

APRESENTAÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 está prestes a completar sete meses de promulgação. No que diz respeito à competência da Justiça do Trabalho, substancialmente modificada e ampliada pelo art. 114, incisos e parágrafos, da Constituição Federal, pequenos passos são ensaiados. A incipiência desses movimentos talvez não fosse a esperada, diante da expectativa por todos nutrida - por alguns, de forma alvissareira; por outros, sob franco temor.

Júbilo e medo talvez se somem ao preconceito para conduzir ao efeito em questão. O efeito, no entanto, não é pernicioso. A cautela e a necessidade de maturação são ingredientes caros à sabedoria do aplicador do Direito.

Não assustam aqueles que desejam muito, pois o tempo e a própria ordem constitucional saberão proceder à justa partilha. Receamos, não obstante, aqueles que negam a evidente mudança inscrita no ordenamento positivo.

A mera comparação visual entre as redações pregressa e atual do art. 114 da Carta Magna faz perceber o vulto das modificações nele lançadas, sobretudo no que se refere ao alcance da expressão *relação de trabalho*. Negá-lo exige esforço retórico gigantesco.

A situação traz à tona o escólio sempre elegante de Luís Roberto Barroso (*Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, 4ª edição: Saraiva, 2002, p. 71), quando recomenda que "deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo".

Notando que o Autor escrevia muito antes do atual momento, torna-se patente a argúcia de percepção e de diagnóstico.

O conceito de relação de trabalho é tema sobre o qual não podem pairar dúvidas, sobretudo para os profissionais do Direito

do Trabalho.

Também não podemos deixar de considerar a razoabilidade que deverá rondar a interpretação da norma constitucional, sobretudo quando se tem na memória o espectro - talvez ameaçador - do Código de Defesa do Consumidor e do microsistema que normatiza.

O que não se pode, creio, é negar efetividade ao preceito em foco - sobretudo pela natureza de sua hierarquia - deixando-se tudo como antes. Que o titubear evolua a passos firmes e decididos!

Preconceitos expurgados, estão os magistrados trabalhistas amplamente capacitados a dirimir todas as controvérsias que lhes sejam apresentadas, sobretudo quando permeadas de conteúdo social - tema de vivência doméstica.

Tais talentos estão bem provados pelo que brota das penas dos cultos Juízes Cláudio Armando Couce de Menezes e Douglas Alencar Rodrigues, novamente colaborando com a edição do Caderno Jurídico. Um e outro já apresentados, acrescento que, agora, são, respectivamente, Presidente do T.R.T. da 17ª Região e Membro Titular do Conselho Nacional de Justiça, posições que honram.

Nesta edição, comparece o Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares, atualmente compondo o T.R.F. da 1ª Região, conhecido pela sua vasta cultura jurídica e dedicação a seu ofício. A sua contribuição nos qualifica e traz a esperança de novas ofertas literárias.

Todos se debruçam sobre a Emenda Constitucional 45/2004, iniciativa que o talento de cada qual dirige ao benefício de todos nós.

Aos três magistrados os nossos agradecimentos!

Brasília, junho de 2005.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Juiz Vice-Coordenador da Escola Judicial
Coordenador Geral do Projeto

OS NOVOS CONTORNOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DE EMPREGO. DIREITO DO TRABALHO E A NOVA COMPETÊNCIA TRABALHISTA ESTABELECIDA PELA EMENDA Nº 45/04.¹

Cláudio Armando Couce de Menezes

01-INTRODUÇÃO

A modernidade encerra sua fase histórica: vivemos a era daquilo que se denominou pós-modernidade com sua lógica de pós-capitalismo avançado e globalizado. Valores, ideologias, modelos e sistemas econômicos, sociais e jurídicos são questionados, desconstituídos ou simplesmente abandonados.³

Conceitos como nação e soberania são postos em xeque pelos interesses do capitalismo globalizado e pelo império liderado pelos EUA, que através de instrumentos como o FMI, a Organização Mundial do Comércio, a ALCA e o Banco Mundial, monitoram, impõem (ou tentam impor) modelos, práticas econômicas e comerciais, quando não políticas e jurídicas⁴.

Apesar desse quadro, como assinala JAMESON⁵, o estado-nação permanece sendo um foro privilegiado de resistência e luta. A defesa da legislação trabalhista e previdenciária contra a pressão do capitalismo global, bem como a implantação de políticas de resistência

¹ Artigo publicado no Caderno Jurídico Ano 4 V. 4 N. 4 Julho/Agosto 2005.

² Juiz Presidente do TRT 17ª Região

³ Sobre a Pós-Modernidade e suas repercussões nas mais diversas áreas, consulte-se, entre outros: DAVID HARVEY, *Condição Pós-Moderna*, Edições Loyola, São Paulo, 9ª ed., 2002; F. JAMESON, *Postmodernism or the cultural logic of late capitalism*, *New Left Review*, nº 146, 1984 e "A cultura do dinheiro", Editorial Vozes, Petrópolis, 2001; J. LYOTARD, *The postmodern condition*, Manchester, 1984; ZYGMUNT BAUMAN, "O mal-estar da pós-modernidade", Jorge ZAHAR Editor, 1998, Rio de Janeiro; MICHAEL HARDT e ANTONIO NEGRI, *Império*, Record, Rio de Janeiro, 2001, 2ª ed.; AGNES HELLER, FERENC FEHÉR, "A Condição Política Pós-Moderna", Civilização Brasileira, 2002, Rio de Janeiro, 2ª ed.; STUART HALL, "A identidade cultural na Pós-Modernidade", DP e M Editora, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria Política do Direito*, Brasília Jurídica, DF, 2000.

⁴ FREDERIC JAMESON bem retrata essa situação em suas obras (*Postmodernism or the cultural logic of late capitalism*, *New Left Review*, nº 146, 1984 e "A cultura do dinheiro", Editorial Vozes, Petrópolis, 2001).

⁵ "A cultura do dinheiro", p. 38 e 51.

econômica e cultural, são imperativos de qualquer Estado comprometido com o bem-estar social de sua população.

A Pós-Modernidade denota também a busca desenfreada do consumo, quadro disseminado por quase todo o mundo. É a "cultura do consumo", expressão do sociólogo escocês LESLIE SKLAIR, caracterizada pela geração de valores, desejos e necessidades artificiais, destinados a criar um universo de consumidores para a produção cada vez mais de produtos e serviços⁶. BAUMAN⁷ retrata com precisão toda essa artificialidade.

Desse painel chegamos ao gosto desmedido pelo efêmero, novidades e modas que se sucedem cada vez mais rápido. Padrões de condutas, gostos, modas, preferências, modelos jurídicos e sociais são abandonados e descartados com uma "sem-cerimônia" digna de registro, sempre atendendo, contudo, a imperativos do mercado e dos interesses econômicos e políticos dominantes⁸.

No campo das relações laborais, a pós-modernidade é marcada pela flexibilização dos processos e mercados de trabalho, com o objetivo de aumentar a produtividade, os ganhos do capital e, por fim, enfraquecer os movimentos dos trabalhadores⁹.

⁶ JAMESON, "A cultura do dinheiro", Editorial Vozes, Petrópolis, 2001, p. 27 e 55.

⁷ "Atualmente, os indivíduos são socialmente empenhados, em primeiro lugar, através do seu papel como consumidores, não produtores: o estímulo de nossos desejos toma o lugar da regulamentação normativa, a publicidade toma o lugar da coerção e a sedução torna redundantes ou invisíveis as pressões da modernidade". D. HARVEY, igualmente, destaca essa nota típica: "A luta pela manutenção da lucratividade apressa os capitalistas a explorarem todo tipo de novas possibilidades. São abertas novas linhas de produtos, o que significa a criação de novos desejos e necessidades. Os capitalistas são obrigados a redobrar seus esforços para criar novas necessidades nos centros, enfatizando o cultivo de apetites imaginários e o papel da fantasia, do capricho e do impulso".

