

## AUTÔNOMO DEPENDENTE, CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE<sup>1</sup>

## AUTÓNOMO DEPENDIENTE, CRISIS DEL DERECHO LABORAL Y PARADIGMA DE LA ESSENCIALIDAD

*Rodrigo Fortunato Goulart<sup>2</sup>*

### RESUMO

A figura paradoxal do *trabalhador autônomo dependente* se encontra inserida no núcleo da mais profunda crise do Direito Individual do Trabalho, na perspectiva da abrangência de sua regulação. A problemática apresentada é que a legislação social brasileira recusa para este trabalhador, em flagrante posição de carência no contrato, amplas garantias sociais, pois o mesmo não preencheria os requisitos clássicos do vínculo empregatício, notadamente, a *dependência* (via subordinação jurídica subjetiva). No estudo, percebeu-se que, ao excluí-lo da proteção tutelar, a *dependência* transformou-se em uma categoria jurídica completamente desprendida das circunstâncias existenciais do indivíduo, tendo como consequência, a desumanização do da pessoa (trabalhador) no contrato. Baseado na tendência do Direito contratual privado no Brasil, sugere-se uma nova possibilidade de classificação da relação de emprego, ou seja, que a posição de inferioridade contratual seja caracterizada considerando a *qualidade essencial* do bem contratado, e não tão somente a intensidade de ordens ou comandos realizados pelo empregador.

**Palavras chave:** autônomo dependente; parassubordinação; subordinação jurídica

### RESUMEN

Trata el presente estudio de la crisis del actual modelo de reglamentación del Derecho del Trabajo, consubstanciada en la comprensión dominante de la categoría “empleado”. El *trabajador autónomo dependiente* fue escogido justamente por dar lugar a la centralidad del colapso de la noción clásica de dependencia (vía subordinación jurídica subjetiva). La problemática surge porque referidos trabajadores son considerados formalmente “autónomos”, no obstante, también se encuentran constreñidos en cerrar un negocio delante de la necesidad de conectarse al objeto trabajo. Entretanto, a pesar de tener aparentemente independencia (inclusive técnica) para ejecución de su oficio y, no raras veces lo hacen fuera de los dominios de la entidad contratante, le son negados todos los derechos sociales, vez que rellenar los trazos de “empleado” es condición *sine qua non* para el acceso a la protección. Con el objetivo de evitar la exclusión social, se observó que la comprensión dominante de la dependencia (vía subordinación jurídica subjetiva) se aisló del objeto contrato, transformándose en una categoría jurídica completamente desprendida de las circunstancias existenciales del individuo, teniendo como consecuencia la deshumanización de la persona (trabajador) en el contrato. Por eso, basada en la tendencia del Contrato "posmoderno" en Brasil, se concluye que la inferioridad y desigualdad contractual deben emerger también de la calidad *esencial* del bien contratado, y no apenas de la intensidad de órdenes o comandos realizados por el empleador.

**Palabras clave:** *autónomo dependiente*; parassubordinación; subordinación jurídica.

<sup>1</sup> Artigo inspirado no livro: GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador Autônomo e Contrato de Emprego*. Curitiba/PR-BRASIL: Editora Juruá, 2012. [www.jurua.com.br](http://www.jurua.com.br)

<sup>2</sup> Advogado, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR, Curitiba/PR, BRASIL) e Professor Universitário (PUC PR, EMATRA IX e OPET). Membro da “Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale”; Contato: +55 (41) 3042-1100, [rodrigo@fortunato-goulart.adv.br](mailto:rodrigo@fortunato-goulart.adv.br)

## I. Trabalhador *Autônomo Dependente*

Paralelo ao padrão hegemônico “emprego” surgem novas formas de integração na atividade profissional-empresarial caracterizadas por uma crescente diluição das noções marcantes dos elementos típicos da relação empregatícia, notadamente a *dependência* (subordinação jurídica) e a “não-eventualidade”<sup>3</sup>. A falta de traços precisos, hipoteticamente mais nítidos no passado, entre o profissional liberal (não-empregado) e o profissional assalariado (empregado), ampliam as discussões e a tônica de identificar quem merece ser protegido pelo Direito, propondo-se contendas a respeito dos limites entre a incidência das normas do Direito Civil e do Direito do Trabalho.

Não há no Direito Individual do Trabalho brasileiro uma definição jurídica a respeito do que seria o “trabalhador autônomo”<sup>4</sup>, por isso, se afirma que o “autônomo” é caracterizado pela via da exclusão, sendo justamente todo aquele que não é empregado, ou seja, que não preenche os requisitos da lei trabalhista (CLT – Consolidação das Leis do Trabalho/BRASIL). A interpretação justralhista dominante, estabeleceu por sua vez que o principal critério que diferencia o empregado do trabalhador “autônomo” é a “dependência”, manifestada na faceta da subordinação jurídica<sup>5</sup>. Como acentua Landulfo, “todo empregado é um subordinado, mas nem todo subordinado é um empregado”<sup>6</sup>.

Nesse sentido, Perulli<sup>7</sup> adverte que o trabalho “autônomo” é um conceito que abrange um número cada vez maior e diversificado de atividades de trabalho reguladas por distintos diplomas jurídicos. Assim, cometer-se-ia um erro metodológico partir do princípio de que esta atividade seria uma categoria homogênea e unitária que poderia ser comparada com o contrato empregatício, pois não o é. No tocante a sua identificação, observa-se muitas vezes a confusão entre trabalho “autônomo” e a própria atividade empresarial devido à situação peculiar das micro-empresas – isto é, em que um indivíduo desenvolve atividades em acanhada escala através de uma pequena estrutura empresarial do ponto de vista jurídico.

Não obstante a diversidade de figuras, a legislação estrangeira tem caminhado para a proteção social não vinculada ao clássico emprego, porém estendendo alguns direitos sociais àqueles trabalhadores “autônomos” que possuem traços típicos daqueles que se encontram empregados. É o exemplo dos trabalhadores que se situam na chamada “zona fronteira”, os *autônomos em posição de hipossuficiência contratual*, também batizados paradoxalmente de *autônomos dependentes*.

Uma das justificativas para o reconhecimento desta nova categoria jurídica originou-se no fato de que referidos trabalhadores possuem uma forte *dependência econômica* em relação ao tomador de seus serviços. Por isso, a figura é chamada de forma diversa em vários países: *Trabajador Autónomo Economicamente Dependiente*<sup>8</sup> (Espanha); “Parasubordinato” (Itália), “Arbeitnehmerähnliche Personen” (Alemanha),

<sup>3</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Art. 2º. *caput*. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Art. 3º. “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

<sup>4</sup> Compreende-se neste estudo que “autônomo” são todas aquelas espécies de trabalho (inclusive regidas por leis especiais) que não se enquadram na noção tradicional de “empregado”. Porém, cumpre registrar que por vezes o termo será utilizado entre aspas porque diverge-se da compreensão na qual crê que todos os profissionais liberais (trabalhadores autônomos em geral) teriam amplo controle ou domínio sobre sua atividade de trabalho, conforme oportunamente será analisado.

<sup>5</sup> A *dependência* (subordinação jurídica subjetiva) é compreendida neste estudo como o estado de sujeição do empregado à autoridade e ao poder de comando do empregador.

<sup>6</sup> LANDULFO, Domenico Antonio. *Dimensões do Direito do Trabalho*. São Paulo, 2003. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. p. 19.

<sup>7</sup> PERULLI, Adalberto. Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais. Parlamento Europeu, sala PHS 3C50, Bruxelas, 19 de jun. 2003. p. 08.

<sup>8</sup> ESPANHA. Estatuto del Trabajo Autónomo. Lei nº. 20/2007, 11 de julio, art. 11: “Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada

“Collaborateur Liberal” (França), “Prestador de Trabalho Economicamente Dependente” (Portugal), dentre outros.

Ao longo dos últimos anos, assistimos ao aparecimento de um grupo de trabalhadores que se enquadram na zona cinzenta situada entre as noções tradicionais de ‘empregados’, por um lado, e ‘trabalhadores independentes’, por outro. Foram criadas diversas designações para descrever e categorizar este grupo, sendo as mais frequentemente utilizadas as seguintes: ‘trabalhadores financeiramente dependentes’, ‘trabalhadores economicamente dependentes’, ‘trabalhadores parassubordinados’ ou ‘pessoas equiparadas aos assalariados’. O trabalho economicamente dependente possui características tanto do trabalho por conta própria, como do trabalho por conta de outrem: (...) trabalham por sua própria conta e risco e não estão subordinados ao empregador. Por outro lado, são economicamente dependentes na medida em que dependem, em maior ou menor grau, de uma só empresa cliente.<sup>9</sup>

Nestes países se reconheceu a existência de um *sujeito débil* que, apesar de juridicamente considerado “autônomo” – e por sua vez, *a priori*, desnecessária a incidência das normas trabalhistas – demonstrou precisar, com o passar do tempo, de mínimas garantias sociais, fato que revela um paradoxo<sup>10</sup>. A dificuldade encontra-se exatamente no fato da abertura, pela legislação precitada, de uma figura mista e contraditória: se o trabalhador é “autônomo”, como, ao mesmo tempo, pode ser considerado “carente/hipossuficiente”? Perulli cita alguns esclarecimentos preliminares que precisam ser feitos sobre o trabalhador parassubordinado (Itália) ou economicamente dependente (Espanha): 1º.) atualmente, o trabalho parassubordinado ou economicamente dependente *enquadra-se no trabalho independente* (autônomo) e, na legislação italiana e espanhola, por exemplo, é considerado como trabalho independente (autônomo) com *características especiais*; 2º.) na legislação desses países este trabalhador não deve ser confundido com o trabalhador independente (autônomo) e muito menos com o trabalhador empregado: tratam-se de categorias diferentes, tanto do ponto de vista jurídico, como sócio-econômico. Por fim, segundo o autor, verifica-se a tendência para a inclusão do “subgrupo” de trabalhadores parassubordinados ou economicamente dependentes na categoria jurídica do trabalhadores empregados.

Nesse compasso, é necessário inicialmente investigar os fundamentos utilizados pela legislação estrangeira para a configuração dessa espécie “híbrida” de trabalhador, a fim de averiguar se existe a *tendência no Direito Individual do Trabalho* desses países em eleger critérios distantes da ideia brasileira de *dependência* (via subordinação jurídica) para a outorga (mesmo que parcial) de direitos sociais. Tal fato, se verificado, suscita que uma quebra de paradigma está ocorrendo silenciosamente no ramo justralhista: *a posição<sup>11</sup> de hipossuficiência contratual pode não estar mais ligada à modalidade tradicional de emprego; ou a compreensão de “empregado” é que está a sofrer forte mudança neste limiar de Século XXI.*

Considerando que o contrato de trabalho é um “contrato realidade”<sup>12</sup> e que sua aplicação, em tese, depende da interpretação do modo de realização do serviço, estaria a compreensão dominante do vínculo de emprego, manifestado pelo seu requisito chave *dependência* (via subordinação jurídica), em grave crise? Por

---

cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

<sup>9</sup> PERULLI, Adalberto. Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais. Parlamento Europeu, sala PHS 3C50, Bruxelas, 19 de jun. 2003. p. 05.

