

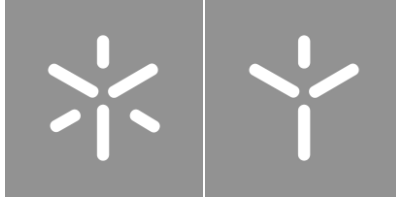


Guilherme Rafael Volkmann

Contrato de trabalho 4.0
Os elementos do vínculo empregatício frente às sucessivas revoluções industriais

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho

Escola de Direito

Guilherme Rafael Volkmann

Contrato de trabalho 4.0

Os elementos do vínculo empregatício frente às
sucessivas revoluções industriais

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição

CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Agradecimentos e dedicatórias

Às minhas filhas, por me fazerem ver o mundo por novos olhos.

À minha esposa, por sua paciência com os meus tempos escassos.

À minha mãe, por semear em mim a dúvida, de que brota a curiosidade.

Aos trabalhadores do mundo, por tudo o que fazem pelo bem de todos nós.

Muito obrigado.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Contrato de trabalho 4.0: Os elementos do vínculo empregatício frente às sucessivas revoluções industriais

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto as características distintivas do contrato de trabalho, tendo como pano de fundo a evolução das relações de trabalho desde a gênese ao Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito, até aos dias de hoje, em que as inovações trazidas pela “Revolução Industrial 4.0” desafiam os conceitos básicos sobre os quais foram erigidas as garantias legais e constitucionais trabalhistas. O estudo começa pela análise da principiologia específica do Direito do Trabalho, em que se identifica o postulado normativo da primazia da realidade, a orientar a aplicação das normas justralhistas às situações relacionais que ostentem as características peculiares que justificam a sua incidência, mesmo em detrimento das declarações de vontade das partes em sentido contrário. São examinados, então, os principais elementos característicos do contrato de trabalho como propostos, ao longo do tempo, pela legislação, jurisprudência e doutrina, a começar pela dependência econômica do trabalhador em relação ao empregador, conceito que, embora apanhe a realidade social de desigualdade entre as partes que a legislação trabalhista vem compensar, falha por desviar o enfoque da conceituação para as condições pessoais do trabalhador. De seguida, a dissertação ocupa-se da característica da subordinação, tendo em conta evolução desse conceito desde as noções de dependência pessoal — ligadas à ideia de que o trabalho é inseparável da pessoa do trabalhador, que, portanto, integra o objeto do contrato de trabalho, submetendo-se, por isso, aos poderes de direção, disciplina e normatização da relação contratual encabeçados pelo empregador —, passando-se, então, à noção da subordinação estrutural — dada pela integração do trabalhador no organismo da empresa, como membro de uma comunidade de trabalho —, e chegando-se, por fim, à noção da subordinação objetiva — assentada na ideia de que apenas o trabalho é objeto do contrato, e que, portanto, é a integração do trabalho na atividade econômica explorada pela empresa o que caracteriza a subordinação típica do vínculo empregatício. O terceiro elemento característico estudado é a *ajenidad* (ou alienação), proposto tendo em vista a apropriação original pelo empregador dos frutos (lucros e riscos) do trabalho, já enquanto são produzidos, pelo que se diz que o trabalho é prestado por conta alheia, em oposição ao trabalho prestado por conta própria. Por fim, são examinadas as proposições acerca de elementos supostamente descaracterizadores do vínculo em estudo, vislumbrados na impessoalidade, na gratuidade e na eventualidade da prestação — os quais, porém, não são aptos a desqualificar o contrato de trabalho quando estão mesmo presentes seus elementos característicos.

Palavras-chaves: conceituação; contrato de trabalho; elementos característicos; subordinação.

Employment contract 4.0: The elements of the employment relationship in the face of the successive industrial revolutions

ABSTRACT

The object of this dissertation is the distinctive characteristics of the employment contract, having as a background the evolution of labour relations since the rise to Labour Law as a autonomous branch of Law, until the present day, in which the innovations brought by the “Industrial Revolution 4.0” challenge the basic concepts on which the legal and constitutional guarantees regarding labour were built. The study begins with the analysis of the specific principles of Labour Law, in which the normative postulate of the primacy of reality is identified, guiding the application of labour laws to relational situations that bear the peculiar characteristics that justify their incidence, even in spite of the parties' declarations of will to the contrary. The main characteristic elements of the employment contract are then examined as proposed, over time, by legislation, jurisprudence and doctrine, starting with the economic dependence of the worker in relation to the employer, a concept that, although captures the social reality of inequality between the parties that the labour legislation comes to compensate, fails for shifting the focus of the conceptualisation to the worker's personal conditions. Then, the dissertation deals with the characteristic of subordination, taking into account the evolution of this concept from the notions of personal dependence — linked to the idea that work is inseparable from the person of the worker, which, therefore, integrates the object of the contract of employment, submitting himself, therefore, to the powers of direction, discipline and regulation of the contractual relationship headed by the employer —, passing, then, to the notion of structural subordination — given by the integration of the worker in the company's organism, as a member of a community of work — and finally arriving at the notion of objective subordination — based on the idea that only the work itself is the object of the contract, and that, therefore, it is the integration of work in the economic activity exploited by the company what characterises the typical subordination of the employment relationship. The third characteristic element studied is *ajenidad* (or alienation), proposed due to the original appropriation by the employer of the fruits (profits and risks) of the work, just as they are produced, for what it is said that the work is done on behalf of others, as opposed to the work done on the worker's own. Finally, propositions about elements supposedly decharacterising the relationship under study are examined, envisioned in the impersonality, in the gratuitousness and in the eventuality of the work — which, however, are not able to disqualify the employment contract when its characteristic elements are in fact present.

Keywords: conceptualisation; characteristic elements; employment contract; subordination.

ÍNDICE

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS	ii
Agradecimentos e dedicatórias	iii
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE	iv
RESUMO	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
1. Introdução	1
2. O postulado normativo da primazia da realidade sobre a forma	3
3. Os elementos característicos do contrato de trabalho.....	6
3.1. Da dependência econômica.....	10
3.2. Da subordinação.....	16
3.2.1. Teoria da instituição, teoria contratual da subordinação e subordinação jurídica .	16
3.2.2. A subordinação como dependência pessoal	24
3.2.3. Subordinação estrutural	63
3.2.4. Subordinação objetiva	77
3.3. <i>Ajenidad</i> ou alienação.....	90
4. Elementos descaracterizadores do contrato de trabalho	99
4.1. Impessoalidade.....	100
4.2. Gratuidade	104
4.3. Eventualidade	108
5. Conclusões.....	112
6. Bibliografia.....	115

1. Introdução

O contrato de trabalho rege uma das relações jurídicas mais importantes para o funcionamento da sociedade atualmente. De fato, é indubitável que a maioria das pessoas em idade ocupacional acorda pela manhã para cumprir as obrigações decorrentes de um contrato de trabalho¹, pelo que há de se reconhecer que essa figura jurídica encontra-se no centro do conflito de classes (latente ou não), como instrumento da realização da paz social no contexto de uma sociedade dividida entre uma ampla maioria de pessoas que entrega sua força de trabalho em troca de salário, e uma minoria que toma esse trabalho para dele tirar proveito econômico. Nesse cenário, a subscrição de um contrato, como sustentáculo de declarações concordantes ante interesses contrapostos², encontra balizas na lei, que, por isso mesmo, estreita a autonomia da vontade das partes para estabelecer condições mínimas de trabalho sobre as quais as partes não podem dispor. Aliás, algumas das garantias trabalhistas, como a proibição da dispensa sem justa causa, os limites de carga horária de trabalho e as férias remuneradas, estão contemplados na própria Constituição da República Portuguesa (arts. 53º e 59º, n.º 1, alínea d), assim como na Constituição da República Federativa do Brasil, (art. 7º, I, XIII e XVII).

Esse estreitamento da autonomia da vontade diz não apenas com as cláusulas do contrato de trabalho, mas alcança a sua própria formação, que tampouco está à disposição das partes: em se tratando de relação de trabalho com os caracteres específicos do vínculo empregatício, é tido como existente um contrato de trabalho, com todas as implicações legais, independentemente da assinatura de um instrumento escrito formal, e sem embargo até mesmo da assinatura de algum outro contrato pelo qual se pretenda atribuir natureza jurídica diversa à relação entabulada pelas partes. Conquanto os direitos trabalhistas garantidos na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira dependam da caracterização do contrato de trabalho, os seus caracteres definidores não estão ali dispostos, mas são encontrados na legislação infraconstitucional — em específico, nos arts. 11º e 12º do Código do Trabalho português, e nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, a partir dos quais se deduzem tradicionalmente as características da subordinação, dada pela sujeição ao poder diretivo do tomador ou pela integração do trabalho prestado na atividade empreendida pelo empregador, e correspondente onerosidade da relação pessoal de prestação de trabalho que toca ao Direito do Trabalho.

¹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*. 30e éd.. Paris : Dalloz, 2015, p. 01.

² MELGAR, Alfredo Montoya – *Derecho del Trabajo*. 31.ª ed.. Madrid : Editorial Tecnos, 2010, pp. 267-268.

A evolução da sociedade e, com ela, das relações de trabalho, no entanto, desafia o entendimento da relação de emprego em função de seus elementos característicos, tal como compreendidos pela doutrina e pela jurisprudência e encapsulados pela Lei. Ilustra bem esse problema a ampliação da “terceirização” de serviços admitida pela Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil, para abranger inclusive trabalhos pertinentes às atividades-fins das empresas, com o que se relativiza (ou se pretende relativizar) o significado da subordinação jurídica no sentido de integração da atividade do trabalhador nas atividades econômicas empreendidas pelo tomador do trabalho, por conta da interposição de uma empresa de prestação de serviços entre o trabalhador e a empresa tomadora do trabalho. Da mesma forma, e em todo lado, com o desenvolvimento da tecnologia da informação e dos meios telemáticos proporcionados pelo que vem sendo definido como a Revolução Industrial 4.0 — associado ou não a circunstâncias extraordinárias como a vivenciada nos últimos tempos sob o isolamento social necessário à prevenção da expansão da pandemia da COVID-19 —, proliferam as situações de teletrabalho, nas quais, da mesma forma, por conta da distância física entre o trabalhador e a chefia, se anuvia o conceito de subordinação na acepção de sujeição às instruções e ordens do empregador na definição dos modos pelos quais o trabalho há de ser executado, ainda que o trabalhador fique alheio ao resultado econômico do trabalho que executa.

O presente estudo dedica-se a observar o tratamento legal e doutrinário em diferentes países, em especial no Brasil e em Portugal, e ao longo da formação do Direito do Trabalho como disciplina autônoma, do que diz respeito à caracterização e identificação do contrato de trabalho, a fim de estender as garantias protetivas do Direito do Trabalho aos trabalhadores que, por sua posição de desvantagem social, se sujeitam às condições contratuais impostas pelo tomador do trabalho, a partir da noção de que esses conceitos jurídicos precisam ser continuamente reconstruídos para acompanhar a constante evolução das relações sociais, e, em especial, das relações de trabalho, assegurando a tangência da proteção oferecida por esse ramo do direito às situações de vulnerabilidade social que invocam essa proteção.

2. O postulado normativo da primazia da realidade sobre a forma

Em Teoria dos Princípios³, Humberto Bergmann Ávila, inspirado nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, na busca por uma classificação das normas jurídicas que permita antecipar as características de cada espécie normativa e facilitar o processo argumentativo, tendo como critério tanto o modo como a norma prescreve o comportamento a ser adotado quanto a forma de justificação da sua aplicação, encontra três espécies normativas essencialmente diferentes, a saber: as “regras”, os “princípios” e uma terceira espécie a que denomina de “postulados normativos”. Assim, para o autor, como “regras” podem ser identificadas as normas que se dedicam a condicionar condutas mais ou menos específicas ao definir as suas respectivas consequências jurídicas, exigindo para isso uma avaliação de correspondência entre os fatos e a hipótese jurídica nelas descritas; por sua vez, os “princípios”, com pretensão de complementariedade e supondo uma avaliação da correlação entre o estado ideal das coisas e os efeitos decorrentes da conduta necessária para alcançá-lo, atribuem sentido de finalidade ao corpo normativo; e, por fim, os “postulados normativos” dizem respeito à própria estrutura de aplicação das demais normas. Segundo o autor, diferentemente das regras e princípios, os postulados normativos não condicionam condutas, nem estabelecem as finalidades do Direito, mas funcionam como *normas de segundo grau* – ou metanormas –, ao estabelecerem condições essenciais de conhecimento e aplicação do direito, sendo-lhes exemplos o postulado normativo da proporcionalidade, usualmente designado por “princípio” da proporcionalidade, que opera na resolução de conflitos aparentes entre princípios jurídicos, e o postulado normativo da razoabilidade, que recorre à lógica da equidade e congruência na aplicação do direito às particularidades do caso concreto.

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina um tipo específico de relação de trabalho e, como tal, é composto de regras, princípios e postulados normativos. Além dos princípios gerais do Direito, também aqui vigentes, a identificação de princípios próprios do Direito do Trabalho é parte do que confere autonomia a essa disciplina⁴, na qual se aninham, nomeadamente, os princípios da proteção, da norma mais benéfica, da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da

³ ÁVILA, Humberto Bergmann – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ª ed.. São Paulo : Malheiros, 2009), *passim*.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*. 16.ª ed.. São Paulo : LTr, 2017, p. 72.

intangibilidade salarial, da primazia da realidade sobre a forma, da continuidade da relação de emprego⁵.

Entre esses princípios específicos justralhistas, o princípio da proteção é o princípio fundamental do Direito do Trabalho e seu paradigma tradicional⁶, e, nessa condição, assume o protagonismo da atuação compensatória desse ramo do Direito sobre uma relação social marcada pela desigualdade original dos sujeitos⁷, dada especificamente pela desproporcionalidade do poder de fato entre o trabalhador e o tomador do trabalho. A aplicação do princípio da proteção faz superar, em grande medida, as noções civilistas fundamentadas de um modo geral na liberdade contratual e na pressuposta paridade entre as partes contratantes: o princípio da proteção rege a formulação de vantagens jurídicas com o objetivo de retificar a posição de desvantagem em que a desigualdade social presumidamente coloca o trabalhador⁸, que, como regra, depende do emprego em uma maior medida do que do seu trabalho depende o empregador. O estado ideal de coisas visado pelo princípio da proteção, portanto, está na equalização do poder econômico do empregador com as garantias jurídicas alcançadas ao empregado, a fim de encontrar um equilíbrio negocial, o que se concretiza inclusive pela função desse princípio de orientar a produção legislativa a fim de incrementar os patamares de tutela do trabalhador e de universalizar progressivamente a proteção laboral⁹. Por essa perspectiva, muitos dos demais princípios justralhistas podem ser vistos como desdobramentos do princípio da proteção, porque, de um modo geral, constituem instrumentos jurídicos com vetor de aplicação inverso ao vetor de potestade característico dessa relação social em particular. Nesse sentido, como já tivemos oportunidade de analisar¹⁰, o postulado da norma mais favorável, em derivação do princípio da proteção, informa algo como uma cogência unidirecional¹¹ das normas jurídicas tocantes às relações de trabalho, ao mesmo tempo garantindo em caráter imperativo as condições contratuais mínimas e permitindo a sua ampliação, condicionada axiologicamente ao favorecimento das condições para o empregado, isto é, atribuindo a determinadas normas jurídicas a propriedade de ser cogente para as condições contratuais mínimas a serem oferecidas ao trabalhador e, ao mesmo tempo, dispositivas para o efeito de admitir a incorporação de condições mais favoráveis. O postulado normativo do 'favor laboratoris', ao ocupar posição nuclear no Direito do Trabalho, informa o seu caráter protetivo e compensador da assimetria da relação laboral, com função tuitiva do trabalhador assalariado,

⁵ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 213-227.

⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*. 4.ª ed.. Coimbra : Almedina, 2015, p. 59

⁷ FERNANDES, António Monteiro, – *Direito do trabalho*. 18.ª ed . Coimbra : Almedina, 2017, p. 29.

⁸ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 213-214.

⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 59-60.

¹⁰ VOLKMANN, Guilherme Rafael. – *Contrato de Emprego Público*. [eBook Kindle]. Brasil : [autopublicado], 2013, posição 421.

¹¹ Cf. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson – *Curso de Direito do Trabalho*. 18.ª ed.. Rio de Janeiro : Forense, 2008, pp. 31-322.

cumprida mediante normas legais de natureza relativamente imperativa, a consagrar garantias mínimas que podem ser reforçadas por normas coletivas, e constitui ao mesmo tempo técnica de resolução de conflitos a ser articulada com a prevalência hierárquica, a fim de permitir que as normas convencionais se afastem da lei apenas ‘in melius’, não ‘in pejus’, do ponto de vista do trabalhador¹². Com isso se conhece, no seio do Direito do Trabalho, uma espécie peculiar de solução de antinomias, segundo a qual a hierarquia das normas jurídicas se estabelece sob uma perspectiva teleológica¹³. Xavier destaca que a hierarquia da regulação dos contratos individuais de trabalho é, em regra, unidirecional, voltada a estabelecer padrões mínimos em benefício do trabalhador, admitindo a introdução de regras ainda mais benéficas por veículos normativos de ordem hierárquica inferior, com carácter de injuntividade unidirecional¹⁴. O contrato de trabalho é pressuposto de aplicação direta das normas de Direito do Trabalho; é “o título necessário para tutela e protecção dos trabalhadores”¹⁵. Como tal, a qualificação jurídica do regime do contrato de trabalho se dá por normas de ordem pública, que não estão à disposição das partes — o que a doutrina italiana trata como indisponibilidade do tipo — havendo de prevalecer o princípio da realidade¹⁶.

Dito isso, é de notar que o princípio, ou, mais precisamente, o postulado normativo da primazia da realidade sobre a forma, conquanto possa ser percebido como uma derivação do princípio da protecção, constitui a via de entrada para a aplicação do sistema de garantias inerente ao Direito do Trabalho, aí incluído o próprio princípio da protecção, no quanto depende da constatação da existência do vínculo empregatício. O postulado da primazia da realidade é uma extrapolação do preceito oriundo do Direito Civil que dita a prevalência da intenção dos agentes em detrimento do que consta estritamente do instrumento formalizado entre eles, e sustenta o exame do que é efetivamente praticado pelas partes na execução do contrato, e não apenas para interpretar a extensão das obrigações recíprocas dele oriundas, mas também para definir a natureza em si da relação jurídica a ele subjacente¹⁷. Não obstante, ao passo em que no âmbito do Direito Civil tome-se em maior conta a intenção dos agentes do que ao sentido literal da linguagem adotada nas declarações de vontade, como explicitam o art. 112 do Código Civil Brasileiro e o art. 236.º do Código Civil Português, já no âmbito do Direito do Trabalho não é bem a intenção o que prepondera, visto que a posição socialmente desigual das partes desde as negociações que precedem a formação do contrato de trabalho tolhem a

¹² AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*. 3.ª ed.. Coimbra : Almedina, 2019, pp. 33-34

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed.. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 518.

¹⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*. 2.ª ed. rev. e actualizada. Lisboa : Verbo, 2014, pp. 294-295.

¹⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 351.

¹⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 352-355.

¹⁷ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 223-224.

liberdade material — mesmo que não a liberdade formal — do trabalhador para externar verdadeiramente as suas intenções na conformação do negócio jurídico em função do qual se obrigará a entregar a sua força de trabalho em troca de dinheiro: o potencial desequilíbrio negocial entre aquele que se oferece para prestar uma atividade e o que pretende dela se beneficiar torna imperioso controlar a qualificação do negócio jurídico, para evitar que as partes — especialmente o empregador — se furtem à aplicação das regras imperativas em matéria laboral¹⁸, bem como que se instale o que João Leal Amado chama de “ditadura contratual” em prejuízo da parte mais vulnerável da relação de trabalho cuja proteção é a função primacial do Direito do Trabalho¹⁹.

Assim, no âmbito do Direito do Trabalho, a primazia da realidade sobre a forma se especializa por oferecer a possibilidade de se detectar a existência de uma relação de trabalho não em conta da intenção dos agentes, mas pelas características intrínsecas à relação de trabalho empregado, em detrimento de qualquer ajuste formal entabulado pelas partes, intencionalmente ou não, para com isso admitir a aplicação das regras protetivas que estão na essência desse ramo jurídico. Trata-se de reconhecer, na sua formação, a relação jurídica em que o trabalhador ingressa como parte hipossuficiente, a qual por isso mesmo demanda desde logo a atuação protetiva do Direito do Trabalho, à distinção das relações de prestação de serviços autônomos, em que as partes ingressam em condições de relativa igualdade material, e que, portanto, têm, de ambos os lados, maiores condições de conformar o contrato às suas legítimas intenções.

O que caracteriza essencialmente a relação de trabalho empregado, senão a intenção dos agentes, para dar aplicação ao postulado normativo da primazia da realidade sobre a forma, é objeto de imensos estudos e discussões, com certa convergência em torno da subordinação jurídica, a isso se somando, já com mais dissenso, os elementos da onerosidade, pessoalidade, não eventualidade²⁰, alienação, etc.. Essas características serão estudadas com pormenor nos capítulos a seguir.

3. Os elementos característicos do contrato de trabalho

Para dar primazia à realidade, em detrimento dos instrumentos escritos e assinados pelas partes, ante uma relação fática de trabalho, é preciso conhecer os elementos característicos desse fato social, assim entendidos aqueles que permitam distingui-lo de outros fatos sociais, não apanhados pelo Direito do Trabalho. Desde logo, nota-se que se trata de um fato relacional para o qual convergem as

¹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*. 6ª ed . Coimbra : Almedina, 2013. (pág. 319 da 5ª ed.)

¹⁹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 15.

vontades livres dos contratantes. Da perspectiva do direito, é, portanto, um negócio jurídico, cujo objeto central é a prestação de um fazer, ou, mais precisamente, a prestação de um trabalho, de uma parte a outra, que, em retribuição, se obriga ao pagamento de uma soma em dinheiro, o que pode ser visto como a dimensão objetiva da relação de trabalho²¹. Essas características iniciais, no entanto, descrevem um universo muito amplo de negócios jurídicos, envolvendo as relações jurídicas acolhidas pelo Direito do Trabalho e, ao mesmo tempo, relações jurídicas regidas por outros ramos do Direito: podem ser assim descritas a relação entre o operário e a indústria para a qual presta o seu trabalho de segunda-feira a sábado, por oito horas diárias; ou entre o pedreiro e a construtora em nome da qual levanta as paredes de um prédio; mas também se descrevem com essas características a relação entre o arquiteto e o proprietário de um apartamento, que o contrata para reformá-lo (remodelá-lo); ou entre o dentista e o paciente; entre a manicure e o cliente; entre o taxista e o passageiro; entre os atendentes e cozinheiros do restaurante e o consumidor; entre o tabelião e o cidadão que solicita a autenticação de um documento; entre o agente policial e o Estado; e assim por diante.

Naturalmente, em se tratando de um regime legal especializado cuja incidência se sobrepõe à manifestação de vontade das partes documentada em contrato escrito, a compreensão das características definidoras haveria de começar pela análise das hipóteses legais de incidência do regime. Nesse sentido, Oronzo Mazzotta põe-se a examinar a definição legal de trabalhador subordinado no Código Civil italiano, cujos elementos essenciais, ali dispostos, seriam (a) a colaboração na empresa, (b) a dependência em relação ao empreendedor e (c) a heterodireção²². Segundo o autor, a colaboração não é, contudo, uma característica exclusiva do trabalho subordinado, mas pode ocorrer independentemente da natureza da relação existente entre as partes²³. Da mesma forma, a heterodeterminação também se manifesta pelo poder do credor de endereçar a prestação de trabalho do devedor à satisfação do seu próprio interesse no âmbito das relações de trabalho autônomo, assim como pode esvanecer na relação de trabalho subordinado, como no caso dos gerentes²⁴. Quanto à dependência, parte da doutrina a entende com um viés socioeconômico, como resultante da carência do trabalhador de meios de produção, que o faz colocar sua energia laborativa à disposição do empregador — a que se pode objetar que dá conta da razão da proteção oferecida pelo legislador ao trabalhador dependente, mas não constitui um elemento explorável para o fins

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 313.

²¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 336.

²² MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*. 3.ª ed. [S.l.] : Wolters Kluwer Italia, 2014, p. 177.

²³ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 177.

²⁴ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 178.

interpretativos e sobretudo de seleção²⁵. Em síntese, conclui Mazzotta, os elementos legais não têm qualidade definidora da subordinação, seja porque ligados a modos de ser de relações de trabalho hoje superadas, ou porque comuns a outros contratos, ou porque exorbitam os dados jurídicos e remetem diretamente à realidade social a definição dos elementos de distinção²⁶.

O Código do Trabalho português, no seu art. 11.º, define o contrato de trabalho como “aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”. No art. 12.º, são elencados indícios da existência de contrato de trabalho, cuja constatação, quando plural, faz presumi-la, estando aí compreendidos a determinação do local de prestação dos serviços ou o fornecimento das ferramentas de trabalho pelo tomador, o controle de jornadas, a periodicidade da remuneração, ou o desempenho, pelo empregado, de funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa. A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, de outro lado, nos seus arts. 2.º e 3.º, considera “empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, e empregado, “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Esses conceitos legais, para além de dependerem de interpretação, são, entretanto, por vezes estreitados por outros dispositivos legais, como, no caso brasileiro, pela Lei nº 6.019/74, com as alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista de 2013, que passou a admitir a tomada de serviços de terceiros para a execução das atividades-fins, assim entendidas as que integram os objetivos sociais da tomadora; ou, no caso português, pelo 10.º do próprio Código do Trabalho, que trata do trabalhador autônomo economicamente dependente do tomador, cuja relação com o tomador do trabalho escapa, portanto, ao que é legalmente definido como contrato de trabalho, ainda que lhe sejam estendidas as garantias tocantes a essa espécie contratual, atinentes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho — e são também por vezes ampliados pela legislação esparsa, como, no Brasil, pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, e, em Portugal, pelo Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de outubro, ambos a tratar do contrato de trabalho doméstico, conquanto em ambos os casos disso resulte a aplicação de um regime jurídico ainda mais específico dentro da disciplina juslaboral.

Sem embargo, tanto no Brasil como em Portugal, parte das garantias trabalhistas encontra abrigo nos respectivos textos constitucionais; o bloco constitucional do trabalho contém princípios

²⁵ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 178.

²⁶ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 178.

básicos, direitos e garantias trabalhistas e, ao mesmo tempo, como norma primária sobre a produção das normas, a Constituição dispõe sobre a competência legislativa em matéria de Direito do Trabalho, garantindo, no caso português, a participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais no processo legislativo²⁷, e assegurando, no caso brasileiro, a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria. Assim como as garantias trabalhistas de base legal, a incidência do regime jurídico trabalhista de sede constitucional depende da caracterização do contrato de trabalho, e, portanto, da definição de seus elementos caracterizadores. Se o conceito de contrato de trabalho, no entanto, tem importância constitucional, então é preciso reconhecer que o seu significado não pode ser manipulado pela legislação infraconstitucional, sob o risco de sujeitar o âmbito de aplicação das garantias constitucionais à vontade do legislador. De fato, se o conceito de contrato de trabalho pudesse ser fixado em lei, hipoteticamente haver-se-ia de admitir que somente tivessem direito à segurança no emprego e às férias remuneradas os operários das indústrias têxteis, se com base nas características específicas dessa relação de trabalho o legislador entendesse por definir o contrato de trabalho, assim excluindo todos os demais trabalhadores da proteção oferecida pelas normas trabalhistas, e mesmo as dispostas na Constituição. Sobre isso, Canotilho e Vital Moreira defendem que,

“quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer, ‘constitucionalizado’, deixando de estar à disposição do legislador. Por exemplo, se o conceito de ‘pena maior’ foi recebido na Constituição (cfr. Art. 27.º-3/a) com um certo sentido, não pode a lei vir alterar o conceito, de modo a modificar significativamente o sentido do preceito constitucional”²⁸.

Isso não significa que as características do contrato de trabalho estejam definidas na Constituição — aliás, esses mesmos autores reconhecem que de fato na Constituição portuguesa não estão definidas essas características²⁹, e o mesmo pode ser dito da Constituição brasileira. Significa apenas que, pelo emprego constitucional do conceito de contrato de trabalho, a definição dos elementos característicos dessa relação jurídica em especial, seja como objeto de lei, estudo doutrinário ou precedente jurisprudencial, mesmo com recurso ao conceito jurídico comum, não escapa ao escrutínio de sua compatibilidade com o escopo das garantias constitucionais de natureza trabalhista cuja incidência depende desse conceito³⁰.

²⁷ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, pp. 42-46.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes ; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa : anotada. 1.º vol. 2ª ed. rev. ampliada* . Coimbra : Coimbra Editora, 1984, p. 47.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes ; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa : anotada. 1.º vol.*, p. 290.

³⁰ *Idem, ibidem*.

A falta de definição, no próprio texto da Constituição, do que caracteriza o contrato de trabalho, a delimitar o âmbito de aplicação das garantias trabalhistas ali previstas, contudo, pode ser oportuna ao desenvolvimento conceitual dessa relação jurídica em paralelo ao desenvolvimento cultural e sócio-econômico das relações de trabalho que demandam a ação protetiva do Direito do Trabalho, por meio da construção doutrinária e jurisprudencial erigida ao longo do tempo e à luz do princípio da proteção. Para entender em que pé está essa construção e tentar antecipar o que será edificado daqui para diante, é preciso trazer à luz também as suas fundações, e isso passa por analisar a característica da dependência econômica como critério de distinção entre o vínculo empregatício e o contrato de prestação de serviços autônomos.

3.1. Da dependência econômica

A ideia de dependência econômica do trabalhador em relação ao vínculo empregatício como causa da sua subordinação ao empregador, posto que já não seja aceita como explicação para esse fenômeno ou, logo, como uma característica distintiva da relação de emprego, por seu caráter subjetivista, é carregada de significado histórico, e remonta mesmo às origens do Direito do Trabalho enquanto disciplina autônoma do Direito Civil, que até então regravava todas as formas de trabalho³¹.

Segundo João Leal Amado, o Direito do Trabalho nasceu “em estreita ligação com o advento, e posterior desenvolvimento, de um novo sistema econômico: o capitalismo”³², e como resultado da Primeira Revolução Industrial, verificada entre a segunda metade do Séc. XVIII e a primeira metade do Séc. XIX em países europeus, que veio a dissociar os fatores de produção capital e trabalho, acentuadamente pela introdução de máquinas que tornaram a atividade do trabalhador mais repetitiva, monótona e simples, e fizeram do trabalhador mais facilmente substituível, desencadeando o que, na doutrina europeia, é conhecido como a “Questão Social”^{33 34}. A automação das manufaturas não veio para facilitar o trabalho dos artesãos e tecelões; veio em competição com esses, permitindo aos detentores dos bens de capital fabricar produtos com maior rapidez e, logo, menor custo, e que, por isso mesmo, podiam ser oferecidos aos consumidores por um preço muito inferior, tornando insustentável a produção artesanal que ocupava um grande número de trabalhadores. A

³¹ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Direito do Trabalho*. V. 1.º v.: Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra : Almedina, 2018, pp. 88-99.

³² AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, pp. 12-13.

³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*. 5.ª ed . Coimbra : Almedina, 2016, pp. 21-26.

³⁴ Como consta em REISSWITZ, Candice von; VOLKMANN, Guilherme Rafael – «A tese de repercussão geral para o Tema nº 725 e o reconhecimento do vínculo empregatício: análise do acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE nº 958.252/MG». Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região [em linha]. Vol. 49, n.º 48 (2020), pp. 89-107. [Consult. 29/03/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.trt4.jus.br/portais/media/456706/RevistaTRT4-Ed.48-2020.pdf>>, p. 96.

industrialização da produção, associada ao aumento populacional e, logo, da mão de obra disponível nos centros urbanos, ocasionado, entre outros fatores, pelo êxodo rural e pela decadência do sistema feudal baseado nas servidões vitalícias, permitiu aos empregadores ditar de forma quase unilateral as condições contratuais da prestação de trabalho, quer quanto à remuneração, quer quanto à extensão das jornadas, pelas quais haveriam de contratar os operários das indústrias. A dependência econômica do trabalhador em relação a esses postos de trabalho, paradoxalmente favorecida pelo próprio surgimento das indústrias fabris que, por fazer-lhes desequilibrada competição, retirou a ocupação de muitos trabalhadores dedicados às manufaturas artesanais, é o que explica, de uma perspectiva materialista, a sujeição do trabalhador às ordens do empregador para, mediante um ordenado, prestar o seu trabalho nos modos definidos por esse, e lhe entregar todo o produto do seu labor. Sem embargo, essa condição não decorre exatamente do posto de trabalho oferecido pelo empregador; se bem tenha surgido com o contínuo estreitamento das hipóteses de prosperidade do trabalho autônomo não associado a bens de capital, como resultado das sucessivas revoluções industriais que deram forma ao sistema econômico que se instalou na maioria dos países, a vulnerabilidade econômica que condiciona materialmente a sujeição do trabalhador às formas de trabalho impostas pelo tomador é sistêmica e não pode ser atribuída a um ou outro modelo de negócio isoladamente considerado. O empregador, no atual cenário social, não é necessariamente aquele que dá causa à vulnerabilidade econômica que dita a dependência do trabalhador em relação ao posto de trabalho, mas, sim, quem toma proveito dessas circunstâncias para impor as condições contratuais que mais lhe favorecem quando abre vagas de emprego para o seu empreendimento.

Os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, ainda vigentes na redação original em seus *capita*, ao definirem a relação de emprego em torno das posições ocupadas pelo empregador e pelo empregado, recorrem à direção da prestação pessoal de serviços pelo empregador e à dependência do empregado em direção ao empregador³⁵, e por essas menções é que se deduz a característica da subordinação jurídica do empregado ao empregador no contrato de trabalho, já que a subordinação propriamente dita não é expressamente mencionada naqueles dispositivos. Mesmo que a característica da subordinação jurídica, no caso do Direito do Trabalho brasileiro, tenha se somado por via doutrinária e jurisprudencial aos elementos do contrato de trabalho por essa janela, e mesmo que

³⁵ A Consolidação das Leis do Trabalho foi publicada em 1º de maio de 1943 pelo Decreto-Lei nº 5452, e ainda nos dias atuais apresenta a seguinte redação nos *capita* dos arts. 2º e 3º, que definem a relação de emprego:

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

ainda conste assim do texto legal, a noção de dependência do empregado em relação ao empregador como característica do contrato de trabalho é atualmente refutada pela doutrina brasileira em Direito do Trabalho por conta do caráter subjetivo desse predicado, que acentua o vínculo pessoal entre os contratantes³⁶: a posição econômica do indivíduo, como coloca Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, é apenas suposta pelo ordenamento jurídico quando a toma em consideração para conceder-lhe tutelas protetivas, mas não é determinante da posição jurídica correspondente (de empregado), esteja ou não concretamente presente a hipossuficiência econômica³⁷. O dado econômico explica certa orientação filosófica do Direito, sem que seja especificamente apropriado como elemento integrante de uma relação jurídica³⁸.

Segundo Delgado³⁹, essas antigas concepções se dividiam entre a idéia da dependência econômica propriamente dita, dada pela assimetria econômica que separa o empregado e o empregador, e a da dependência técnica, tida como o monopólio do conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontra inserido o empregado, do que advém o poder do empregador. No caso do critério econômico, embora sem refutar sua validade sociológica, o autor pondera que introduz um elemento externo, e que, por isso, não explica satisfatoriamente a assimetria que traduz o poder de direção do empregador e a subordinação do empregado; no caso do critério técnico, destaca que a tecnologia integrada no processo organizativo da empresa moderna “é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos, sem necessidade de seu preciso descortinamento intelectual acerca do objeto controlado”⁴⁰ — o empreendedor não precisa saber executar as atividades necessárias para o funcionamento do seu negócio, basta-lhe empregar quem o saiba e execute. Amauri Mascaro do Nascimento reconhece três sentidos da palavra dependência, acrescentando com isso o sentido jurídico aos antes mencionados, mas reconhece que a lei se referia mais provavelmente à dependência econômica do empregado, que, no entanto, não é estranha às relações de trabalho autônomo⁴¹.

Laurent Dear assinala que a dependência econômica se manifesta, nomeadamente, pela propriedade do fundo de comércio, pela inexistência de qualquer autonomia de gestão, pela imposição de preços e condições de venda, pela impossibilidade efetiva de desenvolver uma clientela pessoal, pela integração em uma organização coletiva de trabalho, pelo fornecimento de locais para ferramentas

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 325-326.

³⁷ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed.. São Paulo : LTr, 2005, p. 516.

³⁸ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 516.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 326-327.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 327.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 644.

e materiais pelo mestre de obras, pelo fato de o trabalhador estar numa situação em que é constrangido a aceitar um pretense status de autônomo para aceder ao seu emprego — e nada disso é incompatível com a existência de um contrato de prestação de serviços, segundo a jurisprudência da Corte de cassação belga⁴², em que pese a existência de precedentes jurisprudenciais em sentido contrário, como o acórdão da Corte do trabalho de Bruxelas, de 26 de abril de 2001, segundo o qual é chegado o tempo de interrogar a pertinência da distinção entre o estatuto do trabalhador empregado e do trabalhador autônomo unicamente com base na subordinação jurídica, com o que reconhece uma categoria intermediária entre o empregado e o empreendedor, surgida a partir da evolução do trabalho⁴³.

Também nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento afirma que o modelo de regulação socioeconômica em que o Direito do Trabalho se apoiava está em crise desde o início do século, diante das transformações do setor produtivo, bem como do sindicato e do Estado, das quais decorrem outras formas de vínculos de trabalho, como a parassubordinação crescente na Itália, e a figura dos quase-empregados, na Alemanha⁴⁴. Esse trabalho atípico abrange formas subordinadas ou não, marcadas pela pessoalidade e pelo caráter profissional, mas com características que o afastam do padrão tradicional do vínculo de emprego⁴⁵.

Essa realidade, aliás, é apreendida pelo Estatuto do Trabalhador Autônomo (Lei nº 20/2007, de 11 de julho) da Espanha, que confere certas proteções ao trabalhador autônomo economicamente dependente, assim entendido aquele que recebe ao menos 75% dos rendimentos de trabalho de um determinado tomador de trabalho (art. 11.º), sem, contudo, lhe retirar a condição de autônomo, nem lhe estender as garantias próprias do contrato de trabalho empregado, assim formando uma distinção nítida entre os conceitos de subordinação e dependência, que até então, naquele âmbito, vinham sendo utilizados na prática como sinônimos⁴⁶. Da mesma forma, o art. 10.º do Código do Trabalho de Portugal encontra no trabalho prestado sem subordinação jurídica, mas em situação de dependência econômica do trabalhador em relação ao beneficiário da atividade, situação equiparada ao contrato de trabalho para efeito de aplicação das normas legais atinentes aos direitos de personalidade, igualdade

⁴² DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, in *Subordination et parasubordination : La place de la subordination juridique e de la dépendance économique dans la relation de travail*. In memoriam Mechel Westrade, (coord. STEVE GILSON), Anthemis, Limal, 2017, pp. 46-47.

