

Trabalho autônomo, subordinado e *parassubordinado*: crise de paradigma

Nelson Mannrich¹

Índice

Introdução

1. Reflexões sobre origens de nosso Direito do Trabalho
 2. Transformações do Direito do Trabalho e crise de paradigma
 3. Trabalho subordinado - esgotamento do atual modelo?
 4. Trabalho autônomo e seu aparente declínio
 5. Trabalho *parassubordinado* ou autônomo dependente: na fronteira entre trabalho autônomo e trabalho subordinado
 6. Perspectivas do Direito do Trabalho: desinteresse pela *flexicurity* e afirmação do direito do trabalho em torno da dignidade do trabalhador - construindo a agenda do trabalho decente
- Conclusões
Autores consultados e/ou referido

Introdução

O presente artigo corresponde a exigência estatutária de ingresso na Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aproveito para cumprimentar o Dr. ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, DD. Presidente e agradecer a acolhida nesse sodalício. Aproveito para agradecer, também, todo apoio que recebi dos acadêmicos e de modo particular dos colegas brasileiros, em especial do Professor Amauri Mascaro Nascimento, na pessoa de quem saúdo todos os acadêmicos.

Mais que formalidade de ingresso, seja expressão de meu compromisso de contribuir, dentro de minhas limitações, para o desenvolvimento das atividades da Academia e do Direito do Trabalho.

Refletir sobre crise de paradigma, no confronto entre trabalho subordinado e trabalho autônomo é desafio maior quando se comemora, no Brasil, os 70 anos de CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, e se espera efetividade do Direito do Trabalho em tempos de tanta informalidade e afrontas de toda ordem à dignidade do trabalhador, sem que se tenha alcançado o almejado equilíbrio entre eficácia econômica e social.

Para desenvolver o tema proposto, entendo fundamental (1) refletir sobre origens de nosso Direito do Trabalho, bem como sobre (2) as transformações

¹ Professor Titular de Direito do Trabalho da USP. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Advogado em São Paulo.

do Direito do Trabalho e crise de paradigma. Em seguida, será feita referência ao (3) trabalho subordinado, (4) autônomo e (5) *parassubordinado* ou autônomo dependente. Após essa investigação despretensiosa, e antes de apresentar conclusões, proponho reflexões em torno das (6) perspectivas do Direito do Trabalho e aparente desinteresse pela *flexicurity* e afirmação do direito do trabalho em torno da dignidade do trabalhador, na tentativa de construir uma agenda do trabalho decente

1. Reflexões sobre origens de nosso Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é fruto da chamada Revolução Industrial, tendo como origem remota os contratos denominados pelos romanos de “*locatio operarum*” e, mais especificamente, “*locatio conductio operarum*”². A questão social decorrente do conflito entre capitalistas e proletários levou o Estado a intervir a favor dos operários. Essa intervenção abalou as bases do contrato, regulado pelo Código Civil: a lógica civilista da igualdade dos sujeitos contratantes e da liberdade contratual desafiou a construção de uma rede de proteção que não parou mais de se fortalecer. Se, de um lado, havia necessidade de compensar a desigualdade econômica entre empregado e empregador, de outro, de impor conteúdo mínimo ao contrato, em face do desequilíbrio econômico e assim reafirmar, ainda mais, a liberdade contratual.

Essa origem comum marcou a construção do Direito do Trabalho, no Brasil, onde é possível detectar outras raízes muito peculiares.

Com efeito, quando se comemoram os 70 de CLT, a legislação que entrou em vigor dia 10 de novembro de 1943 foi em grande parte fruto do processo de consolidação, embora alguns dispositivos fossem redigidos pelos membros que integravam a comissão, destacando-se entre eles Arnaldo Sussekind. Essa tarefa inovadora foi importante para dar formato e consistência à legislação que entrava em vigor³, com influência de Vargas, mas também de Oliveira Vianna. Segundo declarações deste, em prefácio ao livro de Luiz Pereira dos Santos, Consolidação das Leis Trabalhistas⁴, num período aproximado de quatro anos, elaborou “todo este vasto complexo jurídico que forma a legislação social vigente”. Nesse prefácio, reconhece

² Essa origem remota dos contratos romanos não é reconhecida como importante para quem prefere imprimir ao Direito do Trabalho caráter assumidamente ideológico-protetionista.

³ A esse respeito, conf. SUSSEKIND, Arnaldo. A Consolidação das Leis do Trabalho Histórica. São Paulo, LTr, p.19.

⁴ Ensaio p. 283.

contradições, mais de forma que de fundo, “pela necessidade de transigir e ceder em muitos pontos, para evitar atritos, mal-entendidos e ressentimentos das massas operárias, então trabalhadas por uma fermentação de idealismos exóticos e aspirações radicalistas, a que era preciso contravir com prudência, medida em um tato extremo”⁵.

Como se vê, a legislação trabalhista, no Brasil, não surgiu do dia para noite, embora seja mais expressiva a partir de 1930, com o Governo Vargas⁶, destacando-se algumas leis anteriores ao século XX, como o Decreto 1.313, de 17 de janeiro de 1891, relativo ao trabalho de crianças nas fábricas, a lei de acidentes do trabalho, de 1919, e de Previdência Social, de 1923, a chamada Lei Eloi Chaves.

A CLT, em vigor a partir de 1943, encontra seus fundamentos mais remotos em ideias progressistas, do final do séc. XIX, sem prejuízo de influências mais recentes da agenda autoritária de Vargas. Com efeito, positivistas como Júlio de Castilhos e Borges de Medeiros influenciaram a construção de nossa legislação. Segundo Castilhos, as relações entre assalariados e empresários, sujeitos ao livro jogo do mercado, correm o risco de opressão sistematizada.

De acordo com Alfredo Bosi, de quem retiramos a citação acima, Borges de Medeiros deu seguimento à política social de Júlio de Castilhos, pautando-se em dois princípios: um, tido como progressista, pelo apoio a determinadas reivindicações dos trabalhadores envolvendo jornada de trabalho, condições de trabalho nas fábricas e salário; outro, denominado centralizador, cabendo ao Estado mediar e mesmo arbitrar conflitos envolvendo questões sociais⁷. Borges, em relação a greves, procurava atender as reivindicações operárias, ao mesmo tempo em que coibia manifestações violentas. E conclui Alfredo Bozi: a tendência paternalista já era sentida por ocasião da greve de 1917, quando Borges apoia os pleitos dos trabalhadores, inclusive tabelando os preços da cesta-básica⁸.

Getúlio Vargas e Lindolfo Collor pertenciam à escola de Borges, e quando Getúlio Vargas, no poder, cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, indica Collor para ser o Ministro. Suas ideias encontram raízes na escola reformista e

⁵ Idem, ib.

⁶ Conf. MAGANO, Octavio Bueno. Primeiras Lições de Direito do Trabalho, 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 8 e ss. RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. Curitiba, Juruá, 2000, p. 19 e ss.

⁷ BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p. 295.

⁸ Idem, ibidem.

humanitária de Saint Simon e na escola de Conte, que incluía no seu ideário “incorporação do proletariado à sociedade moderna”⁹.

2. Transformações do Direito do Trabalho e crise de paradigma

As transformações das relações no mundo do trabalho, em especial decorrentes das novas tecnologias da informação e comunicação, acabaram afetando profundamente a forma de atuação e regulamentação do Direito do Trabalho – especialmente no que se refere à tradicional dicotomia “trabalho autônomo x trabalho subordinado”.

Fruto de momento histórico de crise, o Direito do Trabalho estruturou-se em razão da Revolução Industrial para enfrentar os graves problemas sociais decorrentes do liberalismo exacerbado, justificando-se não apenas o intervencionismo do Estado, como a proteção dispensada ao trabalho subordinado, de acordo com a lógica do então modelo de produção.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, a questão social levou o Estado a intervir no campo normativo de forma programática: intervenção assumidamente em favor do trabalhador e em moldes imperativos, expediente para “coartar a liberdade do empregador na fixação do conteúdo do contrato de trabalho”.¹⁰

Essa intervenção, ainda segundo a autora, coloca em xeque dois dogmas do direito privado. De um lado, o da igualdade dos entes jurídicos privados. Nesse ponto, a formal posição de igualdade do empregado perante o empregador corresponde a uma posição material de inferioridade negocial, devendo-se compensá-la. De outro, o dogma da liberdade contratual. A intervenção normativa no âmbito privado evidencia que a liberdade é ilusória num ambiente de desequilíbrio econômico, observando-se "ditadura contratual" do detentor do poder econômico.

