ou pelo contrato estabelecido o contratante.” (FRANÇA. Código do Trabalho. Versão consolidada até 14 jan. 2011. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BB586E28A813331DDEC70A991BCCDDE6.tp djo10v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006189414&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20110117>. Acesso em: 17 jan. 2011. Tradução nossa.)

Trata-se de presunção relativa, pois o artigo L. 8221-6, II, estabelece que existirá contrato de trabalho se as pessoas indicadas fornecerem diretamente os serviços para um empreiteiro principal, em condições de subordinação legal permanente.

Lorena Vasconcelos Porto sustenta que, na tentativa de solucionar a incerteza existente entre determinados trabalhadores situados nas chamadas “zonas grises”, “o legislador francês recorreu à equiparação legal de certas categorias profissionais aos empregados¹⁹⁸”.

Tal equiparação, segundo a estudiosa, se deu de duas formas. A primeira seria a equiparação pela via da presunção, já explicitada acima, segundo o art. L. 8221-6.

A segunda corresponderia à equiparação legal, ou seja, às hipóteses previstas pela norma, fora do plano de qualificação do contrato. Tais previsões consistem na integração do profissional na empresa, demonstrando a inexistência de autonomia econômica¹⁹⁹.

Embora o Código do Trabalho francês não estabeleça quais profissionais podem ser considerados autônomos, tampouco traz uma definição legal do que seria o contrato de trabalho, concluindo-se que a intenção do legislador foi manter a subordinação como liame jurídico imprescindível a caracterizar uma relação de emprego, no que pese a importância dada à dependência.

Portugal, também faz menção à presunção do contrato de trabalho no artigo 12º do Código de 2009:

1 – Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verifiquem algumas das seguintes características:

a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; c) O prestador da atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma; e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

De se destacar a preocupação do legislador em abranger todas as formas de trabalho que efetivamente se caracterizem com a relação de emprego, haja vista que a redação do

¹⁹⁸PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 110.

¹⁹⁹Id. Ibid., p. 111.

art. 12º, em 2003, determinava a presunção se daria quando da presença cumulativa de todos os indícios, ao passo que a versão de 2009 apenas exige a existência de algumas características.

O Brasil não possui referências legislativas para aplicar a presunção da relação de emprego, de modo que a jurisprudência utiliza-se dos indícios supra mencionados, aliados à aplicação do princípio da primazia da realidade ao caso prático.

Isso porque a tradição do direito do trabalho brasileiro mostra que este deu uma concepção contratualista à relação de emprego, mas sem definir o que seria esta, razão pela qual, é forçosa a análise dos conceitos de empregado e empregador, para verificar se a hipótese é ou não de trabalho subordinado²⁰⁰.

O Brasil ainda recorre à legislação laboral de 1943, que foi criada diante de um cenário político e econômico diferentes da realidade da sociedade na era da globalização.

Assim, mesmo diante das modificações das relações produtivas, as “ferramentas” da doutrina e jurisprudência pátrias permitem somente classificar o trabalho em subordinado ou autônomo, mas, deixando dúvidas em muitos casos, o que leva à utilização de um juízo de aproximação, nem sempre preciso, eis que o procedimento não está tipificado.

²⁰⁰CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 2, p. 36-38.

5. AS NOVAS FACES DA SUBORDINAÇÃO

5.1. A visão tradicional do trabalho subordinado e as novas formas de contratação

O capítulo anterior mostrou que nenhum dos países citados no presente estudo possui um conceito normativo inequívoco para a subordinação, mas se utilizam de critérios para determinar a existência ou não do contrato de trabalho.

Contudo, verificou-se que os critérios clássicos não se mostram suficientes a abrigar as novas tipologias contratuais, surgidas com a globalização e a evolução do modo de produção. Por isso, a jurisprudência daqueles países passou a empregar determinados indícios para identificação do trabalhador subordinado.

Essa dificuldade surge do fato de que a visão do trabalho subordinado, objeto principal do direito do trabalho, foi construída a partir de um modelo tradicional de trabalhador.

Com efeito, no modo de produção tipicamente industrial, onde o trabalhador era simplesmente uma peça de auxílio para a máquina e sua contribuição intelectual era praticamente nula, a subordinação era facilmente reconhecida. Afinal, cada posto de trabalho era formado em uma sequência de atos igualmente simples e mensuráveis o quanto possível, de modo que o trabalhador pertencente a esse posto devia realizar determinados atos na ordem e velocidade prescritas, como pondera Alain Supiot²⁰¹.

Os novos esquemas de organização concernem, ao contrário, à realização de produtos diversificados e de alta qualidade. Nesse contexto, as qualidades pessoais do trabalhador são então determinantes, pois elas se refletem na qualidade dos produtos.

Assim, a submissão do empregado ao empregador, nos modos de produção primitivos, era nitidamente perceptível, não ocorrendo o mesmo com os trabalhos intelectuais, em crescimento, entre outros fatores, pelo aumento dos níveis de alfabetização e de educação de forma mais acessível.

No trabalho intelectual a dependência técnica é menos acentuada, na medida em que o trabalhador apenas segue as orientações do empregador, eis que possui *know how*

²⁰¹SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, 2000. p. 140.

suficiente para o desempenho da atividade e, justamente por tal diferenciação, é que foi contratado para a função.

Neste caso, recorre-se à chamada subordinação objetiva, ou seja, para caracterizá-la basta a inserção do trabalhador na organização empresarial²⁰².

Ocorre que com a dificuldade de adoção de novo critério ou reformulação do modelo atual, o consenso existente é que a tradicional forma de subordinação, ou seja, a submissão do trabalhador às ordens de seu empregador se mostra eficaz na maior parte dos casos.

Além disso, mesmo com a evolução dos processos de produção, o modelo de organização da grande empresa industrial - referência do direito do trabalho - não desapareceu de forma alguma. Ao contrário, basta analisar a cadeia produtiva fragmentada de uma montadora de automóveis, por exemplo.

Isso se deve ao fato de que as grandes empresas possuem características pontuais, segundo Manuel Alonso Olea, entre as quais se destacam: “a hierarquização muito acentuada dos trabalhadores, o isolamento, a despersonalização, a especialização intensa destes e a crescente burocratização, ainda que esta derive mais de complexidade tecnológica que simplesmente do tamanho²⁰³”.

Em suma, a visão tradicional de trabalhador subordinado ainda remanesce na sociedade pós-industrial, principalmente no trabalho manual²⁰⁴, no qual é possível a identificação da submissão às ordens diretas do empregador, já que este detém, além dos meios de produção, a superioridade técnica para execução do trabalho, repassando-as aos funcionários.

Amauri Mascaro Nascimento defende que a sujeição do trabalhador ao poder de direção do empregador (justificando-se tal imposição pelos demais poderes que este último possui) é realmente o traço definidor do trabalho subordinado, porém, para profissões

²⁰²Tratada no Capítulo 3.

²⁰³ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*, cit., p. 45.

²⁰⁴Manuel Alonso Olea (op. cit., p. 72) define o trabalhador manual como aquele que aplica seu esforço direto sobre a máquina ou ferramenta que opera, ao passo que o trabalho intelectual surge quando há manuseio de sinais de matérias (linguagem, fórmulas, etc), e cujo efeito é exteriorizado. Além disso, no trabalho manual, se a remuneração é por tempo, é paga por horas e dias, e os grupos ou categorias profissionais são típicos, havendo distinção apenas entre os qualificados e não qualificados. De outro modo, no trabalho intelectual, a remuneração, se por tempo, é por meses ou anos e as convenções se dão por agrupações, como de empregado, técnico ou trabalhadores com titulação.

consideradas autônomas à primeira vista, como o caso dos profissionais liberais, poderão existir tanto características de submissão como de independência.²⁰⁵

José Luis Monereo Pérez corrobora esta visão, ao afirmar que o poder de direção do empregador perdeu sua característica corretiva acentuada e a dependência do trabalhador passou a ter outros formatos.²⁰⁶

Por isso, o debate da doutrina se concentra, primeiramente, em averiguar se o sistema normativo atual atende a todos trabalhadores ou se é necessário criar “microssistemas” que possam ter aplicação individual. Há, ainda, os que defendem a existência de um conjunto de regras gerais aplicáveis a todos os trabalhadores e outro, mais específico, para os trabalhadores com maior grau de subordinação ou dependência. Esse quadro enuncia a importância atual de estudo das fronteiras do trabalho subordinado.

Deve se registrar que a proposta desse trabalho não é abandonar as formas tradicionais do trabalho subordinado, já que ainda existem. Porém, o objetivo é demonstrar que somente a visão tradicional, por si só, não é mais suficiente, tendo em vista que os critérios clássicos foram construídos sob um único modelo de produção.

Com efeito, Lorena Vasconcelos Porto sustenta que o trabalho subordinado foi construído à época do trabalhador hipossuficiente, operador das grandes indústrias e, em razão de sua desigual dependência econômica, tinha a necessidade de ser protegido do poder de direção patronal²⁰⁷.

Contudo, a autora pondera que esta não é a única forma de trabalho subordinado, o que não justifica a construção de um modelo somente a partir de uma hipótese, cada vez menos frequente nos dias atuais, no que pese sua persistência²⁰⁸.

Então, demonstrada a permanência do trabalho subordinado clássico, questiona-se o que seriam as novas tipologias criadas na sociedade pós-industrial.

²⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 465.

²⁰⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis. op. cit., p. 83-84.

²⁰⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 50.

²⁰⁸ A autora faz uma analogia da problemática da conceituação do trabalho subordinado com a figura de linguagem sinédoque, “a identificação do todo por uma das partes que o compõem. Todavia, no momento em que as outras partes começam a adquirir uma importância crescente na realidade, torna-se necessário retomar a noção mais ampla de subordinação, sem qualquer espécie de restrição. Essa ampliação é necessária sob pena de se violar a própria razão de ser (teleologia) do Direito do Trabalho: a proteção dos trabalhadores.” (PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*, cit., p. 50-51).

Essas novas faces da subordinação não se traduzem apenas em determinadas profissões, mas, também, em modificações no modo da prestação do serviço. Logo, não seria possível denominar “a”, “b” ou “c” como sendo tipologias atuais e concentrar o estudo sobre elas.

A discussão sobre as novas faces da subordinação vai além. Isso porque, há formas de trabalho tidas como clássicas que, com o advento de novas tecnologias, ganharam nova “roupagem”.

Nesse sentido, cita-se o teletrabalho, nova espécie de trabalho em domicílio como menciona Rosario Gallardo Moya²⁰⁹, além de ser uma tendência para o futuro, em razão de afastar os inconvenientes do tradicional trabalho industrial, tais como: “a rigidez de horários, pouco tempo para o ócio e descanso, falta de autonomia pessoal na organização e no desenvolvimento de tarefas, etc.”²¹⁰,

O teletrabalho é atrelado à tecnologia, como forma de trabalho a distância do empregador, com o emprego de meios de telecomunicação e não se confunde com o trabalho em domicílio, não apenas pelo fato de implicar em tarefas mais complexas, como ressalta Alice Monteiro de Barros, mas, ainda, por abranger diversos setores²¹¹.

Em Portugal, Pedro Romano Martinez pondera que deve ser diferenciado o teletrabalho subordinado, com aplicação do Código do Trabalho (arts. 165 e ss.), do teletrabalho realizado em regime de trabalho autônomo, análogo ao trabalho em domicílio, para o ordenamento português²¹².

Como se verifica, no teletrabalho a dificuldade se dá justamente pelo caráter diferencial desta modalidade de prestação de serviços, já que além do trabalho ser prestado

²⁰⁹A autora (GALLARDO MAYO, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la maquina de hilar al ordenador*. Madrid: IBIDEM Ediciones, 1998. p. 59-62) sustenta a existência de três grupos de teletrabalho: (i) teletrabalho a domicílio - abrange todas as formas de teletrabalho em domicílio, seja esta realizado de forma eventual ou habitual; (ii) nos telecentros - são centros de trabalho, com o emprego de tecnologia da informação, separados do estabelecimento principal, mas deste dependente em muitos aspectos, o que justifica o uso contínuo dos meios de comunicação; e (ii) móvel ou nômade - aplica-se aos empregados que não possuem um endereço fixo de prestação de serviços e passam a maior parte do tempo fora da empresa. São os agentes comerciais, técnicos, consultores, etc...

²¹⁰Id. Ibid., p. 50.

²¹¹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 322. (A autora elenca, entre os setores: “tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação, secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.”

²¹²MARTINEZ, Pedro Romano. op. cit., p. 330.

à distância, são utilizados meios de telecomunicação no contato entre empresa e trabalhador, o que pode afastar a submissão deste com o contratante.

O legislador brasileiro, ciente da nova “roupagem” ao critério da subordinação, editou a Lei 12.551/2011, a qual acrescentou o parágrafo único ao art. 6º da CLT, determinando que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Antes dessa alteração legislativa, o artigo 6º apenas mencionava que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

Logo, à época da Consolidação das Leis do Trabalho (1943) bastava prever a não discriminação entre as diversas formas de prestação de serviço, em respeito ao princípio da igualdade, eis que a relação de emprego era nitidamente perceptível por intermédio da relação de subordinação entre as partes.

Contudo, com o passar dos tempos e a modificação no modo de prestação de serviços, tornou-se necessário prever de que forma será aferida a submissão do trabalhador à distância, para fins de configuração da relação de emprego. Afinal, com o acentuado crescimento do setor terciário, muitos autônomos prestam serviços fora do local da empresa contratante, devendo ser diferenciada a subordinação da mera observância de regras impostas pelo tomador de serviços²¹³.

O teletrabalho é um dos exemplos das novas faces da subordinação e traduz as alterações trazidas com o mundo tecnológico, ou seja, formas de trabalho fora do campo de visão do empregador, ou, mesmo quando dentro do âmbito da empresa, prestadas por trabalhadores com especialidade técnica, o que dificulta a subordinação nesta acepção.

Assim, para as novas formas de trabalho, o alcance de determinado resultado é essencial para determinar a existência de um vínculo entre trabalhador e contratante. Isso porque o poder disciplinar não poderá ser configurado diariamente, já que a produção do

²¹³ Alice Monteiro de Barros (*Curso de direito do trabalho*, cit., p. 325) afirma que a subordinação jurídica pode remanescer como critério definidor do liame empregatício, sendo que a inovação se dá em três fatores: (i) controle facilitado por aparelhos de vídeo-fiscalização, com capacidade de armazenamento superior aos que podem ser realizados pela inteligência humana; (ii) capacidade de síntese inviável ao espírito humano; (iii) métodos de controle cada vez mais discretos.

trabalhador a distância pode ser quantificada ao longo de um período maior de tempo (mensalmente, por exemplo). Ademais, tal espécie de trabalho, justamente por estar fora da fiscalização do empregador, é incompatível com a marcação de jornada, razão pela qual cobra-se o alcance de metas e não de cumprimento de horário.

Ocorre que um dos critérios para diferenciação do trabalho autônomo e subordinado reside no fato de que, geralmente, o primeiro trabalha para atingir um determinado resultado, ao passo que o empregado coloca-se à disposição do empregador, para os serviços que este determinar. Logo, o teletrabalhador, por exemplo, pode ser confundido com um autônomo, sendo a que a prestação dos serviços pode se dar sob as duas formas existentes (subordinada ou autônoma).

Assim, a jurisprudência recorre a outros requisitos da relação de emprego, tais como: alteridade (o empregado assumir ou não os riscos do negócio); dependência econômica (se existente, além, é claro, de averiguada a forma de pagamento da remuneração); propriedade das ferramentas de trabalho (computador, impressoras, linhas telefônicas etc); integração do trabalhador na organização empresarial (utilização de crachá, e-mail corporativo, uso de senha fornecida pela empresa, entre outros).

Diante disso, o que se pretende concluir é que a problemática das novas tipologias ou faces do trabalho subordinado não está em quantificá-las, mas, expor a dificuldade do ordenamento brasileiro em regular as formas de trabalho que ainda não são objeto de lei.

Verifica-se uma preocupação por parte da doutrina e da jurisprudência em evitar o abandono do trabalho subordinado. Nesse sentido, inúmeros são os debates sobre uma suposta crise do direito do trabalho.

Entretanto, se já demonstrado que o trabalho subordinado, na concepção clássica, persiste, não há que se falar em crise no conceito de subordinação, já que a crise pressupõe a falência de um modelo que não deu certo, mas, como visto a subordinação ainda se mostra eficaz como método de diferenciação do trabalho autônomo.

Por isso, não há que se falar em reconstrução do conceito de subordinação, mas, sim, dos critérios que a constituem, eis que estes não se mostram capazes de qualificar tipologias criadas com o mundo moderno. Afinal, há profissões que, embora exercidas sob o rótulo de autônomas, possuem traços de subordinação, sendo que o inverso também ocorre, por isso, há que se definir legalmente em que plano tais situações estariam

abrangidas evitando-se a margem de discricionabilidade do julgador e que casos idênticos possuam tratamentos distintos.

5.2. As fronteiras do trabalho subordinado

Alice Monteiro de Barros afirma que o conteúdo diversificado de determinadas relações implica na impossibilidade de especificação antecipada da subordinação, como ocorre em qualquer relação de trabalho, o que justifica a denominação de zonas intermediárias, “grises”, ou seja, “zona cinzenta ou fronteira habitada por trabalhadores, que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos, fora da órbita do direito do trabalho”, nos dizeres da autora²¹⁴.

Como mencionado, o trabalhador assalariado não é mais necessariamente uma simples peça desprovida de iniciativa dentro de uma organização fortemente hierarquizada. O trabalhador independente, por sua vez, tampouco permanece obrigatoriamente como um empresário livre de agir como bem quiser.

Isso significa que a fronteira entre trabalho subordinado e autônomo é cada vez mais estreita, o que provocou o aparecimento de tipologias alternativas à referida dicotomia, como o trabalho parassubordinado e autônomo dependente, a serem tratados oportunamente.

Contudo, na realidade brasileira, sopesados os fatores culturais e históricos diferenciados de outros países, tais figuras não são existentes e a discussão gira em torno da classificação entre trabalho autônomo ou subordinado e os debates se concentram na constante preocupação em não permitir a “precarização” das relações de trabalho nesse cenário.

Assim, na análise de casos práticos de pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício, os magistrados buscam aliar a aplicação dos critérios do contrato de trabalho ao princípio da primazia da realidade, pouco importando a denominação que as partes tenham dado ao contrato, mas, sim, o verdadeiro conteúdo jurídico da relação.

²¹⁴BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 312.

Logo, o redimensionamento dos critérios de subordinação é de suma importância para aplicação da correta tutela ao caso prático, sobretudo se levado em consideração que a Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1943, foi criada tendo como parâmetro a realidade do trabalho da época, ou seja um empregado prestando serviços para um empregador, em um contrato de trabalho indeterminado.

Ademais, o fato de o Brasil lidar somente com a dicotomia trabalho subordinado-autônomo e este último não ser devidamente valorizado, com legislação especial e abrangente - a exemplo da Espanha - também traz como consequência a proliferação de contratações tratadas como precárias ou atípicas²¹⁵, ou seja, fora do padrão do contrato por prazo indeterminado.

Por isso, como ponderado por Manuel García Piqueras, no que pese o conceito de trabalhador por conta alheia ter sido tratado com saciedade de modo que existam poucas dúvidas sobre o mesmo, a determinação do que seria um trabalhador por conta própria, merece reflexão da doutrina²¹⁶.

Esse é um dos principais problemas vivenciados pelo direito do trabalho brasileira. Afinal, o advento de novas tecnologias, com o consequente aumento de cargos intelectuais e o surgimento de novas profissões, acabaram criando contratações em cascata. São empresas que contratam outras empresas para lhe prestarem serviços e estas, por sua vez, também subcontratam outros trabalhadores (autônomos ou com pessoa jurídica constituída), buscando todos a melhoria no atendimento e na qualidade dos serviços prestados, aumentando, conseqüentemente, a competitividade no mercado.

Tal situação é cada vez mais corriqueira e, portanto, não pode permanecer sendo tratada como atípica e fraudulenta. Esta deve ser a vocação da Justiça do Trabalho, ou seja, proteger os trabalhadores envolvidos nesses processos, de forma adequada, tendo em vista que aquela é a Justiça dos trabalhadores e não somente dos empregados, como ocorreu no Brasil com o advento da Emenda Constitucional 45/04²¹⁷.

²¹⁵Nelson Mannrich (Distinções entre relação de emprego e contratos de prestação de serviços. Contratos atípicos no direito brasileiro e no direito comparado. In ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 171) aponta que as modalidades mais conhecidas de contratos precários, no Brasil, são os de prazo determinado e os contratos de trabalho temporário. O autor afirma, ainda, que há referência à precariedade nos casos de terceirização e mesmo na informalidade.

²¹⁶PIQUERAS GARCÍA, Manuel. *Las fronteras del derecho del trabajo*. Granada: Comares, 1999. p. 4.

²¹⁷Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. A partir de então, o art. 114 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

A jurisprudência ignora que o mesmo trabalho pode ser desenvolvido de forma subordinada ou autônoma. Porém, isso também se deve ao fato de enquanto não houver uma legislação regulando as novas formas de trabalho é natural que haja resistência de alguns operadores do direito, como juízes e auditores fiscais do trabalho, que permanecerão aplicando regras antigas a novos cenários²¹⁸.

Em decorrência, trabalha-se com a dicotomia trabalho subordinado e autônomo, mas não há intenção de ampliar (ou reduzir) tais definições.

Contudo, não há como se admitir que determinados trabalhadores sejam regidos por uma legislação que os considera como hipossuficientes, tendo em vista que eles próprios criaram uma rede diversificada de prestação de serviços, diversa da subordinação. Assim, a título exemplificativo, é o caso dos jornalistas e artistas.

Afinal, em tais hipóteses, a praxe do mercado de trabalho é que tais profissionais constituam pessoas jurídicas para a prestação de serviços a terceiros. No caso dos jornalistas, o alto grau intelectual e a isenção técnica já mostram sua diferenciação.

Contudo, o art. 302, § 1º, da CLT, define como jornalista “o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos e organização, orientação e direção deste trabalho”²¹⁹.

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;” (sem negritos no original).

²¹⁸ MANNRICH, Nelson. Distinções entre relação de emprego e contratos de prestação de serviços. Contratos atípicos no direito brasileiro e no direito comparado, cit., p. 174.

²¹⁹ O art. 2º do Decreto-lei n. 972/99 determina que “a profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:

- a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
- b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
- c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
- d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
- e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea "a";
- f) ensino de técnicas de jornalismo;
- g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
- h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e à adequação da linguagem;
- i) organização e conservação de arquivo jornalístico e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
- l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.”

Assim, o que difere o profissional empregado do autônomo é a averiguação do conjunto de elementos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT. Logo, não há tratamento diversificado para este profissional e um trabalhador de outra categoria que pleiteiem vínculo de emprego com determinada empresa. Para os dois são aplicados os mesmos critérios.

Para os artistas, a especificidade da prestação de serviços se dá pelo próprio uso da imagem pessoal e do talento, que fazem do trabalho um feixe de relações que não se encerram em uma simples contraprestação.

A legislação brasileira não conceitua o contrato de prestação de serviços, estipulando apenas que “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo” (art. 593 do Código Civil).

Diante desse panorama, ainda se recorre à subordinação como elemento diferenciado principal entre o contrato de trabalho e o de prestação de serviços.

Contudo, insta citar hipótese que o legislador excluiu a relação de emprego. Trata-se do art. 129 da Lei nº 11.196/05, que equiparou, apenas para fins fiscais e previdenciários, “a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas.”

Nesse sentido, o objetivo da lei não foi incentivar a contratação desenfreada de trabalhadores intelectuais como pessoas jurídicas, mas trazer segurança jurídica às partes do ponto de vista fiscal. Para corroborar o parágrafo único do citado artigo, posteriormente vetado, determinava que o *caput* não teria aplicação se comprovada a existência de relação de emprego.

Logo, se a relação realmente estiver sob o campo da autonomia, as partes envolvidas poderão se beneficiar do aludido art. 129. Sem dúvida, é um importante passo na caminhada rumo ao reconhecimento das novas formas de prestação de serviço e a necessidade de aplicação da correta tutela.

Ademais, Pedro Romano Martinez, assevera que, diante das dificuldades de concretizar a subordinação jurídica, há a tentativa de se recorrer a outros critérios ou admitir a existência de situações híbridas, como a parassubordinação.²²⁰

Em Portugal, por exemplo, a autonomia técnica que possuem tais profissionais não constitui óbice à constituição de um contrato de trabalho, a título exemplificativo do que determina o art. 5º, n.º 2, da Lei do Contrato Individual de Trabalho:

Sem prejuízo da autonomia técnica requerida pela sua especial natureza, as atividades normalmente exercidas como profissão liberal podem, não havendo disposições da lei em contrário, ser objeto de contrato de trabalho.

Logo, em Portugal, os profissionais liberais podem celebrar tanto contrato de trabalho quanto de prestação de serviços, cabendo aos Tribunais o enquadramento correto de cada caso, diante de suas particularidades.

Arion Sayão Romita corrobora essa visão, ao mencionar que a subordinação não é incompatível com a profissão liberal, por exemplo, tendo em vista que a mesma relação pode ser desempenhada nos moldes da legislação do trabalho ou como autônoma, razão pela qual, segundo o autor, há que se investigar cada caso concreto, sem julgamentos prévios.²²¹”

Assim, verifica-se que determinadas formas de contratação, como ocorre com os contratos de prestação de serviços, devem ser corretamente analisadas sem julgamentos antecipados em uma tentativa de abarcar todos os trabalhadores como se subordinados fossem.

Manuel García Piqueras enfatiza esta visão sustentando que a fronteira incerta entre o regime laboral e o civil da contratação de serviços reside na definição de dependência, sendo que, na hipótese de existência de autonomia e coordenação das atividades, a natureza da contratação será civil, ao passo que será laboral, no caso de subordinação e integração no âmbito empresarial²²².

Outra hipótese objeto de debate pelos operadores do direito, nas fronteiras do trabalho assalariado, diz respeito à terceirização.

²²⁰MARTINEZ, Pedro Romano. op. cit., p. 323.

²²¹ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho*: temas em aberto, cit., p. 371.

²²²PIQUERAS GARCÍA, Manuel. op. cit., p. 15.

A terceirização consiste em uma técnica administrativa de descentralização produtiva, segundo a qual, o empresário deixa de concentrar toda a produção em sua empresa, repassando a outras pessoas físicas ou jurídicas, com as quais estabelece contratos de origem civil, com o objetivo de reduzir custos e melhorar a qualidade do serviço, para que sua produção se concentre na atividade fim.

Alice Monteiro de Barros afirma que a terceirização surge entre os debates acerca das tendências de flexibilização do direito do trabalho, com o questionamento da relação típica de emprego e protegida contra a dispensa arbitrária ou injusta²²³.

