



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**

**LEONAM DAS MERCÊS SILVEIRA**

**A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO AO  
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

**SALVADOR – BA  
2018**

**LEONAM DAS MERCÊS SILVEIRA**

**A SUBORDINAÇÃO POTENCIAL COMO MECANISMO DE  
EFETIVAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

**SALVADOR – BA**

**2018**

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho a minha maior motivadora na busca pela evolução profissional e pessoal, minha mãe Rose Meire.

À minha namorada, Gracielle, pela compreensão e cuidado, especialmente na reta final de produção do presente trabalho.

Aos amigos, antigos e novos, que me acompanharam nessa jornada. Em especial aos conquistados no curso, que tornaram ainda mais proveitoso o processo de aprendizado: Filipe, Jamile, Polyana e Camila.

Aos professores pela inspiração.

Em fim, a todos que auxiliaram direta e indiretamente no decorrer do curso.

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivos investigar o objeto do Direito do Trabalho, o método da delimitação daquele, por meio de qual mecanismo o ramo jurídico se efetiva no mundo prático e a correlação entre o método delimitador e o mecanismo de efetuação. Assim, ao proceder-se a realização de pesquisa qualitativa, por meio de revisão bibliográfica, chegou-se a conclusão que o ramo jurídico especializado tem como objeto as relações de trabalho subordinadas, sendo delimitadas através do requisito da subordinação jurídica e se efetivando por meio do Princípio da Proteção. Nesse processo, constatou-se que o conceito clássico de subordinação jurídica não supre adequadamente o papel de delimitar o que é trabalho subordinado, por isso analisou-se a proposta de sua revisitação conceitual, consubstanciada na teoria da Subordinação Potencial. A teoria em tela se mostrou efetiva na delimitação do objeto do Direito do Trabalho, englobando as novas figuras de trabalho surgidas com a evolução dos modos de produção. Por fim, entendeu-se que a Subordinação Potencial, além de delimitador ao ramo jurídico, também permite sua efetuação, consubstanciando também como mecanismo de efetividade do Princípio da Proteção.

**Palavras-chaves:** Direito do Trabalho; Princípio da Proteção; Contrato de Trabalho; Relação de Emprego; Subordinação Jurídica; Subordinação Potencial;

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2. DIREITO DO TRABALHO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS</b> .....	7
<b>2.1. Breve Evolução Histórica do Direito do Trabalho</b> .....	7
2.2.1. Antiguidade .....	9
2.1.2. Idade Média.....	10
2.1.3. Regime Liberal e Revolução Industrial.....	12
<b>2.2. Direito do Trabalho</b> .....	15
2.2.1. Denominação .....	15
2.2.2. Conceito .....	17
2.2.3. Função .....	19
<b>3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO</b> .....	23
<b>3.1. Noções Introdutórias</b> .....	23
3.1.1. Conceito dos Princípios do Direito .....	24
3.1.2. Funções dos Princípios do Direito.....	25
<b>3.2. Princípio da Proteção</b> .....	27
3.2.1. Princípio do <i>in dubio pro operario</i> .....	29
3.2.2. Princípio da norma mais favorável .....	29
3.2.3. Princípio da condição mais benéfica .....	31
<b>4. O CONTRATO DE TRABALHO</b> .....	33
<b>4.1. Definição</b> .....	33
<b>4.2. Natureza Jurídica</b> .....	35
<b>4.3. Requisitos</b> .....	39
4.3.1. Pessoa Natural.....	39
4.3.2. Pessoaalidade.....	40
4.3.3. Não Eventualidade.....	40
4.3.4. Onerosidade.....	41
4.3.5. Subordinação Jurídica.....	41
<b>5. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA</b> .....	42
.....	
<b>5.1. Noções Introdutórias</b> .....	42
5.1.1. Conceito Clássico.....	43

5.1.2. Natureza jurídica .....	45
<b>5.2. Crise ao modelo clássico de Subordinação Jurídica .....</b>	<b>48</b>
<b>5.3. As diferentes proposições de Subordinação Jurídica .....</b>	<b>55</b>
5.3.1. Subordinação Estrutural .....	56
5.3.2. Subordinação Integrativa.....	57
<b>6. SUBORDINAÇÃO POTENCIAL .....</b>	<b>58</b>
<b>6.1. A ideia de potencialidade: poder diretivo e subordinação jurídica .....</b>	<b>58</b>
<b>6.2. Conceito de Subordinação Potencial .....</b>	<b>63</b>
<b>6.3. Subordinação Potencial como mecanismo de efetivação do Princípio da Proteção.....</b>	<b>66</b>
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade, bem como a decorrente mutabilidade das relações entre os seres humanos, requer do Direito um andar parelho. De modo que este consiga positivar e efetivar adequadamente as relações fático-sociais.

As relações de trabalho não são diferentes, ainda mais pelo seu alto grau de mutabilidade, impulsionadas por fatores socioeconômicos. Exigindo que Direito do Trabalho se mantenha sempre atual.

Contudo, tem-se que o ramo jurídico juslaboral se destina a regular não todas, mas relações específicas decorrentes do exercício da prestação de serviços.

Nesse contexto surgem alguns questionamentos: Qual a principal relação acobertada pelo ramo jurídico especializado? Como se procede a delimitação de seu objeto de tutela? Qual é o meio principal de sua efetivação? O(s) elemento(s) de delimitação do seu objeto influenciam no seu método de efetivação? E, por fim, esse condicionador se mantém atual?

Assim, tendo como escopo responder a estes questionamentos, a presente monografia foi dividida em cinco capítulos.

No primeiro será efetuado um breve relance histórico, de forma que seja possível conceituar e compreender o contexto do surgimento do Direito do Trabalho.

No segundo capítulo será analisado o Princípio da Proteção, tido como um das bases do próprio ramo jurídico especializado e, possivelmente como um mecanismo de efetivação.

No terceiro será analisado o objeto do Direito do Trabalho, o Contrato de Trabalho, bem como seus requisitos delimitadores. Ato contínuo, no quarto capítulo será estudado o instituto da Subordinação Jurídica, entendido como o principal elemento delimitador da relação de emprego.

No último capítulo, será apresentada uma revisitação conceitual da subordinação, de lavra de Danilo Gonçalves Gaspar, com o intuito de correlacionar com o ramo jurídico especializado, bem como com seu mecanismo de efetivação, qual seja, o Princípio da Proteção.

Por fim, tentando alcançar o objetivo ao qual se propõe o presente trabalho, será utilizada metodologia qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica.

## 2. DIREITO DO TRABALHO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Para que se possa compreender o objeto principal do presente trabalho, se faz necessário o estudo preliminar, mesmo que de forma perfunctória, do campo do Direito no qual aquele se aloca, qual seja, o Direito do Trabalho.

Assim, de forma a dar substrato e possibilitar o entendimento adequado da temática central desta monografia, agora será realizado um breve acompanhamento histórico do labor humano para, logo após, apresentar as noções propedêuticas do Direito do Trabalho.

### 2.1. Breve Evolução Histórica do Direito do Trabalho

Se procurarmos no dicionário, a definição atual de trabalho será informada como “ato de trabalhar” ou “qualquer ocupação manual ou intelectual”<sup>1</sup>. Contudo, sua origem remonta do latim “tripaliare”<sup>2</sup>, o que significa ato de tortura por meio de instrumento composto por três estacas.

A partir da origem etimológica da palavra e de sua concepção hodierna é possível inferir que a atividade laborar sofreu significativas modificações ao longo do tempo, especialmente quanto a forma como se fora compreendida.

Essa dedução é ratificada por Alice Monteiro de Barros, ao afirmar que:

Pelo que se pode constatar, durante longos anos, e desde a sua origem etimológica, o trabalho encerra valores ora penosos, ora desprezíveis. Com o cristianismo, ele desfruta de um sentido mais digno.

Finalmente, o Renascimento louva o homem na atuação livre e racional; o trabalho é visto como a verdadeira essência humana.<sup>3</sup>

De outra sorte não poderia ser, uma vez que para atingir seus objetivos sociais, o ser humano organizou-se e reorganizou-se em diversos momentos da história. O que significa, em outros termos, que a forma de exercer o labor, leia-se produção de bens e serviços, também modificou-se em compasso com as transformações sociais.

1 TRABALHO. Dicionário online do PRIBERAM, 29 de agosto de 2018. Disponível em <<https://www.priberam.pt/dlpo/trabalho>>. Acesso em 29.08.18

2 Ibidem

3 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

Nesse mesmo sentido, destaca Lorena Vasconcelos Porto:

No decorrer da história, as sociedades humanas se organizaram de formas diferentes para produzir os bens e serviços necessários ao atendimento das suas necessidades. Nesse sentido, surgiram relações de trabalho – que consistem no modo como os homens se relacionam para propiciar a modificação da natureza pelo seu engenho – também diversas. O trabalho, portanto, sempre esteve presente nas sociedades humanas organizadas, embora a sua forma de articulação tenha variado ao longo do tempo.<sup>4</sup>

Assim, infere-se que o trabalho não possui apenas diferentes acepções históricas, mas também sofrera diversas formas de organização.

Destarte, é lógica a compreensão de que o Direito do Trabalho, enquanto mecanismo positivador, desenvolveu-se e modificou-se conforme fora necessário para adequação social.

Ou, como bem descrito nas palavras de Alice Monteiro, “o trabalho pressupõe atividade que se manifesta por meio de variados aspectos, os quais reclamam do ordenamento jurídico atenção diversa, dependendo da época”<sup>5</sup>.

Já quanto a formação do ramo juslaboral, Danilo Gonçalves Gaspar assim pontua:

É verdade que o Direito do Trabalho, enquanto ramo específico e autônomo do Direito, tem seu processo de formação iniciado a partir de dois fatores históricos que justificam, ontologicamente, seu surgimento: a Revolução Industrial (a partir do séc. XVIII) e a Revolução Francesa (1789). Como afirmou José Martins Catharino, falar do Direito do Trabalho antes do século XVIII não é verdadeiro. Trata-se, portanto, de sua pré-história.

A existência do labor humano, porém, confunde-se com a própria existência do homem. O que se alterou, ao longo do tempo, em verdade, foi a forma da articulação do trabalho nas sociedades humanas organizadas [...]<sup>6</sup>

Disto podemos depreender, que ao que pese o momento histórico da formação do ramo juslaboral estar ligado a Revolução Industrial, o trabalho em si confunde-se

4 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

5 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

6 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 25.

com a própria história do homem. Motivo pelo qual, a dita pré-história laboral não pode ser desprezada.

Assim, pelo até então exposto, apercebe-se que a análise da evolução histórica do trabalho é de suma importância para compreensão do próprio Direito do Trabalho, razão pela qual se passará a análise de importantes momentos históricos da sociedade desde a Antiguidade até a Revolução Industrial, conforme classificação proposta por Alice Monteiro de Barros<sup>7</sup>.

### 2.2.1. Antiguidade

Na Antiguidade, o trabalho era confundido com a própria mercadoria, revelando que os romanos não conseguiam distinguir a relação de trabalho do homem em si, confundindo-os em um único objeto<sup>8</sup>.

O modo de trabalho amplamente difundido nesse momento histórico era a escravidão, na qual, diante do contexto da confusão trabalho-trabalhador, o escravo era visto como propriedade e não como sujeito de direitos.

Ou seja, o ser humano era reduzido a situação de coisa, assim explica Alice Monteiro de Barros:

[...] O escravo assemelhava-se a uma coisa que pertencia ao amo ou senhor, a partir do momento em que entrava no domínio, portanto, não poderia prestar o consentimento contratual e, conseqüentemente, contrair obrigações. [...]<sup>9</sup>

Destarte, diante da inexistência de dois sujeitos de direito, requisito imprescindíveis a relação de emprego, ainda não é possível determinar o surgimento do Direito do Trabalho<sup>10</sup>. Assim argumenta Danilo Gaspar:

Nesse contexto, verifica-se que era, àquela época, inconcebível falar-se em Direito do Trabalho, afinal esse pressupõe uma relação jurídica que, por sua vez, exige a presença de um acordo de vontades entres dois sujeitos de

7 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p 45.

8 Ibidem, p. 45-46.

9 Ibidem, p. 46.

10 Ibidem, p 46.

direito, o que, sob a ótica escravista, não era possível, uma vez que o escravo era apenas um objeto jurídico. [...]11

Avançando no tempo, por volta dos séculos VII e VI a.C., conforme a sociedades antigas aumentavam em população e complexidade, surgiram novas figuras de trabalho baseadas em locação e remuneração pelo uso e gozo. Inicialmente chamadas pela única alcunha de *locatio conductio* e, posteriormente, dividindo-se em três espécies: *locatio rei*, *operis* e *operarum*<sup>12</sup>.

A *locatio rei* era o gozo de uma coisa (escravo) com a justa retribuição, ao passo que a *operis* tratava da entrega de uma obra por uma pessoa a outra (sendo o executante responsável pelo risco da atividade, ou seja, a atual empreitada) e, por fim, a *operarum* correspondia a uma prestação de serviços (sendo o tomador responsável pelos riscos, sendo considerado como predecessor do contrato de trabalho)<sup>13</sup>.

Nesse momento é interessante pontuar que na Antiguidade existia a coexistência de normas autônomas heterônomas, o que permitiu a ocorrência, ainda que de forma tímida, de certa liberdade contratual entre os sujeitos da *locatio*, em especial na forma da *operarum*<sup>14</sup>.

### 2.1.2. Idade Média

Com a passagem da Antiguidade para a Idade Média ocorre a derrocada do sistema escravista de trabalho<sup>15</sup>.

A predominância econômica do início do período era essencialmente agrícola, onde o labor era exercido pela figura do servo, o qual possuía uma condição jurídica superior a de escravo <sup>16</sup>.

11 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 28.

12 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 20.

13 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 47.