Para impedir que o contrato se transforme em instrumento de opressão, impõe-se a necessária intervenção do Estado. Desde o início, há um

⁹ BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. *In op cit*, p 294.

¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho - Parte I. Dogmática geral**. Coimbra, Almedina, 2005, p. 51.

determinismo de proteção e tutela do trabalhador, apresentando-se o Direito do Trabalho, inicialmente denominado Direito Operário, como um direito dos trabalhadores.¹¹

Como se vê, o Direito do Trabalho nasce “*como protesto frente a la ideología que valoraba normativamente la relación de trabajo en términos de locatio operarum y, en consecuencia, en términos de relación de mercado*”; protesto que “*no se dirige contra el esquema locativo sino contra sus efectos, que no pretende modificar éste sino paliar aquellos, forzando al ordenamiento a la protección del contratante débil*”.¹²

Desse modo, a formação do Direito do Trabalho tem por base a proteção, que impulsiona e condiciona sua consolidação, constituindo-se seu princípio fundamental e paradigma do novo ramo.

De outra parte, sabe-se que o objeto inicial da tutela do Direito do Trabalho foi o denominado “trabalho subordinado” – prestado por pessoa física a empregador, caracterizado pela dependência jurídica do prestador em relação ao tomador, exteriorizada pela sujeição a ordens. Aliás, conforme bem salienta José João Abrantes, foi graças a essa delimitação de objeto (o trabalho subordinado) que o Direito do Trabalho logrou separar-se do Direito Civil, consagrando-se como ramo autônomo da ciência jurídica.¹³

A escolha do trabalho subordinado como objeto do Direito do Trabalho coaduna-se com sua própria finalidade: não haveria sentido proteger o trabalhador autônomo, teoricamente em igualdade de condições perante o empregador, com elevado poder de negociação.

A subordinação jurídica interessa ao Direito do Trabalho por corresponder à sujeição do trabalhador às diretivas do empregador, inerentes ao intrínseco desenvolvimento da prestação de serviços.¹⁴ As demais conotações da subordinação - econômica, social, técnica – embora relevantes para a verificação *in concreto* das características da prestação de serviços, não são critérios essenciais para atrair a aplicação do Direito do Trabalho.¹⁵

¹¹ *Idem*, p.47 e ss

¹² PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. **El trabajo subordinado como tipo contractual**. In *Documentación Laboral*, nº 39, 1993, p. 32.

¹³ ABRANTES, José João. **Direito do Trabalho – ensaios**. Lisboa: Cosmos, 1995, p. 19.

¹⁴ GALANTINO, Luisa. **Diritto del lavoro**. 14ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 5.

¹⁵ Segundo entendimento doutrinário mais recente, porém, tem-se adotado como critério de aplicação do Direito do Trabalho a denominada “subordinação estrutural”, que corresponde à prestação de atividades, pelo empregado, integradas à dinâmica organizacional da empresa, a seu processo produtivo ou a suas atividades essenciais (nesse

Levando-se em conta tais circunstâncias, o Direito do Trabalho acabou se estruturando sobre um modelo de empresa e de relações de trabalho que já não existem mais, sendo certo que são distintas a realidade sócio-econômica atual e aquela que serviu de paradigma para produzir a regulação trabalhista, de cunho protecionista-paternalista, que ainda hoje se insiste em manter.

Em síntese, seguindo a moderna tendência das legislações contemporâneas, em especial a importância conferida à negociação coletiva, o Direito do Trabalho não pode desprezar as novas formas de produção e de organização e funcionamento do mercado de trabalho, sem prejuízo do tradicional papel de proteção ao trabalhador. Portanto, além de suas atribuições tradicionais de proteção e distribuição da riqueza, tornou-se um direito também da produção e de regulação do mercado de trabalho¹⁶.

Nesse sentido, o Estado abandona sua posição de protagonista e garantidor dos direitos do empregado por meio da legislação – cabendo aos interlocutores sociais avançar, fixando o que lhes é mais favorável, nos termos da lei, como autorizado pela Constituição da República, em seu art. 7º. As condições de trabalho são reguladas de preferência pela negociação – com os limites relacionados à ordem pública.

3. Trabalho subordinado - esgotamento do atual modelo?

O Direito do Trabalho estruturou-se com base na subordinação, fiel ao princípio de proteção. Entretanto, as transformações do mundo do trabalho apontam para o esgotamento dessa matriz, surgindo modelos intermediários como a *parassubordinação* e o trabalho autônomo dependente. Fora desse eixo tradicional, retomam-se figuras tipicamente civilistas, como contrato de empreitada, mandato, distribuição, franquia – além das novas formas de intermediação de mão-de-obra,

sentido, cf. e.g., GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. 14ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2006, pp. 11 e ss; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 151. Para Maurício Godinho Delgado, o que importa na subordinação estrutural não receber ordens diretas do tomador, mas estar inserido na dinâmica operativa da atividade do tomador dos serviços. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 10ª ed. LTr, 2011, p 294.

¹⁶ Sobre este tema, conf. ROBORTELLA, Luiz Carlos A.; *Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr.,1994.

exteriorizadas pela terceirização, quarteirização, contratação por meio de cooperativas etc. Ganham espaço, ainda, contratos de prestação de serviços intelectuais a cargo de trabalhadores constituídos em forma de pessoas jurídicas, nos termos do art. 129, da Lei nº 11.196/05.

O surgimento dessas novas tipologias contratuais – ou mesmo a revitalização de espécies de contratos antes abandonadas, quando sequer o Direito do Trabalho conseguira sua alforria do Direito Civil – não consegue libertar-se da subordinação como critério determinante para aplicação ou não das normas trabalhistas.

Embora questionada enquanto elemento essencial ao Direito do Trabalho, continua a subordinação a ocupar lugar de destaque. Ao contrário, deve-se compreender que, em face das novas necessidades empresariais e dos interesses dos próprios trabalhadores, os contornos da subordinação tendem a se alterar, cedendo espaço a formas autônomas de prestação de serviços.¹⁷ Observa-se elasticidade da subordinação para admitir novos contornos da tradicional dicotomia em que sempre se baseou o Direito do Trabalho.

Para Francisco Pérez de Los Cobos Orihuel, a subordinação é autêntico tipo contratual que “(...) *no juega (...) como una fórmula normativa respecto de la cual opera la subsunción, sino más bien como una ‘cobertura’ que disimula una calificación operada por otros medios*”¹⁸. Permite, tão somente, um juízo de aproximação, não havendo notas típicas imprescindíveis à caracterização da relação de trabalho, mas notas abertas que podem se dar em distinta medida sem comprometer a qualificação da relação, abrangendo as mais diversas espécies de relações trabalhistas.

Com fulcro em tal entendimento, a doutrina passou a construir indícios para identificar a subordinação – se presentes no caso concreto, autorizam a caracterização de autêntica relação de trabalho subordinado.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁹, é possível apontar critérios, nem sempre seguros, para determinar quando o trabalho é subordinado. Segundo proposta da autora, a questão pode ser examinada sob três aspectos: do ponto de vista jurídico, do cumprimento do contrato e do seu conteúdo.

Do ponto de vista jurídico, trata-se de prestação positiva, consistente numa conduta humana ativa, destinada a satisfazer necessidades de outra

¹⁷ Cf. ABRANTES, José João. *O direito laboral face aos novos modelos de prestação de trabalho*. In **IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 83-94.

¹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *El trabajo subordinado...* Op. cit., p. 39.

¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*, Parte II. Coimbra, Almedina, 2006, p. 19.

pessoa; do ponto de vista do cumprimento, concretiza-se numa atuação positiva ou resulta de uma posição de disponibilidade; do ponto de vista do conteúdo, caracteriza-se pela heterodeterminação – alguém, no caso o empregador, define as tarefas ao longo da execução do contrato.

Como se vê, no contrato, há promessa de uma atividade continuada – o trabalhador coloca à disposição do empregador a energia da força de seu trabalho; num contrato de prestação de serviços, há promessa de um resultado. Ou seja, para o empregado, há obrigação de meios; para o prestador de serviços, obrigação de resultado. No fundo, não há como separar a atividade, em si, do resultado, mesmo porque o critério acima apontado - ideia de atividade em confronto com a de resultado - é de mera expectativa²⁰. Interessa ao tomador os meios utilizados pelo prestador de serviços, da mesma forma como a atividade se dirige a um certo fim: “todo trabalho conduz a um resultado” (Galvão Telles).