Um dos problemas vivenciados pelo Brasil é a ausência de legislação sobre a matéria, destacando-se apenas algumas leis esparsas como a Lei 6.109/74, disciplinadora do trabalho temporário para situações específicas, entre elas a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços.

Em razão da ausência de previsão legal regulamentadora acerca da terceirização, coube à jurisprudência criar parâmetros para caracterizar a prestação de serviços nessa modalidade.

O primeiro entendimento sobre a matéria se consubstanciou no Enunciado n.º 256²²⁴, publicado em 22.09.1986 e que estabelecia:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Como se verifica, a intenção dos julgadores era coibir a interposição na contratação de trabalhadores.

Ocorre que a terceirização passou a ser adotada por inúmeras empresas, o que demandou novo pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse sentido, a Súmula 331, traduz o entendimento da referida Corte sobre a matéria, determinando que a terceirização, em suma, poderá ser realizada em atividades-

²²³BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Trabalho e Processo*, n. 4, p. 4, mar. 1995.

²²⁴Surgido com o Incidente de Uniformização de Jurisprudência do Recurso de Revista nº 3.442/84, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, hipótese que configurará a contratação por empresa interposta, o que é vedado²²⁵.

Com efeito, a locação de mão de obra e, consequentemente, a transferência dos poderes diretivo e disciplinar do empregador ao tomador não consiste na terceirização, mas na contratação por empresa interposta (denominada de *marchandage*²²⁶), o que é vedado pelo ordenamento.

Para divergir do *marchandage*, o Tribunal Superior do Trabalho responsabilizou também o tomador de serviços, para que a terceirização continuasse seguindo seus princípios fundadores, ou seja, a melhoria na qualidade dos serviços e não tão somente a redução de custos, como assevera Alice Monteiro de Barros²²⁷.

Nelson Mannrich afirma que em decorrência das transformações sofridas no modelo de produção, é imprescindível contar com um terceiro qualificado para prestar serviços ou produzir bens, o que também justifica que as empresas tradicionais passem a se agrupar em redes, descentralizando sua produção de modo único²²⁸.

O fato é que a ausência de legislação sobre a terceirização acabou contribuindo não apenas para seu uso inadequado, mas, também, passou a ser um fenômeno, parte da cultura das empresas na era da globalização, sendo, indiscutivelmente, irreversível.

²²⁵(SÚMULA-331)

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

²²⁶Segundo Nelson Mannrich (Terceirização: luzes e sombras. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 184), o *marchandage* é a “exploração do homem pelo próprio homem”, pois se trata de fraude, em razão da intermediação de mão de obra.

²²⁷BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho, cit., p. 6.

²²⁸MANNRICH, Nelson. Terceirização: luzes e sombras, cit., p. 183.

Assim, a proliferação na utilização dos contratos de terceirização provoca grande discussão da doutrina e dos magistrados acerca da efetividade de tal processo, eis que o mau uso pode implicar na renúncia de direitos do trabalhador.

Ciente disso, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu uma audiência pública, realizada nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, para discussão do tema entre estudiosos de segmentos de diversos segmentos da economia, como instituições bancárias e financeiras, empresas de telecomunicações, além de operadores do Direito e membros da sociedade.

A conclusão do Tribunal acerca da terceirização foi exteriorizada no julgamento do Agravo de Instrumento de Recurso de Revista nº 128200-43.2007.5.15.0129, conforme ementa abaixo colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO BANCO RECLAMADO -
TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS - SUBORDINAÇÃO
JURÍDICA - SÚMULA 126 DO TST.

Após a audiência pública realizada pelo TST para aprofundamento sobre os aspectos técnicos do fenômeno da terceirização, com vistas à análise jurídica de sua licitude e dos meios de se coibirem os abusos quanto aos direitos dos trabalhadores, pode-se desenhar a moldura dentro da qual enquadrar os casos concretos a serem analisados por esta Corte, com seus quatro critérios bem definidos: a) a modalidade de terceirização que demanda atenção da Justiça do Trabalho é a da locação de mão de obra, em que o trabalhador labora ombro a ombro com os trabalhadores da empresa principal, nas dependências desta, diferentemente da prestação de serviços, que se dá nas dependências da empresa terceirizada, com entrega final dos bens ou serviços; b) é lícita a locação de mão de obra para atividade-meio da empresa tomadora dos serviços, desde que não caracterizada a subordinação direta ou a pessoalidade em relação à empresa principal, estabelecendo-se o vínculo direto com a empresa principal caso o conteúdo ocupacional do trabalho do empregado enquadre-se na atividade-fim de especialização da empresa principal; c) no setor privado, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços impõe a responsabilidade subsidiária objetiva da tomadora dos serviços; d) no setor público, a responsabilidade subsidiária é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa -in vigilando- ou -in eligendo- da administração pública²²⁹.

Tal entendimento em nada altera a Súmula 331, pois permanece a vedação de contratação da atividade fim, se presentes os requisitos de subordinação e pessoalidade. Porém, nota-se que o Tribunal parte de um pressuposto de que a terceirização seria o mesmo que locação de mão de obra e não forma de descentralização produtiva.

²²⁹Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 128200-43.2007.5.15.0129. 7ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Julgado em 30/11/2011. Publicado em 02/12/2011.

Ocorre que a locação de mão de obra equivale ao *marchandage* e não significa o mesmo que terceirização. Afinal, a terceirização visa à contratação de serviços, à transferência de parte do ciclo produtivo, justamente porque tal fase não é de conhecimento essencial do tomador e, por isso, busca-se uma empresa que possua tal *know-how*, o que é fundamental para a eficácia do processo, pois uma empresa prestadora de serviços especialista assumirá os riscos e não os transferirá à prestadora e, muito menos, ao trabalhador.

José Pastore acentua o equívoco da jurisprudência em confundir a contratação de mão de obra como terceirização, sendo que tal processo equivale a uma forma de intermediação, ou seja, a empresa contrata, de empresas fornecedoras, trabalhadores necessários à demanda dos serviços da primeira, o que diverge da terceirização, quando a tomadora contrata serviços, cabendo à empresa prestadora não somente a execução, mas, ainda, a administração de prazos determinados e a observância das regras colocadas pela contratante²³⁰.

Em virtude dessas considerações, o Tribunal Superior do Trabalho não deveria mencionar que sua preocupação é a terceirização na modalidade de locação de mão de obra, pois esta não é espécie daquela, mas forma de contratação por empresa interposta, o que sempre foi vedado.

Logo, o Judiciário deveria se concentrar não em questões como a terceirização da atividade fim, mas em verificar se há ou não a transferência de toda uma fase ou ciclo da tomadora, como se fosse uma empreitada²³¹.

A terceirização é um processo irreversível, pois cada vez mais empresas recorrem a tal método, não apenas visando aumentar os lucros, mas, ainda, para que se mantenham competitivas no mercado agressivo da sociedade pós-industrial. Por isso, cabe ao direito do trabalho reconhecer esta realidade e se adaptar, deixando de lado a incessante inquietação com a situação dos trabalhadores envolvidos nesta rede, como se todos sendo explorados.

Ora, não haveria direito do trabalho sem a economia, logo aquele deve se atualizar perante as alterações desta, sob pena de causar entrave às relações de mercado, ocasionado

²³⁰PASTORE, José. *A disciplina da terceirização*. In ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*, cit., p. 101.

²³¹MANNRICH, Nelson. *Terceirização: luzes e sombras*, cit., p. 186.

justamente o efeito reverso e indesejado de atrair formas precárias de contratação, diante da omissão do Estado em regular uma situação que de fato é permanente.

Não se sugere ignorar a existência de tais trabalhadores ou os tratar como autônomos, mas é necessário ter em mente que sempre existirão diferenças, ainda mais em um mercado de trabalho repleto de atividades. Por isso, como ressalta José Pastore, “o que as leis podem e devem fazer é assegurar proteções para todos os integrantes da rede de produção, cada um dentro de sua condição.”²³²,

O exemplo da terceirização serve para demonstrar o tratamento jurisprudencial com as formas de contratação mais utilizadas a partir da evolução de novas tecnologias. Se de um lado a preocupação do julgador é com a proteção do trabalhador, de outro, falta segurança jurídica às empresas para contratar utilizando formas eficientes.

Segundo Miguel Reale, é impossível se compreender o direito “sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica”²³³. Por isso, o autor defende a distinção “entre o ‘sentimento de segurança’, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia”²³⁴.

Com efeito, vive-se em uma “zona de conforto”, pois, os operadores do direito, em especial os profissionais que se dedicam à defesa dos interesses das empresas, criticam a posição adotada pelos julgadores, mas poucos se atrevem a propor alternativas a esta situação.

Costuma-se dizer que o Brasil, dado ao constante processo de evolução econômica, despontará como uma das principais hegemonias mundiais. Mas como uma nação poderá ter tamanha projeção sem proteger os entes que propulsionam tal crescimento, ou seja, capital e trabalho? Trata-se, novamente, da necessidade de tratamento igualitário entre os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, como explicitado no capítulo primeiro.

²³²PASTORE, José. op. cit., p. 102.

²³³REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 273-274.

²³⁴REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 87.

Nesse cenário é fundamental o papel dos operadores do direito, que devem encontrar uma oportunidade em modificar essa zona nebulosa vivenciada por trabalhadores e empresários.

Pois não se deve ter a pretensão de achar que os trabalhadores estão devidamente protegidos e somente as empresas sofrem com o protecionismo exacerbado. A realidade é de incerteza para todos, a prova disso é o crescimento da informalidade.

A ausência de legislação e a permanência da utilização da CLT de 1943 provocam, também, a proliferação das ações trabalhistas, o que aumenta ainda mais a insegurança jurídica das empresas, principalmente as que pretendem investir no país²³⁵.

Não suficiente, além da dificuldade de delimitar a subordinação, nas hipóteses em que esta não é facilmente identificável, o Judiciário brasileiro possui apenas duas formas de tratamento ao trabalhador, ou seja, ou considera extremamente *débil*, carecedor da ultrapassada legislação de 1943, ou o classifica como autônomo.

Esta necessária adequação do trabalho subordinado não tem o condão de tirar a hipossuficiência do trabalhador, mas tão somente de distinguir seu grau de dependência, preservando um mínimo de direitos que lhe devem ser garantidos, a teor do que ocorre na Itália, onde o art. 409 do Código Civil determina que se aplica aos trabalhadores parassubordinado, a impossibilidade de renúncia e transação que tenham por objeto direitos decorrentes das relações de trabalho, a teor do que ocorre com os trabalhadores subordinados.

Trata-se de proteger o trabalhador, sem onerar o capital, já que a permanência deste implica na própria sobrevivência do trabalho.

5.3. As novas faces do direito do trabalho

Traçadas a forma tradicional de trabalho subordinado e as fronteiras de outras tipologias com este, insta mencionar quais as novas tipologias trazidas como forma de superar a dicotomia trabalho subordinado-autônomo, em que pese o presente estudo se aprofundar somente no primeiro²³⁶.

²³⁵ Segundo artigo de Marcelo Sakate, (*O engessamento dos empregos. Veja*, São Paulo, 18 jan. 2012), são ajuizadas, em média, 2 milhões de ações a cada ano, sendo que nos Estados Unidos o número não passa de 75000, de acordo com José Pastore, citado na reportagem.

²³⁶ Para aprofundamento acerca do trabalho parassubordinado e autônomo dependente recomenda-se a leitura da dissertação de mestrado de BULGUERONI, Renata Orsi. *Trabalhos autônomos dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira*. 2011. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

5.3.1. Parassubordinação

O trabalho parassubordinado foi desenvolvido pela doutrina italiana buscando tutelar o trabalho desenvolvido dentro da organização empresarial, de forma continuativa, mas coordenada.

Assim, o traço característico da parassubordinação é o elemento coordenativo, que será tratado com maior reflexão no capítulo sétimo, mas, em breves linhas, significa que as partes possuem objetivos comuns para o alcance de determinado resultado, que se encaixa na organização empresarial.

Diverge, portanto, da subordinação, na qual o trabalhador apenas obedece às ordens do empregador, eis que coloca à disposição deste sua força de trabalho, independentemente do resultado que será alcançado.

Isso significa que o trabalho parassubordinado não colima somente a consecução de um serviço, mas, nos dizeres de Otávio Pinto e Silva, “deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes²³⁷”.

Com as transformações sofridas no mercado de trabalho, novas formas de contratação surgiram e a doutrina passou a se preocupar com a tarefa de qualificar tais tipologias, de modo que fosse aplicada a correta tutela. Contudo, verificou-se que havia casos de trabalho com traços de subordinação e outros de autonomia, na mesma situação.

O reconhecimento e positivação desta modalidade de trabalho ocorreu na Itália, em 1973, com a reforma do Código Civil, por meio da Lei n. 533 de 11.08.1973, a qual deu ao art. 409 a seguinte redação:

Art. 409 Controvérsias individuais de trabalho

Se observam as disposições do presente capítulo nas controvérsias relativas a:

[...]

3 relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaborações que se concretizam em uma prestação de trabalho continuativa e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que não a caráter subordinado²³⁸.

²³⁷SILVA, Otávio Pinto e. op. cit., p. 104.

²³⁸Tradução nossa.

Até esta reforma dos anos 70, a parassubordinação era vista como uma espécie de *tertium genus*, entre autonomia e subordinação.

A partir disso, a parassubordinação foi configurada como espécie de trabalho autônomo.

Contudo, Franco Carinci *et al* sustentam que era necessário tutelar esta *fattispecie* de modo a trazer o mínimo de segurança jurídica à sociedade²³⁹.

Retomando o direito italiano, de acordo com o art. 409 supramencionado, tem-se que o legislador atribuiu às relações de agência e de representação como parassubordinadas.

Entretanto, como a lei também menciona “e outras relações de colaboração”, novamente, coube à jurisprudência a tarefa de delimitar casuisticamente as hipóteses de trabalho parassubordinado.

Otávio Pinto e Silva assevera ser comum a inclusão de profissionais liberais como parassubordinados quando, por exemplo, existam convenções que os obriguem a colaborar durante determinado período para entes públicos ou privados, sob determinadas condições e dentro de uma visão organizacional do ente²⁴⁰.

Definido o conceito de parassubordinação e os trabalhadores que nela se enquadram, insta tecer alguns comentários acerca da tutela conferida.

Arion Sayão Romita assevera que a subordinação é cada vez mais questionada justamente por produzir um paradoxo, qual seja, que trabalhadores economicamente dependentes se tornem excluídos da zona de proteção laboral²⁴¹. Por isso, o autor pondera ser admissível a defesa de extensão do direito do trabalho ao parassubordinado.

Assim, há parte da doutrina que entende ser necessária a extensão dos direitos dos trabalhadores subordinados aos parassubordinados, sendo objeto de discussão os limites dessa extensão (se total ou parcial).

²³⁹CARINCI, Franco et al. op. cit., p. 32.

²⁴⁰SILVA, Otávio Pinto e. op. cit., p. 109.

²⁴¹ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista de Direito do trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 47, 2005.

Além do art. 409 do Código Civil da Itália, como já mencionado, aplica-se aos trabalhadores parassubordinados a impossibilidade de renúncia e transação que tenham por objeto direitos decorrentes das relações de trabalho (art. 2113 do Código Civil²⁴²).

Não suficiente, a tutela tributária foi atribuída pela Lei 342/00, conferindo um regime de contribuição diferenciado a tal forma de contratação.

A maior tentativa de contribuição para a tutela dos parassubordinados se deu com o projeto de Lei Smuraglia, de 04 de fevereiro de 1999.

O projeto visava aplicar um patamar de direitos aos trabalhadores nessas condições garantindo, entre outros: a filiação ao regime de Previdência Social, a fim de usufruírem de proteção contra infortúnios; liberdade sindical; regras para pagamento, contratação, extinção antecipada, duração etc.

Ocorre que o projeto não foi convertido em lei, razão pela qual denomina-se de uma tentativa de aplicação da tutela, em que pese a inovação na matéria, que demonstrou a preocupação do legislador italiano em proteger tais trabalhadores.

Em 2003, com a chamada Reforma Biagi, foi criada a tipologia do contrato a projeto, espécie de contrato coordenado, continuativo, coordenado (chamado de *co.co.co*), porém, com regras específicas que visavam evitar a utilização indevida, como forma de mascarar trabalho subordinado.

Tal *fattispecie* também será melhor explicitada no capítulo do presente estudo, ao tratarmos da coordenação como proposta doutrinária à problemática atual do trabalho subordinado.

Contudo, registra-se importante contribuição da Itália com a Reforma Biagi, a qual criou novas tipologias contratuais flexíveis, justamente para fugir da tradicional divisa entre trabalho autônomo e subordinado, como menciona Luisa Galantino²⁴³.

²⁴² Com redação dada pelo art. 6º da Lei 533/73 (BANCA Dati Normativa. Disponível em: <<http://normativo.inail.it/bdninternet/docs/153373.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2011).

²⁴³ GALANTINO, Luisa. I nuovi tipi della subordinazione. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, ano LXXVII, p. 258, 2003.

5.3.2. Trabalho Autônomo Dependente (TRADE)

Na mesma esteira do pensamento italiano, a Espanha preocupou-se em assegurar uma tutela diferenciada aos trabalhadores que, embora autônomos do ponto de vista jurídico, sejam considerados dependentes de natureza econômica.

De se pontuar, inicialmente, que a inquietação do legislador espanhol com relação ao trabalho autônomo foi tamanha que decidiu criar, por meio da Lei 20/2007²⁴⁴, um Estatuto do Trabalhador Autônomo, contemplando o autônomo clássico e o chamado “trabalhador economicamente dependente” (TRADE).

Além disso, o ponto positivo do tratamento conferido ao denominado “trabalhador autônomo dependente” é que a Espanha, ciente da celeuma gerada pela ausência de um critério preciso para definição do trabalhador parassubordinado, na Itália, criou uma legislação precisa.

Assim, o artigo 11.1 define claramente os trabalhadores economicamente dependentes como aqueles que “realizem uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa jurídica, denominada cliente, do qual dependam economicamente ao menos” com 75% de seus rendimentos trabalho e de atividades econômicas ou profissionais.

Logo, para ser considerado autônomo dependente, o trabalhador deverá perceber 75% de seus rendimentos de um único cliente. Tal aferição levará em consideração os ganhos do último ano do trabalhador.

Referido critério claro e objetivo também é passível de crítica para os que defendem que o trabalhador objeto de legislação especial não é aquele que dependa de um único cliente, mas que possua vários contratos.

De todo modo, o art. 11.2 determina que o TRADE deverá reunir alguns requisitos simultâneos, entre os quais: (a) não ter a seu cargo trabalhadores por conta alheia, nem tampouco contratar ou subcontratar parte ou toda atividade com terceiros, tanto a respeito da atividade contratada com o cliente que dependa economicamente, como das atividades que possa contratar com outros clientes; (b) não executar sua atividade de maneira

²⁴⁴ NOTÍCIAS Jurídicas. Base de Datos de Legislación. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/120-2007.html>. Acesso em: 11 dez. 2011.

indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer modalidade de contratação laboral por conta alheia do cliente; (c) dispor de infraestrutura produtiva e material próprias e necessárias para o exercício da atividade e independentes de seu cliente, quando em dita atividade sejam relevantes economicamente; (d) desenvolver sua atividade com critérios organizativos próprios sem prejuízo das indicações técnicas que pudesse receber de seu cliente; (e) receber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado com o cliente e assumindo o risco daquela²⁴⁵.

O preâmbulo da Lei destaca que 94% dos trabalhadores autônomos que realizam uma atividade profissional ou econômica não possuem empresa, ou não possuem empregados ou, ainda, se possuem, estes são em número de um ou dois, no máximo. Logo, justifica-se a necessidade de criação da figura do trabalhador economicamente dependente e a adequação de sua tutela prevista no Estatuto dos Trabalhadores, sendo tal exemplo, tal qual o trabalho parassubordinado, digno de reflexão para os operadores do direito de outros países.

5.3.3. Empreendedor Individual

No Brasil há a figura do empreendedor individual (Lei Complementar nº 128/2008), ou seja, “a pessoa que trabalha por conta própria e se legaliza como pequeno empresário”²⁴⁶.

O empreendedor individual se assemelha ao autônomo dependente da Espanha, já que a teor deste país, a legislação brasileira também estabeleceu critérios objetivos para a construção da tipologia. Assim, o empreendedor individual, para ser considerado como tal, deve faturar no máximo R\$ 60.000,00 por ano, não possuir participação societária em outra empresa como sócio ou titular e ter um empregado contratado, o qual receba um salário mínimo ou piso da categoria.

²⁴⁵ Tradução nossa.

²⁴⁶ Definição obtida do site do PORTAL do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/modulos/entenda/oque.php>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

A intenção do legislador foi formalizar trabalhadores que prestavam serviços sem qualquer adjetivação e, por isso, não eram tratados nem como empregados e, tampouco, como empresários.

Trazendo para o campo da formalidade tais trabalhadores, tornou-se possível a abertura de pessoa jurídica e o acesso à Previdência Social, bem como possibilitar o recolhimento de tributos para os cofres públicos (ainda que em valores módicos²⁴⁷), ou seja, ganhos para o Estado e para o trabalhador.

Ademais, a criação do empreendedor individual não é importante apenas para a formalidade do mercado de trabalho, mas, acima disso, é o reconhecimento do valor social do trabalho, ao lado da livre iniciativa, colocando em prática o que foi preconizado pela Constituição Federal nos arts. 146, III, “d”, 170 e 179²⁴⁸.

²⁴⁷De acordo com o Portal do Empreendedor, o empreendedor individual “pagará apenas o valor fixo mensal de R\$ 32,14 (comércio ou indústria) ou R\$ 36,14 (prestação de serviços), que será destinado à Previdência Social e ao ICMS ou ao ISS. Essas quantias serão atualizadas anualmente, de acordo com o salário mínimo.” Além disso, o “empreendedor Individual será enquadrado no Simples Nacional e ficará isento dos tributos federais (Imposto de Renda, PIS, Cofins, IPI e CSLL).”

²⁴⁸“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

6. FATORES EXTERNOS QUE INFLUENCIARAM AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Os capítulos anteriores trataram da subordinação propriamente dita no contexto do direito do trabalho. Nesse diapasão, resta analisar os fatores externos que influenciaram tais mudanças no processo produtivo.

Alain Supiot afirma que a empresa tradicional, modelo da Revolução Industrial, sofreu a influência de três fatores essenciais a sua transformação: (i) a elevação do nível de qualificação dos trabalhadores (e, conseqüentemente, a elevação do nível de autonomia profissional, independente da subordinação contratual); (ii) a pressão constante da concorrência no mercado; (iii) a aceleração das inovações tecnológicas²⁴⁹.

Eis o contexto histórico de tais elementos.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, surgiu a Organizações das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de criar um diálogo entre os países membros e evitar que novas guerras ocorressem, ao passo que em 1951 foi criada a Comunidade Européia do Carvão e Aço (CECA), visando à integração econômica²⁵⁰.

Essa integração entre os países levou a um processo gradual de abertura econômica, permitindo que as nações, cujos mercados internos estavam desgastados com o pós-guerra, pudessem aumentar sua competitividade e gerar novos empregos.

Além disso, a integração não se limitou ao campo econômico, mas, também, ao social, cultural e político, impulsionados pelas redes de comunicação e transporte.

Nelson Mannrich destaca as diversas revoluções vivenciadas pelo cenário econômico mundial²⁵¹, como a tecnológica, ou terceira Revolução Industrial, vivenciada a partir do final dos anos 50, com a crescente automatização dos modos de produção. O

²⁴⁹SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination, cit., p. 134.

²⁵⁰Ari Possidonio Beltran (*Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998. p. 32) informa que, ao lado do CECA, em 25 de março de 1957, Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e os Países Baixos firmaram os Tratados de Roma (Comunidade Européia de Energia Atômica – EURATOM e Comunidade Econômica Européia – CEE), cuja vigência iniciou-se em 1º de janeiro de 1958. O autor assevera, ainda, que a Comunidade Econômica Européia se fundamentava nas seguintes liberdades de circulação: mercadorias, pessoas e o direito ao estabelecimento, serviços e capitais (Id. Ibid., p. 33).

²⁵¹MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 86-88.

impacto no direito do trabalho foi o surgimento de novas formas de trabalho, entre elas, o trabalho a distância ou teletrabalho e o crescimento do trabalho a domicílio.

Ressalta, ainda, a mudança gerencial, ou no modo de gestão, em busca do aumento da competitividade, como *just in time* e terceirização, por exemplo, que priorizam o conhecimento em detrimento do trabalho simplesmente manual.

Por intermédio de tais processos, fundamentados na tecnologia da informação e do conhecimento, as fronteiras físicas perdem cada vez mais espaço com a integração de mercados e destaques das empresas multinacionais.

Referido desenvolvimento permitia a amplitude do direito do trabalho, notadamente, pela adoção das tendências keynesianas que propagavam a intervenção do Estado como regulador da economia e dos direitos sociais aos cidadãos.

O pensamento econômico de Keynes foi adotado pela maior parte dos países capitalistas, sendo essencial para a retomada do crescimento econômico no pós Segunda Guerra, nas décadas de 50 e 60.

Tal progresso perdurou até a década de 70, marcada pela crise do petróleo, que levou diversos países a uma recessão econômica. Rosario Gallardo Moya afirma que esta recessão, iniciada na década de 70 nos Estados Unidos, induziu as empresas a uma reorganização, de modo que pudessem se adaptar às conjunturas do mercado, o qual seguia o seguinte preceito: para lutar contra a inflação deve-se melhorar a competitividade, o que apenas pode ser atingido com a redução do custo do trabalho e de outros gastos²⁵².

No plano laboral, Ari Possidonio Beltran elenca, entre os efeitos da crise, “o grande número de desempregados, o desenvolvimento do trabalho informal e do subemprego, o incremento de inúmeras formas precárias de contratação”.

Com efeito, a crise gera mudanças de paradigmas em todos os setores e não apenas na economia.

Pedro Romano Martinez acrescenta que, ao lado de tais efeitos, a subordinação jurídica, como critério fundamental para definição do contrato de trabalho - na forma como praticado nas décadas de 50 e 60 (períodos de estabilidade econômica e social) – passou a ser afastada em diversas relações de trabalho surgidas após a crise petrolífera dos anos 70 e as transformações sociais e econômicas das últimas décadas do século XX, em razão do

²⁵²GALLARDO MAYO, Rosario. op. cit., p. 48.

surgimento de novas atividades, bem como da necessidade das empresas de se adaptarem constantemente em um mundo de contínua evolução tecnológica.²⁵³

A superação das fronteiras nacionais não implicou somente na propagação dos bons resultados pelos países integrados, mas, ainda, na partilha dos efeitos das crises.

Assim, o mundo assistiu a diversas crises após a década de 70, cuja dimensão não se limitou a sua origem, mas teve reflexos globais.