14 Ibidem, p. 46-47.

15 Ibidem, p. 48.

16 Ibidem, p. 48.

Quanto a estruturação de poder que se operou a época, Lorena Vasconcelos Porto elucida:

A sociedade feudal era estamental, organizada a partir de uma rígida e praticamente imóvel hierarquia: o camponês (servo da gleba) recebia proteção do senhor feudal, o qual, por sua vez, devia lealdade e era protegido por um senhor mais poderoso, e assim sucessivamente, até culminar o rei, figura máxima na escala hierárquica. Os fortes protegiam os fracos, mas em troca de um preço elevado. Os senhores concediam a seus vassalos o feudo (direito hereditário de usar a terra) em troca de pagamentos em dinheiro, alimentos, trabalho ou lealdade militar. Na base da pirâmide hierárquica estava o servo, que cultivava a terra.<sup>17</sup>

Assim, em termos gerais, o servo recebia a terra usada para sua subsistência em troca de jurar lealdade ao senhor proprietário (feudal). Condição que se reproduzia em uma escala de poder, partindo-se do fraco ao mais poderoso, até que se chegasse a figura do rei.

Avançando no tempo, com o aumento da complexidade social, as necessidades sociais modificaram-se, fazendo com que apenas a produção local não satisfizesse todas as necessidades humanas.

Nesse contexto, os servos passaram a adquirir mercadorias nos novos centros que se formavam ao redor de rios e outras fontes d'água:

A partir do século X, os habitantes dos feudos, impulsionados por novas necessidades que não podiam ser ali satisfeitas, passaram a adquirir mercadorias produzidas fora dos limites dessas áreas, em feiras e mercados sediados à margem dos rios, lagos e mares, locais propícios ao intercâmbio de produtos manufaturados ou naturais, inclusive com os próprios feudos, que forneciam víveres às comunas e em troca recebiam mercadorias e objetos fabricados. Essas comunas eram centros de interesse de artesãos e mercadores e evoluíram para as corporações de ofício.<sup>18</sup>

Nesse contexto, que a partir do sentimento de união, decorrente da identidade profissional, desenvolveram-se as corporações de ofício. Assim propiciando o surgimento de condições basilares aos trabalhadores:

[...] A identidade de profissão, como força de aproximação entre os homens, levou-os a se unirem, para assegurar direitos e prerrogativas, surgindo as

17 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 21.

18 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 48.

corporações de ofício, também denominadas associações de artes e misteres ou guildas. [...]19

Como bem observa Alice Monteiro de Barros, o surgimento das corporações de ofício trouxeram como marco a passagem do labor gerido de forma autônoma para um regime heterônomo<sup>20</sup>. Onde o sistema de produção girava em torno de três figuras: aprendizes, companheiros e mestres.

Os aprendizes celebravam com os mestres contrato de aprendizagem que durava de dois a 12 anos, dependendo da complexidade do ofício. Durante esse período, o mestre possuía o direito de custódia, alojando e alimentando os aprendizes, além do dever de ensinar-lhes o ofício, concedendo-lhes tratamento adequado.

Terminado o aprendizado, os aprendizes tornavam-se companheiros e exerciam suas atividades nos locais públicos. Por outro lado, o companheiro só conseguia melhorar sua atuação na categoria profissional se dispusesse de dinheiro para comprar a carta de mestria ou se se casasse com a filha do mestre ou sua viúva.<sup>21</sup>

Em suma, as regras do exercício dos ofícios eram dispostos pelas próprias corporações, evitando assim o desenvolvimento da livre concorrência ao mesmo tempo que submetia os mestres às regras de naturezas diversas<sup>22</sup>.

### 2.1.3. Regime Liberal e Revolução Industrial

As inúmeras insatisfações dos integrantes das corporações de ofício influenciaram em sua decadência, como bem elucida Alice Monteiro de Barros:

Os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício, geradores de greves e revoltas dos companheiros, principalmente em face da tendência oligárquica de transformar o ofício em um bem de família, associada à incapacidade de adaptação do trabalho ali desenvolvido às novas exigências socioeconômicas, dada a tendência monopolizadora e o apego às formas superadas de produção, foram [...] motivos mais do que suficientes para incrementar a transição da sociedade artesanal para o capitalismo mercantil.<sup>23</sup>

19 PORTO, op. cit., p. 22.

20 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p 48.

21 Ibidem, p. 49.

22 Ibidem, p 49.

23 Ibidem, p. 49-50.

A derrocada do sistema heterônimo, até então vigente, permitiu o florescimento do regime liberal das relações de trabalho, a qual se pautava na autonomia da vontade<sup>24</sup>. “O novo regime consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e conseqüentemente, para as livres contratações”<sup>25</sup>.

Nesse contexto surgiu e desenvolveu-se a Revolução Industrial, através do surgimento de novos mecanismos de produção.

Ao mesmo tempo, ocorrera forte êxodo rural, nascendo a classe operária assalariada:

Havia nas cidades um grande contingente de trabalhadores livres: libertos das imposições feudais, mas também dos meios necessários à sua sobrevivência. Para utilizar essa mão de obra abundante, mas sob a aparência de total liberdade, engendrou-se o trabalho assalariado. O ex-camponês ou ex-artesão podia se tornar um operário, trabalhando nas nascentes fábricas em troca de uma remuneração, com a qual poderia adquirir no mercado os bens e serviços necessários à sua subsistência.<sup>26</sup>

Contudo, a existência de vasta mão de obra e a regulamentação do labor através de regime autônomo permitiu que desenvolve-se a opressão dos trabalhadores, ou como bem explicita Alice Monteiro de Barros, “uma nova forma de escravidão”<sup>27</sup>.

Sob a questão, também se manifestou Lorena Vasconcelos Porto:

Mas o operário não enfrentava apenas a ausência real de liberdade, trabalhando jornadas longuíssimas, sem descansos ou repousos, expondo muitas vezes ao risco a sua vida e integridade física, recebia em troca uma remuneração insuficiente (ou no limite mínimo da suficiência) para prover a sua subsistência e de sua família. Crianças e mulheres eram exploradas ainda mais. [...] <sup>28</sup>

Assim, a contratação era livre e não existiam parâmetros mínimos regulatórios trabalhistas, aliadas ao avanço tecnológico, a mão de obra do homem fora substituída pelas chamadas “meias-forças”, ou seja, mulheres e crianças:

24 Ibidem, p. 49.

25 Ibidem, p. 50.

26 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 23.

27 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 51.

28 PORTO, Op. cit., p. 23.

O emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente.<sup>29</sup>

Como a mão de obra era vasta e não havia responsabilização do empregador, pela ocorrência de acidentes que sofresse o trabalhador, não existia preocupação da preservação destes por parte dos detentores dos meios de produção:

Mesmo que se admita que o operário detinha maior liberdade do que o escravo ou o servo – o que é discutível – as suas condições de trabalho e de vida talvez fosse até piores. Com efeito, como escravo compunha parte valiosa do patrimônio do senhor, este tinha na preservação da sua saúde e integridade física. Ao contrário, o industrial explorava ao máximo o operário e depois simplesmente o “descartava, tratando-o como se “fungível” fosse, pois a sua substituição não lhe causava prejuízos. [...]”<sup>30</sup>

Outro dos motivos que possibilitou o aviltamento das condições de trabalho fora a posição do Estado frente aos abusos perpetrados pelos donos de indústrias<sup>31</sup>.

Sobre a questão, assim se manifestou Danilo Gonçalves Gaspar:

O Estado Liberal, então, se mantinha alheio ao campo social e econômico, assumindo uma posição passiva e contemplativa com relação às relações travadas entre os particulares. Era o Estado do *laissez faire* ET *laissez passer* que vigorou nos séculos XVIII e XIX.<sup>32</sup>

Destarte, o aumento da insatisfação social, ocasionando na criação da chamada “consciência de classe”, fez com que os trabalhadores reivindicassem ao Estado sua intervenção nas relações particulares, ou seja, uma atuação positiva<sup>33</sup>.

Para Danilo Gonçalves Gaspar:

29 BARROS, Op. cit., p. 51.

30 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

31 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 52.

32 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 36.

33 Ibidem, p. 36.

Não bastava mais um Estado omissivo, contemplativo. A sociedade, sobretudo a sua parcela proletária, clamava por uma intervenção e proteção estatal de modo a minimizar os efeitos gerados por uma liberdade exarcebada.<sup>34</sup>

Nesse contexto o Direito do Trabalho se originou, permeado pelas desigualdades sociais e abusos de poder. Fazendo com que o Estado saísse de sua situação de mero expectador, para intervir normativamente nas relações particulares, de modo a equalizar a balança empregador/empregador<sup>35</sup>.

## 2.2. Direito do Trabalho

Após a breve contextualização histórica das condições que possibilitaram o surgimento do ramo jurídico, no qual o tema central desta monografia se insere, qual seja, o Direito do Trabalho, passaremos a análise próprio ramo juslaboral.

Esse estudo prévio permitira compreender de forma adequada o instituto da subordinação jurídica.

### 2.2.1. Denominação

Atualmente, a designação que consolidou-se no campo jurídico, pela sua adequação ao objeto estudado, é a de Direito do Trabalho.

Contudo, outras tantas denominações foram intentadas para abarcar o conteúdo no qual se debruça o ramo juslaboral, e assim o foram: Direito Industrial, Direito Operário, Direito Sindical, Direito Corporativo e Direito Social<sup>36</sup>.

Como já dito, todas expressões acima utilizadas restaram superadas por uma ou outra inadequação, as quais comprometiam a terminologia em seu todo. Nesse contexto, de forma louvável, Maurício Godinho Delgado expões estas nuances<sup>37</sup>.

O nome Direito Industrial fora influenciado pelas circunstâncias que deram origem ao próprio ramo do direito. Contudo, o termo apresentou duas inadequações

34 Ibidem, p. 36.

35 BARROS, Op. cit., p. 53.

36 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, P. 37-38.

37 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 48-51.

claras e ao mesmo tempo paradoxas entre si, por ampliar e restringir o objeto de estudo ao mesmo tempo:

[...] De fato, na expressão Direito Industrial está sugerida a presença de regras, institutos e princípios que não se circunscrevem propriamente à área justrabalhista, interessando também ao Direito Comercial/Empresarial e Direito Econômico (por exemplo, intervenções, patentes, relações tecnológicas, etc.).

Há uma segunda inadequação neste superado título: ao mesmo tempo em que se mostra excessivamente amplo (sugerindo relações de Direito Econômico ou Direito Comercial/Empresarial), ele também se mostra, por outro lado, incapaz de captar todo o vasto conjunto de relações justrabalhistas, que se estabelecem e desenvolvem-se por muito além do estrito segmento industrial [...]<sup>38</sup>.

Quanto a denominação Direito Operário, igualmente a antecessora, confunde-se com as condições do surgimento do próprio Direito do Trabalho, uma vez que foca exclusivamente no tipo de empregado que atuava nas indústrias. Esse era seu defeito:

[...] Também influenciada pela circunstância de que o Direito do Trabalho, de fato, originalmente surgiu no segmento industrial capitalista, envolvendo, portanto, relações entre operários e empregadores, este nome elegeu como critério para identificação do novo ramo jurídico o tipo específico de empregado da indústria, o operário. [...] Na verdade, de um lado, reduzia o fenômeno amplo e expansionista do Direito do Trabalho a seu exclusivo segmento original, o operariado (e logo, à indústria); de outro lado, enfocava preferentemente o novo ramo jurídico a partir somente de um de seus sujeitos (o empregado operário), em vez de enfatizar a sua categoria nuclear, a relação jurídica empregatícia [...].<sup>39</sup>

Já o Direito Sindical é inadequado pelo fato de reduzir a complexidade do ramo juslaboral a atuação do sindicato, este enquanto agente construtor e dinamizador de direitos:

[...] De todo modo, mesmo nas experiências justrabalhistas de normatização autônoma, não há como eliminar-se o fato de que a relação jurídica nuclear do Direito Individual passa-se entre empregado e empregador, ainda que comparecendo o sindicato como importante interveniente. A inadequação desse terceiro nome é ainda mais clara quando se perceber que, mesmo nos modelos mais autoritários de gestão trabalhista (onde o sindicato não cumpre papel de destaque), continua a existir um complexo universo de regras,

38 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 48.

39 Ibidem, p. 48-49.

institutos e princípios justralhistas regendo as relações de emprego na sociedade respectiva.<sup>40</sup>

A denominação Direito Corporativo restou superado pela sua vinculação ao sistema corporativista, relacionando-se com as experiências políticas autoritárias, tais como o Fascismo<sup>41</sup>. Nesse sentido explicita Godinho:

[...] Tornou-se comum durante as experiências juspolíticas autoritárias prevaletentes na Europa do entre-guerras do século XX, em especial o fascismo italiano. O nome, na verdade, construiu-se mais como instrumento de elogio ao tipo de modelo de gestão sociopolítica a que se integrava do que vinculado à preocupação científica de identificar, com precisão, o objeto a que se reportava. De todo modo, a ideia de corporação apenas dissimulava a relação sociojurídica nuclear desenvolvida no estabelecimento e na empresa (a relação de emprego), não traduzindo, portanto, com adequação, o aspecto cardeal do ramo jurídico especializado do Direito do Trabalho [...].<sup>42</sup>

Enquanto o nome Direito Social traz a ideia de uma condição que é inerente não só ao Direito Trabalho, mas sim a todo ordenamento jurídico:

[...] Do ponto de vista teórico, a ambiguidade apresenta-se pela circunstância de a expressão social traduzir, na verdade, característica atávica a qualquer ramo jurídico, não podendo, desse modo, identificar com singularidade um único deles. Ainda que se argumentasse que certos ramos têm conteúdo social maior do que outros [...] não se poderia, em contrapartida, negar que tal característica não é exclusiva do ramo juslaboral, hoje [...].<sup>43</sup>

Nesse sentido, diante das diversas inadequações apresentadas, a designação Direito Trabalho, ao que pese não ser exata, é a que melhor se aproxima de seu objeto, a relação de emprego:

Reconheça-se, porém, que a expressão não é perfeita [...] Entretanto, ainda assim, mesmo do ponto de vista teórico, deve-se preservar o epíteto Direito do Trabalho. É que, de um lado, o trabalho empregatício constitui a mais relevante modalidade de relação trabalhista lato sensu existente no mundo contemporâneo, justificando-se, pois, que a espécie mais importante oferte o designativo cabível ao próprio gênero [...].<sup>44</sup>

40 Ibidem, p. 49.

41 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37.