⁴³ DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, p. 45.

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, pp. 213-214,

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 214.

⁴⁶ VALVERDE, Antonio Martin ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*. Madrid : Tecnos, 2010, p. 54.

e não discriminação e segurança e saúde no trabalho. Mesmo que tenha pouca aplicação prática⁴⁷, a regra legal portuguesa evidencia com isso a diferença entre a subordinação jurídica e a dependência econômica, ainda que essa pudesse estar na raiz daquela. Com esse pensamento, Amado assinala a assimetria da relação de trabalho, justamente em razão da necessidade do trabalhador de obter rendimentos para satisfazer suas necessidades essenciais, que traduz a dependência econômica, como causa eficaz da subordinação jurídica⁴⁸, mas ressalta que os conceitos não se confundem⁴⁹. Martinez⁵⁰, também nessa linha, diferencia a subordinação econômica, que equivaleria à dependência, da subordinação jurídica, afirmando que a primeira tem uma perspectiva subjetivista e não distingue o “trabalho subordinado” do “trabalho independente (para-subordinado)”, apesar das afinidades econômico-sociais, enquanto a segunda corresponde à sujeição do trabalhador à autoridade e direção do empregador, de quem recebe instruções e ordens e se submete ao poder disciplinar, o que oferece uma perspectiva objetivista ao fenômeno.

De fato, a dependência econômica do trabalhador em relação à sua atividade laboral não é uma característica em função da qual se possa discernir o vínculo empregatício de outras espécies de relação de trabalho: também médicos, advogados, dentistas, servidores públicos, prestadores individuais de serviços ao consumidor, trabalhadores associados em cooperativas de prestação de serviços, artesãos, pequenos agricultores, etc., dependem, no mais das vezes, das rendas advindas do exercício da sua profissão — aliás, é exceção, e não regra, que alguém tenha meios de subsistência a não ser em virtude do seu trabalho. Por outro lado, são muito mais estreitas as hipóteses em que se constata a dependência econômica do trabalhador em relação aos rendimentos advindos de um contrato em específico, por força do qual esteja obrigado a prestar trabalho, e, logo, especificamente em relação a um dado tomador de trabalho. A dependência econômica face ao trabalho é diferente da dependência econômica face ao tomador do trabalho, e, por esse parâmetro, seria possível diferenciar, nomeadamente, a prestação de serviços médicos ou advocatícios por força de um contrato de trabalho da prestação de serviços médicos ou advocatícios no âmbito do exercício dessas profissões liberais. Inversamente, a ideia de dependência econômica à relação de trabalho como critério de identificação dessa espécie contratual poderia reduzir demasiadamente o campo de aplicação das regras protetivas do Direito do Trabalho, deixando de fora, por exemplo, quem se sujeita a jornadas duplas ou triplas, para tomadores diferentes, quando a remuneração paga por cada um, embora pouca, baste

⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*, p. 19.

⁴⁸ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 11.

⁴⁹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 51-52.

⁵⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, p. 145.

minimamente para o sustento do trabalhador. Por outro lado, a exclusividade do tomador e a impossibilidade de trabalhar para outros, a falta de equipamentos próprios do trabalhador e a não participação nos riscos do empreendimento, enquanto manifestações da dependência econômica do trabalhador em relação ao tomador do trabalho, poderiam servir como indicativos da existência de um contrato de trabalho⁵¹ sem se referirem à situação pessoal do trabalhador isoladamente considerada, mas mais propriamente à sua posição econômica relativa à posição do tomador do trabalho.

De todo modo, não há como contornar o fato de que tal avaliação passa pelo escrutínio das condições econômicas subjetivas das partes envolvidas na relação de emprego, quando a identificação do contrato de trabalho deveria se concentrar nos predicados objetivos da relação jurídica em si, sem discriminações concernentes às condições econômicas de cada trabalhador individualmente considerado, sejam elas tomadas em consideração relativamente ao tomador do trabalho ou não. Isso se diz não apenas pelas dificuldades práticas de se decidir acerca da dependência econômica individual de cada trabalhador em relação ao tomador do trabalho, nomeadamente por exigir uma análise subjetiva dos padrões econômicos das partes envolvidas, mas também em conta da concepção de que o contrato de trabalho tem por objeto o trabalho a ser prestado, e já não alcança a pessoa do trabalhador, assim quebrando os paradigmas deixados pelos modelos superados de relação de trabalho, assentados na sujeição pessoal do trabalhador ao seu senhorio⁵².

Posto que a dependência econômica do trabalhador à relação jurídica de trabalho, portanto, não seja um critério fiável para identificar objetivamente o contrato de trabalho, essa condição — como manifestação da Questão Social legada pela Primeira Revolução Industrial — está na raiz dos problemas socioeconômicos que propiciaram o surgimento do Direito do Trabalho e dá sentido de finalidade à aplicação do princípio da proteção, inclinado à compensação da desigualdade econômica que desfavorece o trabalhador na sua relação com o tomador do trabalho⁵³, e, com esse peso — de norma do tipo princípio, e não do tipo regra —, há de assentar os elementos característicos com base nos quais se possa formular uma noção de relação de trabalho distinta da relação de trabalho autônomo. Mais do que isso, Auzero e Dockès, ao registrarem a recuperação do papel de qualificação do contrato de trabalho da dependência econômica, que ainda hoje é incluída entre os identificadores desse tipo de relação, mesmo depois de ter sido descartada pelo Acórdão Bardou, de 06/07/1931, sugerem que a dependência econômica parece ser um elemento que pode ajudar a provar a

⁵¹ DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, p. 46.

⁵² DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 91-92.

⁵³ RODRIGUEZ, Américo Plá; tradução de Wagner D. Giglio – *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed.. São Paulo : LTr, 2000, p. 85.

subordinação, como um critério complementar, frequentemente implícito, mas, quando bastante intensa, permite qualificar o contrato de trabalho mesmo que a subordinação seja duvidosa ou tênue⁵⁴.

3.2. Da subordinação

A necessidade de diferenciar o vínculo empregatício do contrato de trabalho autônomo coloca em evidência, desde logo, o estado de submissão em que o trabalhador empregado muitas vezes se encontra em relação ao empregador no que diz respeito aos modos, tempo e lugar da prestação do trabalho, à diferença da relativa liberdade que o trabalhador autônomo tem para defini-los. Essa condição, própria do vínculo de emprego, toma sentido na noção de subordinação, cuja etimologia, de origem latina, diz literalmente com estar sob as ordens⁵⁵, e ocupa lugar de destaque na doutrina em Direito do Trabalho na definição e reconhecimento dessa espécie contratual, sendo por muitos considerada como o principal elemento distintivo do contrato de trabalho⁵⁶. Assim como o conceito de relação de emprego que com ela se define, no entanto, a compreensão sobre o conceito de subordinação é objeto de extensa – e intensa – discussão doutrinária, em que se debatem as origens, o objeto e os limites do poder do empregador sobre o trabalhador ou sobre o trabalho que ele executa, o que é melhor examinado por partes, como faremos a seguir.

3.2.1. Teoria da instituição, teoria contratual da subordinação e subordinação jurídica

Sobre a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da origem do poder do empregador, Auzero e Dockès assinalam que, pela teoria da instituição, transposta da lógica do Direito Público, o poder do empregador é entendido como oriundo ontologicamente da posição de chefe da organização econômica, como detentor dos meios de desenvolvimento econômico; o Direito curva-se ao poderio fático do empregador e lhe dá atributo jurídico⁵⁷. Por essa ótica, o poder não decorre do contrato nem é por ele limitado, mas encontra limites apenas nas finalidades da instituição, assim considerada a entidade formada a partir da reunião de pessoas em torno de uma obra em comum, e dotada de certa transcendência, em função da qual os indivíduos a integram como órgãos ou partes de um órgão⁵⁸. A empresa empregadora é, nesse raciocínio, uma espécie de instituição, fundamentada numa ideia de obra ou iniciativa duradoura, em torno da qual o poder se organiza a partir das

⁵⁴ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*. 30.ª ed.. Paris : Dalloz, 2015, pp. 237-238.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 653.

⁵⁶ É o caso para Amado (pp. 69-71), Leitão (p. 116), Martinez (p. 32), entre outros.

⁵⁷ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, pp. 663-671.

⁵⁸ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, pp. 663-665.

manifestações de comunhão dos membros do grupo social interessado⁵⁹. A instituição é um produto de atividades coordenadas para uma finalidade em comum, e se estabelece com a harmonização de fatores objetivos e subjetivos, aqui incluído o consentimento de todos, com um sentido de comunhão em torno da ideia prática almejada⁶⁰.

O institucionalismo permitiria a transposição da relação de fato de trabalho para o mundo jurídico em forma de um estado de direito, assim entendido o contrato de trabalho⁶¹. No entanto, a instituição não se compatibiliza com o contrato, na medida em que esse tem critério na igualdade e serve aos propósitos subjetivos dos contraentes, ao passo em que o critério da instituição é a ideia de autoridade, sob a qual há desigualdade, diferenciação e hierarquia, exigindo a “subordinação do propósito individual às aspirações coletivas da instituição”, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento⁶². O trabalhador, ao se relacionar com a instituição, adere ao organismo social e, com isso, nele se inclui, não sendo pressuposta a essa união a autonomia da vontade⁶³. Isso implica numa situação fundamentalmente estatutária, pela qual o trabalhador se sujeita às condições de trabalho previamente estabelecidas, abrangendo as normas coletivas e os regulamentos das empresas⁶⁴.

Essa entidade, a instituição, é a fonte do direito e do próprio poder jurídico do empregador, e o contrato de trabalho desempenha apenas um papel menor, de propiciar a adesão — ou *engajamento* — do trabalhador à instituição⁶⁵. A teoria da instituição permite, assim, uma autojustificação e autolegitimação do poder do empregador, que abrange inclusive a modificação do conteúdo do contrato⁶⁶. Esse atributo do poder — de modificar o contrato — foi, no entanto, objeto de revisão jurisprudencial nos tribunais franceses, à luz da ideia de que o poder do empregador, mesmo sendo constatado na realidade dos fatos, não prescinde de se apoiar em uma fonte jurídica e legitimante a fim de aceder ao Direito: ao contrário, em respeito ao trabalhador como indivíduo sujeito de direitos, a sua sujeição ao poder patronal deve estar apoiada no seu consentimento, e, logo, no contrato individual de trabalho, tal como propõe a teoria contratual⁶⁷.

⁵⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 598.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, pp. 598-599.

⁶¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 599.

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 600.

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 600.

⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 600.

⁶⁵ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, pp. 664-665.

⁶⁶ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 665.

⁶⁷ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 666.

De fato, o reconhecimento da natureza contratual das relações de trabalho subordinado demarca uma evolução histórica importante em relação aos vínculos de vassalagem e escravidão que as precederam. Por ser livre, a transmissão prévia dos frutos e utilidades do trabalho para outrem depende da vontade do trabalhador, na decisão – ao menos formalmente – livre de trabalhar e escolher para quem trabalha⁶⁸, mesmo que essa liberdade formal venha a ser materialmente contida pelas necessidades inadiáveis do trabalhador de obter meios de subsistência.

Auzero e Dockès definem a subordinação jurídica como o poder de editar comandos válidos e juridicamente impositivos ao empregado, por isso distinta do conceito de estado de subordinação, entendido como um poder de fato de uma pessoa sobre a outra, que a obedece independentemente da existência de uma obrigação jurídica⁶⁹. A subordinação jurídica, registram os autores, é um conceito tardio e inicialmente desacreditado, uma vez que a posição jurídica de poder sobre os demais era entendida como uma prerrogativa de ordem pública⁷⁰. Apenas a partir do Acórdão Bardou, de 06/07/1931, passou-se, na França, a compreender o contrato de trabalho como originário de um vínculo jurídico de subordinação⁷¹. Com isso, o vínculo jurídico de subordinação, ou, dito de outra forma, a subordinação jurídica assumiu a posição de critério distintivo do contrato de trabalho, ideia que ainda está presente na doutrina⁷².

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado classifica a subordinação como um fenômeno jurídico, derivado do contrato, pelo qual o trabalhador acolhe o direcionamento objetivo do tomador do trabalho na realização do trabalho⁷³. Sua natureza jurídica, segundo o autor, não é afastada pelo fundamento originário do contrato de trabalho, atinente à assimetria social característica ao capitalismo⁷⁴. Por simetria, também o poder de direção empresarial teria matriz jurídica⁷⁵. Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, a subordinação jurídica indicaria a repercussão no mundo jurídico do poder de fato do empregador sobre o empregado, constituindo-se num poder-dever jurídico, pelo qual o empregador teria a possibilidade jurídica de interferir na esfera jurídica do empregado, imprimindo certa direção na atividade alheia⁷⁶. A dependência jurídica teria dois sentidos, um dos quais léxico, pelo qual é empregada natureza jurídica ao suporte fático em que se assenta; outro propriamente jurídico, a

⁶⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 37.

⁶⁹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 235.

⁷⁰ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 235.

⁷¹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 236.

⁷² Idem.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 326.

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 326.

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 326.

⁷⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 517.

representar a possibilidade jurídica de atuação da vontade do empregador sobre a esfera jurídica do trabalhador⁷⁷.

A noção de uma subordinação qualificada como jurídica por estabelecer-se com fundamento na lei e no contrato e, ao mesmo tempo, por produzir efeitos no mundo jurídico, em habilitando uma das partes (o empregador) a interferir na esfera jurídica da outra (o empregado), para especificar-lhe as atribuições derivadas de seu débito negocial genericamente fixado no contrato, empolga a concepção de que exatamente por essa particularidade é que o contrato de trabalho pode ser reconhecido e estremado do contrato civil de prestação de serviços autônomos.

O contrato de trabalho estabelece notadamente uma relação sinalagmática, em que o ordenado é pago em contrapartida à prestação do trabalho, e, para João Leal Amado, é isso basicamente que o define, desde que caiba ao beneficiário do trabalho conformar a prestação no que diz respeito ao lugar, ao tempo, ao modo e aos meios a serem empregados na sua execução, com que conceitua a subordinação jurídica⁷⁸. A caracterização da relação de emprego, na visão do autor, tem como suposto “o fenómeno do trabalho assalariado, subordinado, prestado por conta alheia”⁷⁹, do qual são elementos essenciais a prestação de trabalho, a retribuição e a subordinação jurídica, assim compreendida a obrigação de prestar trabalho conforme os comandos e instruções dados pelo empregador no exercício do poder diretivo da relação de emprego que lhe cabe⁸⁰. Francisco Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha assinalam que a característica da subordinação jurídica, que verdadeiramente individualiza o contrato de trabalho distinguindo-o dos outros contratos relacionados com a prestação de uma atividade remunerada, consiste em conformar-se ou acatar as ordens e instruções da entidade patronal; nas suas palavras: “é a subordinação jurídica que deriva do contrato que permite ao empregador interferir ou condicionar a esfera pessoal dos trabalhadores ao seu serviço”⁸¹, embora a evolução da atividade econômica venha relativizando esse conceito tradicional⁸².

Pedro Romano Martinez aponta que, sob o contrato de trabalho, o trabalhador presta sua atividade produtiva de forma livre — ainda quando premido por necessidades de subsistência — para outrem⁸³, mas sem independência para a decidir o quê, quando e como fazer, na execução do seu trabalho, em razão da subordinação jurídica e integração na organização do empregador⁸⁴. Segundo o autor, o poder de direção do empregador, a que corresponde o dever de obediência do empregado,

⁷⁷ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 517.

⁷⁸ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho: noções básicas*, pp. 51-52.

⁷⁹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho*. 4.ª ed.. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p. 65.

⁸⁰ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho: noções básicas*, p. 49, itálico do original.

⁸¹ FERNANDES, Francisco Liberal ; REDINHA, Maria Regina – *Contrato de Trabalho: o novo regime jurídico angolano*. Porto : Vida Económica, 2015, p. 96.

⁸² FERNANDES, Francisco Liberal ; REDINHA, Maria Regina – *Contrato de Trabalho: o novo regime jurídico angolano*, p. 97.

⁸³ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 32-38 e 120.

deve-se à falta de concretização inicial do contrato, em que é tecnicamente impossível detalhar as atividades a serem realizadas, motivo por que são pormenorizadas durante a sua execução (heterodeterminação), observados os parâmetros fixados no contrato, como, por exemplo, a categoria funcional do trabalhador e as atribuições que lhe são específicas⁸⁵. A pormenorização das atividades, a supor, de uma parte, o poder de dirigir o trabalho, e de outra, o acatamento às ordens dadas, realizar-se-ia com sentido de boa-fé e cooperação para alcançar vantagens mútuas⁸⁶. Lembra Bernardo da Gama Lobo Xavier que a competência do empregador para definir o conteúdo do contrato se explica pelo fato de ser o ajuste exposto e aberto ao futuro⁸⁷. Pelo contrato, o trabalhador se compromete a desempenhar um tipo genérico de atividade, sem ali se identificarem os serviços a executar concretamente pelo trabalhador no cumprimento da sua obrigação, o que também é uma exigência de abertura à mudança e flexibilidade decorrente da projeção do contrato para o futuro⁸⁸. Firmado o contrato, cabe ao empregador determinar, a cada momento, as tarefas a prestar, e cabe ao trabalhador se sujeitar a que a atividade seja concretamente determinada à escolha da entidade empregadora, pois seu compromisso contratual não se limita a prestar um certo tipo de atividade, mas abrange a sua execução nos precisos termos exigidos pelo tomador, tendentes a variar no futuro, dada a vocação duradoura da relação⁸⁹.

António Monteiro Fernandes, para diferenciar de outras modalidades de trabalho livre, prestado em proveito alheio e mediante remuneração, identifica, como característico do esquema do trabalho heterodeterminado, o fato de ser dependente, porque é dirigido por outrem e integrado numa organização alheia, mas assinala que essa não é uma dependência meramente factual, porque é reconhecida e legitimada pelo Direito, que sobre ela estrutura o tratamento das situações em que ocorre, traduzindo-se, assim, na subordinação jurídica⁹⁰. Segundo Fernandes, o resultado pretendido pelo beneficiário do trabalho pode ser fornecido mediante a auto-organização do trabalhador, concernente à programação da sua atividade no tempo e no espaço, com a combinação de meios técnicos e a colaboração de outras pessoas, e, portanto, com autonomia; caso, pelo contrário, a atividade seja dirigida pelo beneficiário do trabalho, o trabalhador deixa de ser responsável pela obtenção do resultado, cabendo ao destinatário do trabalho determinar a função a ser executada, bem como o lugar, o tempo e o modo de trabalho, assim dispondo da força de trabalho do trabalhador,

⁸⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, p. 38.

⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 274-276.

⁸⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, p. 276.

⁸⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 445.

⁸⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 310.

⁹⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 310-312.

⁹¹ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, p. 20.

mediante remuneração⁹¹. Enquanto, no âmbito do trabalho autônomo, os meios necessários para a consecução dos resultados de uma dada atividade estariam, em regra, fora do contrato, inversamente, no caso do trabalho subordinado, é o resultado que ficaria de fora do contrato, que se contém em atribuir ao tomador a organização e direção das atividades a fim de obter, por sua conta e risco, o resultado esperado⁹².

Entre as características que distinguem o contrato de trabalho da prestação de serviços autônomos, a par da autonomia em contraposição à subordinação à direção e autoridade do tomador do trabalho, Bernardo da Gama Lobo Xavier faz menção à natureza da prestação a que o trabalhador se obriga, de obrigação de meios, ao passo em que o trabalhador autônomo está obrigado a prestar um resultado, refletida no cálculo da retribuição pelo tempo colocado à disposição pelo trabalhador subordinado, e simplesmente pelo resultado produzido no contrato de prestação de serviço⁹³. Sem embargo, Xavier reconhece a existência de contratos de trabalho cuja prestação é executada com tanta autonomia que “difícilmente se divisam os traços da subordinação jurídica e, em outros, a remuneração de contrapartida está tão ligada à execução dos produtos que a obrigação se aproxima muito da de *resultado* do trabalho autônomo”⁹⁴.

Martinez, também nessa linha, classifica o compromisso contratual do trabalhador como uma obrigação de meios, e assinala que a obtenção dos resultados da prestação do trabalho, que dão finalidade à contratação do trabalhador pelo empreendedor, insere-se no risco da atividade empreendida, o que, todavia, não implica em que haja venda da força de trabalho, senão apenas obrigação de prestação de trabalho⁹⁵. Trata-se de valorizar o trabalho como atividade produtiva em si mesma, e não por seus resultados, o que, segundo Maria do Rosário Ramalho, diferencia a relação de trabalho de outras atividades produtivas, em que o Direito valoriza o ato posterior, de transmissão do bem que essa atividade produz (o resultado do trabalho)⁹⁶. Segundo a autora, o objetivo essencial do vínculo de trabalho é a atividade, e não os seus resultados concretos ou os fins perseguidos pelo empregador, cabendo a esse dirigir a atividade à consecução dos resultados pretendidos, assumindo com isso o risco de não os obter⁹⁷. O objeto do contrato de trabalho, segundo Xavier, é a troca de

⁹¹ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, pp. 19-20.

⁹² FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, p. 123.

⁹³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 348.

⁹⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 349.

⁹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, p. 273.

⁹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 22.

⁹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 439-440.

dinheiro por atividade, ficando daí excluídos o resultado dessa atividade, assim entendido o fim produtivo específico a que a atividade se destina, e o respectivo risco⁹⁸.

Para Amado, uma das diferenças entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho está nos seus conteúdos, uma vez que o primeiro visa o resultado do serviço prestado, enquanto o segundo se esgota na prestação de uma atividade, embora essa atividade também seja afinal dirigida à obtenção de um resultado⁹⁹. Mesma distinção é feita por Luiz Menezes Leitão, para quem o objeto do contrato se reflete na retribuição, que corresponde ao resultado do trabalho no caso da prestação de serviços, enquanto no caso do contrato de trabalho é medida pelo trabalho prestado — e isso explicaria o motivo por que o empregador é obrigado a pagar uma retribuição suplementar pela superação da carga horária contratual. À semelhança de Amado, Menezes Leitão faz ressalva de que no contrato de trabalho as partes também são dirigidas para a obtenção de um resultado, em nome da boa fé e da obrigação de colaborar para obter maior produtividade¹⁰⁰; e a evolução da sociedade e dos sistemas produtivos tem feito sobressair a avaliação do empregador sobre os resultados do trabalho em detrimento do controle temporal e geográfico sobre o empregado na empresa moderna¹⁰¹. Além disso, o autor admite que o contrato de prestação de serviços pode compreender a execução de uma atividade sem o compromisso de entregar o resultado esperado pelo beneficiário, como no caso dos serviços prestados por médicos e advogados, por exemplo¹⁰².

No entanto, às ressalvas feitas por Menezes Leitão e Amado, haveria de se adicionar a do contrato de trabalho em que se estipula remuneração calculada por tarefa concluída, como é o caso dos vendedores comissionados, a que haverá de corresponder uma obrigação de resultados, pela lógica de que a retribuição define o objeto do contrato de trabalho, sugerida Menezes Leitão, a não ser que se admita que os vendedores comissionados são, só por isso, trabalhadores autônomos. Essa hipótese, de classificar como autônomo o trabalhador que participa no resultado do seu trabalho e, logo, por ele responde, vai de encontro à própria lógica do Direito de Trabalho, em que são albergadas garantias como a limitação da jornada de trabalho e o salário mínimo, a impor limites à transferência dos riscos da atividade econômica ao trabalhador, os quais também tocam às relações de emprego em que se ajusta o pagamento de salário proporcional à produção do trabalhador. Se, portanto, a isenção de responsabilidade do trabalhador pelo resultado do seu trabalho decorre, ao menos em certa medida, da proteção oferecida pela legislação trabalhista à relação contratual de trabalho, a incidência

⁹⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – Manual de Direito do Trabalho, pp. 307-308.

⁹⁹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 59-60.

¹⁰⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*, pp. 118-119

¹⁰¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*, p. 18.

¹⁰² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*, pp. 118-119

dessas regras protetivas não poderia depender de o trabalhador já ter sido isentado de responsabilidade pelo resultado do trabalho pelo empregador na celebração do contrato. Nesse sentido, Pascal Lokiec é crítico à subsistência da assunção do risco mesmo como indício complementar para distinguir o trabalhador autônomo do empregado¹⁰³.

Em todo caso, a isenção de responsabilidade do trabalhador pela obtenção do resultado do trabalho não significa que o objetivo do empregador seja propriamente o trabalho, senão o propósito para o qual o trabalho há de servir: o trabalho não é, para o empregador, um fim em si mesmo, mas meramente um meio para a obtenção dos fins que almeja, como assinala Lodovico Barassi¹⁰⁴.

Para além disso, a legitimação legal e contratual do poder do empregador e a respectiva projeção de efeitos no mundo jurídico, que conferem a qualidade jurídica à subordinação, não servem para descrever o estado de subordinação que marca determinada relação fática de trabalho a fim de permitir o reconhecimento da natureza jurídica desse vínculo, especialmente quando a parte em favor da qual pende o desequilíbrio negocial inicial opõe resistência à caracterização do contrato de trabalho exatamente com o propósito escapar à incidência dos efeitos jurídicos advindos das normas protetivas do Direito do Trabalho. Com efeito, sabendo-se que o reconhecimento do contrato de trabalho há muitas vezes de ultrapassar o contrato de prestação de serviços autônomos indevidamente formalizado entre as partes por imposição do beneficiário da atividade laboral, os aspectos jurídicos dessa relação somente podem ser definidos *depois* de determinada a natureza jurídica do contrato. Nesse sentido, o predicado jurídico da subordinação é consequência do reconhecimento da existência de um vínculo empregatício entre as partes, não podendo ao mesmo tempo servir de critério para identificá-lo. Dito de outra forma, não são os fundamentos jurídicos ou os efeitos jurídicos que o contrato de trabalho projeta o que permite identificá-lo; ao contrário, isso está no âmbito da consequência da sua identificação.

Na França, nota-se um abandono do recurso à subordinação jurídica como critério distintivo do contrato de trabalho pela jurisprudência¹⁰⁵. Auzero e Dockès assinalam que a qualificação do contrato de trabalho, pelo juiz, não pode se fiar nas cláusulas do contrato, na sua denominação, ou mesmo na vontade comum exibida pelas partes, mas há de se apoiar no que é efetivamente praticado por elas, ou seja, nas efetivas condições de trabalho, a fim de determinar se ali há subordinação; isto é, não importa a estipulação contratual de um vínculo de subordinação (subordinação jurídica), mas sim a

¹⁰³ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*. Paris : Presses Universitaires de France, 2011, p. 114.

¹⁰⁴ BARASSI, Lodovico – *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano. Vol. I*. [em linha]. 2.ª ed.. Roma, Milão e Nápolis : Società Editrice Libreria, 1915. [Consult. 12/03/2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.byterfly.eu/islandora/object/librib:825611/datastream/PDF/content/librib_825611.pdf>, p. 2.

¹⁰⁵ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 236.

subordinação constatada diante dos fatos, ou, em outros termos, o estado de subordinação¹⁰⁶. Pascal Lokiec nota o reconhecimento, no Acórdão Bardou, de que a condição de trabalhador decorre do contrato, e não da hipossuficiência ou dependência econômica de quem presta o trabalho, mas esclarece que, segundo a jurisprudência, não é exatamente no contrato e sim nas condições de sua efetiva realização que se buscam os indícios da subordinação¹⁰⁷. Para o autor, a subordinação é um estado de fato ao qual a lei confere consequências, o que faz dela um fato jurídico, e as estipulações contratuais são apenas um indício, entre outros, do vínculo de subordinação ao qual o direito atribui como consequência a caracterização do contrato de trabalho, e, com isso, aplica-lhe o Direito do Trabalho¹⁰⁸.

A nota jurídica da subordinação, contudo, não há de ser por isso obliterada na compreensão dos elementos característicos da relação de emprego. Por exigir fundamento legal e base contratual para o exercício do poder patronal, como direito potestativo de especificar a forma e o sentido da prestação (de fazer) a que está obrigada contratualmente a contraparte, a noção é notadamente instrumental à identificação de eventuais abusos e ofensas às liberdades do trabalhador — e isso se reflete no grau de poder do beneficiário do trabalho sobre as condutas do trabalhador que haverá de ser suficiente para entender-se caracterizada a subordinação e, logo, a existência do vínculo empregatício entre as partes. Se o que importa é o estado de subordinação que surtirá efeitos jurídicos fundados no contrato de trabalho, o grau de poder patronal que o caracteriza deverá ser, por suposto, proporcional aos objetivos da relação de trabalho, ou seja, ao objeto do contrato. A subordinação justifica-se em função do contrato, e por isso é limitada, devendo confinar-se aos limites do débito negocial do trabalhador, que já é amplo¹⁰⁹. Essa é a essência funcional da subordinação, que impede sua incursão sobre outros aspectos da vida do trabalhador¹¹⁰.

Isso, contudo, terá diferentes consequências a depender do que se entende sobre o objeto do contrato de trabalho e sobre a dissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta, inspirando distintas concepções de subordinação, como será visto nas linhas a seguir.

3.2.2. A subordinação como dependência pessoal

Ao tratar do objeto do contrato de trabalho, Júlio Manuel Vieira Gomes, sem subscrevê-la, registra posição doutrinária segundo a qual a relação obrigacional formada pelo contrato de trabalho

¹⁰⁶ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, pp. 236-237.

¹⁰⁷ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*. 2011, p. 122.

¹⁰⁸ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*. pp. 122-123.

¹⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 461.

¹¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 461.

alcança justamente o corpo laborioso, isso é, o corpo do trabalhador, e não apenas a sua energia laboral, que de todo modo seria indissociável da sua pessoa, e isso, para tal vertente doutrinária, explicaria por que se dá ao empregador o poder jurídico de conformar os gestos, as atitudes, os ritmos e até o humor que o empregado deve expressar no desempenho das suas obrigações contratuais, para fazê-los corresponder à organização do trabalho na empresa¹¹¹. Amauri Mascaro Nascimento acrescenta que isso seria fruto da concepção filosófica de que o trabalho é também uma projeção da personalidade, e, portanto, tratá-lo como mercadoria é incompatível com a sua dignidade¹¹². A ideia de indissociabilidade entre o trabalho e o trabalhador pode ser reconhecida na definição do objeto do contrato de trabalho como sendo a disponibilização da capacidade de trabalho do empregado, incluídas as energias físicas e psíquicas, ao serviço ou à disposição do empregador, formulada por Fernandes e Redinha¹¹³, bem como na noção oferecida por João Leal Amado de que a alienação da disponibilidade da força de trabalho implica, de algum modo, a alienação do próprio trabalhador¹¹⁴.

Maria do Rosário Palma Ramalho, nessa linha, reconhece como inseparável a atividade da pessoa do trabalhador, característica que é valorizada pelo Direito do Trabalho, a despeito das tentativas de fazer essa separação para colocar a atividade entre os bens jurídicos comuns, integrantes do patrimônio jurídico do trabalhador e passível de transação nessa condição¹¹⁵. A indeterminação da prestação do trabalho, a amplitude dos poderes laborais e o envolvimento integral da pessoa do trabalhador no vínculo, dado pelo dever de obediência, de cunho eminentemente subjetivo, no entendimento da autora, tornam inviável a separação da atividade da pessoa do trabalhador¹¹⁶. A singularidade da atividade laboral como bem jurídico, aponta Ramalho, consiste em ser um bem jurídico que dificilmente se separa da pessoa do sujeito prestador e que interessa ao credor exatamente por essa razão¹¹⁷.

Para a autora, a subordinação jurídica consubstancia-se no estado pessoal de sujeição do trabalhador aos poderes de direção e disciplina do empregador, podendo assim ser conceituada como dependência pessoal, que não se confunde com o conceito de dependência econômica, relacionada com a necessidade de salário de subsistência¹¹⁸.

¹¹¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do trabalho. Vol. 1 : Relações individuais de trabalho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007, pp. 95-97.

¹¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 588.

¹¹³ FERNANDES, Francisco Liberal ; REDINHA, Maria Regina. *Contrato de Trabalho : o novo regime jurídico angolano*, p. 94.

¹¹⁴ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 10.

¹¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 473.

¹¹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 473-475.

¹¹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 475.

¹¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 460.

Também a subordinação de escopo pessoal, assim como a dependência econômica, e com ponto de partida mesmo nessa, como visto acima¹¹⁹, está nas origens do Direito do Trabalho, marcando a primeira linha divisória entre as relações contratuais de prestação de serviços e as relações contratuais de trabalho — que, por esse aspecto, especialmente nos seus primórdios, se assemelhavam mais aos regimes de servidão e escravidão em que têm origem remota¹²⁰. Aliás, mesmo enquanto coexistiram regimes de trabalho livre e escravo, a sujeição aos comandos do tomador do trabalho implicava em certa medida também a coisificação do trabalhador livre, adstrita à vigência do contrato de locação de serviços, sendo o trabalho, portanto, prestado com um sentido diferente daquele que se verificava no âmbito das ‘artes liberais’. Feita a ressalva de que a prestação de trabalho por um homem livre sob a orientação de outro, regulada no Direito Romano sob a designação de ‘locatio conductio operarum’¹²¹, supunha o reconhecimento formal da personalidade jurídica dos libertos, diferentemente do tratamento jurídico dispensado aos escravos, que, entendidos mesmo como coisas, eram tratados sob a ‘locatio rei’, havia ainda assim uma concepção de vileza associada ao trabalho dependente na Antiguidade, em razão da qual é mais consentânea com os valores da época a ideia de que a ‘locatio conductio’ também retirava do trabalhador uma parcela da sua liberdade, e o trabalhador locava a sua própria pessoa por um preço¹²². Segundo Xavier, na Antiguidade, o trabalho, quando prestado por uma pessoa livre, era assimilado a uma coisa que o seu titular aluga, razão por que recebia a disciplina da locação ou arrendamento, ao passo em que o trabalho prestado pelo escravo era disciplinado no âmbito do direito de propriedade¹²³. Em contraste, para aqueles que se dedicavam às ‘artes liberais’, cuja natureza técnica supunha um conhecimento especializado, era considerado uma desonra prestar seus serviços em troca de dinheiro, e o faziam, por isso, a título gratuito, embora fossem comumente agraciados pelo beneficiário dos serviços com os honorários (termo cuja etimologia está ligada à ideia de honraria) prestados por dever moral¹²⁴, e não propriamente obrigacional, pelo que evidentemente não se haveria de falar em subordinação no âmbito dessa espécie de relação jurídica.

De outro lado, posto que a prestação de trabalho por um homem livre sob a orientação de outro, como visto, já fosse disciplinada juridicamente no Direito Romano¹²⁵, é incontrovertido que a regulamentação da ‘locatio conductio operarum’ — ou, para o mesmo efeito, da ‘locatio conductio

¹¹⁹ Item 3.1.

¹²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I: dogmática geral*, p. 50.

¹²¹ CORDEIRO, António Menezes – *Direito do Trabalho. V. 1.º v.: Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*, p. 95.

¹²² RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I: dogmática geral*, pp. 50-53.

¹²³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 41.

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Direito do Trabalho. V. 1.º v.: Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*, p. 99.

¹²⁵ CORDEIRO, António Menezes – *Direito do Trabalho. V. 1.º v.: Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*, p. 95.

operis faciendi' – no Direito Romano não estava orientada por um princípio de proteção ao trabalhador, com o propósito de restabelecer o equilíbrio negocial de relações marcadas pela assimetria original das partes, característico do Direito do Trabalho, o que somente veio à luz por efeito Revolução Industrial, com a edição das primeiras legislações de natureza propriamente trabalhista ao propósito de conciliar o conflito de classes oriundo da Questão Social derivada da exploração massificada de trabalhadores livres. Até aí, a evolução do trabalho escravo para o trabalho livre percorreu estágios intermédios, nos quais a dependência dos trabalhadores foi sendo progressivamente limitada, seja sob a perspectiva temporal, com a extinção dos vínculos vitalícios, seja quanto à intensidade, passando a dependência gradativamente a funcionar em torno do objeto do contrato¹²⁶, e menos em torno da pessoa do trabalhador.

A concluir a transição da exploração massificada do trabalho cativo para a exploração massificada do trabalho livre, a origem do moderno trabalho subordinado, segundo Maria do Rosário Ramalho, há de ser fixada no período entre a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, que agregou o princípio da igualdade ao princípio da liberdade, outorgando a esse um significado axiológico, e tornando inadmissíveis os vínculos de suserania entre privados, bem como as privações e limitações, mesmo parciais, da liberdade¹²⁷.

Auzero e Dockès observam no liberalismo que se desenvolvia no Século XVIII, assentado no individualismo e no antiautoritarismo, uma pulsão pela derrubada não apenas dos poderes do Estado, como também do poder no âmbito das relações privadas, estendendo-se, por isso, sobre as corporações de ofício, a fim de permitir o desaparecimento do poder patronal e implementar a liberdade de trabalho, supondo relações de trabalho de base contratual entre indivíduos iguais¹²⁸. A abolição das corporações, cuja reconstituição veio a ser proibida pela Lei Le Chapelier, e dos privilégios de profissão também fez subentender a proibição do poder jurídico do mestre sobre os seus companheiros e, logo, do estado de subordinação, passando os trabalhadores e empregadores a serem entendidos como cidadãos de todo iguais, por isso impedidos de pactuar juridicamente o exercício de poder de um sobre o outro, como deriva do princípio da igualdade proclamado na Constituição francesa de 1793¹²⁹. Sem embargo, com o declínio do liberalismo revolucionário nos primeiros anos do Século XIX, viu-se o ressurgimento de regras que reforçaram juridicamente o poder dos mestres sobre os subordinados, inspiradas na ideologia do Antigo Regime¹³⁰. Nesse sentido, o

¹²⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 54.

¹²⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 54-55.

¹²⁸ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, pp. 8-9.

¹²⁹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 230.

¹³⁰ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 9.

Código Civil francês de 1804 estabeleceu regras atinentes às relações de trabalho entendidas como locação de serviços, estando ali patente a presença de um mestre, bem como, implicitamente, a do poder assentado num regime jurídico entre desiguais¹³¹. Sobre isso, os autores chamam a atenção para o emprego da palavra “serviço”, etimologicamente ligada ao termo romano “servus”, concernente aos escravos, e que, naquele contexto, ainda remanesce na família semântica da servidão e subserviência¹³².

Considerando-se o percurso histórico que as relações de trabalho percorreram até o reconhecimento da figura jurídica da subordinação, é notável que, enquanto a prestação de uma atividade produtiva mediante remuneração no âmbito do contrato de trabalho, no plano objetivo, não se distingue de uma mesma prestação no âmbito do contrato de prestação de serviços autônomos, no plano subjetivo a sujeição do trabalhador à autoridade do empregador pode ser considerada uma característica distintiva dessa espécie contratual¹³³, que não encontra paralelo em outras modalidades de relações livres de trabalho, mas sim, até certo ponto, nas relações de trabalho cativo.