Esses processos cíclicos levaram os países a criar novas políticas de redução de despesas internas e aumento das receitas, o que culminou na aceleração do desenvolvimento de novas tecnologias no processo produtivo, propagação da terceirização e a discussão sobre a necessidade de flexibilização dos direitos trabalhistas, como forma de manutenção dos postos de empregos, sem prejuízo das empresas.

A partir de então, tem-se o declínio das denominadas correntes keynesianas e a adoção de políticas econômicas neoliberalistas, que defendiam a liberdade de mercado como forma de evitar novas crises, sem a necessidade de intervenção do Estado.

Lammy Betten pondera que as tendências filosóficas de retorno ao “laissez-faire, laissez aller” foram divulgadas como necessárias a permitir que a competição em um mercado cada vez mais global, com novos países adquirindo posições diferenciadas em um mundo marcado pela combinação de alta tecnologia e baixos salários²⁵⁴.

Com isso, a globalização propagou-se, na forma como é conhecida²⁵⁵, ou seja, reconstruindo a noção de espaço, “na formação das identidades individuais e coletivas²⁵⁶”, nas palavras de Thereza Cristina Gosdal.

²⁵³MARTINEZ, Pedro Romano. op. cit., p. 318.

²⁵⁴Arion Sayão Romita (*O princípio de proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 209-210) afirma que vive-se a quarta globalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial e com apogeu em razão do fim do regime socialista. Assim, segundo o autor, a primeira globalização seria a do império romano; a segunda coincidente com as descobertas dos séculos XIV e XV (expansão do comércio internacional) e; a terceira globalização ocorrera no século XIV, com o liberalismo e teria perdurado até a Primeira Guerra Mundial.

²⁵⁵Roberto Covolo Bortoli (*Globalização, novas tecnologias e seus impactos no direito do trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 29-30) diferencia os termos globalidade e mundialização. O primeiro seria o resultado de um processo advindo do capitalismo e do desenvolvimento da tecnologia, ao passo que o segundo seria uma tendência do capital em construir um sistema mundial nos campos geográficos, sociais, culturais e ideológicos, através de sua lógica.

²⁵⁶GOSDAL, Thereza Cristina. op. cit., p. 29.

Justamente por alterar a visão tradicional de local, a globalização não possui somente efeitos negativos, como acentua Sergio Torres Teixeira²⁵⁷, já que a utilização de novas tecnologias é indispensável ao desenvolvimento e sobrevivência da empresa moderna, bem como revelam melhores condições de trabalho, na medida em que reduzem ou anulam condições insalubres ou perigosas aos trabalhadores, típicas, por exemplo, da Revolução Industrial.

Além disso, a globalização permitiu a descentralização de economias dominantes, de modo que outras empresas/nações se unissem com o intuito de competirem frente aos principais mercados, notadamente Estados Unidos, Europa e Japão.

Tal fato fez aflorar novas economias, como Índia e China, que emergiram diante da mão de obra barata aliada a tecnologia. A competitividade de tais países deixou de se restringir ao plano nacional e atravessou fronteiras, com a inserção em mercados internacionais, até então dominados pelas grandes e tradicionais potências, tais como Estados Unidos e alguns países europeus, os quais tiveram que se adaptar para manter suas economias aquecidas, estas acostumadas a gastos elevados.

Obviamente que o processo de adaptação não ocorreu somente com os países ricos, mas com praticamente todos aqueles que participam de algum ciclo mundial de exportação e importação, ou seja, para todos que estejam, de alguma forma, interligados em face da globalização.

Em razão da migração de empregos para a China e outros países asiáticos, Tom Brady²⁵⁸ cita como exemplo os guichês automáticos de *check-in* nos aeroportos americanos, nos quais os passageiros passaram a fazer as funções dos trabalhadores nas companhias aéreas. É o chamado desemprego estrutural.

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel sugere que uma das formas de solucionar o problema é o investimento na formação dos trabalhadores como política de emprego, o que se traduziria em uma vantagem no mercado competitivo, e cita o exemplo da Europa, que

²⁵⁷ TEIXEIRA, Sergio Torres. *Presente e futuro das relações de trabalho*. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 378.

²⁵⁸ BRADY, Tom. Faz parte do trabalho. *The New York Times*. Artigos selecionados para a *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 nov. 2011.

constantemente se depara com trabalhadores não qualificados, o que implica em altas taxas de desemprego, bem como a necessidade de absorção de imigrantes²⁵⁹.

Além disso, outras consequências desse processo de automação são: (i) a concentração de tarefas pelo mesmo trabalhador (multifuncionalidade), o que gera cansaço; (ii) maior exigência para funções que demandam o trabalho com tecnologia, o que provoca a dificuldade das empresas em preencher vagas.

Todas essas alterações na economia mundial provocaram uma verdadeira revolução no modo de produção, que passou do fordismo-taylorismo para o toyotismo, em consonância com a visão global de enxugamento de despesas, já que a produção passa a atender às necessidades do mercado e não para estoque (*just in time*).

Ao contrário do modo de produção taylorista, no qual a produção em massa era dividida em escalas rígidas e definidas, na configuração atual, a produção passa a ser gerida por equipes, em um contorno mais flexível, no qual as características pessoais do trabalhador são determinantes, pois influenciam diretamente a qualidade do produto final.

Segundo M. Carmen Ortiz Lallana, toda vez que uma empresa opta pela introdução de novas tecnologias em sua unidade produtiva, os impactos serão gerados sobre todo o sistema e não somente sobre o emprego²⁶⁰.

Ademais, prossegue a autora, frequentemente, a inovação tecnológica – por se tratar de uma substituição de tecnologias pesadas por imateriais - também traz como efeito a redução da mão de obra sem qualificação e o aumento da qualificada²⁶¹.

Para José Luis Monereo Pérez, a aplicação de novas tecnologias e sua influência sobre o modo de produção ao lado do aumento substancial do setor de serviços, típico da sociedade pós-industrial, levaram a uma diminuição da população assalariada do setor industrial e, conseqüentemente, do objeto do direito do trabalho²⁶².

Em razão disso, Otávio Pinto e Silva assevera que o novo setor econômico, emergente da globalização, capacitou-se para absorver a contratação de trabalhadores de

²⁵⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Sobre la globalización y el futuro del derecho del trabajo*. Proposta apresentada na XXII Jornada Iberoamericana da Associação Iberoamericana de Direito do trabalho e da Seguridade Social. Lima, 08-12 nov. 1999.

²⁶⁰ ORTIZ LALLANA, M. Carmen. Innovación tecnológica y nuevas tecnologías en la empresa: un factor de competitividad. *Estudios Financieros*: revista de trabajo y seguridade social, n. 274, p. 68, 2006.

²⁶¹ Id. Ibid., p. 69-70.

²⁶² MONEREO PÉREZ, José Luis. op. cit., p. 83.

formas atípicas, o que justifica o debate da doutrina, entre elas a italiana de um “*tertium genus*” entre trabalho subordinado e autônomo²⁶³.

Estas formas de trabalho não se referem somente à atipicidade em razão da forma de contratação (local, tempo, modo) mas, residem em um setor informal da economia que surgiu justamente nesse modelo produtivo e não se encaixa no tradicional perfil do trabalho subordinado.

As transformações vivenciadas pelo mundo também trouxeram uma nova composição de classes sociais, como destaca Arion Sayão Romita, em razão da mobilidade acelerada, o que trouxe os proletários a um nível de vida mais elevado, além da criação de uma classe de prestadores de serviços (setor terciário) diversa daquela do século XX²⁶⁴.

Esse novo padrão de vida dos assalariados aliado à globalização, trazem o acesso à informação por parte dos trabalhadores. É um grupo que não apenas tem conhecimento de seus direitos no plano nacional, mas também pelos direitos das mesmas classes provenientes de outras nações, o que justifica a atuação de organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em decorrência e como já mencionado, a Organização Internacional do Trabalho, elaborou, em 10 de junho de 2008²⁶⁵, a “Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa”, levando em consideração que o processo de globalização implica na internacionalização do mundo dos negócios e de seus processos, bem como na circulação de pessoas, em especial trabalhadores.

A declaração determinou, entre outros, critérios de aferição da existência de relação de emprego, levando-se em consideração que a globalização implicou no crescimento de trabalhadores que precisam de proteção, já que ficaram descaracterizados ante as regras tradicionais de configuração do contrato de trabalho.

Nesse contexto, a OIT assinalou que, se de um lado alguns países se beneficiaram com este processo de cooperação e integração, por meio de crescimento econômico e criação de novos postos e de emprego; de outro, há nações que sofrem com a desigualdade

²⁶³ SILVA, Otávio Pinto e. op. cit., p. 115.

²⁶⁴ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 69.

²⁶⁵ Adotada em razão da Conferência Internacional do Trabalho, em sua nonagésima sétima reunião. OIT. Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. 97ª Conferência Internacional do Trabalho, cit.

pois não conseguem competir frente aos demais países, o que leva ao aumento dos níveis de desemprego e pobreza, além da economia informal.

Justamente em decorrência deste cenário, há quem preconize o fim do direito do trabalho.

Kátia Magalhães Arruda enfatiza que a automação robótica e eletrônica não traz apenas o desemprego, mas a introdução de formas precárias de trabalho²⁶⁶, em detrimento do contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Contudo, como afirma Arion Sayão Romita, mesmo com o aumento do desemprego, em decorrência das novas tecnologias, sempre será necessária a existência de trabalhadores que pertençam ao núcleo estrutural da empresa, o que justifica a adoção da negociação coletiva como forma de solução de conflitos, privilegiando a autonomia privada dos sujeitos envolvidos na relação laboral²⁶⁷.

Com efeito, a chamada flexibilização dos direitos trabalhistas, que preconiza uma relativização do social, levando-se em consideração o contexto econômico necessário ao desenvolvimento das empresas, é uma realidade vivenciada por quase todos os países do mundo, justamente em função da globalização, que torna os cenários dos países muito próximos (sopesados os fatores políticos e culturais).

Entretanto, para que tal processo seja efetivado da forma correta, sem detrimento do social, mas apenas de forma a relativizá-lo, faz-se necessária a negociação entre os sujeitos envolvidos na relação, ou a chamada promoção do diálogo social e tripartite, o que é, inclusive, um dos objetivos estratégicos dos países membros da OIT²⁶⁸, conforme estabelecido na aludida “Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa”.

²⁶⁶ARRUDA, Kátia Magalhães. op. cit., p. 85.

²⁶⁷ROMITA, Arion Sayão. *O princípio de proteção em xeque e outros ensaios*, cit., p. 215-216.

²⁶⁸Os demais objetivos são: (i) promoção de empregos com entorno institucional e econômico sustentável, permitindo que os trabalhadores possam adquirir e se atualizarem nas qualificações que sejam necessárias para trabalharem de forma produtiva e também para realização pessoal e bem estar comum; (ii) adoção de medidas de proteção social no plano da seguridade social e de condições de trabalho saudáveis e seguras, bem como políticas salariais que garantam a todos a distribuição dos frutos do progresso e um salário mínimo digno; (iii) o respeito, promoção e aplicado dos princípios e direitos fundamentais do trabalho, não apenas como direitos mas como condições necessárias para a realização dos objetivos estratégicos da globalização, levando em conta a liberdade sindical e o reconhecimento da negociação coletiva e que a violação de tais princípios não pode ocorrer como justificativa para fins comerciais protecionistas.

7. TENDÊNCIAS DA SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

Em razão das transformações sociais e econômicas vividas pelo mundo nas últimas décadas, como resultado do processo de globalização e do advento de novas tecnologias, o trabalho assalariado sofreu reflexos em suas características essenciais, entre elas, a subordinação.

Sergio Torres Teixeira afirma que, ao lado de uma realidade fática em plena transmutação, os requisitos para o vínculo de emprego persistem²⁶⁹, o que impõe uma visão mais sensível do julgador.

Isso levou a um aumento das contratações tidas como precárias, sem a proteção da legislação laboral, uma vez que novas atividades surgiram sem que pudessem ser qualificadas dentro da dicotomia trabalho subordinado-autônomo, justamente por possuírem características de ambos.

Ademais, as transformações no plano externo ao direito do trabalho (sejam políticas e econômicas) trouxeram uma ascensão social a uma boa parte dos trabalhadores, principalmente, o que elevou o grau de conhecimento dos mesmos, como ocorreu com o Brasil e outros países denominados emergentes.

Em consequência do fato, o trabalhador atual não é o mesmo operário de fábrica típico da Revolução Industrial, ou seja, sem consciência de seus direitos e a dimensão das possibilidades de crescimento em sua carreira.

Diante de tais transformações, Arion Sayão Romita pondera que o assalariado tende a deixar o ambiente empresarial para estabelecer-se por conta própria²⁷⁰.

Como asseverado por Nelson Mannrich, “novas modalidades de trabalho pressupõem alternativas ao trabalho subordinado típico, que não será superado tão facilmente.”²⁷¹

²⁶⁹ TEIXEIRA, Sergio Torres. A moderna relação de emprego. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.) *Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 383.

²⁷⁰ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, cit., p. 69-70.

²⁷¹ MANNRICH, Nelson. Empregabilidade, ocupação e novas reformas de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 100, 2005. p. 107.

Ademais, Alice Monteiro de Barros discorre que o critério da subordinação jurídica, que enfatiza a submissão funcional do empregado às ordens do empregador, mostrou-se eficiente durante determinada época da história, em uma sociedade industrial primitiva, onde empregado e empregado se equiparavam em grau de conhecimento²⁷². Todavia, o cenário econômico global e local é outro e novas percepções sobre a subordinação devem ser construídas pelos juristas.

Na sociedade pós-industrial, nem sempre se verifica a superioridade técnica do empregador, sendo perfeitamente admissível que o empregado possua tal qualidade, a qual justamente é requisito para a contratação.

Por extensão, a subordinação atual tem outra feição nos contratos de trabalho surgidos com o advento da globalização e novas formas de tecnologia, como o trabalho intelectual.

Essa nova característica da subordinação leva a uma maior reflexão pelos juristas, além da simples dicotomia entre trabalho subordinado e autônomo, com a criação de outras figuras, como o trabalho parassubordinado e autônomo dependente, demonstrados no capítulo quinto.

De acordo com Luiz Carlos Amorim Robortella, vive-se não uma crise do direito do trabalho, mas do direito do trabalho clássico, já que este é forçado a se adaptar aos novos cenários políticos, econômicos, sociais, tecnológicos e culturais²⁷³.

Evaristo de Moraes Filho leciona que o conceito de subordinação é muito relativo, razão pela qual não se pode admitir a mesma subordinação para um operário e um empregado intelectual²⁷⁴.

Nesse sentido, o autor busca demonstrar, conforme suas palavras, que a subordinação vai se “adelgaçando”, na medida em que a confiança do empregador aumenta conforme maior for o grau de intelectualidade do empregado, dando a este certa autonomia.

²⁷²BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 279-280.

²⁷³ROBORELLA, Luiz Carlos. *Transformações do direito do trabalho*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994. p. 35.

²⁷⁴MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*, cit., p. 114.

O aumento da competitividade entre as empresas e as alterações de cunho tecnológico trouxeram alterações na forma como o trabalho é prestado, visando manter a qualidade dos produtos, serviços. Todas estas mudanças na forma com que o poder é exercido pelas empresas, implicaram em alterações no trabalho subordinado e autônomo e fazem com que seja cada vez mais difícil identificar a subordinação, mesmo que esta remanesça como maior critério para identificação do contrato de trabalho.

Assim, dada à ausência de uma legislação eficaz que abranja todos essas novas relações de trabalho, como já demonstrado, coube à jurisprudência analisar cada caso prático e averiguar a existência ou não de subordinação.

Diante desse panorama, apresentaremos as principais tendências nos planos doutrinário e jurisprudencial como alternativas aos critérios existentes de subordinação, buscando adequar o trabalho à realidade e, com isso, abranger os trabalhadores que precisam estar sob a égide do direito do trabalho, em maior ou menor grau (visto que a intensidade da tutela não é objeto deste estudo, mas, sim, o seu alcance a todos os que devam ser classificados como subordinados).

7.1. A Subordinação Estrutural

Para Maurício Godinho Delgado, a subordinação estrutural é a “que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas, acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*.”²⁷⁵

À primeira vista, a subordinação estrutural assemelha-se à objetiva, já tratada nesse estudo. Entre os pontos de conexão destaca-se o enfoque à atividade desempenhada, como sendo o vínculo que une o trabalhador ao patrão, ou seja, o objeto do contrato de trabalho²⁷⁶.

Ademais, tais teorias não enfatizam a submissão hierárquica do trabalhador, sendo esta decorrência da própria atividade desenvolvida pelo empregado no âmbito da organização empresarial.

²⁷⁵DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, cit., p. 667.

²⁷⁶SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*, cit., p. 17.

A diferenciação entre subordinação objetiva e estrutural é que aquela, segundo Maurício Godinho Delgado, não se mostrou capaz de diferenciar o trabalho autônomo do subordinado em determinadas situações, em especial quando o trabalho é desempenhado fora da empresa²⁷⁷.

Na subordinação objetiva, de acordo com o autor, trabalhadores autônomos acabavam sendo incorporados ao conceito de trabalhadores subordinados, o que contribuía para o desprestígio da tese²⁷⁸. Por isso, a subordinação estrutural também enfatiza a inserção do trabalhador na dinâmica empresarial, mas sem perder a noção dos conceitos sedimentados.

A preocupação de Maurício Godinho Delgado foi estender os direitos trabalhistas a determinadas relações não empregatícias, como o trabalho eventual e também a prestadores de serviços hipossuficientes, notadamente nos casos de terceirização.

Luiz Carlos Amorim Robortella opina que o alargamento das fronteiras dogmáticas do direito do trabalho poderia levar à construção de um direito do mercado de trabalho, que supera a dicotomia entre trabalho autônomo e subordinado e a própria distinção entre formas típicas e atípicas de emprego²⁷⁹.

Com efeito, para Arion Sayão Romita, discute-se atualmente se o mais recomendável não seria atribuir à subordinação uma visão mais social, ao invés de técnica-funcional, permitindo aplicar a tutela trabalhista aos trabalhadores que prestem serviços a outrem, ainda que não possam ser considerados subordinados²⁸⁰.

Lorena Vasconcelos acentua que a preocupação da subordinação estrutural é integrar o trabalhador à dinâmica da organização empresarial, “incorporando e se submetendo a sua cultura corporativa dominante²⁸¹”.

A subordinação estrutural é invocada em alguns acórdãos lavrados pelo Tribunal Regional da 3ª Região, onde Maurício Godinho Delgado atuou como Desembargador²⁸², como demonstrado nas ementas abaixo:

²⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, cit., p. 667.

²⁷⁸ Id., loc. cit.

²⁷⁹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. op. cit., p. 40.

²⁸⁰ ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados, cit., p. 47.

²⁸¹ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico, cit., p. 250.

²⁸² Em novembro de 2007, tomou posse como ministro do Tribunal Superior do Trabalho, em vaga destinada à magistratura trabalhista.

VÍNCULO DE EMPREGO - CONFIGURAÇÃO - A relação empregatícia forma-se quando presentes os elementos fático-jurídicos especificados pelo caput dos artigos 2o. e 3o. da CLT: trabalho prestado por pessoa física a um tomador, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação. A subordinação, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3o., caput, CLT).²⁸³

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. FRAUDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Contratar, através de empresa interposta, prestadora de serviços, mão-de-obra para o desempenho de funções intrinsecamente ligadas à atividade-fim da tomadora de serviços ou a atividade essencial aos fins do empreendimento (subordinação objetiva), mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços (subordinação estrutural), ao invés de fazê-lo, como seria correto, de forma direta, contraria o escopo da terceirização legalizada, conduzindo ao manifesto desequilíbrio entre capital e trabalho, o que deve ser repudiado por esta Justiça Especializada. Destarte, tendo as reclamadas agido em conluio, restando configurada fraude na terceirização, perpetrada com o intuito de impedir a aplicação dos preceitos trabalhistas, ambas são solidariamente responsáveis por todas as verbas devidas ao reclamante, decorrentes do contrato de trabalho, visto que agiram em desconformidade com a lei, cometendo ato ilícito, causador de dano aos direitos do obreiro, conforme preceito que emana dos artigos 186, 927 e 942 do Código Civil c/c art. 8º, parágrafo único e art. 9º da CLT²⁸⁴.

TERCEIRIZAÇÃO. REPARADOR/INSTALADOR DE LINHAS TELEFÔNICAS - O que não se tolera em um Estado Democrático de Direito, fundado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana, é a terceirização que proporciona discriminação salarial, de condições de trabalho, de direitos e de pessoas. Os empregadores não podem permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados. Noutro falar, se a intermediação da mão de obra praticada pelas empresas de telecomunicações com base na Lei 9.472/97 implicasse também a concessão de salários, vantagens e de todas as condições de trabalho idênticas aos dos empregados da empresa tomadora dos serviços, certamente esta ação sequer existira, por absoluta ausência de interesse/necessidade da prestação jurisdicional. Além disto,

²⁸³ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 00326-2007-076-03-00-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Des. Mauricio J. Godinho Delgado. Publicação: 31/08/2007.

²⁸⁴ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 0001053-44.2010.5.03.0038. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora. Relator: Des. Heriberto de Castro. Publicação: 09/12/2010.

a terceirização em si da atividade de técnico em telefonia que instala/repara linhas telefônicas e TV a cabo não prima pela regularidade, pois a função está perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais das tomadoras dos serviços, tais como TELEMAR, GVT, OI, etc. E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não se deve só cogitar daquela subordinação direta, mas também, da subordinação estrutural que implica reconhecimento do verdadeiro vínculo empregatício²⁸⁵.

Pelo exposto, conclui-se que a proposta da subordinação estrutural é alargar o conceito de subordinação, aplicando critérios que vão além da visão tradicional. Tal teoria se mostra aplicável principalmente para os casos de terceirização na chamada atividade fim.

Ocorre que no Brasil, a terceirização da atividade fim já é vedada, em razão do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 331 do Tribunal.

Contudo, ainda que não se cogite de terceirização da atividade fim, o fato de o trabalhador estar inserido na dinâmica da empresa, por si só, não basta para configuração do contrato de trabalho. Isso porque, há atividades, principalmente aquelas atreladas à tecnologia, em que o profissional autônomo trabalha internamente no seu cliente, participando da cultura e do cotidiano da empresa.

Assim, de acordo com a teoria da subordinação estrutural, tal trabalhador seria qualificado como empregado. Em decorrência, outros critérios deverão ser levados em consideração, evitando-se julgamentos injustos.

Nesse diapasão, a subordinação clássica (submissão às ordens do empregador) também pode ser sopesada, verificando-se, por exemplo, se o trabalhador sofreria qualquer tipo de sanção caso deixasse de comparecer ao cliente.

De todo modo, há que se reconhecer a importante contribuição dessa proposta, pois se trata de mais um recurso disponível para os julgadores.

Ademais, a intenção de proteger trabalhadores como autônomos hipossuficientes, como aqueles que dependem praticamente de um único cliente, também é interessante, tendo em vista que o ordenamento brasileiro não possui tratamento diferenciado para tal classe.

²⁸⁵Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 0000619-18.2010.5.03.0018. Órgão Julgador: Décima Turma. Relator: Des. Marcio Flavio Salem Vidigal. Publicação: 17/11/2011.

Entretanto, fica a crítica de que se aplicando a subordinação estrutural a um autônomo, indevidamente, este passaria a ter o mesmo tratamento dos empregados, o que justifica a necessidade de tutela específica a tais trabalhadores.

7.2. A Coordenação

Com base no Código Civil italiano, o trabalho coordenado na visão de Amauri Mascaro Nascimento seria “uma extensão da subordinação, como novo desenho mais flexível²⁸⁶”.

Nesse sentido, no trabalho coordenado há uma integração entre as ordens do empregado e do empregador, pois ambos trabalham juntos para atingir o resultado desejado, ao passo que no trabalho subordinado o empregado se submete simplesmente às ordens do patrão²⁸⁷.

O prestador de serviços pode ou não estar em uma situação economicamente inferior a do contratante, mas, no plano jurídico, há uma equivalência justamente pela possibilidade de interagirem na execução do trabalho.

Na legislação italiana, o trabalho coordenado aplica-se ao denominado contrato a projeto, criado pela Reforma Biagi (Decreto Legislativo. nº 276/2003²⁸⁸) com o intuito de regularizar o uso desenfreado dos contratos coordenados, continuativos, coordenados (*co.co.co*).

O contrato a projeto consiste em forma de trabalho autônomo e difere do contrato de trabalho, tendo em vista que seu objetivo é o alcance de um resultado, uma vez que o trabalhador não coloca sua força de trabalho simplesmente à disposição do contratante.

Ademais, algumas atividades estão excluídas desta modalidade de contratação, tais como: agência e representação comercial (parassubordinados); setor público; profissionais intelectuais, cujo exercício da profissão exija inscrição em órgãos específicos; administração da sociedade; participantes de colégios e comissões; aposentados;

²⁸⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 468.

²⁸⁷SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*, cit., p. 106.

²⁸⁸ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI. Disponível em: <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/ADF61963-C03C-4FDE-B8DD-1F5906942112/0/20030910_DLGS_276.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2012. Arts. 61 a 69.

sociedades esportivas; prestações ocasionais (sendo estas consideradas como as que não ultrapassem 30 dias no mesmo ano, salvo se a comissão ultrapassar 5 mil euros).

O contrato a projeto deve ser escrito prevendo um ou mais projetos específicos para execução em determinado tempo ou, independentemente deste, permite-se a contratação de um projeto que não seja exaurido com um resultado, mas esteja de acordo com a organização empresarial (art. 61, § 1º)²⁸⁹.

O contrato também estipulará as limitações da coordenação do serviço pelo prestador, bem como o lapso temporal para que o projeto seja executado, de forma autónoma, pelo colaborador.

Desse modo, o intuito da Reforma Biagi com o contrato a projeto, foi definir que prestações que não se enquadrem nesta nova tipologia, serão classificadas como trabalho subordinado, evitando a proliferação de contratações precárias, como ocorria com o *co.co.co.*

Assim, como demonstrado, a colaboração é uma forma de prestação de serviços autónoma, tanto que é um dos elementos da parassubordinação, também espécie de trabalho autónomo, como visto no capítulo quinto.

Portugal, por sua vez, prevê duas dimensões da coordenação no âmbito do contrato de trabalho, de acordo com o art. 126º do Código do Trabalho²⁹⁰.

A primeira está prevista no parágrafo 1º do referido artigo e determina o dever de colaboração das partes na execução do contrato, como afirma Maria do Rosário Palma Ramalho²⁹¹.

Já a segunda vertente da coordenação remete à organização empresarial, de modo que as partes devem colaborar visando ao aumento da produtividade, bem como à “promoção humana, profissional e social do trabalhador”.

Diante desse panorama, pode-se afirmar que a coordenação é um elemento presente no contrato de trabalho em decorrência, principalmente, do dever mútuo das partes de

²⁸⁹ Nesse mesmo sentido, Circular do Ministério do Trabalho 01/2004, de 14 de janeiro de 2004.