42 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 49.

43 Ibidem, p. 50.

44 Ibidem, p. 50.

Por fim, ao confrontar-se ainda a tendência de expansão do ramo juslaboral, o termo Direito ganha ainda mais força<sup>45</sup>.

### 2.2.2. Conceito

Conforme leciona Alice Monteiro de Barros, o Direito do Trabalho pode ser conceituado conforme o posicionamento ideológico de cada estudioso, classicamente sendo dividido em três categorias: subjetivista, objetivista e mista<sup>46</sup>.

A concepção subjetivista leva em consideração a espécie de trabalhador que estaria abarcado pelo Direito do Trabalho. Enquanto a objetivista, como bem aduz seu nome, considera o objeto/ a matéria do ramo juslaboral, ou seja, a própria prestação laboral<sup>47</sup>.

Já a acepção mista teria como missão promover a fusão das duas teorias acima explicitadas, assim, englobando tanto os sujeitos como o objeto de estudo da relação juslaboral<sup>48</sup>.

Ademais, cabe citar que o Direito do Trabalho é dividido pela doutrina em individual e coletivo. Nas palavras de Guilherme Filipe Barbosa Garcia:

O Direito Individual do Trabalho, em linhas gerais, trata sobre a relação individual do trabalho, tendo como figura nuclear o contrato de trabalho, seu início, desenvolvimento e término. [...]

O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, tem por objetivo os diversos aspectos das relações coletivas de trabalho, com destaques à organização sindical, à negociação coletiva e aos instrumentos normativos decorrentes, bem como à representação dos trabalhadores na empresa, aos conflitos coletivos e à greve.<sup>49</sup>

Nesse sentido, apresenta-se algumas conceituações elaborados por estudiosos, a começar por Sergio Pinto Martins:

45 Ibidem, p. 50-51.

46 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 68.

47 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36-37.

48 Ibidem, p. 37.

49 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39.

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.<sup>50</sup>

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, Direito do Trabalho é:

[...] o ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores.<sup>51</sup>

Enquanto Maurício Godinho Delgado, afirma que:

O Direito Material do Trabalho, compreendendo o Direito Individual e o Coletivo – e que tende a ser chamado, simplesmente, de Direito do Trabalho, no sentido lato –, pode, finalmente, ser definido como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviço, em especial através de suas associações coletivas.<sup>52</sup>

Neste trabalho, a concepção adotada será a apresentada por Danilo Gonçalves Gaspar, ao afirmar que Direito Individual do Trabalho é:

[...] o ramo do direito destinado a, por meio de princípios, regras e institutos, regular a prestação de serviços pessoal, não eventual, onerosa e juridicamente subordinada, bem como outras espécies de relação de trabalho objeto de tutela jurídico trabalhista por expressa previsão legal (trabalho avulso, por exemplo, conforme art. 7º, XXXIV, da CRFB/88).<sup>53</sup>

Em suma, compreende-se que o Direito do Trabalho como o ramo jurídico que tem por objeto a relação empregatícia, ou seja, onde está presente a subordinação

50 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

51 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

52 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 47.

53 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 41.

jurídica, além outras relações de trabalho, em decorrência de previsão normativa expressa.

### 2.2.3. Função

Uma vez conceituado o Direito do Trabalho, passa-se a perquirir sua funcionalidade, ou seja, a qual finalidade se destina.

Tentando responder o questionamento, Carlos Henrique Bezerra Leite traz cinco funções defendidas entre diversos doutrinários: “econômica, social, conservadora, coordenadora e tutelar”<sup>54</sup>.

A função econômica defende que o Direito do Trabalho tem como seu norte a persecução de valores econômicos:

A função econômica é defendida pelos doutrinadores que identificam o direito do trabalho como mero apêndice do direito econômico. Para esta corrente, como lembra Amauri Mascaro Nascimento, “o direito do trabalho visa a realização de valores econômicos, de modo que toda e qualquer atribuída ao trabalhador deve ser meticulosamente precedida de um suporte econômico, sem o qual nada lhe poderá ser atribuído”.<sup>55</sup>

Através da função social intentar-se-ia a efetivação do valor social do trabalho, relativizando o exercício do poder empregatício e dignificando o trabalhador:

A função social do direito do trabalho é defendida pelos que sustentam que este ramo da ciência jurídica tem por fim o valor social do trabalho, o que implica a relativização da ideia de propriedade absoluta e do poder hegemônico do empregador [...] portanto, tem por objeto a dignificação da pessoa que trabalha por conta alheia por meio do trabalho que lhe assegure uma vida digna de ser vivida.<sup>56</sup>

Pelo prisma da função conservadora, o objetivo seria efetuar controle social sobre os trabalhadores, reprimindo ou dificultando os movimentos operários:

A função conservadora [...] é adotada pela corrente que o vê como instrumento de opressão do Estado em prol da classe dominante (burguesia) como forma de impedir ou dificultar os movimentos operários. Leciona Amauri

54 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44-45.

55 Ibidem, p. 44.

56 Ibidem, p. 44.

Mascaro Nascimento que, neste caso, “as leis trabalhistas não teriam outra função senão a de aparentar a disciplina da liberdade; na verdade, a de restringir a autonomia privada coletiva e impedir as iniciativas, que, embora legítimas, possam significar de algum modo a manifestação de um poder de organização e de reivindicação dos trabalhadores.”<sup>57</sup>

Já a função coordenadora teria como escopo, como bem adverte a nomenclatura, a coordenação de interesses entre os polos da relação de trabalho, ou seja, empregado e empregador:

A função coordenadora é reconhecida pelos autores que veem o direito do trabalho como instrumento de coordenação entre os interesses representados por duas forças contrárias entre si: o capital e o trabalho. Assim, a função do direito do trabalho é apenas coordenar os interesses contrapostos dos empregadores e trabalhadores, sem levar em conta a situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência destes últimos.<sup>58</sup>

Por fim, a função tutelar destina ao Direito do Trabalho, como maior função, a defesa do hipossuficiente na relação de emprego, qual seja, o empregado:

[...] a função tutelar, defendida pela maioria dos juslaboralistas pátrios, é aquela que visa proteger a parte fraca na relação empregatícia, o empregado [...] visa, enfim, sobretudo sob a perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional, corrigir as desigualdades sociais, econômicas e políticas entre os atores representantes do capital e do trabalho, por meio de um sistema normativo de proteção jurídica ao cidadão trabalhador.<sup>59</sup>

Em contrapartida as funções apresentadas acima, Maurício Godinho Delgado apresenta sua própria concepção quanto às funções que desempenha o Direito do Trabalho. No todo seriam quatro funções exercidas pelo ramo jurídico juslaboral: promover a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho”; função “modernizante e progressista”; exercer “política conservadora”; e a função “civilizatória e democrática”<sup>60</sup>.

A função de “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho” seria a primordial do Direito do Trabalho. Esta consubstanciada na proteção do sujeito

57 Ibidem, p. 44.

58 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

59 Ibidem, p. 44-45.

60 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 53-58.

hipossuficiente da relação de emprego, através de uma aplicação macroscópica de “desmercantilização da força de trabalho”, nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Tal função decisiva do ramo justralhista realiza, na verdade, o fundamental intento democrático e incluso de desmercantilização da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano.<sup>61</sup>

Quanto a função “modernizante e progressista” teria como missão a propagação, ao mercado de trabalho, dos direitos e melhores condições de labor, alcançados pelos setores econômicos mais desenvolvidos. Assim, permitindo o desenvolvimento social como um todo:

Esclareça-se melhor essa função modernizante e progressista, sob a perspectiva econômica e social, desempenhada pelo ramo justralhista. De um lado, o Direito do Trabalho distribui renda equanimemente ao conjunto da sociedade e pais envolvidos, por meio da valorização que impõe ao labor humano, conferindo a esta dinamismo e organicidade. De outro, esse ramo jurídico estimula o empresário a investir tanto em tecnologia como no aperfeiçoamento de sua mão de obra, de modo a elevar a produtividade do trabalho em seus empreendimentos. Assim induz o manejo das melhores potencialidades da inteligência e criatividade humanas em favor do avanço tecnológico da economia e também do avanço educativo da força laborativa que a integra. Por fim, o Direito do Trabalho incrementa a adoção de fórmulas mais eficientes e respeitadas de gestão trabalhista, eclipsando modalidades obscurantistas de gerência e gestão de pessoas no universo empresarial.<sup>62</sup>

Já a função “política conservadora” trata de conferir validade aos modelos de produção então vigentes, conferindo legitimidade a exploração da força de trabalho do trabalhador em troca de uma remuneração:

Retomando-se o exame das funções juslaborativas gerais, é evidente que seria ingenuidade negar-se que o Direito do Trabalho não tenha, também e de modo concomitante, uma função política conservadora. Esta existe à medida que esse ramo jurídico especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea [...]<sup>63</sup>

61 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 54.

62 Ibidem, p. 54-55.

63 Ibidem, p. 58

Por fim, a função “civilizatória e democrática” possibilita o acesso das camadas sociais mais pobre às condições mais digna de vida, por meio de obtenção de valores econômicos adquiridos através do labor:

[...] Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo, vivem essencialmente, de seu próprio trabalho. [...] <sup>64</sup>

Analisando a tipificação proposta por Maurício Godinho Delgado, Danilo Gonçalves Gaspar resume a finalidade do Direito do Trabalho em uma dicotomia, qual seja, função dignificante e função político-conservadora. Nas palavras do autor:

Assim, as duas funções do Direito do Trabalho seriam a função dignificante, consubstanciada no papel do Direito do Trabalho enquanto instrumento de alcance de melhores condições de trabalho (“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”/ “valorização social do trabalho”), e a função político-conservadora, consubstanciada na legitimação da exploração do trabalho humano em troca de um pagamento, base do sistema capitalista de produção (livre iniciativa). [...] <sup>65</sup>

Esta dupla funcionalidade do ramo juslaboral do direito, defendida por Danilo Gonçalves Gaspar, será a acepção adotada no presente trabalho monográfico.

### **3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Neste capítulo será adentrado ao estudo do Princípio da Proteção, considerado como basilar para o ramo jurídico justrabalhista.

A importância do estudo do princípio em voga se dá pelo fato deste se confundir com a “própria razão de ser do Direito do Trabalho”, segundo asseverado por Américo Plá Rodriguez, conforme citação de Gustavo Filipe Barbosa Garcia <sup>66</sup>.

#### **3.1. Noções Introdutórias**

64 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 58.

65 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 42.

66 RODRIGUEZ apud GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 95.

Antes de se partir propriamente ao estudo do Princípio da Proteção, se faz necessário o repasse de alguns aspectos introdutórios, de modo a viabilizar a melhor compreensão da matéria.

### 3.1.1. Conceito dos Princípios do Direito

Partindo da acepção lógica do termo, o princípio se caracteriza como a estrutura basilar de qualquer área de conhecimento, seja científica ou não. Encerrando em si os mandamentos que serão considerados como verdadeiros em determinado campo de estudo para inferências posteriores<sup>67</sup>.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Em conclusão, para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a eles se reportam, informando-o.<sup>68</sup>

Destarte, em um primeiro momento, é possível compreender os princípios gerais do direito como “as proposições básicas” que condicionam e direcionam determinado ordenamento jurídico, constituindo-se verdadeiro “alicerce” a este<sup>69</sup>.

Assim, conceitua Miguel Reale:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.<sup>70</sup>

Enquanto Maurício Godinho Delgado define que os:

67 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: 2002, p. 303.

68 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 191-192.

69 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62.

70 REALE, op. cit., p. 304-305.

Princípios jurídicos são proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídicos que conforma a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito.<sup>71</sup>

Contudo, importante informar que os princípios de direito não são absolutos, podendo sofrer modificação de acordo com o momento histórico-social vivenciado. Uma vez que a realidade social influenciará no desenvolvimento legislativo.

Isso é o que defende Sergio Pinto Martins:

Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico. Sob certo aspecto, podem até limitar o ordenamento jurídico, erigido de acordo com princípios. Não são, porém, axiomas absolutos e imutáveis, pois podem haver mudança da realidade fática, que implica na necessidade de mudança da legislação, do Direito em face da realidade histórica em que foi erigido.<sup>72</sup>

Por fim, cabe ressaltar que os princípios jurídicos, na atualidade, não podem ser entendidos apenas como meras proposições de orientação, mas sim como verdadeiras normas jurídicas<sup>73</sup>.

### 3.1.2. Funções dos Princípios do Direito

Avançando no tema, pelo teor das conceituações apresentadas é possível perceber que os princípios exercem funções distintas em face do ordenamento jurídico, bem como de seus aplicadores/ interpretes.

Maurício Godinho Delgado separa estas funções em dois momentos, quais sejam, Fase Pré-jurídica ou Política e Fase Jurídica<sup>74</sup>, as quais passaremos a analisar.

Em um primeiro momento, na Fase Pré-jurídica ou Política, os princípios exerceram no legislador uma atividade inspiradora, auxiliando-o no processo de criação de novas normas jurídicas:

71 DELGADO, op. cit., p. 145.

72 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63.

73 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 55.

74 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, 192-195.

Na fase pré-jurídica, que é nitidamente política, voltada à construção das regras e institutos do Direito, os princípios despontam como preposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do Direito. São veio iluminadores à elaboração de regras e institutos jurídicos. Os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo.<sup>75</sup>

Contudo, para Maurício Godinho Delgado, esse momento de atuação principiológica é limitada, uma vez que os princípios atuam como fontes materiais. Assim, inserindo-se fora do sistema jurídico e não tem atuação direta neste<sup>76</sup>.

Na Fase Jurídica, propriamente dita, os princípios são categorizados em três espécies: Descritivos ou Informativos, Normativos Subsidiários e Normativos Próprios ou Concorrentes. Ressalta-se, contudo, que esta compartimentalização ocorre de acordo com a função desempenhada pelos princípios, não importando em “categorias comunicáveis”<sup>77</sup>.