<sup>10</sup> Não deixa de causar perplexidade para os estudiosos do Direito do Trabalho as contradições de como estes países europeus estabeleceram os limites entre as três figuras jurídicas (autônomo; autônomo dependente ou parassubordinado e empregado), pois, dependendo da posição de observação adotada, esta “terceira” categoria híbrida nada mais é do que um típico empregado, porém, marcado por uma dependência não caracterizada pelos traços típicos da subordinação jurídica subjetiva.

<sup>11</sup> Uma pessoa em boa condição sócio-econômica poderá ser protegida pelas leis sociais: basta para isto que se coloque na *posição* de um economicamente fraco no contrato. Assim é que, por exemplo, o milionário empregado de uma fábrica poderá invocar a proteção das leis trabalhistas. CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social* (v.1.). 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 32.

<sup>12</sup> Expressão de ALFREDO INÑÁRRITU, Ministro da Suprema Corte de Justiça do México. Competencia 133/36, suscitada entre a Junta Federal de Conciliação e o Décimo Juiz Cível da Cidade do México, para conhecer da reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Companhia Mexicana de Petróleo “El Aguila”. Vide também CUEVA, Mario de La. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 2 v. México: Porrúa, 1985.

outro lado, se a legislação nos países estudados adotaram direitos sociais para estes trabalhadores, prerrogativa que até pouco tempo atrás eram exclusivas dos empregados, estas circunstâncias não refletiriam uma estratégia de se eliminar em definitivo a possibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego?

Por oportuno, verificou-se que a discussão se desenvolve principalmente sobre a figura do trabalhador *autônomo para empresa*<sup>13</sup>, ou seja, o indivíduo que trabalha sem o auxílio de empregados, exclusivamente para determinado empregador, mas sem jornada de trabalho prefixada contratualmente, nem sob o controle direto do tomador dos serviços, tendo, assim, certa liberdade para organizar seu trabalho, diferentemente do chamado trabalhador *autônomo para o público*<sup>14</sup>, indivíduo que pode trabalhar com a ajuda de terceiros, mas que presta serviços diretamente ao consumidor pessoa física, sem intermediação de empresa ou pessoa. Em outras palavras, nesse caso, o trabalhador (prestador de serviços) assumiria a *posição de fornecedor*, deixando de caracterizar uma relação de trabalho (vínculo produtivo) e passando a ser típica relação de consumo, entendimento ainda controverso e passível de críticas.

As disposições legais existentes nos Estados citados, aplicáveis aos trabalhadores *autônomos dependentes*, incidem, geralmente, nos seguintes aspectos: a) reconhecimento de feriado anual (interrupção e suspensão contratual); b) participação em cursos de capacitação; c) inserção no sistema de seguridade social (pensões, acidentes de trabalho, afastamentos por motivos de doenças, proteção à maternidade); d) aplicação da solução de controvérsias decorrentes pelos tribunais do trabalho; e) direito a constituir ou filiar-se a sindicatos; f) reconhecimento do direito para negociar coletivamente ou ver reguladas suas condições de trabalho e remuneração por instrumento coletivo<sup>15</sup>; g) meio ambiente de trabalho seguro; h) não-discriminação em matéria de trabalho.

Não obstante, em todos eles a disciplina jurídica contratual envolve os seguintes indicadores na determinação da condição de hipossuficiência contratual do prestador de serviços: trabalho essencialmente pessoal; continuidade no tempo (no sentido de permanência); coordenação da execução do trabalho com a atividade do cliente; prestação do trabalho principalmente a um único tomador (monocompromisso, na qual representa uma das principais fontes de rendimento do trabalhador, pelo menos, 75% dos rendimentos na Espanha, e 50% na Alemanha); e ausência de empregados assalariados a seu serviço (são admitidos apenas colaboradores, como membros da família).

## II. Materialização do Contrato do *Autônomo Dependente* e Problemática

De fato existe a tendência inequívoca em alguns países da Europa à tutela trabalhista (mesmo que parcial) para indivíduos juridicamente considerados “autônomos”, o que torna visível uma quebra de paradigma. Estão ruindo no Direito Individual do Trabalho os muros que vinculavam a proteção social exclusivamente ao trabalho na modalidade clássica de emprego. Percebeu-se nos países estudados que alguns requisitos considerados até então como “extrajurídicos” passaram a ser a justificativa para inclusão de direitos sociais ao trabalhador “autônomo”. Desta forma, outros efeitos provenientes do conteúdo do objeto do contrato<sup>16</sup> (trabalho humano) passaram a assumir relevância jurídica, produzindo reflexos sobre a teoria

<sup>13</sup> SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 96.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>15</sup> Documento de base preparado sobre a coordenação de Enrique Marín Quijada para a “Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección” convocada pela OIT (Genebra, p. 25, n. 134), sugere a existência de um “desenfoque”, entre a norma (laboral) e o sujeito ao qual deve proteger, como se este sujeito tivesse sido desprezado do âmbito da norma. Esta reunião faz parte das atividades da 86ª Conferência da OIT que solicitará ao Consejo de Administración com vistas a retomar o tratamento de uma convenção internacional e uma recomendação relativa à proteção de trabalhadores não abrangidos pelo tradicional conceito de dependência (subordinação jurídica).

<sup>16</sup> Para efeitos deste estudo, compreende-se como “objeto do contrato” aquele cujas obrigações se materializam em um bem. Por exemplo, em um contrato de prestação de serviços, considera-se seu objeto o próprio trabalho prestado (serviços médicos, serviços especializados, etc.). Para não suscitar dúvidas, a expressão “objeto do contrato” é referido como fator de qualificação do mesmo, *in casu*, o objeto do contrato de trabalho é o próprio trabalho humano. Essa compreensão, todavia, não significa que se possa considerar o trabalho como qualquer coisa ou mercadoria, pois inafastável do ser humano. No contrato de trabalho, as concepções tradicionais de “sujeito” e “objeto” se entrelaçam e se confundem.

contratual, por traduzirem melhor o abismo e a disparidade entre as partes contratantes. Tal fato atribui-se o fenômeno da *materialização do contrato*.

O contrato de trabalho apresentou os primeiros sinais dessa materialização quando incorporou ao seu conteúdo aspectos distantes da autonomia da vontade das partes: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade, *dependência*, esta última, compreendida predominantemente na submissão do empregado aos poderes diretivos do empregador. No entanto, neste início de Século XXI, outras características reveladoras do conteúdo do objeto “trabalho” estão servindo de base para a ampliação (total ou parcial) da tutela trabalhista. Com isso, o papel do sujeito no contrato e as características que passam a definir a relação (de emprego ou de trabalho “autônomo”), está a sofrer forte tendência a se considerar também estes novos aspectos materiais (p.ex., condição sócio-econômica) na caracterização da *inferioridade* do contratante.

A ideia da parassubordinação, segundo Gutiérrez-Solar<sup>17</sup>, recorre ao fenômeno da ocupação autônoma com certas características que ficam longe da noção tradicional de “autonomia” na prestação de serviços, pois estes trabalhadores se convertem em verdadeiros “satélites” da empresa para a qual realizam alguma atividade retributiva, com a qual se vinculam de maneira quase exclusiva, o que motiva que dependam dela economicamente para sua subsistência. Na opinião da autora, a parassubordinação não representa um novo tipo de contrato, isto é, não é uma modalidade atípica de contratação laboral – tal como o trabalho a tempo parcial ou teletrabalho – mas que se trata de uma qualificação que recai sobre um contrato de prestação de serviços civil, da qual dependeria a aplicação parcial do Direito do Trabalho. Como a natureza da *dependência* é bem distinta de um contrato de trabalho, busca-se uma proteção similar que dispõe o ramo justralhista, porém, sem perder as diferenças que se impõe a este tipo de trabalhador (que não possui a clássica característica da subordinação jurídica subjetiva).<sup>18</sup>

A preocupação crescente sobre a figura do trabalhador “autônomo” na Europa demonstra a tendência de “alargamento” do Direito do Trabalho para envolver relações de prestação de serviços até então fora dos seus domínios. Referida convergência suscita o descompasso dos critérios atuais reveladores da posição de hipossuficiência contratual, manifestados primordialmente na *dependência* (via subordinação jurídica subjetiva). Observa-se, nesse caminhar, que os fundamentos teóricos escolhidos para o reconhecimento de direitos sociais a estes trabalhadores são diversos do padrão clássico, pois se baseiam na sujeição econômica e/ou quase-exclusividade em relação ao tomador de serviços e, também, na personalização do contratante (organização empresarial).

Por isso, questiona-se se a eleição de critérios distantes da ideia há décadas predominante da autoridade diretiva do empregador, prestada de forma contínua, onerosa e personalíssima, ainda é capaz de melhor representar a debilidade contratual de quem merece ser protegido. Os problemas em se definir o contratante hipossuficiente despontam que a linha de demarcação entre “patrões” e empregados no início da Revolução Industrial era bem distinta, porém, na atualidade, encontra-se muito diluída, pois a dinâmica do Capitalismo acabou por criar formas contratuais de trabalho (com vínculo obrigacional e pessoal) estranhas àquelas do início do Século XIX.

Nesse compasso, *levanta-se a conjectura de que os critérios reveladores do vínculo empregatício merecem uma profunda revisão*, diante das evidências atuais da *dependência* (via subordinação jurídica subjetiva) ora presente, ora distante da hipossuficiência do aderente e, por sua vez, da desigualdade contratual. Baseia-se referida hipótese na premissa de que a sociedade do Século XXI vive uma fase de novos padrões estruturais (e não conjunturais) de relações trabalhistas, em razão da crescente especialização e descentralização produtiva, fato que coloca a forma até então predominante de acesso aos direitos sociais – *o emprego* – em aparente declínio (e o próprio Direito Individual do Trabalho em crise).

O fenômeno capital *versus* trabalho e suas implicações individualizaram sem maiores dificuldades o sujeito hipossuficiente (contratante débil) em um típico proletário da era industrial. Como sabido, nem toda prestação de serviços contra retribuição é protegida pelo Direito do Trabalho, mas somente o trabalho

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. El autónomo económicamente dependiente: problemática y método. *Revista Aranzadi Social* n. 23. Espanha, 2003. p. 43-44.