²⁹⁰ Art. 126º - Deveres gerais das partes:

1 - O empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações.

2 - Na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador.

²⁹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte II: situações laborais individuais, cit., p. 94-95.

agirem com boa-fé, bem como de agirem em prol da consecução dos objetivos do pacto laboral.

Contudo, não se mostra razoável tornar a coordenação um critério em substituição à subordinação, justamente pelo fato de serem diametralmente opostos.

Pelo exemplo da legislação italiana, não restam dúvidas de que a coordenação é o elemento essencial do contrato a projeto, diferenciando este do contrato de trabalho, cuja característica é a subordinação.

Logo, se o contrato a projeto é espécie de trabalho autônomo, não há como se empregar a coordenação como critério essencial ao contrato de trabalho, senão, no máximo, como mencionado, utilizá-la como um de diversos outros elementos, sob pena de continuarmos com a mesma dificuldade atual na qualificação das chamadas “zonas grises”.

Otávio Pinto e Silva, ressalva, porém, que a coordenação tampouco se verifica no trabalho autônomo, pois neste o trabalhador deve prestar o serviço em conformidade com as instruções do contratante.

Mesmo assim, a nosso ver e principalmente levando-se em consideração o ordenamento brasileiro, a coordenação se mostra mais relevante no trabalho autônomo²⁹², já que em qualquer espécie de trabalho, a observância de regras é inerente, diferenciando-se se há uma imposição de determinações (trabalho subordinado) ou se tal atividade se dá de forma conjugada entre as partes envolvidas (trabalho autônomo).

7.3. O relatório Supiot

Cientes das transformações no mundo e suas implicações no direito do trabalho, os países da União Européia encomendaram um estudo de especialistas em 1997, coordenado por Alain Supiot, razão pela qual o resultado final denominou-se relatório Supiot.

Tal relatório demonstrou a decadência do modelo fordista das relações produtivas²⁹³, apontando a existência de três níveis de transformação na organização do

²⁹² Como mencionado, há casos em que é necessária a conjugação de diversos indícios para correta denominação da tipologia contratual.

²⁹³ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*, cit., p. 117. O autor conclui que este o relatório Supiot “assevera que o direito do trabalho somente poderá continuar a cumprir sua função histórica (qual seja, da garantia das condições de cessão social) se abraçar a evolução das formas de organização do trabalho na sociedade contemporânea e não se fechar naquelas que o originaram e hoje estão em declínio” (p. 122).

trabalho²⁹⁴, entre eles, a reconstrução do critério de subordinação que caracteriza o contrato de trabalho, bem como sugerindo a caracterização de uma nova dependência do trabalhador, capaz de estender os direitos sociais àqueles que forem efetivamente mais fracos na relação de trabalho.

Assim, o relatório Supiot opina que deve haver o redimensionamento dos critérios utilizados para conceituação do trabalhador dependente e subordinado, de acordo com a realidade e sem a utilização das mesmas fórmulas do trabalho subordinado tradicional que, hoje, mostram-se ineficazes.

O alargamento do conceito de subordinação trouxe inúmeros trabalhos ao status de subordinados, implicando em uma heterogeneidade da população laboral, o que, por sua vez, promoveu uma fragmentação do direito do trabalho.

Tal fenômeno ocasiona duas consequências. A primeira é que trabalhadores com alto grau de independência se beneficiem indevidamente do direito do trabalho. E segundo, que trabalhadores hipossuficientes, qualificados como autônomos, deixem de receber a correta proteção²⁹⁵.

Em virtude desses fatos, o relatório demonstra que há duas tendências de debates em grande parte dos países da Europa:

a) Redução do escopo da legislação trabalhista

A primeira tendência é reduzir o escopo da legislação trabalhista, de modo que esta abranja tão somente os trabalhadores subordinados que se enquadrem nas definições da legislação.

Na França, por exemplo, o denominado “Madelin Act” de 11 de fevereiro de 1994 determinou a presunção da existência de contrato de emprego, quando as partes derem outra conotação para o contrato de trabalhadores registrados sob a seguridade social como autônomos²⁹⁶.

²⁹⁴ Os outros dois níveis são: (i) a promoção do trabalho autônomo, em oposição ao subordinado; (ii) a terceirização ou subcontratação do trabalho para empresas economicamente dependentes de uma principal (SUPLOT, Alain. *Beyond employment: changes in work and the future of labour law in Europe*. New York: Oxford, 2001. p. 3).

²⁹⁵ Id. Ibid., p. 13.

²⁹⁶ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. Novas tendências do mercado de trabalho: crise do trabalho subordinado, crescimento do trabalho autônomo e de pessoas jurídicas. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*, cit., p. 127.

Alain Supiot recorda que a jurisprudência francesa se utilizava da noção de integração do trabalhador na organização empresarial mas, posteriormente, reformulou seu entendimento ao defender que a subordinação às ordens de um empregador é o critério primordial para a definição do trabalhador subordinado (precedente invocado no Capítulo 3 da Corte de Cassação, 13 de novembro de 1996)²⁹⁷.

Segundo Luisa Galantino, as possíveis formas de conceituação unitária da subordinação são as definidas pelo art. 2094 do Código Civil italiano e o trabalho subordinado costuma ser identificado das seguintes formas²⁹⁸: (i) heterodireção da prestação, ou seja, a sujeição do trabalhador ao poder diretivo do empregador; (ii) inserção da prestação do trabalho na organização da empresa; (iii) dependência econômica do trabalhador e alienabilidade do resultado da prestação; (iv) prestação realizada com continuidade sob a direção de um outro sujeito e retribuída segundo os parâmetros de suficiência e proporcionalidade descritos no art. 36 da Constituição da Itália²⁹⁹.

Esta visão mostra uma tentativa de responder à situação nebulosa que se encontra o trabalho subordinado. Assim, como não foi dada uma resposta aos problemas gerados pelo mundo moderno, propõe-se manter sob a tutela trabalhista somente as tipologias que se encontrem definidas em lei.

b) Aumento do escopo da legislação do trabalho

Essa corrente, ao contrário, defende que a legislação deva ser interpretada de maneira ampla, aplicando outros critérios em adição à subordinação jurídica, de modo que não apenas os trabalhadores definidos em lei sejam qualificados como subordinados.

De acordo com o relatório Supiot, os critérios propostos para utilização, além da subordinação jurídica, são a dependência econômica do trabalhador e a integração na organização de outrem, já tratados com maior profundidade no capítulo quarto.

Quanto à integração do trabalhador na organização de outrem, como mencionado, essa idéia não é nova e já vem sendo utilizada pela jurisprudência na França, embora esta

²⁹⁷ Corte de Cassação, Câmara Social. Recurso n. 94-13187. Société Générale contra URSSAF de la Haute-Garonne. Íntegra da decisão colacionada no **Anexo 2**.

²⁹⁸ GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*, cit., p. 84.

²⁹⁹ Art. 36. O trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade de seu trabalho e suficiente a assegurar a ele e sua família uma existência livre e digna. GOVERNO ITALIANO. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo3.html>. Acesso em: 10 jan. 2011. Tradução nossa.

tenha reafirmado que a submissão às ordens não deixou de ser o critério primordial para identificação da subordinação.

Outrossim, a questão da dependência econômica já foi colocada como ponto principal para identificação de um empregado e teve como fundamento a legislação de direito social na França. Àquela época buscava-se atrelar o escopo da legislação do trabalho com sua necessidade de proteção.

A noção de dependência financeira se mostrava capaz de abranger os trabalhadores em situações “pré-fordista” (agentes ou pessoal de vendas comissionários, pequenos comerciários) que faziam seus trabalhos exclusivamente para um único contratante, que estava em posição de impor seus termos.

Porém, a discussão quanto ao cabimento da noção de dependência econômica ressurgiu no pós-fordismo, com as tipologias criadas, como a nova geração de trabalhadores em domicílio (com computadores e aparelhos de telecomunicação que os mantêm conectados às empresas), tecnicamente autossuficientes, mas não menos dependentes financeiramente.

Alain Supiot aponta que o debate sobre a questão está bem desenvolvido na Alemanha, já que a doutrina, defendida primariamente por Rolf Wank, demonstra a impossibilidade de que a submissão permaneça como a principal característica do status de empregado³⁰⁰.

Nesse sentido, a necessidade de proteção deve estar vinculada à dependência financeira de um único empregado e não à referida submissão³⁰¹.

A teoria de Rolf Wank, segundo Lorena Vasconcelos Porto, se presta a abrigar os trabalhadores parassubordinados, eis que exclui os autônomos, por assumirem os riscos do negócio. Logo, para a teoria seria empregado aquele que não atua como empresário³⁰².

Com efeito, o critério da dependência econômica, tal qual mencionado, foi retomado na era moderna, com a globalização e o advento de novas tecnologias no modo de produção. Tais fatores deram margem à criação de novas formas de prestação de

³⁰⁰SUPIOT, Alain. *Beyond employment*; changes in work and the future of labour law in Europe, cit., p. 15.

³⁰¹Alain Supiot acrescenta que, de acordo com a teoria preconizada por Rolf Wank, a dependência financeira poderia ser caracterizada pelo trabalho prestado seguinte forma: (i) de modo pessoal, sem a ajuda de assistentes; (ii) para um único contratante; (iii) sem dispêndio monetário do trabalhador; (iv) dentro da organização empresarial de outrem.

³⁰²PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico, cit., p. 245.

serviços, cujos trabalhadores se encontram na mesma situação de hipossuficiência do que aqueles que a lei trata como subordinados.

Esta visão é corroborada pela “Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa sobre a Relação de Emprego”, da OIT, de 2006.

Afinal, a própria OIT, por intermédio da Declaração supra, deixa claro que o trabalhador objeto de preocupação é aquele que se encontra inserido na organização de outrem, que obedeça às instruções do contratante, receba remuneração periódica e observe número de horas trabalhadas.

Logo, a dependência econômica, na nova visão, não se refere tão somente a proteger parte da população carente e trabalhadora, como ocorria nos primórdios. Trata-se de, em uma situação nítida de dependência do trabalhador perante seu contratante, verificar a existência dos indícios de subordinação jurídica.

Tal análise cabe primordialmente à jurisprudência, diante das lacunas da legislação.

Nesse diapasão, Luisa Galantino discorre quanto às formas de definir uma pluralidade de definições de subordinação, relacionadas à jurisprudência (métodos tipológico e de identidade).³⁰³

No método tipológico, parte-se de uma concepção definida pela legislação para o trabalho autônomo e o subordinado. A partir disso, compara-se o caso abstrato com o caso concreto, em um juízo de aproximação, de acordo com os indícios de autonomia ou subordinação. A crítica que a autora faz a tal método é que o mesmo confere uma liberdade incontrolada ao intérprete.

O método de identidade, por sua vez, cria uma *fattispecie* abstrata pelos elementos em comum que determinadas tipologias possuem entre si. Assim, a título exemplificativo, o trabalho doméstico possui semelhanças com o trabalho na empresa, mas deste se distancia pelo fato de ser desempenhado no âmbito familiar.

³⁰³GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*, cit., p. 257.

7.4. A “Supersubordinação”

Jorge Luiz Souto Maior sustenta que a evolução dos tempos gerou um movimento de redução progressiva dos direitos trabalhistas, intensificado na década de 90³⁰⁴.

Dentro deste processo reducionista, o autor critica algumas tipologias, como o trabalho parassubordinado pois, em sua opinião, deveriam ser tratadas como trabalho subordinado, mas, por uma imposição do capital são qualificadas como autônomas.

As implicações da não abrangência de relações de emprego, mas rotuladas com autônomas, alcançam as políticas de pleno emprego do Estado Social, além de violar a própria essência do direito do trabalho, o qual se ocupa do trabalho subordinado.

Ademais, se é impossível pensar em uma sociedade capitalista sem trabalho, este não poderia se dar apenas de forma autônoma, na opinião do autor.

Nesse sentido, os chamados novos autônomos, por utilizarem mão de obra alheia, acabam ganhando a denominação de empregadores.

Ocorre que tais empregadores seriam tão hipossuficientes quanto os trabalhadores que contratam.

Assim, de acordo com a teoria, as mudanças ocorridas no mundo não teriam o condão de afastar o trabalho por conta alheia, “atraindo a formação de vínculos autônomos³⁰⁵”.

Diante desse cenário, a teoria propõe a existência de trabalhadores “supersubordinados”, que seriam todos aqueles reduzidos à condição de força de trabalho, eis que desrespeitados os seus direitos fundamentais, em razão do não reconhecimento da relação de emprego, ou, quando esta já for configurada, a supersubordinação também ocorre se houver a supressão de alguns direitos do trabalhador, de modo deliberado pelo empregador.

As situações de supersubordinação devem ser tratadas como danos à dignidade humana e, por isso, os efeitos jurídicos devem gerar indenizações de ordem pessoal e social, sendo esta fixada a critério do juiz.

³⁰⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 25, n. 297, p. 65, 2008.

³⁰⁵Id. Ibid., p. 81.

Com isso destaca-se o papel da Justiça do Trabalho na integração social dos trabalhadores, evitando que, com a modificação das forças de produção, trabalhadores deixem de receber a tutela adequada.

Isso não significa que todo trabalho deva estar sob a égide do direito do trabalho, com o mesmo tratamento e grau de tutela, já que isso seria o mesmo que afirmar que não haveria exploradores e todos são explorados pelo sistema³⁰⁶.

A intenção da teoria da supersubordinação, ao final, é ampliar os direitos trabalhistas àqueles que necessitem, como ocorre no caso da subordinação estrutural.

7.5. A Flexibilização

As mudanças sofridas no mundo do trabalho em decorrência dos fatores externos relatados no capítulo sexto implicaram em uma releitura do trabalho subordinado, ou melhor, da forma clássica como era admitido³⁰⁷.

Afinal, o contrato de trabalho surgiu em um contexto de necessidade de proteção do trabalhador e, por isso, agregou princípios universais, de ordem pública, como a impossibilidade de renúncia a determinados direitos previstos em lei.

Do ponto de vista social, trata-se de uma conquista da classe operária, de modo que seria impossível pensar na eficácia do direito do trabalho, em seu surgimento, sem a imposição de tais regras. Contudo, do lado econômico, tais princípios eram tratados como entraves à iniciativa privada, tendo em vista a limitação da vontade das partes.

Nesse contexto, nasceu a chamada flexibilização do direito.

Cássio Mesquita Barros afirma que o debate sobre a flexibilidade tem origem na Europa, a partir da década de 60, já que o término da Segunda Guerra Mundial

³⁰⁶SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e direito do trabalho*, cit., p. 57.

³⁰⁷Ao lado dos fatores econômicos (globalização) e tecnológicos aponta-se como causas da flexibilização elementos de ordem sociológica, como o aumento do setor terciário, com a tendência à formação de uma economia informal. (MANNRICH, Nelson. Limites da flexibilização das normas trabalhistas. *Revista do Advogado*, Temas Atuais de Direito do Trabalho, São Paulo, n. 54, p. 32, 1998).

propulsionou uma política de reconstrução dos países e, por consequência, a utilização de mão de obra numerosa³⁰⁸.

Com isso, além de uma imagem de convivência pacífica que os países buscaram converter a Guerra Fria, houve a promoção dos direitos trabalhistas e das políticas salariais.

Esta ascensão dos direitos sociais não marcou somente a economia, mas a própria política, com o Welfare State ou Estado do Bem Estar Social, cujas ideias passaram a incomodar o empresariado, que pretendia “jogar” a responsabilidade pela segurança do pleno emprego e da distribuição de renda ao Estado.

Cássio Mesquita Barros pontua, porém, que a maior influência na flexibilização veio de fatores culturais, já que a partir da Segunda Guerra, como demonstrado, mudanças substanciais no modo de produção impactaram diretamente na relação de trabalho, a qual permaneceu imutável sem uma legislação que acompanhasse tal evolução, o que deu margem à flexibilização pelo mercado³⁰⁹.

Segundo Lammy Betten não há dúvidas de que o conceito de Estado do Bem Estar Social merece reconsideração, o que não significa que tal problemática possa ser invocada como justificativa para a resistência empresarial à regulação das relações laborais em qualquer nível³¹⁰.

Nelson Manrich define a flexibilização, do ponto de vista psicológico e sociológico, como a capacidade de renunciar a determinados costumes, adaptando-se a novas situações³¹¹.

Para Cássio Mesquita Barros, há diversas definições passíveis de remeter à ideia de flexibilização do Direito, sendo que, de modo geral, significa uma reação a uma rigidez, real ou presumida, com respeito a alguma instrução ou prática de mercado³¹². A rigidez seria consequência aos princípios da irrenunciabilidade e de proteção.

³⁰⁸ MESQUITA, Cássio Barros. Flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, p. 1037, 1995.

³⁰⁹ Id. Ibid., p. 1040.

³¹⁰ BETTEN, Lammy. *The role of the contract in transforming labour relations*. In: BETTEN, Lammy (Org.) *The employment contract in transforming labour relations*, cit., p. 2.

³¹¹ MANNRICH, Nelson. Limites da flexibilização das normas trabalhistas, cit., p. 29.

³¹² MESQUITA, Cássio Barros. op. cit., p. 1034-1045.

De acordo com Américo Plá Rodriguez, o princípio protetor justifica a própria existência do direito do trabalho, como forma de compensação à desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador³¹³.

Já no tocante ao princípio da irrenunciabilidade, ainda segundo o autor, trata-se de peculiaridade do direito do trabalho, já que outros ramos do direito possuem regra oposta, ao aceitarem possibilidade de renúncia³¹⁴.

Assim, de acordo com tais princípios, seria impossível admitir salários inferiores aos mínimos legais ou profissionais³¹⁵ ou de serviços que não observem as regras vigentes para descansos semanais remunerados, ou seja, não há como dar respaldo a determinadas práticas de mercado, que usam como artifício o poder diretivo do empregador, em detrimento dos direitos adquiridos pelo trabalhador.

Entretanto, Amauri Mascaro Nascimento sustenta que como toda regra tem exceção, não poderia deixar de ser diferente com os princípios do direito do trabalho, eis que o desenvolvimento da economia traz consequências sobre as relações de trabalho³¹⁶.

Em razão disso, o autor conceitua a flexibilização do direito do trabalho como “a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores.”³¹⁷

Nesse sentido, um dos maiores problemas reside na proteção contra dispensa imotivada, presente na maior parte dos países capitalistas. Tal proteção, na visão dos empresários, é inadmissível, uma vez que a flexibilização significa que o trabalho seja contratado e rescindido nas condições criadas pelo mercado e não fixadas por um regulamento.

Amauri Mascaro Nascimento ressalva, por fim, que o princípio da norma mais favorável não é absoluto e permite que hajam exceções, desde que alguns cuidados sejam tomados, tais como: a representação dos trabalhadores na empresa, participação nos lucros

³¹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 30.

³¹⁴ Id. Ibid., p. 68.

³¹⁵ A Constituição Federal (art. 7º, VI) permite a redução salarial mediante acordo ou convenções coletivos. É a chamada flexibilização autorizada, já que prevista expressamente em lei. (MANNRICH, Nelson. Limites da flexibilização das normas trabalhistas, cit., p. 34.)

³¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Problemas atuais do direito e do processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, p. 913, 1991.

³¹⁷ Id., loc. cit.

e resultados, regulamentação da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Desse modo, a flexibilização pode ser praticada sem perder o escopo do direito do trabalho³¹⁸.

Maurício Godinho Delgado enfatiza a importância da delimitação da relação de emprego para fins de afirmação de direitos fundamentais e, consequentemente, da própria dignidade do trabalhador, e afirma que é necessária cautela ao estender tais direitos a todo tipo de trabalho, sob pena de “agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do direito do trabalho.”³¹⁹

Jean-Claude Javillier leciona que, na França, ocorreu uma flexibilização das condições de trabalho em 1984, após uma ruptura política entre ministros comunistas, acompanhada de pressões dos trabalhadores para uma revisão da política social e de reformas no direito do trabalho³²⁰.

Com isso, patrões e sindicatos negociaram modificações nas condições de trabalho, o que culminou em um protocolo firmado em 16 de dezembro do referido ano, denominado “Travaux D’Utilité Collective” (Decreto nº 84/919 de 16 de outubro de 1984)³²¹.

No caso da Itália, Lammy Bettens informa que, se descartada uma política de liberação do mercado, é consenso que uma certa negociação individual tipifica a regulação do denominada contrato a tempo parcial (part-time work), já que dentro da negociação coletiva foi conferido às partes o poder de determinar as horas trabalhadas (diária ou semanalmente).

Maria do Rosário Palma Ramalho, por sua vez, trata da tendência da flexibilização, não apenas dentro do contrato de trabalho, mas, também, de forma a regular alguns contratos atípicos, entre eles, o contrato de trabalho a termo (denominado de tempo determinado na legislação brasileira), a tempo parcial³²² e temporário³²³ e acrescenta que em alguns países (fora do contexto de Portugal, portanto), são admitidos os chamados “job

³¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Problemas atuais do direito e do processo do trabalho, cit., p. 914.

³¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, cit., p. 666.

³²⁰ JAVILLIER, Jean-Claude. op. cit., p. 30-31.

³²¹ BASE NATIONALE DE LÉGISLATION. Disponível em: <http://www.legislation.cnav.fr/textes/dec/TLR-DEC_84919_16101984.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

³²² Correspondência na legislação brasileira: art. 58-A da CLT.

³²³ Correspondência na legislação brasileira: Lei 6.019/74

sharing³²⁴” ou trabalho partilhado, o trabalho intermitente ou sob chamada³²⁵ e o teletrabalho³²⁶.

Dentro do contrato de trabalho, a autora destaca três formas possíveis de desregulamentação, sendo elas: (i) a desregulamentação em sentido próprio, ou seja, a supressão das normas legais, levando tal prática para o contrato de trabalho e, portanto, dentro da autonomia da vontade das partes; (ii) a desregulamentação em sentido amplo, ou *re-regulamentação*, que significa levar a competência da regulamentação para o âmbito das negociações coletivas e; (iii) “a alteração das regras especiais de interpretação e aplicação das fontes laborais” (como princípio protetor), aumentando a própria elasticidade³²⁷.

José João Abrantes assevera que a evolução legislativa das última décadas fez emergir um direito do trabalho da crise, onde se busca não mais assegurar condições de emprego, mas o próprio emprego³²⁸.

Com isso, mais do que reformas laborais, passou-se a discutir flexibilização e até mesmo supressão de alguns direitos trabalhistas, com o intuito de reduzir os custos do trabalho nas empresas.

Arion Sayão Romita defende uma corrente intermediária entre os avessos à flexibilização, enraizados sob os dogmas do paternalismo e protecionismo exacerbados, e os defensores da mais ampla desregulamentação do direito³²⁹.

Segundo o autor, é impossível se pensar em direito do trabalho sem intervenção estatal e um mínimo de direitos ao trabalhador, mas, ao mesmo tempo, mostra-se inviável, sob a ótica capitalista, um direito do trabalho favorável somente aos trabalhadores.

Logo, a flexibilização tem que possuir certos limites, mas não pode ser ignorada, já que o direito do trabalho surgiu da economia e se esta sofreu transformações, então, o direito do trabalho deve, necessariamente, se adaptar.

Este deve ser o verdadeiro conceito de flexibilização, traduzido pela necessidade de adaptação das normas vigentes, por meio de outras normas, ou da negociação coletiva –

³²⁴Sem correspondência na legislação brasileira. Trata-se de modalidade de trabalho na qual os trabalhadores dividem o mesmo posto, de modo que se um faltar, o outro assegura a continuidade na prestação dos serviços.

³²⁵Na legislação brasileira, denomina-se tal situação, dentro do contrato de trabalho, como sobreaviso, implicando no direito à percepção de um adicional (art. 244, § 2º. Súmulas 229 e 428 do Tribunal Superior do Trabalho).

³²⁶RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte I: dogmática geral, cit., p. 69.

³²⁷Id. Ibid., p. 74-75.

³²⁸ABRANTES, José João. *Direito do trabalho*: ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995. p. 32-35.

³²⁹ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança*; a reforma do mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 36-37.

com sindicatos fortes e atuantes – permitindo o crescimento econômico das empresas diante das flutuações do mercado, mas sem perder de vista a hipossuficiência do trabalhador. Afinal, independente do grau existente, a debilidade do trabalhador sempre existirá em uma relação laboral, justamente pelo fato de ele dispor do maior bem que possui, qual seja, sua própria força de trabalho.

Diante desse cenário, houve um desenvolvimento da flexibilização para a chamada “flexisegurança” ou “flexigurança”, já que o termo decorre da soma das palavras flexibilização e segurança, sendo traduzido para o inglês como “flexsecurity”³³⁰.

Pela própria denominação do termo, verifica-se que a “flexisegurança” ou “flexigurança” remontam à preocupação de proteger o trabalho, evitando sua precarização, em um contexto praticamente irreversível de desregulamentação.

Trata-se de estratégias embrionárias, cujos desdobramentos ainda não são conhecidos, mas que, sem dúvida, merecem aprofundamento pelos operadores do direito e estudiosos, permitindo a proteção do trabalhador, sem perder de vista a livre iniciativa das empresas.

Pelo exposto, no caso da subordinação, as tendências de flexibilização se fazem necessárias para adequação do direito do trabalho à realidade. No cenário atual, se determinados trabalhadores são considerados autônomos, embora possuam traços de subordinação e nítida dependência econômica de seus tomadores de serviços, ficam à deriva de uma reclamação trabalhista para ter declarada a correta natureza relação com o contratante, se subordinada ou autônoma.

Assim, tal tarefa não poderia ser delegada à negociação coletiva, de modo que empresários e trabalhadores, estes assistidos por seus sindicatos, se antecipassem declarando a natureza daquela relação tida como autônoma, mas que por vontade das partes, será classificada como de emprego, com a garantia mínima de direitos.

Talvez passe pela mente de muitos ser impossível uma negociação nesse sentido do lado do empresariado, mas, bastaria a existência de sindicatos fortes e atuantes, não meramente preocupados com a preservação de direitos previstos em uma legislação obsoleta, porém, atentos à realidade do mercado de trabalho e da economia.

³³⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho acentua que a preocupação surgiu após a publicação do Livro Verde da Comissão Europeia sobre a Modernização do Direito do trabalho para o século XXI (22 de novembro de 2006). In RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Direito do trabalho*: parte I: dogmática geral, cit., p. 75-76.

CONCLUSÕES

O mundo capitalista vivencia sua terceira Revolução Industrial, com larga utilização da robótica e dos meios de telecomunicação dentro do ambiente de trabalho.

Mesmo fora do contexto laboral, a tecnologia está presente no cotidiano da sociedade, desde as crianças e jovens com seus jogos eletrônicos, aos adultos com os tablets e outros equipamentos de última geração, com os quais é possível agregar ferramentas para uso corporativo e para o lazer.