Nesse sentido, os princípios Descritivos ou Informativos se instrumentaliza pelo auxílio na interpretação das regras jurídicas e demais institutos:

Cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à essência do conjunto do sistema de Direito. São chamados princípios descritivos ou informativos, na medida em que propiciam uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisa.<sup>78</sup>

Enquanto os princípios Normativos Subsidiários materializam-se diante das lacunas legais, suprindo-as e, assim, exercendo uma função integrativa:

Podem os princípios, entretanto, em segundo lugar, cumprir o papel de fontes formais supletivas do Direito. Atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto [...] É o que se passa em situações de recurso necessário à integração jurídica, em decorrência de falta de regras jurídicas aplicáveis no conjunto das fontes normativas principais existentes. Denominam-se princípios normativos subsidiários, na medida em que atuam como verdadeiras regras jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica.<sup>79</sup>

75 Ibidem, p. 192.

76 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 192.

77 Ibidem, p. 192-193.

78 Ibidem, p. 193.

79 Ibidem, p. 193.

Por fim, os princípios Normativos Próprios ou Concorrentes agem como verdadeiras normas jurídicas, em pé de igualdade com as regras jurídicas:

[...] Ou seja, os princípios atuam também como norma jurídica própria, ostentando, desse modo, natureza de efetivas normas jurídicas. [...] Essa dimensão, passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos [...] estaria também presente nos princípios gerais do Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma natureza normativa.<sup>80</sup>

Em suma, pelo exposto, conclui-se que hodiernamente os princípios do Direito possuem grande relevância no ordenamento jurídico, desde o nascedouro das leis até a sua aplicação. Além de atuarem como verdadeiras normas jurídicas, assim implicando no necessário rigor de sua aplicação nas relações jurídicas.

### **3.2. Princípio da Proteção**

Superado os aspectos introdutórios, se passa ao estudo do Princípio da Proteção, o qual pode ser considerado como uma das pedras fundamentais do próprio Direito do Trabalho.

Como o nome sugere, o princípio destina-se a proteção do trabalhador (empregado) em face do empregador, compensando juridicamente a relação de desigualdade socioeconômica<sup>81</sup>. Ou, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, tem por finalidade “retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”<sup>82</sup>.

Carlos Henrique Bezerra Leite assim se manifesta:

O princípio da proteção (ou princípio tutelar) constitui a gênese do direito do trabalho, cujo objeto, como já vimos, consiste em estabelecer uma igualdade

80 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, 193-194.

81 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

82 DELGADO, op. cit., p. 201.

jurídica entre empregado e empregador, em virtude da manifesta econômica deste diante daquele.<sup>83</sup>

Quanto a importância da análise do tópico, esta se faz porque, como já dito alhures, o princípio em questão se confunde com o próprio ramo jurídico juslaboral, influenciando no nascedouro histórico deste, bem como em sua perpetuação ao longo dos tempos.

De toda sorte, conforme asseverado por Danilo Gonçalves Gaspar, ao que pese o Direito do Trabalho exercer uma função dúplice, “dignificante” e “conservadora”, no cerne do ramo jurídico reside como precípua a finalidade compensatória das desigualdades socioeconômicas entre os polos subjetivos da relação de emprego, empregador e empregado<sup>84</sup>.

E nessa linha seguem outros autores, a título de exemplo, cita-se Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Na realidade, o princípio da proteção insere-se na estrutura do Direito do Trabalho, que surgiu, de acordo com a história, inicialmente, como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, em seguida, visando a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e, por fim, possibilitando aos trabalhadores adquirir *status* social, máxima de cidadania.<sup>85</sup>

Reforçando-se com as palavras de Maurício Godinho Delgado:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, fluindo na própria perspectiva desse ramo ao construiu-se, desenvolver-se e atuar como direito [...] Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.<sup>86</sup>

Ademais, outra razão que justifica o estudo do tema é o fato do Direito do Trabalho, fundado no Princípio da Proteção, ter como objeto de estudo a relação de

83 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

84 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 67.

85 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94.

86 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 201.

emprego. Pois, como bem adverte Sergio Pinto Martins, o “princípio protetor protege o empregado e não qualquer trabalhador”<sup>87</sup>.

Em outras palavras, o princípio protetivo se efetiva no Direito do Trabalho através da relação de emprego, a qual tem como um de seus requisitos a subordinação jurídica, como se verá adiante.

Nesse sentido, como se fundamentará em momento próprio, o ramo juslaboral do Direito apenas se operacionalizará quando preenchidos os requisitos da relação de emprego, assim, tornando efetivo o Princípio da Proteção.

Em sentido inverso, o princípio protetivo tem seu campo de atuação delimitado pelo objeto do Direito do Trabalho, consubstanciado no instituto da subordinação jurídica.

Assim, em termos simples, o Princípio da Proteção se efetiva no mundo prático através da aplicação condicionada pela subordinação jurídica. Razão pela qual a compreensão deste instituto deve ser precedida pelo estudo da norma geral e abstrata em voga.

Dando continuidade ao tema, o Princípio da Proteção divide-se doutrinariamente em três vertentes: “in dubio pro operario”, “a aplicação da norma mais favorável” e “a condição mais benéfica”<sup>88</sup>. Vertentes que serão analisadas detidamente, a seguir.

### 3.2.1. Princípio do *in dubio pro operario*

A presente vertente determina que quando uma norma jurídica comportar interpretações diversas, a prevalente deverá ser a favorável ao empregado<sup>89</sup>.

Contudo, ressalta-se que a prevalência apenas se configurará diante da existência de mais uma interpretação para uma única norma:

Como se vê, na hipótese de aplicação do princípio do in dubio, pro operario, o intérprete se encontra diante de uma única norma que, entretanto, comporta

87 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

88 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94.

89 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

mais de um sentido, hipótese em que o juiz deve seguir a interpretação que seja mais favorável ao trabalhador.<sup>90</sup>

Nesse momento cabe pontuar a existência de uma controvérsia ao princípio, residindo o embate em a sua aplicação ou não no campo processual. Contudo, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, resta pacificado que o *in dubio pro operario* se observa apenas no Direito material do Trabalho<sup>91</sup>.

### 3.2.2. Princípio da norma mais favorável

O princípio da norma mais favorável terá incidência quando ocorrer impasse na aplicação de duas ou mais normas a mesma situação fática<sup>92</sup>.

Nas palavras de Danilo Gonçalves Gaspar:

A segunda dimensão do princípio da proteção é revelada pelo princípio da norma mais favorável. Se, no caso do princípio do *in dubio, pro operario*, o intérprete se depara com uma norma jurídica passível de mais de uma interpretação, no caso do princípio da norma mais favorável, o intérprete se encontra diante de duas ou mais normas passíveis de aplicação ao mesmo caso concreto, oportunidade em que deve optar pela aplicação da norma que seja mais favorável ao trabalhador.<sup>93</sup>

Dito isto, se torna necessário definir qual método deve ser adotado para aferir a norma mais benéfica. Para tanto, se apresentam três teorias: da acumulação, do conglobamento e do conglobamento mitigado<sup>94</sup>.

Pela teoria da acumulação serão escolhidos os preceitos individuais mais favoráveis em cada norma, ou seja, a seleção é individualizada. O que resultaria em verdade na construção de uma nova norma jurídica, motivo pelo qual se critica sua adoção:

90 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 71.

91 Ibidem, p. 71-75.

92 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123.

93 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 75.

94 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

De acordo com a teoria da acumulação, as diversas disposições contidas nos instrumentos normativos devem ser comparadas individualmente, escolhendo aquelas mais favoráveis, aproveitando-se certas disposições (muitas vezes isoladas) de diversas normas, o que cria uma verdadeira “colcha de retalhos”. A crítica que se pode fazer a esta teoria é que, sem levar em conta o todo sistemático, cria-se um terceiro instrumento normativo.<sup>95</sup>

Pela teoria do conglobamento, a escolha é feita mediante a comparação das normas como um todo. Em outras palavras, o conjunto que se mostrar mais benéfico ao empregado será o aplicado na prática:

A teoria do conglobamento estabelece que os instrumentos normativos deve ser comparados em seu todo, optando por aquele que, no conjunto, é mais benéfico ao empregado [...]<sup>96</sup>

Contudo, a aplicação deste método comparativo encontra problemas quando o conteúdo normativo não se apresenta homogêneo<sup>97</sup>.

Por fim, a teoria do conglobamento mitigado, ou orgânico ou por instituto<sup>98</sup>, define que a comparação deve ser realizada em partes, com base no grupo de matérias ou institutos:

Uma terceira teoria, intermediária, defende que a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria. Trata-se da posição mais acertada, chamada por alguns autores de teoria do “conglobamento mitigado” [...]<sup>99</sup>

Sendo este último, como bem adverte Alice Monteiro de Barros<sup>100</sup>, o método comparativo adotado pela legislação brasileira, na aplicação do princípio da norma mais favorável.

### 3.2.3. Princípio da condição mais benéfica

95 Ibidem, p. 96.

96 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96

97 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123.

98 Ibidem, p. 123.

99 GARCIA, op. cit., p. 96.

100 BARROS, op. Cit., p. 123.

Sob a tutela do princípio da condição mais benéfica, impera que a condição ou vantagens já incorporadas na relação empregatícia não poderão ser modificadas em sentido negativo<sup>101</sup>. Em outras palavras, um direito que passar a fazer parte da esfera jurídica de determinado empregado só poderá ser modificada se sobrevier outra melhor.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

Já a condição mais benéfica se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação do art. 468 da CLT.<sup>102</sup>

É possível perceber que o princípio em voga tem correlação direta com princípio da segurança jurídica<sup>103</sup>, consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e positivado no art. 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;<sup>104</sup>

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.<sup>105</sup>

Nesse sentido também é o pensamento de Maurício Godinho Delgado:

101 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

102 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123.

103 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82.

104 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

105 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

Este princípio importa na garantia da preservação, ao longo do contrato, da cláusula mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.<sup>106</sup>

Assim, importa em dizer que não se aplica hierarquia das normas, em face do princípio em tela, uma vez que deve vigorar o instituto normativo que prevê melhores condições ao empregado.

Contudo, a aplicação da condição mais benéfica não é irrestrita, como bem adverte Alice Monteiro de Barros, uma vez que o princípio é restrito por limites intrínseco e extrínseco<sup>107</sup>.

Sendo que o limite intrínseco “[...] justifica a não concessão de vantagens inseridas no regulamento interno da empresa ao empregado admitido após sua revogação [...]”<sup>108</sup>. Enquanto o limite extrínseco determina que “[...] as vantagens não se acumulam”<sup>109</sup>.

#### 4. O CONTRATO DE TRABALHO

Conceituado o Princípio da Proteção, bem como suas vertentes, agora se passará ao estudo do Contrato de Trabalho. Termo este utilizado doutrinariamente para designar o contrato do qual decorre a relação de emprego<sup>110</sup>. Esta, como já dito anteriormente, o objeto principal do Direito do Trabalho.

Ademais, como bem advertido por Danilo Gonçalves Gaspar:

No caso do Direito do Trabalho, a definição do seu objeto acaba por delimitar igualmente, o alcance do princípio da proteção [...] instrumento para se realizar a principal função do Direito do Trabalho (a função dignificante).<sup>111</sup>

106 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

107 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123-124.

108 Ibidem, p. 124.

109 Ibidem, p. 124.

110 Ibidem, p. 157.

111 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 86.

Por fim, a análise do tópico se faz necessária porque reside nos requisitos do Contrato de Trabalho a temática central da presente monografia. Assim, não se pode estender as especificidades de um tema (posterior) sem transpassar pela parte generalista (anterior).

#### 4.1. Definição

Como dito anteriormente, a denominação contrato de trabalho é utilizada recorrentemente com designação correspondente a relação de emprego, estando consagrada na doutrina e jurisprudência desta forma<sup>112</sup>.

Contudo, a expressão é criticada doutrinariamente, uma vez que alguns estudiosos entendem que o contrato de trabalho e a relação de emprego não se confundem no mesmo instituto. Na verdade, defendem que o contrato seria a causa existencial do vínculo jurídico, onde a relação de emprego seria o efeito imedito:

O contrato de trabalho é conceituado no art. 442 da CLT como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Esse conceito é criticado pela doutrina sob o argumento de que o contrato não corresponde à relação de emprego, mas cria esta relação jurídica. A relação jurídica, por sua vez, é o vínculo que impõe a subordinação do prestador de serviços ao empregador, detentor do poder diretivo [...].<sup>113</sup>

Nesse mesmo sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia entende que a relação de trabalho “é um gênero”, enquanto a relação de emprego seria “uma de suas espécies”. Ainda afirma que a terminologia mais acertada para designar a relação empregatícia seria “contrato de emprego”<sup>114</sup>.

Contudo, ao que pese salientar a crítica doutrinária ao seu uso, Maurício Godinho Delgado desenha historicamente o desenvolvimento da importância da relação de emprego para justificar a utilização da expressão generalista, relação de trabalho ou contrato de trabalho<sup>115</sup>.

112 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 148.

113 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123-157.

114 GARCIA, op. cit., p. 147-148.

115 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 295-297.

Demonstrando que a relação de emprego suplantou as demais relações de trabalho, no quesito importância:

[...] pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a perspectiva econômico-social, quer sob a perspectiva jurídica [...].<sup>116</sup>

Assim:

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço às demais relações de trabalho ou assimilando às suas normas situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (relação de emprego) pela denominação cabível ao gênero (relação de trabalho). Nessa linha, utiliza-se a expressão relação de trabalho (e, conseqüentemente, contrato de trabalho ou mesmo Direito do Trabalho) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico.<sup>117</sup>

Destarte, demonstrada a motivação da consolidação do termo generalista, informa-se que na presente monografia as expressões contrato de trabalho/relação de trabalho serão utilizados com o mesmo significado de contrato de emprego/relação de emprego. A menos que expressamente distinguidas.

Ato contínuo, apresenta-se a conceituação de contrato de trabalho, trazida por Alice Monteiro de Barros:

[...] é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ele que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.<sup>118</sup>

Ou seja, o contrato de trabalho pode ser compreendido como “o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal,

116 Ibidem, p. 296.

117 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 296.