Independentemente disso, aquele critério continua atual e válido, mesmo porque o empregador suporta os riscos da atividade, independentemente de os resultados serem ou não atingidos, cabendo ao empregado apenas ficar à disposição, prestando serviços ou não, devendo prestar a atividade com diligência e empenho, com base nos princípios da boa-fé.

Com vistas a identificar, no caso concreto, a subordinação, a Suprema Corte italiana tem recorrido a critérios subsidiários, especialmente a natureza da atividade prestada, ausência da obrigação de organizar a atividade empresarial, não incidência subjetiva do risco da atividade, retribuição fixa e *ratione temporis*.²¹

O ordenamento português mostrou-se extremamente inovador nesse tema. O Código do Trabalho, em seu art. 12 – Lei nº 7/2009 consagra a denominada “presunção de contrato de trabalho”, indicando elementos que caracterizam a subordinação. Está assim redigido:

Presunção de contrato de trabalho

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

²⁰ Idem, p.21.

²¹ GALANTINO, Luisa. **Diritto del lavoro**. 14ª Ed.. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 7.

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

Parte-se do pressuposto de que nem sempre é fácil ao trabalhador provar os elementos do contrato de trabalho, como pessoalidade, subordinação, não eventualidade, onerosidade, ou demonstrar que estava inserido na organização empresarial e contribuíra para a empresa desenvolver sua actividade económica e atingir seus fins²². Daí a novidade do Direito português, inserida Código do Trabalho: presunção do contrato de trabalho.

Para a doutrina, o contrato de trabalho existe se presentes todos aqueles requisitos do Código do Trabalho – o Código do Trabalho de 2009 expressamente atrelou a presunção de contrato de trabalho à existência de “algumas das seguintes características”.

O trabalhador poderá suprir a deficiência daqueles requisitos por outros meios de prova. De outra parte, com base no art. 350, do Código Civil português, poderá o empregador elidi-la por meio de prova em contrário e demonstrar que, apesar de presentes alguns dos requisitos apontados, a relação não era de emprego.

Por outro lado, a questão poderá ser analisada sob outro enfoque, levando-se em conta quais os indícios da inexistência de um contrato de trabalho, como se dá no caso de trabalhador autónomo. Em Portugal é autónomo, segundo o art. 5º do Decreto-Lei n. 328/93, de 25 de setembro (Regime Geral da Segurança Social dos Trabalhadores) o trabalhador independente que, sem subordinação, prestar determinada actividade para outrem.

²² Conf. MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 2ª. Ed. Coimbra, Almedina, 2005.

Ou seja, presume-se sem subordinação a atividade prestada, quando presentes uma das seguintes circunstâncias:

a) o trabalhador tenha, no exercício da sua atividade, a faculdade de escolher os processos e meios a utilizar, sendo estes, total ou parcialmente, da sua propriedade;

b) o trabalhador não se encontre sujeito a horário e ou a períodos mínimos de trabalho, salvo quando tal resulte da direta aplicação de normas de direito laboral;

c) o trabalhador possa subcontratar outros para a execução do trabalho em sua substituição;

d) a atividade do trabalhador não se integre na estrutura do processo produtivo, na organização do trabalho ou na cadeia hierárquica de uma empresa;

e) a atividade do trabalhador constitua elemento acidental na organização e no desenvolvimento dos objetivos da entidade empregadora.

Como se vê, o legislador português preferiu a técnica da negativa, presumindo-se não haver contrato de trabalho quando um dos apontados pressupostos for preenchido.

Nos tribunais espanhóis, destacam-se como indícios da existência de contrato de trabalho a alteridade dos meios e instrumentos de trabalho, a sujeição a ordens, a retribuição com caráter de contraprestação, a exclusividade, etc. Aliás, o Estatuto dos Trabalhadores acolhe a figura da presunção do contrato de trabalho, como se infere do art. 8.1:

“El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de outro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

Como se vê, o critério da presunção do contrato de trabalho leva em conta os seguintes aspectos: como trabalha, onde trabalha e como é pago.

De acordo com o primeiro aspecto, como trabalha, levam-se em conta as seguintes considerações: se o prestador de serviços está inserido na estrutura

organizativa do beneficiário da atividade; se presta os serviços sob as orientações do tomador; se os instrumentos de trabalho são essencialmente fornecidos pelo beneficiário da atividade.

De acordo com o segundo, onde trabalha – importa se o serviço é prestado na empresa beneficiária da atividade, ou em local por esta controlado, com horário previamente definido.

Por fim, como é efetuado o pagamento, levando-se em conta o tempo despendido ou se o prestador dos serviços se encontra numa situação de dependência econômica.

No âmbito internacional, a Recomendação 198, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, de 16 de junho de 2006, relativa à relação de trabalho, oferece critérios para estabelecer se determinada relação é de emprego e quando estaria o empregador descumprindo a legislação nacional de proteção.

Referida Recomendação parte do pressuposto de que há dificuldade em se estabelecer quais os direitos nas situações em que se tenta encobrir a relação de emprego ou quando em determinadas situações os trabalhadores ficam privados da proteção a que têm direito.

Em vista dessas considerações, deveriam os Estados membros formular e aplicar uma política nacional de efetiva proteção aos trabalhadores vinculados a uma relação de emprego.

Tal política deveria conter diversas medidas, como a de oferecer critérios seguros para estabelecer distinção entre trabalhadores assalariados e independentes; lutar contra relações de trabalho encobertas – assim entendidas as situações em que o empregador não considera como empregado quem trabalha como tal, privando-o da proteção devida.

Assim, a legislação nacional deveria admitir mais de um critério para determinar a existência de uma relação de emprego, fixando presunção legal sempre que presentes um ou vários indícios da presença do vínculo de emprego. Deveria, ainda, determinar quais trabalhadores, a partir de determinadas características, deveriam ser considerados empregados.

De acordo com a Recomendação, devem-se levar em conta dois critérios para se concluir se determinada relação é de emprego: forma de execução do trabalho e como é remunerado o trabalhador.

Em relação ao primeiro critério, a Recomendação sugere levar em conta as seguintes investigações a respeito do trabalho prestado: se é executado segundo instruções e sob controle de outra pessoa; se implica integração do trabalhador na organização da empresa; se é desenvolvido única ou principalmente em benefício de outrem; se deve ser executado pessoalmente pelo trabalhador, num horário determinado, ou no lugar indicado ou aceito por quem solicita o trabalho; se é de certa duração e tem certa continuidade, ou requer a disponibilidade do trabalhador, implicando fornecimento de ferramentas, materiais e máquinas por parte de quem encomenda o trabalho.

Em relação ao segundo critério, a Recomendação propõe verificar se a remuneração se dá periodicamente, representando única fonte ou fonte principal de renda do trabalhador. Além disso, se há pagamentos em espécie, tais como alimentação, moradia, transporte, entre outros, bem como se são reconhecidos direitos como descanso semanal e férias anuais. Propõe, ainda, levar em conta se o contratante paga viagens para o trabalhador executar o serviço, de modo a livrar-se dos riscos inerentes à atividade econômica.

Por fim, recomenda aos países membros o estabelecimento de medidas eficazes destinadas a eliminar incentivos que fomentem as relações de trabalho encobertas ou informais.

4. Trabalho autônomo e seu aparente declínio

O trabalho autônomo sempre se destacou como a principal forma de prestação de serviços. Com a industrialização, cedeu espaço ao trabalho subordinado, passando a ocupar plano secundário, envolvendo atividades de menor dimensão, como agricultura e pequeno comércio. O mundo das relações do trabalho passa a gravitar em torno do trabalho dependente e assalariado, único merecedor da tutela trabalhista – justificativa da formação e consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito.

Contudo, verifica-se revitalização do trabalho autônomo – especialmente após o colapso do petróleo no final do século XX, com fortalecimento do setor de serviços.

Segundo Maria Luz Rodríguez Fernández, enquanto os vínculos de subordinação são próprios de época em que predominava o setor industrial, “(...) *en el sector servicios y en las nuevas formas de producción, las vinculaciones de subordinación al poder de dirección se ven mucho menos y son mucho menos acusadas*”.