Para Xavier, a subordinação do trabalhador implica necessariamente restrições permanentes à sua liberdade, exprimindo-se numa dependência econômica e jurídica¹³⁴, e, diante disso, o Direito do Trabalho tem papel libertador ao criar condições e igualdade entre indivíduos e classes desiguais, e reconciliador das tensões advindas desse relacionamento originalmente conflituoso¹³⁵. Lokiec fala na alienação de uma parte da liberdade do trabalhador por força do contrato de trabalho, com a sua submissão ao controle patronal, o que constitui um dos elementos constitutivos do vínculo de subordinação¹³⁶.

No entendimento de Maria do Rosário Ramalho, o contrato de trabalho se assenta na ideia de trabalho livre, o que significa que deve ser prestado como um ato voluntário (isto é, não forçoso) e por uma pessoa livre, supondo o reconhecimento da sua personalidade jurídica, à diferença dos regimes de escravidão, em que o trabalhador era tratado como coisa, e a prestação do trabalho se desenvolvia no quadro do direito de propriedade; e dos vínculos de servidão, cuja vitaliciedade também compromete a noção de liberdade¹³⁷. A autora discorda da maioria da doutrina, por reconduzir a subordinação a uma característica da atividade laboral e à ideia de heterodeterminação, e defende que a subordinação se reporta à posição relativa das partes no vínculo de trabalho, indicativa do estado

¹³¹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 230.

¹³² Idem.

¹³³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 336.

¹³⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 52.

¹³⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 53.

¹³⁶ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 177.

¹³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 24

jurídico do trabalhador perante o empregador, em forma de dependência pessoal¹³⁸. O trabalho subordinado teria, portanto, uma dimensão eminentemente subjetiva, derivada das posições desiguais que as partes ocupam no vínculo: a posição de dependência da parte do trabalhador, e a correspondente posição de domínio da parte do empregador¹³⁹. A dependência pessoal do trabalhador se traduz, pois, nos deveres de obedecer às ordens e de acatar as sanções disciplinares que lhe sejam regularmente aplicadas pelo empregador¹⁴⁰. Com isso a autora define o contrato de trabalho como “a actividade produtiva livre e onerosa em que o prestador se encontra sujeito à posição dominial do credor”¹⁴¹: objetivamente, o trabalho subordinado é comum a outras formas de atividade laborativa por consistir no binômio de troca trabalho-remuneração; subjetivamente, se distingue pelo binômio de dependência-domínio¹⁴². Segundo a autora, conceito de dependência pessoal pode ser deduzido da definição legal do contrato de trabalho na legislação portuguesa, por ter como objeto a atividade prestada sob a direção e autoridade do empregador, enquanto noutros sistemas deriva da posição negocial das partes (como na Itália e na Espanha) ou da atribuição de poderes de direção e disciplina ao empregador pela lei (como na França e na Alemanha)¹⁴³.

Mauricio Godinho Delgado sustenta que, por esse trilho, visualiza-se a dimensão clássica da subordinação, correspondente ao compromisso contratual do trabalhador de acolher o poder de direção empresarial quanto ao modo de realização de sua prestação laborativa¹⁴⁴. Trata-se da dimensão primordial, pela qual a subordinação tomou o lugar da servidão na realidade europeia, na gênese do capitalismo, sendo ainda a mais comum e recorrente modalidade de subordinação¹⁴⁵.

Como se pode notar, seja por consistir de uma evolução das relações de trabalho a partir da superação do trabalho cativo, pela qual as restrições à liberdade impostas ao trabalhador pelo vínculo que forma com o beneficiário do trabalho passam a ser limitadas pelo ajuste de vontades estampado no contrato de trabalho, seja pela concepção de que o trabalho, como projeção da personalidade do trabalhador, é inseparável da sua pessoa, que faz incluí-la no objeto do negócio jurídico laboral, a subordinação com sentido de dependência pessoal assenta-se na ideia da sujeição do trabalhador ao poder patronal, e, portanto, há de aí ser identificada. Convém estudá-lo.

¹³⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 28

¹³⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 29

¹⁴⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 460.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 27

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 327.

¹⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 327-328.

O poder patronal

Pese o caráter sinalagmático do contrato de trabalho assegurado pela legislação especializada, o direito potestativo do empregador de gerir a prestação das obrigações do empregado decorrente da subordinação jurídica não é espelhado por semelhante faculdade da parte do empregado em relação às obrigações do empregador; de fato, se não existisse uma disparidade de poder entre trabalhador e empregador, a maior parte das disposições atuais Direito do Trabalho careceria de sentido¹⁴⁶.

A transmissão da disponibilidade da aptidão laboral resultante de um contrato de trabalho impõe, para Fernandes, os compromissos de trabalhar e de se submeter à vontade do empregador quanto às aplicações da sua aptidão laboral, obrigando-se a proceder em conformidade com os atos de disposição em forma de ordens, instruções, regras de organização e disciplina do tomador dos serviços¹⁴⁷.

Ramalho entende inevitável reconhecer o componente dominial do contrato de trabalho, sendo essenciais os poderes laborais para impor às partes os deveres correspondentes aos interesses de gestão do empregador e aos interesses pessoais e familiares do trabalhador, subjacentes à relação de emprego, envolvendo, assim, prestações exigíveis apenas na base de um relacionamento não paritário entre os sujeitos, não ajustadas previamente no contrato, porque imprevisíveis¹⁴⁸. Esse componente dominial estaria estampado na noção legal de contrato de trabalho, sob a ideia de autoridade formada com o poder diretivo e o poder disciplinar alcançados ao empregador¹⁴⁹. De outro lado, o dever de obediência inerente à posição jurídica do trabalhador, como manifestação do seu estado de subordinação, alcança tudo o que respeite à execução e disciplina do trabalho, podendo atingir comportamentos extralaborais do trabalhador, por força das regras de funcionamento da empresa, desde que respeitados os direitos e garantias do trabalhador¹⁵⁰.

Para Xavier, a autoridade contém a parte essencial da ideia de direção, a que é correlata a situação passiva do trabalhador dependente, devedor de obediência¹⁵¹. A direção das atividades pelo empregador compreenderia a definição e especificação do trabalho concretamente, por ordens diretas, e abstratamente pelos regulamentos internos¹⁵². Segundo o autor, o empregador intervém constantemente sobre a realização da atividade, controlando-a, fiscalizando-a e impondo sanções

¹⁴⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 21.

¹⁴⁷ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, p. 21.

¹⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 485-486.

¹⁴⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 486.

¹⁵⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 459.

¹⁵¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 309.

¹⁵² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 309.

privadas por desvios¹⁵³, podendo ser discernidas três ordens de poderes da empresa em relação aos trabalhadores: o poder diretivo, compreendendo a designação de funções e o posto de trabalho; o poder disciplinar, a fim de reprimir os comportamentos dos trabalhadores faltosos, com especial relevo na comunidade de pessoal, a transcender a relação de trabalho; e o poder regulamentar, contendo as normas de organização e disciplina do trabalho de caráter geral e abstrato¹⁵⁴.

Lokiec leciona que o controle patronal se exerce por três séries de prerrogativas: a regulamentação, a disciplina e a avaliação do trabalho¹⁵⁵. Antoine Mazeud igualmente faz uma classificação tripartite do poder patronal que caracteriza o vínculo de subordinação, que resultaria da submissão ao poder regulamentar, disciplinar e de direção de outrem, a conta de quem o trabalho é prestado¹⁵⁶.

Segundo Auzero e Dockès, o objeto do direito do trabalho é o trabalho subordinado, assim entendido o que é executado sob a autoridade e sob o poder de outro, e essa desigualdade entre os sujeitos irriga e explica a parte essencial da matéria: o Direito do Trabalho é um direito do poder, da mesma forma que o direito público¹⁵⁷. Trata-se de um poder de fato, advindo de uma relação de fato, independente de consagração jurídica, mas oriunda da dependência econômica do trabalhador, que o põe sob a dominação do empregador, em reação ao qual é construído o Direito do Trabalho¹⁵⁸. Os autores reconhecem certo paralelismo entre os três poderes estatais descritos por Montesquieu — o poder executivo, o poder judiciário e o poder legislativo — e as três modalidades de poder do empregador: direção, disciplina e regulamentação¹⁵⁹. Segundo os autores, o poder essencial é o poder de direção, constituído da faculdade de organizar, controlar e comandar a prestação de trabalho; o poder normativo se caracteriza pela edição de ordens duráveis e dotadas de certa generalidade; e o poder disciplinar se dá pela reafirmação do próprio poder do empregador ao sancionar aqueles que o desobedecem¹⁶⁰.

A classificação dos poderes do empregador em analogia, mesmo imperfeita, à repartição dos poderes estatais evidencia-se útil para entender os pormenores da subordinação jurídica na sua dimensão clássica, como será visto a seguir.

a) Poder de direção

¹⁵³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 309.

¹⁵⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 94.

¹⁵⁵ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 177.

¹⁵⁶ MAZEAUD, Antoine – *Droit du travail*, 7^a ed.. Paris : Montchrestien Lextenso, 2010, p. 297.

¹⁵⁷ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 3.

¹⁵⁸ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 4.

¹⁵⁹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 662.

¹⁶⁰ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 662.

A manifestação mais evidente do poder patronal, a que corresponde a subordinação, encontra-se no poder de direção, que pode ser descrito como a faculdade de conformar a prestação do trabalhador no que se refere ao local, tempo, modo e meios com os quais o trabalho há de ser executado¹⁶¹. A autonomia é identificada por Amauri Mascaro Nascimento no poder de direção sobre a própria atividade, enquanto a subordinação supõe a alienação desse poder em troca de salário¹⁶².

Ramalho esclarece que a atividade laboral para a qual o trabalhador é contratado tem caráter relativamente indeterminado ou genérico, e é pelo poder diretivo que o empregador lhe atribuiu uma função concreta a fim de adequar a prestação do trabalhador aos seus interesses na execução do contrato, e nesse sentido o poder de direção reconduz-se tecnicamente a um poder de escolha ou especificação¹⁶³. A lei confere ao empregador amplas possibilidades de ajustar ou modificar a prestação, incluindo as condições de tempo e lugar da execução, acrescentando um componente organizacional ao contrato de trabalho¹⁶⁴.

Pelo contrato de trabalho o trabalhador promete a prestação de uma atividade identificada genericamente, e que é especificada pelo empregador na sua execução, particularizando as funções e tarefas a serem realizadas concretamente pelo poder diretivo inerente à sua posição contratual¹⁶⁵. Segundo Xavier, o poder diretivo se desdobra em poder determinativo da prestação, pelo qual o empregador designa um posto de trabalho compatível com as atribuições da função para a qual o trabalhador foi contratado, e no poder conformativo da prestação, que consiste na faculdade de dar ordens, instruções e indicações para adequar a prestação aos fins empresariais, respeitada a autonomia técnica do trabalhador¹⁶⁶. O autor entende que compete ao empregador, e a mais ninguém, determinar precisamente o aspecto de execução técnica das tarefas de que necessita, compreendendo o modo, o lugar e o tempo, dentre as tarefas que o trabalhador genericamente concordou prestar, sem o que, na generalidade das situações, o trabalhador não estará em condições de desempenhar a prestação devida, pelo que seu dever contratual consiste sobretudo em estar à disposição para desempenhar a atividade no momento em que o empregador exerça o seu poder determinativo ao dar um destino concreto à força de trabalho colocada à sua disposição¹⁶⁷. O trabalhador, segundo Xavier,

¹⁶¹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 51.

¹⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 565.

¹⁶³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 463.

¹⁶⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 464.

¹⁶⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 447.

¹⁶⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 447-449.

¹⁶⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 312-313.

não organiza o seu programa de prestação, uma vez que essa é organizada pelo respectivo credor, dentro do tipo genérico de atividade prometida no contrato¹⁶⁸.

Júlio Manuel Vieira Gomes defende a ideia de que o poder de direção se exprime pela faculdade de definir a prestação a ser concretizada pelo trabalhador, sem que isso signifique que a obrigação do trabalhador, oriunda do contrato de trabalho, circunscreva-se ao estado de sujeição até que o empregador faça uso do seu direito potestativo de definir o conteúdo da obrigação do empregado, como defende parte da doutrina italiana e alemã¹⁶⁹. Para o autor, o dever resulta desde já do contrato, ainda que o empregador escolha a modalidade da execução da prestação, de forma análoga à das obrigações alternativas¹⁷⁰. Trata-se da heterodireção, pela qual o empregador define o modo e o passo da execução da prestação¹⁷¹.

Segundo Auzero e Dockès, o poder direção do empregador deve ser abordado em confronto com aquela que é sua fonte e primeira limitação — isto é, o contrato individual de trabalho — e, naturalmente, também há de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador¹⁷². Os limites do poder de direção, fixados pela prestação do trabalho e pelos direitos e garantias do trabalhador, são mesmo assim bastante amplos, não só pela indeterminação relativa permanente da atividade laboral, que põe relevo na disponibilidade do trabalhador enquanto conceito acessório e instrumental ao da sua atividade laboral, como também pela exigência de o trabalhador adequar seu comportamento e suas aptidões pessoais à evolução das necessidades do negócio do empregador, dada a vocação duradoura e continuada do contrato de trabalho¹⁷³.

Como característica definidora do contrato de trabalho, a constatação da submissão do trabalhador às ordens do tomador do trabalho quanto ao local, horário, modo e meios de execução de suas atividades põe em evidência, com poucas margens à dúvida, o estado de subordinação; quando cabe ao beneficiário do trabalho definir apenas parte desses pontos de referências da prestação, porém, a caracterização da subordinação e, logo, do contrato de trabalho já não é tão certa.

De um lado, parece aceitável que o beneficiário de um serviço a ser prestado por um trabalhador autónomo, em certas circunstâncias, designe o horário e o local da prestação de serviços, como, por exemplo, quando uma indústria de componentes automobilísticos contrata os serviços de desinsetização e desratização de um trabalhador autónomo, não havendo sentido em que esse serviço seja realizado em outro local senão o das suas instalações infestadas, e sendo igualmente de se

¹⁶⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 313.

¹⁶⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 123.

¹⁷⁰ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 123.

¹⁷¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 123.

¹⁷² AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 662.

esperar que o serviço seja executado na data e horário que melhor convêm ao cliente, dada a necessidade de, por suposto, suspender a atividade industrial enquanto o serviço é executado. Nesse exemplo, não haveria razão para impor a contratação de um empregado apenas para poder determinar o horário e local da execução daqueles serviços, porque isso não coloca o trabalhador em uma situação de vulnerabilidade perante o tomador do trabalho que reclame a proteção oferecida pela legislação trabalhista.

De outro lado, é também possível que ao trabalhador empregado sejam atribuídas atividades externas à empresa, e que, por isso, o local e horário da prestação dos serviços escapem ao controle do empregador, como na hipótese contemplada pelo art. 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, que por isso mesmo exclui do regime atinente à duração do trabalho daquele Diploma o trabalhador sujeito a essas condições de trabalho, quando se mostram incompatíveis com a fixação de horário de trabalho — sem por isso descaracterizar o contrato de trabalho. De fato, o trabalho externo, sem controle do beneficiário quanto ao lugar e tempo de sua execução, não é só por essa condição apto a garantir ao trabalhador a autonomia que faz desnecessária a incidência das regras protetivas do Direito do Trabalho à relação jurídica desenvolvida entre as partes. É o caso, por exemplo, dos trabalhadores em regime de teletrabalho, quando não interesse ao empregador o momento do dia ou a localização geográfica em que as atividades laborais venham a ser executadas, desde que os resultados dessa prestação lhe sejam apresentados nos prazos fixados. Evidentemente, nem todo teletrabalho suporta essa característica: o trabalho dos operadores de teleatendimento, por exemplo, fica normalmente estruturado em torno do tempo colocam à disposição do empregador para executá-lo, oferecendo cobertura para as demandas de atendimento, pelo que faz parte do seu trabalho permanecer ocasionalmente em estado de expectativa para atender a chamadas telefônicas de clientes — o que enseja o controle do empregador sobre o tempo que o trabalhador coloca à sua disposição para fazê-lo¹⁷⁴. Em outros casos, nem isso interessa ao empregador, como o exemplifica a hipótese do advogado em regime de teletrabalho, que há de entregar as peças processuais sob sua responsabilidade nos prazos assinados, independentemente do momento do dia ou da localização geográfica em se encontrava quando as redigiu.

¹⁷³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 464 e 474.

¹⁷⁴ Os trabalhadores em regime de teletrabalho também foram excluídos da disciplina da CLT acerca da duração do trabalho por obra da Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho, que deu lugar à Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil, com a introdução do inciso III no art. 62 da CLT. Conquanto a inclusão do trabalhador em regime de teletrabalho no art. 62, III, da CLT tenha sido feita sem quaisquer condicionantes, diferentemente do que ocorre com o trabalhador em atividade externa, que somente fica excluído da disciplina da duração do trabalho quando essa é “incompatível com a fixação de horário de trabalho”, a garantia constitucional de limites de carga horária diária e semanal (art. 7º, XIII, da Constituição brasileira) faz crer que qualquer relativização de tal cobertura há de ocorrer como última hipótese, pelo que é concebível que o artigo receba interpretações conformes à Constituição que dele excetuem os trabalhadores em regime de trabalho quando o controle de jornadas é possível — e, especialmente, quando é de fato realizado pelo empregador.

Se bem no caso do serviço contratado de um prestador autônomo com definição de hora e local para a sua execução seja presumível que remanesça com o trabalhador a decisão sobre os modos e meios a serem empregados na execução dos serviços, como no referido exemplo da desinsetização e desratização de instalações industriais, ressalvadas as opções eventualmente oferecidas ao cliente pelo trabalhador, quando dispõe de mais de um método de execução do trabalho, também há de se considerar a hipótese do trabalhador empregado que detém os conhecimentos técnicos necessários para a execução do trabalho, e que por isso tem o controle sobre o modo e os meios necessários para a execução dos serviços, como no caso dos arquitetos, engenheiros de qualquer área, programadores, médicos, advogados, psicólogos, etc.. De fato, o trabalhador pode ser contratado justamente por dominar uma determinada área do conhecimento e *porque* o empregador não a domina e carece de alguém que possa desempenhar uma determinada atividade com desenvoltura sobre os modos e meios de sua execução. Nesse sentido, Delgado assinala que, no processo organizativo das empresas modernas, o controle sobre a tecnologia se dá por instrumentos jurídicos, e não necessariamente pelo domínio técnico, que pode ser exercido por intermédio dos empregados contratados, por seus conhecimentos, precisamente para isso¹⁷⁵. Vilhena destaca que, a par de constituir pressuposto à formação do contrato de trabalho, a subordinação integra as obrigações do empregado, como dever de obedecer às determinações do empregador na sucessão de atos prestativos de trabalho, mas não se exterioriza de uma forma predeterminada, apenas pela possibilidade material de dar ordens e controlar seu cumprimento, senão de forma irregular e variável, muitas vezes imperceptível, na medida em que o trabalho se tecniciza e intelectualiza¹⁷⁶.

Júlio Manuel Vieira Gomes aponta para o desenrolar atual de uma revolução cultural, em que dos trabalhadores é esperada cada vez maior iniciativa, com exigências de preparação técnica e cultural¹⁷⁷, e disso pode resultar que o trabalhador tenha maior domínio do que o próprio empregador sobre os modos e meios de execução do trabalho para o qual é contratado. Gomes salienta que a subordinação é compatível com a autonomia técnica, mesmo que daí resulte sua limitação à sua faceta funcional e hierárquica¹⁷⁸. Mesmo nesses casos, acrescenta, o trabalho terá de ser combinado com o de outros e com os restantes fatores de produção, incidindo condicionantes espaciais e temporais às decisões do empregado quanto às soluções técnicas a empregar na execução do seu trabalho¹⁷⁹. O autor admite trabalhadores altamente especializados dispõem de uma margem de autonomia (*sic*) e

¹⁷⁵ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 327.

¹⁷⁶ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 527.

¹⁷⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, pp. 109-110.

¹⁷⁸ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 124.

¹⁷⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 124.

iniciativa, com liberdade até para fixação das condicionantes temporais de sua prestação, desde que sejam alcançados certos objetivos¹⁸⁰. O autor assinala que a autonomia pode ser ilusória, e que importa, para que o trabalho seja subordinado, não que seja heterodirigido, mas que possa ser, isto é, que o empregador tenha a possibilidade de intervir a qualquer momento na definição dos modos de prestação da atividade, passando instruções concretas e não apenas diretivas genéricas, mesmo que não faça uso dessa faculdade¹⁸¹.

Segundo Xavier, a planificação da empresa, com a redução da hierarquia, estaria a obscurecer o sentido da subordinação jurídica, com a valorização do autocontrole e auto-organização do pessoal; de outro lado, também o trabalho autônomo se sujeita a algum nível de controle e determinação, pelo tomador, dos modos de se o executar¹⁸². Lokiec afirma que, com a evolução das empresas, as características da subordinação também evoluíram, a ponto de se questionar a pertinência da subordinação como critério de identificação do vínculo empregatício¹⁸³. O saber, de que se origina o poder segundo filósofos e sociólogos, é cada vez mais detido pelo empregado, que, dotado de uma independência técnica, é o único mestre de suas ferramentas de trabalho, ao passo em que as novas tecnologias impõem ao trabalhador novas formas de sujeição¹⁸⁴. Ilustra-o o caso do cirurgião ortopedista especializado em uma determinada articulação do corpo humano, contratado por um hospital privado para executar intervenções médicas precisamente com base nos seus conhecimentos técnicos, e não com base em instruções a serem passadas pelo empregador. Também é o caso do programador, especializado em uma determinada linguagem informática, contratado para desenvolver e manter o código de um programa que controla os dispositivos robóticos e demais sistemas automatizados de um complexo industrial.

Note-se que, em algumas profissões mais especializadas, também os instrumentos de trabalho empregados são por vezes muito específicos e personalizados para o trabalhador, como o chaveiro em relação às ferramentas que utiliza para a abertura de cofres em que é especializado, o alpinista industrial em relação aos equipamentos de segurança adequados ao seu peso e às suas habilidades, o mergulhador-soldador em relação às suas máscaras e cilindros de ar, etc.; mas também são meios de execução das atividades laborais que podem ser controlados pelo trabalhador os livros de referência, como ocorre com médicos e advogados, ou modelos de textos ou códigos de seu banco de dados pessoal, como ocorre, respectivamente, com advogados e com programadores. Se bem essas

¹⁸⁰ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 124.

¹⁸¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 124.

¹⁸² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 349.

¹⁸³ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 111.

¹⁸⁴ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 111.

hipóteses possam ser consideradas excepcionais, e, como regra, o empregador possa ter controle sobre os instrumentos e ferramentas de trabalho, também é preciso reconhecer que nem sempre é de seu interesse fornecê-los, pelo que o controle sobre os meios de execução do trabalho ganha mesmo sentido quando associado ao controle sobre o modo ou lugar de execução dos trabalhos.

Dito isso, não tendo o empregador domínio sobre a técnica empregada pelo trabalhador a fim de moldar a execução do trabalho, e se não dispuser de outra forma de acompanhar a prestação laboral e, especificamente, a produção do trabalhador, é suposto que o poder de direção se manifeste pela designação do local e horários de prestação da atividade laboral, caso em que o trabalhador empregado estará sujeito condições relativamente semelhantes à do mencionado trabalhador autônomo que tem de desempenhar suas funções no local e no horário escolhidos pelo cliente. Se, pelo contrário, mesmo sem domínio sobre o modo de execução do trabalho, o empregador conseguir de alguma forma acompanhar a produção do trabalhador sem tê-lo nas suas dependências, vislumbra-se a hipótese de um contrato de trabalho em que o empregador não tem o controle sobre o lugar, horário ou modo da execução dos trabalhos, e que tampouco, portanto, lhe interessará, no mais das vezes, controlar os meios empregados na sua execução. Voltam à tona, para exemplificar essa situação, os casos do advogado e do programador em regime de teletrabalho, cuja prestação é medida pela produção apresentada nos prazos fixados, sem ser necessário o controle sobre o lugar, tempo ou modo de execução, e muitas vezes preferindo o empregador que seja executado com os equipamentos do próprio trabalhador, para não ter de fornecê-los às suas custas.

Contrariando a lógica de que o objeto do contrato de trabalho reside em uma obrigação de meios, é justamente o controle sobre o resultado da prestação laboral que torna desnecessário o exercício do poder de direção na formulação comum. Não obstante, é pouco frutífera a ideia de que o controle sobre o resultado da prestação laboral seja uma manifestação extraordinária do poder de direção, porque, a rigor, não é um dado incomum aos contratos de prestação de serviços autônomos, quando voltados a uma prestação de resultado.

A impertinência do poder de direção sobre atividades de tais naturezas, contudo, não significa que os trabalhadores submetidos a esses trabalhos estejam isentos da vulnerabilidade que enseja a proteção oferecida pelo Direito do Trabalho. Muito pelo contrário, o controle do beneficiário do trabalho diretamente sobre a produção, abstraído dos modais de tempo, lugar e forma de execução do trabalho, tende a colocar o trabalhador sob maior pressão, negando-lhe mesmo a condição de trabalhador humano, e relegando-lhe o mesmo tratamento que se dispensam às máquinas. Não é incomum, por isso mesmo, que esses trabalhadores, mesmo quando formalmente contratados como empregados,

submetam a si mesmos a sobrecargas a fim de dar conta da demanda de trabalho apresentada pelo empregador¹⁸⁵, que, impedido de controlar os horários de trabalho do empregado, entende-se isento também de lhe pagar a remuneração extraordinária devida por isso. O controle sobre o tempo de execução do trabalho, nesses casos, portanto, não apenas é inviável ou irrelevante para o empregador, como também lhe é inoportuno, porque somente faria aumentar o custo trabalhista pela execução da atividade contratada.

A situação oposta, em que o tomador dos serviços já não submete uma demanda de trabalho ao trabalhador, mas incumbe a esse mesmo a tarefa de vender bens ou serviços — a serem prestados pelo próprio ou por outros trabalhadores — aos clientes da empresa, assim definindo por conta própria a sua produção laboral, sendo remunerado na medida de seus sucessos, revela-se também passível de colocar o trabalhador em uma situação de vulnerabilidade, notadamente quando o trabalhador depende economicamente desse trabalho. A ideia de que, sem se submeter ao poder de direção da relação de emprego ou a cobranças quanto à entrega de resultados, o trabalhador tem autonomia para situar a sua prestação laboral no tempo e no espaço carece de substância se a remuneração do trabalhador é, afinal de contas, controlada pelo empregador, e paga somente na medida em que os resultados da prestação laboral lhe são apresentados. Essa, de há muito, é a situação de ao menos parte dos trabalhadores nas empresas de *marketing* multinível, as quais, embora tenham por objeto a exploração econômica da atividade de vendas “p2p” (“peer-to-peer” ou “person-to-person”, isto é, de pessoa a pessoa), limitam-se a oferecer treinamentos e disponibilizar, contra pagamento (frequentemente antecipado), os produtos a serem comercializados de porta em porta pelos trabalhadores. Aliás, a despeito da relativa liberdade de que os trabalhadores das empresas de *marketing* multinível dispõem para definir os locais e horários em que executarão as suas atividades, é também intrínseco a esse modelo de negócios o aliciamento e recrutamento de novos trabalhadores, fomentada pela participação do aliciador sobre as vendas realizadas pelo aliciante, de que resulta a formação de hierarquia entre os trabalhadores e o controle sobre a produção e, inclusive, sobre o modo execução das atividades, mesmo quando não haja vínculo formal de emprego com a empresa ou entre os próprios trabalhadores hierarquizados.

¹⁸⁵ FONSECA, Regina Lúcia de Almeida; PÉREZ-NEBRA, Amalia Raquel – «A epidemiologia do teletrabalhador: impactos do teletrabalho na saúde mental». Cadernos De Psicologia Social Do Trabalho [em linha]. Vol. 15, n.º 2 (2012), pp. 303-318. [Consult. 18/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/61625/64522>>, p. 11.

É também a situação, de origem mais recente, em contexto de economia colaborativa¹⁸⁶, dos trabalhadores que se engajam na prestação de serviços “p2p” por intermédio de sistema informático gerido por terceiro, comumente designados como trabalhadores “de aplicativo”, dos quais são exemplos mais comuns os motoristas e entregadores. Nessa gama se incluem hipóteses muito distintas, em que a organização do trabalho e o controle sobre a sua entrega são impostos com maior ou menor intensidade pelo sistema informático, havendo situações em que até mesmo o modo de execução das atividades e os meios empregados são objeto de controle indireto, por meio da classificação da reputação do trabalhador lastreada na avaliação feita pelos clientes, destinatários finais dos serviços prestados. No contexto desse novo modelo de relação jurídica, vêm surgindo entendimentos nas cortes judiciais a reconhecer o vínculo de emprego entre a empresa que administra o aplicativo de intermediação dos serviços “p2p” e os trabalhadores que os executam, como já se viu nomeadamente na Espanha¹⁸⁷, na Inglaterra¹⁸⁸ e na França¹⁸⁹. O mesmo ocorreu na Califórnia, Estados Unidos da América¹⁹⁰, em que teve origem uma das plataformas de serviço de transporte de passageiros “p2p” mais conhecidas – a Uber, cuja denominação emprestou alcunha a esse esquema de exploração de serviços, a “uberização dos serviços” –, e em que teve origem também a Lei AB5, em vigor desde 1º/01/2020, a estabelecer a presunção legal de existência de contrato de trabalho quando há fornecimento de trabalho ou serviços em troca de remuneração a menos que o contratante demonstre cumulativamente que (A) o trabalhador está livre do controle e da direção do contratante para a execução do trabalho, tanto no contrato como de fato, que (B) o trabalhador está fora do curso normal dos negócios do contratante, e que (C) o trabalhador atua habitual e independentemente no âmbito da atividade contratada, o que ficou denominado como “Teste ABC”¹⁹¹. A Lei AB5 foi, entretanto, excepcionada exatamente em relação às companhias de transporte e entrega em rede pela *Proposition 22*¹⁹², julgada inconstitucional em decisão da Corte Suprema do Condado de Alameda sujeita a recurso¹⁹³.

¹⁸⁶ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall». Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia [em linha]. V. 9, n.º 13 (maio 2021), pp. 114-137. [Consult. 25/10/2021]. Disponível na internet: <URL: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/188680>>, p. 127.

¹⁸⁷ Vide AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall».

¹⁸⁸ Vide <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56427579>>, acesso em 08/05/2021.

¹⁸⁹ Vide <<https://www.rfi.fr/fr/fran%C3%A7a/20200305-em-decis%C3%A3o-hist%C3%B3rica-justi%C3%A7a-da-fran%C3%A7a-reconhece-motorista-de-uber-como-funcion%C3%A1rio>>, acesso em 08/05/2021.

¹⁹⁰ Vide <<https://text.npr.org/926916925>>, acesso em 08/05/2021.

¹⁹¹ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido». Revista Internacional de Direito do Trabalho [em linha]. Ano I, n.º 02 (set. 2021), pp. 377-406. [Consult. 25/10/2021]. Disponível na internet: <URL: <https://idt.fduisboa.pt/ridt/ridt2/a-uber-o-motorista-e-o-cliente-tres-ou-quatro-a-proposito-de-uma-decisao-do-supreme-court-do-reino-unido/>>, pp. 398-400.

¹⁹² AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido», pp. 401-402.

¹⁹³ Vide <<https://www.sfchronicle.com/tech/amp/Prop-22-the-gig-worker-exemption-for-Uber-and-16401915.php>>.

Paradoxalmente, em Portugal os serviços de transporte de passageiros como o oferecido pela Uber sequer poderiam ser descritos como “p2p”, porque, como nos lembram João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, interpôs, na relação entre o passageiro e o motorista, não apenas o operador da plataforma eletrônica que possibilita essa interação, mas também o operador de transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrônica – TVDE, na qualidade de pessoa coletiva que atua na prestação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros¹⁹⁴. É com o operador de TVDE, e não com o operador da plataforma eletrônica, salientam os autores, que o motorista celebra o contrato, e é no âmbito dessa relação que a lei admite a aplicação do art. 12.º do Código do Trabalho, acerca da presunção de laboralidade, ainda que admita também a possibilidade de esse vínculo não se estabelecer em forma de contrato de trabalho¹⁹⁵. Com o operador da plataforma eletrônica não é suposto que o motorista mantenha sequer contrato, segundo a Lei¹⁹⁶. Resulta que em Portugal, como colocam Amado e Moreira, não são apenas três, mas sim quatro partes afinal envolvidas na execução do serviço de transporte de passageiros¹⁹⁷, mesmo quando apenas há apenas duas pessoas no automóvel, uma das quais a conduzi-lo ao destino escolhido pela outra.

Há de se recordar que o poder de direção da atividade, fundado no contrato, tem o propósito último de conduzi-la à produção dos resultados necessários à realização da atividade econômica explorada pelo empregador. Isso é particularmente relevante no contexto da relação entre o trabalhador e a empresa dotada de personalidade jurídica, que, dada a sua condição de entidade de existência ficcional reconhecida pelo Direito, depende da ação das pessoas naturais com quem mantém vínculo empregatício ou societário para produzir qualquer alteração no mundo físico e, logo, alcançar os objetivos do empreendimento: o poder de direção é, de certa forma, o que faz aderir o designio individual do empregado aos objetivos societários da empresa, para condicionar as suas ações à realização material desses fins.

Não obstante, o trabalhador pode estar intencionalmente orientado à satisfação dos objetivos do empregador, seja à conta da natureza da sua função contratual, ou mesmo à conta do espírito de

¹⁹⁴ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido», pp. 389-390.

¹⁹⁵ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido», pp. 391-392.

¹⁹⁶ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido», p. 392.

¹⁹⁷ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido», pp. 395.

boa-fé¹⁹⁸ no cumprimento de suas obrigações, o que, em muitos casos, torna desnecessário que o poder de direção se manifeste de forma explícita e o coloca, por isso, em um estado de latência no desenvolvimento da relação de trabalho. Como expõe Laurent Dear, é suficiente que o empregador possa legalmente exercer sua autoridade (que é o poder de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa) mesmo que não a exerça de fato, porque o vínculo de subordinação pode existir em potencial e revestir um caráter virtual, e isso pode ser constatado mesmo quando essa possibilidade é formalmente excluída pelas partes no contrato de prestação de serviços, desde que a possibilidade de exercê-la seja real¹⁹⁹. Enquanto latente, contudo, a identificação do poder de direção mais depende do reconhecimento da subordinação do que oferece elementos para reconhecê-la. Se pode não ser identificado pela emissão de ordens e instruções diretas ao empregado, remanesce em aberto a questão sobre o que faz supor que o poder direção é possível em uma dada relação de trabalho.

Há mais aí. Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, há muitas variáveis na superposição da conduta do empregador sobre a do empregado, e há prestações em que a subordinação se esmaece ou se espaça de tal forma que não mais se percebe, ou mesmo se inverte, como nos cargos de direção²⁰⁰. A própria emissão de ordens e instruções dirigidas aos trabalhadores da empresa dotada de personalidade jurídica é uma alteração do mundo físico que depende de um veículo corpóreo para acontecer, e, portanto, há de ser executada por alguma pessoa natural vinculada à empresa por laços de natureza societária ou empregatícia. Dirigir a prestação laboral dos trabalhadores é também um trabalho e, como tal, pode ser atribuído a um empregado, sendo comum que em grandes empresas os trabalhadores empregados componham o organograma hierarquizado que permite que as determinações emanadas pelos administradores da empresa sejam conduzidas e particularizadas em ordens e instruções que alcancem até o trabalhador mais subalterno, que opera no “chão de fábrica”. Maria do Rosário Palma Ramalho assinala que o poder de direção pode ser diretamente exercido pelo empregador ou delegado aos superiores hierárquicos do trabalhador²⁰¹, ao passo em que Pedro Romano Martinez salienta que o exercício do poder de direção de uns trabalhadores sobre os demais é admitido pelo art. 128º, n.º 2, do Código do Trabalho português, e decorre da estruturação hierárquica das empresas²⁰². Ao examinar os elementos indiciários do contrato de trabalho previstos no art. 12.º do Código do Trabalho, Xavier assinala que a prestação de funções de direção ou chefia na estrutura

¹⁹⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 325-326; MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, p. 274-27.

¹⁹⁹ DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, pp. 43-44.

²⁰⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 526.

²⁰¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 463. No mesmo sentido, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 455.

²⁰² MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 147-148.

orgânica da empresa, de que trata a alínea “e”, e que foge ao modelo das hipóteses descritas nas alíneas anteriores, de fato dificilmente ocorre fora do contexto de um contrato de trabalho, ressalvada a relação de gestão ou administração, ou outras hipóteses raras²⁰³. A possibilidade de o empregado ser incumbido do poder de direção da relação de trabalho frente a outros empregados também pode ser deduzida do que dispõe o art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, que exclui da abrangência do disposto no Capítulo atinente à duração do trabalho também “os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial”: independentemente de qualquer discussão sobre a compatibilidade dessa norma com a garantia trabalhista constitucional de limite de jornada, a previsão do art. 62, II, da CLT somente tem sentido se gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial podem ser, mesmo nessa condição, empregados da empresa.

Sem embargo, não era preciso que essas hipóteses estivessem contempladas na legislação para que fossem deduzidas da própria dicotomia do poder de direção enquanto fato relacional entre trabalhadores, na condição de pessoas naturais, de existência física, e a empresa, na condição de pessoa jurídica, de existência convencional. Mesmo quando atribuída à pessoa jurídica, a manifestação exterior do poder de direção na execução de um determinado trabalho ocorrerá necessariamente entre pessoas de existência física, o que significa que a subordinação vislumbrada pelo exercício do poder de direção é materialmente constatada entre pessoas naturais, e apenas juridicamente imputada à empresa, a depender do vínculo jurídico entre essa e a pessoa natural que dá as ordens ao trabalhador que as tem de executar. Conquanto em uma pequena empresa seja normal que a posição de chefia seja ocupada pelo sócio-administrador, como no caso de uma padaria diretamente administrada pelo seu proprietário, em outras hipóteses, de empresas com centenas ou milhares de trabalhadores, como no caso das indústrias automobilísticas, a posição de chefia acaba por ser distribuída também entre os trabalhadores, e já não pode ser explicada pelo vínculo societário, inserindo-se mesmo como atribuição funcional de trabalhadores com vínculo empregatício com a empresa, fazendo esvanecer, com isso, a heterodeterminação no contexto de uma relação de trabalho ainda assim subordinado (entre a empresa e o trabalhador na função de gerente)²⁰⁴. Se bem a submissão ao poder de direção seja um sinal de subordinação, o exercício desse mesmo poder sobre outros trabalhadores, portanto, não é um sinal de autonomia.

²⁰³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 374.

²⁰⁴ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 178.