118 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 157.

subordinada e não eventual ao empregador, recebendo, como contraprestação, a remuneração”<sup>119</sup>.

Observa-se, pelo até então exposto, que a relação de emprego possui especificidades que a distinguem das demais relações de trabalho correlatas, razão pela qual seus requisitos serão analisados. Mas não sem antes passar pela natureza jurídica do contrato.

#### 4.2. Natureza Jurídica

A relevância elevada da temática do vínculo empregatício fez com que surgissem diversas teorias com o fito de definir a natureza jurídica da relação de emprego. Podendo aquelas serem separadas em dois grupos: contratualistas e anticontratualistas<sup>120</sup>.

De forma resumida, as teorias anticontratualistas pregavam que a relação de trabalho não se estabeleciam por meio de um contrato individual de trabalho, mas sim a partir da simples inserção do trabalhador no ambiente empresarial. Ou seja, havia a mitigação da existência do ato volitivo dos sujeitos da relação de emprego<sup>121</sup>.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Esse ramal teórico não somente enxergava um leito próprio e distintivo de caracterização da natureza jurídica da relação de emprego, como tinha a preocupação principal de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade – e assim do contrato – na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.<sup>122</sup>

As teorias anticontratualistas podem ser divididas em duas, a teoria da relação de trabalho e teoria da instituição<sup>123</sup>.

119 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159.

120 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117.

121 Ibidem, p. 118.

122 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 326.

123 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 148.

A teoria da relação de trabalho entende que a prestação de trabalho, por si, constituiria elemento suficiente a configurar o vínculo empregatício. Surgindo uma relação estatutária, a qual sofreria o alcance das normas trabalhistas<sup>124</sup>.

Maurício Godinho Delgado assim define:

A teoria da relação de trabalho parte do princípio de que a vontade – e, desse modo, a liberdade – não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A prestação dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam a fonte das relações jurídicas de trabalho – e não a vontade das partes, em especial do obreiro [...].<sup>125</sup>

Já a teoria da instituição pauta-se na ideia que o vínculo trabalhista existe a partir de uma relação hierárquica estatutária, onde o empregado se insere na estrutura organizacional da empresa. Permitindo o desenvolvimento empresarial no tempo, devido a configuração de interesse comum de interesses, entre os sujeitos da relação de trabalho<sup>126</sup>.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

[...] compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros.

Em face do contexto institucional em que se encontra inserido, no quadro da relação de emprego, o empregado queda-se a uma situação fundamentalmente estatutária, objetiva, consumada, nada criando de iniciativa pessoal quando se insere na empresa.<sup>127</sup>

Em contramão, as teorias contratualistas defendem, como o próprio nome sugere, que o vínculo empregatício nasce e desenvolvem a partir da manifestação de vontade do empregado e empregador, conferindo assim natureza contratual a relação<sup>128</sup>.

124 GARCIA, op. cit., p. 148.

125 DELGADO, op. cit., p. 326.

126 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 148.

127 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 328.

128 GARCIA, Op. cit., p. 148.

O entendimento atual, prevalente na doutrina, entende que o vínculo empregatício possui natureza contratual (funda-se em um negócio jurídico), configurando-se a partir da declaração bilateral de vontade, do empregado e empregador<sup>129</sup>.

Contudo, até a configuração da concepção hodierna, várias hipóteses embasadas no Direito Civil foram apresentadas, quais sejam, as teorias do arrendamento, compra e venda, do mandato e da sociedade<sup>130</sup>. Para mero efeito de conhecimento, estas teorizações serão devidamente apresentadas, a seguir.

A teoria do arrendamento entende que o empregado aluga ao empregador o seu trabalho, configurando assim as figuras de locador e locatário, respectivamente<sup>131</sup>:

Trata-se de solução teórica inspirada em modelo jurídico oriundo do Direito Romana, que distinguia entre *locatio operarum* e *locatio operis*. O contrato empregatício corresponderia ao arrendamento (locação) de serviços, pelo qual uma das partes colocaria seu trabalho à disposição de outra (*locatio operarum*) [...].<sup>132</sup>

Já a teoria da compra e venda defende que o trabalhador subordinado vendia a força de seu trabalho ao empregador, recebendo como contraprestação o salário<sup>133</sup>:

A partir dessa variante, o contrato de trabalho teria natureza jurídica de compra e venda, uma vez que o obreiro venderia sua força de trabalho ao empregador, em contrapartida a um preço, consubstanciado no salário.<sup>134</sup>

A sua vez, a teoria do mandato colocava o empregado como mandatário de seu empregador, ou seja, o trabalhador praticava atos em nome de seu patrão, a partir da concessão de poderes conferidos por este<sup>135</sup>:

129 Ibidem, p. 148-149.

130 DELGADO, op. Cit., 320-323.

131 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 161.

132 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 320.

133 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 160.

134 DELGADO, op. cit., p. 321.

135 BARROS, op. cit., p. 161.

O caráter fiduciário existente entre o empregado e empregador responderia pela tentativa de se assimilar o contrato empregatício à espécie dos contratos de mandato. A teor dessa construção, o empregado atuaria como mandatário de seu empregador.<sup>136</sup>

Enquanto, para a teoria da sociedade o empregado e empregador seriam sócios, onde contratualizariam com base no interesse comum. Nessa equação o obreiro coloca sua força de trabalho e o patrão o capital, perseguindo cada qual a obtenção de benefícios<sup>137</sup>:

A existência de um suposto interesse comum em direção à produção, de uma associação de atos sucessivos, coordenados e simultâneos, dos partícipes da relação de emprego, tudo conduziria à assimilação da figura empregatícia ao contrato de sociedade, ainda que qualificado como um contrato *sui generis*.<sup>138</sup>

Por fim, cabe informar o entendimento atual de parte da doutrina que compreende o contrato de trabalho como sendo de adesão:

[...] O contrato de trabalho é do tipo de adesão. Sua principal função é criar uma relação jurídica obrigacional entre as partes, porém, como caráter meramente complementar, em face do extenso rol de normas imperativas previstas em lei ou instrumentos coletivos, que fogem do domínio da autonomia da vontade e compreendem aspectos relevantes do vínculo empregatício. As partes, se desejarem celebrar o contrato, terão que aderir a elas, sem possibilidade de discussão, como aliás se infere ao art. 444 da CLT.<sup>139</sup>

Diante do exposto, o posicionamento adotado no presente trabalho monográfico será de que o contrato empregatício tem natureza contratual do tipo de adesão.

### 4.3. Requisitos

136 DELGADO, op. cit., p. 322.

137 BARROS, op. cit., p. 161.

138 DELGADO, op. cit., p; 322-323.

139 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 162.

Superado o estudo da natureza jurídica do contrato de trabalho, nos próximos tópicos serão estudados os requisitos necessários a configuração do contrato de trabalho.

#### 4.3.1. Pessoa Natural

O Direito do Trabalho tutela os bens jurídicos relacionados a pessoa física, destarte não alcançando a prestação de serviços efetuados por pessoa jurídica<sup>140</sup>.

Para Maurício Godinho Delgado:

Na verdade, a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.

Por essa razão a pactuação – e efetiva concretização – de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista. Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica – jamais o empregado<sup>141</sup>.

Em suma, a figura do empregado deverá sempre ser pessoa natural, ou seja, a pessoa física.

#### 4.3.2. Pessoaalidade

O requisito da pessoaalidade determina que o vínculo empregatício, quanto ao empregado, tem característica *intuitu personae*:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal

140 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159.

141 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 300.

e fungível a figura específica do trabalhador enfocado –, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.<sup>142</sup>

De forma resumida, no exercício de seu labor a figura não pode se substituir por outrem, sob pena de se descaracterizar a relação de emprego.

Contudo, cabe advertir que a substituição ocasional do empregado por terceiro, com autorização do empregador, per si, não tem o condão de descaracterizar o contrato de trabalho<sup>143</sup>.

#### 4.3.3. Não Eventualidade.

A relação de emprego deverá ser marcada pela não eventualidade, que em outras palavras significa a necessidade do vínculo ser contínuo, prolongar-se no tempo:

O contrato de trabalho exige uma prestação de serviço de forma habitual, constante e regular, levando-se em conta um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida. Assim, o trabalho eventual, esporádico, a princípio, não tipifica uma relação empregatícia. Geralmente, o critério utilizado pelo trabalhador e atividade econômica desenvolvida pela empresa.<sup>144</sup>

Pode-se resumir que as atividades desempenhadas pelo empregado devem estar correlacionadas com as atividades normais de seu empregador, promovendo serviços que se façam precisos a continuidade do empreendimento<sup>145</sup>.

#### 4.3.4. Onerosidade

O requisito da onerosidade determina que a prestação de serviços do empregado ao empregador devem ser remuneradas, ou seja, deve existir uma contraprestação:

142 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 301.

143 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159.

144 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

145 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 160.

[...] Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.<sup>146</sup>

Destarte, não existirá contrato de trabalho diante de gratuidade na prestação de serviços. Ao passo que, mesmo que não ocorra o pagamento remuneratório tempestivo poderá ocorrer a configuração do vínculo empregatício, não sendo o mero inadimplemento elemento descaracterizador<sup>147</sup>.

Também ressalta-se que parte do pagamento in natura da parcela remuneratória não descaracteriza a relação de emprego<sup>148</sup>.

#### 4.3.5. Subordinação Jurídica

Como o tema do presente trabalho gira em torno da noção de subordinação jurídica, este tópico será analisada mais detidamente em capítulo próprio.

De toda sorte, apenas para efeitos preliminares, se partirá do entendimento que a subordinação jurídica corresponde a prestação de serviços do empregado dirigida pelo empregador<sup>149</sup>.

### 5. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente, esclarece-se que a subordinação jurídica é o requisito que diferencia a relação de emprego das demais relações de trabalho. Em termo simples, só haverá a configuração do contrato de trabalho quando presente a subordinação jurídica.

Nas palavras de Lorena Porto Vasconcelos:

146 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 307.

147 GARCIA, op. cit., p. 162.

148 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 159.

149 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 160.

Observamos, primeiramente, que a definição da subordinação é de suma importância, pois que, estando ela presente (e reunidos os demais elementos) pode-se afirmar a existência da relação de emprego. E é exatamente a presença dessa relação que atrai a incidência das normas de Direito do Trabalho, que asseguram vantagens e garantias ao prestador de serviços. Em outras palavras: se não há a subordinação, não há a relação de emprego, não gozando o trabalhador dos direitos assegurados pela ordem jurídica. Daí a importância de se definir esse conceito.<sup>150</sup>

Destarte, demonstra-se a importância do estudo do tema em capítulo próprio, uma vez que a subordinação é requisito elementar configurador da relação de emprego. Assim, de forma indireta, restringido o objeto do Direito do Trabalho ao definir qual espécie de trabalhador será devidamente tutelado pelo ramo jurídico juslaboral<sup>151</sup>.

## 5.1. Noções Introdutórias

Uma vez demonstrada a importância do estudo apartado do requisito da subordinação jurídica, se passará a análise das noções introdutórias do tema.

### 5.1.1. Conceito Clássico

Como já dito alhures, o requisito da subordinação jurídica configura-se como um marco fundamental na distinção da relação de emprego das demais relações laborais:

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).<sup>152</sup>

150 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

151 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 100.

152 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 310.

A palavra Subordinação é definida no dicionário como dependência<sup>153</sup>. De fato, o termo “deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores”<sup>154</sup>.

Nesse sentido, subordinação pode ser compreendida como a submissão ou dependência do trabalhador as ordens de seu empregador, quanto a execução da prestação de serviços:

[...] A subordinação, em sua matriz clássica, corresponde à submissão do trabalhador a ordens patronais precisas, vinculantes, "capilares", penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação, e a controles contínuos sobre o seu respeito, além da aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento. É essa a acepção clássica ou tradicional do conceito, que podemos sintetizar como a sua plena identificação com a ideia de uma forte heterodireção patronal dos diversos aspectos da prestação laborativa obreira.<sup>155</sup>

De início percebe-se que a concepção clássica de subordinação está intimamente ligada a gestão rigorosa da prestação de serviços do empregado pelo empregador. Ratifica Danilo Gonçalves Garcia:

A subordinação jurídica surge, dessa forma, como a determinação pelo empregador do tempo e do modo da prestação de serviços do empregado. Trabalhador subordinado seria, portanto, aquele que não tem a possibilidade de determinar quando e de que forma executará o seu ofício. Essas orientações, portanto, são fixadas pelo tomador de serviços, no caso o empregador que no exercício do seu poder direito, dirige o trabalho do prestado pelo empregado.<sup>156</sup>

Assim, pode-se inferir que no contraponto da subordinação jurídica está o poder diretivo do empregador, este decorrente da alteridade do contrato de Trabalho. Em termos diretos, o empregador assume o risco da atividade empresarial e esta assunção lhe confere a prerrogativa de dirigir o desenvolvimento das atividades exercidas pelo trabalhador:

153 SUBORDINAÇÃO. Dicionário online do PRIBERAM, 15 de setembro de 2018. <<https://www.priberam.pt/dlpo/subordina%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 15.09.2018

154 DELGADO, op. cit., p. 311.

155 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 43.

156 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 114.

O fundamento da existência da subordinação confunde-se com o fundamento da existência do poder diretivo do empregador [...]

Sendo assim, cumpre destacar que o fundamento que justifica a existência de um poder por parte do empregador de dirigir a prestação de serviços do empregado e, por consequência, justifica a existência de uma subordinação desse em razão daquele, é a alteridade.

[...] Dessa forma, justifica-se na assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador a possibilidade de direção da atividade prestada pelo empregado que, dessa forma, encontra-se subordinado às ordens daquele.<sup>157</sup>

No mesmo sentido manifesta-se Maurício Godinho Delgado:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.”<sup>158</sup>

Pelo até exposto, constata-se que o empregado, no exercício da autonomia da vontade, escolhe submeter-se as ordens diretivas de seu empregador.

Contudo, cabe ressaltar que essa submissão não é indiscriminada, ao contrário, restringe-se ao âmbito da prestação de serviços, não alcançando a pessoa do trabalhador subordinado<sup>159</sup>.