⁸ HARVEY, em sua análise do momento atual, destaca tal aspecto em inúmeras passagens de sua obra: "O pós-modernismo nada, e até se esponja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse". (DAVID HARVEY, "Condição Pós-Moderna", Edições Loyola, São Paulo, 9ª ed., 2000, p.49). "Dentre as inúmeras consequências dessa aceleração generalizada dos tempos de giro do capital, destacarei as que têm influência particular nas maneiras pós-modernas de pensar, de sentir e de agir.

A primeira consequência importante foi acentuar a volatilidade e efemeridade de modos, produtos, técnicas de produção, processo de trabalho, idéias e ideologias, valores e práticas estabelecidas. A sensação de que tudo que é sólido se desmancha no ar raramente foi tão sentida. (DAVID HARVEY, ob. cit., p. 258).

Dominar ou intervir ativamente na produção da volatilidade envolvem, por outro lado, a manipulação do gosto e da opinião, seja tornando-se um líder da moda ou saturando o mercado com imagens que adaptam a volatilidade a particulares. Isso significa, em ambos os casos, construir novos sistemas de signos e imagens, o que constitui em si mesmo um aspecto importante da condição, aspecto que precisa ser considerado de vários ângulos distintos (DAVID HARVEY, ob. cit., p. 259)."

⁹ A terceirização (ou subcontratação) e o trabalho temporário são expedientes comumente utilizados para atingir tal finalidade.

Por outro lado, os mercados de trabalho nacionais são ameaçados pelas corporações mediante a transferência de suas operações para estados, países ou continentes que ofereçam redução ou isenção de impostos, mão-de-obra barata, etc.

Assim, são utilizados todos os instrumentos de pressão para impor contratos de trabalho mais flexíveis ou até mesmo a precarização absoluta do trabalho.

Também no contexto da pós-modernidade no campo trabalhista, constata-se que a prestação de serviços ganha novas características: múltiplas tarefas, com eliminação ou atenuação das atribuições de cada função¹⁰ e apropriação dissimulada do saber do trabalhador (centro de controle de qualidade, reuniões de aperfeiçoamento, etc.).

Percebe-se, por conseguinte, uma mudança radical no modo de ser do trabalho, inclusive quanto ao que se espera do trabalhador. Este deve ser capaz de criar, laborar agilmente e contribuir com inovações em prol da empresa. Por sua vez, o capital faz exigências contínuas para aumentar a precarização do trabalho sob o argumento de que experiências como a flexibilização e a desregulamentação do trabalho aumentariam o nível de emprego e trabalho¹¹.

Contudo, o desemprego não diminui¹². Ao contrário, aumenta, bem como o subemprego, apesar de toda a retórica dos empresários e legisladores¹³. A segurança e as condições de trabalho não avançam, ao

¹⁰ Adverte RICHARD SENNETT que a repulsa à rotina burocrática e a busca da flexibilidade produziram novas estruturas de poder e controle, em vez de criarem condições de autonomia e de maior liberdade ("A corrosão do caráter, consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo", Record, Rio de Janeiro, 1999, p. 54).

¹¹ Como advertem inúmeros economistas e estudiosos do Direito do Trabalho, o Brasil é um dos países que mais flexibilizaram sua legislação trabalhista. Basta lembrar o FGTS, que pôs fim à estabilidade geral no emprego, os contratos temporários e por tempo determinado, o trabalho parcial, a ausência de proteção real contra despedida arbitrária ou imotivada, a flexibilização ampla autorizada por segmentos da jurisprudência, a ampliação desmedida da utilização de contratos de estágio e as rotineiras fraudes que não encontram resposta apropriada do legislador e das autoridades administrativas e do Judiciário do Trabalho.

¹² O desemprego no Brasil não desce: 12,8% em 07/2003 e 13% em 08/2003 (recorde). O rendimento médio real dos salários, por outro lado, continua caindo (13,8% em 08/2003 e 16,4% em 07/2003). (Fonte IBGE, public. O GLOBO de 25/09/2003, p.25).

¹³ O Globo de 16/09/2003, matéria de capa e p. 23, informa que a queda de venda e o desemprego estão forçando o brasileiro a cortar até alimentos básicos de sua lista de compras. Essa dramática situação se repete em inúmeros países "emergentes". Esses dados da Associação Brasileira de Supermercados são confirmados pelo IBGE, que retratou a queda pelo 8º mês consecutivo das vendas no comércio. Para o IBGE, a perda do poder aquisitivo da população e a alta taxa de desemprego são os responsáveis pela menor atividade no varejo (Fonte: Jornal do Brasil, 16/09/2003, 1º p. e p.A22). Sejam justos, este fenômeno estende-se por boa parte dos países de 3º mundo (vide nota 12).

contrário, tornam-se cada vez mais precárias no trabalho terceirizado e flexibilizado. E, se algo pode ser ainda pior, a desigualdade social e econômica entre países ricos e pobres não cessa de aumentar¹⁴.

Nessa reengenharia do trabalho e do sistema empresarial, renasce o labor no âmbito doméstico, o trabalho em domicílio que, em determinadas circunstâncias, recebe a denominação de "teletrabalho". Também emergem as "microempresas" e "pequenas sociedades" para a realização de atividades em benefício da grande empresa, mediante o trabalho de ex-empregados ou de "empresários" que não são outra coisa que trabalhadores qualificados ou de confiança do tomador dos serviços.

A retomada do trabalho em domicílio termina por ressuscitar o regime de superexploração vivido no século XIX e no início do século XX¹⁵. O teletrabalho, muitas vezes, dá origem também a jornadas extremamente dilatadas e fatigantes. Aliás, sequer a suposta e trombeteada liberdade do trabalhador de empregar livremente o seu tempo é confirmada pelos fatos e pelos pesquisadores. RICHARD SENNETT¹⁶, estudando essa modalidade de labor nos EUA, conclui que:

"Criou-se um monte de controles para regular o processo de trabalho concreto dos ausentes do escritório. Exige-se que as pessoas telefonem regularmente para o escritório, ou usam-se controles de intra-rede para monitorar o trabalhador ausente; os e-mails são freqüentemente abertos pelos supervisores."

"Um trabalhador em flexitempo controla o local de trabalho, mas não adquire maior controle sobre o processo de trabalho em si. A essa altura, vários estudos sugerem que a supervisão do trabalho muitas vezes é maior para os ausentes do escritório que para

¹⁴ De acordo com o relatório de 1994, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para desenvolvimento (PNDU), a integração econômica mundial tem contribuído para acentuar a desigualdade. A diferença entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres mais do que duplicou. Diz ainda o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% de PIB mundial, 82% das exportações e 68% do investimento direto estrangeiro.

¹⁵ HARVEY (Ob. cit., p. 175), como exemplo dessa situação, aponta o caso dos trabalhadores de Nova Iorque, Los Angeles e da Inglaterra, que voltam a vivenciar situação que se pensava já arquivada nos registros da história social. SIMON DEAKIN e GILLIAN S. MORRIS também constatarem essa situação: "Homeworking is associated in many cases with low pay, poor working conditions and lack of access to fringe benefits" ("LABOUR LAW", 3ª ed., Lexis Nexis, 2003, UK, p. 174).

¹⁶ "A corrosão do caráter, consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo", edit. Record, Rio de Janeiro, 1999, p.68.

os presentes". (Jeremy Rifkin, "The End of Work", New York: Putnam, 1995)¹⁷.

Portanto, as novas tecnologias não diminuem ou extinguem o poder de controle do empregador e a exploração do trabalho. O que ocorre é que agora seu exercício se faz de maneira mais complexa, mais difusa, tendo os juristas e aplicadores do direito cada vez mais dificuldade em identificar e tratar esse fenômeno.