Toda essa realidade é inegável e foi incorporada à cultura da denominada sociedade pós-industrial. Contudo, o direito do trabalho parece querer ignorar os fatos.

Os países estrangeiros citados na dissertação ainda não encontraram a fórmula mais eficaz de dar guarida para a nova geração de trabalhadores da era moderna, mas demonstrou-se que seus ordenamentos, datados de épocas mais recentes do que a legislação brasileira, preconizam a preocupação do legislador com o contexto externo, inclusive ao tipificarem o que, na visão brasileira, seriam as formas precárias de contratação, ou seja, diversas do contrato de trabalho por tempo indeterminado.

A jurisprudência de tais países, seguindo a mesma tendência da legislação, se esforça em trabalhar com indícios que possam aplicar a tutela adequada ao caso prático, aproximando-se ao máximo da correta tipificação, como se fosse uma ciência exata.

Não há como não reconhecer semelhante determinação por parte dos julgadores brasileiros. Ocorre que, uma vez definida a natureza da relação *sob judice*, no momento de aplicarem o direito, os magistrados se deparam com a CLT de 1943, concebida em um cenário político e econômico próprios daquela época. Tal situação compromete todo o julgamento, pois ainda que não seja a vontade do magistrado, há possíveis chances de se aplicar uma tutela que não atinja a plenitude do que anseava o trabalhador, quando recorreu ao Judiciário.

Assim, mesmo que se avançasse na determinação dos critérios para as novas faces da subordinação, sendo que há frutos produzidos nesse sentido como demonstrado no capítulo sétimo, o julgador seria interrompido em sua nobre intenção, em razão do ordenamento brasileiro desalinhado com a era que se vive.

Seria o mesmo, a título de comparação, que pedir a um jovem, acostumado com todas as ferramentas de tecnologia do século XXI, que esquecesse as funcionalidades de seus equipamentos e utilizasse somente uma máquina de escrever.

É algo ineficaz, que não produziria resultados, pois há determinados processos que são irreversíveis. Logo, é impossível pedir a um jovem, que nasce em um mundo moderno, repleto de informações, que apague de sua memória tudo o que conheceu e experimentou e viva de acordo com os costumes de outra época.

A mesma situação ocorre com o direito do trabalho brasileiro, vive-se em uma época diferente, mas pretende-se utilizar as ferramentas dos tempos antigos.

A máquina de escrever ainda existe e há quem dela não abra mão, mas ela era o padrão de um tempo diverso. Transpondo-se isso para o direito do trabalho, tem-se que o trabalho subordinado na forma clássica ainda remanesce, mas não se pode omitir que mudanças ocorreram no mundo do trabalho.

A velha discussão entre capital e trabalho não tem mais sustentabilidade por si só, pois surgiu em uma época que sequer havia proteção aos trabalhadores, quando tudo era novo na Revolução Industrial (nascimento da sociedade industrial).

Afinal, demonstrou-se nesse estudo que o capitalismo gera processos cíclicos e, por isso, sempre ocorrerão crises, refletindo-se, portanto, no campo do trabalho. Estas conflituosidades, naturais, devem ser reguladas e prevenidas pelo Estado, não na forma assistencialista, mas dentro de um contexto liberal, que permita que o próprio capital volte à normalidade.

Nesse sentido deve ser o debate de proteção ao trabalhador, ou seja, tendo em mente que, dentro de um sistema que traz conflitos, a proteção do sujeito inferior seja permanentemente garantida, mas sem o afã de “bater de frente” com o capital, como se este fosse um furacão que destrói tudo o que estiver em seu caminho.

A preocupação deve ser compartilhada entre economia e trabalho, sem desequilíbrios, porém ciente da hipossuficiência do trabalhador, com a garantia de um mínimo de direitos a este.

No caso da subordinação, as novas faces com que se apresenta são inegáveis, tanto que reconhecido pela própria Organização Mundial do Trabalho, a teor da Recomendação 198/2006.

Assim, urge a necessidade de o direito do trabalho se atualizar, já que a não definição do trabalho subordinado traz consequências à dignidade do trabalhador e compromete a própria eficácia do sistema.

Um dos entraves a não tipificação dessas novas formas de trabalho é a preocupação com a tutela que será aplicada, pois se teme criar um rol mínimo de direitos que não atinja a finalidade social abrangente do direito do trabalho.

Porém, antes de se pensar na tutela há que se definir de que forma as alterações do trabalho subordinado serão tratadas pela legislação.

Ora, os arts. 2º e 3º da CLT, comprovadamente, não conseguem abarcar todas as formas de contratação.

Logo, o primeiro movimento é adaptar estes critérios que determinam a existência da relação de emprego. Em tal contexto, a inserção do trabalhador na organização empresarial é uma alternativa, quando a subordinação subjetiva não solucionar o caso.

Ato contínuo, o direito do trabalho deve definir quem estará sob sua tutela, trabalhadores subordinados, autônomos, figuras híbridas? Feito isso, há que se conceituar como se tipificar cada forma de trabalho.

O último passo será estipular o rol de garantias a cada trabalhador, caso se opte pela diferenciação das tutelas. Com efeito, abranger em uma vala comum qualquer tipo de prestação de trabalho como se subordinado fosse, aplicando igual tutela, significaria partir do pressuposto de que todo trabalhador subordinado possui o mesmo grau de hipossuficiência.

Aliás, a hipossuficiência também deve ser repensada, sem nunca deixar de existir, por certo, mas definindo seus limites e extensões, inclusive para os trabalhadores autônomos.

Obviamente que sempre existirão zonas cinzentas, cuja interpretação subjetivista do julgador será a única passível de solucionar a questão. Porém, também se faz necessário delimitar esse campo de atuação, subjetivo, para o menor possível, reduzindo-se injustiças.

O direito do trabalho tem que ser dinâmico, principalmente porque depende da economia para sobreviver, devendo se adaptar as alterações desta, sem perder sua essência.

Para concluir, mais do que demonstrar a necessidade de adaptação do direito do trabalho frente às transformações ocorridas na subordinação, como alguns estudiosos já fizeram, o presente estudo pretende mostrar a importância da visão dos operadores do direito do momento ímpar que se vive, ou seja, a oportunidade de mudar um ordenamento, de adequá-lo à realidade, de fazer história.

Por isso, que deixemos de lado as discussões sobre eventual crise do direito, mas vamos vivenciá-la, pois as crises são inevitáveis, mas a possibilidade de formar um novo paradigma é algo que poucos terão a possibilidade de fazer durante a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Direito do trabalho: ensaios*. Lisboa: Cosmos, 1995.

ALEMAN PAEZ, Francisco; CASTAN PEREZ-GOMEZ, Santiago. *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: um apunte histórico-romanístico*. Madrid: Dykison, 1997.

ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso del derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel, 1980.

ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *Introdução ao direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984.

ANDRADE FILHO, Oliveira Edmar. *Situação jurídica do diretor e do conselheiro de sociedade empresária no direito do trabalho e no direito societário*. São Paulo: Prognose, 2010.

ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998.

ASSEMBLÉE NATIONALE. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t08.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

BANCA Dati Normativa. Disponível em: <<http://normativo.inail.it/bdninternet/docs/l53373.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901. v. 1 e v. 2.

_____. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano a cura di Mario Napoli*. Milano: Vita e Pensiero, 2003.

_____. *Il diritto del lavoro*. Milano: Dott A. Giuffré, 1949.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Trabalho e Processo*, n. 4, mar. 1995.

BASE NATIONALE DE LÉGISLATION. Disponível em: <http://www.legislation.cnaf.fr/textes/dec/TLR-DEC_84919_16101984.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BETTEN, Lammy. *The role of the contract in transforming labour relations*. In: BETTEN, Lammy (Org.) *The employment contract in transforming labour relations*. Países Baixos: Kluwer Law International, 1995.

_____. (Org.) *The employment contract in transforming labour relations*. Países Baixos: Kluwer Law International, 1995.

BIAGI, Marco. Painful Rebirth from Ashes. In: BETTEN, Lammy (Org.) *The employment contract in transforming labour relations*. Países Baixos: Kluwer Law International, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. Reimp. Brasília: Pólis, 1991.

BORTOLI, Roberto Covolo. *Globalização, novas tecnologias e seus impactos no direito do trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BRADY, Tom. Faz parte do trabalho. *The New York Times*. Artigos selecionados para a *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº: 02268003920085020384. Ano: 2010. Acórdão nº: 20111271520 Turma: 17ª. Data de Publicação: 30/09/2011. Relatora: Des. SORAYA GALASSI LAMBERT. PARTES: RECORRENTE: Eduardo Braga RECORRIDO: BARKEV- MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº: 03595-2010-144-03-00-1. Ano: 2011. Turma: 10ª. Data de Publicação: 30/08/2011. Relator: Des. Deoclecia Amorelli Dias.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo nº: 0000834-73.2010.5.04.0015. Ano: 2011. Turma: 8ª. Data de Publicação: 10/11/2011. Relator: Juiz Convocado JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA.

BULGUERONI, Renata Orsi. *Trabalhos autônomos dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira*. 2011. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CAPITANT, Henri; CUCHE, Paul Cuche. *Précis de législation industrielle*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1939.

CARINCI, Franco et al. *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*. 6. ed. Torino: UTET Giuridica, 2006. v. 2.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

_____. *Contrato de emprêgo*. Salvador: Edições Trabalhistas S.A., [196-?].

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 2.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991.

COUNTORIS, Nicola. *The changing law of the employment relationship. comparative analyses in the European context*. Hampshire: Ashgate, 2007.

COUR DE CASSATION. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_1081.html>. Acesso em: 27 dez. 2011.

COUTURIER, Gérard. *Droit du travail: les relations individuelles de travail*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. v. 1.

D'EUFEMIA, Giusppe. *Le situazione soggetiva del lavoratore dipendente*. Milano: Giuffré, 1958.

DELGADO, Maurício Godinho. *Contrato de trabalho e afins: comparações e distinções*. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3a Reg, n. 31. Belo Horizonte, Jan./Jun.2000. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_61/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, jun. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho. relações de trabalho e relações de emprego*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

ESPANHA. Estatuto dos Trabalhadores. Versão atualizada até 18 set. 2011. Disponível em: <<http://www.ugt.es/DatoBasico/estatutodelostrabajadoresactualizado.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed., Lisboa: Almedina, 2007.

FERRARI, Irani et al. *História do trabalho do direito do trabalho e da justiça do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA. Código Civil de 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

_____. Código da Seguridade Social. Versão em vigor em 05 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006740077&idSectionTA=LEGISCTA000006155998&cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20111105>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

_____. Código do Trabalho. Versão consolidada até 14 jan. 2011. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BB586E28A813331DDEC70A991BCCDDE6.tpdjo10v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006189414&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20110117>. Acesso em: 17 jan. 2011.

_____. Lei Le Chapelier, de 14 de junho de 1791. Disponível em: <http://www.lexinter.net/lois/loi_du_14_juin_1791_%28loi_le_chapelier%29.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

_____. I nuovi tipi della subordinazione. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, ano LXXVII, 2003.

GALLARDO MAYO, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la maquina de hilar al ordenador*. Madrid: IBIDEM Ediciones, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIUBBONI, Stefano. *Social rights and market freedom in the European Constitution: a labour law perspective*. Trad. Rita Inston. Cambridge University Press, 2006.

GOERLICH PESET, José Marí. La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos. *Justicia Laboral*: revista de derecho laboral y de la seguridad social, n. 33. 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALCK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Nair Lemos; ROMITA, Arion Sayão (Org.) *Curso de direito do trabalho: homenagem a Evaristo de Moraes Filho*. São Paulo: LTr, 1983.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GOVERNO ITALIANO. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo3.html>. Acesso em: 10 jan. 2011.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ITÁLIA. Código Civil de 16 de março de 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 16 jan. 2011.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail*. 7. ed. Paris: L.G.D.J, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. bras. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982.

LAMARCA, Antonio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

LE BLOG DALLOZ. Disponível em: <<http://blog.dalloz.fr/files/94-13187.pdf>>. Acesso em 27 dez. 2011.

LYON-CAEN, Gérard et al. *Droit du travail*. 19. ed. Paris: Dalloz, 1998.

_____; RIBETTES-TILLHET, Jeanne. *Manuel de droit social*. 2. ed. Paris: Capacité, 1974.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986.

MANNRICH, Nelson. Distinções entre relação de emprego e contratos de prestação de serviços. Contratos atípicos no direito brasileiro e no direito comparado. In ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Ed., 2008.

_____. Empregabilidade, ocupação e novas reformas de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 100, 2005.

_____. Limites da flexibilização das normas trabalhistas. *Revista do Advogado*, Temas Atuais de Direito do trabalho, São Paulo, n. 54, p. 32, 1998.

_____. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *A retipificação do contrato de trabalho*. 1997. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1997.

_____. Terceirização: luzes e sombras. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

MARK, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto ao Partido Comunista*. Tradução de Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Trabalho autônomo. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977.

MESQUITA, Cássio Barros. Flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, p. 1034-1045, 1995.

MINISTERIO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI. Disponível em: <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/ADF61963-C03C-4FDE-B8DD-1F5906942112/0/20030910_DLGS_276.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2012.

MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo*. Madrid: Civitas, 1996.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Pareceres de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

_____. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O debate sobre ações oriundas da relação de trabalho*. Disponível em: <<http://www.amaurimascaro.com.br/publicacoes/artigos/o-debate-sobre-acoes-oriundas-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 26. set. 2011.

_____. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Problemas atuais do direito e do processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, 1991.

NOTÍCIAS Jurídicas. Base de Datos de Legislación. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/l20-2007.html>. Acesso em: 11 dez. 2011.

OIT. Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_099766.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

_____. Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. 97^a Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_099768.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

_____. Recomendação 198/2006. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/relativa-à-relação-de-trabalho>>. Acesso em: 21 dez. 2011

_____. *Relatório do Comitê de Relação de Emprego*. 95^a Sessão do Comitê Internacional. Genebra, 31 mai – 16 jun, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/index.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

ORTIZ LALLANA, M. Carmen. Innovación tecnológica y nuevas tecnologías en la empresa: un factor de competitividade. *Estudios Financieros*: revista de trabajo y seguridade social, n. 274, 2006.

PASTORE, José. *A disciplina da terceirização*. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP Ed., 2008.

PELLICER BLASCO, Angel. *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: CES, 1995.

PERA, Giuseppe. *Diritto del lavoro*. Pavoda: CEDAM, 1980.

PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Sobre la globalización y el futuro del derecho del trabajo*. Proposta apresentada na XXII Jornada Iberoamericana da Associação Iberoamericana de Direito do trabalho e da Seguridade Social. Lima, 08-12 nov. 1999.

_____. *El trabajo subordinado como tipo contractual*. Madrid, 1993. (Documentación Laboral, n. 39).

PIÑA, María Del Carmen. *La condición laboral y el principio protectorio*. Córdoba: Lerner, 2007.

PIQUERAS GARCÍA, Manuel. *Las fronteras del derecho del trabajo*. Granada: Comares, 1999.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

PODER JUDICIAL. ESPAÑA. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5898171&links=ajenidad%20AND%20dependencia%20AND%20cuenta%20ajena&optimize=20110331>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

PORTAL do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/modulos/entenda/oque.php>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei 99/2003, revisada pela Lei 7/2009. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2009/02/03000/0092601029.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2011.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. Disponível em: <<http://www.lexix.pt/docs/CodTrabalho2009.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso n.º 3406/06. 4.ª Secção. Vasques Dinis. Relator: Bravo Serra Mário Pereira. Publicação em 17/05/2007. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25286&stringbusca=subordina%25E7%25E3o&exacta=>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

_____. Tribunal Constitucional. Processo n.º 220/88. Acórdão n.º 107/88. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. Disponível em: <<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/Acordaos88/101-200/10788.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Disponível: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25286&stringbusca=subordina%25E7%25E3o&exacta=>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Ramalho. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Lisboa: Almedina, 2000.

_____. *Direito do trabalho*: parte I: dogmática geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Direito do trabalho*: parte II: situações laborais individuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Grupos empresariais e societários*: incidências laborais. Lisboa: Almedina, 2008.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RICERCA GIURIDICA. Disponível em: <<http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/index.php?num=3404>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

ROBORTELLA, Luiz Carlos. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Transformações do direito do trabalho*. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

_____; PERES, Antonio Galvão. Novas tendências do mercado de trabalho: crise do trabalho subordinado, crescimento do trabalho autônomo e de pessoas jurídicas. In: ANAN JR., Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). *Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas*: aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Ed., 2008.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial: parte geral*. Trad. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & C.A Editores, 1931.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista de Direito do trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 47, 2005.

_____. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Flexigurança; a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *O princípio de proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SAKATE, Marcelo. *O engessamento dos empregos*. *Veja*, São Paulo, 18 jan. 2012.

SAMPAIO, Aluysio. *Contrato de trabalho rural*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1994.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Wälkure Lopes Ribeiro da; GAMA, Paula Werner da. Revisão dogmática da subordinação diante das transformações do mercado de trabalho. *Revista do Advogado*, homenagem a Octavio Bueno Magano, São Paulo, ano 26, n. 86, jul. 1986.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2007.

_____. A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 25, n. 297, p. 65, 2008.

STUCKA, Peter Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

STUDIO NOTARILE BUSANI. Milano. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_400.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

SUPIOT, Alain. *Beyond employment; changes in work and the future of labour law in Europe*. New York: Oxford, 2001.

_____. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige; PUF, 1994.

_____. *Derecho del trabajo*. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

_____. Trabalho subordinato e trabalho autonomo. *Droit Social*, Paris, n. 2, 2000.

_____. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

TEIXEIRA, Sergio Torres. A moderna relação de emprego. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.) *Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Presente e futuro das relações de trabalho*. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

WADEN, Carlos de Bonhomme Seymour. *Despedida justa*. Curitiba: Guaíra Limitada, 1944.

XAVIER, Bernardo Lobo da Gama. *Iniciação do direito do trabalho*. Lisboa: Verbo, 1994.

ANEXOS

ANEXO 1

Cour de cassation chambre sociale Audience publique du 13 novembre 1996 N° de pourvoi: 94-13187 Publié au bulletin³³¹

Président : M. Gélinau-Larrivet ., président

Cassation partielle sans renvoi

Rapporteur : M. Thavaud., conseiller apporteur Avocat général : M. de Caigny., avocat general Avocats : la SCP Célice et Blancpain, M. Delvolvé., avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Attendu qu'à la suite d'un contrôle l'URSSAF a réintégré dans l'assiette des cotisations dues par la Société générale pour les années 1984 et 1985, d'une part, les sommes versées au personnel à titre de " gratification hold up " et de complément de retraite, d'autre part, celles versées à titre d'honoraires à des conférenciers extérieurs à l'entreprise ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la Société générale fait grief à l'arrêt attaqué, statuant sur renvoi, d'avoir maintenu le redressement opéré au titre de la " gratification hold up ", alors, selon le moyen, que la note de janvier 1987 visant cette gratification précise qu'il s'agit d'une " récompense attribuée à titre individuel " à " l'agent qui a été directement agressé, ce qui exclut les collègues témoins du hold up " et que " le bénéfice de cette récompense est acquis lorsque l'agent a subi des violences physiques ou bien s'il a eu une attitude spécifique pour protéger les valeurs dont il a la charge " ; que le sens premier du mot récompense est " don, faveur qui récompense une perte, un dommage " ; qu'il s'ensuit que ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale l'arrêt attaqué qui considère que cette gratification n'a pas le caractère d'une indemnité pour la raison que, à plusieurs reprises dans la note précitée, la Société générale l'a qualifiée de " récompense " ;

Mais attendu qu'ayant relevé que les gratifications litigieuses étaient consenties à l'occasion de leur travail aux salariés qui, pour protéger les valeurs dont ils avaient la

charge, avaient subi des violences physiques ou eu " une attitude spécifique ", la cour d'appel en a exactement déduit qu'elles constituaient des compléments de rémunération entrant dans l'assiette des cotisations sociales ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses quatre branches:

Attendu que la Société générale fait encore grief à l'arrêt d'avoir maintenu le redressement au titre des compléments de retraite, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a constaté qu'elle s'était " engagée à régler à certains de ses cadres supérieurs un complément de retraite " au-delà de la pension à eux versée par la caisse de retraite de la

³³¹LE BLOG DALLOZ. Disponible em: <<http://blog.dalloz.fr/files/94-13187.pdf>>. Acesso em 27 dez. 2011.

banque ; que si, pour des raisons de prévision budgétaire, en vue d'assurer cette obligation spécifique, la Société générale affectait chaque année à un compte particulier de sa comptabilité analytique interne un montant de 20 % de la partie des rémunérations versée aux cadres supérieurs en activité dépassant le plafond de la Caisse de retraite de la banque, la cour d'appel a encore constaté que le complément de retraite litigieux était dans tous les cas directement versé par la banque aux intéressés ; qu'il s'ensuit que viole l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale l'arrêt attaqué qui applique à ces compléments de retraite le régime de la contribution des employeurs destinée au " financement des prestations complémentaires de retraite " visée par ce texte et opérée par le versement par l'employeur de cotisations à un tiers ; alors, d'autre part, que les compléments de retraite litigieux ayant été versés à des retraités, c'est-à-dire à des personnes qui n'étaient plus tenues par un lien de subordination et relevaient des dispositions des articles L. 241-2 et D. 242-8, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale et non de celles de l'article L. 242-1 du même Code, viole ces textes l'arrêt qui maintient le redressement litigieux au motif que la perception du complément de retraite constitue, pour celui qui en bénéficie, un avantage financier lié au contrat de travail qui l'a uni à la Société générale ; alors, en outre, que la cour d'appel a constaté que le compte sur lequel était versé le pourcentage de 20 % était un simple " compte à ordre ", à savoir un compte à la libre disposition de la Société générale sans obligation d'aucune sorte et notamment sans être tenue d'en affecter le contenu au paiement des prestations de retraite litigieuses ; que l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ne visant que " les sommes versées aux travailleurs ", ne justifie pas légalement sa décision au regard de ce texte l'arrêt qui fonde sa solution sur l'existence dudit compte d'ordre ; alors, enfin, que, en admettant que les sommes versées par la Société générale, à titre de complément de retraite, aient transité par un compte spécial, il était constant que ces sommes n'avaient pas été mises à la disposition des retraités, avant leur versement par la banque à titre de complément de retraite, de sorte que viole les articles L. 242-1, L. 242-2 et D. 242-8 du Code de la sécurité sociale l'arrêt qui soumet ces versements au premier de ces textes et non aux deux derniers qui régissent spécialement la matière, au motif que la Société générale avait fait usage d'un " compte spécial interne " ;

Mais attendu que l'arrêt relève que la Société générale s'était engagée à procurer à certains de ses cadres supérieurs, et donc à une catégorie déterminée de salariés, un complément de retraite ; qu'il ajoute qu'assurant seul le financement de ce régime l'employeur réglait individuellement les intéressés à partir d'un compte spécial interne sur lequel il versait chaque année une contribution égale à 20 % de la partie des rémunérations des cadres supérieurs en activité, complétée par une subvention d'équilibre ; que la cour d'appel en a exactement déduit que cette contribution, destinée au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance, constituait pour chaque salarié un avantage lié à son contrat de travail et qu'en conséquence elle était soumise à cotisations dans sa fraction dépassant les limites prévues à l'article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le moyen relevé d'office après que les parties ont été invitées à présenter leurs observations ;

Vu l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, ensemble les articles L. 121-1 du Code du travail et 620, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ;

Attendu que, pour décider que les honoraires versés aux conférenciers et intervenants extérieurs étaient soumis aux cotisations du régime général de la sécurité sociale, l'arrêt retient que leurs prestations s'effectuaient dans le cadre d'un service organisé ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le thème de l'intervention des conférenciers et leur rémunération n'étaient pas déterminés unilatéralement par la Société générale, mais convenus avec les intéressés, et que ceux-ci n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni à aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation, ce dont il résultait que les conférenciers et intervenants n'étaient pas placés dans un lien de subordination à l'égard de la Société générale, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du nouveau Code de procédure civile ; PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a décidé que les honoraires des conférenciers et intervenants extérieurs devaient être réintégrés dans l'assiette des cotisations sociales, l'arrêt rendu le 1er février 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT n'y avoir lieu à redressement au titre de la rémunération des conférenciers et intervenants extérieurs.

Publication : Bulletin 1996 V N° 386 p. 275 **Décision attaquée :** Cour d'appel de Bordeaux, du 1 février 1994

Titrages et résumés : 1° SECURITE SOCIALE - Cotisations - Assiette - Gratifications - Gratification " hold up ".

1° Constituent des compléments de rémunération entrant dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale les gratifications " hold up " qui ont été consenties à l'occasion de leur travail aux salariés qui, pour protéger les valeurs dont ils avaient la charge, avaient subi des violences physiques ou eu une attitude spécifique.

2° SECURITE SOCIALE - Cotisations - Assiette - Contribution au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance - Avantage lié au contrat de travail - Portée.

2° Ayant relevé qu'un employeur s'était engagé à procurer à certains de ses cadres supérieurs un complément de retraite et réglait individuellement les intéressés à partir d'un compte spécial interne sur lequel il versait chaque année une contribution égale à 20 % de la partie des rémunérations de ces cadres supérieurs en activité, complétée par une subvention d'équilibre, une cour d'appel décide exactement que cette contribution, destinée au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance, constitue pour chaque salarié un avantage lié à son contrat de travail, et doit être soumise à cotisations dans sa fraction dépassant les limites prévues à l'article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

3° SECURITE SOCIALE - Assujettissement - Généralités - Conditions - Lien de subordination - Définition.

3° Selon l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Par suite viole les articles L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et L. 121-1 du Code du travail la cour d'appel qui décide que

des honoraires versés par une société à des conférenciers ou des intervenants extérieurs devaient être soumis à cotisations alors qu'elle relevait que le thème de l'intervention des conférenciers et leur rémunération n'étaient pas déterminés unilatéralement par la société mais convenus avec les intéressés et que ceux-ci n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation, en sorte qu'ils ne se trouvaient pas placés dans un lien de subordination à l'égard de cette société.

3° SECURITE SOCIALE - Assujettissement - Personnes assujetties - Conférenciers et intervenants extérieurs (non)

Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : (3°). Chambre sociale, 1991-11-21, Bulletin 1991, V, n° 525 (2), p. 326 (cassation partielle), et les arrêts cités.

