

# O FUTURO DO TRABALHO NO MUNDO GLOBALIZADO

(22 E 23 DE JANEIRO DE 2018)

## A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Yone Frediani\*

**Resumo:** Este estudo destina-se a examinar a subordinação jurídica, típica dos contratos de trabalho, bem como a denominada subordinação estrutural utilizada, processualmente, para reconhecimento da relação de emprego e seus reflexos diante da Lei 13.467/17.

**Palavras-Chave:** Subordinação jurídica. Subordinação Estrutural.

**Abstract:** This study is intended to examine legal subordination, typical of employment contracts, as well as the so-called structural subordination used, procedurally for recognition of the

---

\* Advogada militante; sócia de Frediani e Borba Sociedade de Advogados. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (aposentada). Doutora em Direito do Trabalho PUC/SP. Mestre em Direito das Relações do Estado PUC/SP; Mestre em Direitos Fundamentais/UNIFIEO; Professora de Direito e Processo do Trabalho nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FAAP – Fundação Armando Álvares Penteado. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, ocupando o cargo de Diretora Secretária; Membro do Conselho Superior de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias de São Paulo; Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Professora Visitante da Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália e da Universidad Tecnológica del Peru. Autora de inúmeros artigos e livros nas áreas do Direito Individual, Coletivo e Processo do Trabalho.

employment relationship and its reflexes before Law 13467/17.

Keywords: Legal subordination. Structural subordination.

Sumário: 1. Introdução. 2. Subordinação e contrato de trabalho. 3. Subordinação no desenvolvimento do contrato de trabalho. 4. Subordinação estrutural e relação de emprego. 5. Subordinação estrutural e a Lei 13.467/17. 6. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO



introdução de novas tecnologias na produção de bens e na prestação de serviços, especialmente a partir da utilização da robótica e da informática, provocaram sensíveis alterações nas relações entre trabalhadores e empregadores e também no mercado de trabalho, com o aparecimento de novas profissões.

Por outro lado, a globalização da economia provocou a ampliação e internacionalização dos mercados produtores e consumidores, novas exigências e regras comerciais no que se refere à competitividade dos mercados, eficiência e qualidade dos produtos oferecidos aos consumidores.

Tais aspectos, aliados à crise econômica, provocaram forte impacto sobre o mercado de trabalho na Europa, Estados Unidos, Ásia e Américas, motivando, pois, a necessidade de serem revistos os modelos de proteção ao trabalhador, bem assim, os tipos contratuais até então existentes.

Neste contexto, é que o ordenamento europeu, preocupou-se em incentivar a promoção da contratação de trabalhadores a tempo parcial e por prazo determinado, substituindo as antigas e rígidas regras que envolviam o trabalho a tempo pleno e por prazo indeterminado, porque optou-se pela geração de trabalho e, não necessariamente do emprego, como forma de proteção social.

Simultaneamente à adoção de tais medidas e tendo em conta a necessidade de reorganização adotada pelas grandes, médias e pequenas empresas, diversos países europeus passaram a identificar em seus mercados de trabalho, novas espécies de trabalhadores despedidos de subordinação e ao mesmo tempo, com autonomia diferenciada.

É preciso lembrar, que as mudanças decorrentes das novas tecnologias não afetaram somente o mundo do trabalho, mas, o cotidiano do cidadão que, na maior parte das vezes, passaram despercebidas, tamanho o envolvimento involuntário das pessoas no processo de externalização do trabalho.

Com efeito, analisado o segmento comercial, verifica-se, por exemplo, que em inúmeros países da Europa e também, nos Estados Unidos, supermercados e farmácias adotaram o sistema “self service”, provocando o gerenciamento da compra pelo próprio consumidor por meio de mecanismos específicos para leitura de código de barras e pagamento com dinheiro ou cartão de crédito, sendo o próprio consumidor o responsável pelo acondicionamento dos produtos adquiridos.

De igual forma, na prestação de serviços, bancos e postos de combustíveis também introduziram o sistema de auto atendimento através de equipamentos que permitem a movimentação bancária como saques, transferências, pagamentos, consultas de saldos, extratos, aplicações financeiras, etc., e o abastecimento de veículos, atividades, estas, anteriormente executadas por empregados de tais estabelecimentos.

Lembra-se, também, que na área de transportes, as companhias aéreas, ferroviárias e rodoviárias, não só colocam à venda tickets e bilhetes por meio de equipamentos de auto atendimento ou pela internet, não constituindo mais novidade, a execução do “check in” pelo próprio passageiro, com emissão dos “boarding pass” e etiquetas de bagagens e, para aqueles consumidores mais informatizados, tais procedimentos são executados através da tela de seus celulares.