23

Pedro Romano Martínez destaca dois motivos que, atualmente, justificam o trabalho autônomo: *a)* fraudulento, decorrente da denominada “fuga do direito do trabalho”, para obstar a aplicação das normas trabalhistas e *b)* operacional, relacionado com razões técnicas e transformações econômicas que modificaram a forma de prestação do trabalho. No primeiro caso, ocorre uma equivocada e abusiva qualificação do contrato – razão pela qual se confere à jurisprudência a possibilidade de corrigir o equívoco mediante reconhecimento da relação de emprego em concreto; já no segundo, a escolha pela forma autônoma de prestação de serviços é lícita, pois efetivamente atende às necessidades das partes (e, portanto, deve ser respeitada).²⁴

Segundo Pedro Romano Martínez, ainda, o contrato de trabalho português, anteriormente reconduzido à subordinação jurídica e fruto da solução de problemas decorrentes da Revolução Industrial, teve seu modelo afastado em muitas relações de trabalho em virtude da crise do petróleo, dos anos 70, assim como das mudanças econômicas e sociais das duas últimas décadas do século XX. Algumas garantias dos trabalhadores, como estabilidade contratual, inamovibilidade do trabalhador e salvaguarda da categoria, nem sempre são adequados à nova realidade, de difícil adaptação pelas empresas por conta da crescente concorrência nos diversos setores, bem como da acelerada evolução tecnológica.

Além disso, alguns trabalhadores não necessitam da proteção típica do Direito do Trabalho. Seu poder negocial muitas vezes equiparado ao dos empregadores não justifica as restrições impostas pelo direito do trabalho.

Nesse contexto, surge uma nova relação de trabalho, influenciada pela terceirização da economia, bem como pela desmaterialização do trabalho e pelo fácil deslocamento territorial de trabalhadores, como se observa na União Europeia, além do surgimento de uma nova estrutura empresarial, mais enxuta e com poucos empregados.

²³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz. *Algunas claves políticas de la ley del estatuto del trabajo autónomo*. In RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz e FERREIRO REGUEIRO, Consuelo (direc.). **Trabajadores Autónomos**. Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 17-18.

²⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Trabalho subordinado e trabalho autónomo...* Op. cit., pp. 273-274.

No contrato de trabalho, regido pelo princípio da liberdade negocial, nos termos do artigo 405, do Código Civil português, as partes têm autonomia para pactuar o regime aplicável à atividade. Entretanto, tendo em vista o potencial desequilíbrio negocial em face da vulnerabilidade do trabalhador, o legislador português igualmente estabelece várias limitações à autonomia privada no contrato de trabalho. Há um certo controle da qualificação negocial com o fim de verificar a aplicação de regras imperativas em matéria laboral. Isso justifica a apreciação da licitude da opção das partes pelo trabalho autônomo.²⁵

Entretanto, o trabalho autônomo, atualmente, distancia-se de suas formas tradicionais, ganhando novos contornos. Nesse ponto, insere-se a figura do trabalho autônomo dependente – também denominado trabalho autônomo de segunda geração, cuja característica mais marcante é o elevado nível de dependência em relação ao tomador de seus serviços.

5. Trabalho *parassubordinado* ou autônomo dependente: na fronteira entre trabalho autônomo e trabalho subordinado

No contexto das mudanças das relações econômicas e sociais, o contrato de trabalho tradicional perde espaço para novas tipologias contratuais, mais adequadas aos interesses de empregadores e empregados. Surgem contratos para regular o trabalho de utilidade pública e o trabalho socialmente útil (na Itália, lei 196, de 1997 – e, no Brasil, pela Lei 9.608/98, relativa ao trabalho voluntário), sem falar do avanço do terceiro setor e da superação da *summa divisio* entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, sendo alternativa o trabalho *parassubordinado*²⁶ ou autônomo dependente, inicialmente concebido pela doutrina italiana²⁷ e, atualmente, consagrado por diversos ordenamentos europeus²⁸.

O trabalho *parassubordinado* é situado pela doutrina numa *zona fronteira* entre o trabalho autônomo e o subordinado.²⁹ O trabalhador *parassubordinado*

²⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 317-319.

²⁶ Galantino, Luisa. In *Impresa e Nuovi Modi de Organizzazione del Lavoro*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 de maio de 1998. Milão, Dott. A. Giufrè Editore, 1999, p.179. Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale. Anmnuario di Diritto del Lavoro – n. 33.

²⁷ SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Il lavoro parasubordinato*. Milano: Franco Angeli Editore, 1979.

²⁸ Veja-se, por exemplo, a Lei nº 20/2007, que consagrou, no direito espanhol, a figura do TRADE (trabalhador autônomo economicamente dependente).

²⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 27, n. 103, jul/set. 2001, p. 175.

equivale a trabalhador autônomo que, por atuar em regime de colaboração continuativa e coordenada com o tomador de seus serviços, insere-se na atividade empresarial. Como esse tomador de serviços normalmente é o único cliente do trabalhador, acaba ocorrendo dependência deste em relação àquele, especialmente de natureza econômica.

Segundo Adalberto Perulli, podem ser identificados os seguintes elementos do trabalho *parassubordinado*: a) autonomia na prestação dos serviços, inserindo-se o trabalhador na empresa mediante regime de colaboração; b) pessoalidade na prestação; c) continuidade da relação contratual; d) destinação da prestação em favor de um único comitente; e) importância, para o trabalhador, dos rendimentos recebidos do comitente dominante (ainda que mantenha relações com outros); f) inexistência de relação direta entre o prestador e o mercado.³⁰

Por certo, por faltar subordinação jurídica clássica, não justifica esse trabalhador ser tutelado pelo Direito do Trabalho. Entretanto, uma vez constatada sua dependência econômica em relação ao tomador de serviços, também não poderia ser tratado como simples autônomo – com direito a estatuto diferenciado que, por conta de peculiaridades, assegure direitos básicos como férias, saúde e segurança no trabalho, entre outros, independentemente da autonomia inerente à prestação de serviços.

Diversos ordenamentos europeus vem reconhecendo o trabalho autônomo dependente.

Na Itália, há referência à *parassubordinação* desde 1959, centrada na figura dos contratos de *co.co.co.* (colaboração continuativa e coordenada). O art. 409, do *Codice di Procedura Civile*, assim estabelece:

Art. 409 (Controversie individuali di lavoro)

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:

(...)

3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione

³⁰ PERULLI, Adalberto. **La regolazione del lavoro parassubordinato**. In PERULLI, Adalberto (a cura di). *Le riforme del lavoro – dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*. Matelica: Halley Editrice, 2007, p. 139.

di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato;

(...).

Coube a Francesco Santoro-Passarelli³¹, em 1979, em sua obra *Il lavoro parasubordinato*, o estudo sistemático e pioneiro envolvendo *parassubordinação*.

Apesar da proximidade entre trabalho subordinado e *parassubordinado*, tornando difícil estabelecer fronteiras entre ambas as figuras, prevalece na doutrina italiana o entendimento de que trabalho *parassubordinado* é espécie do gênero “trabalho autônomo”³² - mais precisamente, trabalho autônomo de segunda geração.

Apontam-se os seguintes elementos essenciais do trabalho *parassubordinado*: *continuidade* da prestação de serviços, sua natureza *preponderantemente pessoal* e, especialmente, vínculo de *colaboração* ou ligação funcional entre o serviço prestado e a atividade do tomador.

Embora identificados, pelos doutrinadores italianos, os elementos do trabalho *parassubordinado*, ainda não há resposta segura para o tipo de tutela jurídica aplicável a tais trabalhadores: se, por serem autônomos, seriam submetidos aos arts. 2.222 e seguintes do *Codice Civile* ou, ao contrário, se o elemento “dependência” os atrairia ao espectro do trabalho subordinado, fazendo incidir sobre eles a legislação trabalhista, em especial os arts. 2.094 e seguintes do *Codice Civile*.

O legislador italiano foi paulatinamente ampliando a gama de direitos aplicáveis aos *parassubordinados*, como se infere da promulgação de diversas leis. Inicialmente, o já referido art. 409, do *Codice di Procedura Civile* estendeu, ao trabalho *parassubordinado*, as normas processuais sobre controvérsias individuais de trabalho. Ademais, também é aplicável aos trabalhadores *parassubordinados* a regra do art. 2113, do *Codice Civile*, sobre nulidade de renúncias e transações envolvendo direitos decorrentes das relações de trabalho. Há ainda, tutela tributária diferenciada para as relações de *co.co.co.*, sendo estendida a tutela previdenciária a tais relações.

³¹ SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Il lavoro parasubordinato**. Milano: Franco Angeli Editore, 1979.

³² SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Il lavoro parasubordinato...** Op. cit., p. 14.

Coube à jurisprudência a aplicação de outros direitos— embora inexista homogeneidade em referida aplicação. A Corte de Cassação italiana, nesse sentido, em diversos julgados, estendeu às *co.co.co.*, e.g., a disciplina da responsabilidade do tomador de serviços pela segurança do trabalho³³, o direito de greve³⁴, etc.

Houve tentativa de positivação legal dos direitos do *parassubordinado* mediante o Projeto de lei *Smuraglia* (nº 5651), aprovado pelo Senado Italiano, em 1999. Apesar de aclamado pela doutrina, pela proposta de aplicação, às relações de colaboração continuativa e coordenada, de um patamar mínimo de direitos trabalhistas, que poderia ser complementado por meio da negociação coletiva, não foi convertido em lei – pois, enquanto tramitava na Câmara italiana, operou-se a denominada “reforma Biagi do mercado de trabalho”, a qual inseriu na legislação a figura do **contrato de trabalho a projeto** (arts. 61 a 69 do Decreto-Legislativo nº 276, de 10 de setembro de 2003).

O contrato a projeto surge com o intuito de modernizar as relações de *parassubordinação*, previstas pelo art. 409, n. 3 do *C.P.C.*, mediante instituição de elemento adicional para sua celebração: o **projeto, programa ou fase deste**. Veja-se, a respeito, a redação do art. 61.1 do Dlgs. nº 276/03:

Art. 61. (...)

1. Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa. (g.n.)

³³ Cf. Cass., Sez. lav., 16/07/2001, nº 9614, *apud* GASPARI, Alessandra. *Lavoro a progetto...* Op. cit., p. 48.

³⁴ Cf. Cass., Sez. lav., 29/06/1978, nº 3278, *apud* SODANO, Angelo. *Rapporti di parassubordinazione...* Op. cit., p. 1173.

Assim, a partir da promulgação do Decreto, as relações de colaboração continuativa e coordenada deverão apresentar um projeto para sua validade, sob pena de serem convertidas em relações de trabalho subordinado por tempo indeterminado desde a data de sua constituição.

Quanto à tutela, ao trabalho a projeto são aplicadas as regras relativas ao trabalho autônomo clássico (arts. 2.222 e seguintes do *Codice Civile*), as normas de direito laboral, gradativamente estendidas às *co.co.co.* e, ainda, determinados direitos expressamente consagrados pelo Dgls. nº 276/2003, a saber: **remuneração** proporcional à quantidade e qualidade do trabalho realizado, direito de invenção, proteção à gravidez e à maternidade, tutela contra doenças e acidentes do trabalho, etc.

Embora a *parassubordinação* tenha suas origens na doutrina italiana, o atual sistema europeu que melhor a desenvolveu é o espanhol.

Com efeito, a Espanha mostrou-se pioneira na regulamentação legal do trabalho autônomo dependente, a partir da Lei nº 20, de 11 de julho de 2007 - Estatuto do Trabalho Autônomo – ETA, da figura do “trabalhador autônomo economicamente dependente”, ou, no termo mais comumente empregado pela doutrina, do “TRADE”.

Segundo o art. 11.1, da referida Lei 20/2007, é trabalhador autônomo economicamente dependente quem desenvolve atividade econômica a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica (denominada “cliente”), da qual depende economicamente por receber, pelo menos, 75% de seus rendimentos de trabalho.

Quanto aos direitos assegurados ao TRADE, inicialmente, são aplicáveis todos os direitos dispensados ao trabalhador autônomo ordinário. Porém, não existe amplo e detalhado rol contemplando os direitos específicos dispensados ao TRADE: a lei limitou-se a estender-lhes algumas tutelas do direito do trabalho, sem prejuízo de outras, a cargo da negociação coletiva. Porém, destacam-se alguns direitos, a saber: interrupção anual da atividade por 18 dias úteis, salvo previsão mais benéfica no contrato individual ou nos acordos de interesse profissional; descanso semanal remunerado; jornada de trabalho máxima a ser fixada pelas partes, por meio de contrato individual ou acordo de interesse profissional; horário de trabalho compatível com a vida

pessoal, familiar e profissional do trabalhador; adaptação da jornada da trabalhadora autônoma dependente vítima de violência doméstica, de forma a fazer efetiva sua proteção ou assistência social; possibilidade de rescisão do contrato no caso de descumprimento contratual grave por parte do cliente, com direito à indenização por perdas e danos; direito à percepção de indenização por perdas e danos no caso de rescisão do contrato sem justa causa pelo cliente; direito a interromper justificadamente a atividade profissional, sem ruptura do contrato, nos seguintes casos: mútuo acordo, necessidades familiares urgentes, supervenientes e imprevisíveis, incapacidade temporária, maternidade ou paternidade, força maior, ou outras causas explicitadas pelos acordos de interesse profissional; presunção, na ausência de manifestação das partes, de celebração do contato por prazo indeterminado; privilégio creditício no concurso de credores, referentes a créditos por trabalho pessoal independente devidos durante os seis meses anteriores à declaração do concurso; direitos relativos à Seguridade Social.

A Lei 20/2007 também reconheceu direitos de natureza coletiva a tais trabalhadores, sendo o mais importante deles a possibilidade de celebração dos denominados “**acordos de interesse profissional**”. A principal diferença esta modalidade e os convênios coletivos é sua abrangência: enquanto estes se aplicam a todos os integrantes da categoria representada pelos sindicatos acordantes, aqueles apenas vinculam os trabalhadores que **expressarem seu consentimento**. Nesse sentido, de acordo com o art. 13 do ETA, para validade da negociação coletiva, o trabalhador deve consignar seu consentimento a um sindicato ou associação de trabalhadores cuja base territorial abranja o local de prestação de suas atividades; esse sindicato, então, negocia condições gerais de trabalho com uma ou mais empresas que tenham por costume a contratação de TRADE, passando o acordo a ter eficácia exclusivamente entre as partes contratantes.

Por seu turno, o ordenamento português foi um dos pioneiros a regulamentar o trabalho autônomo de segunda geração. A Lei do Contrato de Trabalho (LCT), de 1967, já consagrava referida espécie de prestação de serviços, ao referir-se aos “contratos equiparados”, posteriormente regulados pelo Código do Trabalho, de 2003. Na reforma de 2009, tais contratos passaram a ser denominados “situações equiparadas”.

Para António Monteiro Fernandes, são relações de trabalho formalmente autônomas. Porém, pela sua proximidade com o trabalho subordinado, há

necessidade de alguma proteção.³⁵ Ainda, na lição de Pedro Romano Martinez, está-se diante de trabalho com autonomia reduzida e ausência de subordinação jurídica, a despeito de haver certo controle da atividade do prestador.³⁶

Os direitos aplicáveis ao autônomo dependente, em Portugal, são, em síntese: normas relativas a direitos de personalidade; igualdade e não discriminação; segurança e saúde no trabalho; etc.

Na Alemanha, foi positivada a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente por meio da noção de *Arbeitnehmerähnliche Person* (pessoa assimilável ao trabalhador subordinado) ou *Arbeitnehmerähnliche Selbständige* (trabalhadores independentes assimilados ao trabalhador subordinado), expressamente positivada em 1974, na Lei de Negociação Coletiva (*Tarifvertragsgesetz – TVG*). A lei insere em tal categoria o trabalhador autônomo em domicílio e o agente comercial dependente de um único comitente, em rol meramente exemplificativo. Os direitos assegurados são os seguintes: tutela processual, legislação de seguridade social, direitos relacionados a férias, proteção do emprego, tutela do trabalho infantil, tutela contra assédio sexual no local de trabalho e contratação coletiva.

Também a Inglaterra reconheceu, em seu ordenamento jurídico, a categoria do trabalho autônomo economicamente dependente, exteriorizada na figura do *worker* ou *dependent self employed*, a quem são assegurados os seguintes direitos: salário mínimo, proteção contra a discriminação; duração do trabalho e feriados; saúde e segurança no trabalho.

6. Perspectivas do Direito do Trabalho: desinteresse pela *flexicurity* e afirmação do direito do trabalho em torno da dignidade do trabalhador: construindo a agenda do trabalho decente

³⁵ FERNANDES, António Monteiro. *Um direito do trabalho sobrevivente...* Op. cit., pp. 59-71.

³⁶ Explicação proferida em aula ministrada por Pedro Romano Martinez na disciplina “Reforma Trabalhista – A Experiência Portuguesa” (Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), em 22 de janeiro de 2009 na cidade de São Paulo.