Já o regime de trabalho através das microempresas ou das sociedades de pequena monta – por demais comum nas práticas de terceirização e franchising – não raro corporificam fraudes escancaradas à legislação trabalhista¹⁸. Com efeito, proliferam, com o estímulo do grandes empresas, "empreendimentos" de autênticos empregado transvestidos de pequenos empresários.^{19 20}

Esse perfil da pequena e da microempresa, forjada pelos interesses do grande capital, é alvo de análise do professor de Filosofia do Direito da PUC-SP, o jurista e filósofo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, que destaca as consequências daninhas para o "novo empresário":

"Além de ganhar menos, o trabalhador termina tendo que trabalhar mais, principalmente quando tem "seu próprio negócio",

¹⁷ SENNETT (ob. cit., p.175) completa: "Os trabalhadores, assim, trocam uma forma de submissão ao poder – cara a cara – por outra, eletrônica; foi o que descobriu Jeannett, por exemplo, quando se mudou para um local de trabalho mais flexível no leste. A microadministração do tempo avança seguidamente, mesmo quando o tempo parece desregulado em comparação com os males da fábrica de alfinetes de Smith ou do fordismo. A "lógica métrica" do tempo de Daniel Bell passou do relógio de ponto para a tela do computador. O trabalho é fisicamente descentralizado, o poder sobre o trabalhador mais direto. Trabalhar em casa é a ilha última do novo regime" (destaques nossos). Alain SUPIOT ("Travail, Droit e Technique", Droit Social, janvier 2002, p. 23) também assim se pronuncia: "les nouvelles technologies de l'information et de la communication ne viennent pas contredire le vieux modèle industriel, mais lui donnent au contraire les moyens d'un exercice subreptice, où la numérisation et la traçabilité des données viennent remplacer l'oeil du contremaître."

¹⁸ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "Teoria Política do Direito, uma introdução Política ao Direito", Brasília Jurídica, D.F., 2000, p. 69.

¹⁹ Relatório recentemente publicado no "O Globo" (Caderno de Economia, 21/10/2003, B.19), oriundo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD), mostra que o desemprego recorde dos últimos 20 anos na América Latina guarda estreita consonância com o fato de que muitos dos que estão no mercado informal laboram para grandes empresas sem registro trabalhista e social, em absoluto desamparo, inclusive no tocante à garantia contra a perda do trabalho, fonte de sua sobrevivência.

²⁰ ANTOINE MAZEAUD ("Droit du travail", 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2000, p.238) adverte sobre esse procedimento empresarial, que não raro transborda os limites da legalidade e da moral. Destacando, ainda, o aspecto de que as pequenas empresas e firmas individuais não raro são constituídas por ex-empregados: "L'extériorisation de la main-d'oeuvre, l'essaimage, c'est-à-dire, la tendance à confier des activités ou des emplois à des entreprises ou personnes physiques extérieures, renforcent le risque de pseudo sous-traitance, exécutée le cas échéant par d'anciens salariés de l'entreprise ayant fait l'objet de licenciements économique ou en fin de contrat à durée déterminée".

submetido à pressão de um mercado, onde é obrigado a atender as exigências de quantidade e qualidade da produção, estabelecidas por seu único comprador, a grande empresa terceirizada, ou, então, sucumbir à concorrência. Retorna, assim, com todo rigor, nesse final de século XX, a mais-valia absoluta, como forma mais adequada de obter mais-trabalho"²¹.

Em igual diapasão, GIOVANNI ALVES, professor de sociologia da Unesp, demonstra que, por trás da revitalização do mito da pequena empresa, está o interesse do grande empresário em diminuir custos através da precarização do trabalho e o objetivo de controle da força de trabalho, além de criar um modelo apto à flexibilização do capital e do emprego:

"Não obstante o fato de que as grandes empresas sempre precisaram das pequenas, como se observa com a existência da subcontratação sob a grande indústria, sob a mundialização do capital, em que o espírito do toyotismo impulsiona novos estilos de acumulação capitalista, a utilização das pequenas empresas torna-se uma estratégia de organização industrial voltada para o controle do trabalho e do emprego, adequada à nova época de crise de valorização do capital, na qual a instabilidade perpétua impõe a constituição, pelas corporações transnacionais, de um "colchão" de pequenas empresas capazes de amortecer as inconsistências dos mercados"²².

Destarte, em que pese o processo produtivo e as relações trabalhistas não se prenderem mais ao modelo arcaico denunciado por ZOLA no "Germinal", tampouco aquele, típico da modernidade, do regime taylorista e fordista, tratado com tanta graça e perspicácia por CHAPLIN em "Tempos Modernos", as novas formas em curso mantêm, contudo, o domínio do empregado e o seu controle da prestação dos serviços, quando não da própria pessoa do trabalhador. Essas novas medidas apelam para a precarização do trabalho, preservando, com novas roupas, práticas remotas de exploração. Por isso, permanece a necessidade de limitação da jornada, estipulação de períodos de repousos, inclusive anuais, estabelecimento de meios para assegurar o emprego ou uma compensação substancial pela

21 Ob. cit., p.69.

22 "O novo (e precário) mundo do trabalho - Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo", São Paulo, Boitempo editorial, 2000, p.80.

sua perda, edição de normas de higiene, fixação de um salário mínimo, etc²³.

Do quadro que viemos de demonstrar, emerge o questionamento sobre o sujeito da proteção assegurada pela legislação trabalhista e previdenciária. Com efeito, no universo dos trabalhadores, os empregados têm merecido atenção especial do legislador, sobretudo no Direito do Trabalho. Contudo, outras espécies de trabalhadores, excepcionado o avulso (art. 7º, XXXIV, da CF), não recebem no nosso país o mesmo destaque, apesar das semelhanças de condições de vida e de labor.

Disso resultam duas orientações que não se excluem. A primeira trilha no sentido de considerar como empregado obreiros que estão na chamada zona cinzenta ou nebulosa, onde nem sempre se pode precisar a natureza da relação mantida entre as partes, porque não muito claros os requisitos definidos na lei como caracterizadores do vínculo de emprego, notadamente a subordinação. A segunda, mais recente e com cores mais profundas, repensa o próprio conceito de subordinação, procurando estender o Direito do Trabalho e Previdenciário ao maior número possível de trabalhadores.

Essas vertentes têm na subordinação seu ponto de partida, seja para tentar encaixar os fenômenos trabalhistas em sua moldura, seja para superá-la.

02-A SUBORDINAÇÃO E O TRABALHO NO SÉCULO XXI

A subordinação é tradicionalmente vista sob o aspecto puramente jurídico. O trabalhador está sujeito às ordens do seu empregador a quem pertence o poder ou o direito de comando que se traduz na direção, mando, organização e fiscalização da prestação de serviços. Matizes de ordem técnica e econômica são, em geral, desprezadas pela doutrina. Assim, só se poderia cogitar da aplicação das normas protecionistas dos empregados quando demonstrada a subordinação jurídica.

²³ No Brasil, como em outros países, convivem os modos fordistas e as novas formas de produção e geração de riquezas, a par de modos de produção e de trabalho absolutamente caducos em diversos países de primeiro mundo. O trabalho infantil, o forçado e o prestado em regime de escravidão são notas típicas desta situação. Sobre o tema da proteção do emprego e do trabalho e sua flexibilização: "Proteção do Contrato de Trabalho e o Emprego no Brasil", Revista do TST, vol. 68, nº 01, jan/mar, 2002, p. 153, e "Negociado sobre o legislado", Revista do TST, vol. 68, nº 02, abr/jun, 2002, p. 153.

Problemas, contudo, surgem dessa formulação teórica restrita e irrealista, ultrapassada pelas metamorfoses ocorridas nas relações do trabalho.

É que a nova realidade social trabalhista trouxe a transmutação da subordinação clássica e a aproximação de fato entre empregados e trabalhadores ditos autônomos.

Com efeito, a diferença entre trabalho subordinado e independente é cada vez mais tênue em determinados segmentos da economia²⁴, sobretudo naqueles que, em sua estrutura operacional, utilizam os serviços em rede de pequenas e microempresas, profissionais especializados, terceirização de serviços, trabalho em domicílio (teletrabalho, confecção, fabricação de componentes para a grande contratante, consultoria, etc.), pequenas empreitadas e subempreitadas, firmas de distribuição e franchise.