Aliás, por essa lógica, a autonomia da pessoa natural que dá as ordens para a execução dos trabalhos em relação à empresa que desses se beneficia, quando genuína, impossibilita a subordinação do trabalhador que as cumpre à empresa beneficiária, porque a externalização do poder de direção não pode ser juridicamente imputada à pessoa jurídica. O poder de direção não é, nesse caso, exercido por conta da empresa, mas mesmo por conta de quem dá as ordens, ficando contida a discussão sobre a existência do contrato de trabalho ao âmbito da relação entre as pessoas naturais. Retomando-se o exemplo da indústria de componentes automobilísticos que contrata serviços de desinsetização e desratização, é possível que, nessa mesma situação, os serviços sejam executados por mais de um trabalhador, e pode ser que entre esses trabalhadores haja subordinação e vínculo empregatício, mas isso não significa que haja subordinação entre qualquer um deles e a empresa cliente. Por outro lado, se não é genuína a autonomia da pessoa natural que dá as ordens, isso poderá significar que as ordens são dadas em nome da pessoa jurídica que toma o trabalho, ensejando a discussão acerca da caracterização do contrato de trabalho no âmbito da relação entre essa e o trabalhador que o executa. Note-se que, se a prestação laboral é materialmente dirigida à empresa (ou, mais precisamente, às pessoas naturais que, agindo em nome da empresa, recebem o trabalho), é presumível que as ordens estejam a ser dadas ao trabalhador também em nome da empresa, exceto se demonstrada a genuinidade da autonomia de quem dá as ordens ao trabalhador face àquela.

É também possível que os serviços sejam prestados para uma empresa por outra empresa, por conta da qual os serviços são executados e o poder de direção é exercido; isto é, pode ser que a pessoa natural que desempenha as funções de chefia atue na condição de sócio ou empregado de uma empresa prestadora de serviços, em nome da qual dá as ordens ao trabalhador encarregado de prestá-los em favor de outra empresa, que os contratou. No plano dos fatos, a externalização do poder de direção, a execução material do trabalho e a recepção desse trabalho podem ser indistintas da hipótese do prestador de serviços autônomo que os executa com o auxílio de empregados, mas no plano jurídico haverá a interposição de mais um negócio a distanciar o trabalhador do beneficiário do trabalho — o que, embora sirva para fins lícitos no âmbito da relação entre pessoas jurídicas regularmente constituídas e genuinamente independentes, também pode servir para o propósito ilícito de desqualificar o vínculo de emprego de outra forma caracterizado entre o trabalhador e o tomador do trabalho.

A hipótese antes mencionada, de contratação de uma empresa especializada na desratização e desinsetização de prédios por uma indústria de componentes automobilísticos, serve como exemplo de situação em que o vínculo de emprego entre o trabalhador e a indústria dificilmente seria discutido,

não apenas pelo caráter eventual da contratação, que no Brasil tem-se entendido como um obstáculo por si só à caracterização da relação de emprego²⁰⁵, mas porque a empresa cliente fica de fato alheia ao poder de direção da relação de emprego, de que se encarrega a empresa contratada, cabendo a essa última definir o tempo, lugar, modos e meios a serem empregados na execução da atividade laboral, inclusive para designar o trabalhador que comparecerá no local e horário agendado para a execução dos serviços com a empresa cliente.

Distinta é a situação, por exemplo, dos trabalhadores que venham a ser compelidos pela empresa empregadora a constituir suas próprias empresas para continuar prestando seus serviços, a fim de mascarar a relação empregatícia existente entre as partes; ou de trabalhadores de quem, mesmo antes da contratação, é exigida a constituição de empresas com o mesmo objetivo. Se isso é feito com o trabalhador encarregado da execução material do trabalho sob as instruções do pessoal da empresa tomadora, a identificação do poder de direção e a sua imputação jurídica à empresa não oferecem maiores dificuldades, permitindo o reconhecimento da relação de emprego por suas características elementares em detrimento dos ajustes formais em sentido contrário, em função do postulado normativo da primazia da realidade. Se também a pessoa natural incumbida de determinar o local, o horário, o modo e os meios de execução do trabalho é compelida a montar sua própria empresa, no seio da qual são incluídos os trabalhadores encarregados da execução material dos serviços, a imputação jurídica do poder de direção exercido sobre esses trabalhadores à empresa que se beneficia do trabalho passa a ser mais tortuosa, porque desafia a validade do vínculo jurídico entre a pessoa natural que dá as ordens e a empresa contratada para prestar os serviços, bem como do vínculo jurídico entre a empresa contratada e a empresa contratante. A discussão, nesse caso, não é propriamente sobre se existe relação de emprego, mas sobre quem é o empregador, por conta de quem o poder de direção é exercido, sabendo-se que a imputação dos atos materiais de direção dos trabalhos às pessoas jurídicas somente pode ser jurídica, e, para que alcance a empresa que se beneficia do trabalho, precisa superar os negócios jurídicos engendrados com o propósito de dissimulá-lo.

O “*outsourcing*”, ou “terceirização de serviços”, como é designado no Brasil, explora justamente esta brecha do sistema, em função da qual partes dos trabalhos direta ou indiretamente empregados na atividade econômica explorada por uma determinada empresa são colocadas sob a responsabilidade de outras empresas, o que supostamente serviria ao propósito de facilitar a concentração da empresa que terceiriza os serviços em questões estratégicas, de dar-lhe acesso à

²⁰⁵ A não eventualidade da relação de trabalho como característica da relação de emprego será estudada no Capítulo X, adiante.

tecnologia e à expertise especializada de outras empresas, de viabilizar a cobrança por serviços mensuráveis e de melhor qualidade e de reduzir custos²⁰⁶. Que a exploração do trabalho alheio sem as amarras impostas pelo contrato de trabalho seja vista como mais vantajosa para os objetivos econômicos dos empreendedores não é novidade: o Direito do Trabalho não surgiu como medida de aceleração do desenvolvimento econômico e industrial, mas como salvaguarda da dignidade dos trabalhadores como seres humanos, com a garantia dos direitos mínimos a serem observados para que se considere respeitada essa sua condição, o que qualifica o Direito do Trabalho como marco civilizatório²⁰⁷, mesmo quando isso possa refrear o impulso econômico do empreendedor. Lembre-se que, na sua origem, a legislação trabalhista tratava da tutela mínima dispensada a trabalhadores ou de grupos de trabalhadores particularmente desfavorecidos, como mulheres e crianças²⁰⁸, e o atual complexo de direitos trabalhistas, abrangendo o salário mínimo, as cargas horárias máximas e os tempos de repouso, resulta do progresso daquele conceito, mas ainda se situa no campo das tutelas mínimas garantidas aos trabalhadores. A resposta para a pergunta sobre se esse paradigma é atendido com o recurso ao *outsourcing* é sim, quando se considera que a pessoa a quem cabe a execução material do trabalho tem o vínculo empregatício reconhecido pela empresa contratada. Se, porém, para o efeito de ser mais econômico para a empresa que o contrata, o *outsourcing* é empregado como forma de escapar à responsabilidade pelo descumprimento da legislação trabalhista, seja para, por intermédio da empresa contratada, impor carga de trabalho incompatível com os limites legais de jornada, ou para pagar salários inferiores aos previstos em lei ou nas convenções ou acordos coletivos de trabalho da categoria profissional que abrange os empregados da empresa contratante, ou para adotar práticas discriminatórias em detrimento de minorias étnicas ou religiosas, etc., aí já está se falar de outra coisa. O uso da terceirização de serviços como escusa para burlar a legislação trabalhista por intermédio de uma empresa interposta entre o verdadeiro empregador e o empregado há de ser barrado pela investigação das características elementares do vínculo empregatício entre o empregador e a empresa beneficiária do trabalho, mesmo quando lhe é fugidia a imputação jurídica do poder direção submetido ao trabalhador em questão.

Maria do Rosário Palma Ramalho admite, por fim, que o poder de direção seja atribuído a um ente diverso do empregador, como no caso do contrato de trabalho temporário ou na cedência

²⁰⁶ BELCOURT, Monica – «Outsourcing – The benefits and the risks». Human Resource Management Review [em linha]. Vol. 16, n.º 2 (2006), pp. 269-279. [Consult. 14/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1053482206000234>>.

²⁰⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 468.

²⁰⁸ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 3.

ocasional de trabalhadores²⁰⁹. Nessa hipótese, mesmo sendo uma determinada empresa a beneficiária do trabalho e, ao mesmo tempo, a autora das ordens e instruções passadas ao trabalhador, o vínculo empregatício estará formado com outra empresa, responsável pela sua contratação. Novamente, há de se separar as situações legítimas de atribuição do poder de direção da relação de emprego pelo empregador a terceiro das situações em que o empregador formal, que atribui o poder de direção a terceiro, é apenas figurativo, atendendo ao intuito de obstar a incidência da legislação trabalhista à relação entre o trabalhador e o beneficiário do trabalho. Se bem, nesse caso, o poder de direção seja exercido por pessoas juridicamente vinculadas à empresa beneficiária do trabalho, o que em tese transfere para essa o ônus de demonstrar a validade jurídica da delegação do poder patronal pela empregadora formal do trabalhador, de toda forma a possibilidade de o poder de direção ser validamente exercido por quem não é efetivamente o empregador do trabalhador também coloca em perspectiva a utilidade da investigação do poder de direção como sinal de subordinação para efeito de reconhecimento da relação de emprego.

b) Poder de disciplina

Em se entendendo o contrato de trabalho como resultado de uma evolução das relações de trabalho inicialmente fundadas em vínculos jurídicos de natureza patrimonial e vitalícia formados independentemente de manifestação de vontade do trabalhador, a possibilidade de punir o empregado que descumpra as ordens que lhe são passadas no contexto de uma relação contratual, de livre adesão por ambas as partes, pode ser percebida como uma particularidade do contrato de trabalho em comparação com outras relações contratuais, por cuja manifestação se poderia identificar a subordinação com sentido de dependência pessoal.

Nas palavras de Lokiec, o poder disciplinar, contrariando o adágio, permite ao empregador fazer justiça com as próprias mãos, e constitui a resposta do Direito do Trabalho às faltas do empregado que em outros campos dariam lugar à responsabilidade contratual²¹⁰. Auzero e Dockès assinalam que o poder disciplinar é manejado como reafirmação do próprio poder (de direção) do empregador ao sancionar aqueles que o desobedecem²¹¹. O poder de direção da atividade laboral, próprio do contrato de trabalho, segundo Leitão, não se esgota em dar ordens ao trabalhador, mas inclui a faculdade de impor sanções disciplinares a ele em caso de infração aos seus deveres

²⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 463.

²¹⁰ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, 2011, p. 183.

²¹¹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 662.

contratuais²¹². Segundo Martinez, a subordinação jurídica se realiza na alienabilidade, no dever de obediência e na sujeição ao poder disciplinar, definindo-se nessas duas últimas esferas a subordinação em sentido estrito²¹³, sendo a sujeição do trabalhador às sanções disciplinares aplicadas pelo empregador notadamente peculiar ao contrato de trabalho²¹⁴. Da mesma forma, Laurent entende que a aplicação de penalidades que caracteriza o poder de disciplina é incompatível com uma relação de trabalho independente²¹⁵, habilitando-a, conseqüentemente, como elemento característico da relação de emprego em que tem seio.

Com semelhante pensamento, Maria do Rosário Palma Ramalho refere que a subordinação não é apenas o reverso do poder de direção, porque lhe corresponde também o poder disciplinar²¹⁶; mais do que isso, para a autora, o poder de direção, por si só, é insuficiente para delimitar o contrato de trabalho em relação a figuras próprias, como o contrato de mandato: embora o poder de direção seja um poder típico do empregador, o que lhe confere a singularidade é estar associado ao poder disciplinar²¹⁷. Segundo Ramalho, o poder disciplinar tem a função essencial, no contrato de trabalho, de garantir genericamente a posição de domínio do empregador no contrato de trabalho; e, de outra parte, constitui um elemento decisivo na qualificação do contrato de trabalho, uma vez que não tem paralelo em outros contratos de direito privado²¹⁸. Conseqüentemente, a posição do trabalhador engloba o dever de obediência e o dever de acatar as sanções disciplinares que lhe forem impostas, o primeiro traduzido no sentido técnico-jurídico estrito de um dever, e o segundo reconduzido tecnicamente a um estado de sujeição²¹⁹.

Para a Ramalho, também a sujeição do trabalhador ao poder disciplinar, de natureza dominial, é uma manifestação do componente da pessoalidade, por dirigir-se à pessoa do trabalhador, e não ao seu patrimônio, dado o seu escopo punitivo e não reparatório²²⁰. O poder disciplinar é um direito subjetivo potestativo, visto que o seu exercício coloca o trabalhador em uma situação de sujeição²²¹, e tem um conteúdo punitivo, consistente na possibilidade de aplicar sanções disciplinares ao trabalhador que descumpra suas obrigações principais ou acessórias, decorrentes da lei ou do contrato,

²¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*, pp. 108-110.

²¹³ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 145-146.

²¹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 32-38.

²¹⁵ DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, p. 40.

²¹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 458-459.

²¹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 464-465.

²¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 467.

²¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 459.

²²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 476-477.

²²¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 467.

compreendendo a penalidade de despedimento imediato, e outras com caráter conservatório do vínculo a fim de reconduzir o trabalhador ao cumprimento do contrato²²².

No Código do Trabalho português, o poder disciplinar do empregador está regulamentado no art. 328.º, que arrola cinco hipóteses de sanções disciplinares voltadas à manutenção da relação de emprego, além da sanção de despedimento sem indenização ou compensação voltada, pelo contrário, a rompê-la. As sanções disciplinares conservadoras da relação de emprego compreendem a repreensão, a repreensão registrada, perda de dias de férias, a suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade, e a sanção pecuniária, sendo expressamente admitido o agravamento da sanção mediante divulgação no âmbito da empresa (art. 328.º, n.º 5, do CT). O poder disciplinar é limitado pelos direitos e garantias do trabalhador, e, em Portugal, há de respeitar o processo disciplinar comum para sanções disciplinares conservatórias, e o processo disciplinar especial para a aplicação da sanção do despedimento imediato²²³, sujeitos a prazos de caducidade e prescrição, sendo garantida ao trabalhador a audiência prévia e o recurso às instâncias hierárquicas superiores, ou aos processos de resolução de litígios quando previstos em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou na lei (art. 328.º, n.º 7). Além das limitações procedimentais à aplicação de sanções disciplinares, há também limitações de ordem material quanto à extensão máxima da suspensão disciplinar, ao tempo mínimo de férias garantido ao trabalhador e ao valor máximo das sanções pecuniárias.

Na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil não estão previstas outras espécies de sanção disciplinar além da suspensão e da dispensa do trabalhador por justa causa, para cuja caracterização, contudo, estão estipuladas as hipóteses legais de falta grave (art. 482 da CLT), incorporando ao Direito do Trabalho o princípio jurídico geral da tipificação legal de ilícitos e penas²²⁴. Como regra, não há exigências procedimentais na lei à aplicação de sanções disciplinares, nem mesmo para o efeito de garantir ao trabalhador o direito de defesa ou recurso contra a decisão do empregador, salvo via judicial. Excepcionalmente, se o empregado estiver ao abrigo de alguma estabilidade no emprego, a dispensa por justa causa depende de inquérito judicial para apuração da falta grave (art. 853 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil). Note-se, a propósito, que a garantia constitucional de relação de emprego protegida contra a despedida sem justa causa (art. 7.º, I, da Constituição brasileira) ainda pende de regulamentação por lei complementar²²⁵, motivo por que são mesmo

²²² RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 465.

²²³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 466.

²²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*, p. 210.

²²⁵ A lei complementar é espécie normativa cuja produção requer quórum de aprovação qualificado (art. 69 da Constituição brasileira), razão por que a regulamentação da garantia constitucional de proteção à dispensa sem justa causa é paradoxalmente mais dificultosa do que a regulamentação de outros aspectos da relação de trabalho, que pode ser feita por lei ordinária; venha a ser publicada a dita lei complementar, contudo, a regulamentação da

excepcionais as hipóteses de trabalhadores com vínculo de emprego estável aos quais é garantido o inquérito judicial para a dispensa por justa causa, sendo o caso das trabalhadoras gestantes, dos trabalhadores que tenham ficado afastados em gozo de benefício previdenciário por incapacidade laboral resultante de acidente do trabalho, mandatários sindicais, entre outros. Quanto à suspensão disciplinar, o art. 474 da CLT impõe apenas um limite de duração, cuja superação caracteriza falta grave pelo empregador e enseja a denúncia cheia do contrato de trabalho pelo empregado. Não obstante o acanhamento legal no tratamento da matéria, Maurício Godinho Delgado entende necessário o enquadramento da falta em um dos tipos legais existentes, bem como reputa sindicáveis judicialmente a atualidade da falta em relação à punição, bem como a proporcionalidade dessa em relação àquela, mas admite que há uma relativa discricionariedade por parte do empregador, a quem cabe decidir sobre a conveniência e oportunidade da suspensão disciplinar²²⁶.

Para além das sanções disciplinares contempladas na lei, a advertência, feita ao trabalhador de forma oral ou por escrito, incorporou-se ao costume trabalhista²²⁷, sendo comumente aplicada pelos empregadores sem qualquer restrição, salvo quando essa decorra de disposição do contrato de trabalho ou de norma coletiva aplicável à categoria. Por fim, como salienta Delgado, no Brasil não é admitida a imposição de multa ao trabalhador, tendo em conta a intangibilidade e irredutibilidade do salário²²⁸, o que se explica pelo fato de que a multa haveria de ser, afinal, paga com o salário recebido pelo trabalhador, a significar, de certo modo, que da aplicação da sanção resultaria a prestação de trabalho gratuito ao empregador, ou, dito de outra forma, que a sanção é cumprida, afinal de contas, pela prestação de trabalho não remunerado. Por esse trilho, a suspensão disciplinar vai bem como alternativa à multa pecuniária, porque efetivamente atinge o patrimônio do trabalhador, ao lhe suprimir o pagamento do salário, mas apenas no quanto seria devido pelo tempo que deixa de trabalhar no cumprimento da penalidade imposta pelo empregador, sem se converter, mesmo indiretamente, portanto, em pena sob a forma de trabalho não remunerado.

Não é, contudo, a proteção que o Direito do Trabalho oferece ao trabalhador contra o exercício do poder disciplinar pelo empregador o que permitirá identificar a subordinação que sinaliza a existência do contrato de trabalho: pelo contrário, o reconhecimento do contrato de trabalho é pressuposto à incidência das regras protetivas que irão modular o exercício desse poder a fim de garantir o respeito à dignidade do trabalhador que fica às ordens do beneficiário do trabalho. Aliás, a

proteção à dispensa sem justa causa também será, ao menos teoricamente, mais rígida do que a de outras garantias, por ser insuscetível de alteração pela via ordinária.

²²⁶ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 1232.

²²⁷ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 210.

²²⁸ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 1380.

necessidade de proteção legal contra o abuso do poder disciplinar é sinal de que, a não ser por isso, os empregadores, mesmo quando reconhecem a existência de um contrato de trabalho, abusariam — e de fato abusam — do poder disciplinar, deixando de observar os procedimentos exigidos por lei, ou as hipóteses cabíveis para a aplicação das sanções disciplinares, não sendo de se esperar que o empregador que, inversamente, resiste à formalização do contrato de trabalho, observe a legislação trabalhista para o efeito de aplicar advertências, suspensões ou multas ou de romper o contrato ante uma conduta faltosa do trabalhador.

Por outro lado, abstraída a proteção legal, o rompimento da relação por transgressão contratual, em que se traduz a dispensa por justa causa do trabalhador, sendo a mais grave sanção disciplinar a si aplicável, não é estranha à relação de trabalho autônomo, ou, para bem dizê-lo, a qualquer relação contratual no âmbito do Direito Civil, em que também encontra limitações. É esperado que a parte lesada pelo descumprimento contratual da outra parte queira pôr fim ao contrato, cabendo ao Direito disciplinar as hipóteses em que isso é admissível com ou sem indenização ou compensação. Da mesma forma, a imposição de multas por infração contratual é comum a outros contratos, não sendo uma particularidade do contrato de trabalho, exceto, no caso brasileiro, por não ser aceita em detrimento do trabalhador, o que, como visto, dá ensejo à suspensão disciplinar como penalidade de natureza patrimonial compatível com a proteção à dignidade do trabalhador sob uma relação contratual de livre adesão. Também a advertência, verbal ou por escrito, à parte faltosa é indiferente no âmbito das relações de trabalho e nos contratos de natureza civil. De resto, as sanções disciplinares que atinjam direitos tipicamente trabalhistas, como às férias, somente ocorrem, por suposto, no contexto de um contrato de trabalho já devidamente reconhecido pelo empregador, não servindo para identificá-lo.

Visto desse modo, o poder de disciplina não é sequer diferente da faculdade outorgada pelo contrato ou pela lei ao empregado de advertir, de exigir o pagamento de multas ou de romper a relação contratual sem aviso prévio ou indenização ao empregador faltoso. Logicamente, por conta da disparidade de forças entre o empregador e o empregado, a imposição de sanções contratuais por parte desse sobre aquele será mais dificultosa do que o inverso, servindo a disciplina da legislação trabalhista justamente para compensar essa desigualdade. Em todo caso, ao menos em tese, é uma faculdade comum a ambas as partes na relação de emprego, assim como em relações contratuais de outra natureza.

Retomando-se a concepção de que o poder de direção se particulariza na relação de emprego por estar associado ao poder de disciplina, nota-se, assim, que isso não é efetivamente particular ao

contrato de trabalho, porque também em outros casos as partes envolvidas em um contrato podem impor, umas às outras, as penalidades previstas em lei, ou na própria avença, em caso de descumprimento das obrigações recíprocas²²⁹. Isso antecipa também a ideia de que não é por associar-se ao poder de direção que o poder de disciplina se especializa no contrato de trabalho, o que dependerá unicamente da possibilidade de aquele estar validamente presente no âmbito do contrato de trabalho autônomo. Em ambos os casos, a questão remanescerá concentrada na caracterização da subordinação pela exercício do poder de direção pelo empregador, independentemente de sua associação ao poder de disciplina. A associação do poder de direção com o poder de disciplina será útil, porém, quando a imposição de sanções disciplinares puder revelar a sujeição do trabalhador ao poder de direção ou ao poder normativo, quando, por exemplo, o trabalhador é punido por uma conduta que seria aceita no âmbito do contrato de prestação de serviços autônomo, nomeadamente por abandonar o posto de trabalho após a conclusão dos serviços contratados sem aguardar novas instruções.

Essa associação, contudo, não é útil para solver a questão acerca da imputação jurídica dos atos materiais de direção das atividades laborais à pessoa jurídica empregadora. Segundo Ramalho, o poder disciplinar também pode ser delegado aos superiores hierárquicos do trabalhador²³⁰, com o que se refere, por suposto, não aos sócios-administradores da empresa empregadora, mas a trabalhadores com vínculo empregatício com a empresa, e que ocupam funções de gerência ou chefia, tal como ocorre com o poder de direção. Isto é, os atos materiais de imposição de sanções disciplinares aos trabalhadores subalternos também é um trabalho que pode ser incumbido ao empregado que ocupa uma função hierárquica superior. Sendo assim, a caracterização da subordinação pela sujeição do trabalhador ao poder de disciplina terá as mesmas limitações já tratadas acima, relativamente ao poder de direção, quanto à identificação da entidade empregadora, especialmente em situações de *outsourcing* (terceirização de serviços), contrato de trabalho temporário ou cedência ocasional de trabalhadores.

Por fim, o menor dos problemas do recurso à caracterização do poder de disciplina para a identificação da subordinação típica ao contrato de trabalho é também o mais óbvio: o poder de disciplina somente se manifesta em caso de infração às obrigações derivadas do contrato por parte do

²²⁹ Nesse sentido, Xavier assinala que poder disciplinar não é privativo da relação de trabalho, mas tem presença em outras formas de organização humana, de natureza contratual ou não, como, por exemplo, na administração pública, nas forças armadas, nas universidades e escolas, nas ordens profissionais, partidos políticos, sindicatos, etc. (XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 460).

²³⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 466.

trabalhador, sendo apenas latente num cenário de normalidade contratual, o que restringe significativamente a utilidade desse identificador da subordinação jurídica.

c) Poder normativo

Sabendo-se que a função primacial do Direito do Trabalho é a proteção da parte mais vulnerável da relação de trabalho, obstando a «ditadura contratual»²³¹, é paradoxal que seja reconhecido ao empregador um poder normativo, com o sentido de facultar-lhe a elaboração unilateral de regras a serem cumpridas pelo trabalhador no desempenho da sua função, mormente quando se considera que a existência de qualquer regra, no plano jurídico, supõe a sua compatibilidade com o Direito objetivo ali também existente, o que também diz respeito à competência normativa de seu autor. Segundo Pascal Lokiec, houve uma resistência inicial da *Cour de Cassation* francesa em reconhecer o poder regulamentar do empregador, análogo ao poder legislativo do Estado, sobre o trabalhador²³²; não obstante, o regulamento interno é atualmente entendido, na França, como um regulamento de direito privado e *deve* ser estabelecido nas empresas que tenham ao menos 20 empregados, obedecidas as regras de procedimento, em que estão contempladas a participação dos trabalhadores na sua elaboração, publicação, depósito e vigência do texto²³³.

Em Portugal, o art. 99.º do Código do Trabalho prevê a possibilidade de o empregador elaborar um regulamento interno sobre organização e disciplina do trabalho da empresa (n.º 1 do art. 99.º), exigindo para tanto que seja ouvida a comissão de trabalhadores ou, na sua falta, as comissões intersindicais ou sindicais ou os delegados sindicais (n.º 2), bem como que seja publicado “de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a todo o tempo, pelos trabalhadores” para que produza efeitos (n.º 3). Ainda assim, Maria do Rosário Palma Ramalho não trata da imposição de regras pelo empregador ao empregado como proveniente de um poder à parte, mas, sim, como desdobramento do poder de direção e do poder disciplinar com que o empregador exerce o domínio sobre a relação de emprego. Para a autora, esses poderes têm um aspecto executivo, dado, respectivamente, pela formulação de ordens diretas ao trabalhador, e pela aplicação de sanções disciplinares ao empregado faltoso; e um aspecto regulamentar, atinente à elaboração de instruções genéricas, no caso do poder de direção, e de regras de disciplina, não necessariamente justificadas pela sua relação direta com a atividade laboral, mas também pela dinâmica da sua organização, no contexto do poder disciplinar²³⁴. A autora posiciona no âmbito do poder disciplinar um conteúdo ordenatório, ou prescritivo, que permite

²³¹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 15.

²³² LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 177-178.

²³³ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 178-179.

ao empregador estabelecer regras de comportamento e disciplina sem se reportar à prestação do trabalho, compreendendo regras de apresentação pessoal, fardamento, acesso e circulação, uso de meios de comunicação, e as regras em matéria de saúde e segurança no local de trabalho²³⁵. Com a mesma interpretação, mas tratando efetivamente como um poder à parte, Bernardo da Gama Lobo Xavier assinala que, pelo poder regulamentar, o empregador exerce, em caráter geral e abstrato, os poderes diretivo e disciplinar que lhe tocam ao estabelecer as normas gerais de organização e disciplina do trabalho que, então, leva ao conhecimento dos trabalhadores²³⁶.

A Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil não estipula as regras para a elaboração do regulamento interno da empresa, embora a noção esteja contemplada incidentalmente no Diploma, designadamente no art. 144, que dispõe sobre a não integração dos abonos de férias – inclusive decorrente do regulamento da empresa – na remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho. No tratamento jurisprudencial da matéria, o regulamento interno da empresa é compreendido como parte integrante do contrato de trabalho e, como tal, é considerado infenso a alterações unilaterais pelo empregador ou que desfavoreçam o empregado nos termos do art. 468 da CLT²³⁷, tal como o explicita a Súmula de Jurisprudência n.º 51 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula n.º 51 – NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.”²³⁸

Por exigir o consentimento do trabalhador, inclusive para efeito de alteração do regulamento interno da empresa em seu benefício, o art. 468 da CLT contrapõe-se ao exercício do poder normativo pelo empregador no curso do contrato de trabalho, à luz do princípio da intangibilidade ou inalterabilidade do contrato (*pacta sunt servanda*) que, no âmbito do Direito do Trabalho, não é

²³⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, pp. 458-459.

²³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 465.

²³⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 470-471.

²³⁷ “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

²³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST); Secretaria-Geral Judiciária; Coordenadoria de Jurisprudência – *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDH, SBDH Transitória, SBDH e SDC), Precedentes Normativos* [em linha]. – Brasília : CSG/SEG/TJDF, 2016. [Consult. 20/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/>>, p. A-13.

modulado pela noção de *rebus sic standibus*, dado que os riscos do empreendimento devem correr por conta do empregador²³⁹.

O poder normativo no curso do contrato de trabalho também notado no art. 461 da CLT, que dispõe sobre a isonomia de tratamento salarial entre os trabalhadores no desempenho das mesmas funções, cujas regras podem ser suplantadas pela organização de pessoal em quadro de carreira ou pelo plano de cargos e salários adotado por meio de norma interna, agora “dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público”, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 13.467/2017, de 13 de julho. Essa ressalva não significa que o empregador possa autorizar-se a si mesmo, por meio de seus regulamentos internos, a praticar salários discriminatórios, senão que a isonomia salarial entre trabalhadores incumbidos da mesma função passa a ser avaliada com base nos critérios fixados no plano de cargos e salários ou no quadro de carreira, inclusive quanto às hipóteses de promoção funcional – a resultar na alteração de condições dos contratos individuais de trabalho dos empregados envolvidos, nomeadamente o valor do salário e, ocasionalmente, as suas atribuições funcionais. Que isso possa ser feito, alterando efetivamente a obrigação principal do trabalhador, sem o seu consentimento, ainda que concomitantemente a um aumento salarial, por força das normas internas da empresa, elaboradas unilateralmente (no caso brasileiro) pelo empregador, é evidência clara do seu poder normativo, ainda que esteja suposto que a norma interna pré-exista à admissão do trabalhador, que, com a assinatura do contrato, adere também às regras vigentes na empresa.

Para Xavier, com a evolução do contrato e as inovações tecnológicas, a atividade do trabalhador há de ser compreendida com certa elasticidade e flexibilidade, a fim de possibilitar ao empregador alguma margem de manobra ordinária²⁴⁰. Isso não se estende à designação unilateral pelo empregador de postos de trabalho ou de funções incompatíveis com a atividade contratada, que, portanto, delimita o seu poder diretivo²⁴¹. Essa flexibilidade atende aos interesses tanto do empregador como do empregado, nesse caso pela expectativa de progredir na carreira dentro da empresa, e não executar sempre as mesmas funções de quando foi admitido²⁴², tendo também em conta a imprevisibilidade da alteração técnico-organizativa e as conexões com a prestação de outros trabalhadores, pelo que a prestação de trabalho teria uma concepção de geometria variável, aberta à mudança²⁴³. Ressalva-se que, em circunstâncias excepcionais, o trabalhador pode ser temporariamente

²³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho – «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos». Revista do Tribunal Superior do Trabalho [em linha]. Vol. 66, n.º 3 (jul./set. 2000), pp. 129-138. [Consult. 19/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/85298>>, pp. 131-133.

²⁴⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 449-450.

²⁴¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 451.

²⁴² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 451-452.

²⁴³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 457-458.

encarregado de serviços não compreendidos no objeto do contrato pelo exercício do *jus variandi* do empregador²⁴⁴.

Sobre o conceito de *jus variandi* no Brasil, Maurício Godinho Delgado assinala que o empregador tem, como corolário do seu poder diretivo, a prerrogativa de ajustar, adequar ou alterar de forma unilateral as circunstâncias e critérios da execução do trabalho, quando não regulados pelo contrato, pela legislação trabalhista ou pelas normas resultantes de negociação coletiva²⁴⁵. Segundo o autor, posto que, de ordinário, o *jus variandi* atinja aspectos não essenciais da relação entre as partes, extraordinariamente pode abranger a alteração unilateral das cláusulas do contrato de trabalho, em caráter definitivo ou não, nos casos previstos em lei ou nas normas coletivas²⁴⁶.

Em Portugal, pelo exercício do *jus variandi* diz-se habilitado o empregador a incumbir temporariamente ao empregado funções não compreendidas na atividade contratada, desde que disso não resulte modificação substancial da posição do trabalhador (art. 120.º, n.º 1, do Código do Trabalho)²⁴⁷. Nessa hipótese, contudo, não há coincidência entre o *jus variandi* e o poder normativo do empregador, porque não se está a falar efetivamente de alteração unilateral do contrato, mas no desvio ao seu cumprimento, por assim dizer, nas hipóteses em que a lei o permite, pelo que o *jus variandi* ocorre mesmo como manifestação do poder de direção da relação de emprego.

De qualquer forma, como já foi dito acima sobre a proteção legal do empregado contra o abuso do poder disciplinar pelo empregador, também a disciplina legal do exercício do poder normativo do empregador opera no campo das consequências do reconhecimento do vínculo empregatício, pelo que não é útil para identificá-lo — e, mesmo que fosse, os limites impostos ao empregador à alteração das normas que regem a relação jurídica que mantém com o empregado não são tão peculiares dos que se impõem em qualquer relação contratual, em que também vigora o princípio do *pacta sunt servanda*, modulado mais ou menos intensamente pelo *rebus sic standibus* do que o é, no contexto do contrato de trabalho, pelo *jus variandi*.

O que há mesmo de peculiar na seara do Direito do Trabalho, em comparação com a disciplina do Direito Civil sobre a prestação de serviços, é o peso dos limites impostos à fixação das bases contratuais já na formação da relação jurídica de emprego, pelos quais são garantidos ao trabalhador direitos trabalhistas inegociáveis, assim compensando a sua presumida vulnerabilidade perante o empregador na fase pré-contratual. Se bem que, mesmo assim, a incidência desses limites

²⁴⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 453.

²⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho – «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos», p. 134.

²⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho – «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos», pp. 134-135.

²⁴⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 453.

pressupõe a identificação do vínculo empregatício, a sua existência é reflexo da disparidade factual de forças entre o empregador e o postulante a uma vaga de emprego, o que põe em evidência a verdadeira face do poder normativo patronal: a de, valendo-se dessa disparidade de forças, fixar, desde logo, em tudo o que não é impedido pelo Ordenamento Jurídico, as regras que ditarão o desenrolar da relação de emprego, estipulando unilateralmente as cláusulas do contrato que oferece ao trabalhador, a quem cabe, de um modo geral, aceitar ou não o emprego naquelas condições — o que faz do contrato de trabalho um contrato de adesão²⁴⁸. Note-se que essa característica do contrato de trabalho estará sempre presente, mesmo que ocorra em diferentes graus, proporcionalmente à disparidade de forças verificada entre as partes na fase pré-contratual: quanto mais massificada a mão de obra disponível para a vaga oferecida, menor será a margem de negociação do trabalhador na assinatura do contrato de trabalho; mas, mesmo quando haja pouca concorrência à vaga de emprego, dadas, por exemplo, as especificidades das qualificações profissionais necessárias para ocupá-la, há um conteúdo mínimo do contrato invariavelmente pré-determinado pelo empregador, e que consiste justamente nas regras atinentes à obrigação principal do trabalhador, incluindo, pois, as qualificações profissionais especificamente exigidas para o desempenho das funções. O médico cirurgião ortopedista especializado em uma determinada articulação do corpo humano terá certamente mais facilidade para negociar certos aspectos do contrato, como o salário, os horários de trabalho, ou mesmo a sua posição hierárquica perante outros trabalhadores do hospital, mas não poderá negociar a natureza da função para a qual está sendo contratado, a fim de atuar não como cirurgião especializado, mas como médico clínico geral, por exemplo: a possibilidade de negociação sobre todos os demais aspectos do contrato de trabalho circundam as regras mínimas estipuladas unilateralmente pela empregadora, atinentes ao objeto da obrigação principal do empregado, de trabalhar como cirurgião ortopedista especializado; e, se houver outras vagas de emprego na empresa para as quais o trabalhador esteja igualmente habilitado, serão outras as margens de negociação que terá ao postulá-las.

Diferentemente do que ocorre com os poderes de direção e de disciplina enfeixados pelo empregador, os quais somente têm sentido na execução do trabalho, para conformá-la aos seus interesses econômicos, o poder normativo se manifesta principalmente no momento anterior à celebração, quando o empregador muitas vezes dispõe unilateralmente sobre as condições contratuais atinentes à remuneração e ao tempo, lugar, modos e meios a serem empregados pelo empregado na execução das atividades, mas sempre dispõe unilateralmente sobre qual atividade quer que seja

²⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho – «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos», p. 130; BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*. 10.ª ed. atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo : LTr, 2016, p. 162.

prestada, a significar que a subordinação jurídica, como coloca Pascal Lokiec, decorre das estipulações do contrato²⁴⁹. Na verdade, o poder normativo é em grande parte paralisado pela celebração do contrato, no qual, porém, ficam cristalizadas as regras inicialmente impostas pelo empregador, instrumentadas tanto no contrato como nos regulamentos internos da empresa, a moldar a execução do trabalho dali para frente, inclusive quanto ao exercício dos poderes de direção e disciplina da relação contratual.

O fato de o contrato de trabalho por vezes se estabelecer de forma tácita entre as partes não altera essas conclusões. Mesmo nesse caso, o vínculo de emprego se forma preponderantemente com base nas condições impostas verbalmente pelo empregador, especialmente quanto à função contratual do empregado e a respectiva remuneração, e pode ser mesmo que interesse ao empregador que essas condições não fiquem engessadas por um contrato escrito, para que continue exercendo de fato, embora sem respaldo jurídico, o poder normativo já no curso do contrato de trabalho, introduzindo unilateralmente modificações nas condições contratuais tacitamente ajustadas em seu próprio favor, supondo-se que para resistir a elas, sob o pálio do *jus resistantiae*²⁵⁰, o empregado terá o ônus de comprovar o que ficara antes tacitamente ajustado com o empregador.

Há, ainda, as situações em que o beneficiário do trabalho, valendo-se do mesmo modo da disparidade de forças face ao trabalhador na fase pré-contratual, impõe cláusulas contratuais tendentes a descaracterizar o vínculo empregatício, a fim de escapar à disciplina protetiva do Direito do Trabalho e dos encargos econômicos daí decorrentes, compelindo com isso a outra parte a celebrar um contrato prestação de serviços na condição de trabalhador autônomo — o que dá ocasião ao exame do que significa, de um modo geral, a autonomia da prestação de serviços que, regida pela legislação civil, dispensa as garantias trabalhistas próprias do vínculo empregatício.

Por estar o trabalhador empregado sujeito às ordens e instruções do empregador para a execução do trabalho a que se obrigou por contrato, diz-se que o trabalho subordinado caracteriza-se por ter uma execução heteroconformada²⁵¹ ou heterodeterminada²⁵², o que, se é para identificar o campo de incidência da disciplina protetiva do Direito do Trabalho, sugere que do outro lado, no âmbito das relações de trabalho regidas pelo Direito Civil, a execução do trabalho seria marcadamente autodeterminada ou autoconformada pelo prestador. Não obstante, e posto que a noção de heterodeterminação se aproxime mais do poder de direção da atividade laboral e também, portanto, da

²⁴⁹ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 122.

²⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho – «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos», p. 131.

²⁵¹ AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, p. 10.

²⁵² MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, p. 274-276, FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, p. 20.

etimologia do próprio termo “subordinação”, que, como visto, deriva da noção de estar sob as ordens de outrem²⁵³ na execução do trabalho, o trabalho não subordinado é comumente qualificado como “autônomo”, cujo sentido não é exatamente oposto àquela noção. A palavra autonomia, oriunda do grego *αὐτόνομος*, invoca a ideia de regradar-se a si mesmo, e tem como antônimo a heteronomia, assim entendida a sujeição às normas impostas por outrem. Dito de outra forma, se, para a identificação da subordinação no âmbito da relação de emprego, tomando-se com rigor o significado etimológico dessa expressão, importa principalmente o exercício, pelo empregador, do poder de direção da atividade laboral, por outro lado, o conceito de autonomia, porque tem, no âmbito do contrato de prestação de serviços, o sentido de trabalhar segundo as suas próprias regras, é literalmente oposto à ideia de sujeição ao poder normativo do beneficiário do trabalho. Sublinhe-se que a autonomia está aqui a ser tratada com o sentido amplo, não apenas com o significado de elaborar unilateralmente as próprias regras, mas também de participar com a outra parte, em igualdade de condições, na sua elaboração, o que também se opõe ao conceito de heteronomia, entendida como a sujeição às regras impostas por outrem.

A imperfeição da dicotomia entre os conceitos de heterodeterminação, corolário da subordinação, e de autonomia põe em questão o que é realmente determinante para se identificar o vínculo empregatício, sabendo-se que, nesse caso, a heterodeterminação e a heteronomia podem coincidir ou não nas relações jurídicas que envolvam a prestação de um trabalho ou serviço. Para começar, a heterodeterminação para a execução de uma determinada atividade inserida num contexto de heteronomia aponta na direção da existência de uma relação de emprego, sendo o caso dos operários das linhas de produção das indústrias, por exemplo, quando têm de observar as regras impostas pela empresa para a execução do trabalho e, além disso, cumprir as ordens providas de seus superiores hierárquicos. A autodeterminação num contexto de autonomia, inversamente, aponta para a caracterização de um vínculo jurídico de natureza civil, como no caso do sapateiro que presta seus serviços aos seus clientes na sua própria sapataria, durante os horários de funcionamento por ele mesmo determinados e mediante o pagamento do preço por ele estipulado. É possível, no entanto, trabalhar de forma heterônoma, isto é, cumprindo as regras impostas por outra pessoa, mas com autodeterminação, orientando por si mesmo as suas ações e dispensando as instruções de um chefe ou supervisor, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores que desempenham funções de chefia, ou que executam atividades técnicas altamente especializadas, ou que prestam serviços “p2p” mediante sistema informático gerido por terceiro. De outro lado, também é possível trabalhar de forma

²⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 653.

autônoma, segundo as regras por si mesmo estipuladas, de modo heterodeterminado, cumprindo as instruções de outra pessoa, como no caso de um animador de festa infantil, ou de um cabeleireiro dono de seu próprio salão, ou de um jardineiro em relação ao seu cliente. Nesses casos, a heterodeterminação da atividade por suposto ficará contida pelas regras estipuladas pelo prestador, que, com isso, dá ao cliente a possibilidade de determinar alguns aspectos da prestação laboral, podendo compreender os horários e local da prestação dos serviços, os modos, ou os meios a serem empregados na execução. Assim, o cabeleireiro disponibilizará ao cliente um horário para atendê-lo no seu salão, e lhe oferecerá uma gama limitada de serviços de estética, higienização e tratamento dos cabelos, cabendo ao cliente determinar se os serviços que lhe serão prestados compreenderão corte, pintura ou lavagem, bem como quais produtos quer que sejam aplicados, ou quais instrumentos ou aparelhos quer que sejam utilizados, etc..

Como se vê, a heterodeterminação da atividade prestada pelo trabalhador não é incompatível com a sua autonomia e, logo, com a prestação de serviços sob o regime do Direito Civil, justamente porque as regras postas pelo trabalhador, ou ao menos estabelecidas de forma substancialmente bilateral entre o trabalhador e o beneficiário do trabalho, delimitam a extensão das escolhas do cliente quanto ao tempo, lugar, modo e meios de execução da prestação. De outro lado, mesmo que o trabalhador execute suas atividades laborais com autodeterminação, se ele não participa efetivamente da elaboração das regras que ditam a prestação dos serviços, mas acolhe as regras impostas pelo beneficiário do trabalho, a conclusão lógica é de que presta o trabalho sob heteronomia, e não com autonomia.

A propósito do trabalho heterônimo no contexto da prestação de serviços “p2p”, a *Cour de Cassation* francesa, no julgamento de recurso interposto pela empresa Uber BV e Uber France contra sentença que reconheceu o vínculo empregatício da primeira com um motorista que prestava seus serviços por intermédio da plataforma disponibilizada pelas empresas, decidiu que a liberdade de escolha dos horários de trabalho e mesmo a liberdade para se conectar ou não à plataforma não descaracterizam o vínculo empregatício, reconhecido, no caso, pelo desempenho de trabalho sob a autoridade de um empregador que tem o poder de dar ordens e diretrizes, controlar sua execução e sancionar as violações de seu subordinado, do que é indício o fato de o trabalho ser integrado em um serviço organizado, quando o empregador determina unilateralmente as condições de execução²⁵⁴. No acórdão constou que a empresa controlava as rotas a serem percorridas pelo motorista, bem como

²⁵⁴ Acórdão n.º 374, de 4 de março de 2020 (19-13.316) – Tribunal de Cassação, Câmara Social, disponível em https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html.

impunha sanções pela recusa reiterada de corridas, pelo que se constatou a subordinação do motorista à empresa, não obstante a relativa liberdade que o motorista tinha de se conectar à plataforma. No caso em concreto havia concomitantemente, portanto, espaços de autodeterminação e situações de heterodeterminação das atividades laborais decorrentes das regras impostas pela empresa na contratação do trabalhador.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal da Espanha reconheceu a existência de contrato de trabalho entre entregador (estafeta) e a operadora de plataforma eletrônica de entregas Glovo, assinalando que tal empresa explora um sistema produtivo caracterizado por não exigir o cumprimento de um horário rígido, porque as microtarefas se distribuem entre uma pluralidade de trabalhadores que recebem por serviço executado, o que garante que haja entregadores que aceitem o horário deixado pelo trabalhador que não queira trabalhar²⁵⁵. Tal como no caso da Uber, a liberdade oferecida pela Glovo aos trabalhadores é, segundo a decisão, de certa forma tolhida pela penalização ao trabalhador que não esteja operativo na faixa de horário por ele escolhida, bem como pela redução de sua pontuação por não escolher as faixas horárias de maior demanda, ao passo em que cabe à Glovo impor as regras precisas às quais a prestação dos serviços está sujeita²⁵⁶, não tendo o entregador qualquer intervenção nos acordos estabelecidos entre a Glovo e os comércios, nem na relação entre a Glovo e os clientes aos quais servem os pedidos, pelo que a autonomia do trabalhador é muito limitada e alcança apenas questões secundárias²⁵⁷. Em conclusão, o Tribunal apontou que a Glovo não se limita a prestar um serviço eletrônico de intermediação à contratação de serviços entre comércios e entregadores, mas atua efetivamente na coordenação e organização de serviço de entregas, para o qual fixa o preço e as condições de pagamento e de prestação de dito serviço, estabelecendo instruções que permitem controlar o processo produtivo mediante gestão algorítmica²⁵⁸.

É comum a ambos os casos o fato de que a prestação de serviços intermediada por essas plataformas eletrônicas é ditada pelas regras impostas pelas operadoras de ditas plataformas, abrangendo aspectos tão formais da prestação quanto as vestimentas de uso permitido ao trabalhador e tão substanciais quanto a contraprestação paga pela execução dos serviços, sem qualquer margem para negociação com o trabalhador que aceite executá-los. Sua “autonomia” limita-se, portanto, a aderir ou não ao trabalho proposto pelas operadoras, e, logo, ao contrato que o habilita a essa escolha — para todo o efeito, pois, em termos de “pegar ou largar”.

²⁵⁵ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall», p. 124.

²⁵⁶ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall», p. 124.

²⁵⁷ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall», p. 126.

²⁵⁸ AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall», p. 126.

Se o poder de direção atribuído ao empregador decorre do contrato e é por ele limitado²⁵⁹, e o poder normativo do empregador é o que molda esse contrato e, logo, configura a heterodeterminação da atividade laboral, então a heteronomia está na origem da subordinação, e, mesmo que deixe de se manifestar na execução do contrato de trabalho, ou que sua manifestação seja muito restringida pelas garantias trabalhistas de que goza o empregado, a sua marca sobre a clausulagem contratual, tácita ou não, pode servir para identificar a subordinação nos diferentes contornos que pode assumir a heterodeterminação do trabalho subordinado, distinguindo-a da heterodeterminação dos serviços prestados pelo trabalhador autônomo. Em certo sentido, a heterodeterminação é a face contratual da heteronomia, o que quer dizer também que a heteronomia é a face pré-contratual da heterodeterminação, em que o proponente de uma vaga de emprego se prevalece de sua posição de relativa vantagem econômica e social perante os trabalhadores que se candidatam à vaga para impor, até o limite permitido pela legislação trabalhista, as regras com base nas quais o poder de direção há de ser exercido para orientar as atividades laborais à consecução dos objetivos do empreendimento, e por cuja infração o empregador infligirá ao empregado as sanções disciplinares cabíveis. De novo, o grau de desvantagem entre o empregador e o empregado, na fase pré-contratual, se reflete na margem de negociação que o trabalhador tem na elaboração das cláusulas contratuais e, logo, na extensão do poder diretivo do trabalhador que se segue à contratação. O poder normativo pode ser entendido, portanto, como a projeção, no mundo jurídico, do poder econômico do empreendedor e, logo, da empresa dotada de personalidade jurídica com patrimônio próprio, que lhe permite configurar os arranjos jurídicos necessários para o fim de explorar economicamente o trabalho de outros, retirando-lhes a autonomia. Não se trata de reconduzir a questão à dependência econômica do empregado em relação ao empregador, mas, sim, de ter em conta as consequências da desigualdade potencial das partes para a formulação das regras que disciplinarão a relação de trabalho em sua gênese.

No que diz respeito à imputação do poder normativo à pessoa jurídica empregadora, é preciso, em primeiro lugar, ter em conta diferença do contrato enquanto conjunto de normas fixadas pelas partes para reger a relação de emprego do contrato enquanto instrumento que as registra. Com efeito, não obstante as exigências de registro da relação de emprego nos órgãos governamentais competentes, inclusive para efeitos previdenciários, o contrato de trabalho pode ser celebrado mediante instrumento escrito, por ajuste verbal, ou de forma tácita, assim ocorrendo quando o trabalhador simplesmente passa a trabalhar em favor de alguém, que aceita esse trabalho, direcionando-o para a realização de seus interesses econômicos, e o retribui (ou ao menos fica

²⁵⁹ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 662.

subentendido que o retribuirá²⁶⁰) por isso. Tomando-se a assinatura do contrato, as tratativas verbais ou a aceitação do trabalho como manifestações, no mundo físico, do poder normativo do empregador, não há nisso muita diferença do que se observa na externalização do poder de direção, na medida em que estarão envolvidas, da mesma forma, duas ou mais pessoas naturais, uma das quais na condição de trabalhador, sujeitando-se aos termos do contrato oferecido para ser admitido à vaga de emprego, assim como se sujeitará, uma vez contratado, às ordens do empregador para executar as suas obrigações, e outra ou outras pessoas naturais ocupando a posição de proponentes da vaga de emprego, seja por conta própria ou de outro, que pode ser uma pessoa jurídica. O ato de contratação, envolvendo a seleção do trabalhador, a exposição das propostas para o emprego e a assinatura do contrato, é também um trabalho que pode ser incumbido a um trabalhador empregado, assim como pode ser desempenhado por quem tenha um vínculo societário com a empresa empregadora.

Por outro lado, o contrato enquanto conjunto de normas fixadas pelas partes (e predominantemente pelo empregador) para reger a relação de emprego tem sua existência no plano jurídico, onde também existem (ou não) as normas que investem na condição de representante do empregador a pessoa natural que seleciona e contrata o trabalhador, bem como as normas que permitem que o empregador se aproprie do resultado do trabalho prestado pelo empregado, ou o explore economicamente de outra forma. É, ainda, onde se situam as normas que dão existência à pessoa jurídica, e onde a própria pessoa jurídica existe. Por essa série de arranjos jurídicos, concebe-se que alguém, embora ocioso em sua residência, aumente seu patrimônio como resultado do trabalho executado por outros, na linha de produção da fábrica, da qual o operário e seu chefe, que o contratou, são empregados, e que pertence à sociedade comercial de que o primeiro é sócio sem funções administrativas ou fiscais. Nesse sentido, é a identificação das marcas do poder normativo nos arranjos jurídicos que se interpõem entre o trabalhador e a pessoa jurídica beneficiária do trabalho o que permitirá imputar juridicamente a essa os atos materiais de direção e disciplina incumbidos ao chefe do trabalhador que caracterizam os poderes de direção e disciplina da atividade laboral no âmbito do vínculo empregatício.

O poder normativo, como espelho no plano jurídico do poder econômico do empreendedor, manifesta-se de uma forma geral pela imposição de contratos de adesão aos trabalhadores na oferta de vagas de emprego ou às empresas prestadoras de serviços na sua contratação, e, de uma forma mais específica, pelo domínio jurídico sobre a expressão econômica da atividade laboral a ser prestada.

²⁶⁰ Mais sobre isso no Capítulo 4.2, sobre a gratuidade como elemento descaracterizador da relação de emprego, abaixo.

Isso quer dizer que a heteronomia pode ser reconhecida em todo caso quando o tomador do trabalho predispõe as cláusulas do contrato que firma diretamente com o trabalhador, independentemente da natureza atribuída formalmente ao ajuste; ou, da mesma forma, quando a empresa beneficiária do serviço predispõe as cláusulas do contrato que firma com empresa prestadora, que, por sua vez, predispõe as cláusulas do contrato que firma com o trabalhador que haverá de os executar. Em resposta à vantagem negocial do tomador dos serviços numa situação em que a oferta de mão de obra é abundante, a permitir-lhe pré-estabelecer as condições à contratação, relegando ao trabalhador a mera opção de “pegar ou largar” a oportunidade de trabalho oferecida, o Direito de Trabalho impõe, pelo lado do trabalhador, as condições mínimas de trabalho a que ele pode ficar sujeito, incluindo o valor mínimo da sua remuneração e os tempos de repouso, também em termos de “pegar ou largar” para o empregador, como limite explícito ao domínio desse sobre o sentido econômico do trabalho para o empregado.

Além disso, mesmo que haja alguma margem de negociação em todo caso, ainda assim o poder normativo há de ser detectado na hipótese de se verificar a integração da atividade laboral prestada pelo trabalhador na atividade econômica explorada pela pessoa natural ou jurídica beneficiária do trabalho — caso em que o domínio sobre a expressão econômica do trabalho opera-se, portanto, pela extração da mais-valia, a inspirar o conceito de *ajenidad*²⁶¹ —, com o que se realiza, no caso da pessoa jurídica, o seu objetivo social, descrito nas normas que integram seus atos constitutivos, dando lugar à caracterização da subordinação objetiva²⁶², a ser tratada mais adiante.

3.2.3. Subordinação estrutural

Se a compreensão da subordinação jurídica com sentido de dependência pessoal inspira-se na evolução das relações de trabalho a partir do reconhecimento histórico da exploração massificada do trabalho escravo e servil que precedeu a exploração massificada do trabalho livre sob vínculo empregatício, a concepção de uma subordinação jurídica com viés orgânico ou estrutural, notada a partir da inserção do trabalhador na dinâmica e funcionamento da organização²⁶³, centraliza o problema na ideia da empresa em si, entendida como uma comunidade de trabalho, com sentido de coletividade, e cuja origem também se relaciona com as circunstâncias socioeconômicas que propiciaram a formação do Direito do Trabalho.

²⁶¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra – *Curso de direito do trabalho*. 13.ª ed.. [livro digital]. São Paulo : Saraiva, 2021, Tit. II, Cap. I, Item 3.2.5. Sobre a *ajenidad* como elemento característico do contrato de trabalho, vide Capítulo 3.3, abaixo.

²⁶² DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 328.

²⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 328.

Oronzo Mazzotta situa o nascimento do Direito do Trabalho no surgimento da civilização industrial e dos modos de produção que lhe são inerentes, com a transição da organização produtiva do tipo artesanal, voltada à satisfação das exigências da economia citadina ou da corte, para a produção estruturada em forma de empresa capitalista, destinada ao mercado como é entendido hoje²⁶⁴. A relação de trabalho, segundo o autor, surge sob a confluência da relação de servidão e da relação de “Verlag”, assim definida a relação entre o artesão e o comerciante que lhe emprestava dinheiro a ser restituído em forma de participação nos lucros da loja, introduzida como alternativa à usura, então proibida²⁶⁵. A relação de “Verlag” é sucedida pela concentração do capital pelo comerciante, que passa a encarregar a vários artesãos as diversas fases de produção de um determinado produto, em forma de produção fracionada no território, com descentralização produtiva, e que posteriormente vem a ser concentrada num mesmo local, sob a dependência do empreendedor, dando início ao advento das fábricas e à produção em série²⁶⁶. Em um determinado momento da evolução o artesão, já desprofissionalizado, passa a oferecer sua força de trabalho ao proprietário dos meios de produção, e essa relação vem a constituir o protótipo da figura sócio-jurídica do trabalhador subordinado²⁶⁷. É apenas com a separação completa entre a titularidade do trabalho e dos meios de produção, verificada com a Revolução Industrial, que surge o modelo de trabalho moderno, em que poucos detêm os bens de capital, e muitos alienam previamente o seu labor, a troco de meios de subsistência, ao detentor de outros fatores de produção, investido na posição de empregador²⁶⁸.

À revolução tecnológica proporcionada pela invenção das máquinas a vapor, somam-se, como condições para a transição para esse sistema, a modificação da relação socioeconômica com a superação das limitações impostas pelo corporativismo, o que, segundo Mazzotta, veio a ser proporcionado pelas grandes revoluções burguesas (francesa e americana) e pela repercussão desse pensamento liberal no mundo jurídico, verificada com as grandes codificações, em que foi negligenciada a matéria juslaboral²⁶⁹. Na Idade Média e Moderna, expõe Xavier, o trabalho livre, no âmbito das corporações de ofício, ganhara sentido comunitário, hierarquizado e semifamiliar, embora sem o sentido protetivo que caracteriza o Direito do Trabalho, e, se bem o declínio da economia corporativa e o início da sociedade industrial e do capitalismo tenham levado ao enaltecimento político e ético do trabalho, especialmente quando entendido em sentido de indústria e iniciativa, na prática

²⁶⁴ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*. 3.ª ed.. Lavis : Wolters Kluwer Italia, 2014, p. 1.

²⁶⁵ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 2.

²⁶⁶ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 2.

²⁶⁷ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 2.

²⁶⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 39.

²⁶⁹ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, pp. 2-3.

recrudesceram-se as condições de trabalho e a classe operária foi levada a um estado de miserabilidade, tendo como consequência o surgimento da Questão Social²⁷⁰.

Com a superação do associativismo hierarquizado das corporações de ofício pelo advento da hierarquização corporativa no âmbito das empresas capitalistas os trabalhadores foram levados à miséria; em reação, os trabalhadores ganharam progressiva consciência de sua força coletiva, dinamizando a solidariedade de classe por um associativismo crescente, que deu origem ao movimento operário e desencadeou os debates ideológicos acerca da valorização do trabalho e da modificação da situação de exploração dos trabalhadores²⁷¹. Mazzotta expõe que, diante da presença de uma enorme massa de mão de obra constantemente disponível que deu lugar à Questão Social, formaram-se as primeiras ligas de resistência e experimentaram-se novas formas de lutas, pela greve, e de organização, pelos sindicatos, pressionando a produção do primeiro núcleo da legislação social, a prover uma tutela mínima dos trabalhadores ou de grupos de trabalhadores particularmente desfavorecidos, como mulheres e crianças²⁷².

Segundo Xavier, o Direito dos Contratos, voltado a regular relações entre iguais, não estava apto a impedir as injustiças decorrentes do modelo de relação de trabalho surgido com a Primeira Revolução Industrial, em que havia uma desproporção de forças que carecia da intervenção do ordenamento jurídico²⁷³. Com tornar-se uma questão de ordem pública, o movimento operário fez dar valor político às lutas dos trabalhadores, e, nesse contexto, desenvolveu-se, no século XX, o Direito do Trabalho, a restringir largamente os princípios da autonomia da vontade em nome do restabelecimento de uma relativa paridade de forças entre as classes, pela legitimação das associações profissionais de trabalhadores (os sindicatos) e os seus direitos ao conflito (a greve)²⁷⁴. Mazzotta assinala que as primeiras leis trabalhistas na Itália não se endereçavam à relação de trabalho subordinado, mas diretamente ao operário das fábricas industriais, referência normativa com base na qual parte da doutrina jurídica tentou reconstruir o suporte fático fundamental do trabalho subordinado²⁷⁵. O referente originário do Direito do Trabalho é o operário da empresa industrial, assim entendido o artesão proletarizado e o pequeno agricultor que é forçado, para sua sobrevivência, a vender a própria força de trabalho ao empreendedor que detém os meios de produção, que lhe dá o poder de organizar uma

²⁷⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 41-42.

²⁷¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 42.

²⁷² MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 3.

²⁷³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 40.

²⁷⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 42-43.

²⁷⁵ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 3.

grande massa de trabalhadores a ele subordinados (ou dele dependentes), operando uma síntese entre o aporte de capital, a produtividade das máquinas e o trabalho do homem²⁷⁶.

Se, portanto, o Direito do Trabalho nasce como resposta a um conflito de classes, marcado pela integração do trabalhador em entes coletivos, ora de natureza associativa ou corporativista, ora de natureza econômica e exploratória, é pertinente a busca pelo sentido coletivo da subordinação que dá a reconhecer o contrato de trabalho, já não apenas como instrumento de controle da prestação laboral, mas como um fenômeno relacionado com a inserção do trabalhador na dinâmica da organização e do funcionamento da empresa²⁷⁷ — noção que estava inserida entre os indícios que induziam a presunção da existência de contrato de trabalho segundo o art. 12.º do antigo Código do Trabalho português, aprovado pela revogada Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto²⁷⁸, e atualmente pode ser detectada no próprio conceito de contrato de trabalho disposto no art. 11.º do atual Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 07/2009, de 12 de fevereiro²⁷⁹.

Amauri Mascaro Nascimento sustenta que, na sociedade pós-industrial, ao Direito do Trabalho interessa o trabalho prestado para uma organização, que direciona esse trabalho para dele tomar proveito, e a continuidade formal se dá pelo entrelaçamento físico-jurídico entre o trabalho e a organização²⁸⁰. Da mesma forma, António Monteiro Fernandes defende que a utilização da força de trabalho de uma pessoa por outra, entendida a força de trabalho como atributo da personalidade do trabalhador, pressupõe a sua obediência ao tomador do trabalho, bem como, na maioria dos casos, a integração numa organização estruturada e mantida por esse, composta por equipamentos, instalações e energia, e com a colaboração de outros trabalhadores²⁸¹.

²⁷⁶ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 176.

²⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 328.

²⁷⁸ Dispunha originalmente o art. 12.º como segue:

“Artigo 12.º

Presunção

Presume-se que as partes celebraram um contrato de trabalho sempre que, cumulativamente:

- a) O prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as orientações deste;
- b) O trabalho seja realizado na empresa beneficiária da actividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido;
- c) O prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo despendido na execução da actividade ou se encontre numa situação de dependência económica face ao beneficiário da actividade;
- d) Os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da actividade;
- e) A prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias.”

A noção remanesceu ali mesmo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2006, de 20 de março, que encurtou o dispositivo:

“Artigo 12.º

Presunção

Presume-se que existe um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as ordens, direcção e fiscalização deste, mediante retribuição.”

²⁷⁹ *In verbis*:

“Artigo 11.º

Noção de contrato de trabalho

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

²⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, pp. 573-574.

²⁸¹ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*, p. 21.

Para Xavier, a subordinação do trabalhador implica necessariamente restrições permanentes à sua liberdade, exprimindo-se numa dependência econômica e jurídica, e, diante disso, o Direito do Trabalho tem papel libertador ao criar condições de igualdade entre indivíduos e classes desiguais, bem como tem o papel de reconciliar as tensões advindas desse relacionamento originalmente conflituoso²⁸². De outro lado, pela perspectiva do empresário, o Direito do Trabalho tem o papel de legitimar a disponibilidade da prestação do trabalho dos trabalhadores à empresa, constituindo, assim, um dispositivo fundamental na gestão das organizações produtivas²⁸³. A subordinação, segundo o autor, diz respeito ao desenvolvimento das atividades sob as ordens e autoridade de quem toma proveito das utilidades do trabalho, atinentes ao modo, tempo e lugar de sua prestação. Também aí estaria pressuposta a integração da prestação do trabalho a outras prestações de trabalho no âmbito de uma organização, aliado a diversos fatores de produção²⁸⁴. A subordinação supõe relações de autoridade, pelas quais o trabalhador cede os resultados do trabalho a quem está na posição de determinar a integração de tal trabalho no processo produtivo²⁸⁵. Com isso, Xavier entende que a subordinação não é propriamente uma dependência pessoal ou servil, a impor obediência à conta de uma supremacia da entidade empregadora, mas, ao contrário, tem um sentido funcional, ligado à necessidade de modelação da prestação do trabalho, limitando-se a obediência ao que resulta da celebração voluntária de um contrato²⁸⁶.

Xavier distingue a abordagem objetivista do Direito do Trabalho, assentada na alienação da força ou energia do trabalhador, derivada da tradição do Direito romano, da abordagem subjetivista, que considera o Direito do Trabalho um Direito de tutela ou proteção dos trabalhadores, definindo-se, portanto, em torno do destinatário, o que justificaria a disciplina do Direito do Trabalho em situações em que não há prestação de trabalho, como na situação de doença do trabalhador²⁸⁷. O trabalho, para o autor, é um bem indissociável do trabalhador, o que o distingue dos bens meramente econômicos: o trabalhador, a sua capacidade laborativa e o seu próprio trabalho são inseparáveis, e, logo, o trabalho não pode ser equiparado a uma mercadoria²⁸⁸. A coisificação do trabalho — sustenta Xavier — atenta contra a dignidade do trabalhador e, ao despersonalizá-lo, também o desconecta da comunidade em que o trabalho é prestado²⁸⁹. Com esse pensamento, Amauri Mascaro Nascimento propõe mesmo a reconstrução dogmática da natureza do vínculo sob a concepção pessoal-organizacional, tendo em

²⁸² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 52-53.

²⁸³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 53.

²⁸⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 37-38.

²⁸⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 38.

²⁸⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 38.

²⁸⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 40.

²⁸⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 55.

vista a singularidade do vínculo diante dos contratos de Direito Civil, dada pela inseparabilidade entre o trabalho e a pessoa que o presta, e o seu envolvimento na sua execução, entendida assim a inserção do trabalhador na organização empregadora, com a sujeição ao poder de direção e disciplina do empregador, a caracterizar a subordinação — situação que, por si só, justifica a proteção aos seus direitos materiais e, em especial, de personalidade²⁹⁰. Segundo Nascimento, a pessoalidade não significa apenas a impossibilidade de o trabalhador se fazer substituir, mas também a proteção da personalidade²⁹¹. Esse vínculo pessoal é também organizacional, porque, como regra, tem como cenário uma organização²⁹².

Xavier assinala que o Direito do Trabalho busca atenuar a subordinação inerente à posição do trabalhador, tendo em vista as situações de restrição de sua liberdade como consequência de a relação de trabalho se desenvolver no âmbito da organização produtiva dominada pelo empregador, bem como prevê formas de intervenção ou participação do trabalhador na empresa, sob a concepção de que ele não é apenas um sujeito (e objeto) do contrato, mas também um membro da comunidade empresarial, o que teria um sentido de cidadania²⁹³. Dito de outra forma, Xavier rejeita a ideia de que o trabalhador seja objeto, assim como rejeita a ideia de que seja apenas sujeito do contrato, ao reconhecer, para além da integração das suas atividades no âmbito da organização do empregador, também a sua participação na comunidade empresarial, conferindo-lhe o Direito do Trabalho, por isso, direito de participação e intervenção na empresa²⁹⁴. O Direito do Trabalho teria também a pretensão de implementar uma igualdade substancial, e não apenas formal, entre os contratantes, mediante um estatuto legalmente protegido, afastando-se da perspectiva contratualista assentada na ótica paritária tradicional dos contratos²⁹⁵. O princípio de tutela do trabalhador subordinado, que orienta o Direito do Trabalho, consagra um padrão de garantias mínimas que não podem ser objeto de transação, envolvendo por vezes direitos irrenunciáveis, e ganha dimensão publicística pelas sanções penais e coimas a que o infrator fica muitas vezes sujeito²⁹⁶. O Direito do Trabalho, entretanto, também serve aos interesses do empregador, no que dependem da legitimação dos seus poderes e da padronização dos direitos dos trabalhadores, bem como pela pacificação social que promove²⁹⁷, sendo, pois, marcado

²⁸⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 55.

²⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 608.

²⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, pp. 608-609.

²⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 609.

²⁹³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 56.

²⁹⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 56.

²⁹⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 57.

²⁹⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 58-59.

²⁹⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 59.

pela ideia de concertação social, com ideias de participação e busca de consensos²⁹⁸, que permitem a promoção da paz social associada à promoção do desenvolvimento econômico²⁹⁹.

Pascal Lokiec nota a subsistência de controvérsia acerca da natureza contratual da relação de trabalho em razão de o compromisso do trabalhador não atingir o seu patrimônio, mas a sua pessoa, em que pese o disposto no art. 1.128 do Código Civil francês, que considera a pessoa como algo fora do comércio, e que, portanto, não poderia ser objeto de um contrato. Remete a Ripert e a Supiot, entre outros autores importantes, que contestaram a natureza contratual das relações de trabalho justamente por essas razões. De sua parte, o autor entende que há de se separar a pessoa do objeto do contrato, e considerar o trabalho como um bem, como uma coisa abstrata separada da pessoa do trabalhador, e reconhecer a natureza dual das relações de trabalho, que são de uma parte uma relação contratual (troca de trabalho por remuneração) e, de outra, uma relação de poder (submissão de uma pessoa a outra)³⁰⁰. Posto que a pessoa não integre o contrato, a relação de poder a coloca sob a subordinação de outra, o que é reconhecido pelo Direito do Trabalho através da dialética entre poderes e direitos fundamentais, retórica amplamente importada do Direito Administrativo, em que se verifica a relação de poder entre a administração e os administrados, a inspirar regras de procedimento para o exercício do poder, bem como de fundo, atinentes à consecução do interesse empresarial, da mesma forma como o poder da administração é guiado pelo interesse público³⁰¹. O autor ressalva que a exigência de motivação se relaciona com a teoria do abuso de direito, e não permite mais do que um controle muito limitado das decisões patronais³⁰².

Lokiec defende que o vínculo de subordinação repousa, a título principal, sobre a caracterização de uma relação de poder³⁰³, e uma das missões essenciais do Direito do Trabalho é delimitar o exercício do poder do empregador sobre o empregado, que, todavia, não é apenas um estado de fato a ser balisado pelo Direito, mas também uma prerrogativa necessária para o funcionamento de qualquer organização, que o Direito deve proteger ao mesmo tempo em que a controla³⁰⁴. A afirmação de um direito do poder distinto do direito do contrato obriga à fundar o poder em algo que não o contrato³⁰⁵. A *Court de Cassation* francesa sugere que a fonte está na lei, que investe o empregador no poder de direção e controle dos empregados submetidos à sua subordinação jurídica,

²⁹⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 69.

²⁹⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 70.

³⁰⁰ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 54.

³⁰¹ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 54-55.

³⁰² LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 56-57.

³⁰³ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 112.

³⁰⁴ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 175.

³⁰⁵ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 201.

e a *Corte Costituzionale* italiana funda expressamente esse poder na liberdade de empreender³⁰⁶. A caracterização do poder, inicialmente centrada na direção do trabalho do empregado, mediante ordens e diretrizes, hoje também é reconhecida, segundo Lokiec, pela integração do trabalhador em uma organização ou em um serviço organizado, ideia a que, porém, a *Court de Cassation* ainda é reticente, o que faz dessa condição apenas um indicio de subordinação³⁰⁷. O autor entende que esse receio não se justifica porque não há integração na organização se as condições de execução do trabalho não forem determinadas unilateralmente pelo empregador, e aponta que os juízes, não obstante, na maior parte das vezes se contentam em constatar a existência de um serviço organizado unilateralmente pelo empregador para determinar a aplicação do regime justralhista e de seguridade social³⁰⁸. Isso se constata particularmente pelo reconhecimento da subordinação na fixação dos horários de trabalho pela organização dos serviços, ao passo em que a livre determinação dos horários de trabalho pelo trabalhador é considerado um indicio desfavorável à caracterização do vínculo empregatício³⁰⁹.

Em paralelo à discussão sobre se o trabalhador ou apenas o seu trabalho integra o objeto do contrato de trabalho, Bernardo da Gama Lobo Xavier discute também o posicionamento jurídico da empresa entre o empresário e o trabalhador, dado o sentido comunitário da relação de trabalho que defende. Nesse sentido, o autor reconhece três acepções principais de empresa, sendo uma delas a que equivale à posição do empresário enquanto sujeito de direitos e deveres; a segunda com o sentido de organização de meios produtivos do empresário, sendo, assim, objeto de direitos; e terceira como comunidade produtiva organizada, na qual existem variadas relações interpessoais, acepção que entende mais bem assente à disciplina do Direito do Trabalho³¹⁰. Pela segunda acepção, que, segundo o autor, remonta ao Século XIX, o empresário, na condição de proprietário da empresa, seria titular de um direito absoluto de domínio sobre ela, ao passo em que o trabalhador seria visto como algo de estranho, cujo trabalho, objetificado e despersonalizado, se incorporava à empresa como fator fungível de produção³¹¹. Pela concepção da empresa como comunidade produtiva organizada, sem ser propriamente sujeito ou objeto de direitos, a empresa teria uma relevância jurídica própria na condição de uma formação social: para o Direito do Trabalho a empresa é, nas palavras de Lobo Xavier, uma “organização de pessoas, que, controlando bens ou serviços, tem como finalidade a produção”³¹², e que mantêm entre si relações vinculativas de caráter laboral, sobretudo entre o estrato dirigente e o

³⁰⁶ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 201.

³⁰⁷ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 112-113.

³⁰⁸ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 112-113.

³⁰⁹ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, pp. 113-114.

³¹⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 82-86.

³¹¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 85.

³¹² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 84.

dirigido³¹³. Segundo Xavier, pelo exercício da sua autoridade o empregador direciona a atividade para os fins produtivos que busca, para isso a conjugando com outros fatores de produção de que dispõe³¹⁴. A disponibilização da energia ou a cessão da força de trabalho a favor de quem possui os outros fatores produtivos, para o autor, seria uma exigência da sociedade moderna, em que esvanece a produção artesanal³¹⁵, da mesma forma em que a inserção do empregado na organização seria uma exigência da empresa moderna, de operar sob uma organização hierarquizada de pessoas que atuam em divisão de tarefas³¹⁶. De outro lado, o prestador autônomo apenas presta serviços para a organização, mas não desenvolve a sua atividade inserido nesse âmbito³¹⁷.

Ao conceituar a empresa como organização de pessoas, comunidade de pessoal ou grupo organizado de pessoas voltadas a produção, Xavier reconhece, como visto, um extrato diretivo coincidente com a esfera patronal, e um extrato subordinado composto pelos trabalhadores, embora, nesse contexto, existam estruturas hierárquicas e de enquadramento pelas quais trabalhadores são investidos por delegação nos poderes patronais, acumulando a situação de prestador de actividade subordinada e a de representante do empregador³¹⁸. Não importa muito a produção de bens para o mercado, uma vez que a organização pode estar voltada à cultura, ciência ou assistência social, mas é indispensável que exista um pessoal que seja dirigido ou heterodeterminado por uma vontade de patronal através de contratos de trabalho³¹⁹. O contrato de trabalho é um contrato de organização, a começar pela definição dos horários de trabalho do conjunto de trabalhadores, ao mesmo tempo que em a pluralidade de vínculos que constitui a comunidade empresarial dá relevância ao princípio da igualdade e à existência de mecanismos de produção de regras gerais³²⁰. O empregador, por força do princípio constitucional de liberdade de empresa, mas com limite nos padrões legais e controles administrativos, é quem define a estrutura da empresa, seu organograma, quadro de pessoal, inclusive admissões, promoções e dispensas, horários de trabalho, objetivos, modalidades e cadências de produção³²¹.

Para Xavier, os efeitos individualizados da gestão dos contratos de trabalho têm também uma dimensão coletiva, uma vez que trabalho é desenvolvido de forma interativa e conectada, mediante divisão e coordenação de tarefas e funções, a serem organizadas no espaço e no tempo pelo

³¹³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 83-84.

³¹⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 309.

³¹⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 309-310.

³¹⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 314.

³¹⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 314.

³¹⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 88.

³¹⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 88-89.

³²⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 89-90.

³²¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 445

empregador³²². Mais do que isso, a organização empresarial não é inteiramente compatível com o ajustamento individual das prestações dos trabalhadores no que dependa da sua aceitação às mudanças das condições de trabalho que tenham implicação sobre a comunidade de trabalhadores envolvidos, mas há de respeitar os limites procedimentais e de fundo impostos pela lei, bem como a intervenção das estruturas representativas dos trabalhadores e os interesses que justificam a atribuição desses poderes³²³. Da mesma forma, pela concepção comunitária de subordinação, o poder disciplinar se projeta como reafirmação do poder hierárquico na empresa e como de prevenção geral relativamente a todos os trabalhadores, explicando-se na existência de uma comunidade de trabalho³²⁴. Lobo Xavier entende que a disciplina é um poder-dever do empregador, que, portanto, deve exercê-lo a fim de defender a organização e todos os trabalhadores envolvidos, tendo em conta as suas obrigações de evitar violências e assédios, entre outras³²⁵.

Segundo Xavier, é sinal da concepção comunitária de empresa o direito do trabalhador de nela intervir, deixando de ser mero instrumento o prestador passivo de energia laborativa, e impondo-se limite à subordinação pelo controle do exercício dos poderes patronais através de mecanismos representativos dos trabalhadores³²⁶. O poder de criação e estruturação dessa organização, contudo, se insere no princípio da liberdade da empresa, limitado, no que diz com as consequências negativas do seu exercício, pelas garantias legais trabalhistas³²⁷.