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. Ob. Cit. p. 45.

prestado mediante *dependência*. Segundo Goldin, “primeiro foi o vínculo (...) e somente depois a construção teórica do conceito”<sup>19</sup>, que serviu de conteúdo fático para se reproduzir de modo constante sob a mesma forma, se transferindo a níveis superiores de abstração, configurando em uma espécie de “matriz” de referência da proteção conceitual, a figura material e concreta do trabalho empregatício.<sup>20</sup> Nesse caminhar, no núcleo do contrato de trabalho se encontraria a existência do chamado “estado de dependência”, uma singularidade da relação de emprego, figura peculiar entre partes, na qual, *a priori*, não se encontra nos demais contratos de atividade.<sup>21</sup>

No entanto, as extraordinárias mudanças vivenciadas nos processos de produção, principalmente após a segunda metade do Século XX, impactaram inclusive na noção do que é ser empregado atualmente, com destaque que muitos desses indivíduos com carteira de trabalho assinada gozam, dentro da própria empresa, maior independência funcional. A formação profissional especializada, a tecnologia, a reestruturação produtiva e outros fatores, acabaram por “diluir” o tradicional conceito de dependência (via subordinação jurídica).

Na sociedade atual, caracterizada pela crescente especialização da mão de obra, o empregador nem sempre possui superioridade ou igualdade de conhecimentos profissionais com o empregado, até porque, cada vez mais as contratações recaem não apenas sobre as características personalíssimas do indivíduo (criatividade, pró-atividade, liderança, dedicação), mas sobre seu nível de conhecimento (*know how*) do qual o empregador não detém.

A lição constatada é que o critério da subordinação jurídica tem operado frente às novas relações de trabalho pós-fordistas uma dinâmica de exclusão da proteção. A dicotomia autonomia-subordinação revelou-se insuficiente frente à nova organização produtiva. A subordinação jurídica foi descolorida pela nova empresa, restou desbotada. E, justamente por esse enfraquecimento, termina negando os direitos fundamentais dos trabalhadores.<sup>22</sup>

Isto significa afirmar que o atual modelo de proteção social contempla o Direito Individual do Trabalho baseado apenas na clássica matriz da relação de emprego, compreendida em um típico operário industrial do Século XIX. Argumenta Rojo que a descentralização produtiva impôs importantes efeitos no âmbito jurídico laboral, fato que repercutiu fortemente nos sistemas normativos devido à falta de adequação dos modelos tradicionais de regulação do trabalho empregatício ao novo esquema das organizações. Por isso, segundo o autor, “... se origina la necesidad de repensar y replantear al Derecho del Trabajo de manera que pueda hacer frente al nuevo escenario en el que se desarrollan (...) las relaciones laborales, como a su vez, al surgimiento de nuevas formas que asumen (...) las prestaciones de servicios laborales”<sup>23</sup>. Parafraseando Oliveira, a chamada pseudo-segurança, clareza e certeza da definição dogmática da dependência (via faceta da subordinação jurídica) entrou em declínio, sendo bastante alterada até mesmo extinta ou hiperconcentrada, ainda que de maneira difusa.<sup>24</sup> Há uma nova racionalidade organizacional “promovida pela razão técnica (instrumental), que prega a cultura da empresa, valoriza o trabalho atípico e independente”<sup>25</sup>.

Desse modo, uma vez que a *dependência* (via subordinação jurídica) era o principal instrumento na qual a legislação garantia a proteção aos hipoteticamente considerados mais “frágeis” no contrato, seu esvaziamento aplica um golpe fulminante nos pilares da proteção social formulados pelo Estado, em especial,

<sup>19</sup> GOLDIN, Adrián O. Las Fronteras de la Dependencia. *Relaciones Laborales*, Madrid, nº. 3, ano 12, p. 30 *et seq.*

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 129.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação Jurídica: um conceito desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 33, nº. 126, p. 107-138, abr./jun. 2007. p. 130.

<sup>23</sup> ROJO, Eduardo Caamaño. La Parasubordinación o Trabajo Autonomo Economicamente Dependiente. El Empleo en Las Fronteras del Derecho del Trabajo. *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004, p. 61 *et seq.* (Parte 1) y enero de 2005, p. 68 *et seq.* (Parte 2).

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Ob. Cit.* p. 116.

<sup>25</sup> MACHADO, Sidnei. *A subordinação jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva*. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. p. 57.

no próprio Direito Individual do Trabalho. A respeito, Kaufmann argumenta que “... o problema do Direito do Trabalho é que se pensa, somente, no *velho* Direito do Trabalho”<sup>26</sup>. Segundo o autor, paralelamente a esse sistema clássico deverá surgir um novo, decorrente da expansão dos velhos dogmas e na tentativa de, no mínimo, equilibrar, novamente, as forças dos atores sociais para alargar o seu manto protetivo, a fim de que todos os trabalhadores possam usufruir dos direitos sociais. A defesa de seus princípios ajuda a tencionar o Direito do Trabalho para que comece a emergir, gradativamente, um novo sistema protetivo, cujo alcance e conteúdo ainda não estão definidos.<sup>27</sup>

Observa-se que o discurso crítico disparado contra o Direito Individual do Trabalho é que este, em pleno Século XXI, basicamente está atuando apenas na seara que lhe deu origem, ou seja, o trabalho dependente “sob ordens”. A atual compreensão de modelo de proteção social contempla o Direito do Trabalho fundamentado em uma época na qual Estado, Empresa e Sindicato tinham características muito diferentes das atuais. Mesmo com todas as mudanças produtivas, a classificação vigente ainda visa tutelar relações trabalhistas baseadas no clássico padrão da era industrial.

Desse modo, é urgente a necessidade de o Direito do Trabalho se reafirmar em uma nova dogmática<sup>28</sup>. De fato, se o Direito do Trabalho insistir em permanecer a regular tão somente vínculos de emprego baseados em classificações hermeticamente fechadas à pressão dos fatos, o Capitalismo continuará a produzir outras formas de contratação distintas do tradicional modelo, perpetrando, assim, a exclusão de atividades sem gozar da proteção social que os institutos justralhistas outorgam. Assim, corre-se o risco do Direito do Trabalho gradativamente ser “esvaziado” e os novos contratos migrados para o campo do Direito Civil.

O vertiginoso aumento do trabalho “autônomo” é um dos indícios dessa mudança. Com efeito, observa-se que um contingente enorme de trabalhadores estão excluídos da proteção do Estado, sendo que o Direito do Trabalho não tem se mostrado eficaz em auxiliar no combate à atual questão social que atinge estas pessoas.<sup>29</sup> Por isso, o grande desafio é o ramo justralhista se adequar às mudanças sem suprimir direitos historicamente conquistados.

Desta forma, torna-se necessário oferecer respostas que possibilitem novas bases de fundamentação ao campo de incidência do Direito Individual do Trabalho. Relata Landulfo que “as inovações tecnológicas, a reestruturação produtiva e a globalização dos mercados são realidades que precisam ser adequadamente tratadas pelo Direito do Trabalho, que, sem dúvida, terá que *ampliar suas dimensões* para que possa efetivamente cumprir seu papel de promoção da justiça social”<sup>30</sup>. Por oportuno, se o Direito do Trabalho continuar a regular a relação de emprego apenas baseado nas interpretações atuais, é cediço que seu campo de atuação seguirá desprestigiado, pois a cada dia surgem atividades com uma morfologia completamente diversa daquela realidade vivida na era industrial. Segundo Nahas, “... as mutações econômicas e sociais serviram de base para o surgimento de novos tipos contratuais, não se tornando mais possível ver no contrato de trabalho subordinado o único modelo a receber a tutela jurídica”<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 70, nº. 02, p. 226-249, fev./2006. p. 232, nota de rodapé 37.

<sup>27</sup> GENRO, Tarso. Mudanças no Direito do Trabalho: Transição e Futuro. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (coord.). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho: Estudos em Homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 63.

<sup>28</sup> Segundo Miguel Reale, a dogmática jurídica é o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe. In: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 322.

<sup>29</sup> LANDULFO, Domenico Antonio. *Dimensões do Direito do Trabalho*. São Paulo, 2003. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. p. 10.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>31</sup> Segundo a autora, “é chegada a hora de reconhecer que o Direito do Trabalho deixou de ser o direito dos operários da empresa ‘pré-fordista’ para abarcar não só os tradicionais trabalhadores assalariados como também o empresário individual, o colaborador e outros tantos tipos contratuais que preveem o pagamento de uma remuneração pela troca da prestação de serviços, mas que, não se encontrando em situação jurídica de estrita subordinação, não estaria tutelado pelo Direito do Trabalho, mas sim por leis civis”(...). In: NAHAS, Thereza C. Considerações a respeito da relação de trabalho – a questão do trabalho semidependente. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 71, nº. 09, p. 1090-1093. set./2007. p. 1091-1092.

### III. Expansão do Direito do Trabalho

Cientes dessa problemática, os estudiosos, a própria lei e os tribunais trabalhistas no Brasil seguem a tendência de defender a *expansão* do Direito do Trabalho através de outros critérios que possam revelar com mais clareza a real hipossuficiência contratual do trabalhador. O fundamento maior deriva dos aspectos teleológicos desta seara do Direito, seu fim precípua, que é a proteção da parte mais fraca da relação contratual.

Baseado neste fundamento (incluir e proteger o trabalho humano) se concentram os esforços intelectuais para evitar o desprestígio do Direito do Trabalho, a fim de que este ramo possa ter uma profunda revisão dos seus padrões tradicionais que autorizam o acesso à proteção social.

O Direito do Trabalho tem se mostrado em expansão, procurando não só se afastar das antigas raízes do Direito Civil, como as abrindo sob nova ótica para envolver todas as formas de prestação de serviço. Observa-se que o trabalho temporário, o trabalho avulso e o trabalho a domicílio, revelam essa tendência expansionista. Parafraseando Delgado, a tendência de ampliação do Direito do Trabalho tem estendido suas normas a categorias de prestadores de trabalho que não são, tecnicamente, “empregados”. Apesar do emprego ainda manter-se central na normatividade justrabalhista, não é mais considerado o único abrangido por esse ramo jurídico especializado.<sup>32</sup>

Não obstante, é certo que Direito Individual do Trabalho ainda não ousou em ir além da tutela das relações de emprego, consubstanciada na ideia fossilizada da *dependência* (via subordinação jurídica subjetiva). A tendência de expansão para envolver relações não-dependentes é discutida há algumas décadas e várias são as propostas de “redimensionamento”. Segundo Vasconcelos Filho, “costuma-se afirmar que o Direito do Trabalho é um *direito inconcluso* – faz e refaz-se dialeticamente para atender às demandas decorrentes dos conflitos e das lutas sociais no âmbito das relações e dos conflitos individuais e coletivos de trabalho”<sup>33</sup>.