Maurício Godinho Delgado esclarece a questão, informando que a subordinação jurídica clássica é entendida sob ótica objetiva e não subjetiva:

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*) [...].<sup>160</sup>

157 Ibidem p. 108-109.

158 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 311.

159 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 116.

160 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 311.

Por todo o exposto, a acepção clássica de subordinação jurídica é entendida como a submissão do empregado ao empregador, exclusivamente quanto a execução de serviços.

### 5.1.2. Natureza jurídica

Atualmente, a discussão acerca da natureza jurídica da subordinação resta pacificada, sendo inquestionavelmente um “fenômeno jurídico”, decorrente do contrato de trabalho pactuado entre empregado e empregador<sup>161</sup>.

Contudo, antes que a discussão sobre o tema fosse superada, diversas teorias foram apresentadas para justificar a subordinação do trabalhador ao tomador de serviços.

Essas teorias, que basicamente eram pautadas na ideia de dependência subjetiva, não prosperaram no tempo por razões que lhe eram inerentes<sup>162</sup>. Sendo as principais teorias: econômica, técnica, social e hierárquica<sup>163</sup>.

A subordinação econômica pregava que a configuração do vínculo empregatício se dava a partir da inferioridade econômica do operário em relação ao tomador de serviço:

[...] a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.<sup>164</sup>

Contudo, a teorização não conseguia abarcar devidamente todas as circunstâncias fáticas de relação empregatícia, uma vez que existiam/existem empregados que não são economicamente dependentes de seus empregadores:

161 Ibidem, p. 312.

162 Ibidem, p. 312.

163 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 160-161.

164 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 312.

Alvo de severas críticas, o critério em questão foi rejeitado basicamente por revelar um elemento extrajurídico, sendo, portanto, para grande parte da doutrina, falho, já que podem existir trabalhadores que não necessitam daquele trabalho para sobreviver e, nem por isso, deixariam de ser empregados.<sup>165</sup>

Já a subordinação técnica cuida que o empregador era detentor do conhecimento técnico dos meios de produção, razão pela qual o operário seria dependente daquele:

[...] o empregador monopolizaria, naturalmente, o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontra inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria no conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação jurídica de emprego.<sup>166</sup>

Contudo, “a existência de trabalhadores especializados e, portanto, independentes tecnicamente do tomador de serviços fez que tal critério fosse [...] rejeitado”<sup>167</sup>.

A teoria social defende que o empregador é socialmente superior ao empregado, uma vez que é proprietário dos meios de produção<sup>168</sup>.

Para Otávio Pinto e Silva, conforme citação de Tatiana Guimarães Ferraz Andrade, a subordinação social corresponde a junção das subordinações econômica e técnica, uma vez que impunha ao empregado “um estado constante de submissão às ordens do empregador, do qual depende economicamente”<sup>169</sup>.

Contudo, esta fracassou, de acordo com Danilo Gonçalves Gaspar por preocupar-se com elementos externos ao contrato de trabalho:

Restou, portanto, igualmente rejeitado pela doutrina o critério da dependência social como elemento definidor da relação de emprego por pecar, assim como também pecaram os critérios da dependência técnica e dependência econômica, “[...] por não se preocuparem com a determinação do elemento

165 GASPARG, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 102.

166 DELGADO, op. cit., p. 313.

167 GASPARG, op. cit., p. 101.

168 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 160.

169 SILVA apud ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. As novas faces da subordinação no contrato de trabalho. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-29102012-135506/pt-br.php>>. Acesso em 20.08.18. p. 53.

característico do contrato de trabalho, mas sim da qualidade do trabalhador a ser juridicamente protegido”.<sup>170</sup>

Por fim, Gustavo Filipe Barbosa Garcia apresenta a subordinação hierárquica, a qual aduz que a dependência decorre do fato do empregado estar inserido na estrutura hierárquica da empresa, assim, devendo prestar obediência ao empregador<sup>171</sup>.

No entanto, esta teoria demonstra-se flagrantemente contrária a natureza contratual da relação de emprego.

Superadas as teorizações anteriores, por não corresponderem adequadamente ao contrato de trabalho, chega-se a aceção clássica de subordinação, tida hodiernamente:

É jurídica, portanto, a dita subordinação, uma vez que essa encontra sua razão de ser na celebração do contrato de trabalho, instrumento jurídico por meio do qual o empregado se compromete a prestar seus serviços em favor de outrem que, na qualidade de tomador de serviços, possui o direito de dirigir e comandar a referida prestação.<sup>172</sup>

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

A natureza jurídica do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista [...].<sup>173</sup>

Destarte, por decorrer da livre pactuação entre empregado e empregador, a subordinação da relação de emprego é jurídica.

## 5.2. Crise ao modelo clássico de Subordinação Jurídica

170 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 105.

171 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 160.

172 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 108.

173 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 312.

Ao que pese a concepção clássica de subordinação jurídica ainda ter sua validade no mundo do Direito do Trabalho, a acepção não se mostra mais adequada a abarcar adequadamente todas as novas figuras de trabalho subordinada desenvolvidos na contemporaneidade<sup>174</sup>.

Essa inadequação configura a chamada “crise da subordinação jurídica”, consubstanciada na incapacidade de proteger os novos trabalhadores “que trabalham por conta alheia” (hipossuficientes), por não apresentarem no desempenho das atividades laborativas o rigoroso exercício do poder diretivo do empregador<sup>175</sup>.

Nesse sentido, para compreender a ruptura (crise) da atual acepção de subordinação jurídica, é preciso antes entender o contexto de seu nascimento, para então se passar as causas que ensejaram a necessidade de revisão conceitual do requisito da relação de emprego. É o que se fará a partir de agora.

Como já dito em capítulo específico<sup>176</sup>, o surgimento do Direito do Trabalho ocorreu a partir da Revolução Industrial e, decorrente, com o surgimento da figura do operário fabril (trabalhador subordinado).

A concepção clássica de subordinação jurídica não poderia ser outra, senão a vinculada ao modo de produção econômico existente à época:

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, o modelo econômico vigente – centrado na grande indústria – engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era o alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. De modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato (e relação) de trabalho e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.<sup>177</sup>

O modelo de produção decorrente da Revolução Industrial, portanto, não permitiu o surgimento apenas de uma nova figura de trabalhador, mas também promoveu a padronização do mercado de trabalho.

174 GASPAR, op. cit., p. 126-127.

175 Ibidem, p. 126-127.

176 Ver tópico 2.1.

177 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 43.

Assim, visando proteger o operário fabril, ao mesmo tempo que nascia, o Direito do Trabalho se debruçou sobre o modelo econômico vigente e particularizou a relação existente entre empregado e empregador, criando o requisito principal da relação jurídica, qual seja, a subordinação.

Como dito anteriormente, o contraponto a submissão do empregado é o poder direito, o qual se operava de forma rigorosa e contínua, não possibilitando ao trabalhador margem de discricionariedade a quase nada:

O trabalhador estava submetido a uma disciplina e organização hierárquica rígidas, sendo reduzida ao mínimo a sua discricionariedade, a possibilidade de efetuar escolhas, mesmo que puramente técnicas. Nesse contexto, subordinação foi definida a partir da ideia de heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa, em seus diversos aspectos: conteúdo, modalidade, tempo, lugar, etc.<sup>178</sup>

Apercebe-se assim, que a subordinação era pautada por ordens diretas e constantes do empregador a praticamente todos os aspectos referentes ao exercício das atividades do empregado, sob a estrita vigilância daquele, uma vez que o labor desenvolvia-se no interior da empresa, e com possibilidade de aplicação de sanções disciplinares<sup>179</sup>.

Ou seja, a subordinação jurídica se configurava como algo extrínseco ao operário, uma vez que apenas executava ordens, não tendo praticamente discricionariedade.

O transcurso do tempo, e conseqüente advento da 2ª Revolução Industrial, ratificaram a validade o modelo de subordinação jurídica até então vigente.

À época, o modelo de produção pautado era o taylorista-fordista, onde ocorria a racionalização da atividade produtiva, reduzindo o labor do operário a determinado seguimento da empresa, através de uma linha de montagem produtiva sequencial<sup>180</sup>:

A obra de Frederick Winslow Taylor (1856-1915), nas décadas do século XIX, marcou esse processo de racionalização da produção subdividindo metodicamente o trabalho por especialidades produtivas. Apartando o saber do fazer, Taylor separou as atividades de execução e planejamento, cabendo

178 Ibidem, p. 43.

179 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 43.

180 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 120-121.

ao trabalhador somente as primeiras, o que acabara por ensejar um aumento de produtividade e uma diminuição dos custos da produção, notadamente em razão da eliminação dos tempos de ociosidade do trabalho.

[...] Posteriormente, Henry Ford (1863-1947) complementou a racionalização do trabalho inaugurada por Taylor e gerou um novo modelo de fábrica, criando a linha de montagem, a qual consistia no sistema de produção sequencial.<sup>181</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que o empregado teve sua discricionariedade ainda mais limitada frente ao novo modelo de produção, pois passou a ser mero executor de atividades em uma parte do processo produtivo.

O conhecimento do operário passou ser altamente especializado a uma fase da cadeia de produção, não tendo assim o conhecimento sobre todo o processo produtivo:

O referido sistema produtivo racionalizou a atividade do trabalhador. Esse, até conhecedor do processo produtivo integral do produto que criava, passou a dominar somente uma pequena parte da produção dentro de um sistema de divisão do trabalho.<sup>182</sup>

É possível visualizar que esse modelo de gestão aumentou o rigor do exercício do poder diretivo pelo empregador, através da mecanização da atividade do empregado por meio de repetições. Como assevera Otávio Pinto e Silva, em citação de Danilo Gonçalves Gaspar:

As tarefas de cada trabalhador seriam minuciosamente controladas, com a fixação de metas para eliminar quaisquer desperdícios de tempo. O objetivo declarado era o de extrair o máximo rendimento tanto do trabalhador quanto da máquina por ele operada.

Cabia ao administrador o trabalho intelectual, com a escolha do método de produção e planejamento das tarefas; ao trabalhador, não se exigia que tomasse decisões, pois bastava executar o trabalho manual<sup>183</sup>

Diante do até então exposto, reafirma-se que a subordinação do empregado no plano fático não foi modificada com o advento da 2ª Revolução Industrial, uma vez

181 Ibidem, p. 120-121.

182 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 120.

183 SILVA apud GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, 121.

que a rigorosa heterodireção patronal ainda encontrava-se marcante nas relações de trabalho.

Contudo, com a 3ª Revolução Industrial (na segunda metade do século XX) ocorre o surgimento de novas tecnologias que impactaram fortemente na realidade socioeconômica, bem como no modelo de produção hegemônico vigente (taylorista-fordista). Assim, fazendo com que as empresas promovessem reestruturação no gerenciamento de trabalho, bem como propiciando o surgimento novas formas de trabalho subordinado (fora dos padrões clássicos de subordinação jurídica) <sup>184</sup>

Nesse sentido, Lorena Porto Vasconcelos explica que:

A partir, sobretudo, da década de 1970, ocorreram grandes mudanças na realidade socioeconômica, as quais geraram importantes consequências no mundo do trabalho. Destacam-se as inovações e avanços tecnológicos, notadamente nos campos da microeletrônica, da microinformática, da robotização e das telecomunicações, fenômeno que ficou conhecido como a 3ª Revolução Industrial. Conseqüentemente, os trabalhadores, sobretudo nas indústrias, passaram a desenvolver atividades não mais de simples manipulação de materiais, mas, sim, de controle de automações complexas. Mesmo no setor de serviços, a parte executiva das funções e as atividades de tipo repetitivo foram fortemente redimensionadas pela introdução de mecanismos ligados à informática. Surgiram novas profissões, ligadas aos novos setores da economia. <sup>185</sup>

Surge então a modelo de produção denominado Toyotismo, pautado pela “acumulação flexível, externalização da produção, just in time e redução do quadro de empregados”<sup>186</sup>.

Então, o surgimento de novas tecnologias impactou diretamente na demanda e no tipo de mão de obra procurada pelas empresas:

O desenvolvimento da robótica e da microeletrônica e o incremento tecnológico permitem o desenvolvimento de máquinas mais sofisticadas, fomentando, assim, a exigência de técnicas gerenciais.

Busca-se, agora, menos recursos, menos mão de obra, visando mais uma vez ao incremento da produção. O modelo de produção fordista do *just in case*, caracterizado pelo acúmulo de mercadorias, cede lugar ao *just in time*, filosofia atrelada à produção na medida da procura (estoque zero).

184 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 77.

185 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 77.

186 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 123-125.

Toda essa nova estrutura produtiva acaba, é claro, repercutindo no modelo de trabalhadores exigido pelo empregador. O trabalhador manual e alienado típico do modelo anterior passa por um processo de qualificação e polivalência.<sup>187</sup>

Nesse contexto, passa a ser exigido ao empregado maior qualificação profissional e polivalência, substituindo a necessidade do modelo até então hegemônico, de mero executor de tarefas repetidas.

Além da qualificação profissional, outro fator importante que surge com a 3ª Revolução Industrial é a mudança significativa no modelo de produção das empresas:

As novas tecnologias, notadamente as do setor de telecomunicações, permitem que o trabalhador preste os seus serviços em local diverso do estabelecimento empresarial, sem prejudicar a direção e o controle pelo empregador. A reestruturação empresarial tendeu a tornar a empresa mais enxuta, retirando dela parcelas de ciclo produtivo, as quais são transferidas a diversas outras empresas, menores, menos visíveis. Assim, pode ocorrer que uma parte da produção que antes era realizada dentro da empresa passe a ser feita fora dela, por exemplo, por trabalhadores em domicílio.<sup>188</sup>

Essa mudança no modo de produção, agora possibilitando que o trabalhador preste serviços fora do estabelecimento empresarial, interfere no exercício do controle do empregado pelo empregador.

Em termos simples, o poder diretivo efetuado diretamente e pessoalmente, agora passa a ser feito também a distância, ganhando o tomador de serviços uma nova possibilidade de controle fiscalizatório.