Textes appliqués :

· 2° : · 3° :

- Code de la sécurité sociale D242-1
- Code de la sécurité sociale L242-1, L121-1

ANEXO 2

**01-21.442 - Arrêt n° 261 du 13 janvier 2004 Cour de cassation -
Chambre sociale³³²****Cassation totale partiellement sans renvoi**

Demandeur(s) à la cassation : M. Moussa X... Défendeur(s) à la cassation : ASSEDIC de l'Isère

Sur le moyen unique :

Vu l'annexe I à l'annexe VIII du règlement annexé à la convention du 1er janvier 1993 relative à l'assurance chômage agréée par arrêté du 1er mars 1993 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, les employeurs des ouvriers et techniciens de la production cinématographique et audiovisuelle visés sont définis non selon leur forme juridique mais selon leur domaine d'activité, à savoir :

- production d'oeuvres cinématographiques
- production d'oeuvres audiovisuelles
- production de films publicitaires
- production de vidéo et répertoires sous les codes
- 921 A : production de films pour la télévision
- 921 B : production de films institutionnels et publicitaires
- 921 C : production de films pour le cinéma
- 921 D : prestations techniques pour le cinéma et la télévision
- 921 E : production de programmes de télévision

Attendu que M. X... a travaillé pour le compte de diverses sociétés, dont les sociétés Symboles et Ilso en qualité d'ouvrier ou de technicien de la production cinématographique et de l'audiovisuel entre le 1er février 1994 et le 19 janvier 1995 ; qu'ayant comptabilisé 586 heures de travail en cette qualité, il a demandé à bénéficier du régime d'assurance chômage propre aux ouvriers et techniciens de la production cinématographique et de l'audiovisuel qui résulte de l'annexe susvisée ; que l'ASSEDIC de l'Isère, aux droits de laquelle vient l'ASSEDIC des Alpes, a refusé de lui reconnaître le bénéfice de ce régime en soutenant que les deux sociétés ne remplissaient pas les deux conditions qui sont

³³²

énoncées par cette annexe ; qu'il a saisi le tribunal de grande instance ;

Attendu que pour débouter M. X... de cette demande, l'arrêt infirmatif attaqué retient que l'activité de réalisation de films publicitaires par les sociétés Symboles et Ilso est accessoire par rapport à leur activité principale et que leur domaine d'activité n'entre pas dans l'une des catégories définies à l'annexe 1 précitée ;

Attendu, cependant, que ladite annexe n'exige pas, pour que l'ouvrier ou technicien de la production cinématographique et audiovisuelle bénéficie du régime d'assurance propre à cette catégorie de salariés, que la société qui l'emploie en cette qualité exerce à titre principal l'une des activités mentionnées à cette annexe ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que la production de films publicitaires entrainait dans le domaine d'activité des sociétés Symboles et Ilso, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu que la cour de cassation est, par application de l'article 627 du nouveau Code de procédure civile, en mesure d'appliquer la règle de droit appropriée, le renvoi étant limité à l'appréciation du montant de l'indemnisation due à M. X... ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE en toutes ses dispositions, à l'exception de celles ayant débouté l'ASSEDIC de l'Isère du surplus de ses demandes, l'arrêt rendu le 23 octobre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ;

Dit que M. X... a droit à l'indemnisation au titre de l'assurance chômage ;

Renvoie devant la cour d'appel de Chambéry pour qu'il soit statué sur le montant de l'indemnisation ;

ANEXO 3

Cassazione Civile sez. lavoro del 21 ottobre 2010 n. 21625 - (1557)³³³

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSELLI Federico - Presidente -

Dott. FOGLIA Raffaele - Consigliere -

Dott. MONACI Stefano - Consigliere -

Dott. NOBILE Vittorio - rel. Consigliere -

Dott. MORCAVALLO Ulpiano - Consigliere -

ha pronunciato la seguente: sentenza

sul ricorso proposto da: P.L., - ricorrente -

contro

xx – resistente con procura -

avverso la sentenza n. xxx della CORTE D'APPELLO di Venezia, depositata il omissis;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/09/2010 dal Consigliere Dott. VITTORIO NOBILE;

udito l'Avvocato MARIANI RENATO;

udito il P.M. In persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MATERA Marcello, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

Con sentenza n. 16/2004 il Giudice del Lavoro del Tribunale di Vicenza decideva le cause riunite, tra P.L. E la xx s.p.a., aventi ad oggetto: a) la condanna al pagamento di somme per illegittima riduzione di “commesse” nel corso del rapporto di lavoro subordinato a domicilio, nel periodo dall'aprile 2000 al marzo 2001, pari a L. 26.260.883, quantificata sulla base della media delle retribuzioni percepite negli anni precedenti; b) l'accertamento dell'intervenuto licenziamento “per fatti concludenti”, per persistente imposta inattività o, comunque, per giusta causa/giustificato motivo e la condanna della convenuta alla di lei reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 St. lav. Ed al risarcimento

³³³

RICERCA

GIURIDICA.

Disponível

em:

<<http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/index.php?num=3404>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

del danno in misura pari alle retribuzioni maturate e maturande sino alla reintegrazione.

In particolare il detto giudice rigettava la domanda di pagamento delle differenze retributive, e, accertato che il rapporto di lavoro era cessato in data 11-6-2001 “per iniziativa unilaterale del datore di lavoro”, dichiarava l’inefficacia del licenziamento, ordinava la reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e condannava la società datrice di lavoro a risarcirle il danno patito quantificato in misura pari a cinque mensilità, computate sulla base della media mensile dell’anno 2000, con compensazione per la metà tra le parti delle spese di lite e con condanna della convenuta alla rifusione del residuo.

Con ricorso del 14-4-2004 la P. proponeva appello avverso la detta sentenza, chiedendo che, in parziale modifica della stessa, fosse interamente accolta la domanda formulata con il ricorso introduttivo e la xx fosse condannata anche al pagamento delle differenze retributive, pari ad Euro 13.562,61 ed al risarcimento del danno ex art. 18 St. lav., in misura pari alle retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella dell’effettiva reintegrazione, sulla base di una retribuzione media mensile pari ad Euro 998,90, il tutto con rifusione delle spese di lite.

La società si costituiva ritualmente chiedendo il rigetto del gravame in quanto totalmente destituito di fondamento nonché proponendo appello incidentale, chiedendo che, in riforma dell’impugnata sentenza, fosse accertata e dichiarata l’intervenuta decadenza dall’impugnazione del licenziamento e, in ogni caso, l’inapplicabilità alla fattispecie in esame del disposto di cui all’art. 18 St. lav., il tutto con condanna dell’appellante al pagamento della somma di Euro 9.132,00, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, con vittoria delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

La Corte d’Appello di Venezia, con sentenza depositata il 16-1-2006, rigettava entrambi gli appelli confermando la decisione di primo grado e compensava le spese.

In sintesi la Corte territoriale, affermava che nella fattispecie era incontroverso solo che tra le parti era incorso un rapporto di lavoro subordinato a domicilio che aveva avuto esecuzione dal 1996 al 2001, mentre totalmente indimostrati erano risultati “sia il contenuto della prestazione espletata e le modalità di sua retribuzione, così come quanto in concreto corrisposto per la prestazione dal datore di lavoro nel corso del periodo 1996/1999, essendo state allegare in atti solo le buste dell’ultimo periodo di lavoro prestato”.

Tanto rilevato e considerato che il lavoro a domicilio “è compatibile con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse”, anche se “la possibile precarietà del rapporto non esclude che lo stesso si attui, in concreto, con modalità tali da conferirgli una continuità qualificata e ragionevole e da renderlo pienamente assoggettabile anche alla disciplina limitativa del potere di recesso del datore di lavoro, giusta la previsione della L. n. 877 del 1973, art. 11, comma 2”, la Corte territoriale affermava che nella fattispecie non era possibile verificare le modalità in concreto con cui il rapporto si era estrinsecato, attesa sul punto la totale carenza probatoria, mentre neppure era stata prodotta in causa copia del contratto collettivo di categoria all’epoca vigente, per cui risultava preclusa ogni possibilità di valutazione in concreto del contenuto delle obbligazioni delle parti e “ogni considerazione dell’incidenza

dell'eventuale limite (qualora esistente) alla precarietà (che caratterizza il rapporto negoziale in esame quanto “alla continuità ed entità delle commesse”.

Pertanto la Corte d'Appello, pur evidenziando l'esistenza di una “qualificata e ragionevole continuità di prestazioni lavorative” con conseguente applicabilità delle norme in tema di estinzione del rapporto ex L. n. 300 del 1970 (essendo incontestate le dimensioni aziendali), riteneva che nella fattispecie non potesse essere riconosciuto in favore della lavoratrice un “diritto a percepire sempre e comunque una retribuzione media mensile”, “attesa la carenza totale in causa della prova dell'esistenza di un obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità” e confermava la declaratoria di inefficacia del licenziamento per fatti concludenti in data 11-6-2001.

Circa, poi, il risarcimento del danno la Corte territoriale riteneva condivisibile la base di computo assunta dal giudice di primo grado (media mensile dell'ultimo anno lavorato, il 2000), “non potendosi allo stato degli atti (come pur possibile) fare riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell'intera prestazione lavorativa né essendo giustificato o giustificabile invece il “salto” temporale al precedente “solo” anno 1999, come richiesto dall'appellante”.

Infine, sull'aliunde perceptum, parimenti la Corte riteneva corretta la decisione del primo giudice “essendo stata detta istanza formulata nel corso del giudizio di primo grado dalla società datrice di lavoro nelle note autorizzate del 17-11-2003, richiesta non oggetto di contestazione alcuna da parte della lavoratrice appellante ... ed essendo in ogni caso la valutazione stata tratta dal giudicante dai dati emergenti dal prodotto libretto di lavoro della lavoratrice”.

Per la cassazione di tale sentenza la P. ha proposto ricorso con tre motivi.

La società s.p.a. xxxxx 1270 (già s.p.a. xx) ha depositato procura al difensore che ha partecipato alla discussione orale.

Diritto

Con il primo motivo la ricorrente, denunciando vizi di motivazione e violazione degli artt. 115, 116, 414 e 416 c.p.c., artt. 1463 e 1464 c.c., in relazione all'art. 2128 c.c. E L. n. 877 del 1973, art. 11, in sostanza lamenta la contraddittorietà della impugnata decisione che da una parte afferma che “non è possibile verificare ... le modalità con cui il rapporto si è estrinsecato, attesa sul punto la totale carenza probatoria” e dall'altra sostiene, invece, che “atteso il pacifico avvenuto svolgimento del rapporto nel corso degli anni secondo modalità pur nel tempo mutanti, lo stesso abbia comunque avuto ad oggetto “una qualificata e ragionevole continuità di prestazioni lavorative”.

Peraltro, premesso che con il ricorso introduttivo aveva indicato le concrete modalità di svolgimento del lavoro (e fra queste anche le specifiche mansioni e la media mensile delle ore lavorate fino al dicembre 1999) producendo anche le buste paga dal 1999, la ricorrente deduce che la società convenuta, dal canto suo, nulla aveva contestato al

riguardo, espressamente confermando anzi le mansioni svolte anche in sede di interrogatorio formale del legale rappresentante.

Pertanto, secondo la ricorrente, una volta verificata la “qualificata e ragionevole continuità delle prestazioni”, la Corte d’Appello avrebbe dovuto applicare, non solo le norme sui licenziamenti ma anche quelle sulla sospensione del rapporto, in base alle quali il datore di lavoro non può sospendere unilateralmente il rapporto, salvo che ricorrano le ipotesi di impossibilità della prestazione, che devono essere provate, ed il lavoratore conserva il diritto alla retribuzione.

Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che, nel quadro della disciplina del lavoro a domicilio, non vi è alcuna contraddizione tra la riscontrata continuità delle prestazioni ai fini della applicazione della normativa limitativa del potere di recesso del datore di lavoro (v.

Cass. 22-1-1987 n. 615) e la mancata prova, nella fattispecie, dell’esistenza di un “obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità”, considerata anche la mancata prova delle specifiche concrete modalità di svolgimento del rapporto.

Come questa Corte ha più volte affermato “il lavoro a domicilio realizza una forma di decentramento produttivo in cui l’oggetto della prestazione del lavoratore, resa in maniera continuativa all’esterno dell’azienda, e però organizzata ed utilizzata in funzione complementare o sostitutiva del lavoro eseguito all’interno di essa, e, correlativamente il vincolo di subordinazione viene a configurarsi come inserimento dell’attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione lavorativa da lui resa (pur se in ambienti esterni all’azienda, con mezzi ed attrezzature anche propri del lavoratore stesso ed eventualmente anche con l’ausilio dei suoi familiari, purchè conviventi e a carico) diventa elemento integrativo” (v. Cass. 21-5-2002 n. 7469, Cass. 16-6-2000 n. 8221, cfr. fra le altre Cass. 4-10-2006 n. 21341, Cass. 15-11-2004 n. 21594, Cass. 6-3-2006 n. 4761).

perché tale condizione si realizzi, poi, “è sufficiente che il lavoratore esegua lavorazioni analoghe ovvero complementari a quelle eseguite all’interno dell’azienda, sotto le direttive dell’imprenditore, le quali non devono necessariamente essere specifiche e reiterate, essendo sufficiente, secondo le circostanze, che esse siano inizialmente impartite una volta per tutte, mentre i controlli possono anche limitarsi alla verifica della buona riuscita della lavorazione”, (v. Cass. 23-9-1998 n. 9516, Cass. 15-12-1999 n. 14120, Cass. 7-4-2001 n. 5227, Cass. 20-5-2002 n. 7328).

La compatibilità, quindi, del rapporto di lavoro a domicilio con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse – come pure è stato precisato – non esclude affatto la sussistenza di quell’attenuata subordinazione che la L. n. 877 del 1973 ha introdotto come “species” derogatoria rispetto al “genus” delineato dall’art. 2094 c.c.. Il lavoro a domicilio, pertanto, ancorchè precario in questo limitato senso, resta pur sempre un rapporto di lavoro

subordinato, ben differenziabile da quello autonomo, all'uopo essendo necessario e sufficiente che ricorrano i requisiti indicati dalla L. n. 877 del 1973, art. 1, come modificato dalla L. n. 858 del 1980, art. 2 (v. Cass. S.U. 12-3-2001 n. 106, e fra le altre Cass. 5-5-1989 n. 2109, Cass. 22-4-2002 n. 5840, Cass. 15-11-2004 n. 21594, Cass. 9-8-2004 n. 15379).

La decisione impugnata si è attenuta a tali principi e, con accertamento di merito, congruamente motivato, ha affermato che “incontroverso, in conclusione,” è risultato soltanto che tra le parti fosse “insorto un rapporto di lavoro subordinato che ha avuto esecuzione dal 1996 al 2001”, mentre sono rimasti “totalmente indimostrati” sia il contenuto della prestazione espletata e le modalità della retribuzione, sia quanto in concreto corrisposto per la prestazione dal datore di lavoro nel corso del periodo 1996/1999, essendo state allegate in atti solo le buste paga dell'ultimo periodo di lavoro prestato.

Pertanto la Corte territoriale, premessa la compatibilità del rapporto di lavoro a domicilio con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse, ha affermato che nella fattispecie è risultata “preclusa la possibilità di una valutazione in concreto del contenuto delle obbligazioni gravanti sulle parti e ogni considerazione dell'incidenza dell'eventuale limite (qualora esistente) alla precarietà (che caratterizza il rapporto negoziale in esame), attesa anche la totale genericità (quanto al contenuto della prestazione offerta) della “intimazione a ricevere” inviata dalla lavoratrice al datore di lavoro in data 29-6-2000” ed ha concluso confermando la inesistenza, nella fattispecie, di un “obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità” (circostanza non incompatibile con la riscontrata complessiva continuità).

Con il secondo motivo, denunciando violazione degli artt. 18 St.

lav., artt. 1463 e 1464 c.c. E vizi di motivazione, la ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui ha parametrato il risarcimento del danno per il licenziamento inefficace alla retribuzione dell'ultimo anno percepita durante il periodo di sospensione del lavoro.

In particolare la ricorrente deduce che la retribuzione globale, cui viene parametrato il risarcimento del danno ex art. 18 St. lav., “è quella di fatto voluta dalle parti ed effettivamente corrisposta nel corso del rapporto, e tale non è (né può essere) quella corrisposta durante il periodo della sospensione illegittima del rapporto”, come nella specie l'anno 2000, preso in considerazione dalla Corte d'Appello, la quale, invece, avrebbe dovuto fare riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell'intera prestazione.

Il motivo è del pari infondato.

In sostanza la Corte di merito, nella determinazione del quantum, ha adottato, alla luce dei dati disponibili, un criterio equitativo, con riferimento “alla media mensile dell’ultimo anno lavorato”, così condividendo la decisione del primo giudice, rilevando da un lato che, allo stato degli atti, non poteva farsi riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell’intera prestazione lavorativa e, dall’altro, che neppure era giustificato o giustificabile il “salto” temporale al precedente “solo” anno 1999, come invocato dalla P..

Tale liquidazione equitativa (sottratta al sindacato di legittimità, se immune da vizi logici e giuridici, cfr. fra le altre Cass. 31-7- 2006 n. 17303, Cass. 25-6-2007 n. 14702) risulta legittima e sorretta da adeguata motivazione e resiste alla censura della ricorrente.

Con il terzo motivo, denunciando violazione degli artt. 414, 416 e 420 c.p.c., art. 2697 c.c., artt. 210 e 421 c.p.c. E vizi di motivazione, la ricorrente, in relazione alla detrazione dell’aliunde perceptum, deduce che la società in primo grado al riguardo nulla aveva dedotto e/o allegato e che, in assenza di qualsiasi istanza od eccezione da parte della società, il giudice aveva ordinato alla lavoratrice la esibizione del libretto di lavoro e delle dichiarazioni dei redditi. Essa ricorrente aveva quindi ottemperato a tale ordine pur contestandone la ritualità e la società soltanto con le note del 17-11-2003 aveva chiesto che si tenesse conto dell’aliunde perceptum risultante dalla dichiarazione dei redditi della P.. La ricorrente evidenzia infine che tali eccezioni erano state riproposte con uno specifico motivo di appello.

Anche tale motivo è infondato.

Sul punto la Corte d’Appello ha ritenuto corretta la decisione di primo giudice essendo stata la relativa “istanza formulata nel corso del giudizio di primo grado dalla società datrice di lavoro nelle note autorizzate del 17-11-2003, richiesta non oggetto di contestazione alcuna da parte della lavoratrice appellante, come evincibile dai verbali di causa del giudizio di primo grado ed essendo in ogni caso la valutazione stata tratta dal giudicante dai dati emergenti dal prodotto libretto di lavoro della lavoratrice.”.

Tale decisione risulta conforme al principio affermato da questa Corte in base al quale “in tema di risarcimento del danno dovuto al lavoratore per effetto della reintegrazione disposta dal giudice ai sensi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, l’eccezione con la quale il datore di lavoro, al fine di vedere ridotto al limite legale delle cinque mensilità di retribuzione l’ammontare del suddetto risarcimento, deduca che il dipendente licenziato ha percepito un altro reddito per effetto di una nuova occupazione, ovvero educa la colpevole astensione da comportamenti idonei ad evitare l’aggravamento del danno, non fa valere alcun diritto sostanziale di impugnazione , né l’eccezione stessa è identificabile come oggetto di una specifica disposizione di legge che ne faccia riserva in favore della parte. Pertanto, allorquando vi è stata rituale allegazione dei fatti rilevanti e gli stessi possono ritenersi incontrovertibili o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trarne d’ufficio (anche nel silenzio della parte interessata ed anche se

l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato" (v. Cass. S.U. 3-2-1998 n. 1099 e, fra le altre, Cass. 19-10-2000 n. 13851, Cass. 15-11-2000 n. 14758, Cass. 1-8-2001 n. 10523, Cass. 9-3-2006 n. 5125).

Del resto la ricorrente neppure può lamentare nella fattispecie la tardività della allegazione dell'aliunde perceptum, essendo scaturita quest'ultima dalla produzione documentale effettuata dalla stessa lavoratrice in primo grado, a seguito della quale, nelle successive note ("autorizzate", come si legge nell'impugnata sentenza) la società ha proposto la relativa difesa.

Il ricorso va pertanto respinto e la ricorrente, in ragione della soccombenza, va condannata al pagamento in favore della xxxxx 1270 s.p.a. (già s.p.a. xx) delle spese riguardanti la sola discussione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento, in favore della xxxxx 1270 s.p.a., delle spese liquidate in Euro 11,00, oltre Euro 1.500,00 per onorario, oltre spese generali, IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 30 settembre 2010.

Depositato in Cancelleria il 21 ottobre 2010

ANEXO 4

Cassazione Civile sez. lavoro del 21 ottobre 2010 n. 21625 - (1557)³³⁴

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSELLI Federico - Presidente -

Dott. FOGLIA Raffaele - Consigliere -

Dott. MONACI Stefano - Consigliere -

Dott. NOBILE Vittorio - rel. Consigliere -

Dott. MORCAVALLO Ulpiano - Consigliere -

ha pronunciato la seguente: sentenza

sul ricorso proposto da: P.L., - ricorrente -

contro

xx – resistente con procura -

avverso la sentenza n. xxx della CORTE D'APPELLO di Venezia, depositata il omissis;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/09/2010 dal Consigliere Dott. VITTORIO NOBILE;

udito l'Avvocato MARIANI RENATO;

udito il P.M. In persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MATERA Marcello, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

Con sentenza n. 16/2004 il Giudice del Lavoro del Tribunale di Vicenza decideva le cause riunite, tra P.L. E la xx s.p.a., aventi ad oggetto: a) la condanna al pagamento di somme per illegittima riduzione di “commesse” nel corso del rapporto di lavoro subordinato a domicilio, nel periodo dall'aprile 2000 al marzo 2001, pari a L. 26.260.883, quantificata sulla base della media delle retribuzioni percepite negli anni precedenti; b) l'accertamento dell'intervenuto licenziamento “per fatti concludenti”, per persistente imposta inattività o, comunque, per giusta causa/giustificato motivo e la condanna della convenuta alla di lei reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 St. lav. Ed al risarcimento

³³⁴Id. Ibid.

del danno in misura pari alle retribuzioni maturate e maturande sino alla reintegrazione.

In particolare il detto giudice rigettava la domanda di pagamento delle differenze retributive, e, accertato che il rapporto di lavoro era cessato in data 11-6-2001 “per iniziativa unilaterale del datore di lavoro”, dichiarava l’inefficacia del licenziamento, ordinava la reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e condannava la società datrice di lavoro a risarcirle il danno patito quantificato in misura pari a cinque mensilità, computate sulla base della media mensile dell’anno 2000, con compensazione per la metà tra le parti delle spese di lite e con condanna della convenuta alla rifusione del residuo.

Con ricorso del 14-4-2004 la P. proponeva appello avverso la detta sentenza, chiedendo che, in parziale modifica della stessa, fosse interamente accolta la domanda formulata con il ricorso introduttivo e la xx fosse condannata anche al pagamento delle differenze retributive, pari ad Euro 13.562,61 ed al risarcimento del danno ex art. 18 St. lav., in misura pari alle retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella dell’effettiva reintegrazione, sulla base di una retribuzione media mensile pari ad Euro 998,90, il tutto con rifusione delle spese di lite.

La società si costituiva ritualmente chiedendo il rigetto del gravame in quanto totalmente destituito di fondamento nonché proponendo appello incidentale, chiedendo che, in riforma dell’impugnata sentenza, fosse accertata e dichiarata l’intervenuta decadenza dall’impugnazione del licenziamento e, in ogni caso, l’inapplicabilità alla fattispecie in esame del disposto di cui all’art. 18 St. lav., il tutto con condanna dell’appellante al pagamento della somma di Euro 9.132,00, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, con vittoria delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

La Corte d’Appello di Venezia, con sentenza depositata il 16-1-2006, rigettava entrambi gli appelli confermando la decisione di primo grado e compensava le spese.

In sintesi la Corte territoriale, affermava che nella fattispecie era incontroverso solo che tra le parti era incorso un rapporto di lavoro subordinato a domicilio che aveva avuto esecuzione dal 1996 al 2001, mentre totalmente indimostrati erano risultati “sia il contenuto della prestazione espletata e le modalità di sua retribuzione, così come quanto in concreto corrisposto per la prestazione dal datore di lavoro nel corso del periodo 1996/1999, essendo state allegate in atti solo le buste dell’ultimo periodo di lavoro prestato”.

Tanto rilevato e considerato che il lavoro a domicilio “è compatibile con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse”, anche se “la possibile precarietà del rapporto non esclude che lo stesso si attui, in concreto, con modalità tali da conferirgli una continuità qualificata e ragionevole e da renderlo pienamente assoggettabile anche alla disciplina limitativa del potere di recesso del datore di lavoro, giusta la previsione della L. n. 877 del 1973, art. 11, comma 2”, la Corte territoriale affermava che nella fattispecie non era possibile verificare le modalità in concreto con cui il rapporto si era estrinsecato, attesa sul punto la totale carenza probatoria, mentre neppure era stata prodotta in causa copia del contratto collettivo di categoria all’epoca vigente, per cui risultava preclusa ogni possibilità di valutazione in

concreto del contenuto delle obbligazioni delle parti e “ogni considerazione dell’incidenza dell’eventuale limite (qualora esistente) alla precarietà (che caratterizza il rapporto negoziale in esame quanto “alla continuità ed entità delle commesse”.

Pertanto la Corte d’Appello, pur evidenziando l’esistenza di una “qualificata e ragionevole continuità di prestazioni lavorative” con conseguente applicabilità delle norme in tema di estinzione del rapporto ex L. n. 300 del 1970 (essendo incontestate le dimensioni aziendali), riteneva che nella fattispecie non potesse essere riconosciuto in favore della lavoratrice un “diritto a percepire sempre e comunque una retribuzione media mensile”, “attesa la carenza totale in causa della prova dell’esistenza di un obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità” e confermava la declaratoria di inefficacia del licenziamento per fatti concludenti in data 11-6-2001.

Circa, poi, il risarcimento del danno la Corte territoriale riteneva condivisibile la base di computo assunta dal giudice di primo grado (media mensile dell’ultimo anno lavorato, il 2000), “non potendosi allo stato degli atti (come pur possibile) fare riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell’intera prestazione lavorativa né essendo giustificato o giustificabile invece il “salto” temporale al precedente “solo” anno 1999, come richiesto dall’appellante”.

Infine, sull’aliunde perceptum, parimenti la Corte riteneva corretta la decisione del primo giudice “essendo stata detta istanza formulata nel corso del giudizio di primo grado dalla società datrice di lavoro nelle note autorizzate del 17-11-2003, richiesta non oggetto di contestazione alcuna da parte della lavoratrice appellante ... ed essendo in ogni caso la valutazione stata tratta dal giudicante dai dati emergenti dal prodotto libretto di lavoro della lavoratrice”.

Per la cassazione di tale sentenza la P. ha proposto ricorso con tre motivi.

La società s.p.a. xxxxx 1270 (già s.p.a. xx) ha depositato procura al difensore che ha partecipato alla discussione orale.