A legislação trabalhista, através da tradicional fórmula de classificação do vínculo de emprego, chegou ao ponto de produzir um contrassenso, porque exclui trabalhadores em posição social de carência econômica (como os prestadores de serviços em geral, “autônomos dependentes”) e, por outro lado, outorga diversos benefícios a indivíduos enquadrados como empregados que, não necessariamente, encontram-se nessa situação, tais como, diretores. Nesse caminho, defende Robortella que o Direito do Trabalho deve se expandir, sob pena de o trabalhador ter que se submeter à inevitabilidade da precarização das relações.<sup>34</sup> Ao atuar naquilo que o autor chama de “relações coordenadas”, o Direito Individual do Trabalho estaria cumprindo com a finalidade constitucional de inclusão social, redução das desigualdades, proteção ao trabalho e atendendo o preceito fundante do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.

No tocante ao trabalho imaterial, na qual diversos trabalhadores “autônomos” encontram-se formalmente inseridos em contratos de prestação de serviços, também destaca Barros a necessidade de um redimensionamento do Direito do Trabalho. Isso, “... porque se estes trabalhadores estão fugindo da sua esfera tutelar, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação”<sup>35</sup>. Nesse sentido destaca Oliveira:

É preciso extrair/construir uma nova inteligência interpretativa e contemporânea do art. 3.º da CLT, considerando os princípios e valores constitucionais da Lei Magna, que, ao clamar por dignidade e valor social do trabalho, impõe a extensão da aplicação da proteção trabalhista aos demais trabalhadores parassubordinados. Tal interpretação encontra sentido e apoio no artigo sexto da norma consolidada que, mesmo no período de 1943, não distinguiu diferenciando ou excluindo da proteção

<sup>32</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 84.

<sup>33</sup> VASCONCELOS FILHO, Oton de Albuquerque. Reflexões sobre o sindicalismo e os sindicatos de origem obreirista e o seu descompasso com a nova sociedade do trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, v. 43, nº. 116, p. 489-493, 2007. p. 489.

<sup>34</sup> ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. Prevalência da Negociação Coletiva sobre a Lei. *Revista LTr*, São Paulo, 64-10. p. 1243.

<sup>35</sup> BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, Síntese, v. 16, nº. 183, p. 139-155, set./2004. p. 146.

aqueles trabalhadores que não laboram no espaço físico da empresa, mas inserem-se no processo produtivo. Para tanto, reitere-se que a ideia de subordinação jurídica provém da doutrina trabalhista, sem fonte normativa direta, eis que o art. 3º. da CLT refere-se a dependência sem adjetivos, sendo produto de interpretação.<sup>36</sup>

Acredita o autor ser preciso rever a hermenêutica sob o comando da principiologia constitucional de proteção ao trabalho e da dignidade humana, vinculada historicamente com a vocação expansionista do Direito do Trabalho.<sup>37</sup> Para isso, frente à debilidade econômica do trabalhador, propõe rever o conceito de empregado, mais especificamente, de “trabalhador protegido”. Argumenta que se trata de obter um novo conceito do sujeito destinatário do Direito do Trabalho. Para isto, necessariamente, implica na releitura do art. 3º. da CLT para entender como empregado o trabalhador dependente (sem adjetivos).<sup>38</sup>

A base teórica para referida extensão de direitos ao trabalhador aparentemente “autônomo” seriam os princípios da justiça social porque se tratam, em tese, da possibilidade de *sobrevivência* e inserção social do indivíduo. Nesse ínterim, Panazzolo sustenta que o que está em jogo é o trabalho na sua expressão maior, pois as alterações que venham a ser produzidas na legislação trabalhista elejam como paradigma o trabalho, tendo-o como valor fundamental o ser humano, sem perder de vista sua condição de pilar do sistema.<sup>39</sup>

Explorar vias diversas que respondam à introdução de instrumentos de tutela e reconheçam o possível desequilíbrio contratual que se produz em certas formas de trabalho consideradas “autônomas”, é um dos caminhos pelos quais os estudiosos do Direito do Trabalho escolheram para sair desta crise. Nesse contexto, o critério brasileiro da dependência (via faceta da subordinação jurídica subjetiva) perdeu espaço ante as mudanças produtivas e a crescente especialização dos serviços, contudo, é preciso reconhecer as dificuldades em encontrar um novo requisito “único” ou “essencial” que seja capaz de envolver toda a heterogeneidade e complexidade das relações de trabalho aparentemente “autônomas” e suas assimetrias, a fim de responder, com absoluta segurança jurídica, quem é o trabalhador “não-protegido”.

No entanto, algo precisa ser feito diante de pessoas titulares de seu “próprio negócio”, negócio muitas vezes sem sede própria e/ou empregados; trabalhadores submetidos à pressão de um mercado monopolizado, os quais acabam estendendo sua jornada de trabalho, sendo obrigados a atender as exigências de quantidade e qualidade de produção, estabelecidas muitas vezes por um único comprador, caso contrário, sucumbem à concorrência.<sup>40</sup> Para Viana, não raramente o trabalhador é forçado a partir para a “autonomia”, no entanto, não chega a ser independente mesmo em seu micro negócio, pois carrega um “estigma de desempregado”<sup>41</sup>. Para o autor, aliás, continua a ser um verdadeiro empregado, pois a relação apenas se desloca e se transveste.<sup>42</sup> Parafraseando Viana, o conceito de *dependência* (subordinação jurídica subjetiva), que era unívoco e se ampliava sempre, alcançando um número crescente de pessoas, tende atualmente a se dividir em

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Ob. Cit. p. 132.

<sup>37</sup> Registre-se a novel competência da justiça especializada: com a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (nova redação art. 114, inciso I, CF/88) passou a Justiça do Trabalho a ter atribuições para dirimir conflitos decorrentes da *relação de trabalho*, não apenas da *relação de emprego*.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Ob. Cit. p. 132.

<sup>39</sup> PANAZZOLO, Euclides Eudes. O Trabalho como Valor Fundamental. *Reforma Trabalhista e Sindical: o Direito do Trabalho em Perspectivas*. Sidnei Machado e Luiz Eduardo Gunther (orgs.). São Paulo: LTr, 2005. p. 211.

<sup>40</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago de. Filosofia do Trabalho. In: FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (Org.). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 78.

<sup>41</sup> VIANA, Márcio Túlio. Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Org.). *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 185. Ainda segundo Viana, “... desse modo, apenas em termos formais é que a fábrica se horizontaliza. Em termos reais, continua vertical, na medida em que detém sobre os parceiros invisíveis relações de domínio. Este fenômeno é ainda mais presente, quando se trata de trabalhador isolado, ou uma empresa familiar, ou ainda uma cooperativa de produção. (...) Assim, o que vemos renascer é o trabalho por conta própria, mas com um novo traço. (...) agora, já não é apenas o trabalhador livre que se faz empregado e, portanto, dependente: é o próprio autônomo que trabalha sem autonomia – não só técnica como econômica. VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. COUTINHO, Grijalbo; FAVA, Marcos (Org.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 263.

<sup>42</sup> VIANA, Márcio Túlio. Ob. Cit. p. 185.

dois: de um lado, os realmente *dependentes*, aos quais se aplicam as velhas garantias e, de outro, os *parassubordinados*, para os quais se procuram soluções a meio caminho. Assim, acaba-se difundindo a ideia de que está havendo mais proteção, quando, na verdade, quebra-se a marcha expansiva do Direito do Trabalho: os “trabalhadores fronteiriços”, que seriam tendencialmente considerados empregados, passam a constituir uma nova (sub) categoria jurídica.<sup>43</sup> Por isso, é ponto central na agenda das discussões uma nova metodologia que aglutine, realize a coesão e a regulamentação do mercado de trabalho de uma forma mais ampla e justa.<sup>44</sup>

Nessa linha, inúmeros estudiosos conclamam a necessidade deste ramo se expandir em direção ao trabalho “autônomo”, de forma a envolver referidas relações dentro do seu âmbito de tutela. Bezerra Leite<sup>45</sup> ressalta a necessidade de adaptação do Direito do Trabalho, recomendando sua modificação de forma a atender as novas formas de relação de trabalho além da típica relação de emprego, como o trabalho avulso, o trabalho eventual, o trabalho “autônomo”, o trabalho precário, etc. Na opinião de Barros, a relação de emprego clássica não pode mais ser considerada como medida geral de utilidade das regras desta seara jurídica. Segundo menciona, o problema se coloca diferentemente no que toca aos trabalhadores “autônomos”, pois não é equitativo continuarem excluídos da aplicação do Direito do Trabalho, tendo-se em conta a necessidade de proteção social desse grupo. Para Barros, se de um lado é admissível, em princípio, a criação de relações de trabalho independentes, ao invés de combatê-las, é necessário submetê-las, em parte, ao Direito do Trabalho.<sup>46</sup>

#### IV. Técnicas de Ampliação do Campo de Abrangência do Direito do Trabalho

O modelo pós-fordista orientou-se não pela antiga imposição e comando do empregador, mas efetivamente por relações de cooperação e de colaboração. A concepção clássica da subordinação (subjéctiva) trouxe inúmeras dificuldades. Com efeito, que o critério exclusivo da sujeição à autoridade diretiva do empregador, desenvolvida pela doutrina laboral brasileira ao longo dos anos, não conseguiu dar conta de todas as complexas relações obrigacionais de trabalho existentes na nossa sociedade. A revisão do campo de abrangência do Direito do Trabalho tornou-se necessária diante das novas formas de vinculação do ser humano às organizações, sob pena deste ramo especializado tutelar cada vez menos trabalhadores.

Alonso Olea defende o conceito de *ajenidad* (traduzido para o português como “alteridade”), pois a relação de emprego se caracterizaria pelo trabalho *por conta alheia* para uma organização ou empresa, com sentido próximo ao de “alienação” (termo compreendido juridicamente como “estrita transferência da titularidade”).<sup>47</sup> Segundo o autor, a *dependência*, seria um conceito impreciso que não caracteriza a relação de emprego, mas apenas constitui *uma de suas consequências*.<sup>48</sup>

Entretanto, o alargamento do conceito de “dependência” de modo que este corresponda ao contexto sócio-econômico atual tem sido a opção mais utilizada pelos estudiosos. Visivelmente, o objetivo desta escolha seria impedir a disseminação da “autonomia aparente”. Assim, ciente das dificuldades em aplicar o Direito do Trabalho para as relações nas quais as marcas características são absolutamente diversas daquilo que se compreende como “empregado”, a doutrina e a jurisprudência no Brasil tem apresentado uma solução interpretativa, consubstanciada na ideia de *resignificar o significado do signifiante dependência*, de forma a

<sup>43</sup> *Id.*, p. 173.

<sup>44</sup> PROSCURCIN, Pedro. *Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade: nova forma de regulação das atividades do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 79.

<sup>45</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. rev. e at. v. 1, Curitiba: Juruá, 2000. p. 64 e 68.