Há perspectivas para o Direito do Trabalho e qual seu futuro? Sempre acreditamos que a crise atual é única, a mais grave e insuperável, quando a crise está na origem do próprio Direito do Trabalho, que sempre se supera com soluções criativas.

A própria Maria do Rosário Palma Ramalho, ao referir-se às diversas fases pelas quais passou o Direito do Trabalho, como da consolidação, até final dos anos 20; da publicização, com o término da Segunda Grande Guerra; e reprivatização e relançamento da área jurídica, entre os anos 50 e meados da década de 70, lembra que, a partir da década de 70, passou-se à fase de "crise do Direito do Trabalho", que perdura até hoje.³⁷

Crise indica ruptura no funcionamento de um determinado sistema, podendo ainda sugerir a revisão de valores e de princípios fundantes de uma determinada ciência. A expressão crise do Direito do Trabalho parece indicar mudança profunda ou revisitação das bases que deram sustentação e autonomia a essa nova ciência jurídica. Em outras palavras, parte-se do pressuposto de que certas bases sobre as quais se assentava determinado sistema, no caso o Direito do Trabalho, devem ser revistas, revisitadas, repensadas ou até abandonadas, em face das novas realidades e diferentes concepções de valores.

Assim, a legislação, doutrina e jurisprudência trabalhistas se veem “forçadas” a encontrar formas de adaptação às novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, políticas e culturais. É inconcebível manter-se alheio à nova realidade das relações sociais, mesmo porque se verifica “erosão da relação de trabalho normal” (*Aushölung des Normalarbeitsverhältnisses*), na expressão de Wolfgang Däubler.

Como acentuado, embora marcado pelo intervencionismo estatal, o Direito do Trabalho busca novas formas de regulamentação. Os novos paradigmas abrangem tanto a necessidade de menos legislação no campo das relações individuais de trabalho, principalmente no que concerne a trabalhadores diferenciados, quanto também, no plano das relações coletivas, maior participação dos atores sociais.

³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Op.cit, p.48.

Para esse processo, Gino Giugni utilizou a feliz expressão *re-regulamentação*.³⁸ Estar-se-ia diante da necessidade de reforma da legislação em busca de novos paradigmas. Menos corporativista e protecionista, além de mais coerente com os imperativos sociais: “*Uma desregulamentação que não visa criar um espaço vazio, mas uma esfera preenchida por normas que redirecionam o ordenamento jurídico democrático.*”³⁹

Por sua vez, na lição de U. ROMAGNOLI:

*“a desregulamentação comporta não tanto uma diminuição de regras quanto uma qualidade diferente das relações entre suas fontes, as quais - tornando disponível, derogável e flexível, o que o Direito do Trabalho tradicional tornou indisponível, inderrogável e rígido- se dispõe a escrever sua anti-história.”*⁴⁰

É fácil concluir que imperativos econômicos e pressões decorrentes da mundialização da economia exigem mudanças urgentes em nosso modelo de relações trabalhistas, atribuindo novas funções ao Direito do Trabalho.

O maior desafio é encontrar equilíbrio entre exigências de ordem econômica e dignidade do trabalhador: o aumento generalizado da informalidade, precarização das relações de trabalho e novas formas de agressão ao trabalhador, por força de políticas agressivas em ambiente de concorrência global, parece indicar que o jogo está perdido para o trabalhador. É fácil entender, nesse cenário, o repúdio generalizado à terceirização e toda forma de flexibilização, ferramentas tidas como de exploração desenfreada em nome do neoliberalismo. E isso porque sequer vivemos tempos de desemprego...

Não se consegue ir além dessa visão ideológica, descompromissada com soluções de compromisso com a sociedade. Qual o equilíbrio necessário entre flexibilização, em decorrência de imperativos de ordem econômica para manter a empresa competitiva no mercado global, e a necessária segurança ao

³⁸ GIUGNI, Gino. **Diritto Sindicale**. Bari: Caccuci, 1980.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2004, p.157.

⁴⁰ ROMAGNOLI, U. “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo,” *Reflexiones sobre el derecho del trabajo y la flexibilidad*, Instituto Peruano del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1994, p.80, citado por ARIGÓN, Mario Garmendia., op.cit , p.137.

trabalhador, especialmente quando desempregado e as políticas para sua reinserção no mundo do trabalho, é um debate não enfrentado adequadamente.

De acordo com Antoine Jeammaud⁴¹, houve reivindicações, por parte do patronato, por mais flexibilidade nas relações de trabalho, na década de 80, em especial no que se refere à jornada e repartição do tempo. Apesar da resistência tanto social quanto política, com reflexos no sucesso parcial de tais reivindicações, não se nega seu cunho neoliberal e o impacto positivo que “tais direitos sociais” provoca na economia. Na virada do século, continua o autor, outro tema surgiu no cenário europeu: como conciliar a flexibilização - pressionada pela concorrência global, em especial pela concorrência envolvendo países com baixo custo de mão de obra e pouco resistência à exploração, com “*a garantia de estabilidade de uma condição social decente*”, de modo a garantir renda nos momentos de desemprego ou novas colocações num cenário de organização produtiva flexível. O Livro Verde⁴² lançou as bases da *flexissegurança*, na tentativa de convencer os atores envolvidos e especialistas da área a respeito das vantagens às relações trabalhistas, com inspiração nos países nórdicos, especialmente Holanda e Dinamarca: tornar o regime de dispensa mais flexível com maior atenção às políticas voltadas à criação de emprego. Embora muito elogiado tal modelo, não se pode esquecer, como alerta Jeammaud, que a Dinamarca contava com pouco mais de 5 (cinco) milhões de habitantes.

O modelo proposto pelo Relatório Supiot, em 1999, foi mais agressivo – “convite para construção do chamado ‘*estado profissional das pessoas*’, caracterizado pelo reconhecimento concreto de *direitos sociais universais* e, para cada indivíduo, de ‘*direitos de saques sociais*’”⁴³. Assim, segundo Jeammaud, seria possível suportar as vicissitudes da carreira profissional por conta da maior flexibilidade das empresas, conciliando-a com reconversões profissionais com maior liberdade, consagrando-se outra forma de flexibilização, não da empresa, mas do trabalhador.

O debate em torno da *flexissegurança*, (*flexigurança*, *flexicurity*, *flexicurité*), foi pouco consistente, não se consolidando nenhuma orientação oficial aos países membros da União Europeia nem aos atores sociais. Suas ideias, no entanto, foram amplamente difundidas, como na França, onde sua mais

⁴¹ JEAMMAUD, Antoine. Flexissegurança. In Dicionário de Direito do Trabalho. PINTO, José Augusto Rodrigues; MARTINEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson, coordenadores. LTr. São Paulo, 2013, p. 208/209.

⁴² Publicado em 2006, pela Comissão europeia, sob o título: *Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*.

⁴³ *Idem, ib.*

importante organização dos trabalhadores, a CGT, reagiu duramente, clamando por uma “previdência social profissional”, num ambiente hostil de reestruturações e fechamento de empresas, dentro dos padrões da economia globalizada. Finalmente, em janeiro de 2008, foi firmado um “acordo nacional sobre a modernização do mercado do trabalho”, com programas de reformas levando em conta a lógica da *flexigurança*. Trata-se, no entanto, de solução duvidosa, segundo Jeammaud: esse modelo de evolução do direito social corresponde a “uma cama para dois sonhos”, na feliz expressão de François Gaudu. Isso porque, concluiu Antoine Jeammaud⁴⁴, se houve avanço da flexibilização da jornada de trabalho, rompeu-se a tendência de estabilizar o emprego, com avanço da precarização e empobrecimento do trabalhador e agravamento do desemprego, sendo a formação profissional com vistas à recolocação dos desempregados agora mais custosa que eficaz.

Por sua vez, o debate em torno da *flexigurança*, no Brasil, ainda é incipiente⁴⁵. Isso se deve em parte pela forte reação a qualquer proposta de viés “neoliberal” e, em parte, pelas diferenças de mercado de trabalho na Europa, em especial nos países nórdicos, em contraste com o que está ocorrendo, na atualidade, no Brasil, onde os desafios são diversos. A própria dimensão continental e o modelo que introduzimos - onde a precariedade das relações parece fazer parte do cenário cotidiano (apontado como “modelo brasileiro”, obviamente numa referência negativa e pejorativa), além de nosso sistema flexível de dispensa, já desde 1967, quando entrou em vigor o novo regime de livre dispensa – o FGTS, tornando quase bizantina essa questão.