Posto que coloquem limites na subordinação jurídica, a democratização da gestão das empresas, mediante intervenções e participação dos trabalhadores na sua gestão, e a exigência de procedimentos para o desempenho do poder do empregador não eliminam a situação de subordinação jurídica, que emerge da necessidade de organização do trabalho e controle de desempenho³²⁸. Bem assim, sustenta Xavier, o surgimento de novas formas de organização do trabalho, como a colaboração coordenada, anuviam a fronteira com outras formas de atividade, mas não rompem com a ideia de subordinação, a não ser que um segmento de produção seja efetivamente entregue a um trabalhador autonomizado³²⁹. O esquema comutativo ou de troca a que se vincula a figura tradicional do contrato não apreende o caráter pessoal da disposição da força de trabalho, e os aspectos comunitários da relação³³⁰. A perspectiva institucionalista, aponta Xavier, dá valor à inserção do trabalhador na empresa,

³²² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 445-446.

³²³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 445-446.

³²⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 460.

³²⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 460-461.

³²⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 91.

³²⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 93.

³²⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 315.

³²⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 315.

³³⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 318.

exigindo do trabalhador, mais do que a prestação de serviço, a colaboração permanente e duradoura, ficando sujeito a relações comunitárias e de solidariedade e participando, até certa medida, das decisões que afetam essa comunidade, assim transcendendo da relação originalmente conflituosa, de interesses contrapostos, pelo reconhecimento de certas características associativas³³¹.

Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena assinala que a ideia da inserção do trabalhador na empresa, como uma peça de engrenagem, obedecendo a uma estrutura hierárquica escalonada, advém da institucionalização da relação de trabalho decorrente do conceito próprio de relação de emprego que teve vigência na década de trinta na Alemanha nazista, cujos resquícios perseveraram na aceção dos autores germânicos dos dias de hoje, que ainda vinculam o conceito de subordinação ao elemento pessoal³³².

Para Bernardo da Gama Lobo Xavier, o contrato de trabalho tem efetivamente carácter pessoal e pressupõe uma relação de confiança e colaboração estreita, em um nível mais acentuado do que se verifica nas relações obrigacionais em geral, o que, acrescenta o autor, é um aspecto ético-jurídico do relacionamento contratual deixado de lado pelas análises baseadas na irredutibilidade do conflito de classes³³³. No mesmo sentido, Martinez salienta que o poder de direção fundamenta-se não apenas na falta de concretização do contrato, para a especificação das atividades nele previstas de uma forma geral, mas também na boa-fé e cooperação para alcançar vantagens mútuas entre o empregado e o empregador³³⁴. Xavier menciona aspectos psicológicos do contrato de trabalho, ligados à dimensão sócio-emocional de justiça e ao sentimento de traição na frustração das expectativas recíprocas, dados os riscos de lesão recíproca decorrentes da natureza íntima e pessoal do contrato de trabalho, ao passo em que o grau de legitimação do trabalhador pela empresa determina também o grau em que o trabalhador se identifica com a empresa e os seus sucessos³³⁵. A confiança estaria ligada à durabilidade do contrato e a projeção dos seus efeitos para o futuro, diante da incerteza do comportamento das partes e dos riscos inerentes a isso³³⁶. Segundo o princípio colaborativo, mesmo em uma relação conflituosa, as partes colaboram para executar o programa contratual, com sentido de boa-fé, dando lugar a uma relação comunitária de carácter pessoal³³⁷.

³³¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 320-321.

³³² VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 513.

³³³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 327.

³³⁴ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*, pp. 274-276.

³³⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 327-328.

³³⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 328.

³³⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 325-326.

Xavier admite que o princípio colaborativo foi elaborado no contexto do sistema corporativo, o que, no entendimento de autor, não obsta que lhe seja dada a devida relevância³³⁸; aliás, Xavier não reconhece uma vinculação necessária entre as concepções comunitárias da empresa e um sistema de corporativismo autoritário, assinalando que provêm de diversas vertentes doutrinárias, aí incluída a chamada “democracia industrial”, e ressalta que a valorização da realização do trabalhador na empresa, a sua participação nos lucros e na gestão da empresa, etc., não são explicadas de forma convincente simplesmente pelo direito de propriedade e pelo contrato de trabalho como contrato comutativo³³⁹.

Da mesma forma, Nascimento faz ponto em diferenciar a concepção pessoal-organizacional do vínculo empregatício que defende da concepção germânica de comunidade de trabalho, vigente durante o regime nazista, fundada na comunhão ou convergência de interesses entre o trabalhador e o empregador, “voltada para fins comuns dos interesses nacionais”³⁴⁰. A concepção atual de organização, pelo contrário, salienta o autor, contempla conflitos de interesses, para cuja solução estão previstos certos mecanismos³⁴¹.

Se bem a ideia da subordinação com sentido coletivo, à luz do princípio colaborativo, ofereça uma nova perspectiva sobre o sentido do vínculo jurídico entre a empresa e o empregado, transcendendo o plano das obrigações recíprocas das partes e acolhendo, portanto, a noção de que o trabalhador, por integrá-la, incorpora a empresa na realização de alterações ao mundo físico, bem como, até os limites de suas atribuições contratuais, na sua atuação no plano jurídico, inclusive perante outros trabalhadores da empresa, o que interessa especificamente para o entendimento da posição do empregado que ocupa funções de chefia e direção, por outro lado, de um ponto de vista prático, no que interessa ao reconhecimento do vínculo empregatício, quando disputado, o conceito falha ao menos em duas frentes.

Em primeiro lugar, na fronteira entre o vínculo empregatício e o vínculo associativo no âmbito das cooperativas de trabalho, a noção de que o contrato de trabalho tem paradigma na colaboração entre as partes para atingir finalidades comuns coincide, ao menos em parte, com o mote em si do sistema cooperativo, o que dificulta a separação das hipóteses de incidência de um regime e de outro. Com efeito, no Brasil, a Lei n.º 12.690/2012, de 19 de julho, considera cooperativa de trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais

³³⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 325-326.

³³⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 86.

³⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 609.

com proveito comum (art. 2.º), tendo como princípios, entre outros, a intercooperação e o interesse pela comunidade (art. 3.º, VI e VII). Da mesma forma, em Portugal, o Código Cooperativo (Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto), conceitua as cooperativas como pessoas coletivas que visam a satisfação de necessidades e aspirações econômicas, sociais ou culturais dos seus membros, a serem realizadas mediante cooperação e entreajuda (art. 2.º, n.º 1), tendo também por princípios a intercooperação e o interesse pela comunidade (art. 3.º; 6.º e 7.º princípios). Em ambos os casos, as cooperativas também são fundamentadas na adesão voluntária e gestão democrática pelos seus membros, bem como na autonomia e independência, o que, contudo, não diz respeito à relação entre a cooperativa e seus membros, que a controlam, mas às relações daquela com outras organizações, inclusive governamentais, como fica explícito no 4.º Princípio do art. 3.º do Código Cooperativo. Se a cooperação é, logicamente, a marca do vínculo associativo, não será pela característica da colaboração entre o trabalhador e a cooperativa que o vínculo empregatício será detectado; ao contrário, é a substituição do espírito de colaboração entre os trabalhadores pela subordinação de uns aos outros o que descaracteriza o liame associativo, sinalizando, invés disso, a existência de vínculo de emprego entre o trabalhador e a cooperativa ou seus diretores, ou entre aquele e o efetivo beneficiário do trabalho prestado³⁴². Nesse sentido, no julgamento de pedido de reconhecimento de vínculo de emprego entre cooperativa e trabalhador a ela associado, a 8.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região do Brasil tomou como antitéticas a coordenação de esforços própria do vínculo associativo e a subordinação característica da relação de emprego em acórdão assim ementado:

“COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. PRIMAZIA DA REALIDADE. Uma cooperativa, como o próprio nome diz, é a união de esforços de forma coordenada, visando a atingir um determinado fim. O pressuposto desse instituto, portanto, é ausência de subordinação entre seus membros. O trabalhador deixa de ser empregado subordinado para autogerir suas atividades. No entanto, quando essa entidade é utilizada para colocar mão de obra à disposição de empresas, em substituição à classe de empregados, surge o problema, pois desnatura-se o instituto, transformando o Direito do Trabalho em direito renunciável, o que inviabiliza a sua aplicabilidade. Incide o princípio da primazia da realidade, de modo que a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego não permite o

³⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 609.

³⁴² Vide, a propósito, GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, pp. 173-180.

reconhecimento dessa atividade de forma diversa, independentemente da forma de estabelecimento dessa relação.”³⁴³

Prevaleceu o vínculo de emprego, na hipótese discutida nos autos daquele processo, diante da constatação das suas características elementares, sobretudo a subordinação, que, no entender dos julgadores, não se coaduna com a relação associativa de natureza cooperativa.

Em segundo lugar, embora não em ordem de importância, há de se considerar que a identificação das características intrínsecas ao contrato de trabalho tem sentido na investigação da existência de um vínculo de tal natureza em detrimento dos ajustes formulados pelas partes em sentido diverso porque é suposto que o empregador, valendo-se da sua posição de vantagem negocial à contratação, pode impô-los ao trabalhador que aceite o emprego oferecido justamente com o propósito de mascará-lo, o que, por si só, desmistifica qualquer idealismo acerca do aspecto ético da relação de emprego ou quanto à boa-fé das partes a dirigi-las para a realização dos resultados almejados pelo empregador. Num cenário em que o empregador se prevalece de sua posição de superioridade socioeconômica não apenas para impor as cláusulas do contrato de trabalho que dão origem ao seu poder diretivo sobre o trabalho a ser futuramente prestado pelo candidato ao emprego, mas para impor a assinatura de um contrato que falseie a natureza empregatícia do vínculo de trabalho com o objetivo de escapar à incidência da legislação trabalhista, denegando ao trabalhador os direitos que daí decorreriam — em evidente má-fé, portanto —, o reconhecimento do vínculo empregatício não haverá de passar pela valoração da boa-fé da colaboração do trabalhador para a realização dos fins econômicos almejados pelo empregador. De fato, o trabalhador se submete a essas condições, quando lhe são impostas, e mesmo assim desempenha as atividades com subordinação ao beneficiário do trabalho, que as dirige para a realização dos seus interesses econômicos, simplesmente porque o trabalhador não dispõe de melhor alternativa.

Se a colaboração das partes, como visto, não é particular ao contrato de trabalho, diante de hipóteses como a da cooperativa de trabalho, e se nem mesmo está necessariamente presente nas relações de emprego, especialmente quando o empregador se recusa a reconhecer-lhe a natureza empregatícia e, logo, a integrar formalmente o trabalhador na comunidade de trabalho que sua empresa, na visão da subordinação com sentido estrutural, representa, por outro lado, a concepção pode ser útil para que a constatação da genuína colaboração de boa-fé do trabalhador em direção à realização dos objetivos do empreendimento não iluda a caracterização do vínculo de emprego. A

³⁴³ TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0000199-57.2011.5.04.0662 RO, em 14/03/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Desembargadora Angela Rosi Almeida Chapper.

colaboração de fato pode e até idealmente — se recíproca — *deveria* ser uma característica do contrato de trabalho, o que não quer dizer que o contrato de trabalho deixe de se caracterizar quando lhe falta esse elemento, mas tampouco quer dizer que deixa de se caracterizar quando ele está presente.

Em todo caso, há de se reconhecer que a ideia da colaboração entre empregador e empregado não os coloca em posição de igualdade, e, logo, não se confunde com a ideia de coordenação, essa sim oposta à ideia de subordinação. A colaboração, mesmo quando presente no vínculo de emprego, haverá, pois, de coexistir com a heteronomia e a heterodireção das atividades que marcam essa espécie contratual.

Segundo Oronzo Mazzotta, a noção tradicional de subordinação na doutrina italiana apoia-se nas características da colaboração e da heterodireção, mas expurga da primeira as incrustações deixadas pelo corporativismo, ficando particularmente excluída, no sistema oriundo da Constituição italiana, a imagem da colaboração em termos de comunhão de objetivos entre empregador e trabalhador, prevalecendo a noção da subordinação em sentido técnico-funcional³⁴⁴. O trabalhador se obriga a um fazer específico (o trabalho), na execução de um contrato de troca — como acontece em outros contratos que têm por objeto o trabalho — particularizado pela característica da subordinação, pela qual o empregador garante o próprio interesse de organizar a atividade produtiva orientada à consecução de seus objetivos³⁴⁵. O poder de dirigir a prestação e definir os modos e tempos de sua execução bem como o poder de infligir sanções disciplinares em caso de violação das ordens, seriam orientados à satisfação daquele interesse³⁴⁶.

A noção de que o objeto do contrato de trabalho é precisamente o trabalho, e não o trabalhador, e de que a prestação do trabalho é marcada pela subordinação faz questionar a hipótese de a subordinação recair não sobre o trabalhador, mas sobre o trabalho, o que será objeto de estudo no item a seguir.

3.2.4. Subordinação objetiva

Como visto, enquanto para autores como Amauri Mascaro Nascimento³⁴⁷, Bernardo da Gama Lobo Xavier³⁴⁸, João Leal Amado³⁴⁹ e Maria do Rosário Palma Ramalho³⁵⁰ o trabalho é visto como

³⁴⁴ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, pp. 178-179.

³⁴⁵ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 179.

³⁴⁶ MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di Diritto del Lavoro*, p. 179.

³⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 588.

³⁴⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 55.

³⁴⁹ AMADO, João Leal – «Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional = Work time and life time: on the right to professional disconnection». Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP [em linha]. N.º 52 (jan./jun. 2018), p. 255-268.

indissociável da pessoa do trabalhador, como uma projeção de sua personalidade, que por isso mesmo não pode ser equiparada a uma mercadoria, de outro lado é justamente essa consideração, de que a pessoa não é uma mercadoria, o que inspira Pascal Lokiec a defender a cisão entre a pessoa e o trabalho, a ser tratado como um bem, abstraído do corpo que o executa, para sustentar a natureza contratual (ao menos em parte) da relação de trabalho³⁵¹. Carlos Henrique Bezerra Leite refuta a ideia da dependência do empregado em relação ao empregador, embora disposta no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil e dela deduzida a noção mesma de subordinação jurídica, ao asseverar que é a atividade laboral, de natureza física, mental ou intelectual, que fica sujeita ao poder diretivo, regulamentar e disciplinar do empregador³⁵², e não propriamente a pessoa do trabalhador que a desempenha nesses termos.

Maurício Godinho Delgado refere que a subordinação tem caráter objetivo por atuar sobre o modo de realização do trabalho, e não sobre a pessoa do trabalhador, e qualifica como inteiramente superada (no Brasil) a concepção subjetiva do fenômeno, ligada à ideia da dependência, termo empregado no art. 3º, *caput*, da CLT, em que se acentua o vínculo pessoal entre as partes³⁵³. O autor rejeita a ideia de estado de sujeição, ainda que possa concretamente ocorrer, e assinala que a subordinação de viés subjetivo não abrange as hipóteses dos contratos de trabalho com trabalhadores intelectuais e “altos empregados”³⁵⁴.

Júlio Manuel Vieira Gomes rejeita a ideia de que o trabalhador seja simultaneamente sujeito e objeto de direitos, concepção que de toda forma pode ser afastada pela evidência de que o trabalhador não abandona inteiramente o seu corpo à vontade do empregador, “limitando-se a assumir a obrigação de realizar um certo comportamento complexo (que abrange, aliás, tanto obrigações de fazer, como de não fazer)”³⁵⁵.

De fato, a obrigação do trabalhador resultante do contrato não toca especificamente o seu corpo, nem concernem à sua obrigação contratual os movimentos corpóreos com que atividade é executada, podendo ser que um trabalhador esteja obrigado a executar um trabalho para cujo desempenho tenha de realizar gestos profissionais comuns a outras atividades, e nem por isso o empregador poderá, invocando a subordinação, atribuir ao trabalhador atividade diversa daquela para a

[Consult. 15/06/2021] Disponível na internet: <URL: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/141951/2018_amado_joao_leal_tempo_trabalho.pdf>, p. 257.

³⁵⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 473.

³⁵¹ LOKIEC, Pascal – *Droit du travail. Tome I : Les relations individuelles de travail*, p. 54.

³⁵² LEITE, Carlos Henrique Bezerra – Curso de direito do trabalho. [Em linha] 13.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2021. [Consult. em 30/03/2021] Disponível na Internet em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759391>>, Título II, Capítulo I, item 3.2.3.

³⁵³ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 325.

³⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 325.

³⁵⁵ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do trabalho. Vol. I : Relações individuais de trabalho*, p. 98.

qual foi contratado. Ao trabalhador contratado para ocupar a função de segurança ostensivo, por exemplo, não pode ser atribuída a função de modelo de atelier de arte, mesmo que fosse possível desempenhá-la empregando exatamente os mesmos movimentos corporais. Também o trabalhador contratado para desempenhar a função de modelo de atelier de arte não é obrigado, mesmo em seu horário e local de trabalho, a manter-se na posição em que normalmente se mantém, com as vestes que normalmente usa, se não for para servir aos propósitos artísticos das pessoas que ali se põem a observar seu corpo, porque, se não for para isso, o trabalhador já não estará efetivamente no desempenho da atividade de modelo de atelier de arte. Disso se deduz que a atividade laboral, enquanto objeto central do contrato de trabalho do ponto de vista do empregador, não se define unicamente pelos movimentos do corpo do trabalhador, mas supõe a contextualização do trabalho — e não apenas por condicionantes espaciais e temporais, mas também pela forma como ocorre a apropriação do trabalho pelo empregador.

Se, portanto, a atividade laboral sobre que recai a obrigação do empregado não equivale aos movimentos do seu corpo e às ideias do seu intelecto, então também a subordinação, enquanto instrumento do domínio do empregador sobre a obrigação contratual da contraparte, terá uma dimensão objetiva³⁵⁶, porque circunscrita à atividade laboral que aquela obrigação tem por objeto, o que serve de parâmetro não apenas para a validação do poder diretivo do empregador, pelo exame de compatibilidade entre as ordens dadas e a função contratual do empregado, mas também para a sua identificação, mesmo nos casos em que remanesce latente. Em oposição à subordinação em forma de dependência pessoal, com sentido hierárquico, de poder de homem sobre homem e correspondente dever de obediência, e marcada por noções de fidelidade, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena remete à doutrina de Mazzoni, que constrói um conceito de subordinação com conteúdo objetivo a partir do pressuposto de que é na verdade a atividade do trabalhador que se integra na atividade da empresa, e isso leva o empregador a acautelar-se quanto à regularidade e perfeição das tarefas executadas³⁵⁷.

Vilhena descreve a discussão doutrinária sobre a percepção da subordinação, enquanto elemento distintivo da relação de emprego, sob uma perspectiva quantitativa, identificando a relação de emprego como aquela em que esse fator está mais presente, e então aponta entendimento em sentido oposto, de que não é comum a qualquer relação jurídica, mas desponta no contrato de trabalho pela prestação de trabalho exclusivamente próprio, e se fundamenta na colocação da força de trabalho à disposição do outro, pela qual esse adquire a faculdade de dirigir essa prestação, situando a

³⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 328.

³⁵⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 514.

subordinação, assim, na atividade do prestador, mais do que na sua pessoa³⁵⁸. Segundo o autor, há uma tendência doutrinária se caracterizando por situar o fenômeno da subordinação na área da atividade do prestador, ou nos limites das condições de trabalho³⁵⁹.

À semelhança das teorias acerca da subordinação de viés estrutural-comunitário, mas tomando como ponto de partida o contrato de trabalho e a tarefa a ser executada pelo trabalhador como objeto da prestação a que por ele se obriga o empregado, para que *essa* seja integrada na dinâmica da empresa, Vilhena identifica no encontro de energias do trabalhador e dos demais elementos da empresa a característica distintiva da relação de emprego da atividade autônoma³⁶⁰. Da mesma forma, para Maurício Godinho Delgado, a subordinação, na sua dimensão objetiva, diria com a integração da atividade prestada pelo trabalhador na atividade do empreendimento empresarial, com sentido de coordenação e participação integrativa ou colaborativa³⁶¹.

Vista sob esse ângulo, a subordinação seria, segundo Vilhena, uma exigência técnica e funcional, que se concentra na atividade, para a qual se congregam as pessoas, convertendo-se na atividade da empresa, em atenção às normas técnicas que a estruturam como um todo dinâmico³⁶². Desse critério objetivo de identificação da subordinação, o autor infere que, por não se separar do trabalhador, o trabalho, com que se relaciona imediatamente a empresa, implica uma relação mediata, de disponibilidade instrumental, entre empresa e trabalhador, de modo que a adequação da atividade fundamenta e limita o poder jurídico do empregador sobre a conduta do empregado³⁶³. Isso também significa que o trabalhador desenvolve as atividades por “atos autônomos”, porque não é ele que se integra na empresa, senão apenas a atividade que presta³⁶⁴.

Vilhena acrescenta que, da situação de dependência decorrente dessa integração, marcada pela constante entrega de energia-trabalho à empresa em um contexto de expectativas recíprocas, sucede o pacto de emprego, pelo qual o trabalhador fica sempre à disposição da empresa para cumprir as respectivas prestações; essas, por sua vez, não são pré-determinadas, mas se sujeitam à intervenção do empregador, que as define vez a vez, conformando-se, assim, a subordinação em sentido objetivo³⁶⁵. Embora a atividade seja pessoal, a dependência não o é, razão por que a intervenção patronal se dá apenas sobre a atividade, e não sobre a pessoa do trabalhador, salvo, segundo o autor, em última hipótese, por medida de disciplina, para restabelecer a normalidade da

³⁵⁸ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, pp. 518-519.

³⁵⁹ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 519.

³⁶⁰ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, pp. 520-521.

³⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 328.

³⁶² VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 521.

³⁶³ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 522.

³⁶⁴ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 522.

execução da atividade³⁶⁶. Dessa forma, preservar-se-ia a dignidade do trabalhador como pessoa, superando-se etapas vencidas das lutas políticas seculares que remontam à época em que o trabalhador recebia o tratamento de coisa, e de que é resquício histórico a sujeição manifestada pela subordinação pessoal³⁶⁷. Para o autor, a subordinação não integraria o objeto do contrato, mas, sim, o trabalho, que se desenvolve subordinadamente ou não: a subordinação é a forma pela qual se exterioriza a relação de trabalho, preenchida de atos entre pessoas, e que não é uma constante na sucessão de atos-fatos-trabalho, como é a participação integrativa de sua atividade na atividade da empresa³⁶⁸.

Tendo em vista o conceito de subordinação objetiva como integração da atividade do trabalhador na organização da empresa por vínculo contratual, pelo qual cabe ao empregador determinar as modalidades de prestação do trabalho, Alice Monteiro de Barros rejeita a possibilidade de a subordinação objetiva servir como critério único para definir a existência de um contrato de trabalho, porque o empregador também integra na atividade empresarial a atividade de trabalhadores autônomos; para a autora, a participação integrativa do trabalhador na atividade empresarial deveria estar associada à sujeição do trabalhador ao poder diretivo para o reconhecimento da relação de emprego³⁶⁹. Barros apoia sua objeção na doutrina de Oscar Ermida Uriarte e Oscar Hernández Alvarez, que, embora a tratar não da subordinação objetiva, mas da subordinação institucional e estrutural, refletem que a inserção do trabalhador na organização empresária não é um elemento exclusivo da relação de trabalho, porque a atividade contínua, mas ainda autônoma, de colaboradores não empregados também é incorporada na atividade econômica organizada que dá forma à empresa, de tal maneira que a participação dessas pessoas é necessária para se atingirem os objetivos a que está destinada³⁷⁰.

Em que pesem essas ressalvas, não se pode descartar um critério de identificação da relação de trabalho subordinado por abranger trabalhadores que não são efetivamente subordinados ao empregador sem que se tenha previamente definido a subordinação por outro critério — do contrário, não é possível afirmar que esses trabalhadores não são efetivamente subordinados. Sendo substancialmente distintas as noções de subordinação pessoal e subordinação objetiva, logicamente haverão de apresentar resultados diferentes, sendo mesmo o propósito da última oferecer uma nova

³⁶⁵ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 523.

³⁶⁶ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 524.

³⁶⁷ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 525.

³⁶⁸ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, pp. 525-526.

³⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 117-118.

³⁷⁰ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación». *Ius et Veritas*, [em linha]. Vol. 13, n.º 25 (jan. 2002), pp. 281-295. [Consult. 26/06/2021]. Disponível na internet: <URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>>, p. 290.

perspectiva sobre a relação de trabalho tendo em conta a insuficiência da cobertura da primeira para o reconhecimento do vínculo empregatício diante da modernização das atividades econômicas e o desenvolvimento tecnológico, que alteraram também substancialmente aquela relação desde a época em que o conceito de subordinação foi originalmente formulado.

O domínio técnico do empregado sobre o trabalho que executa, sem por isso fazê-lo prescindir das garantias trabalhistas previstas na legislação, faz a empresa prescindir do emprego de ordens diretas sobre o lugar, tempo, modos e meios de execução do trabalho para integrá-lo na atividade por ela explorada economicamente. O mesmo ocorre com as novas ferramentas tecnológicas, que permitem um controle mais preciso sobre a produção do trabalhador, inclusive para remunerá-lo proporcionalmente ao resultado que entrega, e não mais necessariamente pelo tempo que despense a produzi-lo, permitindo um controle passivo sobre o trabalho executado, já não por meio de ordens diretas, mas simplesmente pelo não pagamento da contraprestação enquanto não atingidos os parâmetros de produção e condições de execução impostos pela empresa. Com a chamada “Revolução Industrial 4.0”, dada pelo desenvolvimento acelerado da tecnologia da informação e pelo aprimoramento das inteligências artificiais, a subordinação pessoal cede lugar à subordinação robotizada, em que o trabalhador humano, para ser remunerado, passa a ter de cumprir as rotinas de execução definidas por um sistema informático, que não podem ser definidas como ordens diretas quer porque não provêm de um ser humano, quer porque o trabalhador pode até mesmo deixar de cumpri-las sem qualquer outra consequência além do fato de que não recebe a contraprestação que haveria de receber se as cumprisse. A despersonalização da subordinação, entretanto, não é acompanhada de uma melhoria das condições de trabalho³⁷¹, ou tampouco de uma maior autonomia do trabalhador, no sentido estrito de reger ou participar no regramento das suas condições de trabalho, nomeadamente no que diz respeito ao valor da sua contraprestação. Nesse cenário, a subordinação objetiva, por permitir o reconhecimento do vínculo empregatício não apenas pela sujeição a ordens diretas do beneficiário do trabalho, mas também pelo espectro dessa sujeição que decorre da integração do trabalho prestado na atividade econômica por esse explorada, atende aos propósitos do Direito do Trabalho, de oferecer proteção ao trabalhador que se encontra em posição de desvantagem comercial frente ao tomador do trabalho — tal como ocorre com a subordinação pessoal.

³⁷¹ De fato, sobre o contexto dos trabalhadores que se envolvem na prestação de serviços de entrega programados por plataforma digital, Amado e Moreira consideram que,

“para a maior parte dos trabalhadores destas plataformas, as condições de trabalho são más, independentemente do tipo de trabalho que é prestado. A falta de sindicatos, de união entre estes trabalhadores, o oligopólio de certas plataformas relativamente à entrega de determinados produtos, e uma constante insegurança económica, tudo contribui para que a remuneração seja muito baixa, e que não se consiga, muitas vezes, um rendimento digno.” (AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de

Mesmo antes da intensificação do emprego da tecnologia da informação na organização da atividade laboral, a dimensão objetiva da subordinação vinha sendo amplamente acolhida nos tribunais da Justiça do Trabalho brasileira como critério complementar de reconhecimento da subordinação característica da relação de emprego, com a ressalva de a integração do trabalho na atividade explorada pela empresa não se verifica indistintamente em relação a qualquer trabalho prestado em seu favor, mas especificamente em relação aos trabalhos que concretizam as suas atividades-fins. A título de exemplo, no julgamento de recurso de revista interposto por empresa de telecomunicação contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em que ficara reconhecido o vínculo de emprego entre aquela e trabalhador envolvido na instalação, reparo e recuperação de redes e cabos telefônicos e confecção de emendas, a então Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Rosa Maria Weber, na condição de relatora do acórdão proferido pela Terceira Turma da Corte, assinalou o papel do trabalhador na concretização dos propósitos da empresa como elemento identificador da relação de emprego:

“[...] tendo em vista que a empresa consiste na atividade econômica organizada exercida de forma profissional e voltada à produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966 do CC), sem dúvida que a sociedade empresária não pode terceirizar a sua própria *ratio essendi*, sob pena de haver o esvaziamento do seu objeto social e o desvirtuamento de sua função social.

Nessa linha, tenho por inviável cogitar da existência de pessoa jurídica sem mão de obra apta à promoção de sua finalidade social, mormente quando se considera que a empresa envolve a organização dos fatores de produção, quais sejam, *força de trabalho*, matéria-prima, capital e tecnologia.

Em acréscimo, registro que outra dificuldade para a terceirização de atividade-fim repousa no moderno conceito de subordinação objetiva, estrutural ou integrativa, que não se vincula à visão clássica de submissão ao poder diretivo do empregador — fiscalização e controle —, mas, sim, à inserção do empregado no padrão corporativo, com a ‘standardização’ do serviço prestado, dentro da regular e permanente dinâmica que caracteriza a atividade da tomadora.

[...]

Assim, adotado o conceito de subordinação objetiva, estrutural ou integrativa, tenho como absolutamente inviável a terceirização de atividade-fim, sem formação de vínculo direto com o tomador dos serviços, pois, sob tal perspectiva, em tais situações sempre haverá a presença

Espanha: another brick in the wall». Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia [em linha]. V. 9, n.º 13 (maio 2021), pp. 114-137. [Consult. 25/10/2021]. Disponível na internet: <URL: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/188680>>, p. 130).

dos requisitos do art. 3º da CLT a conectar o suposto empregado da prestadora de serviços à tomadora.”³⁷²

Por suposto, não é que a atividade do trabalhador, quando apenas acessória à consecução dos objetivos sociais da empresa (atividade-meio), não possa ser integrada na atividade empresarial, mas apenas que essa integração não é necessária, admitindo-se, por esse entendimento jurisprudencial, que seja objeto de contrato de terceirização de serviços (*outsourcing*), diferentemente do que ocorre com as atividades-fins, que somente poderiam ser realizadas por trabalhadores com vínculo empregatício com a empresa (e, logicamente, por seus sócios). Essa distinção entre atividade-fim e atividade-meio para o efeito de distinguir o contrato lícito de terceirização de serviços da interposição ilegal de mão de obra já vinha, aliás, consolidada no entendimento jurisprudencial afirmado pela Súmula n.º 331, III, do TST, com o seguinte teor:

“Súmula n.º 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço

³⁷² RR-20900-12.2008.5.03.0035, 3ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 20/05/2011, original com grifos..

como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”³⁷³

Contrariando essa lógica, a Lei n.º 13.467/2018, de 13 de julho, introduziu os arts. 4.º-A e 5.º-A à Lei n.º 6.019/1974, de 03 de janeiro, para admitir expressamente a terceirização de serviços ligados à atividade principal da empresa beneficiária no contexto do regime de trabalho temporário, assim como já o fizera a Lei n.º 9.472/1997, de 16 de julho, quanto à terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações das empresas que exploram essa atividade econômica (art. 94, II), objeto de discussão do acórdão da 3.ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho antes mencionado.

A Súmula n.º 331 do TST, acima transcrita, não trata, senão incidentalmente, dos elementos característicos da relação de emprego, nem versa diretamente sobre a dimensão objetiva da subordinação ou sobre a integração da atividade do trabalhador nas atividades exploradas pela empresa com que a subordinação objetiva se caracteriza, mas cuida apenas de legitimar a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, quando não esteja presente a subordinação na dimensão pessoal, fazendo subentender, pelo raciocínio inverso, que não é lícita quando os serviços estão ligados à atividade-fim do tomador, sem explicar exatamente o porquê — e essa simplificação não ficou sem consequências. De fato, o verbete sumular veio a ser objeto de discussão no julgamento de recurso extraordinário levado ao Supremo Tribunal Federal, em que, por não se reconhecer impedimento legal à contratação de serviços terceirizados nesses termos, foi fixada, pelos votos majoritários, a Tese de Repercussão Geral para o Tema n.º 725 com o seguinte teor:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”³⁷⁴

No voto condutor do julgamento por maioria, o Relator, Ministro Luiz Fux, reconheceu ofensa ao princípio da liberdade pela imposição de regra, pelo Poder Judiciário, no sentido de que a terceirização de serviços estaria adstrita às atividades-meios, a supor, portanto, que tal regra não se encontra no ordenamento jurídico, assim reputando inconstitucional a Súmula n.º 331 do TST. Ao fazê-

³⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST); Secretaria-Geral Judiciária; Coordenadoria de Jurisprudência – *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDH-I, SBDH Transitória, SBDH-II e SDC), Precedentes Normativos*, pp. A-98-A99.

³⁷⁴ Acórdão no RE 958.252, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-199 divulgado em 12/09/2019, publicado em 13/09/2019, p. 8.

lo, contudo, o Ministro não se ocupou de examinar as características do vínculo empregatício, ou especificamente a subordinação em qualquer de suas dimensões, mas ateve-se à validade — e, até com mais ênfase, utilidade — do contrato civil de terceirização de serviços, em cuja disciplina legal não haveria restrições relacionadas com a coincidência entre o objeto do contrato e os objetivos sociais da empresa beneficiária do trabalho terceirizado. O alheamento em relação à matéria justralhista não ficou apenas implícito no julgamento: ao compor a maioria, o Ministro Roberto Barroso fez ponto em assinalar que não há uma relação triangular na terceirização, mas, sim, duas relações bilaterais, uma de natureza civil, formada pelo contrato de prestação de serviços entre a tomadora e a empresa terceirizada, e outra de natureza trabalhista, entre a empresa contratada e o trabalhador, em forma de vínculo empregatício; e o Ministro Alexandre de Moraes, da mesma forma reconhecendo a licitude do contrato de terceirização independentemente da pertinência dos serviços terceirizados aos objetivos sociais da empresa tomadora, admite todavia a possibilidade de se reconhecer a existência de uma relação de emprego entre o trabalhador e a tomadora do trabalho em face de um contrato de terceirização de serviços (fraudulento): para além do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelos encargos trabalhistas da empresa contratada fixado na Tese, o Ministro pontua expressamente que a terceirização de atividade-fim não é conceitualmente idêntica às “hipóteses ilícitas de ‘intermediação de mão de obra’, caracterizadas pelo abuso e exploração do trabalhador”³⁷⁵, e que nada impede a fiscalização e a responsabilização, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra se esconda em uma terceirização fraudulenta, o que depende da análise da real natureza jurídica dos contratos³⁷⁶. Também pelo lado majoritário, que cunhou a Tese, o Ministro Gilmar Mendes admitiu, em seu voto, que a prática da terceirização “coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho”³⁷⁷, e que será preciso “refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos”³⁷⁸, cabendo à Justiça do Trabalho e à Procuradoria do Trabalho coibir abusos e repelir eventuais fraudes, que, todavia, não decorrem necessária e intrinsecamente do modelo de produção horizontalizado ou terceirizado.

³⁷⁵ Acórdão no RE 958.252, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-199 divulgado em 12/09/2019, publicado em 13/09/2019, p. 115.

³⁷⁶ Como consta em REISSWITZ, Candice von; VOLKMANN, Guilherme Rafael – «A tese de repercussão geral para o Tema nº 725 e o reconhecimento do vínculo empregatício: análise do acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE nº 958.252/MG», p. 102.

³⁷⁷ Acórdão no RE 958.252, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-199 divulgado em 12/09/2019, publicado em 13/09/2019, p. 236.

³⁷⁸ Acórdão no RE 958.252, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-199 divulgado em 12/09/2019, publicado em 13/09/2019, pp. 236-237.

Não é acidental o fato de as características da relação de emprego não terem sido examinadas com pormenor, salvo nos votos minoritários³⁷⁹, que refutavam a tese ao reafirmar o entendimento consolidado na Súmula n.º 331 do TST. Na verdade, o processo que levou a matéria ao exame da Corte Constitucional brasileira não tratava mesmo da natureza da relação havida entre os trabalhadores terceirizados e a tomadora dos serviços, mas, sim, tratava especificamente da alegada ilicitude do contrato celebrado com a empregadora daqueles trabalhadores, para prestação de serviços terceirizados relacionados com a atividade-fim da empresa beneficiária, sendo o propósito da Ação Civil Pública em questão, movida pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região, impedir mesmo a celebração de tais contratos pela empresa ré, pretensão que fora acolhida em primeira e segunda instâncias, remanescendo mal-sucedidos os recursos apresentados junto ao Tribunal Superior do Trabalho. A questão constitucional que submeteu o processo a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, não tinha relação (direta) com as garantias trabalhistas dispostas no art. 7.º da Constituição brasileira ou com o conceito de contrato de trabalho que essas garantias supõem, mas com o direito fundamental, estendido à pessoa jurídica, de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, previsto no art. 5.º, II, alegadamente violado pela Súmula n.º 331, III, do TST, e pela pretensão do Ministério Público do Trabalho de, com base nesse verbete sumular, proibir a empresa ré de contratar a prestação de serviços de outra empresa a depender da natureza dos serviços prestados, sem que haja tal proibição na lei.

Com efeito, a conclusão de que o contrato de terceirização é ilícito quando tenha por objeto serviços ligados à atividade principal da empresa beneficiária só é alcançada com um salto lógico a partir da ideia de que o trabalho que realiza os objetivos sociais da empresa é presumidamente integrado na atividade econômica por essa explorada, a caracterizar a subordinação por sua dimensão objetiva e, logo, a relação de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora do trabalho. Isso não quer dizer que a relação de emprego não possa ser constatada entre o trabalhador e a empresa que se beneficia do trabalho pela identificação da subordinação objetiva: o ponto é que a possibilidade em tese de vir a se caracterizar a relação de emprego entre o trabalhador que executará o contrato e a empresa que contrata os serviços não constitui um óbice preliminar à celebração do contrato de prestação de serviços. Tampouco é ilícito a uma empresa contratar outra para prestar-lhe serviços desligados de suas atividades-fins ante a possibilidade hipotética de suceder a caracterização da relação de emprego entre a empresa contratante e os trabalhadores que venham a executar o contrato

³⁷⁹ Entre esses, registramos o voto da Ministra Rosa Maria Weber, que desde 19/12/2011 ocupa a função de Ministra do Supremo Tribunal Federal, alinhado com a decisão que anteriormente, na condição de Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, preferira no julgamento do Recurso de Revista n.º 20900-12.2008.5.03.0035 em 20/05/2011, antes mencionado.

pela constatação da subordinação na sua dimensão pessoal, dada pela sujeição do trabalhador às regras da empresa beneficiária dos serviços e às suas ordens diretas quanto aos meios, modos, tempo e lugar da execução do trabalho. Se bem isso possa ocorrer, não terá sido por isso ilícito o contrato de prestação de serviços anteriormente celebrado entre as empresas, porque, enfim, não lhe era proibido contratá-los.