Nesse contexto, é possível inferir que o empregado ganha maior autonomia no desenvolvimento de suas atividades. Como bem ratifica Lorena Vasconcelos Porto:

Em primeiro lugar, muda a própria natureza da prestação do trabalho, que não se dirige necessariamente à simples manipulação de materiais, mas também ao tratamento de informações por vezes muito complexas. Isso requer um aumento da qualificação do trabalhador, ao qual é conferida uma maior autonomia operacional e, por vezes, uma maior responsabilidade pelos resultados. Em segundo, a organização do trabalho adquire uma nova flexibilidade, com relação ao lugar, ao tempo e às modalidades de prestação laborativa.<sup>189</sup>

187 Ibidem, p. 123.

188 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 77.

189 Ibidem, p. 79.

Destarte, a preocupação com o resultado da produção faz com que o empregado confira maior autonomia funcional ao trabalhador, não se fazendo tão presente o poder diretivo no modo de execução da prestação de serviço<sup>190</sup>.

Mas adverte-se que o controle do tomador de serviços não desaparece, muda de objeto:

[...] O controle do empregado não desaparece, mas o seu objeto se modifica. Não se exerce sobre o modo de executar determinada tarefa, mas, sim, sobre o seu resultado [...] Do mesmo modo, o controle sobre os aspectos externos da prestação – como o tempo e o local em que se desenvolve – torna-se menos rígido, em razão da maior autonomia concedida ao trabalhador, do qual se requer precipuamente a apresentação do resultado da atividade.<sup>191</sup>

Esse autogerenciamento faz com que o próprio empregado vire o fiscal de suas atividades. O que analisando mais detidamente, faz compreender que parcela do poder diretivo é internalizada pelo operário<sup>192</sup>.

A conferência da maior autonomia ao empregado em conjunto ao novo modelo de produção, dissociado da estrutura rígida empresarial, e o surgimento de novas figuras de trabalhador subordinado fizeram com que o conceito clássico de subordinação jurídica se tornasse insuficiente<sup>193</sup>.

Contudo, cabe ressaltar que o modelo de produção taylorista-fordista não fora extinto do mundo, mas sim perdeu sua hegemonia, hoje dividindo espaço com o modelo de produção toyotista<sup>194</sup>.

Sendo assim, a atual acepção de subordinação jurídica se torna inadequada pelo:

[...] fato de que esse requisito, pensando classicamente, acaba por fazer que o Direito do Trabalho proteja os trabalhadores que estão sujeitos a um controle intenso e efetivo por parte do tomador de serviço, e ignore trabalhadores, igualmente hipossuficientes, em razão de uma suposta autonomia na prestação dos serviços.<sup>195</sup>

190 Ibidem, p. 80.

191 Ibidem, p. 91-92.

192 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 124.

193 Ibidem, p. 126.

194 Ibidem, p. 125.

195 Ibidem, p. 127.

Sobre o tema se manifesta Lorena Vasconcelos Porto:

Como restou demonstrado, as mudanças implementadas na organização produtiva, potencializadas pela incorporação dos avanços tecnológicos, tornaram as prestações de trabalho muita mais autônomas nas suas modalidades espaciais, temporais e executivas. Isso exige a releitura do conceito de subordinação, cujo primeiro passo é afastar toda tentativa de afirmar a sua presença somente quando configurada a heterodireção patronal forte e constante (subordinação clássica).<sup>196</sup>

Em suma, o conceito clássico de subordinação jurídica é insuficiente por não conseguir abranger a figura dos novos trabalhadores subordinados advindos com a 3ª Revolução Industrial, igualmente hipossuficientes frente ao empregador.

Essa ausência de proteção legal joga esses assalariados a margem do Direito do Trabalho, por conseguinte tornando o Princípio da Proteção inefetivo. Motivos pelos quais se faz necessária a revisão conceitual do requisito principal da relação de emprego.

### **5.3. As diferentes proposições de Subordinação Jurídica**

Como demonstrado no tópico anterior, o conceito clássico de subordinação jurídica, enquanto rigorosa heterodireção patronal, foi construída a partir do contexto da Revolução Industrial e, conseqüentemente, a partir do modelo de produção vigente.

Então, o entendimento dessa sujeição do trabalhador ao tomador de serviços foi criada com base na figura do operário fabril, mas as modificações socioeconômicas e evolução tecnológica trouxeram novos elementos a equação.

Fomentando, assim, o surgimento de novas relações de trabalho subordinado, não abrangidas pelo antigo conceito de subordinação jurídica, uma vez que não estava presente o controle concentrado de quase todos os atos do empregado, no desempenho da prestação de serviços.

Nesse sentido, argumenta Lorena Vasconcelos Porto:

196 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 93.

Como vimos, o conceito de subordinação foi construído em uma época em que os trabalhadores necessitados da proteção do Direito do Trabalho correspondiam aos operários reunidos em massas nas grandes indústrias. Por isso, a tendência foi identificar com eles os trabalhadores subordinados. Foi essa a imagem de subordinação que se construiu. Mas esse conceito é mais amplo: o operário é apenas um dos trabalhadores subordinados.

A sujeição à heterodireção patronal, constante e efetiva, representou apenas o modo, historicamente condicionado por um certo grau de desenvolvimento das técnicas produtivas, de utilizar a prestação laborativa de sujeitos em condição de dependência socioeconômica. Naquela época, o modo mais simples, eficiente e rentável para as empresas de utilizar esses trabalhadores era o de submetê-los a uma heterodireção intensa e minuciosa. Esta, na verdade, é tão somente uma das formas possíveis com que a subordinação se concretiza na realidade, mas não é a única e é cada vez menos prevalente nos dias atuais. É como se, utilizando a linguagem aristotélica, tenha-se tomado como “substância” o que na verdade era mero “acidente”.<sup>197</sup>

A autora defende que o conceito de subordinação jurídica sofreu uma restrição, consubstanciada no exercício do poder diretivo do empregador sobre o operário fabril. Mas, pelo fato desse entendimento diminuto não representar a totalidade das possibilidades do labor subordinado, a acepção clássica de subordinação jurídica precisa ser repensada/ expandida.<sup>198</sup>

É nesse contexto que surgiram teorias com o fito de melhor retratar as possibilidades do trabalho subordinado.

Assim, a seguir, apresentar-se-á algumas dessas teorias, apresentadas preliminarmente por Danilo Gonçalves Gaspar, antes de adentrar (em capítulo próprio) o conceito de Subordinação Potencial, de lavra do mesmo autor<sup>199</sup>.

### 5.3.1. Subordinação Estrutural

Esta tese, defendida Maurício Godinho Delgado, defende a ampliação da noção de subordinação jurídica abarcando outras relações de trabalho, além da decorrente de vínculo empregatício<sup>200</sup>.

197 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 45.

198 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 43-46.

199 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 174-185.

200 Ibidem, p. 180-181.

O conceito da subordinação estrutural, pelas próprias palavras do autor:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.<sup>201</sup>

Destarte, o traço marcante para configuração desta subordinação seria a inserção do trabalhador na estrutura produtiva do tomador de serviços, ou seja, em sua “dinâmica de organização e funcionamento”. Sem que fosse necessário o exercício direto e efetivo do poder diretivo pelo empregador.

A crítica que é feita a teoria estrutural reside no fato do alargamento conceitual não trazer parâmetros que permitam separar adequadamente o trabalhador verdadeira autônomo do subordinado. Isso provocaria, ao revés do que se procura, uma superproteção do Direito do Trabalho a figuras que não são subordinadas aos tomadores de serviços<sup>202</sup>.

### 5.3.2. Subordinação Integrativa

A tese de lavra de Lorena Vasconcelos Porto defende uma conjugação entre “o critério da subordinação jurídica com os critérios que excluem a autonomia [...]” do trabalhador<sup>203</sup>.

Os critérios de exclusão da autonomia do operário são, para Lorena Vasconcelos Porto:

[...] o obreiro deve prestar a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originalmente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, os quais são assumidos por seu empregador. O trabalhador que cumpre tais requisitos não pode ser qualificado, de modo algum, como autônomo. A aplicação dessas noções,

201 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 309.

202 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 204-206.

203 Ibidem, p. 182.

portanto, permite evitar que obreiros verdadeiramente autônomos sejam enquadrados como subordinados.<sup>204</sup>

Destarte, a autora conceitua a subordinação integrativa assim:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.<sup>205</sup>

Contudo, uma das possíveis críticas a acepção, igualmente a teoria estrutural, é ausência de critérios fixos que permitam a separação do labor exercido pelo trabalhador verdadeiramente autônomo do subordinado<sup>206</sup>.

Ademais, a proposição de constatação casuística da relação empregatícia, no entendimento do presente trabalho monográfico, gera forte insegurança jurídica. Uma vez que a verificação da subordinação integrativa ficaria condicionada a hipóteses em que não se visualiza-se a dimensão clássica de subordinação jurídica<sup>207</sup>.

## 6. SUBORDINAÇÃO POTENCIAL

Após ser estudado, no capítulo anterior, a concepção atual de subordinação jurídica, bem como os motivos que levaram a sua crise, conclui-se que há necessidade de revisitação conceitual daquela.

Conforme demonstrado<sup>208</sup>, diante da insuficiência da subordinação jurídica clássica surgiram teorias que propuseram a modificação da noção de sujeição do obreiro perante o tomador de serviços. Contudo, não lograram êxito na persecução de seus objetivos.

Destarte, visando encontrar a teoria que traga abrangência protetiva adequada a todos os trabalhadores subordinados, devidamente separados dos trabalhadores

204 PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 253.

205 Ibidem, p. 253.

206 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 206-207.

207 PORTO, op. cit., p. 254.

208 Ver item 5.3.

verdadeiramente autônomos, se procederá agora a análise da Subordinação Potencial<sup>209</sup>.

### **6.1. A ideia de potencialidade: poder diretivo e subordinação jurídica**

Antes de passar ao conceito propriamente dito de Subordinação Potencial, é preciso que se entenda a noção de potencialidade que a permeia<sup>210</sup>.

Para tanto, é necessário retomar o dito antes, quando da análise da concepção de subordinação jurídica, de que esta é o contraponto do poder diretivo do empregador<sup>211</sup>.

Como a temática da subordinação jurídica já foi trabalhada em capítulo específico, agora se passará rapidamente pelo poder diretivo (poder empregatício ou poder de direção), antes de dar continuidade ao presente tópico.

O poder de direção, pode ser entendido como a autorização legal conferida ao empregador na gestão do seu empreendimento, em relação ao empregado, compreendendo a organização, controle e disciplina da prestação de serviços deste último<sup>212</sup>.

O poder empregatício também pode ser entendido como “a prerrogativa do empregador de dirigir, regulamentar, fiscalizar e disciplinar o trabalho prestado pelo empregado”<sup>213</sup>.

Nesse sentido, argumenta Danilo Gonçalves Gaspar:

O poder empregatício, gênero que engloba o poder diretivo (poder de dirigir e organizar a atividade), o poder regulamentar (poder de elaborar normas destinadas à organização da atividade), o poder fiscalizatório (poder de fiscalizar o cumprimento pelo empregado das normas contratuais, legais e regulamentares) e o poder disciplinar (poder de punir o empregado em caso de descumprimento das normas contratuais, legais e regulamentares), é concebido pela doutrina como um efeito do contrato de trabalho.<sup>214</sup>

209 GASPAR, op. cit., p. 186 et seq.

210 Ibidem, p. 192-196.

211 Ver item 5.1.

212 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 391.

213 Ibidem, p. 391.

214 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 192.

Percebe-se que o autor defende que o poder empregatício compõe o gênero, do qual o poder diretivo seria uma de suas espécies. Contudo, na presente monografia utiliza-se os termos como se fossem sinônimos.

Ato contínuo, Gustavo Filipe Barbosa Garcia nos informa que o poder de direção do empregador podem ser divididos em três aspectos, quais sejam: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar<sup>215</sup>.

Pelo poder de organização:

[...] o empregador tem o direito de organizar o seu empreendimento, quanto aos diferentes fatores de produção, no caso o trabalho prestado pelos empregados, distribuindo e determinando as funções a serem exercidas, o local de trabalho, horário etc.<sup>216</sup>

Tal aspecto é possibilitado em decorrência do tomador de serviços assumir o risco do negócio<sup>217</sup>.

Já o poder de controle autoriza:

[...] que o empregador gerencie a atividade laboral dos empregados, no que tange à prestação de serviços, no sentido de observarem as diversas regras e ordens por ele e pelo sistema jurídico exigidas.<sup>218</sup>

No mesmo sentido do poder de organização, o poder de controle é fundado na alteridade, de forma a possibilitar que o empregador não sofra prejuízos e responsabilização por falhas<sup>219</sup>.

Por sua vez, o poder disciplinar:

[...] permite que o empregador aplique penalidades ao empregado que não observe as ordens e regras impostas à atividade desempenhada.

A punição, no caso, aplicada pelo empregador, situa-se na esfera do Direito do Trabalho, não se confundindo com a penalidade de ordem criminal, a qual se encontra inserida no âmbito do Direito Público, decorrente de poder de titularidade do Estado.<sup>220</sup>

215 GARCIA, op. cit., p. 392-397.

216 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 392.

217 Ibidem, p. 392.

218 Ibidem, p. 393.

219 Ibidem, p. 393.

220 Ibidem, p. 395-396.

Desta forma, percebe-se que a possibilidade de punir o empregado não é irrestrita. Inclusive, o uso abusivo do poder disciplinar pode acarretar a responsabilização civil do empregador<sup>221</sup>.

Assim, percebe-se que o poder empregatício possui diversas facetas e modos de expressão, repercutindo diretamente na subordinação jurídica, uma vez que esta é contraponto jurídico daquele.

Pelo exposto até agora permite-se inferir que o poder diretivo decorreria, então, de dois fundamentos: do contrato de trabalho ou do direito de propriedade.

Pelo contrato de trabalho, o emprego livremente aceita acatar as ordens que lhe forem impostas pelo tomador de serviços, quanto a execução de suas atividades, surgindo a assim a subordinação<sup>222</sup>.