<sup>46</sup> BARROS, Cássio Mesquita. O Futuro do Direito do Trabalho. In *Novos rumos do Direito do Trabalho na América Latina*. ZAINAGHI, Domingos Sávio e FREDIANI, Yone (org.). São Paulo: LTr, 2003. p. 17.

<sup>47</sup> ALONSO OLEA. *Manuel. Introdução ao Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984. p. 22-24.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 30-31. Considerando que o trabalho humano é algo imaterial, intangível, concorda-se com o autor quando afirma que a dependência seria apenas uma das consequências da relação de emprego. Em oposição, vide PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1991. p. 38.

envolver demais relações consideradas “híbridas”, aplicando um entendimento includente para configurar o contrato de trabalho.

Nesse compasso, ao longo das últimas décadas, foram oferecidas importantes contribuições teóricas. Destacam-se, em especial, *a teoria da subordinação objetiva, a teoria da potencialidade do poder empregatício, a teoria da assunção dos riscos do empreendimento e a teoria da dependência econômica*. Vejamos em apertada síntese cada uma delas.

Para Coelho, a concepção subjetiva da subordinação não permite dar conta de todas as situações surgidas, nem mesmo para distinguir o contrato de emprego dos contratos de atividade. Liga-se mais à *dependência*, na forma econômica ou técnica.<sup>49</sup> Por outro lado, uma novel ideia, a *concepção objetiva*, permitiria explicar melhor as hipóteses de subordinação, reconhecendo como ponto fundamental o fato do empregador beneficiar-se do trabalho do empregado, independentemente da sujeição pessoal. Nesse sentido Teixeira também relata que a subordinação deve ser conceituada dentro de um novo plano, não mais subjetivo, ou seja, como sujeição do prestador de serviços ao poder diretivo do tomador, mas sim, *objetivo*, pela *integração do obreiro no processo produtivo empresarial*.<sup>50</sup> Isto é, a relação de emprego definir-se-ia no fato do empregado constituir parte da organização, na qual o produto do seu trabalho se incorporaria diretamente aos objetivos sociais da empresa. Substitui-se a noção de subordinação-controle ou subjetiva pela subordinação-integração ou objetiva<sup>51</sup>, construção corrente entre alemães (“*arbeitsorganisatorische abhängigkeit*”) e franceses (“*intégration à un service organisé*”).

Por outro lado, a *teoria da potencialidade do poder empregatício* também foi apresentada como possibilidade de reconhecimento do trabalhador não protegido. Segundo esta concepção, o poder empregatício seria compreendido como o direito do empregador deliberar, comandar, agir, ou seja, o conjunto de prerrogativas para direcionamento da prestação de serviços. Uma das faces desse poder seria o poder diretivo, consubstanciado na possibilidade de exercer e dar ordens a fim de obter a prestação correta do trabalho realizado, segundo melhor lhe aprouver. Conforme o contexto, *poder* seria a faculdade de exercer a autoridade ou a aptidão de estabelecer a vontade sobre uma pessoa. Mas o sentido da palavra poder pode ser encarado como algo potencial, ou seja, a potencialidade de determinar o comportamento de determinado indivíduo ou grupo. Bobbio destaca, por exemplo, que um chefe militar exerce poder sobre seus soldados quando ordena o ataque e estes executam ou cumprem seu comando.<sup>52</sup> Mas esta ordem, porém, não se resume ou não se define na execução da tarefa. Em outras palavras, mesmo não ordenando qualquer ataque, o general tem a *prerrogativa* sobre seus comandados, mesmo quando o ataque sequer tenha sido cogitado. Sob este prisma, pode-se afirmar que o poder empregatício existe mesmo quando o empregado não estiver executando ordens diretas do empregador, mas, pelo menos, estiver à *disposição* dele para fazê-lo.<sup>53</sup> Desta forma, como subsiste referida possibilidade de exercício do poder disciplinar do empregador, assim o é em relação à potencialidade do poder empregatício, pois a possibilidade do tomador dirigir ordens ao prestador dos serviços, mesmo que “atenuadas” como é o caso de determinados trabalhadores “autônomos”, não deixariam de existir. Conforme relata Porto, referida potencialidade é reconhecida expressamente por algumas ordens jurídicas, como a do Panamá, na qual o art. 64 do Código do Trabalho dispõe que “a subordinação jurídica consiste na direção exercida ou *suscetível* de ser exercida pelo empregador ou seus representantes, no que se refere à execução do trabalho”<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e Autonomia Privada. *Revista do TRT 9ª. Região*, Curitiba, a. 29, nº. 53, p. 251-284, jul./dez. 2004. p. 268.

<sup>50</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. O novo modelo da relação de emprego – repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo empregatício. São Paulo: *Revista LTr*, São Paulo, nº. 10, vol. 60, p. 1309-1312, out./1996. p. 1312.

<sup>51</sup> BARROS, Alice Monteiro. Ob. Cit. p. 141.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto... *et al. Dicionário de Política*. 5. ed. São Paulo: UnB, 2004. p. 934.

<sup>53</sup> BRASIL. CLT. Art. 4º. “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, *aguardando* ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada” (sem destaques no original).

<sup>54</sup> PORTO, Lorena Vasconcelos. A Relação de Emprego e a Subordinação – a matriz clássica e as tendências expansionistas. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 72, nº. 07, p. 815-826, jul./2008. p. 817.

De outro lado, a apropriação da mais-valia<sup>55</sup> pelo empregador traria a noção de *assunção dos riscos do empreendimento* como um traço característico do contrato de trabalho. A teoria dos riscos da empresa, desenvolvida pela doutrina alemã, é citada por Weiss e significa que quando um indivíduo está em uma situação que se põe em risco empresarial, porém não o permite obter as vantagens correspondentes, é um típico empregado. Em outras palavras, não seria empregado se este pudesse atuar como empresário em seu próprio interesse e obter para si as vantagens (bônus) do negócio.<sup>56</sup>

Por último, a *teoria da dependência econômica* é que mais tem se destacado nos últimos tempos. Diante das transformações produtivas nas relações de trabalho, há uma tendência crescente em considerar digno de tutela também a parte *economicamente mais fraca* na relação contratual em que envolva o objeto “trabalho humano”.<sup>57</sup> A legislação de alguns países já caminham nesse sentido (por exemplo: Espanha, em relação ao Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente; e Panamá, que reconhece a dependência econômica como indicativo de vínculo empregatício<sup>58</sup>).

A dependência (via faceta econômica) na maioria dos casos segue em conjunto com a exclusividade, ou seja, com o fato de o prestador de serviços receber encomendas do beneficiário da atividade, e de essas encomendas só terem interesse para aquele beneficiário, situação na qual se identifica com a de um monopólio.<sup>59</sup> O prestador da atividade, via de regra, não consegue ou não pode colocar o produto acabado para livre transação no mercado, devendo entregá-lo àquele beneficiário, pois o item vai ser incorporado noutros bens produzidos na empresa beneficiária, realidade que conduz a um certo domínio do beneficiário da atividade relativamente ao prestador da mesma.<sup>60</sup>

Não obstante tenha perdido espaço para o critério da dependência (via subordinação jurídica subjetiva), a dependência (econômica) ressurgiu como indício da posição de debilidade contratual, ou, mais precisamente, como outra “face” da dependência. A construção interpretativa ao longo da história do Direito do Trabalho conduziu os operadores jurídicos à aceitação das teorias da subordinação subjetiva e objetiva<sup>61</sup> e outras técnicas, porém, esta novel interpretação ganhou força nos últimos anos na tentativa de evitar o movimento de fuga da legislação trabalhista. Nela, há a presunção de o trabalhador ganhar a vida somente com os proventos *exclusivos de um único ou principal empregador*, para quem trabalha. Segundo Romita, a crise que caracteriza os últimos anos do Século XX, “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis trabalhistas a quem prestar serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado”<sup>62</sup>.

Desse modo, é inegável a clara tendência de abandono da dogmática que vangloriava a dependência (via subordinação jurídica subjetiva) como ponto central do contrato de trabalho para passar a se preocupar

<sup>55</sup> Segundo Marx, a mais-valia é a diferença entre o valor produzido pelo trabalho e a contraprestação paga ao trabalhador, que seria a base do lucro no sistema capitalista. In: MARX, Karl. *O Capital*. trad. Klaus Von Puschén. São Paulo: Centauro, 2005. p. 203-204.

<sup>56</sup> WEISS, Manfred. The evolution of the concept of subordination. The German Experience. In: *Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*. Fondazioni Giulio Pastori. Diritto e politiche del Lavoro. Milano: Ed. Franco Angeli, 1999. p. 57 e ss.

<sup>57</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 50.

<sup>58</sup> Como observado no Capítulo I, o artigo 65 do Código do Trabalho do Panamá, item 3, estabelece que “... en caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la *dependencia económica* determina que se califique como tal la relación existente”. (sem destaques no original).

<sup>59</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, I vol., 190/1 e II vol., 1º tomo, 3. ed. Lisboa, 1999. p. 88.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>61</sup> “Recorde-se que a construção teórica sobre a subordinação jurídica, importada pelos juristas brasileiros, sempre teve cores de artificialidade, pois a CLT alude apenas à ‘dependência’. Eis o que diz nosso legislador: ‘Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a *dependência* deste e mediante salário’” (art. 3º., CLT). In: MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Os novos contornos das relações de trabalho e de emprego. Direito do trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela emenda nº. 45/04. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, ano 9, p. 106-119, 2006. p. 112.

<sup>62</sup> ROMITA, Arion Sayão. A Crise da Subordinação Jurídica — Necessidade de Proteção a Trabalhadores autônomos e Parassubordinados. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, nº. 11. p. 1287-1298, nov./2004. p. 1287 et seq.

com outros requisitos extrajurídicos que, também podem identificar a posição de debilidade do aderente. Não obstante, muitas dificuldades se apresentam para as novas proposições.

## V. Críticas às Teorias Reinterpretativas da Dependência

São muitas as críticas a todas estas posições reinterpretativas da *dependência*. Inicialmente, cumpre esclarecer que a *dependência* versa sobre uma construção interpretativa por intermédio do contrato, instrumento jurídico primordial da Modernidade. Portanto, não se trata apenas de uma definição linguística, mas de um processo histórico-cultural, compreensível por estar em constante articulação com outros institutos jurídicos, mas primordialmente sob a perspectiva da luta de classes, ou seja, no confronto entre opressores (controladores dos meios de produção) e os oprimidos (trabalhadores), consideradas classes antagônicas e existentes no modo de produção capitalista.<sup>63</sup> Nessa linha, deve-se evitar reduções simplistas e meramente etimológicas deste fenômeno social que destacam ser a dependência “subordinação; sujeição” ou “necessidade de proteção, amparo, arrimo”<sup>64</sup>.