Difícil, não raro impossível, é distinguir nesse movediço terreno quem é trabalhador independente e quem não é, até porque, com frequência, a fraude veste os empregados com o manto da autonomia.

O modelo de rede empresarial traz uma aparente autonomia nas funções exercidas pelo empregado²⁵. E, mais significativo, uma dependência que não raro ganha contornos de pura e simples submissão do prestador de serviços autônomos, pois, além de o serviço contratado pela organização consistir em sua fonte de sobrevivência, não tem autorização ou condições de laborar ou de contratar com outrem²⁶. SUPIOT alude a várias pesquisas realizadas neste campo na Europa que põem em evidência a integração entre microempresários e pequenas empresas na estrutura empresarial dominante. Estes autênticos trabalhadores devem observar regulamentos que tratam de preços, atendimento à clientela, técnicas e normas de qualidade, agenciamento e de gerência, que são

²⁴ MAZEAUD aborda esse ponto, evidenciando a dificuldade atual em proceder à distinção entre trabalho independente e trabalho subordinado, pois, frequentemente, essas modalidades de labor apresentam-se de maneira difusa: "Les indépendants, qui ne forment pas un groupe homogène, se trouvent parfois en situation de precarisation renforcée. Le passage du salariat au <<self employment>> peut apparaître facile. La pluriactivité peut associer un contrat de travail à temps partiel avec une activité indépendante. En somme, entre le travail, réellement indépendant et le travail salarié, il existe de multiples points de rencontre; entre les deux, il existe une <<zone grise>> que l'on désigne parfois sous le terme de <<contrat de travail indépendant>>" (ob. cit., p. 238).

²⁵ O mesmo se dá nas empresas que laboram com alta tecnologia. Porém, como já ressaltamos, tanto em um caso como em outro, esse afrouxamento de poderes do empregador é relativo, substituído que é por meios mais sutis (e eficazes) de domínio e direção.

²⁶ SARAMAGO retrata com grande desenvoltura e sensibilidade essa situação no romance "A Caverna", Companhia das Letras, 2000.

ministrados pela empresa dominante e beneficiária da atividade. Esta termina por controlar e dar ordens a esses "empresários"²⁷5-a. Algumas dispõem até sobre a indenização em caso de ruptura do contrato de seu dependente²⁸5-b.

Outro aspecto que torna também difícil a caracterização da exata natureza da relação jurídica mantida pelas partes reside na alteração do modo de se externar a obrigação principal do trabalhador: o trabalho. Isso também devido aos novos traços da estrutura hierárquica empresarial. Os assalariados, em diversas ocasiões, são inseridos em sistema de trabalho e remuneração que, com certa frequência, induzem a erro a fiscalização e o magistrado no que toca ao exato enquadramento do elo jurídico mantido entre o tomador de trabalho e o prestador de serviços.

03 – CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO D EMPREGO EM SITUAÇÕES CONTROVERTIDAS E NEBULOSAS

Conforme já destacamos, torna-se cada vez maior a dificuldade do operador do direito apurar, nos casos concretos que lhe são submetidos, a relação de emprego, em especial o traço característico consagrado pela doutrina tradicional, a subordinação jurídica, frente aos novos contornos das relações econômicas e jurídicas advindas da pós-modernidade.

Inicialmente são lembrados o critério da inversão do onus probandi em favor do trabalhador, a presunção da existência de vínculo de emprego em caso de dúvida acerca da exata natureza da relação de trabalho e a teoria da subordinação objetiva.

Outros modos de alargar a noção do contrato de trabalho e sua caracterização são ainda mencionados em doutrina, reafirmando os métodos e orientações tradicionais. Entre eles podemos citar a teoria da integração a um serviço organizado que, em muito, assemelha-se à idéia da subordinação objetiva. Analisa-se a situação do trabalhador, indagando-se se ele está integrado em uma organização econômica controlada por outrem²⁹.

²⁷ 5-a "Les nouveaux visages de la subordination", Droit Social, 02 (2000, p.137, Paris).

²⁸ 5-b Idem.

²⁹ Essa construção é corrente entre alemães (arbeitsorganisatorische abhängigkeit) e franceses (intégration à un service organisé).

Essa noção permite alargar os contornos da subordinação jurídica a partir do momento em que não afasta a possibilidade de o assalariado possuir uma certa autonomia no exercício de suas funções³⁰, como alguns prestadores de serviços³¹ (chapas, subcontratados, "locatários" de veículos como os motoristas de empresas de táxi, motoristas entregadores e seus ajudantes de supermercado e hipermercados), trabalho por conta e benefício de uma empresa ou conglomerado³².

As teorias e técnicas acima expostas são extremamente valiosas na caracterização *in casu* da relação de emprego, estendendo a tutela da lei aos trabalhadores em situação nebulosa. Contudo, são insuficientes, ainda, no tocante a uma gama de prestadores de serviços que, apenas mediante uma reformulação dos parâmetros tradicionais, poderiam ser incluídos no seu âmbito, até porque os indicadores acima noticiados continuam presos à concepção da subordinação jurídica, pois visam apenas evidenciá-la ou, quando muito, impõem sua admissão em concreto como que por ficção³³.

04 – A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Essas dificuldades têm levado estudiosos de grande envergadura a questionar a subordinação jurídica como nota típica do contrato de trabalho ou, ao menos, como o elemento preponderante

³⁰ Nesse sentido: FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET ("Les contrats du travail", in *Traité des Contrats*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 29). Os autores mencionam, com apoio na jurisprudência francesa, a admissão do liame empregatício mesmo que o obreiro estabeleça seu horário de trabalho segundo suas conveniências.

³¹ Trabalhadores tidos como eventuais podem se socorrer dessa construção, conforme demonstram FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET (ob. cit., p.38), aludindo à jurisprudência francesa que, a despeito do caráter pontual e breve das tarefas contratadas, reconhece essa integração no serviço organizado e a destinação econômica do empregador.

³² Em Portugal fala-se em integração numa organização de meios produtivos alheia, gerando um "estado jurídico de subordinação" que se verifica, segundo determinada jurisprudência, na integração do obreiro na esfera de domínio ou autoridade do patrão, embora praticamente independente no modo de exercer a sua atividade (ANTONIO DE LÊMOS MONTEIRO FERNANDES, "Direito do Trabalho", 11ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p.135).

³³ Tal estado de incerteza jurídica e a exclusão social dele decorrente é reconhecido por estudiosos e legisladores dos mais diversos quadrantes. Vale registrar aqui a ampla pesquisa baseada no direito europeu feitas por SUPIOT (ob. cit., p.140). Em obra coordenada por este renomado professor da Universidade de Nantes, Muriel FABRE-MAGNAN, seu colega naquela instituição, conclui que: "La Subordination est un bon test, valable dans la très grande majorité des cas, pour déterminer s'il existe un contrat de travail, mais elle n'est pas de l'essence du contrat de travail puisqu'il peut ne pas y avoir subordination sans que le contrat de travail s'en trouve disqualifié pour autant" ("Le contrat de travail défini par son objet", in "Le travail en perspectives", sous la direction de ALAIN SUPIOT, L.G.D.J., Paris, 1998, p.120).

para aplicação ou não do Direito do Trabalho³⁴. Este questionamento vem dando frutos na legislação estrangeira³⁵ e na jurisprudência de diversos países³⁶.

Com efeito, em decorrência da imperiosa urgência em alargar o campo de aplicação do Direito do Trabalho para incluir em seu âmbito todo o universo do trabalho, reafirma-se o critério da dependência econômica³⁷, descartado pelos juslaboralistas tomados pelo afã de emprestar tal particularidade ao seu campo de estudo que terminam por adotar uma visão excludente e prejudicial àqueles que vivem do trabalho prestado a outrem sem a devida proteção social³⁸.