Enquanto pelo direito de propriedade, a detenção dos meios de produção faria com que o empregador tivesse prerrogativas no gerenciamento do empreendimento, de forma a melhor atingir seus objetivos<sup>223</sup>.

Sob o assunto, as palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Há o entendimento de que o poder de direção se funda no direito de propriedade. O empregador, justamente por ser o titular do empreendimento empresarial, teria o poder de organizar, controlar e disciplinar os fatores de produção, no caso o trabalho prestado pelos empregados. [...]

Uma outra corrente, que pode ser considerada a mais adequada, defende que o fundamento do poder de direção encontra-se no contrato de trabalho. O fundamento, assim, seria de ordem jurídica; a existência do contrato de emprego, em si, autoriza o empregador a exercer o poder de direção, tornando o trabalho do empregado subordinado.<sup>224</sup>

De toda sorte, qual seja a fundamentação adotada (nesta monografia, a acepção decorrente do contrato de trabalho), a subordinação jurídica, mesmo em sua acepção clássica pode ser vista como uma exteriorização do poder empregatício.

221 Ibidem, p. 396.

222 Ver item 5.1.

223 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 193.

224 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 392.

Assim descreve Amauri Cesar Alves, conforme citação de Danilo Gonçalves Gaspar:

[...] A subordinação, poder-se-ia dizer, é fruto e modo de exteriorização do poder diretivo, que por sua vez é manifestação do poder empregatício. A subordinação, assim, seria um efeito contratual decorrente de um conjunto de prerrogativas (direitos) posto à disposição do empregador para o bom gerenciamento de seu empreendimento. A subordinação seria a expressão característica e principal do poder diretivo.<sup>225</sup>

Desta forma, inicialmente é possível perceber uma relação condicional entre o poder de direção e a subordinação jurídica, uma vez que está acaba sendo uma exteriorização daquele.

Por conseguinte temos, conforme já estudado, que o conceito clássico de subordinação foi construído com base no modelo de produção vigente a época. No entanto, com o advento da 3ª Revolução Industrial, surgiram novos modelos e tecnologias que influenciaram no modo de sujeição do empregado ao empregador<sup>226</sup>.

Passou-se de um exercício “intenso e efetivo do poder diretivo”, pelo tomador de serviço, para a concessão de “maior liberdade no exercício da prestação de serviços” ao obreiro. Ou seja, o modelo de gestão “pós-fordista” reduziu “a intensidade do exercício do [...] poder diretivo” na relação de emprego<sup>227</sup>.

Isso faz inferir que o poder de direção sofreu modificações na forma de seu exercício, pelo empregador. O que deveria, por conseguinte, impactar na percepção do conceito de subordinação.

Contudo, essa mudança de paradigma não ocorreu, provocando a atual crise conceitual do requisito ao vínculo de emprego:

Não se pode falar, dessa forma, em fim ou declínio do trabalho subordinado. Esse, em verdade, continua sendo subordinado, uma vez que prestado por conta alheia por um trabalhador que não detém a propriedade dos meios de produção e, portanto, a alteração, a difusão, a rarefação encontram-se no modo do exercício do poder diretivo por parte do empregador que, agora, valoriza espaços de autonomia.

225 ALVES apud GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 193.

226 Ver item 5.2.

227 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 193-194.

Como se vê, a crise não se instalou no trabalho subordinado, mas sim no conceito historicamente formulado de subordinação jurídica. Essa sim, classicamente concebida, encontra-se em crise, uma vez que não interessa a empresa pós-fordista o intenso e efetivo controle da prestação de serviços do trabalhador.<sup>228</sup>

É nesse contexto que Danilo Gonçalves Gaspar propõe a elasticidade/potencialidade do poder direção, bem como da subordinação:

Dessa forma, o que há é um processo que comprova a elasticidade do poder diretivo do empregador que, de acordo com os seus interesses, o exerce de forma intensa ou atenuada. [...]

Portanto, sendo elástico o poder diretivo, ou seja, podendo ele ser exercido de um grau mínimo a um grau máximo, a noção de subordinação jurídica remete a uma ideia de potencialidade.<sup>229</sup>

Assim, comprova-se que o poder empregatício tem por característica a potencialidade, podendo ser utilizado de acordo com os interesses do empregador, em maior ou menor escala. E como a subordinação é a exteriorização desse poder, segue na mesma toada, podendo o empregado sofrer maior ou menor sujeição no direcionamento de suas atividades<sup>230</sup>.

## 6.2. Conceito de Subordinação Potencial

Pelo exposto, a noção de Subordinação Potencial gravita em torno da compreensão elástica do poder de direção do empregador sobre a prestação de serviços do empregador, ou seja, do poder diretivo potencial.

Danilo Gonçalves Gaspar, proponente da teoria potencial da sujeição obreira, defende que o poder empregatício guarda proporção de acordo a intencionalidade do tomador de serviços, bem como pelo modo de produção adotado por ele na atividade empresarial (taylorista-fordista/pós-fordista)<sup>231</sup>.

Nesse sentido, para configuração do trabalho subordinado não seria necessária a aferição da gestão do empregador por meio de ordens diretas e efetivas.

228 Ibidem, p. 194-195.

229 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p.195-196.

230 Ibidem, p. 196.

231 Ibidem, p. 196-200.

Ou seja, não seria precisa a constatação de que o obreiro sofre uma heterodireção patronal rigorosa e constante, no exercício de seu labor<sup>232</sup>.

Ao revés, a “mera possibilidade jurídica dessa intervenção” na “esfera jurídica do empregado” já configuraria a subordinação deste perante o tomador de serviços. Para o autor, o trabalhador “subordinado é aquele que se encontra em estado potencial de subordinação”<sup>233</sup>.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, conforme citação de Danilo Gonçalves Gaspar, trata da potencialidade do requisito do contrato de trabalho da seguinte forma:

A potencialidade da subordinação significa, em termos obrigacionais, um estado permanente de crédito do empregador para com o empregado. O crédito, tal como entendemos, desdobra-se em duas etapas conceituais distintas e sucessivas. Pela primeira, reserva-se ao credor do trabalho (o empregador) o poder jurídico da exigibilidade, a que corresponde, para o prestador, uma situação de débito constante, que é estar a disposição.<sup>234</sup>

Dando seguimento, atualmente existe mais de um modelo produtivo vigente, criando figuras diversas do tradicional empregado. E, como já comprovado, o conceito clássico de subordinação necessita ser revistado, porque não consegue abarcar as novas relações de trabalho, surgidas com os modelos de produção pós-fordistas<sup>235</sup>:

[...] um conceito contemporâneo de subordinação jurídica precisa abranger os dois modelos de produção em vigor, até porque a diferença entre eles, essencialmente, encontra-se na forma por meio da qual o tomador de serviços exercer o seu poder diretivo [...]

Assim, a subordinação jurídica precisa acompanhar a elasticidade e a potencialidade do poder diretivo, poder este que, como visto, pode ser exercido de um grau máximo a um grau mínimo.<sup>236</sup>

A potencialidade da subordinação jurídica traz elementos que a permitem fazer:

232 Ibidem, loc. cit.

233 Ibidem, p. 197.

234 VILHENA apud GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016,, p. 197.

235 Ver item 5.2.

236 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 199.

Nesse sentido, pode-se afirmar que há subordinação potencial quando o trabalhador, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador de serviços, recebendo ou não ordens diretas desse, em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador.<sup>237</sup>

Percebe-se, assim, que a “nota de destaque” da Subordinação Potencial seria a cobertura tanto do “[...] trabalhador que sofra o exercício direto e intenso do poder diretivo [...]” quanto o trabalhador que “[...] possui maior liberdade na execução de sua atividade [...]”<sup>238</sup>.

Para que a subordinação potencialidade possa ter validade, Danilo Gonçalves Gaspar propõe quatro elementos precisos a sua configuração:

[...]

- a) ausência de subordinação na dimensão clássica (com recebimento de ordens diretas por parte do tomador de serviços);
- b) ausência de controle, por parte do prestador de serviços, dos fatores de produção e, portanto, ausência de domínio da atividade econômica;
- c) prestação de um serviço por conta alheia, isso é, com recebimento, pelo prestador dos serviços de até, no máximo, de valor inferior a 50% do resultado econômico do produto do trabalho;
- d) inserção na dinâmica organizacional do tomador; [...]<sup>239</sup>

Desta forma, a Subordinação Potencial compreende-se como:

[...] a dimensão da subordinação jurídica caracterizada quando o trabalhador: a) não subordinado classicamente [...] b) sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica; c) presta um serviço por conta alheia, isso é, recebendo valor inferior a 50% do resultado do produto do trabalho; d) ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador de serviços; e) recebendo ou não ordens diretas desse; f) em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador.<sup>240</sup>

237 Ibidem, loc. cit.

238 GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: Ltr, 2016, p. 199.

239 Ibidem, p. 200.

240 Ibidem, p. 200.

Em suma, pelo exposto, entende-se que o conceito de Subordinação Potencial anda em consonância com as modalidades de exercício do poder direito do empregador. Conseguindo contemplar adequadamente todas as formas de trabalho prestado por conta alheia e, por conseguinte, e obreiros hipossuficientes.

Cabendo ressaltar que noção de potencialidade não nega a acepção clássica, ao contrário, a complementa, pois esta estaria englobada por aquela<sup>241</sup>.

### **6.3. Subordinação Potencial como mecanismo de efetivação do Princípio da Proteção**

Como já estudado anteriormente, o Direito do Trabalho tem por objeto a tutela da relação de emprego, ou seja, do trabalho subordinado. Sendo uma de suas funções precípua a melhoria das condições de trabalho.

O Princípio da Proteção, por sua vez, confunde-se com a própria razão de ser do Direito do Trabalho, destinando-se a proteção do empregado. Compensando juridicamente a desigualdade socioeconômica existente entre o empregado e o empregador.

Assim, o princípio protetivo, além de ser fundamento do ramo jurídico especializado, também efetiva o próprio Direito do Trabalho, uma vez que busca promover a dignificação do obreiro.

Contudo, o ramo juslaboral do Direito, por ter como objeto a relação de trabalho subordinado, encontra nos requisitos de configuração dessa a limitação de seu objeto. Em termos simples, o ramo juslaboral apenas se operacionalizará quando preenchidos os requisitos do contrato de trabalho.

O elemento ou requisito que diferencia o trabalho verdadeiramente autônomo do trabalho subordinado é a subordinação jurídica.

Assim, pode-se inferir que a subordinação jurídica não limitará apenas o objeto do Direito Trabalho, como também limitará a atuação do Princípio da Proteção. Pois este é mecanismo de efetivação daquele.

241 Ibidem, loc. cit.

Ou seja, o requisito essencial a configuração da relação de emprego, ao mesmo tempo que limita, efetiva tanto o Direito do Trabalho, como o próprio Princípio da Proteção.

No entanto, como restou demonstrado, atualmente, a acepção clássica de subordinação jurídica não consegue abarcar adequadamente todas as formas de labor subordinado. Motivo pelo qual se tornou necessária uma revisitação conceitual.

Nesse contexto, a noção de potencialidade da subordinação jurídica consegue cumprir louvavelmente o papel a que se propõe, diferencial o labor autônomo do executado em proveito alheio.

Razão pela qual, compreende-se que o conceito de Subordinação Potencial deve ser aplicado na constatação da existência de labor subordinado.

Nesse sentido, a Subordinação Potencial seria o elemento de restrição do Direito do Trabalho, ao mesmo passo que permite a sua operacionalização.

E, como já depreendido, a subordinação jurídica, neste caso a Potencial, não repercute apenas no campo do direito em si, como também ao derredor do princípio protetivo.

Destarte, por todo o exposto, chega-se a conclusão de que a construção doutrinária da Subordinação Potencial caracteriza-se como verdadeiro mecanismo de efetivação do Princípio da Proteção.

## **7. CONCLUSÃO**

No presente trabalho monográfico fora estudado o surgimento e conceituação do Direito do Trabalho, entendido como o ramo jurídico especializado que surgiu para promover a compensação socioeconômica das relações de trabalho subordinado.

Para tanto, perpassou-se pela análise do Princípio da Proteção, compreendido como uma das pedras basilares do ramo jurídico especializado, bem como um de seus mecanismos de efetivação. Uma vez que o objeto do princípio protetivo se confunde com a própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Destarte, delimitou-se o objeto do Direito do Trabalho a relação de emprego/ contrato de trabalho.

Ao analisar o objeto do direito, encontrou-se no requisito da subordinação jurídica o principal diferenciador entre o trabalho verdadeiramente autônomo e o subordinado. E, assim, o principal elemento de delimitação de tutela do próprio ramo jurídico.

Por uma operação lógica, chegou-se a conclusão de que a subordinação jurídica, além de ser delimitador do objeto de estudo do Direito do Trabalho, também opera como seu mecanismo de efetuação.

Assim, uma vez que o requisito condiciona e efetiva o ramo jurídico, o faz nesse mesmo sentido ao Princípio da Proteção. Uma vez que este guarda relação de identidade com o Direito.

Nesse caminho, constatou-se que a acepção clássica de subordinação jurídica não encontrava-se atual, necessitando de uma revisitação conceitual, de modo que a adequa-se a todas as formas de trabalho subordinado hodiernas. Noção encontrada na Subordinação Potencial.

Por fim, foi através deste percurso que foram respondidas todas as perguntas propostas no início da presente monografia, concluindo-se que a Subordinação Potencial caracteriza-se como verdadeiro mecanismo de efetivação do Princípio da Proteção.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. **As novas faces da subordinação no contrato de trabalho**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-29102012-135506/t-br.php>>. Acesso em 20.08.18.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **Subordinação Potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica**. São Paulo: Ltr, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: 2002.

**SUBORDINAÇÃO**. Dicionário online do PRIBERAM, 15 de setembro de 2018. <<https://www.priberam.pt/dlpo/subordina%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 15.09.2018

**TRABALHO**. Dicionário online do PRIBERAM, 29 de agosto de 2018. Disponível em <<https://www.priberam.pt/dlpo/trabalho>>. Acesso em 29.08.2018