Por outro lado, em relação a critérios para estabelecer fronteiras entre relações de emprego e outras relações de trabalho, ao contrário do que recomenda a OIT, nossa legislação é omissa. Assim, no campo da terceirização, tanto a doutrina sugere elementos de certa forma seguros para se apurar se os terceirizados são de fato empregados do tomador⁴⁶, quanto a jurisprudência consolidou orientação firme nesse sentido⁴⁷. Fora isso, o legislador se omite, afastando-se da Recomendação 198.

⁴⁴ *Idem, ib.*

⁴⁵ Ver nesse sentido, ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança – a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo. LTr, 2008. Conf., ainda, REZENDE Filho, Tabajara Medeiros de. *Do protecionismo do empregado à proteção do trabalhador: desafios da flexicurity*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2013.

⁴⁶ Assim, no processo de terceirização, quando há fraude, devendo o tomador dos serviços assumir como empregados diretos, conf., MANNRICH, Nelson. Aspectos da terceirização. Apresentação da Revista de Direito do Trabalho, da Editora dos Tribunais, ano 30, n.113, janeiro/março/2004.

⁴⁷ Conf. Súmula 331, do TST.

Em situações de dúvidas resultantes de determinada relação, se de emprego ou não, prevalece a relação de emprego, não apenas por omissão do legislador, como por simples apego a ideologias. Assim, há situações como do corretor de seguro, determinando expressamente a lei que não há vínculo de emprego (art. 17 da Lei nº 4594/64), sendo que diversas decisões reconhecem vínculo⁴⁸. O mesmo ocorre em relação ao representante comercial: a Lei 4.886/65 é clara ao reconhecer o trabalho autônomo do representante comercial, ainda que trabalhe para uma única empresa, critério desvirtuado pela Justiça do Trabalho para reconhecer o vínculo.⁴⁹ Quando há fraude, a solução acima está correta, não se admitindo simples presunção.

Melhor sorte não assiste ao contrato de empreitada, previsto pelos arts. 610 a 626 do Código Civil: embora seja sua característica essencial a ausência de subordinação⁵⁰, já que o empreiteiro não se sujeita a ordens diretas do tomador de serviços (dono da obra), há manifestações jurisprudenciais e doutrinárias favoráveis ao reconhecimento do vínculo empregatício em tais relações.⁵¹

Entretanto, o exemplo mais emblemático acerca da prevalência do critério ideológico se observa nos contratos com base no art. 129, da mencionada Lei nº 11.196/05. Como se sabe, de acordo com referido dispositivo, a contratação de serviços intelectuais sujeita-se à legislação própria das pessoas jurídicas, para fins fiscais e previdenciários.

O objetivo do legislador, com a vigência do art. 129, certamente não foi o de criar facilidades para as empresas, liberando-as do jugo da CLT nem dos encargos dela decorrentes. Igualmente, não se poderia apressadamente concluir que basta substituir empregados por pessoas jurídicas.

Ou seja, o art. 129 em nada modificou a legislação trabalhista, apenas facilitou tal modalidade de contratação, do ponto de vista fiscal, na tentativa de introduzir segurança jurídica naquelas relações contratuais passíveis de desconstituição

⁴⁸ TST, AIRR - 170340-96.2005.5.06.0005, 2ª Turma, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Publicação: 17-12-2010; TRT da 2ª Região, RO 00110200844102004, 9ª Turma, Relatora: Maria da Conceição Batista, Data de Publicação: 19-05-2010.

⁴⁹ TRT da 3ª Região, RO nº 01434-2002-016-03-00-6, 7ª Turma, Relator: Bolívar Viégas Peixoto, Data de publicação: 05-06-2003; TRT da 2ª Região, RO nº 20101160148, 4ª Turma, Relator: Paulo Augusto Camara, Data de publicação: 19-11-2010; TRT da 4ª Região, RO nº 0014300-07.2009.5.04.0004, 9ª Turma, Redator: Carmen Gonzalez, Data de publicação: 22-04-2010; TRT da 9ª Região, RO nº 04737-2008-195-09-00-3, 1ª Turma, Relator: Ubirajara Carlos Mendes, Data de publicação: 23-11-2010.

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed.. São Paulo: LTr, 2009, pp. 508-509.

⁵¹ SCHIAVI, Mauro. *O contrato de pequena empreitada previsto no artigo 652, a, III, da CLT e a competência da justiça do trabalho à luz da EC 45/04*. Disponível online em www.lacier.com.br/artigos/Pequena%20empreitada.doc, acesso em 26.08.2010, às 16h.

por auditores da Receita Federal, daí a crença até da desnecessidade do referido artigo, tanto que o próprio legislador antecipou-se em esclarecer que se destina a fins previdenciários e fiscais tão somente, não se estendendo seus efeitos à seara trabalhista.

É possível estabelecer nítida distinção entre determinados trabalhadores intelectuais e empregados em geral, pela sua relação de coordenação e autonomia. Em determinadas situações, próprias da prestação de certos serviços intelectuais, como se dá com artistas, por exemplo, além de sua ampla autonomia, o serviço que prestam é tão diferenciado que não se esgota a relação em simples contraprestação, pois encerram um complexo de relações a partir de seu talento, sua imagem e toda a estrutura que eles próprios mantêm para levar adiante tal desafio.

Na lição de Luiz Carlos Amorim Robortella e Antonio Galvão Peres, trabalhadores de extrema especialização e conhecimento não podem ser submetidos à homogeneidade da legislação trabalhista, especialmente porque “potencial ou efetivamente, aparecem também como empregadores ou tomadores de serviço, contratando e remunerando profissionais para a concretização de sua atividade empresarial”.⁵²

Ou seja, nem sempre é possível reduzir determinadas relações envolvendo trabalho intelectual a um contrato de trabalho, em face de um feixe de relações que o Direito do Trabalho não absorve na sua integralidade, como questões relacionadas a direitos autorais, direito de imagem, contratação de terceiros envolvidos nessa verdadeira estrutura empresarial. Ao contrário, a contratação tradicional apresentava-se insuficiente, impondo-se novo modelo, agora autorizado pelo art. 129, por meio de pessoa jurídica, segundo a apontada concepção mais moderna.

Entretanto, mesmo em situações adequadas para celebração de contratos por meio de pessoa jurídica, observam-se decisões partindo da presunção generalizada de fraude, não sendo raras as hipóteses de desconstituição do negócio jurídico sem maiores preocupações de forma e de fundo, mediante decretação da nulidade do contrato (nos termos do art. 9º da CLT) e o imediato reconhecimento do vínculo empregatício.⁵³

⁵² ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. Novas tendências do mercado de trabalho: crise do trabalho subordinado, crescimento do trabalho autônomo e de pessoas jurídicas. In ANAN Jr., Pedro e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas – aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Editora, 2008, p 131.

⁵³ TST, RR nº 554/2004-023-04-00.0, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Data de publicação: 09-03-07; TRT da 2ª Região, RO nº 02014200506702008, Relatora: Marta Casadei Momezzo, Data de publicação: 13-01-09.

Sem abandonar sua vocação natural, voltada à proteção do mais fraco, o Direito do Trabalho assumiu a função de organizar a produção, abrindo maior espaço à autonomia da vontade, com multiplicação dos contratos atípicos, ampliação do trabalho a tempo parcial e tendência à individualização das condições de trabalho. Concebeu a possibilidade de revisitação de seus paradigmas clássicos, permitindo que a tradicional dicotomia “trabalho autônomo x trabalho subordinado” fosse revista, para vislumbrar uma zona cinzenta caracterizada pelo trabalho autônomo dependente.

Assistimos ao fenômeno da revalorização do trabalho autônomo, mediante o retorno dos contratos civis de prestação de serviços, de empreitada e de fornecimento de bens e serviços em geral, que caracterizam a chamada terceirização. Nesse sentido, amplo espaço se abre às micro e pequenas empresas que passam a gravitar em torno de grandes corporações, mantendo cada unidade produtiva sua própria autonomia, no entrelaçamento de múltiplas relações, inclusive por conta do fenômeno da terceirização, sem que isso implique desvirtuamento do verdadeiro sentido do protecionismo.