Como percebido, a dificuldade em aplicar o Direito do Trabalho em relações com a dependência (via subordinação jurídica) “atenuada” ou inexistente, mas marcada pela desigualdade no contrato, têm levado a doutrina estrangeira e nacional<sup>65</sup> a questionar a revisão dos requisitos do vínculo de emprego.

Não obstante o esforço e a defesa dos estudiosos em prol de novas soluções, a teoria da dependência (via faceta econômica) não consegue justificar a situação, por exemplo, do empregado que possui mais de uma ocupação para poder sobreviver (fato comum nos dias atuais). Mesmo considerando que esta era a regra do Século XIX e início do Século XX (quando a teoria foi formulada), a problemática de se estipular a dependência (econômica) como critério de aplicação do Direito do Trabalho é que ela se baseia em uma situação “metajurídica”. Para Rojo, uma prestação de serviços realizada sob *subordinação e dependência*, será certamente regida pelas normas protetoras e pelos princípios particulares do Direito do Trabalho.<sup>66</sup> O mesmo pode acontecer, segundo o autor, naquelas prestações laborais efetuadas mediante subordinação jurídica, porém, *sem dependência econômica* (como, por exemplo, o herdeiro de uma grande fortuna que trabalha por mera distração). Esse fato não afastaria que a tutela jurídica justtrabalhista seja destino de ampla proteção legal, porque, segundo o autor, o critério de atuação do Direito do Trabalho é “jurídico”.

Ao contrário, se assim fosse, dois trabalhadores que laboram para a mesma empresa em situações financeiras absolutamente díspares poderiam ter ou não um contrato de trabalho. Considerando a dependência (econômica), poder-se-ia excluir, desse modo, o direito ao recebimento de horas extras o alto empregado que ganha mais de vinte mil dólares por mês, por exemplo. Nessa linha, como avaliar o “grau” de dependência (econômica)? Aquele que receber mais de 50% dos rendimentos de um único cliente, como faz a legislação alemã? Ou aquele que auferir mais de 75% dos seus rendimentos, como no Direito espanhol? Como, operacionalmente, estabelecer o regime jurídico na prática? Os critérios escolhidos acabam por desvalorizar o trabalho humano como um todo, pois deixam em uma situação de não-direito atividades que podem ser importantes para o crescimento da sociedade. Haveria, desse modo, dois contratos sob a mesma natureza: um cível e outro trabalhista para iguais situações. Tal raciocínio remonta a ideia de “quanto maior a

<sup>63</sup> SANTOS, José Aparecido dos. *Fundamentos da Subordinação Jurídica do Trabalhador: Sujeição e Construção da Cidadania*. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, *passim*.

<sup>64</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2001. p. 941.

<sup>65</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 3. ed. I vol., 190/I e II vol., 1o. tomo, p. 87/90. Lisboa, 1999; FERNANDES, Antônio Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 134-135 e 148-151; JEAMMAUD, Antonie. *L'assimilation de franchisé aux salariés*. Droit Social, Paris, n°. 2, Février 2002, p. 158-164. No Brasil, vide DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, pp. 164 e 173 que admite a teoria da dependência (econômica) em face da necessidade de atender às novas figuras contratuais surgidas com o avanço tecnológico.

<sup>66</sup> ROJO, Eduardo Caamaño. La Parasubordinación o Trabajo Autonomo Economicamente Dependiente. El Empleo en Las Fronteras del Derecho del Trabajo. *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004, p. 61 *et seq.* (Parte 1) y enero de 2005, p. 68 *et seq.* (Parte 2).

dependência, maior proteção; quanto menor dependência, menor a proteção”. A concepção, contudo, é falha, na medida em que se torna difícil mensurar, no cotidiano da realidade empresarial, de qual tomador de serviços dependerá mais ou menos o prestador.

Nesse aspecto, sob a perspectiva econômica, a lei trabalhista brasileira atual não estabelece maior ou menor proteção em virtude do rendimento do trabalhador, salvo raras exceções.<sup>67</sup> Ademais, ao reconhecer uma extensão total ou parcial da legislação ao trabalhador “autônomo” que receba a maior parte de seus rendimentos de um principal cliente, a lei passa a exigir uma quase-exclusividade da prestação, impondo uma espécie de cláusula de barreira para ao indivíduo, conseqüentemente impossibilitando o exercício e o reconhecimento de seus direitos trabalhistas ou a possibilidade de melhora do nível de renda.

A respeito da *teoria da assunção dos riscos do empreendimento*, em tese, empregador seria aquele que assume os riscos ou se comporta como empresário, pois fato de arcar com o ônus (risco do negócio) seria reflexo da sua “autonomia” nos destinos da empresa. Tal assertiva, porém, não consegue justificar as situações em que o trabalhador também se comporta como empresário na organização em que faz parte, ou assume os ônus do empreendimento. Nesse aspecto, a utilização do Programa de Participação nos Lucros ou Resultados pode colocar nas mãos do próprio empregado os riscos do negócio. É o caso de algumas empresas que praticam políticas salariais baixas de um lado e, de outro, estipulam um PPL ou PPR alto, geralmente atrelado ao desempenho pessoal do trabalhador e de sua equipe. Ou seja, o PPR pode gerar o efeito inverso e transferir o risco da atividade (possibilidade de ganhos menores) ao empregado. Sem mencionar as empresas que realizam parte do pagamento da remuneração em ações da própria companhia (*stock option*<sup>68</sup>). Ao receber parte do pagamento em ações, o indivíduo passa a ser juridicamente “empregado e sócio”, de modo que o risco também passa a ser de sua responsabilidade.

Na *concepção objetiva*, alguns indícios somados revelariam a dependência (integração ao ente produtivo) e, por sua vez, o vínculo empregatício. Não obstante, a novel interpretação não consegue superar os obstáculos do *hiperdimensionamento do Direito do Trabalho* porque sob este prisma, por exemplo, representantes comerciais e agentes de corretagem poderiam ser considerados empregados. Isso causaria uma antinomia entre a CLT e as leis que regulam o exercício destas profissões, uma vez que tais atividades estão dentro da incidência de aplicação de suas legislações específicas e do regramento geral do Direito Civil. Sem mencionar os problemas que podem advir na terceirização de atividades. Nessas circunstâncias, questiona-se a teoria da subordinação objetiva ou integrativa: se a atividade é pessoal, onerosa e não-eventual (contínua no caráter de permanência), mas sem dependência (via subordinação jurídica), não seria esta *presumidamente* integrativa?

Nesse passo, a teoria da subordinação objetiva possui a dificuldade de se interpretar o que seria a “participação da atividade profissional na atividade da empresa”. Poder-se-ia considerar, de certo modo, que todo profissional “autônomo” que presta serviços não-eventuais não participaria da atividade do empregador, mesmo que indiretamente? Tome-se como exemplo um médico que trabalha em uma clínica especializada. Neste caso hipotético, não haveria dúvidas que o trabalho prestado pelo trabalhador seria considerado uma atividade essencial aos fins estabelecidos pela empresa, ou seja, confundindo-se com o próprio objeto social do empregador (prestação de serviços médicos). Porém, se o mesmo médico trabalhar de forma não-eventual e onerosa para uma fábrica de chocolates realizando atendimentos no ambulatório da empresa, porque não seria considerado empregado? Analisando o caso sob a ótica da teoria objetiva, certamente que não, porque a prestação de serviços médicos não teria relação com a fabricação de chocolates.

Por outro lado, ao estabelecer como condição aquele que *se insere na cadeia produtiva do tomador*, a teoria não consegue explicar os casos em que o trabalho é realizado para empregadores que não possuem

<sup>67</sup> Tome-se como restrição incomum o art. 62, II da CLT no qual estabelece uma redução de direitos (supressão de horas extras) na garantia de uma maior remuneração (gratificação, art. 62, parágrafo único, CLT). Esta previsão legal sinaliza que os superiores (normalmente com maior remuneração) teriam, em tese, menor proteção, ou seja, uma tutela mitigada conforme a situação do empregado em razão de um ganho econômico maior.

<sup>68</sup> Segundo Martins, *Stock Option* significa o direito de opção por ações da empresa que são compradas por preços em média abaixo do mercado e de vendê-las com lucro. In: MARTINS, Sergio Pinto. Natureza do “stock options” no Direito do Trabalho. São Paulo: *Repertório de Jurisprudência - Trabalhista e Previdenciário*, IOB, nº. 16/2001, caderno 2, p. 306.

aparato produtivo, como é o caso típico do trabalho doméstico e do trabalho prestado para instituições beneficentes, sem fins lucrativos ou ONGs. Ademais, a teoria da subordinação jurídica objetiva personifica o empregador ao estabelecer que no outro lado da relação, somente o trabalho prestado para a “empresa” – compreendida esta como ente produtivo – poderia caracterizar um contrato de trabalho. Ocorre que esse critério que age em descompasso com a classificação vigente, a qual estabelece o predomínio da impessoalidade como característica do empregador. Com efeito, a ótica objetiva é incapaz de diferenciar, em situações concretas, o real trabalho empregatício, sobretudo quando a prestação laborativa é realizada fora da planta empresarial.<sup>69</sup>

Assim sendo, a reinterpretção da dependência pode vir a oferecer resultados úteis para o enquadramento de determinados trabalhadores “autônomos” em posição de hipossuficiência contratual. Porém, inquestionavelmente há um incremento de dificuldades, pois a sucessiva eleição de novos fatores interpretativos da dependência, apenas seguiram as circunstâncias e não são capazes – cada um, exclusivamente – de refletir com eficácia a desigualdade contratual em relações cujo objeto é o trabalho. Isso porque a crise de objetivação do conceito de relação de emprego, segundo Santos, não é uma verdadeira crise, mas reflexo da *crise do próprio positivismo*, manifestado na dificuldade de moldar os horizontes cognitivos a uma compreensão jurídica “essencialista”. Por conseguinte são facilmente desfeitas quaisquer tentativas de tornar objetivos os contornos da *dependência*, por mais elaboradas que sejam, *in litteris*:

A concepção positivista e essencialista do fenômeno jurídico conduz os intérpretes a buscar o conceito de subordinação jurídica por um viés puramente objetivo, o que esconde em realidade a busca por um ente inatingível. Busca-se a sujeição na natureza como se fosse uma substância distinta e separável dos demais elementos da realidade social. O trabalho subordinado, por isso, seria algo cientificamente palpável e que por mecanismos abstratos permitiria o enquadramento de todas as modalidades de trabalho em relação de emprego e relação autônoma.<sup>70</sup>

Curioso observar que grande parte da interpretação realizada no Brasil, não dissocia a *dependência* dos demais elementos da relação de emprego (onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade), ou seja, toma-se a subordinação jurídica como sinônimo de dependência, e, a ideia da dependência, por si só, refletiria perfeitamente a inferioridade contratual, que seria um conceito diretamente oposto de autonomia. Em outras palavras, a doutrina confunde *dependência* com hipossuficiência contratual, quando, na realidade, sob a perspectiva celetista, a dependência é apenas mais um requisito da relação de emprego.