Assim, França, Alemanha, Países Baixos, Itália, Inglaterra e Portugal aplicam, total ou parcialmente, o Direito do Trabalho sob o critério da dependência econômica ou de conceitos assemelhados ("parassubordinação", "quase assalariados", "pessoas assimiladas", "trabalhadores", etc.)³⁹.

³⁴ SUPIOT (ob. cit., pp.131/144); Patrick CHAUMETTE "Quel avenir pour la distinction trava dépendant/independant?"; Muriel FABRE-MAGNAN, "Le contrat de travail défini par son objet.", in "Le Travail en perspectives", pp. 79/87 101/124; PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, I vol., 190/1 e II vol., 1º tomo, pp. 87/90, Lisboa, 1999, 3ª ed.; ANTÔNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 11ªed., Almedina, Coimbra, 1999, pp. 134/5 e 148/151; Antonie JEAMMAUD ("L'assimilation de franchisé aux salariés", Droit Social Paris nº 2, Février 2002, pp. 158/164); FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE DE VATINET, ob., pp. 37/39 e 47/51. No Brasil, podemos citar JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO "Inovações na Legislação Trabalhista", 2ª ed., São Paulo, Ltr, 2002, pp. 164 e 173: que admite a teoria da dependência econômica em face da necessidade de atender às novas figuras contratuais surgidas com o avanço tecnológico.

³⁵ Alemanha: Lei 5333/1973 e art. 409 do Código de Processo Civil.

³⁶ Conferir: SUPIOT (pp. 140/143), FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET (ob. cit., pp. 38/51) e Antonie JEAMMAUD (ob. cit., pp. 158/163).

³⁷ Recorde-se que a construção teórica sobre a subordinação jurídica, importada pelos juristas brasileiros, sempre teve cores de artificialidade, pois a CLT alude apenas à "dependência". Eis o que diz nosso legislador: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste e mediante salário" (art. 3º da CLT).

³⁸ A apologia da subordinação jurídica não contribui de maneira alguma para o adequado tratamento jurídico que demandam as novas relações de trabalho e contratuais. Sobre o tema: ANTÔNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES (Sobre o objeto de direito do trabalho, in "Temas Laborais", Coimbra, Almedina, 1984, p. 44 e Direito do Trabalho, p. 134/5 e 148/151).

³⁹ "A crise que caracteriza os últimos decênios do século XX, em toda parte, propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis trabalhistas a quem prestar serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado" (ARION ROMITA, "A Crise da Subordinação Jurídica - Necessidade de Proteção a Trabalhadores Autônomos e Parassubordinados", Revista Ltr., nov. de 2004, vol. 68, nº 11, p. 1292). Neste sentido também é o parecer de LUCIANA A.M. GONÇALVES DA SILVA: "a dependência econômica do trabalhador em relação ao tomador de serviços deve ser um fator considerável para assecuração de uma tutela laboral. A noção de subordinação impende consignar novos horizontes, valorando não apenas a sujeição, mas também a dependência econômica, de forma a conceder proteção não apenas ao empregado, mas também a um trabalhador a este próximo" ("Descentralização produtiva: o trabalho parassubordinado", Revista Ltr, vol. 68, nº 11, nov. 2004, p. 1347).

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, traçaremos algumas linhas gerais, com o objetivo de despertar o interesse dos advogados, estudiosos, legisladores e magistrados.

4.1- FRANÇA

Em situação de acentuada dependência econômica, a jurisprudência francesa tem pugnado pela equiparação do profissional ao trabalhador regido pelo contrato de emprego⁴⁰.

Isso porque são numerosos os comerciantes, trabalhadores de firma individual, microempresas ou de pequenos empreendimentos e franqueados que se encontram nesse estado de dependência econômica⁴¹. O montante não cessa de aumentar, segundo o testemunho de FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET⁴², gerando a necessidade de um tratamento legal apropriado para esse obreiros, que os trate de forma idêntica aos assalariados⁴³.

Importante passo nesta direção é o art. 781-1, §2º, do Código do Trabalho, que estende a proteção trabalhista aplicável aos empregados àqueles que exercem atividade consistente em recolher encomendas, realizar serviços de manutenção ou transporte, fabricação de objetos, prestação de serviços, colocação de produtos no mercado por conta de uma empresa, em estabelecimento fornecido por ela (ou agregado), que fixa as condições contratuais e do negócio, bem como o preço. Isso se dá sem que haja necessidade de estabelecer um

⁴⁰ FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET (ob. cit., p. 38) mencionam diversas decisões neste sentido: Bull. Civ. N° 9; D. 1977, 173, note; JEAMMAUD; Bull. Civ. N° 283, p.173; RJS 1997, n° 862, Cass. Soc. 22 mai 1977.

⁴¹ Como notam FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET (ob. cit., p. 47), que destacam ainda o caráter exclusivo (ou quase) da atividade prestada em forma da empresa dominante, a existência de condições contratuais e preços impostos pela beneficiária dos serviços. No tocante aos contratos de franquia, falsos ou marcados por forte ascendência do franqueador, também há esse movimento de equiparação: "La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, suivie par plusieurs décisions de juges de fond, admet désormais leur application au contrat de franchise. (128) Cass. Com. 3 mai 1995, JCP 5, E, II, 748, obs. L. LEVENEUR; D. 97.10; somm. comm. p.57, obs. D. Ferrier "les pseudo franchisés n'étaient autorisés à vendre que des marchandises en provenance du franchiseur, dans un local agréé" par ce dernier, à des prix fixés unilatéralement par lui; comme le relève D. FERRIER, de telles requalifications <<pourraient se multiplier avec la transformation de nombreux distributeurs mandataires à la vente ou dépositaires en vue de la vente ou encore commissionnaires sous la marque du franchiseur>>" (FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET, ob. cit., p.48).

⁴² Ob. cit., p. 47.

⁴³ Neste sentido: PATRICK CHAUMETTE (ob. cit., pp. 79/87), Muriel FABRE-MAGNAN (ob. cit., pp. 101/124) e Alain SUPIOT ("Le Travail en perspectives: une introduction", Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 1/12).

elo de subordinação jurídica, pois é suficiente apenas a dependência econômica⁴⁴.

Essa assimilação compreende inclusive os que estão sob contrato de franquia ou de distribuição, com condições, tarifas e preços impostos pela empresa concessionária, franqueadora ou beneficiária da atividade daqueles que não são nada mais do que uma peça na engrenagem empresarial^{45 46}.

4.2- ALEMANHA

O Direito alemão utiliza a técnica do <<arbeitnehmerähnlich, Personen>>, pessoas assimiladas a trabalhadores ou “quase-assalariados”. Estas pessoas são assim definidas pela Lei sobre a Contratação Coletiva de 1974 (art. 12º) como obreiros juridicamente autônomos mas economicamente dependentes, que necessitam, por isso, de proteção semelhante àquela ministrada aos empregados.

A lei exige a denominada dependência pessoal do trabalhador, ou seja, a maior parte de seu trabalho, ou de seus ganhos, deve vir de uma só pessoa, entidade ou instituição⁴⁷, compreendido nessa idéia o grupo econômico ou financeiro, mesmo destituído de personalidade jurídica.

Após amplo debate, ficou estabelecido que aos assimilados ao assalariado seriam aplicáveis algumas leis trabalhistas e institutos de Direito do Trabalho e Previdenciário⁴⁸ (férias, convenções coletivas, leis dos Tribunais do Trabalho)⁴⁹.

⁴⁴ Antonie JEAMMAUD (“L’assimilation de franchisés aux salariés”; Droit Social, nº 2, 02/02, pp. 161 e FRANÇOIS GAUDU e RAYMONDE VATINET (ob. cit., p. 47 e seguintes).

⁴⁵ Antonie JEAMMAUD (ob. cit., pp. 158, 161/2).

⁴⁶ JEAMMAUD (ob. cit., pp. 158/163) menciona várias decisões acerca da aplicação das normas do Direito do Trabalho àqueles que exercem atividades sob contrato de franquia, com a condenação da empresa beneficiária ao pagamento de indenização trabalhista, inclusive por “dispensa” (tida como tal a não renovação do contrato de franquia).