Diritto

Con il primo motivo la ricorrente, denunciando vizi di motivazione e violazione degli artt. 115, 116, 414 e 416 c.p.c., artt. 1463 e 1464 c.c., in relazione all’art. 2128 c.c. E L. n. 877 del 1973, art. 11, in sostanza lamenta la contraddittorietà della impugnata decisione che da una parte afferma che “non è possibile verificare ... le modalità con cui il rapporto si è estrinsecato, attesa sul punto la totale carenza probatoria” e dall’altra sostiene, invece, che “atteso il pacifico avvenuto svolgimento del rapporto nel corso degli anni secondo modalità pur nel tempo mutanti, lo stesso abbia comunque avuto ad oggetto “una qualificata e ragionevole continuità di prestazioni lavorative”.

Peraltro, premesso che con il ricorso introduttivo aveva indicato le concrete modalità di svolgimento del lavoro (e fra queste anche le specifiche mansioni e la media mensile delle ore lavorate fino al dicembre 1999) producendo anche le buste paga dal 1999, la

ricorrente deduce che la società convenuta, dal canto suo, nulla aveva contestato al riguardo, espressamente confermando anzi le mansioni svolte anche in sede di interrogatorio formale del legale rappresentante.

Pertanto, secondo la ricorrente, una volta verificata la “qualificata e ragionevole continuità delle prestazioni”, la Corte d’Appello avrebbe dovuto applicare, non solo le norme sui licenziamenti ma anche quelle sulla sospensione del rapporto, in base alle quali il datore di lavoro non può sospendere unilateralmente il rapporto, salvo che ricorrano le ipotesi di impossibilità della prestazione, che devono essere provate, ed il lavoratore conserva il diritto alla retribuzione.

Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che, nel quadro della disciplina del lavoro a domicilio, non vi è alcuna contraddizione tra la riscontrata continuità delle prestazioni ai fini della applicazione della normativa limitativa del potere di recesso del datore di lavoro (v.

Cass. 22-1-1987 n. 615) e la mancata prova, nella fattispecie, dell’esistenza di un “obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità”, considerata anche la mancata prova delle specifiche concrete modalità di svolgimento del rapporto.

Come questa Corte ha più volte affermato “il lavoro a domicilio realizza una forma di decentramento produttivo in cui l’oggetto della prestazione del lavoratore, resa in maniera continuativa all’esterno dell’azienda, e però organizzata ed utilizzata in funzione complementare o sostitutiva del lavoro eseguito all’interno di essa, e, correlativamente il vincolo di subordinazione viene a configurarsi come inserimento dell’attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione lavorativa da lui resa (pur se in ambienti esterni all’azienda, con mezzi ed attrezzature anche propri del lavoratore stesso ed eventualmente anche con l’ausilio dei suoi familiari, purchè conviventi e a carico) diventa elemento integrativo” (v. Cass. 21-5-2002 n. 7469, Cass. 16-6-2000 n. 8221, cfr. fra le altre Cass. 4-10-2006 n. 21341, Cass. 15-11-2004 n. 21594, Cass. 6-3-2006 n. 4761).

perché tale condizione si realizzi, poi, “è sufficiente che il lavoratore esegua lavorazioni analoghe ovvero complementari a quelle eseguite all’interno dell’azienda, sotto le direttive dell’imprenditore, le quali non devono necessariamente essere specifiche e reiterate, essendo sufficiente, secondo le circostanze, che esse siano inizialmente impartite una volta per tutte, mentre i controlli possono anche limitarsi alla verifica della buona riuscita della lavorazione”, (v. Cass. 23-9-1998 n. 9516, Cass. 15-12-1999 n. 14120, Cass. 7-4-2001 n. 5227, Cass. 20-5-2002 n. 7328).

La compatibilità, quindi, del rapporto di lavoro a domicilio con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse – come pure è stato precisato – non esclude affatto la sussistenza di quell’attenuata subordinazione che la L. n. 877 del 1973 ha introdotto come “species” derogatoria rispetto al “genus” delineato dall’art. 2094 c.c.. Il lavoro a domicilio, pertanto,

ancorchè precario in questo limitato senso, resta pur sempre un rapporto di lavoro subordinato, ben differenziabile da quello autonomo, all'uopo essendo necessario e sufficiente che ricorrano i requisiti indicati dalla L. n. 877 del 1973, art. 1, come modificato dalla L. n. 858 del 1980, art. 2 (v. Cass. S.U. 12-3-2001 n. 106, e fra le altre Cass. 5-5-1989 n. 2109, Cass. 22-4-2002 n. 5840, Cass. 15-11-2004 n. 21594, Cass. 9-8-2004 n. 15379).

La decisione impugnata si è attenuta a tali principi e, con accertamento di merito, congruamente motivato, ha affermato che “incontroverso, in conclusione,” è risultato soltanto che tra le parti fosse “insorto un rapporto di lavoro subordinato che ha avuto esecuzione dal 1996 al 2001”, mentre sono rimasti “totalmente indimostrati” sia il contenuto della prestazione espletata e le modalità della retribuzione, sia quanto in concreto corrisposto per la prestazione dal datore di lavoro nel corso del periodo 1996/1999, essendo state allegate in atti solo le buste paga dell'ultimo periodo di lavoro prestato.

Pertanto la Corte territoriale, premessa la compatibilità del rapporto di lavoro a domicilio con modalità di prestazione intrinsecamente precarie e carenti di garanzia giuridica in ordine alla continuità ed entità delle commesse, ha affermato che nella fattispecie è risultata “preclusa la possibilità di una valutazione in concreto del contenuto delle obbligazioni gravanti sulle parti e ogni considerazione dell'incidenza dell'eventuale limite (qualora esistente) alla precarietà (che caratterizza il rapporto negoziale in esame), attesa anche la totale genericità (quanto al contenuto della prestazione offerta) della “intimazione a ricevere” inviata dalla lavoratrice al datore di lavoro in data 29-6-2000” ed ha concluso confermando la inesistenza, nella fattispecie, di un “obbligo datoriale di prestazione predeterminata per tempi e quantità” (circostanza non incompatibile con la riscontrata complessiva continuità).

Con il secondo motivo, denunciando violazione degli artt. 18 St.

lav., artt. 1463 e 1464 c.c. E vizi di motivazione, la ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui ha parametrato il risarcimento del danno per il licenziamento inefficace alla retribuzione dell'ultimo anno percepita durante il periodo di sospensione del lavoro.

In particolare la ricorrente deduce che la retribuzione globale, cui viene parametrato il risarcimento del danno ex art. 18 St. lav., “è quella di fatto voluta dalle parti ed effettivamente corrisposta nel corso del rapporto, e tale non è (né può essere) quella corrisposta durante il periodo della sospensione illegittima del rapporto”, come nella specie l'anno 2000, preso in considerazione dalla Corte d'Appello, la quale, invece, avrebbe dovuto fare riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell'intera prestazione.

Il motivo è del pari infondato.

In sostanza la Corte di merito, nella determinazione del quantum, ha adottato, alla luce dei dati disponibili, un criterio equitativo, con riferimento “alla media mensile dell’ultimo anno lavorato”, così condividendo la decisione del primo giudice, rilevando da un lato che, allo stato degli atti, non poteva farsi riferimento alla media di quanto percepito nel corso dell’intera prestazione lavorativa e, dall’altro, che neppure era giustificato o giustificabile il “salto” temporale al precedente “solo” anno 1999, come invocato dalla P..

Tale liquidazione equitativa (sottratta al sindacato di legittimità, se immune da vizi logici e giuridici, cfr. fra le altre Cass. 31-7- 2006 n. 17303, Cass. 25-6-2007 n. 14702) risulta legittima e sorretta da adeguata motivazione e resiste alla censura della ricorrente.

Con il terzo motivo, denunciando violazione degli artt. 414, 416 e 420 c.p.c., art. 2697 c.c., artt. 210 e 421 c.p.c. E vizi di motivazione, la ricorrente, in relazione alla detrazione dell’aliunde perceptum, deduce che la società in primo grado al riguardo nulla aveva dedotto e/o allegato e che, in assenza di qualsiasi istanza od eccezione da parte della società, il giudice aveva ordinato alla lavoratrice la esibizione del libretto di lavoro e delle dichiarazioni dei redditi. Essa ricorrente aveva quindi ottemperato a tale ordine pur contestandone la ritualità e la società soltanto con le note del 17-11-2003 aveva chiesto che si tenesse conto dell’aliunde perceptum risultante dalla dichiarazione dei redditi della P.. La ricorrente evidenzia infine che tali eccezioni erano state riproposte con uno specifico motivo di appello.

Anche tale motivo è infondato.

Sul punto la Corte d’Appello ha ritenuto corretta la decisione di primo giudice essendo stata la relativa “istanza formulata nel corso del giudizio di primo grado dalla società datrice di lavoro nelle note autorizzate del 17-11-2003, richiesta non oggetto di contestazione alcuna da parte della lavoratrice appellante, come evincibile dai verbali di causa del giudizio di primo grado ed essendo in ogni caso la valutazione stata tratta dal giudicante dai dati emergenti dal prodotto libretto di lavoro della lavoratrice.”.

Tale decisione risulta conforme al principio affermato da questa Corte in base al quale “in tema di risarcimento del danno dovuto al lavoratore per effetto della reintegrazione disposta dal giudice ai sensi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, l’eccezione con la quale il datore di lavoro, al fine di vedere ridotto al limite legale delle cinque mensilità di retribuzione l’ammontare del suddetto risarcimento, deduca che il dipendente licenziato ha percepito un altro reddito per effetto di una nuova occupazione, ovvero educa la colpevole astensione da comportamenti idonei ad evitare l’aggravamento del danno, non fa valere alcun diritto sostanziale di impugnazione , né l’eccezione stessa è identificabile come oggetto di una specifica disposizione di legge che ne faccia riserva in favore della parte. Pertanto, allorquando vi è stata rituale allegazione dei fatti rilevanti e gli stessi possono ritenersi incontrovertibili o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trarne d’ufficio (anche nel silenzio della parte interessata ed anche se

l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato" (v. Cass. S.U. 3-2-1998 n. 1099 e, fra le altre, Cass. 19-10-2000 n. 13851, Cass. 15-11-2000 n. 14758, Cass. 1-8-2001 n. 10523, Cass. 9-3-2006 n. 5125).

Del resto la ricorrente neppure può lamentare nella fattispecie la tardività della allegazione dell'aliunde perceptum, essendo scaturita quest'ultima dalla produzione documentale effettuata dalla stessa lavoratrice in primo grado, a seguito della quale, nelle successive note ("autorizzate", come si legge nell'impugnata sentenza) la società ha proposto la relativa difesa.

Il ricorso va pertanto respinto e la ricorrente, in ragione della soccombenza, va condannata al pagamento in favore della xxxxx 1270 s.p.a. (già s.p.a. xx) delle spese riguardanti la sola discussione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento, in favore della xxxxx 1270 s.p.a., delle spese liquidate in Euro 11,00, oltre Euro 1.500,00 per onorario, oltre spese generali, IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 30 settembre 2010.

Depositato in Cancelleria il 21 ottobre 2010

ANEXO 5

Roj: STS 7764/2010³³⁵

Id Cendoj: 28079140012010100944

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

No de Recurso: 253/2010

No de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Da Teresa Blasi Gacho, en nombre y representación de Da María Teresa , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 18 de noviembre de 2009, recaída en el recurso de suplicación no 4591/2009 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social no 13 de los de Barcelona, dictada el 19 de enero de 2009 , en los autos de juicio no 262/2008, iniciados en virtud de demanda presentada por Da Carolina y Da María Teresa , contra POLICLINICA BARCELONA, S.L., sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excm. Sra. Da. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2009, el Juzgado de lo Social no 13 de los de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de incompetencia de esta Jurisdicción y estimando la demanda interpuesta por DOÑA Carolina Y DOÑA María Teresa frente a POLICLINICA

³³⁵

PODER JUDICIAL. ESPAÑA. Disponible em:
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5898171&links=ajenidad%20AND%20dependencia%20AND%20cuenta%20ajena&optimize=20110331>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

BARCELONA, S.L., en reclamación por DESPIDO, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA de los despidos de las actoras con efectos de fecha 04-03-2008, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que readmita a las actoras en el mismo puesto de trabajo y condiciones anteriores al despido o, a su elección, abone a las actoras las siguientes cantidades: a DOÑA Carolina la cantidad de VEINTITRES MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y SEIS EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO en concepto de indemnización y los salarios de tramitación que conforme al salario acreditado de 108,77 # día le correspondan legalmente, a los que hay que deducir el periodo que consta en el Hecho Probado Quinto como trabajado y a DOÑA María Teresa la cantidad de NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO en concepto de indemnización y los salarios de tramitación que conforme al salario acreditado de 51,37 # día le correspondan legalmente; debiendo indicarse que la opción deberá realizarse expresamente por la empresa demandada y que de no efectuarse la misma en el termino de cinco días se entenderá que opta por la readmisión de la actora".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " 1º. Que no se aporta por ninguna de las partes que por las actoras Carolina Y María Teresa se haya suscrito contrato alguno de Arrendamiento de servicios para la prestación del servicio como facultativo para la empresa POLICLÍNICA BARCELONA, S.L., compaginando la actora Carolina sus servicios como facultativo (pasando visitas médicas) y como Directora Médica de la Policlínica, primero ayudando al Doctor Saturnino y posteriormente en el 2007 asumiendo ella dicha Dirección conforme a los documentos aportados por las dos partes; comenzando a prestar dichos servicios las dos actoras: Carolina desde junio del 2003 conforme a los Bloques I y II del ramo de prueba de la parte actora documentos 8 al 13 y María Teresa desde marzo del 2004 conforme a los Bloques III y IV documentos 8 a 24 del ramo de prueba de la parte actora; conforme a los documentos presentados por las partes. 2º . Que al Bloque I de la demandada documentos 18 al 68 y Bloque I documento 8 de la parte actora constan honorarios abonados a la actora Carolina por servicios médicos prestados por esta desde el año 2006 a marzo del 2008; con retención del 15% de IVA, sin que conste firma de nadie, solo Factura 31-01-2008 Factura NUM002 . Concepto Honorarios. Por los servicios medicos prestados el mes de Enero de 2008 1050,54 euros, retención 15% 157,58 #, total 892,96 #. Aportando ambas partes la certificación a efectos de la declaración del IRPF del año 2007 en la que consta como percibido por la actora Carolina la cantidad de 15701,55 # anuales; así mismo, conforme a los documentos al Bloque III folio 14, no reconocida la letra en confesión por el representante de la empresa y ratificado por perito que esta puesta las letras y números por dicho representante, se acredita que la actora por sus funciones de Directora Médica percibía 2000 euros mensuales; lo mismo que consta conforme a la testifical que el nuevo Director Médico cobra por las dos cosas por ser Director Médico y por facultativo; por lo que en su caso el salario anual acreditado por Carolina es de 39701,55 #. Al Bloque I de la demandada documento 69 movimientos de agenda Doctora Carolina Usuaría Agueda ,

desde fecha 03-05-2004 al 27 de febrero de 2008, con los conceptos de: día y hora de visita, nombre, exploración, Mutua y operación. **3º.** Al Bloque II de la demandada documento 76 a 132 inclusive consta honorarios abonados a la actora María Teresa por servicios médicos prestados por esta desde el año 2006 a marzo del 2008; con retención del 15% de IVA, sin que conste firma de nadie, solo Factura 31-01-2008 Factura NUM003 . Concepto Honorarios. Por los servicios médicos prestados el mes de Enero de 2008 1451,74 euros, retención 15% 217,76 #, total 1233,98 #. Al documento 75 consta declaración del año 2007 de IRPF por la cantidad de 21.872,92 #; acreditando la actora en su caso como salario anual la cantidad de 21872,92 #. Al Bloque II de la demandada documento 133 movimientos de agenda Doctora María Teresa Usuaria Felicidad , desde fecha 12-05-2004 al 24-01-2005, con los conceptos de: día y hora de visita, nombre, exploración, Mutua y operación; en el que consta que realizaba: CHEQUEOS MÉDICOS y MEDICINA INTERNA en ese periodo. **4º.** Constando a los documentos de prueba anticipada solicitada por las actoras constan suscritos por la demandada y en su nombre Teodora con facultativos en el año 2008 (no se cuentan ni se refieren aquellos contratos que no llevan fecha) contratos de arrendamiento de servicio suscritos como representante de la empresa por Teodora o por JOSE JUSTO MARTIN BAEZ, con modificación de modelo de los del año 2007 suscritos como representante de la empresa por Saturnino ; la gran mayoría de los contratos de arrendamiento de servicio con facultativos se han formalizado en el año 2008. En el año 2007 y años anteriores, los pocos contratos suscritos por Saturnino indicaban que la compañía POLICLÍNICA BARCELONA, S.A. estaba interesada en disponer de sus servicios profesionales que le ofrece el facultativo y con el fin de que realice actividades propias de su especialidad médica, acuerdan que la demandada encarga al facultativo que suscribe el contrato en su calidad de médico los servicios propios de su especialidad médica, sobre aquellas personas que ponga a su disposición la empresa POLICLÍNICA BARCELONA, S.A., se pacta un precio por actos médicos pagaderos periódicamente, al que la demandada aplicara el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el 18%, que el horario de la prestación de servicios se realizara en horas convenidas por ambas partes, sin más clausulados. Consta entre dichos documentos, contrato temporal de carácter eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial, suscrito por D. Luis Manuel , Administrador de la POLICLÍNICA BARCELONA, S.L., con Adolfo en fecha 3 de marzo de 2008, por tiempo determinado de 6 meses para prestar sus servicios como MEDICO, constando este doctor en el cuadro médico de la Policlínica Barcelona, en Urgencias Médicas de Lunes a Sábados y Medicina Familiar y Comunitaria; a la fecha en que consta como Director Médico Candido . Consta, así mismo, agenda de visitas médicas desde el 04-02-2003 a 13-03-08 por la Doctora Carolina y desde el 05-03-2004 hasta el 03-03-2008 por la Doctora María Teresa , constando cerrada y con otras anotaciones dichas agendas con anterioridad de la antigüedad que indican en demanda las actoras y con posterioridad a la marcha de la clínica de las dos actoras; consta a los Bloques III y IV documentos 17 y 25 respectivamente del ramo de prueba de la parte actora la asignación a las dos actoras de horas y fijación de un cuadro horario mensual asignando horas y día de visitas. **5º.** Que a los folios 38 y 62 de los Autos consta certificación de la Tesorería General de la Seguridad

Social emitido el 10-06-2008 en el que se acredita que las actoras han estado en Alta en la Seguridad Social: Carolina desde el 31-12-1983 no consta dada de Alta en ninguno de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, hasta los siguientes periodos en alta que consta en la certificación: desde el 20-03-2008 al 21-03-08, del 23-03-2008 al 24-03- 2008, del 05-04-08 al 06-04-08, del 12-04-08 al 12-04- 2008, del 19-04-08 al 20-04-08, del 24-04-08 al 24-04-2008, del 25-04-2008 al 26-04-2008, del 02-05-08 al 04- 05-2008, 09-05-2008 al 11-05-2008, 17-05-08 al 18-05-08, 22-05-08 al 23-05-2008, 24-05-2008 al 24-05-2008, 31-05-2008 al 01-06-2008 y del 02- 06-08 en adelante no consta baja, estos periodos presto sus servicios en el So ARAGONES DE SALUD DE ATENCION PRIMARIA BARBASTRO; María Teresa desde el 29-03-2000 no consta Alta en ninguno de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. 6º. Que al Bloque I del ramo de prueba de la parte demandada folio 2 consta carta dirigida por la actora Carolina y notificada el 29 de enero de 2008 a los Sres. Propietarios de la Policlínica Barcelona, en la misma les decía lo siguiente: "Estoy del todo convencida que la Dirección Médica de cualquier Establecimiento Sanitario, tenga éste el tamaño que tenga, debe tener unas determinadas características: Conocer y compartir la finalidad y los objetivos de este establecimiento, debiendo participar en la confección de los mismos. Garantizar la calidad asistencial del mismo, a través de la participación en la formación y composición de la plantilla. Disfrutar de la confianza, tanto de los propietarios/gerentes como del resto del personal sanitario, tanto el cualificado –médicos - como del resto - enfermería, auxiliares, administrativos, etc. Como quiera que estas premisas en el momento actual distan mucho de cumplirse, sirva ésta para presentar mi dimisión del cargo de Directora Médica de la Policlínica, poniéndome a su disposición, como siempre, para continuar desempeñando mi función de Médico Especialista en Medicina Interna, función que seguiré realizando con el mayor de los entusiasmos y con toda mi capacidad.". Que al Bloque I del ramo de prueba de la parte actora documentos 1 a 3, consta que en fecha 29 de febrero de 2008, se emitió un comunicado general por la POLICLÍNICA BARCELONA en el que se comunicaba al personal de la misma, "así como a todos los profesionales médicos internos o externos, que desde la fecha de hoy ha sido nombrado como nuevo Director Médico de la Clínica a Don. Candido , tras el cese de la Dra. Carolina , la cual desde hoy no ejerce ningún tipo de servicio para Policlínica Barcelona. Por lo tanto y ante esta nueva etapa, se solicita la plena colaboración de todos los profesionales, para mejorar aspectos fundamentales y necesarios del centro.". La actora Carolina por Burofax de fecha 04-03-2008, entregado el 05-03-2008, remitió carta a la atención del representante de la empresa demandada SR. JOSE JUSTO MARTIN, en la que indicaba literalmente: "Muy Sr. Mío: El pasado viernes tras mi cese como directora médica ustedes tomaron la decisión, sin comunicármelo, de rescindir mi relación laboral como médico y han ordenado que no se me programaran mas visitas médicas porque desde ese día no iba a volver a prestar servicios para la Policlínica. Personada en la empresa esta mañana no se me ha permitido trabajar, no obstante se me ha dejado recoger mis enseres personales. Entiendo que se ha producido un despido, por lo que voy a interponer la correspondiente demanda judicial.". La actora Carolina por Burofax de fecha 25-03-2008, entregado el 26-03-2008, remitió nueva carta a la atención del representante de la empresa demandada SR. JOSE JUSTO MARTIN, en la que

indicaba literalmente: "Muy Sr. Mío: Como sea que después de retirar en el día de hoy el cheque de la Caja de ahorros del Mediterráneo no NUM000 , por importe de 840,40 #, correspondiente a la mensualidad de febrero de 2008, me he percatado de que al recibo que mensualmente firmo, se le ha añadido un párrafo que no se corresponde con el estricto abono de la mensualidad, ni se corresponde a mi voluntad. Por ello, le informo de que no haré efectivo el referido cheque y por tanto Ustedes me siguen adeudando la mensualidad de febrero, contra cuyo pago y firma del recibo habitual, les devolveré el talón, que me han entregado en el día de hoy. Además y como Ustedes ya saben les indico que tengo interpuesta demanda por despido. Atentamente.". 7º. Que al Bloque III documento 15 y 16 (7 y 8) del ramo de prueba de la parte actora, consta que la actora María Teresa remitió por Burofax a la empresa demandada en fecha 04-03-2008 notificada el 05-03-2008 Burofax, en el que les manifestaba: "Como Usted ya sabe, ayer lunes día 3 de marzo al iniciar mi jornada laboral me encontré con la sorpresa de que mi puesto de trabajo estaba ocupado por otro médico el Sr. Adolfo que visitaba los enfermos que yo tenía programados en la consulta. La coordinadora de operaciones Sra. Teodora ratificó esta decisión y se dieron ordenes de que no me pusieran mas visitas y se me invitó a abandonar el hospital. Entiendo que se ha producido un despido, por lo que voy a interponer la correspondiente demanda judicial.". Así mismo, mediante Burofax de fecha 25-03-2008 notificada el 26-03-2008 a la empresa demandada la actora María Teresa remitió a la Policlínica la siguiente carta: "Como sea que después de retirar en el día de hoy el cheque de la Caja de Ahorros del Mediterráneo no NUM001 , por importe de 1231,85 #, correspondiente a la mensualidad de febrero de 2008, me he percatado que al recibo que mensualmente firmo, se le ha añadido un párrafo que no se corresponde con el estricto abono de la mensualidad, ni se corresponde a mi voluntad. Por ello, le informo de que no haré efectivo el referido cheque y por tanto Ustedes me siguen adeudando la mensualidad de febrero, contra cuyo pago y firma del recibo habitual, les devolveré el talón, que me han entregado en el día de hoy. Además y como Ustedes ya saben les indico que tengo interpuesta demanda por despido.". 8º . Que las actoras reclaman en la demanda le sea reconocida la relación laboral con POLICLÍNICA BARCELONA, S.L., con las siguientes circunstancias laborales, Carolina con una antigüedad de junio de 2003, con la categoría profesional de Directora Médica y un salario diario de 116,31 # y María Teresa con una antigüedad de marzo de 2004, con la categoría profesional de Medico y un salario diario de 51,37 # y se declaré, así mismo, como DESPIDO IMPROCEDENTE el despido tácito efectuado el 29 de febrero de 2008 a la actora Carolina y el verbal efectuado por el representante de la empresa POLICLÍNICA BARCELONA, S.L. a la actora María Teresa en fecha 3 de marzo de 2008 en que se encontró a un medico en su consulta y despido de las dos actoras que fue ratificado el día siguiente 4 de marzo al intentar reincorporarse a su trabajo. 9º . Que las actoras no ostentan ni han ostentado en el último año cargos de representación sindical. 10º. Que se ha intentado por las actoras el preceptivo acto de conciliación previo ante el CMAC sin AVENENCIA presentando las papeletas de conciliación en fecha 13 de marzo de 2008 y celebrándose ambas el 18 de abril de 2008, que se presento la demanda ante el Juzgado decano de los de Barcelona el 27-03- 2008. 11º. Que las partes manifiestan lo siguiente: La actora Carolina que inicialmente no concertó arrendamiento de servicios, en junio de 2003