Ao embarçar *dependência* com hipossuficiência contratual, toma-se por base que a dependência ou a “autonomia” possuem contornos bem precisos, o que não se concorda. Com efeito, é temerária a afirmação de que possam existir pessoas completamente “autônomas”, pois na sociedade sempre haverá certa *dependência* de alguém a outrem, pois o trabalho é a base das relações sociais.<sup>71</sup> Parafraseando Santos, a noção de um escravo absolutamente “coisificado” e carente de direitos é tão irreal quanto a existência de um homem absolutamente livre e incondicionado, por isso, o que se apresenta em qualquer relação de trabalho é “uma tensão dialética entre a liberdade total (autonomia) e a sujeição absoluta (servidão), ambas inatingíveis”.<sup>72</sup>

Por outro lado, há dificuldades em identificar esse novo grupo hipossuficiente dentro do trabalho “autônomo” baseado em um *critério objetivo* e que possa revelar com precisão as *condições subjetivas* de carência sócio-econômica dessa “nova classe”. Se a sujeição aos comandos e ordens foram traços comuns da classe operária na grande indústria do Século XIX, qual seria a característica comum de trabalhadores que gozam de independência técnica para realização de seus serviços, mas que trabalham sem o auxílio de

<sup>69</sup> “Noutras palavras, a desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para o seu desprestígio”. DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, nº. 06, p. 657-667, jun./2006. p. 667.

<sup>70</sup> SANTOS, José Aparecido dos. *Fundamentos da Subordinação Jurídica do Trabalhador: Sujeição e Construção da Cidadania*. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 19.

<sup>71</sup> LESSA, Sérgio. *Mundos dos homens: trabalho e ser social*. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 252.

<sup>72</sup> SANTOS, José Aparecido dos. Ob. Cit. p. 55.

empregados e sem estrutura empresarial própria para determinada empresa ou cliente e que muitas vezes, estão enquadrados como fornecedores porque também oferecem seus serviços ao mercado? Seria sua condição financeira?

Nesse aspecto, os problemas são crescentes porque, ao querer dar contornos a este novo grupo, a doutrina muitas vezes não se atém aos resultados desastrosos que uma extensão não-mensurada dentro das fronteiras desconhecidas do trabalho “autônomo” podem causar. Um novo Direito do Trabalho, que vise aglutinar relações que estão às suas margens, como o *autônomo dependente* precisará antes de tudo, superar velhos conceitos. Não se pode acreditar que o formato trabalho humano na modalidade “emprego” (via subordinação jurídica subjetiva), típico de um determinado período histórico, siga seu monopólio exclusivo.

Ademais, a compreensão da “subordinação” tomou um caminho demasiadamente elástico e ao mesmo tempo perigoso, pois as interpretações conforme as circunstâncias são variáveis e condicionadas a cada contexto em particular.<sup>73</sup> Para Deveali, enquanto o Direito Civil, ao perseguir uma Justiça perfeita, se limita a frequentes enunciados que resultam em difícil – e nem sempre possível – aplicação a uma realidade multiforme, criando desse modo os conflitos entre Justiça e Equidade, o Direito do Trabalho, cujas normas são ditadas frequentemente com o propósito de resolver alguns problemas de solução urgente (sem preocupação pelos princípios que poderiam resultar afetados, nem pelas projeções que poderiam importar a extensão da nova norma), sacrifica a miragem de uma Justiça perfeita diante da necessidade de uma justiça menos perfeita, *porém de fácil aplicação a todos os casos concretos*. Desse modo, interpretações complexas não satisfaria certo senso de eficácia, além dos riscos que uma extensão não-mensurada poderia provocar nas relações de trabalho.<sup>74</sup>

Mas qual caminho um *novo* Direito do Trabalho deveria seguir? Nesse ponto, retorna-se ao ponto de partida: se os critérios reinterpretaivos apresentados não são confiáveis para caracterizar a incidência da tutela trabalhista, qual a solução para incluir os trabalhadores *autônomos dependentes* na seara de proteção do Direito do Trabalho? Como viabilizar a proteção social diante de um modelo de contratação de mão de obra completamente diferente dos padrões aos quais se assentou este ramo especializado do Direito? É o que será abordado a seguir.

## VI. Revelando o Trabalhador Não Protegido: Paradigma da Essencialidade

Observou-se que nenhum dos caminhos apontados atacou diretamente o âmago do problema da regulação contratual justralhista. No Direito Privado, a “chave de acesso” que caracteriza a posição de inferioridade contratual, tradicionalmente foi fixada pelas características *objetivas* comuns à determinada classe social dominante (Direito do Trabalho: subordinação da classe operária). Por sua vez, este traço refletia outra característica *subjetiva* do grupo: suas péssimas condições sócio-econômicas (e a imposição unilateral da vontade do empregador). Mas esse modelo definido a partir das linhas de um determinado grupo, merece ser repensado, emergindo a posição de inferioridade – e, por sua vez, o regime jurídico aplicável, a partir de dois pontos de partida: 1º.) tutela apropriada para aqueles que expropriam seu trabalho ao capital e 2º.) a proteção deve ser fundamentada sob o alicerce teórico da *qualidade existencial* do objeto contratado (essencialidade)<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> GRANDI, Mario. El problema della subordinazione tra attualità e stori. In: Le trasformazioni del lavoro. La crisi dele subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro. Fondazione Giulio Pastori, Diritto e politiche del Lavoro, Milano: Franco Angeli, 1999. p. 11 *et seq*.

<sup>75</sup> Para efeitos deste estudo, compreende-se como “objeto do contrato” aquele cujas obrigações se materializam em um bem. Por exemplo, em um contrato de prestação de serviços, considera-se seu objeto o próprio trabalho prestado (serviços médicos, serviços especializados, etc.). Para não suscitar dúvidas, a expressão “objeto do contrato” é referido como fator de qualificação do mesmo, *in casu*, o objeto do contrato de trabalho é o próprio trabalho humano. Essa compreensão, todavia, não significa que se possa considerar o trabalho como qualquer coisa ou mercadoria, pois inafastável do ser humano. No contrato de trabalho, as concepções tradicionais de “sujeito” e “objeto” se entrelaçam e se confundem.

*Significa afirmar que a tendência é o contrato não ser visto apenas como uma fonte para a satisfação de certas preferências, mas como um instrumento de realização existencial do ser humano.* Segundo os arquétipos tradicionais, a função geralmente exercida pelo contrato em relação à esfera existencial do contratante, não constitui um critério juridicamente relevante. Em outras palavras, para os requisitos clássicos, o contrato de compra e venda de uma *joia* ou de um *remédio* ou da *prestação de serviços médicos* será um mesmo e único contrato, desconsiderando a necessidade existencial do objeto. Em outras palavras, as classificações usuais não levam em conta a importância que o interesse não-patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável.<sup>76</sup>

Gradativamente, porém, referida posição vem sendo adotada pelo modelo jurídico em vigor no Brasil, ou seja, quando o objeto da contratação é considerado um *bem essencial para as necessidades existenciais daquele que contrata*, as regras tornam-se diferenciadas na legislação. Cita-se, por exemplo, o Direito Civil, regime do bem de família (Lei nº. 8.009/1990) é assim caracterizado em função da sua destinação existencial, pois são as necessidades humanas (uso residencial) que justificam a incidência de um regime jurídico próprio. Em outras palavras, são incluídos no bem de família os bens essenciais à sobrevivência, que têm por objetivo assegurar à família na pessoa de cada um dos seus integrantes, uma existência digna. De acordo com Costa:

... a jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de serem impenhoráveis a televisão, o computador, os eletrodomésticos, a geladeira, o aparelho de som, o forno de micro-ondas, o freezer, o exaustor de fogão, o ar-condicionado e as máquinas de lavar louças, lavar roupas e secar roupas<sup>77</sup>.

Também no Direito Civil (benfeitorias), o regime jurídico aplicável é determinado (e classificado) em função da necessidade/utilidade. São *benfeitorias necessárias*, por exemplo, a piscina em uma casa que abriga um deficiente físico que precisa de fisioterapia para conservar sua saúde, ou a obra que vise evitar a deterioração do imóvel; de outro lado, são *benfeitorias voluptuárias*, por exemplo, a reforma que tem por objetivo simplesmente embelezar uma residência. Ainda no campo do Direito Civil (Consumidor), em matéria de contratos de plano de saúde, a essencialidade também é invocada como fundamento para distinção contratual tutelar.<sup>78</sup>

No Direito Tributário a essencialidade do bem é um critério de incidência de impostos (política fiscal e monetária), conforme dispõe o artigo 153 § 3º. Constituição Federal do Brasil/88 na qual dispõe que o imposto previsto no inciso IV (IPI): “I - será seletivo, em função da *essencialidade* do produto”. O artigo 15 da Constituição Federal do Brasil de 1946 instituiu isenção tributária para certos bens sob o fundamento da essencialidade, *in verbis*:

Art. 15 (...), § 1º. São isentos de imposto de consumo os artigos que a lei classificar como mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.

No Direito da Assistência Social, os benefícios de amparo ao idoso e ao deficiente são devidos mesmo àqueles não enquadrados como segurados, desde que demonstrem *real necessidade* (art. 203, *caput*, Constituição Federal do Brasil/88):

<sup>76</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431 e seguintes.

<sup>77</sup> COSTA, Pedro Oliveira da. O Bem de Família na Jurisprudência do STJ. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº. 3, p. 163-194. Rio de Janeiro: Padma, jul-set./2000. p. 175.

<sup>78</sup> Veja-se, a propósito, a seguinte decisão: Plano de saúde – Tutela Antecipada – Pretensão da prestadora de serviço de rescindir contrato firmado com prazo de vigência determinado e vencido em pleno tratamento. Pleito do associado de manter-se vinculado. *Prevalência da guarida da vida humana, em detrimento de possível direito patrimonial da agravante*. Interpretação do inciso II, do § 1º. Do art. 51 do CDC. Agravo Improvido (TJRS, Ap. Cível nº. 596.116.392, 6ª. C., Rel. Des. Paulo Roberto Hanke, 27/08/1996, sem destaques no original).

Art. 203. A assistência social será prestada *a quem dela necessitar*, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Questiona-se se o modelo contratual trabalhista vigente, definido a partir de características de uma classe, poderia ser substituído por uma novel classificação, emergindo a condição de inferioridade do aderente não a partir dos traços gerais comuns a determinados grupos mas, sim, da *qualidade essencial* do bem contratado. A identificação do bem sobre o qual recai o Direito constituído ou transmitido pelo contrato centrado no valor social do trabalho na ordem econômica, poderia determinar o regime jurídico aplicável do Direito do Trabalho e, por sua vez, naturalmente incluir os chamados trabalhadores *autônomos dependentes* em sua seara protetiva.