⁴⁷ No caso dos jornalistas, escritores e artistas, este ganho foi fixado em ao menos um terço (SUPIOT, “Les nouveaux visages...”, p. 142).

⁴⁸ Uma lei de 1998 inclui esses prestadores de serviços no seguro social por velhice.

⁴⁹ As convenções coletivas terminam por estender outros direitos e benefícios, equiparando na prática os quase-assalariados aos empregados e trabalhadores em geral.

4.3- HOLANDA

Na Holanda a assimilação entre os campos da autonomia da relação de emprego é também uma realidade.

A lei que trata das despedidas econômicas é aplicável, em certos pontos, àqueles que não são titulares de uma relação de emprego, cuja situação de dependência econômica possa ser evidenciada pelos seguintes critérios: a) pessoalidade do trabalho prestado; b) no máximo, dois beneficiários da atividade; c) limite de até dois auxiliares ou ajudantes a serviço do dependente econômico; d) a atividade do dependente econômico não pode ter caráter acessório⁵⁰.

4.4- ITÁLIA

A noção italiana de parassubordinação estendeu aos agentes e representantes comerciais, bem como a outras relações de trabalho, os direitos atinentes à categoria dos empregados, desde que haja uma prestação de trabalho contínua, pessoal e coordenada, sendo para tal irrelevante a presença da subordinação jurídica⁵¹.

Nesse conceito, ficam evidentes a idéia de dependência econômica⁵² e a concepção de uma categoria aberta⁵³ onde podemos encontrar advogados, médicos e prestadores de serviço que laboram à distância⁵⁴.

Como destaca AFFONSO DALLEGRAVE, os adeptos do neoliberalismo no Direito do Trabalho buscaram, através da parassubordinação, afastar a tutela trabalhista. Essa tentativa parece ter malogrado, pois os trabalhadores parassubordinados obtiveram pela via da negociação coletiva vantagens que ultrapassam de longe o mínimo legal⁵⁵.

No Brasil, frente ao ordenamento legal e constitucional em vigor, a noção de parassubordinação só terá valia se manejada em

⁵⁰ SUPLOT (ob. cit., p. 142).

⁵¹ A parassubordinação foi introduzida no direito italiano com a Lei nº 533/1973, codificada no art. 409 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "Altri rapporti di collaborazioni che se concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato".

⁵² ANTÔNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES ("Direito do Trabalho", p. 149).

⁵³ SUPLOT ("Les nouveaux", p. 142).

⁵⁴ DALLEGRAVE (ob. cit., p. 172).

⁵⁵ Ob. cit., p. 173.

sentido tal que venha a abranger, no leque do Direito do Trabalho, as novas formas contratuais e as já tradicionais do agente e representantes comerciais, corretores, pequenos artífices e empreiteiros, prestadores de serviço em geral e aqueles que laboram sob contrato de franquia desde que presente a dependência econômica com os traços já assinalados⁵⁶. Estes profissionais, de toda sorte, no Brasil, já têm a sua disposição a Justiça do Trabalho para buscar o pagamento de seu trabalho e as reparações de ordem patrimonial e moral (art. 114, caput e incisos, da CF, com a redação dada pela EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004)⁵⁷.

4.5- PORTUGAL

O trabalhador independente, por estar em estado de dependência econômica ou usufruir os frutos de sua atividade, frente àquele que toma seus serviços, deve encontrar proteção trabalhista e social⁵⁸.

Essa dependência econômica requer uma relação direta entre o beneficiário da atividade e o prestador de serviços, marcada pela continuidade e pela exclusividade, caracterizando uma submissão econômica deste em relação àquele:

“Esta (dependência econômica) revela-se por dois traços fundamentais e estreitamente associados: o fato de quem realiza o trabalho exclusivo e continuamente, para certo beneficiário, encontra na retribuição o seu único ou principal meio de subsistência (há assim uma dependência da economia do trabalhador perante a do mesmo beneficiário); e, de autonomia técnica e jurídica, se inserir num processo produtivo dominado por outrem (verificando-se, pois,

⁵⁶ “...para os operadores jurídicos voltados para uma hermenêutica colocada nos princípios constitucionais de valorização do trabalho, do trabalhador e do pleno emprego (arts. 170 e 193 da CF), a tutela jurídica da Consolidação das Leis do Trabalho deve ampliar seu horizonte para acolher novas figuras contratuais e, nesta perspectiva, os trabalhadores parassubordinados se incluem no objeto do direito do trabalho, em face de uma exegese tecnológica e conforme à Constituição.” (José AFFONSO DALLEGRAVE NETO, ob. cit., p. 173, grifo do autor).

⁵⁷ Note-se que o art. 7º, caput, da CF determina a aplicação dos direitos sociais aos trabalhadores: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

⁵⁸ “Há relações de trabalho formalmente autônomas (em que o trabalhador auto-organiza e auto-determina a atividade exercida em proveito alheio), mas que são materiais próximas das de trabalho subordinado, induzindo necessidades idênticas de proteção. São aquelas em que o trabalhador se encontra economicamente dependente daquele que recebe o produto de sua atividade” ANTÔNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES (“Direito do Trabalho”, p. 148, grifos do autor).

dependência sob o ponto de vista da estrutura do mesmo processo). Isto pode ocorrer até quando o trabalhador é juridicamente autônomo, exercendo a sua atividade em estabelecimento próprio se, porventura, todo o produto dessa atividade se destina a inserir-se num processo produtivo mais amplo, promovido e dominado por certa atividade⁵⁹."

"Considera-se a dependência econômica relacionada com o fato de o prestador de trabalho receber encomendas do beneficiário da atividade, e de essas encomendas só terem interesse para aquele beneficiário, havendo uma exclusividade. O produto acabado, realizado pelo prestador da atividade, só interessa a um determinado beneficiário; a situação identifica-se com a de um monopólio. O prestador da atividade, por via de regra, não consegue ou não pode colocar o produto acabado para livre transação no mercado, devendo entregá-lo àquele beneficiário; normalmente, não será fácil encontrar concorrentes deste beneficiário interessados naquele mesmo resultado, até porque, por vezes, o produto realizado pelo trabalhador vai ser incorporado noutros bens produzidos na empresa beneficiária. Esta exclusividade leva a uma espécie de relação de monopólio, que conduz a um certo domínio do beneficiário da atividade relativamente ao prestador da mesma."⁶⁰

O Código do Trabalho Português, aprovado pela Lei 99/2003, consagra, expressamente, a equiparação dos trabalhadores sob dependência econômica aos empregados:

"ARTIGO 13º - (Contratos equiparados)

Ficam sujeitos aos princípios definidos neste Código, nomeadamente quanto a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade."⁶¹

PAULA QUINTAS e HELDER QUINTAS⁶² comentam este preceito, que corresponde, com algumas alterações, ao art. 2º da revogada Lei do Contrato de Trabalho:

⁵⁹ ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES ("Direito do Trabalho", p. 134, grifos do autor).

⁶⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ (ob. cit., p.88).

⁶¹ Código de Trabalho Anotado e Comentado, 4ª ed., actualizada, 2005, Almedina, Coimbra, p. 123.

⁶² Código de Trabalho Anotado e Comentado, 4ª ed., actualizada, 2005, Almedina, Coimbra, p. 123.

"O novo regime equipara todo e qualquer contrato que tenha por objecto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador esteja na dependência económica do beneficiário da actividade.

O legislador pretendeu alargar o âmbito de aplicação dos princípios do Código a todo e qualquer contrato de prestação de trabalho em que o prestador esteja numa posição de subordinação económica.

Conforme salientava Monteiro Fernandes in "Direito...", p.145, "Há ainda que considerar que existem verdadeiros contratos de trabalho (isto é, obedecendo à caracterização essencial do art. 1.º) aos quais a LCT se não aplica directamente. E convém ter bem presente que essa exclusão não descaracteriza as correspondentes relações de trabalho (como relações de trabalho subordinado), nem, portanto, as afasta do âmbito do Direito do Trabalho".