Nesse contexto, as empresas buscam soluções diferenciadas para a melhor gestão de seu pessoal, passando pela modificação do sistema de pagamento de salários (mediante a implementação, por exemplo, de planos de bônus e de metas, de gratificações de produtividade e assiduidade, etc) e chegando à implementação ou mesmo reestruturação de seus quadros de carreira – até como forma de retenção de talentos, em um mercado que se mostra cada vez mais competitivo.

Ora, o Direito do Trabalho não pode se manter alheio a tais transformações. Espera-se desse ramo do direito a necessária adaptação às novas formas de gestão empresarial, como meio de adequar-se às realidades de um mercado que exige soluções criativas e inovadoras por parte das empresas, sob pena de os métodos de produção se tornarem obsoletos e à margem das transformações tecnológicas, políticas e sociais, num ambiente globalizado.

Como o empregado coloca sua energia pessoal a serviço da empresa, é natural esperar a efetividade de seus direitos. Uma legislação irracional, com dispositivos obsoletos, não interessa aos empregados nem às empresas, pois tira destas a competitividade no mercado global e dificulta a contratação de empregos formais, gerando insegurança, principalmente junto às pequenas empresas.

Em suma, a tutela ao trabalhador não deve ser extrema a ponto de desconsiderar os efetivos interesses deste, individualmente considerado. A autonomia da vontade, no Direito do Trabalho, não deve ser interpretada exclusivamente em seu viés coletivo, mas também em sua dimensão individual, para considerar que o trabalhador é pessoa capaz que, muitas vezes, não vê vantagem em submeter-se a legislação extremamente protecionista e que pode até mesmo engessar a forma de prestação de seus serviços.

Diante de tais considerações, é de se questionar: qual o futuro do contrato de trabalho? Para uns, cederá espaço ao contrato coletivo. Num modelo novo de relações trabalhistas, segundo alguns haverá o predomínio do legislado sobre o negociado. Por outro lado, por meio da negociação, os atores sociais recuperariam o espaço contratual invadido pelo Estado, sem abandono por parte deste de sua posição de protagonista e garantidor dos direitos fundamentais.

Para outros, ocorrerá reprivatização do contrato individual de trabalho. Nesse sentido, observa-se tendência de se imprimir ao contrato de trabalho novos contornos e novas funções. O contrato seria o instrumento adequado, no novo modelo de produção, numa sociedade de serviços e sob a influência das novas tecnologias da informação e comunicação, para adaptar-se sob medida à realidade de cada trabalhador.

Em tempos de mudanças, o contrato teria outro perfil. Assim, quanto à função – o trabalhador passaria a ser multifuncional; quanto ao salário, levar-se-ia em conta a produtividade, com tendências a ser variável e não fixo, transformando-se as bases tradicionais da equiparação salarial; por fim, quanto à duração, haveria preferência pelos contratos de prazo determinado.

Por fim, observa-se grande avanço na afirmação do direito do trabalho em torno da dignidade do trabalhador: o que está ocorrendo em relação ao assédio moral é exemplo disso, apenas para exemplificar. Tendo a Constituição da República, de 1988, colocado no centro das atenções o trabalhador e sua dignidade, observa-se verdadeira revolução nas relações de trabalho. De um lado, o trabalhador está consciente de sua dignidade e que, sendo ele a empresa, o sucesso desta depende de seu trabalho e de sua contribuição. Daí exigências não apenas em relação a salário, como a qualidade de vida e respeito pela sua integridade física e moral. De outro, a empresa vem

mudando seu comportamento, o que se exterioriza em sua missão e em seus valores, além de mudanças profundas em seu códigos de conduta.

Tal mudança ocorre na esteira da construção do chamado trabalho decente. Nesse cenário, observa-se convergência de quatro objetivos estratégicos: promoção dos direitos fundamentais no trabalho; geração de mais e melhores empregos, tanto para homens, quanto para mulheres; garantia da proteção social; diálogo social.

A implantação do trabalho decente depende da cultura generalizada do efetivo respeito ao trabalhador como ser humano e cidadão, bem como da superação de toda forma de pobreza, com redução de desigualdades sociais e construção da cidadania nos locais de trabalho.

Ao mesmo tempo em que a OIT inovou, apresentando nova perspectiva para o mundo do trabalho, acabou revisitando antigos conceitos sobre condições mínimas de trabalho e reafirmando sua missão institucional e justificativa de sua atuação.

No conceito de trabalho decente, a OIT retoma suas diretrizes e princípios, lançados a partir de 1919, e reafirmados após a Segunda Grande Guerra Mundial e mantidos ao longo de quase um século. O princípio segundo o qual “trabalho não é mercadoria” sempre teve destaque e grande impacto, mas, agora renasce e retoma seu pleno vigor com outras perspectivas.

Conclusões

Ao se examinar a CLT, ao longo desses 70 anos, é fácil reconhecer na sua base a dupla marca progressista e autoritária, contradição até hoje refletida em nosso ordenamento jurídico. Em consequência, apesar das transformações do direito do trabalho por pressões de ordem econômica e exigências envolvendo dignidade do trabalhador, assiste-se ao esgotamento de um modelo sem respostas à grave situação que se encontra na base das relações de trabalho.

A informalidade e todo tipo de precarização das condições de trabalho, com acusações sérias de trabalho escravo por conta de condições degradantes

de trabalho ou jornadas excessivas, não corresponde a quadro que surgiu de uma hora para outra, embora venha se agravando.

Há décadas assiste-se a acusações de parte a parte sem que se consiga propor uma agenda de reconstrução do direito do trabalho, compromissada mais com a sociedade, livre do jugo das ideologias. Em outras palavras, não conseguimos avançar, no sentido de fortalecer as empresas e sua livre iniciativa, sem prejuízo de se colocar o trabalhador e sua dignidade como razão de ser de todo progresso que queremos construir. É urgente um pacto de governabilidade das relações trabalhistas; até lá, certamente o trabalhador continuará perdendo.

Autores consultados e/ou referidos

ABRANTES, José João. *O direito laboral face aos novos modelos de prestação de trabalho*. In **IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2002.

----- **Direito do Trabalho – ensaios**. Lisboa: Cosmos, 1995.

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

BULGUERONI, Renata Orsi. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 10^a ed. LTr, 2011.

FERNÁNDEZ, M^a Luz e FERREIRO REGUEIRO, Consuelo (direc.). **Trabajadores Autónomos**. Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

GALANTINO, Luisa. **Diritto del lavoro**. 14^a Ed. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GIUGNI, Gino. **Diritto Sindicale**. Bari: Caccuci, 1980.

JEAMMAUD, Antoine. Flessissegurança. *In* Dicionário de Direito do Trabalho. PINTO, José Augusto Rodrigues;

MARTINEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson, coordenadores. LTr. São Paulo, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno. Primeiras Lições de Direito do Trabalho, 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MANNRICH, Nelson. Aspectos da terceirização. Apresentação da Revista de Direito do Trabalho, da Editora dos Tribunais, ano 30, n.113, janeiro/março/2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed.. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

-----. Direito do Trabalho, 2ª. Ed. Coimbra, Almedina, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2004.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. **El trabajo subordinado como tipo contractual**. *In Documentación Laboral*, nº 39, 1993.

PERULLI, Adalberto. **La regolazione del lavoro parasubordinato**. *In* PERULLI, Adalberto (a cura di). Le riforme del lavoro – dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare. Matelica: Halley Editrice, 2007.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho, Parte II. Coimbra, Almedina, 2006.

-----. **Direito do Trabalho - Parte I. Dogmática geral**. Coimbra, Almedina, 2005.

REZENDE Filho, Tabajara Medeiros de. Do protecionismo do empregado à proteção do trabalhador: desafios da *flexicurity*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2013.

ROBORTELLA, Luiz Carlos A.; Moderno Direito do Trabalho. São Paulo, LTr.,1994.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. Novas tendências do mercado de trabalho: crise do trabalho subordinado, crescimento do trabalho autônomo e de pessoas jurídicas. *In* ANAN Jr., Pedro e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). Prestação de serviços intelectuais por pessoas jurídicas – aspectos legais, econômicos e tributários. São Paulo: MP Editora.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª Luz. *Algunas claves políticas de la ley del estatuto del trabajo autónomo*. *In* RODRÍGUEZ

ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança* – a reforma do mercado de trabalho. São Paulo, LTr, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. Curitiba, Juruá, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Um novo critério de aplicação do direito do trabalho: a parassubordinação.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 27, n. 103, jul/set. 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. A Consolidação das Leis do Trabalho Histórica. São Paulo, LTr.