Para isso, sugere-se inicialmente que o trabalho é um bem jurídico essencial, por ser o principal meio do indivíduo de adquirir a satisfação das suas necessidades existenciais, tais como, habitação, alimentação, saúde, vestuário, educação, lazer, transporte e previdência social (art. 7º., IV, CF/88), além do labor ser o principal instrumento de produção de riquezas no Capitalismo. Com base na concepção hegeliana, o trabalho adquire importância nuclear na sociedade porque é o meio pelo qual o homem se assenhoreia da natureza, vence suas necessidades externas, liberta-se, e torna-se capaz de sacrificar a sua necessidade elementar a objetivos mais elevados.<sup>79</sup>

Assim, propõe-se a conjectura de que a abstração de não estar sob o rótulo exclusivo da “subordinação jurídica”, escravizou – sob o ponto de vista da necessidade existencial – determinados trabalhadores “autônomos”. Assim como o empregado, o indivíduo “autônomo”, também precisa atender suas necessidades vitais e, para prover sua existência, precisa se conectar ao bem trabalho. Ocorre que o pressuposto da igualdade entre contratantes, consagrado no Direito contratual clássico, tornou possível a organização dos sujeitos em supostamente livres e independentes, mas, em tese, fechou os olhos à opressão das forças econômicas e sociais do Capitalismo. Conectar-se ao objeto trabalho é essencial para alcançar a finalidade maior da dignidade humana.

Reconhece-se que o contrato de trabalho atual encontra-se em crise, mas é um estado de angústia na procura de uma identidade com os tempos atuais. É nesse contrato em colapso, fruto de uma sociedade pós-industrial, que devem ser propostas ideias aptas à nova realidade sócio-econômica, sempre com os olhos voltados ao século que se abre, e nunca, para aquele que se fecha.<sup>80</sup>

O sujeito débil, codificado em uma figura abstrata, muitas vezes isolada do objeto contratado, transformou-se em uma categoria jurídica completamente despreendida das circunstâncias<sup>81</sup>, e acabou por negligenciar o indivíduo. Conforme assinala Orlando de Carvalho: “... o *Code* ignorou o homem concreto, o homem de carne, sujeito de debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas”<sup>82</sup>. A crítica do autor é que a escola pandectística alemã<sup>83</sup>, origem da edificação de um sujeito abstrato, formulou teorias, conceitos e categorias que se constituíram como entidades autônomas relativamente ao contexto histórico-social<sup>84</sup>. A consequência disso é a desumanização do contrato, pois esta forma de enquadrar e definir a inferioridade, muitas vezes abre espaços para injustiças, desconsiderando situações que podem e devem influenciar o regime jurídico contratual.

<sup>79</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Propedêutica Filosófica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1989, p. 313-314.

<sup>80</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil - constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003, *passim*.

<sup>81</sup> NEGREIROS, Teresa. Ob. Cit. p. 335-336.

<sup>82</sup> CARVALHO, Orlando de. *Para uma Teoria da Relação Jurídica. A Teoria Geral da Relação Jurídica, seu Sentido e Limites*. Vol. 1, 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 34.

<sup>83</sup> A pandectística ou pandectismo foi uma doutrina jurídica europeia posterior ao humanismo jurídico e anterior à codificação, que alcança seu apogeu na Alemanha no Século XIX. A escola pandectística trata de analisar os textos do Direito Romano seguindo o método da dogmática jurídica, isto é, buscando a extração de princípios, assim como a dedução de conceitos novos, baseados na abstração a partir de conceitos anteriores.

<sup>84</sup> NEGREIROS, Teresa. Ob. Cit. p. 336.

Assim é o Direito Individual do Trabalho, que se fecha às condições circunstanciais do trabalhador que não está no rótulo formal de “empregado”, compreendido muitas vezes na dimensão antiga da “subordinação” do Século XIX. Aspectos como origem, crença, desejo, condição financeira, posses, idade, número de filhos, etc., tudo é desconsiderado na análise objetiva da configuração do vínculo empregatício. Evidentemente que a condição subjetiva do sujeito não seria capaz de gerar a certeza e a segurança jurídica necessária para a definição do regime contratual, não obstante doutrina e jurisprudência considerarem, não raras vezes, similares condições para definir o *quantum* indenizatório em danos extrapatrimoniais.<sup>85</sup>

Desde sua concepção codificadora, o Direito procura afastar o subjetivismo para caracterizar o regime jurídico, pois atento aos perigos que fatores decorrentes de conjunturas podem causar na segurança das relações interprivadas. Entretanto, longe do debate se a hipossuficiência contratual deveria ser definida em termos apenas subjetivos – pobreza, doença, despreparo, velhice<sup>86</sup> – ou objetivos – subordinação jurídica (intensidade de ordens), pessoalidade, onerosidade, etc. – poder-se-ia mitigar a crítica à incerteza provocada pela técnica fazendo-se surgir uma conjunção de elementos objetivos (trabalho expropriado) e subjetivos (trabalho como indispensável à realização existencial), emergindo a ideia que a inferioridade no contrato não apenas pode ser classificada tomando como base elementos distintos e separados do contexto histórico, econômico e social, mas também de outros efeitos que revelem a expropriação do trabalho alheio diante da qualidade essencial do bem contratado.

Como observado, as necessidades humanas se constituíram em um elemento dogmático importante, influenciando na formulação de categorias e regimes diferenciados, tendo como base os fundamentos constitucionais da dignidade humana e do valor social do trabalho (art. 1º., III e IV, Constituição Federal do Brasil/88), dentre outros. No entanto, verifica-se que *mesmo após duzentos anos, o Direito Individual do Trabalho muitas vezes se apresenta indiferente à satisfação vital que o objeto contratado pode proporcionar ao ser humano*. Preocupa-se a classificação vigente em analisar os elementos da relação de emprego como se pudessem ser tomados independentemente, considerando a situação pela ótica da impossibilidade de autonomia negocial do trabalhador e fechando os olhos à questão de suma importância que agrava ainda mais a sua posição de inferioridade contratual: a necessidade de se conectar ao trabalho, que lhe garante a sobrevivência ou o desenvolvimento pessoal.

O ordenamento jurídico, baseado nos valores constitucionais, tem a prerrogativa de moldar a incidência tutelar conforme a diversidade e a fragmentação de relações. Assim, o paradigma da essencialidade poderá consubstanciar um modelo segundo o qual o regime jurídico mereça ser distinguido em correspondência não apenas da ausência da autonomia negocial no contrato, *mas em conjunto com a classificação do bem contratado, levando em conta a destinação existencial conferida pelo sujeito contratante a este bem*.<sup>87</sup> Em outras palavras, a proposição apresentada tem por base que *a utilidade existencial do trabalho contratado seja fator relevante a ser considerado pela ordem jurídica, sendo capaz de dar uma salvaguarda importante em prol de identificar dificuldades de visualização do contratante débil*.<sup>88</sup> A qualificação do objeto do contrato (trabalho) merece levar em conta as necessidades a serem satisfeitas por este bem. Tal finalidade tem por escopo aproximar o Direito do Trabalho com a realidade pela qual buscam todos os trabalhadores: a proteção contratual para o cumprimento de suas vontades existenciais.

<sup>85</sup> Veja-se, a propósito, a seguinte decisão: DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM. O valor da indenização por dano moral deve proporcionar um lenitivo para suplantar a dor interna sofrida, atendendo-se ao princípio da satisfação compensatória e imprimindo-se efeito pedagógico que desestime o causador do mal da prática de ulteriores atentados. Devem ser considerados, ainda, o grau de culpa do agente, a extensão e a gravidade do dano, *as condições econômico-sociais das partes envolvidas e as demais circunstâncias do caso concreto*, sem, contudo, conduzir a reparação do dano ao enriquecimento sem causa. Recurso ordinário da reclamada conhecido e provido. TRT-PR-00858-2008-668-09-00-4-ACO-24274-2010 – 3ª. Turma. Relator: Altino Pedrozo dos Santos (sem destaques no original).

<sup>86</sup> NEGREIROS, Teresa. Ob. Cit. p. 342.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 342.

<sup>88</sup> Para aprofundamento, vide: GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador Autônomo e Contrato de Emprego*. Curitiba/PR-BRASIL: Editora Juruá, 2012. [www.juruua.com.br](http://www.juruua.com.br)

Desta feita, a proeminência constitucional da utilidade existencial do bem (aliado à noção de trabalho expropriado) assume tamanha relevância a ponto de modificar o regime jurídico aplicável às partes. Assim como a força gravitacional de um grande planeta é capaz de sugar tudo a sua volta – luz, asteroides, etc. – quando o objeto tiver relevância jurídica, a ponto de suscitar que sem ele colocaria-se em risco a *existência* do ser humano, esta força, a força do objeto, seria capaz de “puxar” os regimes mais preocupados com a proteção do contratante débil, *in casu*, o regime especial trabalhista.

Relevante se torna, de acordo com a ótica não patrimonialista, mas sim existencial, ser possível oferecer uma nova classificação do contrato de trabalho para deixá-lo mais próximo dos objetivos dos princípios constitucionais. Por isso, na nova abordagem da dogmática justtrabalhista sob as lentes do constitucionalismo social – o trabalho como pilar da república e instrumento para realização da existência do indivíduo – , as necessidades humanas são trazidas para o interior do contrato. A pessoa e a dignidade passam a ser o critério de medida da relação contratual. Este novel modo de caracterização revela a tendência no Brasil em deslocar os critérios da propriedade ou da renda para o ser humano e seus direitos fundamentais. A propriedade e a renda são observadas como instrumentos para a realização da dignidade humana<sup>89</sup>, ou seja, o primado do trabalho e sua valorização constituem o núcleo contratual.

Como o objetivo do Estado é construir uma sociedade na qual impere a justiça, a paz e a liberdade, é indispensável que a divisão da riqueza seja realizada segundo critérios de justiça, e a conexão *indivíduo – ausência de autonomia negocial – existência* é que melhor representa a chave de acesso à proteção social dentro da política de desenvolvimento orientada na busca primeira da dignidade da pessoa e na valorização do trabalho. *Desvalorizar o trabalho, não lhe proporcionando a tutela adequada, é abalar a existência humana*, por isso, a proposta apresentada é viável e compatível na medida em que estabelece um novo patamar a partir do valor social do trabalho humano, um novo ponto de partida, não de chegada. Considerando que o Direito do Trabalho encontra-se sob a luz dos princípios constitucionais e, portanto, sob a égide da realização e do atendimento das necessidades pessoais mais elementares, o modelo da essencialidade do objeto contratado justifica a necessidade de proteção da parte vulnerável, *in casu*, o trabalhador.

---

<sup>89</sup> PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas, *Revista da Faculdade de Direito*, p. 63-77, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998/1999. p. 66.