A ilustre Professora da Universidade de Lisboa MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁶³ sobre o tema leciona:

"Os trabalhadores equiparados correspondem a uma categoria híbrida, cujos contornos foram objecto de apuramento doutrinal. Em termos sintéticos, trata-se de trabalhadores formal e juridicamente independentes do credor da respectiva prestação laborativa, mas economicamente dependentes desse credor, porque para ele trabalham em exclusividade ou dele recebem a matéria-prima com que realizam a prestação, voltando a remeter-lhe o produto final.

A complexidade da situação destes trabalhadores decorre do facto de neles concorrer a qualificação jurídica como trabalhadores autónomos (pela falta de subordinação jurídica perante o credor da prestação) com a situação de dependência económica perante o credor, que justifica a sua tutela em moldes de que a generalidade dos trabalhadores autónomos não carece. Por esta razão, a doutrina refere-se a estas situações como situações de parasubordinação e, de um modo geral, os sistemas juslaborais são sensíveis a estas situações, sujeitando-as a um regime especial de alguma protecção.

É também esta a orientação do nosso sistema jurídico, que reconhece os trabalhadores economicamente dependentes como uma categoria específica (referida originariamente no art. 2º da LCT, esta categoria de trabalhadores é actualmente referida no art. 13.º do

⁶³ "Direito do Trabalho, parte I – Dogmática Geral", Almedina, Coimbra, 2005, ps. 304/5.

CT), e que estabeleceu um regime tutelar específico para alguns destes trabalhadores em 1991 (DL n.º 440/91, de 14 de Novembro, aplicável aos trabalhadores economicamente dependentes que prestassem o trabalho no seu domicílio). Este regime consta agora, com alterações, dos arts. 14.º ss. da RCT.”

4.6- INGLATERRA

A seção 23 (1) do “Employment Relations Act” de 1999 confere ao secretário de Estado o poder de conceder a proteção legislativa típica de empregados a quem não está, em princípio, submetido ao estatuto laboral (QUASI-DEPENDENT LABOUR)⁶⁴. Assim, o salário mínimo e a limitação da jornada, entre outros direitos, podem ser aplicáveis aos trabalhadores em geral e não apenas aos empregados⁶⁵. Cogita-se até da incidência da aplicação de certos direitos laborais para o self-employed, ao menos para aqueles que estão na zona cinzenta entre empresários, empregados ou integrantes de paraempresas^{66 67}.

Logo, franqueados, agentes comerciais e outros trabalhadores vulneráveis à perda abrupta de sua fonte de sobrevivência encontram uma certa proteção social e trabalhista ⁶⁸.

05 – RELAÇÕES DE TRABALHO E DE EMPREGO E A NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL

⁶⁴ SIMON DEAKIN e GILLIAN S. MORRIS (“Labour law”, Lexis Nexis, Butterworths, 3ª ed., Inglaterra, 2003).

⁶⁵ SIMON DEAKIN e GILLIAN S. MORRIS (ob. cit., p. 180).

⁶⁶ SIMON DEAKIN e GILLIAN S. MORRIS (ob. cit., p. 181).

⁶⁷ Para aplicação de normas e princípios, como o da não-discriminação ou do tratamento igual, é requerida a PESSOALIDADE: “A third category relates to the principle of equal treatment. Equal treatment legislation extends to employment ‘under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to execute any work or labour’ as well as to applicants for employment. Agency workers have the protection of the equal treatment principle in their relationship with the user of their services.

The ‘worker’ concept therefore extends the protection of labour law into the category of the self-employed. However, certain of the self-employed are still excluded. The first significant exclusion relates to those who do not contract to supply personal services, but who contract to supply an end product or service without necessarily contracting to supply their own work and labour. Where no element of personal service is present, commercial law, rather than labour law, prevails. It was for this reason that in *Sheehan v Post Office Counters Ltd* a sub-postmaster who complained of discrimination contrary to the Disability Discrimination Act 1995 was held to be outside the Act.” (SIMON DEAKIN e MORRIS, ob. cit. p. 172).

⁶⁸ SIMON DEAKIN e GILLIAN S. MORRIS (ob. cit., p. 173).

A Emenda nº 45/04 insere na competência trabalhista, de forma ampla, todas as relações típicas de trabalho:

"Art. 114 – omissis

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta, exceto os servidores ocupantes de cargo criado por lei, de provimento efetivo ou em comissão, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações públicas."⁶⁹

No Direito do Trabalho brasileiro sempre foi oferecida a distinção entre a relação de trabalho e a relação de emprego. A primeira como gênero da qual a relação de emprego seria apenas uma espécie, um desdobramento da primeira e, por sua importância ganharia tratamento especial⁷⁰.

O traço diferenciador entre os dois vínculos, originados pelo labor humano, reside na subordinação considerada no seu aspecto jurídico, ou seja: a existência de um poder ou direito do tomador do trabalho (empregador) de dirigir e fiscalizar o serviço do obreiro (empregado), inserido em uma atividade realizada em prol daquele, que está sujeito ao comando e à disciplina do contratante do seu trabalho.

Esta nota típica nem sempre é fácil distinguir, seja pela transformação que sofre o trabalho na atualidade, gerada pela nova economia, seja pelo elo estreito existente entre determinados modos de prestação de trabalho (vendedor empregado e representante comercial; diarista e empregada doméstica, entre outros).

Essa circunstância, aliada ao quadro delimitado anteriormente, obriga-nos a repensar os moldes da relação de emprego e, mais importante, do próprio Direito Material do Trabalho, para inserir

⁶⁹ Texto extraído do D.O.U., 31 de dezembro de 2004, ou seja, antes do deferimento da liminar proferida pelo Ilustre Ministro Presidente do STF.

⁷⁰ MOZART VICTOR RUSSOMANO ("Curso de Direito do Trabalho", 9ª ed., rev. e atual., Curitiba: julho, 2002) bem resume este entendimento: "a relação de emprego é sempre relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é relação de emprego, como ocorre, v.g., com os trabalhadores autônomos (profissionais liberais, empreitadas, locações de serviços, etc)". Entre outros expoentes que procedem a tal diferenciação, pode-se citar EVARISTO DE MORAES FILHO e ANTÔNIO CARLOS FLORES DE MORAES ("Introdução ao Direito do Trabalho", 5ª ed., rev. e atual., p. 214, São Paulo, Ltr, 1991), Affonso DALLEGRÁVE, "Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho" e MAURICIO GODINHO DELGADO ("Curso de Direito do Trabalho", São Paulo: Ltr, 2002, pp. 279/80). Contra: OCTAVIO BUENO MAGANO ("Manual de Direito do Trabalho", v. II, 2ª ed., São Paulo: Ltr, 1988, pp. 19 a 24).

no âmbito deste ramo do direito toda forma de trabalho que guarde traço de dependência econômica^{71 72}.

Na esfera da nova competência, portanto, será fundamental definir o que seja relação de trabalho para efeitos do art. 114, I e VI, da CF, pois, como lecionam o culto Ministro do TST ORESTE DALAZEN⁷³ e o festejado autor AMAURI MASCARO NASCIMENTO⁷⁴, o movimento expansionista do Direito do Trabalho repercute, necessariamente, na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, conforme atesta a Emenda 45/04 ao trazer para a Justiça do Trabalho do nosso país as demandas decorrentes da relação de trabalho.

Não se pode perder de vista que a CLT já admite, desde há muito, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar litígios decorrentes de determinadas relações de trabalho, como do avulso (art. 643, caput, e art. 652, V, da CLT), pequeno empreiteiro e artífice (art. 652, "a", III, da CLT), dentro da cláusula constitucional que, desde 1946, autoriza o Juiz do Trabalho a conciliar e julgar outras relações de trabalho, que não a de emprego, desde que autorizado por lei.