De outro lado, como já tivemos oportunidade de refletir anteriormente³⁸⁰, se, nos termos postos no acórdão em comento, o contrato de prestação de serviços firmado entre as empresas não é ilícito por seu objeto, mesmo quando alcança as atividades-fins da empresa tomadora dos serviços, porque não se confunde com o contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa prestadora dos serviços, então é seguro afirmar que a existência daquele não é oponível ao trabalhador quando são constatados os elementos característicos da relação de emprego entre ele e o tomador dos serviços. Para bem dizê-lo, o contrato celebrado entre as empresas é, para o trabalhador, negócio jurídico entre terceiros, que não o obriga nem lhe dá qualquer direito – *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*. Da mesma forma, o tomador do trabalho ostenta a condição de terceiro em relação ao contrato de trabalho formalizado entre o trabalhador e a empresa contratada pelo tomador, e, portanto, não pode invocá-lo para inibir o reconhecimento da relação de emprego do trabalhador diretamente para consigo, tendo sido constatados, entre o trabalhador e o tomador do trabalho, os elementos característicos do vínculo empregatício. Sendo assim, no exame da relação fática estabelecida entre o trabalhador e o tomador do trabalho, caracterizada pela prestação de trabalho subordinado, mesmo quando a subordinação se estabelece de forma objetiva, pela integração da atividade do trabalhador na atividade empreendida pela empresa beneficiária do trabalho, a existência ou validade do contrato de prestação de serviços celebrado entre essa e a empresa prestadora é insignificante, porque entre o trabalhador e a empresa beneficiária do trabalho não tem qualquer efeito.

Sem embargo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento do Tema de Repercussão Geral n.º 725 fez retroceder a compreensão jurisprudencial sobre a subordinação na sua dimensão objetiva, a exemplo do que veio a ser decidido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho em 31/05/2019, em juízo de retratação, no julgamento do mesmo recurso de revista antes mencionado, dessa vez sob a relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado:

³⁸⁰ REISSWITZ, Candice von; VOLKMANN, Guilherme Rafael – «A tese de repercussão geral para o Tema n.º 725 e o reconhecimento do vínculo empregatício: análise do acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE n.º 958.252/MG», p. 103.

“RECURSOS DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. JULGAMENTO ANTERIOR POR ESTA 3ª TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EVENTUAL EMISSÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO E REPARAÇÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO STF (TEMA 739 DE REPERCUSSÃO GERAL NO STF - ARE 791.932). TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS NÃO CONFIGURADO. O STF, por maioria, no julgamento do ARE 791.932/DF, ocorrido em 11/10/2018 e transitado em julgado em 14/03/2019, representativo da controvérsia e com repercussão geral (tema nº 739), firmou tese jurídica vinculante, no sentido de que ‘é nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC’. É necessário, pois, o exame da matéria à luz da tese firmada pelo STF, relativamente à possibilidade de terceirização de serviços afetos às atividades precípua das concessionárias de telecomunicações, sendo irrelevante perquirir sobre a natureza das atividades exercidas pela empresa contratada. No caso vertente, apesar de ter o TRT concluído pela configuração do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços — haja vista a relação direta entre o serviço de instalação e reparação de linhas telefônicas e a atividade-fim da tomadora —, há de ser afastada a ilicitude da terceirização, à luz do entendimento do E. STF e do art. 94, II, da Lei 9.472/97. Consequentemente, não se reconhece o vínculo de emprego com a tomadora de serviços, tampouco a responsabilidade solidária e a condenação ao pagamento de direitos e benefícios legais, normativos e/ou contratuais dos empregados da tomadora daí decorrentes, mantida a responsabilidade subsidiária, em caso de eventual condenação, nos termos do entendimento do STF e da Súmula 331, IV/TST. Ressalva de entendimento pessoal deste relator. Recursos de revista conhecidos e providos.”³⁸¹

Como se vê, remanesce o salto lógico: por ser lícita a terceirização, exclui-se a caracterização da relação de emprego. Se, contudo, pudermos abandonar essa simplificação, admitindo, como o fez o Ministro Alexandre de Moraes no julgamento que resultou na elaboração da Tese para o Tema de Repercussão Geral nº 725, a possibilidade de se reconhecer a existência de uma relação de emprego entre o trabalhador e a tomadora do trabalho em face de um contrato de terceirização de serviços por isso mesmo fraudulento, e não por ser ilícito, remanesce a necessidade de se investigarem as

³⁸¹ RR-20900-12.2008.5.03.0035, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 31/05/2019.

características da relação de emprego que permitem reconhecê-la, aí incluída a subordinação, seja como sujeição pessoal do trabalhador às ordens, diretrizes e regras impostas pelo tomador do trabalho, mesmo latente, ou como exigência técnica implícita para a inserção da atividade laboral na atividade econômica empreendida pela empresa³⁸², que assim se apropria não apenas do resultado do trabalho mas do trabalho em si para realizar as modificações do mundo físico necessárias à concretização dos seus objetivos sociais. Sobre esse aspecto, da apropriação do trabalho e dos seus frutos pelo beneficiário, pende a análise da *ajenidad* como característica da relação de emprego, a ser feita a seguir.

3.3. *Ajenidad* ou alienação

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão conceitua o trabalho por conta alheia, em oposição ao trabalho por conta própria, com o sentido de que, no primeiro caso, o trabalhador não assume os riscos nem recebe os proveitos do trabalho que presta, dos quais o empregador se apropria, pagando ao trabalhador apenas a sua remuneração em contrapartida³⁸³. Segundo Bernardo da Gama Lobo Xavier, considera-se o trabalho como prestado por conta alheia quando a utilidade do trabalho é apropriada por pessoa diferente do trabalhador, em forma de alienação, a justificar a tutela do Direito do Trabalho; isso não ocorre, contudo, quando a transferência da utilidade do trabalho para outra pessoa não é esperada por força de uma relação contratual entre ambas, como no caso dos trabalhos prestados por cortesia ou semelhantes: interessa apenas a atividade por conta de outrem quando lhe é juridicamente devida e, logo, passível de ser exigida, ainda quando seja diretamente destinada a uma terceira pessoa, como no caso do empregado de um restaurante que serve à mesa em relação ao empregador e ao cliente do restaurante³⁸⁴.

Oscar Hernández Alvarez e Oscar Ermida Uriarte sustentam que é da essência do contrato de trabalho o ajuste, preliminar à prestação dos serviços, de que o produto de tal prestação nasce já na propriedade do empregador, que assume os riscos do trabalho, pelo que os serviços são prestados por conta alheia³⁸⁵. Segundo os autores, a doutrina espanhola de fato toma a *ajenidad*, e não a subordinação, como elemento essencial diferenciador do contrato de trabalho e marco fundamental da fronteira do Direito do Trabalho com outras disciplinas³⁸⁶. Eles mesmos entendem que a *ajenidad* é o

³⁸² VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 53.

³⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*. 5.ª ed. Coimbra : Almedina, 2016, p. 13.

³⁸⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 36-37.

³⁸⁵ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación», p. 289.

³⁸⁶ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación», p. 289.

que explica a diferença entre a condição de trabalhador e sócio da empresa: a única justificação ético-jurídica para que o trabalhador não tome parte nos proveitos do negócio, explicam os autores, é de que tampouco participe das perdas³⁸⁷.

Ao tratar sobre a noção de trabalhador no âmbito do Direito Social europeu, Valverde, Gutiérrez e Murcia registram que a norma comunitária com frequência utiliza a expressão “trabalhador por conta alheia”, mas remete ao conceito de trabalhador próprio da legislação nacional para lhe dar sentido³⁸⁸. Os autores consideram a classificação entre o trabalho por conta própria do trabalho por conta alheia a mais substancial para a visão de conjunto dos sistemas jurídicos contemporâneos, com implicações sobre a apreciação do princípio da liberdade de trabalho; e que os tipos de trabalho autônomo e trabalho subordinado, bem como de trabalho a título oneroso ou voluntário, estão em função dessa classificação, ainda que a autonomia ou subordinação do trabalho seja um critério de grande importância operativa no Direito do Trabalho³⁸⁹. A *ajenidad*, salientam, se afere pela atribuição dos frutos do trabalho, estando no âmbito do trabalho por conta própria o trabalhador que é o destinatário final dos resultados produtivos do trabalho, seja para seu próprio consumo ou para posterior mercantilização, desde que ao menos de momento ingressem no seu patrimônio³⁹⁰. No trabalho por conta alheia, pelo contrário, os resultados do trabalho passam diretamente a outra pessoa, que se beneficia deles desde o instante em que são produzidos³⁹¹. Segundo os autores, isso é mais evidente caso o resultado do trabalho seja um fruto ou produto suscetível de apropriação; nos serviços imateriais, a *ajenidad* consiste na satisfação das necessidades ou conveniências não de quem trabalhou, mas de outra pessoa ou entidade a favor da qual os serviços são prestados³⁹².

A *ajenidad* marca a diferença entre o trabalho assalariado e o trabalho por conta própria, o que se explica tradicionalmente por duas características: a alienação dos frutos, pela qual o empregador se apropria diretamente ou se aproveita imediatamente do produto do trabalho; e a alienação dos riscos da atividade³⁹³. Significa também que as ferramentas, materiais ou meios de trabalho como regra devem ser disponibilizados pela empresa; e que a clientela é da empresa, e não do trabalhador³⁹⁴. Os autores observam que a *ajenidad* desvanece quando a retribuição do trabalhador depende dos frutos e benefícios do trabalho, e assinalam que o trabalho assalariado admite variadas formas de retribuição,

³⁸⁷ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación», p. 289.

³⁸⁸ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, pp. 183-184.

³⁸⁹ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 50.

³⁹⁰ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, pp. 50-51.

³⁹¹ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, pp. 50-51.

³⁹² VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, pp. 50-51.

³⁹³ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 181.

³⁹⁴ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 181.

sem que a opção por uma ou outra seja de todo determinante para a sua qualificação jurídica³⁹⁵. Por outro lado, não há *ajenidad* quando o trabalho é implícito à condição de sócio participante de uma sociedade, já que ele se apropria dos frutos do trabalho, ao menos em parte, o que não impede, porém, a coexistência numa mesma pessoa das condições de sócio e de trabalhador assalariado, sempre que haja separação formal e patrimonial entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, especialmente nas sociedades capitalistas ou por ações (anônima e de responsabilidade limitada)³⁹⁶. Trata-se, portanto, de um conceito de nível elevado de abstração, que com frequência obriga o recurso a indícios ou fatos indiciários, como a entrega ou colocação à disposição do empregador das decisões concernentes às relações de mercado ou com clientes, o cálculo da retribuição ou dos principais conceitos da mesma³⁹⁷.

Em artigo publicado em 1967, ainda sob a vigência da *Ley de Contrato de Trabajo*, Manuel Alonso Olea aponta que a natureza do contrato é determinada pelas obrigações que constituem o seu objeto, independentemente do nome que lhes hajam dado as partes, ainda que a vontade das partes tenha uma importância residual, como indício da condição de trabalhador ou de contratante independente, empresário de si mesmo, que não diria respeito tanto à dependência (subordinação) ou à sua falta, mas ao fato de o trabalho ser prestado por conta alheia ou por conta própria³⁹⁸. O autor aponta que o essencial do contrato de trabalho não é tanto a relação de dependência, mas que se trabalhe por conta alheia, isto é, que o efeito essencial do contrato de trabalho seja a atribuição direta e imediata da titularidade dos frutos do trabalho a outrem, que, em troca da remuneração, assume o risco do destino futuro dos bens produzidos ou dos serviços prestados³⁹⁹. Olea trata da *ajenidad* do risco como uma consequência da *ajenidad*, e acrescenta que trabalhar por conta de outro exige normalmente que o trabalhador seja controlado por aquele para quem trabalha, a fim de garantir a satisfação do interesse contratual desse último, do que se deduz que o trabalho mesmo é o objeto do contrato⁴⁰⁰. A medida do controle do empregador sobre o trabalho, no entanto, varia enormemente, e apenas muito forçadamente se pode falar dependência propriamente dita nas hipóteses de trabalho a domicílio, ainda que apenas as posições doutrinárias rigidamente limitadas por seu dogmatismo se neguem a ver aí um contrato de trabalho⁴⁰¹. Olea argumenta que, nos casos limites, não existe um

³⁹⁵ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermin Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 181.

³⁹⁶ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermin Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 181.

³⁹⁷ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermin Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, pp. 181-182.

³⁹⁸ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo». Anuario de derecho civil [em linha]. Vol. 20, n.º 1 (1967), pp. 117-152. [Consult. 03/07/2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1967-10011700152>, p. 129.

³⁹⁹ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 129.

⁴⁰⁰ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 130.

⁴⁰¹ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 130.

controle pelo empregador sobre o trabalho prestado, mas, sim, um puro trabalho por conta de outrem, o que é o verdadeiramente essencial e característico do contrato de trabalho, a despeito da terminologia legal e jurisprudencial empregada à época do texto, fundada na relação de dependência⁴⁰². A essência da relação de trabalho, insiste Olea, está na *ajenidad* dos frutos e na *ajenidad* derivada dos riscos⁴⁰³. Olea registra fluidez da jurisprudência no tratamento da matéria atinente à tipificação do contrato de trabalho ante a definição legal contida no art. 1.º da *Ley de Contrato de Trabajo* então vigente, em que a dependência era posta como requisito essencial do contrato de trabalho, e sugere que a jurisprudência poderia mover-se em terreno firme se, partindo do pressuposto de que o trabalho é efetivamente prestado por conta alheia, qualifica a dependência em sua acepção moderna, como um simples poder de dar ordens quanto à execução do trabalho, a fim de superar as noções mais antigas de subordinação, oriundas que tinham por objeto o trabalho manual, a fim de apreender o poder organizativo ou de direção presente inclusive, se o trabalho é por conta alheia, nos serviços mais qualificados tecnicamente e em relação a pessoas cujo poder econômico torna anacrônica acepção econômica da subordinação⁴⁰⁴. O autor sustenta que o art. 7 da *Ley de Contrato de Trabajo* exclui de sua regulação os contratos de trabalho com o pessoal de alta direção, alto governo ou alto conselho, tratando-os efetivamente como uma exceção, pelo que estariam incluídos na definição genérica do art. 1.º da Lei, mas excetuados da sua normativa, não obstante a jurisprudência consistentemente negue que se trate de contratos de trabalho, com fundamento na doutrina da dependência⁴⁰⁵. Para o autor, o trabalho diretivo é um trabalho tão ou tão pouco dependente como pode ser o não diretivo, o que converte a relação de dependência numa expressão sem sentido⁴⁰⁶. O que excetua o trabalho de direção das normas trabalhistas é o apoderamento adicional, amplo e geral, que eleva o trabalhador ao alto cargo a que se refere o art. 7, supondo que realize funções reitoras da empresa em si, e não de uma direção especializada⁴⁰⁷.

Em obra coautorada por Maria Emilia Casas Baamonde publicada em 2003, após o falecimento de Manuel Alonso Olea, e na vigência da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cujo âmbito de aplicação passara a abranger expressamente o trabalho prestado por conta alheia (art. 1.º)⁴⁰⁸, os autores assinalam que o Direito do Trabalho toma como base uma realidade social em que os frutos do trabalho, que seriam a recompensa natural do trabalho produtivo no estado original das coisas, são

⁴⁰² OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 130.

⁴⁰³ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 130.

⁴⁰⁴ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», pp. 130-132.

⁴⁰⁵ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 133.

⁴⁰⁶ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 133.

⁴⁰⁷ OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo», p. 134.

atribuídos inicial e diretamente a uma pessoa distinta de quem o executa, em função de uma relação singular entre o trabalhador e o adquirente dos frutos⁴⁰⁹. Trata-se, dizem os autores, da relação de *ajenidad*, estruturada juridicamente de formas muito diversas e peculiares, que pré-existem à execução do trabalho⁴¹⁰. Distingue-se da relação de trabalho autônomo ou por conta própria, em que o trabalhador retém a titularidade inicial dos frutos do seu trabalho, mesmo que depois disponha deles por títulos jurídicos variados⁴¹¹. Os autores salientam que o beneficiário dos frutos do trabalho alheio há de ser efetivamente distinto do trabalhador, uma vez que o trabalho como parte de uma comunidade familiar ainda ocorre por conta própria da família⁴¹². O fruto do trabalho deve ser entendido de forma ampla, para abarcar todo resultado do trabalho produtivo do homem, consistente de um bem ou um serviço⁴¹³. A *ajenidad* se refere à utilidade patrimonial do trabalho, e se manifesta ora em uma apropriação dos bens materiais, ora em um poder, intitulado pelo tomador do trabalho, de designar o beneficiário imediato dos bens imateriais ou serviços, que pode ser o próprio ou terceiro⁴¹⁴. Por fim, insistem que a atribuição dos frutos do trabalho ao terceiro, no trabalho por conta alheia, é inicial e originária, e que a *ajenidad* consiste precisamente em que os frutos do trabalho não são do trabalhador já no momento em que ele os está a produzir⁴¹⁵.

Os autores notam a singularidade radical e as dificuldades que decorrem de tratar do trabalho como objeto da relação jurídica, como algo distinto da pessoa que o executa, sem deixar de ser uma emanção de si, visto que há uma união incidível entre o trabalho como objeto do contrato de trabalho e o trabalhador como seu sujeito⁴¹⁶. Apontam que, enquanto em tempos passados a solução disso era coisificar o sujeito e tratá-lo como um instrumento ou um semovente, isto é, um escravo, a solução contemporânea está em manter a distinção entre o trabalhador e o trabalho, tomando como fundamento a sua decisão livre de desfazer-se dos frutos e empenhar ao outro o trabalho realizado para a sua obtenção⁴¹⁷. Se bem o objeto do contrato de trabalho seja o trabalho, a sua função e causa, para o empregador, são, segundo Olea e Baamonde, os frutos do trabalho, em forma de bens ou serviços, e disso deriva o direito de impor ordens sobre o lugar, tempo e modo de produção, que se designa como poder de direção, o qual opera sobre o objeto do contrato, isto é, sobre o trabalho,

⁴⁰⁹ À época com o texto revisado aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/1995, de 24 de março, que veio a ser derogado pelo Real Decreto Legislativo n.º 2/2015, de 23 de outubro.

⁴⁰⁹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*. 21.ª ed., revisada. Madrid : Civitas Ediciones, 2003, pp. 45-46.

⁴¹⁰ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹¹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹² BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹³ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹⁴ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹⁵ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴¹⁶ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 58.

⁴¹⁷ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 58.

sendo-lhe correlata a dependência ou subordinação do trabalhador a essas ordens⁴¹⁸. Essa obediência, diferentemente do que ocorria com os escravos e servos, é delimitada, no âmbito do trabalho livre, àquilo que é devido em razão do ofício⁴¹⁹. O que caracteriza o Direito do Trabalho, portanto, sublinham os autores, não é a relação de dependência, mas, sim, a sua progressiva limitação à dependência que é estritamente devida em razão das exigências organizativas e técnicas do processo produtivo.

Olea e Baamonde qualificam como anômala a denominação do contrato de trabalho por seu objeto, e não pela sua causa, o que, em alguma medida, a coloca em segundo plano, tomando em primeiro plano o trabalho e as suas características, entre as quais a da sujeição às ordens, elevando a dependência à condição de qualificadora de um contrato claramente definido, como o são os contratos na sua maioria, pela sua causa, que é a cessão originária e onerosa de frutos⁴²⁰. A causa do contrato de trabalho consiste na cessão remunerada dos frutos resultantes do trabalho, assim entendidos no sentido amplo de produto útil resultante da atividade humana, e entendida a causa em seus dois sentidos, compreendendo a finalidade típica normal buscada pelo ordenamento jurídico a respeito do contrato (sentido objetivo) e o fim real e prático que as partes se propõem a contratar (sentido subjetivo)⁴²¹. O objeto do contrato de trabalho, no entanto, ainda é o trabalho, a atividade do trabalhador, pela qual é devida a remuneração⁴²². Os autores observam que, devido à atual divisão do trabalho, o fruto do trabalho carece de relevância econômica e útil se isoladamente considerado, e a prestação do trabalhador somente ganha valor quando associada à de outros⁴²³. Sendo, presidido por uma causa frutuosa, deve ser dito que o contrato de trabalho tem por objeto o trabalho, e, nesse sentido, também se pode dizer que o contrato de trabalho implica uma participação na produção⁴²⁴. Os autores esclarecem que o trabalho e a respectiva remuneração são os objetos das obrigações recíprocas das partes, e essas obrigações constituem o objeto do contrato de trabalho⁴²⁵.

A formulação moderna, no *Estatuto del Trabajador*, do que tradicionalmente se chamava subordinação ou dependência, registram Olea e Baamonde, é a de que os serviços se prestam dentro do âmbito de organização e direção de quem paga os salários⁴²⁶. A não integração neste âmbito ou círculo, dizem os autores, é certamente o único dado que de fato separa o contrato de trabalho do contrato de locação de serviços, no qual recaem figuras contratuais atípicas e contratos inominados de

⁴¹⁸ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 49.

⁴¹⁹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 49.

⁴²⁰ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, pp. 49-50.

⁴²¹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 57.

⁴²² BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 57.

⁴²³ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, pp. 57-58.

⁴²⁴ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 58.

⁴²⁵ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 58.

⁴²⁶ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 61.

serviços aos quais falte um mínimo de controle ou diretrizes pelo empresário, e, com isso, um mínimo de inserção incorporação ou integração do trabalhador⁴²⁷. A dependência, sendo puramente jurídica e formal, se traduz, assim, como atuar por conta alheia, transmitindo automaticamente o resultado do trabalho de quem o executa a outra pessoa distinta de si, assim reconduzindo a subordinação à *ajenidad*⁴²⁸.

Para Valverde, Gutiérrez e Murcia, o trabalho autônomo e o trabalho por conta própria não são sinônimos, ainda que tenham notável proximidade, o que se demonstra por seus antônimos: o trabalho autônomo seria contrário ao trabalho subordinado, que se qualifica pela dependência jurídica, e não por ser prestado por conta alheia⁴²⁹. O trabalho autônomo se caracterizaria pela disposição plena sobre o modo de execução do trabalho, não se falando em ordens de trabalho, mas de encargos genéricos de obras ou serviços, que o trabalhador executa como lhe for oportuno⁴³⁰. Fala-se em trabalho subordinado quando uma pessoa distinta do trabalhador tem poder jurídico de disposição sobre o seu esforço laboral⁴³¹. A distinção entre trabalho autônomo e subordinado está na existência de ordens alheias sobre o modo de execução ou realização do trabalho⁴³². No trabalho autônomo há encargos genéricos de obras ou serviços a serem executados como o trabalhador entender oportuno, embora seu sucesso dependa de se ajustar às preferências dos clientes e aos imperativos da tecnologia⁴³³. Segundo Valverde, Gutiérrez e Murcia, enquanto o conceito de autonomia é fixo na inexistência de intervenção alheia que determine o modo de execução, o conceito de subordinação seria graduado, desde a submissão a ordens relacionadas com o tempo, lugar e modo de prestação do trabalho (o que se aproxima do conceito de subordinação com sentido de dependência pessoal⁴³⁴) até a adaptação ou acomodação da atividade aos objetivos, condições e programas da organização produtiva em que aquela se insere⁴³⁵ (o que se aproxima do conceito de subordinação objetiva⁴³⁶). A graduação da subordinação pode ocorrer nomeadamente por conta da qualificação profissional do trabalhador, ou, também, pelo modo de organizar a produção e o trabalho, que admite formas de controle de distinta

⁴²⁷ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, pp. 61-62.

⁴²⁸ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 63.

⁴²⁹ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³⁰ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³¹ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³² VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³³ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³⁴ Vide Capítulo 3.2.2, acima.

⁴³⁵ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 52.

⁴³⁶ Vide Capítulo 3.2.4, acima.

extensão e intensidade⁴³⁷. Posto que não se equivalham, o trabalho subordinado e o trabalho por conta alheia, para os autores, são dois aspectos de uma mesma realidade⁴³⁸.

Alvarez e Uriarte, da mesma forma, entendem que a *ajenidad* não exclui a validade do critério da subordinação, porque a subordinação e a *ajenidad* parecem constituir as duas faces de uma mesma moeda⁴³⁹. Isso também significa que as tentativas de escapar à disciplina da legislação trabalhista pela descaracterização do contrato de trabalho dirigidas à subordinação alcançam também a *ajenidad*, supondo-se que o trabalhador falsamente colocado na posição de autônomo, comerciante, empresário individual ou associado de cooperativa assume todos os riscos do seu empreendimento, pelo que, nessas hipóteses, é provável que, antes do que a *ajenidad*, seja mais fácil provar a subordinação⁴⁴⁰.

Olea e Baamonde esclarecem que a expressão *ajenidad* é utilizada em sentido jurídico estrito, próximo ao de *enajenación*, que, por sua vez, não é empregado porque *enajenación*, no Direito, se refere a aquisições derivativas, enquanto por *ajenidad* está a se designar aquisições originárias; tampouco empregam o termo *alienación*, mesmo que fosse linguisticamente correto, por conta da confusa e pesada carga filosófica e sociológica que essa expressão carrega⁴⁴¹.

A pesada carga filosófica e sociológica da expressão *alienación* a que os autores se referem certamente tem a ver com o conceito de trabalho alienado proposto por Friedrich Engels e Karl Marx, assentado na constatação de que o objeto que o trabalho produz — isto é, o produto do trabalho — se manifesta perante o trabalhador como algo alheio a ele⁴⁴². Engels e Marx assinalam que o trabalho se objetifica no produto, em que se incorpora o tempo de vida que o trabalhador dedicou a produzi-lo e que, por consequência, deixa de pertencer a si e passa a pertencer ao objeto⁴⁴³. A alienação, no conceito de Engels e Marx, significa não apenas que o trabalho se torna o objeto, com existência externa, mas também que existe fora de si, independentemente, como algo alheio ao trabalhador, e que o confronta como uma força em si mesma⁴⁴⁴. A alienação se manifesta, assim, não apenas na relação entre o trabalhador e o produto de seu trabalho, mas também no ato de produção, na atividade

⁴³⁷ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 53.

⁴³⁸ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – Derecho del Trabajo, p. 53. Curiosamente, ao introduzir o capítulo sobre o rompimento do conceito binário da autonomia e subordinação, Amauri Mascaro Nascimento define o trabalho autônomo como aquele que é executado para si, e o trabalho subordinado, como o que é executado para outro, ou por conta de outro (NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 213), de certa forma renunciando, assim, o paralelismo entre os conceitos de trabalho subordinado e trabalho por conta alheia.

⁴³⁹ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación», p. 289.

⁴⁴⁰ ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación», p. 289.

⁴⁴¹ BAAMONDE, María Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 46.

⁴⁴² ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*. Nova Iorque : Prometheus Books, 1988, p. 71

⁴⁴³ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, pp. 71-72.

⁴⁴⁴ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, p. 72.

produtiva em si mesma⁴⁴⁵. O produto, dizem os autores, nada mais é do que a síntese da atividade, e, se o produto é alienado, também o é a atividade que o produz⁴⁴⁶. A alienação do trabalho significa que o trabalho não apenas é externo ao trabalhador, mas que não pertence a ele, mas a outro⁴⁴⁷. A alienação em relação aos frutos do trabalho, segundo os autores, é, portanto, acompanhada do domínio desse outro sobre a produção e sobre o produto⁴⁴⁸.

Naturalmente, Engels e Marx não se debruçam sobre as características da relação de emprego para o efeito de determinar o âmbito de aplicação do Direito do Trabalho, mas dedicam-se a fazer uma descrição crítica do sistema político econômico vigente com a preocupação de emancipar o trabalhador da relação exploratória a que se submete frente ao capital. Isso não quer dizer, contudo, que sua análise seja desprovida de utilidade para aquele efeito. O Direito do Trabalho, embora voltado à finalidade oposta, de — na condição de instrumento de conciliação do conflito, por vezes latente, por vezes pungente, de classes — preservar o sistema capitalista, é proposto como solução à mesma problemática, atinente à relação assimétrica e inegalitária entre o trabalhador e o empregador, de que, antes do advento da disciplina legal protetiva, resultou o empobrecimento da classe operária em geral, dando causa à Questão Social e a todos os conflitos daí oriundos. A solução conservadora do Direito do Trabalho, de restringir a carga de trabalho, resguardar a segurança e salubridade de sua execução e impor uma remuneração mínima aos trabalhadores, portanto, tem origem nas mesmas circunstâncias históricas, pesadas e confusas, que inspiraram e estão descritas nas obras de Engels e Marx. Se é para apreender a mesma realidade, ainda que para outra solução, então faz sentido colher dali o que diz respeito às características da relação entre trabalhador e empregador.

Dito isso, e a despeito do cuidado de Olea e Baamonde em empregar um termo filosófica e sociologicamente neutro, é notável a aproximação entre o conceito de *ajenidad* que formulam e o discurso de Engels e Marx acerca da alienação do trabalho, quer sob o ponto de vista do estranhamento do trabalhador em relação aos frutos de seu trabalho, quer sob o ponto de vista do domínio do empregador sobre a execução da atividade laboral que disso resulta. Dessa forma, não nos parece haver uma razão convincente para deixar de empregar o termo “alienação” no português para traduzir o que, em espanhol, a doutrina denomina de “*ajenidad*”. Passamos, portanto, a empregá-lo.

Também é notável, a propósito, a aproximação entre o conceito de alienação como marca característica do contrato de trabalho e o conceito de subordinação objetiva, embora não tanto em

⁴⁴⁵ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, p. 73.

⁴⁴⁶ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, p. 74.

⁴⁴⁷ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, p. 74.

⁴⁴⁸ ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*, p. 80.

função da aquisição originária dos frutos do trabalho em si, mas em função da colocação do trabalho como objeto do contrato, situando-o por isso no âmbito da organização do empregador, com o que a atividade laboral se converte na atividade econômica da empresa que, então, produz — a empresa, e já não o trabalhador — o objeto, fruto da atividade produtiva, para si. Consequência disso é que o trabalhador se submeta à direção daquele em cuja organização o trabalho é executado e em nome de quem os frutos do trabalho são produzidos. A alienação e a subordinação objetiva não são, pois, apenas dois aspectos da mesma realidade, como são também complementares entre si, e explicam uma à outra, bem como explicam a subordinação com sentido de dependência pessoal, quando há, sob a égide das regras dispostas unilateralmente pela empregadora.

4. Elementos descaracterizadores do contrato de trabalho

Há outras características que, mesmo não lhe sendo peculiares, são comumente atribuídas ao contrato de trabalho para o efeito de distingui-lo de outras espécies contratuais, designadamente a pessoalidade, a onerosidade e a continuidade do vínculo. Nesse sentido, Bezerra Leite deduz do disposto nos arts. 2º e 3º da CLT, além da subordinação hierárquica ou jurídica, os elementos da pessoalidade, não eventualidade e onerosidade como característicos da relação de emprego, e entende que essa se constitui na convergência de todos os seus elementos essenciais, podendo ser descaracterizada pela ausência de qualquer um deles⁴⁴⁹.

Por não serem específicos do contrato de trabalho, mas também vistos em relações jurídicas de outras naturezas, inclusive na prestação de serviços autônomos, esses outros critérios não expandem o conceito da relação de emprego, e, logo, se pertinentes, somente o poderiam reduzir, depois de constatada a presença de seus elementos efetivamente característicos, sejam eles a subordinação ou a *ajenidad* ou ambos. Se, portanto, a ausência daqueles elementos é tida como excludente do vínculo, é mais simples falarmos da impessoalidade, gratuidade ou eventualidade da prestação laboral como elementos descaracterizadores da relação de emprego. Vamos a isso.

⁴⁴⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra – *Curso de direito do trabalho*, Tit. II, Cap. I, Item 3.2. Também nesse sentido, DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 313-314; e BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 157.

4.1. Impessoalidade

O caráter pessoal — ou, mais especificamente, *intuitu personae* — da obrigação do trabalhador pode ser bastante pronunciado no âmbito das relações jurídicas de natureza civil, como no caso da contratação de um arquiteto em específico para a elaboração de um projeto de reforma ou remodelação da cozinha de um apartamento, ou no caso da contratação, pelo paciente, de um médico especialista em determinada cirurgia de risco para a sua execução. Aliás, quanto maior a expertise do profissional, e, portanto, mais extensas as suas habilidades pessoais específicas, mais fácil será para si estabelecer-se de forma autônoma no desempenho da sua profissão, no quanto isso depende do equilíbrio negocial entre as partes na elaboração das normas que regerão os serviços a serem prestados. Já a possibilidade inversa, de a obrigação assumida pelo profissional autônomo ser impessoal, admitindo-se com isso que o profissional que executará o contrato não seja a mesma pessoa que assinou o contrato, supõe que haja alguma relação jurídica subjacente entre a pessoa que subscreve o contrato e aquela que cumpre a prestação assumida, podendo ser que estejam arranjos em sociedade, como nos casos dos escritórios de advocacia, ou em associações cooperativas, ou podendo ser que haja entre eles um vínculo empregatício, ou que ambos sejam empregados de uma mesma empresa, em nome de quem assinam o contrato e cumprem a prestação.

Conquanto a prestação de serviços no âmbito das relações de trabalho autônomo, contratada sem a condição *intuitu personae*, possa, assim, ser cumprida por um trabalhador empregado da empresa ou da pessoa natural contratada, de outro lado a obrigação do trabalhador perante o seu empregador, para muitos autores, terá necessariamente essa condição.

Nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho realça o componente de pessoalidade do vínculo laboral, que não se confunde com as concepções comunitário-pessoais, ultrapassadas pela dimensão patrimonial do contrato de trabalho, expressada pelo binômio atividade laboral e retribuição: a pessoalidade estaria na relevância das qualidades pessoais do trabalhador para a celebração e subsistência do contrato, bem como na essência dominial do próprio vínculo, que decorre da sujeição do trabalhador aos poderes laborais⁴⁵⁰. Ramalho entende que as qualidades pessoais do trabalhador são essenciais para o contrato de trabalho mesmo no caso dos empregados das grandes empresas, porque justificam a sua contratação e, inversamente, motivam o desfazimento do vínculo no caso do despedimento por inadaptação, e isso faz do contrato de trabalho um contrato *intuitu personae*⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 473.

⁴⁵¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 476.

João Leal Amado registra divergências doutrinárias quanto ao caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho, e conclui que essa característica no mais das vezes está presente, embora em poucos casos possa não se verificar, quando as qualidades do trabalhador não são determinantes para a sua contratação⁴⁵².

Para Mauricio Godinho Delgado, a configuração da relação de emprego exige que a prestação de trabalho tenha caráter infungível, *intuitu personae* quanto ao trabalhador, que não se pode fazer substituir intermitentemente por outro trabalhador⁴⁵³. Isso comporta exceções, como quando há consentimento do empregador para uma substituição eventual, ou quando autorizadas normativamente, como no caso das férias, licenças e afastamentos para cumprir mandato sindical, em que o contrato do trabalhador afastado se suspende ou se interrompe, sem descaracterizar a pessoalidade inerente ao vínculo⁴⁵⁴. A pessoalidade da obrigação do trabalhador também estaria evidenciada na impossibilidade de transmissão da relação jurídica aos herdeiros e sucessores⁴⁵⁵.

Carlos Henrique Bezerra Leite sustenta que a obrigação contratual do empregado é necessariamente *intuitu personae*, mas admite que a pessoalidade pode ser afastada quando a substituição do trabalhador por outro é permitida tácita ou expressamente pelo empregador⁴⁵⁶. Da mesma forma, Alice Monteiro de Barros qualifica como *intuitu personae* a obrigação do empregado, ressaltando que mesmo assim ele poderá se fazer substituir esporadicamente, desde que com a aquiescência do empregador⁴⁵⁷. Isso tampouco significa que a prestação é infungível, dada a possibilidade, em algumas situações, de o trabalhador ser substituído por outros empregados da mesma empresa, o que não é uma hipótese viável no caso, por exemplo, dos empregados artistas ou desportistas, contratados por seus talentos individuais⁴⁵⁸.

Da íntima conexão entre o sujeito e o objeto do contrato resulta, segundo Olea e Baamonde, que a prestação contratual de trabalho seja personalíssima, mas não no sentido de que seja devida por uma pessoa determinada, mas, sim, de que empenha a pessoa do trabalhador no seu cumprimento⁴⁵⁹. Segundo os autores, o trabalhador se compromete a prestar os seus serviços, o que quer dizer que se obriga a trabalhar pessoalmente; a possibilidade de substituição, remunerada ou não, contradiz o caráter personalíssimo da prestação do trabalhador, e com ela, o contrato de trabalho⁴⁶⁰. Se a

⁴⁵² AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho : noções básicas*, pp. 57-58.

⁴⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 315.

⁴⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 315-316.

⁴⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 316.

⁴⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra – *Curso de direito do trabalho*, Tit. II, Cap. I, Item 3.2.

⁴⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 159.

⁴⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 159.

⁴⁵⁹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 58.

⁴⁶⁰ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 59.

substituição estiver prevista no contrato do substituído, ou se for aceita durante a sua execução pelo empresário, se entenderá que o substituto está ligado a esse pelo seu próprio contrato⁴⁶¹. Por outro lado, se o empresário estiver alheio à relação entre o substituído e o substituto, poderá então haver entre esses um contrato de trabalho, no qual o substituído ocupa a posição de empresário⁴⁶². Segundo os autores, a possibilidade de substituição, em determinadas circunstâncias, como quando substituído tem a faculdade de designar o substituto sem o conhecimento ou aprovação da pessoa a quem os serviços são prestados, pode inclusive descaracterizar a relação laboral tanto do substituído como do substituto⁴⁶³.

Por outro lado, Júlio Manuel Vieira Gomes sustenta que o fato de a prestação de trabalho ter caráter eminentemente pessoal não significa que o contrato de trabalho vise necessariamente uma prestação *intuitu personae*, no sentido de que as qualidades pessoais do trabalhador condicionem a sua contratação, o que não é o caso em certas atividades pouco qualificadas⁴⁶⁴. Nas suas palavras, “a afirmação de que o trabalho não é uma mercadoria implica o reconhecimento do que há de pessoal no trabalho humano que não pode ser destacado da pessoa”, mas não de que uma prestação de trabalho não se equivalet a outra qualquer⁴⁶⁵. Gomes faz distinção também entre o caráter *intuitu personae* e o negócio fiduciário suscitando a hipótese da modelo que é contratada por seus aspectos físicos específicos, e não para uma relação especial de confiança⁴⁶⁶. A personalidade pode ter razões diversas da fidiúcia, como razões técnicas e organizativas, relacionadas com o ingresso de estranhos na empresa, ou em função das obrigações acessórias do empregado, que dificilmente seriam transmitidas a um terceiro que o substituísse⁴⁶⁷. Para o autor inclusive a cláusula contratual que permite a substituição eventual do trabalhador por outro com idênticas qualificações não é um obstáculo insuperável para a caracterização do contrato de trabalho, tomando como exemplo o caso de um professor que seja contratado dessa forma, relativamente a certa percentagem das aulas dadas⁴⁶⁸. Gomes critica a ideia de que a subordinação se descaracteriza quando é contratualmente permitido ao trabalhador fazer-se substituir, subcontratar ou escolher um auxiliar, mesmo que a maior parte da doutrina entenda que a obrigação do trabalhador é infungível e deve ser executada pessoalmente, seja porque essa cláusula pode ser incluída apenas para esse efeito, seja porque há atividades em que a

⁴⁶¹ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 59.