era Directora Médica, se lo pidió el Dr. Saturnino en aquella época no sabe si estaba dada de alta con licencia fiscal y cree que tampoco en autónomos, el Dr. Saturnino era el dueño de la policlínica y por respeto a él se decía Director Médico pero las funciones las asumía ella, la vertiente de trabajadora era como neurólogo y la de las otras parcelas, el ejercicio de su profesión lo hace de forma dependiente de las líneas de policlínica, pero como directora asumía las funciones; desde el inicio en 2003 ha ido puntualmente suscribiendo facturas mensuales, se le ponían los actos a los cuales correspondían las facturas, a la vista del documento 17 manifiesta que no lo ha visto nunca, el contenido del documento es el porcentaje, les pagaban por el trabajo que hacían y tenían una manera de facturarlos por número de pacientes a los que atendían, no trabaja para otros centros, no tenía consulta privada ella cerró todo su trabajo fuera de policlínica; ahora tiene una consulta privada en la Calle Loreto, ella al irse de policlínica los pacientes que atendía allí se han ido con ella, ha abierto Loreto hace 1 mes y medio porque la buscaban los pacientes, del Hospital General no trajo pacientes a Policlínica, los pacientes van donde quieren, tenían que trabajar siempre con un horario, había un calendario laboral y con vacaciones, lo hacía policlínica una parte Gerencia y otra Dirección médica, ella se fijaba sus vacaciones de acuerdo con el Doctor Saturnino, al resto del personal médico también lo fijaba ella, ella tenía libertad y obligación de variar su agenda, a veces tenía que cubrir a otros para que el servicio estuviera cubierto a la vista del documento 69 manifiesta que es una modificación hecha con su clave de acceso si bien a simple vista no sabe, su agenda de acuerdo con el Doctor Saturnino se modificaba como Directora médica, sólo cuando era necesario. Presentó su dimisión el 29 de enero por e-mail. La paciente murió a las 12 horas, se hizo efectiva la dimisión un mes después porque se lo pidieron, fue a ver al Doctor Mauricio en Febrero éste le pregunto sobre la prestación de servicios, a la vista del documento 3 lo reconoce, a raíz de esto tenía responsabilidad respecto de los facultativos que operaban, si tenía acceso a ellos los explicaba todo mas tarde con los dueños nuevos no tenía acceso a esos nuevos médicos y por ello dimite, el año pasado se les obligó a un curso para un servicios médico, no estaban conformes y no lo hicieron, no les gustó como lo proponían, en Marzo 2007 firmó un contrato de ensayos clínicos, las condiciones están establecidas por Novartis y la otra empresa, ese contrato se hizo en atención primaria de la policlínica de acuerdo con el Doctor Saturnino, el día 4 de marzo cuando fue a la empresa, después de una pequeña disputa la dejaron retirar sus cosas, no se llevó ningún archivo, nada, en la factura del mes de Febrero firmó sin saber bien lo que era, era el formato como siempre y con un papel delante. A preguntas de su letrada la actora aclara: Después de firmar en Febrero, mandó un burofax tras leerlo detenidamente diciendo que iba a continuar con demanda de despido, las facturas que le mandaban estaban grapadas, es lo único que ha firmado desde 2003. La actora María Teresa indica que cuando contacto con la empresa, lo hizo para trabajar como para hacer medicina familiar, medicina interna y algo con un endocrino, ella es médico de familia, lo hablo con la Doctora Carolina, ella le dice que tiene que ir unos días concretos y que le pagarán el 50% de cada paciente, los de Mutuas y los privados; en aquel momento no estaba de alta en licencia fiscal y no ha pagado nunca autónomos, solo esta dada de alta en el Colegio de médicos y tenía su propia póliza de responsabilidad civil, se le han remitido cada mes las facturas por sus actos médicos y las

ha firmado cada mes; no hace visitas privadas en calle Loreto, eso es la consulta de su padre que es médico, las vacaciones las convenían con la Dirección Médica, ella tiene un mes de vacaciones, pero pro conciliación de la vida familiar y laboral pidió que en periodo escolar se le permitiera servicio sin sueldo, al final en Julio tuvo que ir a trabajar, a la vista de los documentos 134 y 136 manifiesta que los reconoce, aunque ponga eso si la llamaban y la necesitaban iba, se les pasaban los pacientes a otro día, se les ofreció un curso y fue, pero no ha aceptado aplicarlo porque podía dañar el riñón, era un servicio que servía para dar dietas a quien se las mandaba, además la información sobre esas dietas las daba Teodora que no tiene función sanitaria y era quien la iba a remitir a esos clientes, en 2007 empezó ensayos clínicos como investigadora dentro de la Policlínica, lo pactó con el laboratorio y la Dirección Médica y con conocimiento de Gerencia, en la factura del mes de febrero firmó engañada un finiquito, las facturas se le presentaban con el mismo formato y el talón estaba grapado en la última página, cuando vio el talón pensó que era la mensualidad, al desgraparla vio que debajo había la frase de que era un finiquito, correspondía a su mensualidad, consultó a la abogada y mandaron un burofax. El lunes 3 estuvo en la policlínica, el martes 4 fue pero no tenía visitas, ella hacía revisiones médicas de empresa o chequeos privados y cuando llegó otro doctor ya había hecho dos de sus revisiones, se le quitó el móvil de las urgencias, mientras él hacía visitas ella siguió con alguna. El representante de la empresa J.J. Martínez Báez manifiesta que reconoce los documentos 2 y 7, recibió los burofax y se los entregó al abogado, él no hizo nada más, a la vista del documento 1 manifiesta que: lo reconoce; a la vista del documento 6 no lo reconoce su letra en él; hasta octubre de 2007 estaba en prestación de servicios, el Director médico era el señor Saturnino, tenía un afecto personal con él y ella con conocimientos resolvía algunos temas, pero no tenía una relación constante de dirección, si lo hubo a partir de Octubre; se fijó un tiempo de 3 meses para seguir de Directora, le pagaban la prestación de servicios, Luis Manuel es el nuevo propietario él es el gerente; por dirección médica no cobra nada la actora, hay una tarifa de precios de enfermos y de Mutuas y se hace una relación con los médicos, las tarifas las ponen las propias Mutuas, los pacientes son algunos de la policlínica, cobran de ellos directamente, el material es de la empresa, las camas, el ordenador, cobran el 50% de las visitas, les pagan por pacientes, en la factura pone "por prestación de servicios", no han firmado contrato, la empresa no programa a los médicos, se lleva una agenda que cubre las necesidades, el médico por regla general establecen unos días concretos pero la alteración de esos horarios los hacen los médicos, el horario que se comprometen tienen que hacerlo, el horario lo fija el médico, el número de visitas se programa cada 20 minutos o media hora, depende, lo programan en función de las especialidades médicas, la recepcionista recibe las instrucciones; el trabajo de la dirección lo llevó el Doctor Saturnino hasta Octubre del 2007 y asesora a la doctora Carolina de la actividad, solventaban temas de administración, de morfológicos, etc., el día 29 de Febrero no cesó a la actora, ella dimitió; ese día cuando la doctora Carolina habló con los propietarios de la clínica no estaba delante, ella dimitió un día después del fallecimiento, Luis Manuel y ella se daban un periodo para hacer prestación de servicios, cesó como Directora, hubo una reunión con el Sr. Luis Manuel, él no estaba delante, lo sabe por terceros, ella no tenía agenda el día 3 y siguientes, porque cuando cesa ya no está,

la doctora Carolina hasta pasado el verano quedaron que no estaría allí en la administración se dice que la doctora (Carolina) ya no iba a visitar hasta después del verano, la doctora María Teresa cuando llegó el día 3 se encuentra a otro doctor que asume sus funciones, el martes 4 cuando van, van con familiares y amigo y dicen que van a trabajar, ese día María Teresa no tenía agenda ese día porque los martes no visitaba, ella trabajó el día 3; el Dr. Adolfo es el único médico con contrato laboral porque ellas siempre han querido tener independencia. 12º. Que los testigos indican lo siguiente: Propuestos por la Empresa: D. Candido , actual Director Médico y es Urólogo, compatibiliza este cargo con las visitas en su condición de facultativo, ha pactado su retribución con la Gerencia de la policlínica, dice que contrato mercantil, se fija su agenda según sus necesidades y sus vacaciones, aún cuando se les pide las fechas para planificar. Cobra por las dos cosas por ser Director Médico y por facultativo, cobra mediante una factura, esos sobres del documento 6 no se lo dan, coordina a los médicos y les pide los planes de vacaciones para coordinar las agendas, solo lleva un trimestre y aún no sabe como lo va hacer porque le faltan datos, de todos modos hay una secretaria que lo tramita y él controla para que no haya problemas para el funcionamiento de la clínica. D. Adolfo , dice que tiene relación laboral con la empresa y que empezó el día 3 de marzo del 2008, compareció en el despacho en que estaba la actora doctora María Teresa , al llegar no estaba y le dieron instrucciones que sería médico de guardia y que haría chequeos de salud, medicina preventiva y le llevaron al despacho de María Teresa , cuando ella llegó él estaba en el despacho, dice que no le sustituía en visitas aquél día, había un trabajo y lo hicieron los dos, no le dieron visitas al margen de la actora, se fueron a ver a Teodora y las dejó discutir. Doña Teodora es directora de operaciones y tiene relación laboral con la empresa, ordena y amplía servicios de gestión, el 3 de marzo se reunió con el Doctor Adolfo y con la doctora María Teresa , para aclararle dudas sobre dicho doctor y le explico que el que estuviera ese doctor era para ampliar los servicios pero no la sustituía a ella, no le dijo a la doctora que no volviera más, la doctora Carolina presento la dimisión ella estaba presente, había hablado con ella para contratarla; manifiesta la testigo solo cuando se le pregunta por la parte actora que tiene una relación sentimental con uno de los dueños el Sr. Luis Manuel , no era superiora jerárquica de la actora. Propuestos por la parte actora: Doña Reyes , manifiesta que es compañera de trabajo de las actoras, ella no es doctora, ella es enfermera; lleva desde Junio de 2000, antes de ser enfermera era administrativa de la empresa, ella tiene contrato laboral, conoce a la doctora Carolina como directora médica, hará 4 o 5 años, la testigo preparaba las historias clínicas y la documentación para informes etc. y control de calidad que hacia la doctora Carolina ; esa doctora desde su casa tenía password para conectarse con la clínica si hacía falta y tenía un móvil de disposición, ha ido a cualquier hora del día, era Jefa superior jerárquica suya, no tenían supervisora, hace dos meses sí tienen, antes era la doctora Carolina a quien se tenían que dirigir, la doctora tenía unos días concretos de agenda y María Teresa también; la agenda la pueden modificar ambas, dando orden a recepción para el cambio, un médico puede decidir no ir un día y lo cambia para otro, los pacientes los son de la clínica. Ella no estaba delante, pero cambió el letrero de la doctora en la puerta cuando el 3 pero vio estaba llorando la doctora María Teresa en el despacho de la doctora estaba también el Doctor Adolfo , le dijeron que ya no

podía hablar con María Teresa porque estaba despedida. A repreguntas de la empresa manifiesta que el Doctor Saturnino era el director medico, también la doctora Carolina tenía un móvil 24 horas, fuera de su horario de visitas de L. M y Mi y J. la ha visto alguna vez comparecer fuera de visitas, pero ella no lo controla eso. Don Leoncio manifiesta que es ecografista y esta en laboratorio y hace visitas; conoce a la doctora Carolina como medico y Directora Médica y visitaba como médico, la reconoce como directora desde 2003, ella les coordinaba las agendas, vacaciones etc. por lo menos él, a María Teresa la conoce como médico, el día 4 de marzo estaba en la clínica cuando fueron despedidas, ellas fueron a pedir explicaciones, él las vio y ayudo a recoger las cosas a la doctora Carolina y sabe que fueron a hablar con el Sr. Martín, recogió sus enseres personales, estaba Teodora y el Sr. Martín y las acompañaron a la puerta, él supo que cesaba en las actividades por un papel y de María Teresa lo supo por teléfono. El se encontró con todo eso. A repreguntas de la empresa: a la vista del documento 66 de la prueba anticipada reconoce su firma en él; coordinaban la agenda no necesitaba permiso pero intentaban ponerse en común para no dejar descubiertos, no le han puesto nunca inconvenientes, el día 4 estaba y ayudo a retirar cosas, no sabe que retirar documentos básicamente eran libros. Doña Florencia manifiesta que la doctora Carolina la ha visitado varias veces, la doctora María Teresa no, el día 3 iba a la policlínica y espero un poco y se las encontró a las dos con mucho revuelo y preguntó que pasaba y vio que ya no visitarían mas, presencié que les dijeron que no podían entrara allí porque estaban despedidas a ambas, lo dijo eso un señor con el pelo rizado con bigote, es el representante de la empresa, le oyó como les decía eso, y le dijo a la doctora que tenía sus cosas recogidas y ella dijo que quería entrar y la ayudo a sacar cosas a partir de ese momento vio como se iban, se puso nerviosa y ya no pidió hora. A preguntas de la empresa: Cree que oyó la palabra "despedidas". **13º.** Que para mejor proveer se practico prueba pericial caligráfica sobre la letra del documento número 6 de la parte actora que no ha sido reconocida por el representante de la empresa J.J. Martínez Báez en el acto del juicio (folio 70); en la conclusión de dicho informe se Concluye que: "los grafismos dubitados a examinar, han sido realizados por la misma persona de la que tenemos grafismos indubitados"; **14º.** Que la empresa demandada en el acto del juicio, alega la incompetencia de este orden Jurisdiccional por entender que la prestación de servicios de las actoras era de arrendamiento y por lo tanto de naturaleza civil de acuerdo con el Código Civil; las actoras se oponen a la excepción planteada, entendiendo que la naturaleza del contrato era laboral."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de POLICLINICA BARCELONA, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimar en parte el recurso de suplicación presentado por la empresa Policlínica de Barcelona SL. contra la sentencia de 19 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social no. 13 de Barcelona en el procedimiento no. 262/2008 y seguido a instancia de Doña. Carolina y María Teresa contra la mencionada empresa, que confirmamos en todos los extremos con respecto a la demandante Doña. Carolina , y

condenamos a la empresa a pagar 600 euros en concepto de honorarios de la letrada que en nombre de ella impugna el recurso. Revocamos la sentencia con respecto a la otra demandante, Doña. María Teresa y declaramos la incompetencia material del orden social de la jurisdicción, con absolución de la empresa.".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la letrada Da Teresa Blasi Gacho, en nombre de Da María Teresa , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla Leon, sede Burgos, de fecha 26 de febrero de 2009, recurso de suplicación no 28/2009 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 23 de noviembre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social número 13 de los de Barcelona dictó sentencia el 19 de enero de 2009 en la que desestimando la excepción de incompetencia por razón de materia, estimó la demanda interpuesta por Da Carolina y Da María Teresa frente a Policlínica Barcelona, SL, en reclamación por despido, declarando la improcedencia de los despidos de las actoras, con efectos de 4 de marzo de 2008, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que readmita a las actoras en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían con anterioridad al despido o, a su elección, abone a las actoras las siguientes cantidades: a Doña Carolina la cantidad de 23.986'34 euros, en concepto de indemnización y los salarios de tramitación conforme al salario acreditado de 108'77 euros/día, de los que hay que deducir el periodo que consta en el hecho probado quinto como trabajado y a Doña María Teresa la cantidad de 9.570'34 euros, en concepto de indemnización y salarios de tramitación que conforme al salario acreditado de 51'37 euros diarios le corresponden legalmente. Tal y como resulta de la sentencia de instancia la actora doña Carolina prestaba servicios para la demandada como facultativo (pasando visitas médicas) y como directora médica de la Policlínica, primero ayudando al doctor Saturnino y posteriormente, en el 2007, asumiendo ella dicha dirección, habiendo comenzado la prestación de servicios en junio de 2003, en tanto doña María Teresa comenzó a prestar sus servicios para la demandada como facultativo en marzo de 2004. El

local, instrumentos y medios que utilizaban eran propiedad de la empresa demandada, habiendo prestado servicios siempre en el mismo centro de trabajo y exclusivamente para la sociedad demandada. Facturaban sus servicios por unidad de servicios y sobre los precios que marcaba la empresa, abonándoles las retribuciones mensualmente con retención del 15% en concepto de IVA. La señora Carolina tenía disponibilidad horaria constante para despachar con los Directivos y el gerente y para hacer consultar médicas a través del acceso informático y su localización permanente en el móvil, tenía sueldo fijo como directora y coordinaba el servicio de los otros médicos en función de las necesidades del personal y de los clientes del centro hospitalario.

Doña María Teresa se dedicaba a revisiones y exploraciones médicas y medicina interna, con agenda concertada de día y hora de visita, nombre, exploración, Mutua y operación. Atendía en días concretos, concertados y cobraba el 50% del precio establecido por la policlínica por cada acto médico efectuado. Las vacaciones se fijaban de acuerdo con la Dirección médica, según fuese conveniente, atendiendo también las conveniencias del servicio. En la empresa existe una tarifa de precios, de enfermos y Mutuas y se hace una relación de los precios con los médicos del 50% de las visitas o actos médicos. Las agendas de consultas médicas cubren las demandas los días concretos que establece el médico, en el horario que decida que se debe cumplir para atender a los pacientes de la clínica. El número de visitas se programa cada veinte minutos o media hora, según la especialidad médica a través de la recepcionista que recibe las instrucciones. La Dirección médica resuelve los temas de coordinación de los médicos, administración, agendas y vacaciones de los facultativos. Si el médico no asistía a la consulta programada debido a enfermedad, vacaciones u otras ausencias, no cobraba ningún importe.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 18 de noviembre de 2009, recurso núm. 4591/09, estimando en parte el recurso de suplicación formulado por la empresa Policlínica de Barcelona SL contra la sentencia dictada, confirmando la sentencia en todos sus extremos respecto a Da Carolina y revocando la sentencia con respecto a la demandante Da María Teresa, declarando la incompetencia material del orden social de la jurisdicción, absolviendo a la empresa demandada. La sentencia entendió que la nota de **dependencia** de la actora doña María Teresa está muy atenuada ya que si bien actúa en centro hospitalario de trabajo propiedad de una persona física o jurídica, ejerce la profesión con libertad técnica lógica y propia de cualquier profesión liberal, a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales que caracterizan su ejercicio, encardinándose la relación de la actora en las características propias del ejercicio liberal de la profesión y, por lo tanto, civil de arrendamiento de servicios, excluida la relación laboral, vista la ausencia de una jornada de trabajo a disposición de la Policlínica y de la modalidad retributiva por acto médico dispensado, no existiendo en su relación de prestación de servicios ninguna nota clara de inserción y sometimiento a los directivos del ámbito de organización y dirección de la empresa, de manera que no se cumplen los requisitos establecidos en el *artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*, que caracteriza la relación de trabajo por **cuenta ajena**.

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora Doña María Teresa recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, el 28 de febrero de 2009, recurso 28/2009 , firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte demandada ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 26 de febrero de 2009, recurso número 28/2009 , desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Centro Policlínico Aranda, SL frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Burgos, en fecha 21 de enero de 2008 , en autos 717/07, seguidos en dicho Juzgado, en virtud de demanda promovida por el Ministerio de Trabajo frente a la entidad recurrente, Doña Serafina , Doña Sonsoles , Don Alejandro , Don Carmelo , Don Eulalio , Doña Elisabeth , Don Isidro , en procedimiento de oficio, confirmando en su integridad la resolución recurrida. Consta el dicha sentencia que los demandados Doña Serafina , Doña Sonsoles , Don Alejandro , Don Carmelo , Don Eulalio , Doña Elisabeth , Don Isidro , han venido prestando servicios para el Centro Policlínico Aranda SL como médicos, con distintas especialidades, habiendo suscrito los pertinentes contratos en los que consta que tienen por objeto "la prestación profesional de la medicina en la especialidad correspondiente, en sus más amplios términos a todos los usuarios que demanden la actuación, estableciéndose como prestación económica el abono por la policlínica del 70% de los honorarios por consulta". Se fija la sujeción a un horario de ciertas horas cada semana en función de la agenda prevista de pacientes citados susceptible de modificación por acuerdo mutuo entre las partes, según las necesidades del servicio en las clínicas, siendo de la competencia y exclusiva responsabilidad del médico el resultado de los diagnósticos y tratamiento realizados y la organización del servicio, si bien deberá comunicar tales extremos a la arrendadora. El instrumental, el equipamiento y el aparataje son propiedad de la entidad arrendadora.

La sentencia razona que, teniendo en **cuenta** que el horario y los días por semana que acudían a la clínica habían sido fijados de común acuerdo, que la agenda se fijaba de acuerdo con los pacientes, pudiendo ser modificada de común acuerdo, que acudían a prestar servicios un día por semana o cada dos semanas, algunos 3 horas por semana, otros 3 horas por quincena, con una gran libertad para fijar su agenda, percibiendo una remuneración en forma de porcentaje por acto médico realizado, siendo abonada por la

clínica que era la que cobraba de los pacientes -fijando el precio- que la prestación se realizaba en las instalaciones de la empresa, concluye que la relación es de carácter laboral.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, pues en ambos casos se trata de facultativos que prestan sus servicios profesionales a una policlínica, que perciben cantidades por acto médico realizado, siendo su importe un porcentaje del precio de este, que dicho precio es fijado por la policlínica que lo cobra directamente a los pacientes y posteriormente abona al médico el porcentaje pactado, siendo el lugar en el que se presta el servicio y los medios con los que se presta propiedad de la policlínica. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida conste que el horario se fijaba en horas convenidas por ambas partes y en la de contraste que el horario se fijaba en función de la previsión de pacientes citados, ya que esta era susceptible de modificación por acuerdo entre las partes, debiendo señalarse asimismo que en la recurrida consta que la Dirección médica resuelve temas de coordinación de los médicos, agendas y vacaciones, por lo que en la determinación de la agenda interviene la dirección médica, es decir, la policlínica.

Cumplidos los requisitos de los *artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral* procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO .- El recurrente alega infracción de lo establecido en el *artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*, aduciendo que, a la vista de las concretas circunstancias en las que se ha desarrollado la relación de la actora con la demandada, la misma ha de ser calificada de laboral por reunir los requisitos que para tal relación fija el precepto cuya vulneración se denuncia.

Procede recordar la doctrina de la Sala a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, contenida entre otras en la sentencia de 12 de febrero de 2008, recurso 5018/05, que es del siguiente tenor: "1) *La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto* [SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 y 29-12-1999].

2) *La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente"* [STS 7-6-1986]; *en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por **cuenta ajena** a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de*

trabajo y retribución, las notas específicas de **ajenidad** del trabajo y de **dependencia** en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la **dependencia** como la **ajenidad** son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) Los indicios comunes de **dependencia** más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de **dependencia**, entre otros, el desempeño personal del trabajo [STS 23-10-1989], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS 20-9-1995], la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [SSTs 8-10-1992 y 22-4-1996], y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

5) Indicios comunes de la nota de **ajenidad** son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS 31-3-1997], la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [STS 15-4-1990 y 29-12-1999], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20-9-1995], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23-10-1989].

6) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [STS 15-4-1990 y 3-4-1992] o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS 22-1-2001]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS 7-6-1986] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por **cuenta ajena** [STS 20-9-1995].

7) No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la **dependencia** en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS 11-12-1989].".

A partir de estos razonamientos cabe concluir que concurren en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios "intuitu personae". b) **ajenidad**, ya que los frutos del trabajo pasan "ab initio" al empresario que, a su vez, asume la obligación de pagar el salario, con independencia de la obtención de beneficios, percibiendo la policlínica el importe de la asistencia directamente de los pacientes, procediendo posteriormente a abonar una parte del mismo al facultativo. c) Los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, obligándose la actora a prestar el servicio en las horas y días de visita que tenía asignados, que previamente ella había establecido, fijándose las consultas por la recepcionista con un lapso temporal aproximado de veinte minutos entre una y otra. d) El local, el instrumental y los medios eran de titularidad de la empresa demandada. e) Recibía órdenes de la demandada, ya que la Dirección médica resolvía las cuestiones de coordinación de los médicos, agendas y vacaciones. f) La retribución se abona por la demandada, consistiendo la misma en un porcentaje del precio que la policlínica cobraba por acto médico, precio que previamente había establecido la propia empleadora, siendo un sistema similar al salario a comisión.

A la vista de tales datos y operando en el caso la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el *artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores*, forzoso es concluir que al concurrir las notas típicas de la relación laboral establecidas en el *artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores*, la relación de la actora con la demandada ha de ser calificada de laboral. No empece tal conclusión el hecho de que únicamente se percibiese retribución si se realizaba un acto médico y no en caso de vacaciones, enfermedad o ausencia del facultativo pues, como ha quedado señalado, la retribución consistía en un porcentaje de la cantidad abonada por el paciente por el servicio médico recibido, es decir, únicamente si se realizaba un acto médico se percibía la retribución correspondiente.

CUARTO .- Sentada la existencia de la relación laboral entre las partes, a la vista de que el 14 de marzo de 2008 hicieron desalojar a la hoy recurrente de su despacho y le dijeron que no volviera más, habiendo contratado el día anterior a otro doctor que sustituyó a Da María Teresa, que no pudo trabajar dicho día, pues ocupó su despacho de consultas, se ha de concluir que se ha producido el despido de la trabajadora que, a tenor de lo previsto en el *artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores* ha de ser calificado de improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, a tenor del *artículo 56* del citado texto legal.

QUINTO .- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso planteado y casar y anular la sentencia recurrida en el concreto extremo objeto del recurso, confirmando la sentencia de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de Da María Teresa frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 18 de noviembre de 2009, recurso número 4591/09 , interpuesto por Policlínica de Barcelona SL frente a la sentencia del Juzgado de lo Social no 13 de Barcelona de fecha 19 de enero de 2009, dictada en autos 262/08 , seguidos a instancia de la ahora recurrente y de Doña Carolina contra Policlínica Barcelona SL. Se casa y anula la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación se desestima el recurso de esta clase interpuesto por Policlínica de Barcelona SL, confirmando la sentencia de instancia que queda firme. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

ANEXO 6

ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL - ACSTJ de 17-05-2007³³⁶

Contrato de prestação de serviços Contrato de trabalho

I - A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços assenta em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

II - O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador conformar através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou. Diversamente, no contrato de prestação de serviços, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte.

III - Para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes de um contrato, há que averiguar qual a vontade revelada pelas partes – quer quando procederam à sua qualificação, quer quando definiram as circunstâncias em que se exerceria actividade – e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da actividade no âmbito daquela relação jurídica, prevalecendo a execução efectiva em caso de contradição entre o acordado e o realmente executado.

IV - É de qualificar como de prestação de serviços o contrato no âmbito do qual o Autor, ao serviço da Ré, procedeu, ao longo de seis anos, a peritagens de avaliação de danos em veículos automóveis, utilizando, em regra, material de escritório e equipamento informático pertencente à Ré, disponível nas instalações desta, num quadro em que: a retribuição foi estabelecida, em quantia certa, para cada peritagem, sendo os pagamentos efectuados mensalmente, em função do número peritagens, contra a emissão de “recibos verdes”; o Autor não estava sujeito ao cumprimento de horários estabelecidos pela Ré, nem a qualquer controlo de assiduidade ou absentismo, nem a justificar ausências do serviço; apenas comparecia nas instalações da Ré o tempo indispensável para receber as encomendas e entregar os relatórios – embora a tal não fosse obrigado, pois, se quisesse, podia fazê-lo, por fax ou utilizando meios informáticos; não estava obrigado a aceitar realizar todas as peritagens encomendadas, pois, caso não tivesse disponibilidade, bastava-lhe, sem necessidade de apresentar justificação, avisar a Ré, que procurava outros peritos; marcava as suas próprias férias, avisando, com antecedência, a Ré, sem necessidade de aprovação por parte desta; utilizava viatura própria nas deslocações em serviço, suportando

³³⁶ PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Disponível: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25286&stringbusca=subordina%25E7%25E3o&exacta=>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

as respectivas despesas; e, durante a execução do contrato, nunca auferiu retribuição nas férias, subsídio de férias e de Natal, sem que, naquele período de seis anos, o Autor houvesse revelado sinais de inconformismo perante tal situação.