Com a Emenda nº 45/2004, o legislador afastou a equação anterior. Assim, ao invés de a relação de trabalho ser apenas excepcionalmente da competência da Justiça do Trabalho, junta-se à relação de emprego para compor a matéria básica, mais não a única (incisos II, III, VII e VIII do art. 114), sobre a qual irá atuar a jurisdição laboral. Com isso, reduz o legislador constitucional o fosso entre trabalhadores em geral e empregados.

Resta agora à lei, à jurisprudência, à doutrina e às entidades sindicais a construção do arcabouço de proteção do trabalhador que, não estando sob o manto da relação de emprego, irá se dirigir à Justiça

⁷¹ Alain SUPLOT, "Les nouveaux visages de la subordination", *Droit Social*, Février, 2000, nº 2, p. 137, Paris. Murriel FARRE-MAGNAN, "Le contrat de travail défini par son objet", in "Le travail em perspectives," sous la direction de Alain SUPLOT, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 120; Antonie JEAMMAUD, "L'assimilation de franchisés aux salariés", *Droit Social*, Paris, nº 2, 2002, p. 158/164; José Afonso DELLAGRAVE NETO, "Inovações na legislação trabalhista", *Ltr*, 2ª ed., São Paulo, pp. 164 e 163, 2002. LUIZ CARLOS AMORIM ROBORELLA, de forma pioneira no Brasil, já sustentava desde 1994 esse ponto de vista na sua obra "O Moderno Direito do Trabalho", São Paulo, *Ltr*, p. 48-49.

⁷² Não custa lembrar, mais uma vez, que a CLT fala apenas em dependência no seu art. 3º, quando caracteriza o sujeito da proteção da legislação laboral. A exigência de subordinação jurídica é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

⁷³ "A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil", in "Nova Competência da Justiça do Trabalho", p. 159.

⁷⁴ "A Competência da Justiça do Trabalho para a Relação de Trabalho", in "Nova Competência da Justiça do Trabalho", p. 27.

do Trabalho⁷⁵, como já o fazem avulsos que, notável exceção, gozam de ampla tutela no plano do direito substancial (art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal)⁷⁶.

Aspecto relevante quanto ao alcance da expressão relação de trabalho reside na controvérsia que começa a surgir acerca daqueles que prestam serviços no âmbito de um vínculo de consumo.

Para nós essa discussão está fora de foco. A questão não é saber se a relação de trabalho compreende as relações de consumo com prestação de serviços (arts. 2º e 3º da Lei 8078/90), mas se a relação de trabalho se apresenta marcada pela dependência econômica.

Estas são as características, como demonstrado acima, que assinalam toda a revisão no âmbito do Direito do Trabalho e a ampliação da competência material para alcançar relações de trabalho que não a de emprego. Este movimento em curso no direito estrangeiro é o caldo de cultura, o pano de fundo, a base mesma da opção feita na Emenda 45/04.

De modo que parece irrelevante, para efeitos da nova competência material trabalhista, indagar se o trabalho prestado se apresenta na moldura das relações de consumo ou não. O que interessa saber é se a relação de trabalho resta caracterizada pela dependência econômica, comumente associada com os traços da pessoalidade e da continuidade dos serviços.

06 – CONCLUSÃO

A agenda brasileira sobre flexibilização trabalhista está deslocada no tempo e no espaço. O grande debate hoje deve ter como

⁷⁵ A possibilidade dessa tutela já foi demonstrada no direito de diversos países. Resta agora ao Brasil implementá-la. Vozes neste sentido já são ouvidas. Com efeito, além do já citado DALLEGRAVE, podemos mencionar JORGE LUIZ SOUTO MAIOR (Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador?, in a "Nova Competência da Justiça do Trabalho", pp. 188/9) que assim opina: "... no julgamento dessas novas questões a jurisprudência poderá até mesmo incrementar a aplicação de certos direitos trabalhistas às ditas relações jurídicas, o que se fará, certamente, em benefício da salubridade da sociedade. Neste sentido, cabe lembrar que vários direitos trabalhistas, como remuneração justa, limitação da jornada de trabalho, igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, não discriminação de qualquer natureza, por exemplo, são direitos inseridos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, não sendo, portanto, direitos exclusivos de trabalhadores empregados." PAULO LUIZ SCHMIDT ("Os Direitos Sociais do art. 7º da CF – Uma Nova Interpretação no Judiciário Trabalhista", in "Nova Competência da Justiça do Trabalho"), também assim se pronuncia.

⁷⁶ Cabe destacar que o caput do art. 7º da CF dispõe que "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social" : aviso prévio, limitação de jornada, salário mínimo, etc. Este aspecto é muito bem lembrado por PAULO LUIZ SCHMIDT (ob. cit., p. 308).

centro um Direito do Trabalho não excludente das formas atípicas de trabalho.

Dessa maneira, evitar-se-á que pessoas, cuja sobrevivência dependa do trabalho prestado em favor de outrem, fiquem ao largo do manto protetor das leis estatais e das vantagens porventura obtidas pelas entidades sindicais em negociação coletiva.

As alterações da vida econômica estão a exigir um novo enfoque sobre a noção de subordinação (jurídica) ou, mais simplesmente, o seu abandono pela concepção contemporânea da dependência econômica, mais realista e abrangente, e, por isso, benéfica aos que vivem do seu trabalho.

Conforme salientam SUPLOT e outros⁷⁷, as relações e as estruturas que contribuíram para o nascimento do Direito do Trabalho superaram os limites do vínculo de emprego. Cabe a esse ramo do direito a tarefa de aglutinar todas as relações trabalhistas em um só ramo, um direito comum⁷⁸ a todos aqueles que fazem do trabalho a sua fonte de ocupação e sobrevivência.

Importante passo nesse sentido é a nova redação do art. 114 da CF, após a Emenda nº 45, que consagrou a competência da Justiça do Trabalho para as demandas oriundas das relações de trabalho e não apenas as de emprego (regra geral no regime constitucional vigente até 2004).

Impõe-se, no plano do direito substancial, a pronta elaboração do arcabouço legislativo para a imediata inclusão das relações de trabalho no âmbito do Direito Material do Trabalho. Acreditamos, contudo, que a inserção dos trabalhadores dependentes economicamente na esfera do Direito Tutelar Trabalhista já pode ser realizada desde já, com base no caput do art. 7º da CF, mediante negociação coletiva, arbitragem, mediação e construção jurisprudencial, fundada na Declaração do Direitos Humanos e no caput do art. 7º da CF, com o que não será

⁷⁷ SUPLOT ("Les nouveaux ...", p. 144) menciona nesta linha as recomendações da comissão europeia reunida para estudar esse tema, publicadas sob o sugestivo título: "Au-delà de l'emploi", Paris, Flammarion, 1999, pp. 25 et s. et pp. 295. P. CHAUMETTE (ob. cit., p. 215) noticia, outrossim, a expansão da tutela em prol dos trabalhadores independentes no plano jurídico e dependentes no campo econômico, processo já encaminhado em outras searas como a da saúde e seguridade do trabalho.

⁷⁸ "Les rapports de domination économique qui avaient fondé la naissance du droit du travail s'étendent aujourd'hui bien au-delà des limites du travail salarié. Le droit du travail a donc bien vocation à devenir le droit commun de toutes les relations de travail, salariées ou non" (SUPLOT, "Les nouveaux ...", p. 144).

afrontada a realidade posta pelas novas relações sociais e econômicas e o escopo do legislador constitucional.

Acerca das relações de consumo, a questão não é saber se na expressão "relação de trabalho" está compreendida a prestação de serviços realizada nos moldes dos arts. 2º e 3º da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), mas se ao trabalho se apresenta com as características da dependência econômica, freqüentemente associada à pessoalidade do trabalho e à continuidade da atividade do obreiro, conforme a atual orientação expansionista do Direito do Trabalho, que se reflete na nova redação do art. 114 da CF.

Assim, caberá à Justiça do Trabalho apreciar todas as relações de trabalho, incluídas, obviamente, as relações de consumo que envolvam prestação de serviços, sempre que presente a DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.