⁴⁶² BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 59.

⁴⁶³ BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 59.

⁴⁶⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 86-87.

⁴⁶⁵ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 87.

⁴⁶⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 87.

⁴⁶⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, pp. 88-89.

⁴⁶⁸ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 91.

possibilidade de substituição não é decisiva para afastar a caracterização da subordinação, por ocorrer muito esporadicamente ou por ser afinal fungível a prestação laboral⁴⁶⁹.

Note-se que, nesse ponto, Júlio Manuel Vieira Gomes trata da impessoalidade como critério de exclusão da subordinação que caracteriza a relação de emprego, e isso é diferente de tratá-la como um critério de exclusão do contrato de trabalho diante de uma relação de trabalho marcada pela subordinação. Se a pessoalidade for entendida como uma característica necessária do contrato de trabalho independentemente da caracterização da subordinação, então teríamos de admitir a possibilidade de existirem relações de trabalho subordinado sujeitas à disciplina legal do contrato de prestação de serviços autônomos, porque prestados de forma impessoal, o que nos parece contraditório.

Sobre ser entendida como uma característica da subordinação, isso retoma a discussão acerca do que efetivamente caracteriza a subordinação nas suas diferentes dimensões, em que, à sujeição pessoal do trabalhador às ordens e regras impostas pelo beneficiário do trabalho, no âmbito da subordinação com sentido de dependência pessoal, vêm acrescer as noções de incorporação do trabalhador na estrutura organizacional do empregador, no âmbito da subordinação estrutural, e de integração do trabalho na atividade econômica empreendida pelo beneficiário, no âmbito da subordinação objetiva. Isso também retoma a discussão em específico sobre a imputação à empresa, enquanto pessoa de existência convencional, dos atos materiais realizados pelo trabalhador, mesmo quando incumbido de atribuições de chefia e gerência, compreendendo inclusive o exercício do poder de direção em relação aos empregados que lhe são hierarquicamente subordinados⁴⁷⁰.

Concretamente, o caráter pessoal da subordinação do trabalhador, se presente, verifica-se no âmbito da sua relação com a pessoa humana que personifica a empresa na condição de empregadora e que, em nome dessa, lhe dá as ordens sobre o modo, meios, tempo e lugar de execução do trabalho — e pode ser uma das suas ordens a de que o empregado subalterno substitua o chefe nas suas ausências, como nas suas férias⁴⁷¹. Quanto ao empregado que ocupa a função de chefe e, nessa função, personifica a empresa empregadora na sua relação com os trabalhadores que lhe são subalternos, também ele estará, embora de outra forma, subordinado à empresa, já não tanto no sentido de ter o trabalho heterodeterminado pela empregadora, mas, em todo caso, por ter de se

⁴⁶⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, pp. 135-136.

⁴⁷⁰ Vide item “a” do título “O poder patronal”, integrante do capítulo 3.2.2, acima.

⁴⁷¹ Nesse caso, por medida de isonomia, segundo a Súmula n.º 159 do TST, “o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST); Secretaria-Geral Judiciária; Coordenadoria de Jurisprudência – *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDH-I, SBDH Transitória, SBDH-II e SDC), Precedentes Normativos*, p. A-43).

sujeitar às regras impostas pela empresa à contratação, como sinal de heteronomia⁴⁷², e, enfim, por ter a sua atividade laboral integrada na atividade econômica explorada pela empresa (subordinação objetiva), que se apropria dos frutos do trabalho já no momento em que são produzidos ou enquanto são produzidos (alienação), o que vale também quanto às ordens e instruções passadas pelo chefe aos seus subordinados, necessárias à organização empresarial que emprega a atividade laboral da comunidade de trabalhadores na atividade econômica empreendida. Por esse aspecto, a realização da atividade econômica da sociedade empresária depende mesmo da atuação do gerente na contratação e direção dos trabalhadores incumbidos de produzir os bens de consumo ou prestar os serviços ao consumidor final na realização dos objetivos sociais da empresa, pelo que ele atua apenas indiretamente na promoção desses objetivos, sem se envolver pessoalmente na produção dos bens de consumo ou na prestação de serviços ao consumidor final. Pode ser que aos seus superiores hierárquicos interesse saber quem são os subordinados do gerente, ou pode ser que não, e que caiba apenas a ele contratá-los e dirigi-los, embora em nome da empresa empregadora. Em todo caso, a pessoalidade da sua prestação laboral é uma questão de perspectiva, e, logo, a oposição da impessoalidade como critério de exclusão da caracterização da subordinação, nessa hipótese, dadas as particularidades da subordinação, não parece válida.

De resto, posto que ao empregador seja dado exigir do empregado que se empenhe pessoalmente na execução dos serviços, o fato de não o exigir, se isso não lhe interessa, por si só, não coloca o trabalhador subordinado em uma situação mais favorável do ponto de vista do equilíbrio negocial, que faça dispensável a incidência da disciplina protetiva do Direito do Trabalho. Isso coloca a pessoalidade no campo das consequências possíveis — mas não necessárias — do contrato de trabalho, e não como um elemento característico definidor dessa espécie contratual.

4.2. Gratuidade

Para Bernardo da Gama Lobo Xavier, o pagamento de uma retribuição pelo trabalho é essencial ao conceito do contrato de trabalho, dele se excluindo, portanto, formas benévolas ou gratuitas de atividade, o voluntariado⁴⁷³. Entre as obrigações do contrato de trabalho há um nexo de reciprocidade e interdependência, mesmo que o sinalagma lhes seja imperfeito, dada a complexidade

⁴⁷² Vide item “c” do título “O poder patronal”, integrante do capítulo 3.2.2, acima.

⁴⁷³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 316.

do conjunto de obrigações recíprocas das partes, mesmo no caso das obrigações principais, a exemplo dos casos em que o salário é devido mesmo sem a prestação do trabalho⁴⁷⁴.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, o trabalho prestado a título gratuito, voluntário ou por caridade, fica excluído da proteção do Direito do Trabalho, mas a mora salarial não exclui a caracterização do contrato de trabalho⁴⁷⁵. Valverde, Gutiérrez e Murcia assinalam que não importa tanto que o trabalhador receba uma remuneração, mas, sim, que seja o motivo por que se trabalha (para obter ingressos): ânimo de lucro⁴⁷⁶. Nesse sentido, também, Alice Monteiro de Barros ressalta que a ausência de onerosidade descaracteriza o contrato de trabalho apenas quando decorre da vontade do trabalhador de trabalhar gratuitamente, e não da simples mora salarial do empregador; e que a onerosidade pode se constatar independentemente da forma como a contraprestação é paga ou fornecida, mesmo quando ocorre *in natura*⁴⁷⁷.

O contrato de trabalho, explica Maurício Godinho Delgado, é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, cujas prestações recíprocas são economicamente mensuráveis⁴⁷⁸. A onerosidade manifesta-se objetivamente pelo pagamento das parcelas remuneratórias que formam o complexo salarial⁴⁷⁹. Esse pagamento assume diversas formas, admitindo-se inclusive a composição do salário pago em dinheiro com o fornecimento de utilidades, e diferentes periodicidades, sendo, em todo caso, facilmente perceptível de uma forma geral⁴⁸⁰. Em outras situações mais específicas, no entanto, em que a relação de emprego se confunde com regimes de servidão ou com o trabalho voluntário, há de se examinar a dimensão subjetiva da onerosidade, dada pela intenção econômica do trabalhador com a prestação do trabalho, em que se pode situar o 'animus contrahendi'⁴⁸¹. No caso da servidão disfarçada, segundo Delgado, vislumbra-se a onerosidade pela dimensão subjetiva mesmo se objetivamente tenha sido negada qualquer contraprestação material ao trabalhador⁴⁸². Inversamente, há situações em que é juridicamente inviável pretender vincular-se onerosamente pelo trabalho prestado, como no caso dos trabalhos de reprodução social, de âmbito doméstico, entre cônjuges⁴⁸³.

Visualizando a questão da onerosidade por outro ângulo, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão salienta que não é um critério fiável para distinguir o contrato de trabalho do contrato de prestação de serviços autônomos, porque no mais das vezes ambas as modalidades contratuais são mesmo

⁴⁷⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, p. 322.

⁴⁷⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra – *Curso de direito do trabalho*, Tit. II, Cap. I, Item 3.2.4.

⁴⁷⁶ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, p. 183.

⁴⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 159.

⁴⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 321.

⁴⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 322.

⁴⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 322.

⁴⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 322-323.

⁴⁸² DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 323.

onerosas⁴⁸⁴. Da mesma forma Auzero e Dockès alertam que, sendo o contrato de trabalho um contrato a título oneroso, a remuneração deve ser paga ou prometida, tácita ou expressamente, mas isso não o diferencia da maioria dos contratos de outras naturezas, senão apenas dos contratos benéficos, no âmbito do trabalho voluntário, em que nenhuma remuneração é esperada pelos serviços prestados, ressalvados os reembolsos por eventuais despesas⁴⁸⁵. De todo modo, mesmo quando irrisória, a remuneração conduz à qualificação do contrato de trabalho, dado que a função do Direito do Trabalho é mesmo proteger os trabalhadores mal pagos, inclusive pela imposição do salário mínimo legal⁴⁸⁶. Isso também envolve a mera expectativa de remuneração, como no caso do trabalhador que trabalha gratuitamente na expectativa de ser ulteriormente contratado, a caracterizar a onerosidade do contrato, segundo a *Court de Cassation* francesa⁴⁸⁷.

Valverde, Gutiérrez e Murcia assinalam que a diferença entre o trabalho oneroso e voluntário (a título gratuito) está na motivação do trabalhador para prestá-lo — se o faz para adquirir uma vantagem econômica, no primeiro caso, ou se o faz com finalidades altruísticas, no segundo —, mas não reconhecem uma correlação necessária entre o trabalho a título oneroso e o trabalho por conta alheia⁴⁸⁸.

Olea e Baamonde, de sua parte, acrescentam, à afirmação de que os trabalhos prestados amistosa ou benevolmente não constituem contrato de trabalho, a de que provavelmente não constituem contrato algum, por lhes faltar o *animus obligandi*, tanto de quem os recebe como de quem os promete ou presta⁴⁸⁹. A benevolência do trabalho é independente da benevolência do empresário ao qual o trabalho é prestado, pelo que também podem ser prestados trabalhos contratuais e remunerados a entidades filantrópicas por exemplo⁴⁹⁰.

O trabalho voluntário por conta alheia, nesse sentido, é voluntário — ou benévolo — por parte do empregador, em nome de quem o trabalhador presta sua atividade laboral, pela qual lhe é devido o salário. O fruto do trabalho, apropriado desde a sua produção pelo empregador, pode ser oferecido gratuitamente a pessoas carentes ou empregado em causas sociais por livre disposição de vontade do empregador, e só é assim porque o trabalhador já não pode dispor dos frutos do seu trabalho, por os haver alienado previamente, por força de seu contrato, que há de prever, em troca do salário, o

⁴⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 323-324.

⁴⁸⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*. 5.ª ed. Coimbra : Almedina, 2016, p. 119.

⁴⁸⁵ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 233.

⁴⁸⁶ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 233.

⁴⁸⁷ AUZERO, Gilles ; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du Travail*, p. 233.

⁴⁸⁸ VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermin Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*, pp. 56-57.

⁴⁸⁹ BAAMONDE, María Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 65.

⁴⁹⁰ BAAMONDE, María Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*, p. 66.

pagamento da remuneração respectiva. O trabalho prestado voluntariamente a título gratuito pelo trabalhador somente pode ostentar essa condição, assim, quando prestado por conta própria.

É preciso lembrar o que foi dito antes. Se também está presente no contrato de prestação de serviços autônomos, a onerosidade não expande o conceito de contrato de trabalho para além das fronteiras que delimitam o trabalho subordinado ou prestado por conta alheia — e, dentro dessas fronteiras, somente o poderia reduzir. A questão, portanto, é saber se a gratuidade é um critério excludente do vínculo empregatício, uma vez constatada a relação de trabalho subordinado ou prestado por conta alheia.

A esse propósito, Júlio Manuel Vieira Gomes registra posição minoritária que admite a prestação de trabalho subordinado em caráter gratuito, segundo a qual a falta de previsão legal se deve ao fato de que simplesmente é marginal, mas endossa a posição doutrinária dominante em primeiro lugar porque dissociação entre o trabalho subordinado em retribuição repugna ao bom senso, estando ademais consagrados no sistema o salário mínimo obrigatório e a irrenunciabilidade das retribuições⁴⁹¹. O autor cita Mario Grandi, segundo qual “a conexão entre a subordinação e onerosidade não está à disposição das partes mas é o efeito de um esquema legal imposto”⁴⁹². Gomes alerta que a onerosidade do contrato de trabalho deve ser retirada da vontade originária das partes e das modalidades de desenvolvimento e execução da relação, mesmo quando o empregador descumpra suas obrigações legais quanto ao pagamento da retribuição em espécie, ou quando haja inércia do trabalhador em exigir a sua retribuição⁴⁹³.

De fato, se o empregador é obrigado, por força do contrato de trabalho, ao pagamento de uma remuneração mínima, não faz sentido que o reconhecimento do contrato de trabalho dependa de saber se a remuneração era devida ou não, pois isso estará no campo das consequências da identificação do vínculo empregatício — e, nesse caso, estamos a falar de uma consequência necessária. Não é, pois, preciso ponderar a intenção dos agentes na contratação ou execução do contrato: uma vez constatada a prestação de trabalho subordinado ou por conta alheia, a gratuidade de tal prestação estará fora de cogitação, já que a onerosidade é obrigatória.

⁴⁹¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, pp. 91-92.

⁴⁹² GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 93

⁴⁹³ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 93

4.3. Eventualidade

Assim como o caráter *intuitu personae* e a onerosidade ocorrem tanto no âmbito do contrato de trabalho como no âmbito do contrato civil de prestação de serviços, também a continuidade da relação jurídica pode marcar relações jurídicas de ambas as naturezas⁴⁹⁴. Serve como exemplo do trabalho autônomo de caráter continuado o tratamento psicológico, assim como o ortodôntico, em que a prestação de serviços alonga-se no tempo, podendo transcorrer por mais de ano.

Amauri Mascaro do Nascimento afirma que, se, de um lado, pode haver continuidade na prestação de serviços autônomos sem que isso caracterize o vínculo empregatício, de outro lado, a eventualidade pode descaracterizar o vínculo empregatício mesmo quando o trabalho é prestado sob subordinação⁴⁹⁵. Nascimento admite que a subordinação não é exclusiva ao empregado, mas pode estar presente no trabalho eventual, ainda que esse, em outras circunstâncias, possa se revestir de autonomia⁴⁹⁶.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a permanência do contrato de trabalho é incentivada pelo Direito do Trabalho, em que vigora o princípio da continuidade da relação de emprego, a privilegiar a duração indefinida do vínculo de emprego, em detrimento das situações excepcionais de contratos delimitados no tempo⁴⁹⁷. Ao mesmo tempo, a não eventualidade também é um identificador da relação empregatícia, exigindo-se a permanência do trabalho prestado, ainda que por um curto período determinado, caracterizando-se, do contrário, o trabalho esporádico⁴⁹⁸. Com isso, o trabalhador eventual não é alcançado pela legislação trabalhista clássica, mesmo quando subordinado ao tomador do trabalho⁴⁹⁹.

Delgado ressalta que a não eventualidade está expressamente referida no art. 3º, *caput*, da CLT, ao passo em que a legislação atinente ao trabalhador doméstico refere-se à continuidade⁵⁰⁰. A definição da não eventualidade, contudo, é bastante controvertida na doutrina⁵⁰¹. Pela teoria da descontinuidade, seria eventual trabalho descontinuo e interrupto, fracionado no tempo, sem fluidez temporal sistemática, sendo essa a teoria a que permite diferenciar o contrato de trabalho dos empregados domésticos dos contratos de prestação de serviços autônomos dos profissionais de

⁴⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 548.

⁴⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, p. 573.

⁴⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*, pp. 574-575.

⁴⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, pp. 316-317.

⁴⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 317.

⁴⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 317.

⁵⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 317.

limpeza que, nesses termos, trabalham em caráter eventual no âmbito da residência do beneficiário dos serviços⁵⁰². Pela teoria do evento, seria eventual o trabalho realizado em virtude de um fato determinado e específico, que enseja certa obra ou serviço, durando pelo tempo correspondente a esse evento⁵⁰³. O evento em si, contudo, há de ser temporalmente limitado, tal como sugere a noção em si de eventualidade⁵⁰⁴. Pela teoria dos fins do empreendimento, de maior prestígio na doutrina, seria eventual o trabalho que não se insere nos fins normais da empresa, e que por essa razão são esporádicas e de pouca duração⁵⁰⁵. Por fim, pela teoria da fixação jurídica, seria eventual o trabalho daquele que exerce a sua profissão de forma contínua a variados destinatários, impossibilitando a fixação jurídica a qualquer um deles⁵⁰⁶. Para o autor, todas essas ideias podem ser conjugadas para se identificar o trabalho eventual⁵⁰⁷. Delgado alerta, contudo, que o trabalho eventual não se confunde com o trabalho sazonal, que se integra na dinâmica do empreendimento do tomador de serviços, visto que o trabalho prestado pelo trabalhador sazonal é periódico e não tem uma duração tão curta, ainda que seja delimitado no tempo⁵⁰⁸.

No lado da doutrina portuguesa em Direito do Trabalho, autores como Maria do Rosário Palma Ramalho e Bernardo da Gama Lobo Xavier reconhecem a vocação duradoura do contrato de trabalho⁵⁰⁹, sem relacionar essa qualidade, porém, entre os elementos identificadores do contrato de trabalho. Júlio Manuel Vieira Gomes, por sua vez, trata da condição continuada da prestação laboral como traço característico do trabalho subordinado, não apenas como um aspecto temporal (tendo em vista as hipóteses de contrato de trabalho de curta duração e de contratos de prestação de serviços autônomos continuados, como no caso da agência), mas com sentido de inserção na empresa alheia⁵¹⁰. Não trata, porém, da eventualidade da prestação de trabalho como um impedimento ao reconhecimento do vínculo empregatício.

A diferença no tratamento doutrinário do elemento da (não) eventualidade no Brasil e em Portugal talvez possa ser explicada pela disciplina legal do princípio da estabilidade ou segurança no emprego⁵¹¹ no Direito do Trabalho português, estando excluída a hipótese de o empregador romper o contrato sem precisar invocar motivo. De fato, enquanto no Brasil remanesce latente, à espera de

⁵⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 317.

⁵⁰² DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 318.

⁵⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 319.

⁵⁰⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 319.

⁵⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 319.

⁵⁰⁶ Amauri Mascaro Nascimento *apud* DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 320.

⁵⁰⁷ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 320.

⁵⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 321.

⁵⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*, p. 474; XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de Direito do Trabalho*, pp. 311-312.

⁵¹⁰ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho. Volume 1. Relações Individuais de Trabalho*, p. 127.

⁵¹¹ Cfr. MARTINS, Pedro Furtado – *Cessação do Contrato de Trabalho. 2.ª ed.*. Cascais : Principia, 2002, pp. 13-16.

regulamentação pela lei, a vedação constitucional à despedida sem justa causa (art. 7.º, I, da Constituição brasileira), ante a solução paliativa do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço⁵¹², em Portugal a dispensa deve estar fundamentada em uma das hipóteses previstas em lei, compreendendo o fato imputável ao trabalhador que inviabilize a subsistência da relação⁵¹³, a inadaptação⁵¹⁴ e os motivos de mercado, estruturais e tecnológicos que determinem a extinção do posto de trabalho⁵¹⁵ ou de seções da empresa ou a redução do número de trabalhadores⁵¹⁶. Também está disciplinada em Portugal a contratação a termo por motivo justificado⁵¹⁷, bem como a contratação de muito curta duração “para fazer face a acréscimo excepcional e substancial da atividade de empresa cujo ciclo anual apresente irregularidades decorrentes do respetivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente”⁵¹⁸, a evidenciar a excepcionalidade da contratação temporária. No Brasil a regra geral também é de que o contrato de trabalho vigora por prazo indeterminado, estando discriminadas as hipóteses de contratação a termo⁵¹⁹, conquanto a relevância prática da contratação a termo possa ser obliterada pela possibilidade de o empregador pôr fim ao contrato a qualquer tempo, sem precisar explicitar os motivos, pagando ao trabalhador a indenização prevista em lei.

Em todo caso, para que o trabalhador possa ser protegido contra a descontinuidade de contratação, a aplicação das regras acerca da motivação da dispensa e da contratação a termo ou temporária (de muito curta duração) não pode depender de já ser marcado pela continuidade a relação laboral, pelo que a eventualidade, em termos temporais, não parece ser um critério válido para excluir a caracterização do vínculo empregatício, uma vez constada a prestação de trabalho subordinado e/ou por conta alheia.

Além disso, a existência de espécies de contrato de trabalho com vigência a prazo determinado voltadas à satisfação de demandas transitórias de trabalho denuncia a compatibilidade do vínculo empregatício com a característica eventual da contratação, no sentido de vinculação a um evento determinado e específico com que se relaciona a obra ou serviço a ser executado pelo tempo correspondente a esse evento.

⁵¹² A Lei n.º 8.036/1990, de 11 de maio, que dispõe sobre o Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço, estabelece o depósito mensal compulsório de um valor proporcional aos rendimentos do trabalhador junto ao órgão gestor do Fundo (que atualmente é um banco estatal), e impõe, em caso de dispensa do trabalhador sem justa causa, o pagamento pelo empregador de uma indenização equivalente a 40% do saldo atualizado dos depósitos feitos até a data da extinção do contrato.

⁵¹³ Art. 351.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

⁵¹⁴ Art. 373.º do Código do Trabalho.

⁵¹⁵ Art. 374.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

⁵¹⁶ Essa hipótese refere-se ao despedimento coletivo previsto no art. 359.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

⁵¹⁷ Art. 141.º do Código do Trabalho.

⁵¹⁸ Art. 142.º do Código do Trabalho.

⁵¹⁹ Vide art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho e Lei n.º 6.019/1974, de 03 de janeiro.

Por fim, a compreensão da eventualidade sob a perspectiva da vinculação ou não aos fins do empreendimento se confunde com a percepção objetiva da subordinação, como decorrente da inserção da atividade laboral na atividade empreendida pelo beneficiário do trabalho.

5. Conclusões

O Direito do Trabalho, dissemos muitas vezes ao longo da presente dissertação, nasceu em meio à convulsão social causada pela rápida expansão da indústria, resultante das inovações tecnológicas que definiram a Primeira Revolução Industrial, e que, associadas à propriedade privada sobre os meios de produção e à decadência dos regimes de servidão, deram lugar à exploração massificada de trabalhadores, os quais, por sua condição massificada, viam-se obrigados a se submeter a condições de trabalho precárias, aceitando imensas cargas de trabalho a troco de meios de subsistência subdigna. Ante o fracasso em conter de forma autoritária os levantes dos trabalhadores, associados em sindicatos, com ideias de rompimento do sistema econômico como um todo, e da propriedade privada sobre bens de capital em particular, a legislação trabalhista surge como instrumento à conciliação dos conflitos entre a classe econômica e a classe trabalhadora, com o objetivo de proporcionar aos trabalhadores as condições contratuais mínimas necessárias para promover a paz social e conservar o capitalismo. Se bem a promoção da paz social ainda seja propósito do ordenamento jurídico capitalista, a melhora das condições de vida dos trabalhadores, principalmente nos centros urbanos dos países mais ricos, proporcionada em parte pelo desenvolvimento econômico, mas em parte também pelas garantias mínimas alcançadas pelo Direito do Trabalho, empolga o discurso de que o Direito do Trabalho está ultrapassado, de que é preciso flexibilizá-lo para o adaptar aos novos tempos e à realidade da nova indústria, e, logo, às necessidades do mercado, que, supostamente, ditam a empregabilidade dos trabalhadores desocupados.

Esquece-se nesse discurso que o Direito do Trabalho é um ramo bastante recente do Direito, tendo derivado do já então milenar Direito Civil, que até então disciplinava toda sorte de contratos de prestação de serviços — e que ainda disciplina a prestação de serviços autônomos —, justamente porque a flexibilidade do Direito Civil mostrou-se ultrapassada face à nova realidade dos tempos modernos imposta pela Revolução Industrial. Esquece-se nesse discurso também que essa realidade ainda é bem presente fora dos centros urbanos dos países mais ricos, e especificamente nos países mais pobres para os quais, como o permite este sistema econômico globalizado, são transferidas as partes mais brutas da produção⁵²⁰.

⁵²⁰ Vide, a propósito, a matéria intitulada “After Factory Disaster, Bangladesh Made Big Safety Strides. Are the Bad Days Coming Back?” publicada no New York Times em 01/03/2020, de autoria da jornalista Elizabeth Paton, disponível na Internet em <URL: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/world/asia/rana-plaza-bangladesh-garment-industry.html>>, consult. em 10/07/2021.

Inversamente, é por ser relativamente novo que o Direito do Trabalho precisa se ajustar para apreender com mais exatidão a relação social sobre que há de deitar seus efeitos jurídicos. Para esse efeito, se a dependência econômica nunca serviu para identificar a relação de emprego, porque não é um dado sobre a relação de emprego, mas sobre o trabalhador, que pode depender economicamente de múltiplos empregadores, e, logo, de nenhum em específico, e se a subordinação na sua acepção clássica, com sentido de dependência pessoal, perde gradativamente o seu significado diante das modificações da indústria, em cujas inovações tecnológicas vêm sendo incluídos métodos de controle do trabalho baseados no monitoramento dos resultados produzidos, que dispensam o domínio do empregador sobre o tempo, lugar, modo e meios de execução do trabalho, e, logo, dispensam até mesmo a personalidade da prestação, sem garantir, por isso, condições dignas de trabalho aos que o executam, então é preciso buscar o que há de verdadeiramente transversal nas relações de trabalho que demandam a aplicação das regras protetivas juslaborais, desde a origem do Direito do Trabalho e enquanto ele se mostrar necessário à garantia de condições mínimas de trabalho no contexto de uma economia vocacionada à extração de riqueza dos recursos disponíveis e assentada na propriedade privada sobre os meios de produção e na exploração massificada de trabalhadores.

A busca por um sentido objetivo à subordinação, fundada na integração da atividade do trabalhador na atividade econômica explorada pelo empregador, e a percepção da alienação original dos frutos do trabalho como causa final da contratação, ambas partindo do pressuposto de que o contrato de trabalho tem por objeto o trabalho em si, e já não o trabalhador que o executa, oferecem noções persistentes acerca do emprego econômico do trabalho para finalidades estranhas ao trabalhador, com transcendência sobre as transformações do processo produtivo ocasionadas pela evolução tecnológica, desde a introdução das primeiras máquinas a vapor até o advento das inteligências artificiais, que robotizam não apenas as indústrias, mas também o trabalho nelas aplicado e, por extensão, o trabalhador em si. Além disso, o poder do empregador sobre a configuração normativa da relação de trabalho, necessária tanto à integração do trabalho na atividade econômica quanto à apropriação dos frutos do trabalho enquanto são produzidos, dando origem e forma ao poder de direção da atividade laboral no curso da relação, é também, conseqüentemente, transversal à história do Direito do Trabalho, sendo mesmo o seu propósito impor, pelo lado do trabalhador, as cláusulas contratuais minimamente exigíveis — as quais, contudo, o trabalhador não tem força negocial no momento da celebração do contrato para exigir por si mesmo —, o que faz do contrato de trabalho um contrato de adesão em um duplo sentido, isto é, assim do ponto de vista do trabalhador, quanto às cláusulas contratuais impostas pelo empregador, como do ponto de vista do empregador, quanto às

cláusulas contratuais impostas pelo ordenamento jurídico sob a forma de um estatuto mínimo composto por normas legais protetivas em nome do trabalhador.

Em síntese, sob essa perspectiva, podemos dizer, tendo em conta os predicados transversais à sua história desde a sua concepção jurídica, que o contrato de trabalho se distingue por ter como objeto o trabalho empregado na produção alheia e por se formar com heteronomia, que dá gênese e forma à heterodeterminação das atividades (correspondente à posição do empregado de subordinação ao empregador), e que configura as demais condições de trabalho e retribuição, a demandar, pela conjugação dessas características, a proteção jurídica do trabalhador oferecida pelo Direito do Trabalho.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Pereira de – *Trabalho, serviço e serviços : contributos para a sociologia do trabalho*. Porto : Afrontamento, 2005. ISBN 972-36-0750-6.

ALVAREZ, Oscar Hernández ; URIARTE, Oscar Hermida – «Crítica de la Subordinación». *Ius et Veritas*, [em linha]. Vol. 13, n.º 25 (jan. 2002), pp. 281-295. [Consult. 26/06/2021]. Disponível na internet: <URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>>.

AMADO, João Leal – *A Cessação Contrato de Trabalho : Uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo : LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9172-0.

– *Contrato de Trabalho*. 4.ª ed.. Coimbra : Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2215-9.

– *Contrato de Trabalho : noções básicas*. 3.ª ed.. Coimbra : Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8014-7.

– «Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional = Work time and life time: on the right to professional disconnection». *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP* [em linha]. N.º 52 (jan./jun. 2018), pp. 255-268. [Consult. 15/06/2021]. Disponível na internet: <URL: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/141951/2018_amado_joao_leal_tempo_trabalho.pdf>.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho – «A Glovo, os riders/entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall». *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia* [em linha]. V. 9, n.º 13 (maio 2021), pp. 114-137. [Consult. 25/10/2021]. Disponível na internet: <URL: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/188680>>.

– «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do Supreme Court do Reino Unido». *Revista Internacional de Direito do Trabalho* [em linha]. Ano I, n.º 02 (set. 2021), pp. 377-406. [Consult. 25/10/2021]. Disponível na internet: <URL: <https://idt.fduisboa.pt/ridt/ridt2/a-uber-o-motorista-e-o-cliente-tres-ou-quatro-a-proposito-de-uma-decisao-do-supreme-court-do-reino-unido/>>. ISSN 2184-8815.

ARISTÓTELES – *Politics : A Treatise on Government*. [em linha]. Londres, Nova Iorque e Toronto : J M Dent & Sons e E. P. Dutton, 1928. [Consult. 04/01/2020]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm>>.

AUZERO, Gilles; DOCKÈS, Emmanuel – *Droit du travail*. 30.ª ed.. Paris : Dalloz, 2015. ISBN 978-2-247-15231-5.

ÁVILA, Humberto Bergmann – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ª ed.. São Paulo : Malheiros, 2009. ISBN 978-8-574-20969-2.

- BAAMONDE, Maria Emilia Casas Baamonde ; OLEA, Manuel Alonso – *Derecho del Trabajo*. 21.^a ed., revisada. Madrid : Civitas Ediciones, 2003. ISBN 84-470-2047-9.
- BARASSI, Lodovico – *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano. Vol. I*. [em linha]. 2.^a ed.. Roma, Milão e Nápolis : Società Editrice Libreria, 1915. [Consult. 12/03/2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.byterfly.eu/islandora/object/librib:825611/datastream/PDF/content/librib_825611.pdf>.
- BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*. 10.^a ed. atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo : LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8751-8.
- BELCOURT, Monica – «Outsourcing – The benefits and the risks». *Human Resource Management Review* [em linha]. Vol. 16, n.º 2 (2006), pp. 269-279. [Consult. 14/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1053482206000234>>. ISSN 1053-4822.
- BERCUSSON, Brian – *European labour law*. 2nd ed.. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-0-52161350-7.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST); Secretaria-Geral Judiciária; Coordenadoria de Jurisprudência – Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [em linha]. – Brasília : CSG/SEG/TJDFT, 2016. [Consult. 20/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/>>
- BRIDI, Maria Aparecida; Braunert, Mariana Bettega – «O trabalho na indústria de software : a flexibilidade como padrão das formas de contratação». *Cad. CRH* [em linha]. Vol. 28, n.º 73 (2015), pp.199-214. [Consult. 29/12/2018]. Disponível na Internet: <URL: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792015000100199>. ISSN 0103-4979.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa : anotada. 1.º vol.*. 2.^a ed. rev. ampliada . Coimbra : Coimbra Editora, 1984.
- CASSAR, Vólia Bonfim – *Direito do Trabalho*. 5.^a ed.. Niterói : Impetus, 2011. ISBN 978-85-762-6446-0.
- CORDEIRO, António Menezes – *Direito do Trabalho*. V. 1.º v.: Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo. Coimbra : Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7684-3.
- DEAR, Laurent – “Le lien de subordination : état de la question ; La place de la dépendance économique”, in *Subordination et parasubordination : La place de la subordination juridique e de la dépendance économique dans la relation de travail*. In memoriam Mechel Westrade, (coord. STEVE GILSON), Anthemis, Limal, 2017, pp. 35-57. ISBN 978-2-8072-0190-3.
- DELGADO, Mauricio Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*. 16.^a ed.. São Paulo : LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9104-1.

- «Jus Variandi e alterações contratuais: limites jurídicos». Revista do Tribunal Superior do Trabalho [em linha]. Vol. 66, n.º 3 (jul./set. 2000), pp. 129-138. [Consult. 19/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/85298>>. ISSN 0103-7978.
- ENGELS, Friedrich ; MARX, Karl – *The economic and philosophic manuscripts of 1844 and the Communist manifesto*. Nova Iorque : Prometheus Books, 1988. ISBN 978-0-87975-446-4.
- FERNANDES, António Monteiro – *Direito do trabalho*. 18.ª ed . Coimbra : Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9.
- FERNANDES, Francisco Liberal ; REDINHA, Maria Regina – *Contrato de Trabalho : o novo regime jurídico angolano*. Porto : Vida Económica, 2015. ISBN 978-989-768-156-1.
- FONSECA, Regina Lúcia de Almeida; PÉREZ-NEBRA, Amalia Raquel – «A epidemiologia do teletrabalhador: impactos do teletrabalho na saúde mental». Cadernos De Psicologia Social Do Trabalho [em linha]. Vol. 15, n.º 2 (2012), pp. 303-318. [Consult. 18/05/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/61625/64522>>. ISSN 1516-3717.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do trabalho. Vol. 1 : Relações individuais de trabalho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1482-6.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson – *Curso de Direito do Trabalho*. 18.ª ed.. Rio de Janeiro : Forense, 2008. ISBN 978-853-09-2615-1.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do trabalho*. 5.ª ed. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6734-6.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra – *Curso de direito do trabalho*. [Em linha] 13.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2021. [Consult. em 30/03/2021] Disponível na Internet em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759391>>.
- LOKIEC, Pascal – *Droit du travail*. Tome I : Les relations individuelles de travail. Paris : Presses Universitaires de France, 2011. ISBN 978-2-13-056936-7.
- MALLET, Estêvão – «A Subordinação como Elemento do Contrato de Trabalho». Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, USP [em linha]. Vol. 106 (106-107), pp. 217-245 (jan. 2012). [Consult. 06/06/2020]. Disponível na Internet: <<http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67944>>.
- MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do trabalho*. 6ª ed. Coimbra : Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5146-8.
- MARTINS, Pedro Furtado – *Cessação do Contrato de Trabalho*. 2.ª ed.. Cascais : Principia, 2002. ISBN 972-8500-68-8.
- MARTINS, Sergio Pinto – *Direito do trabalho*. 34ª ed. São Paulo : Saraiva, 2018. ISBN 9788547228071.

- MAZEAUD, Antoine – *Droit du travail*. 7^a ed.. Paris : Montchestien Lextenso, 2010. ISBN 978-2-7076-1678-4.
- MAZZOTTA, Oronzo – *Manuale di diritto del lavoro*. 3.^a ed. [S.l.] : Wolters Kluwer Italia, 2014. ISBN 978-88-13-35496-1.
- MELGAR, Alfredo Montoya – *Derecho del Trabajo*. 31.^a ed.. Madrid : Editorial Tecnos, 2010. ISBN 978-84-309-5148-2.
- MESQUITA, José Andrade – *Direito do Trabalho*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*. 26.^a ed.. São Paulo : Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11879-9.
- OLEA, Manuel Alonso - «En torno al Concepto de Contrato de Trabajo». Anuario de derecho civil [em linha]. Vol. 20, n.º 1 (1967), pp. 117-152. [Consult. 03/07/2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1967-10011700152>.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I : dogmática geral*. 4.^a ed.. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6159-7.
- REISSWITZ, Candice von; VOLKMANN, Guilherme Rafael – «A tese de repercussão geral para o Tema n.º 725 e o reconhecimento do vínculo empregatício: análise do acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE n.º 958.252/MG». Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região [em linha]. Vol. 49, n.º 48 (2020), pp. 89-107. [Consult. 29/03/2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.trt4.jus.br/portais/media/456706/RevistaTRT4-Ed.48-2020.pdf>>. ISSN 0100-7637.
- RILEY, Joellen – «The Definition of the Contract of Employment and its Differentiation from Other Contracts and Other Work Relations». In ALBIN, Einat [et al.] ; BOGG, Alan, ed. lit. [et al.] ; FREEDLAND, Mark, general ed. – *The contract of employment*. 1.^a ed.. Oxford : Oxford University Press, 2016. ISBN 978-0-19-878316-9.
- RODRIGUEZ, Américo Plá; tradução de Wagner D. Giglio – *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.^a ed.. São Paulo : LTr, 2000. ISBN 85-7322-652-8.
- ROSA, Nelson Manuel Ferreira Fernandes – *A produtividade, o trabalho e a legitimação do projecto neo-liberal : Portugal e o espelho irlandês*. Coimbra : [s.n.], 2008. Dissertação mestrado, Sociologia, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2008.
- VALVERDE, Antonio Martín ; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo ; MURCIA, Joaquín García – *Derecho del Trabajo*. Madrid : Tecnos, 2010. ISBN 978-84-309-5146-8.
- VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de – *O contrato de trabalho com o Estado*. São Paulo : LTr, 1975.
- *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3.^a ed.. São Paulo : LTr, 2005. ISBN 85-361-0756-1.

VOLKMANN, Guilherme Rafael – *Contrato de Emprego Público*. [eBook Kindle]. Brasil : [autopublicado], 2013. ASIN B008EDD404.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo ; com a colaboração de P. Furtado Martins ; [et al.] – *Manual de direito do trabalho*. 2.^a ed. rev. e actualizada. Lisboa : Verbo, 2014. ISBN 978-972-22-3099-5.