Do quanto sinteticamente apontado, constata-se que a vida do cidadão comum e do trabalhador no terceiro milênio se depara com profundas e inúmeras mudanças de comportamento, com externalização de atividades múltiplas, das mais singelas às mais complexas, não se duvidando que tais mudanças atingem, por consequência, o mercado de trabalho e as relações de trabalho e de emprego.

## 2. SUBORDINAÇÃO E CONTRATO DE TRABALHO

No Brasil, o contrato individual de trabalho tal como concebido em 1943 quando da promulgação da CLT, previa, diante da realidade econômica e social do país, a prestação de serviços executada no estabelecimento patronal, em tempo integral, por prazo indeterminado, sob constante fiscalização do empregado pelo empregador e total subordinação deste às ordens do mesmo.

Com o desenvolvimento das inúmeras tecnologias, formas de produção de bens e da própria prestação de serviços, verificou-se a necessidade de um sistema contratual diferenciado a disciplinar as várias formas de prestação de serviços que surgiram, na medida em que na atualidade, nem sempre o trabalho é prestado no estabelecimento do empregador, inexistindo, pois, a fiscalização direta deste.

Neste contexto, verifica-se que o contrato de trabalho concebido no passado, não pode ser adotado na sua integralidade nas relações atuais, diante das formas especiais de jornada, diversidade de profissões e da prestação de serviços sem vínculo de subordinação em decorrência da multiplicidade de maneiras pelas quais o trabalho pode ser executado.

Outro aspecto que deve ser lembrado, refere-se ao aumento da competitividade e da exigência quanto à maior qualificação dos prestadores de serviços, circunstância que motivou o surgimento de novos modelos de atividades empresariais e, por

consequência, a forma pela qual os serviços passaram a ser executados, com sensível aumento da autonomia na prestação destes.

Na conformidade da regra contida no artigo 3º da CLT, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Assim sendo, somente haverá contrato de trabalho quando uma pessoa física prestar serviços a outra pessoa física ou jurídica, de forma habitual, a título oneroso e mediante subordinação do empregado ao empregador.

Portanto, dentre os elementos que caracterizam o contrato individual de trabalho, de primordial importância, o conceito de subordinação, eleita pela doutrina e a jurisprudência brasileiras, como elemento caracterizador da relação de emprego, valendo dizer, inexistente a subordinação jurídica do empregado ao tomador dos serviços, não há se falar em contrato de trabalho, mas de outro tipo contratual, como a prestação de serviços autônomos.

Nesse mesmo sentido, as lições do Professor desta Universidade, Pedro Romano Martinez, para quem a evolução da tecnologia acarretou alterações nas condições em que o trabalho é prestado, substituindo-se, em inúmeras hipóteses a subordinação do empregado pela autonomia na prestação de serviços.

Via de consequência, o que se verifica é que as modificações ocorridas no modo de produção de bens e serviços, determinaram mudanças nas relações até então tradicionais quanto ao local desta prestação e no tipo de vínculo que se estabelece entre prestador e tomador de serviços.

Por tais razões, necessário que o ordenamento jurídico amolde-se às novas realidades do mercado de trabalho, disciplinando novas modalidades contratuais compatíveis com as necessidades e formas da prestação de serviços.

### 3. SUBORDINAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO

Na conformidade da regra inserta no artigo 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Da união dos elementos contidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação, resulta a caracterização do contrato individual de trabalho, previsto pelo artigo 442 do mesmo diploma legal ao estabelecer que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Portanto, somente haverá contrato de trabalho quando uma pessoa física for admitida para prestar serviços a outra pessoa física ou jurídica, de forma habitual, a título oneroso e mediante subordinação, pois a subordinação jurídica do empregado ao tomador de serviços constitui elemento essencial e necessário à caracterização da relação de emprego, visto que ausente a subordinação, haverá verdadeiro contrato autônomo.

Neste sentido, a lição, no direito português, de Bernardo da Gama Lobo Xavier ao afirmar que o contrato de trabalho caracteriza-se pela subordinação jurídica, que se expressa pelo fato de que a atividade prevista na lei é desempenhada sob autoridade e direção da pessoa a quem se destina; portanto, a subordinação caracteriza-se pela direção e controle exercidos pelo empregador.

Importante lembrar que tanto o contrato de trabalho como o de prestação de serviços autônomo apresentam elementos comuns, quais sejam: pessoalidade na prestação de serviços, habitualidade e remuneração pelos serviços executados; a diferença para caracterização de um ou outro tipo contratual reside na existência ou não da subordinação jurídica do prestador de serviços ao tomador.

Na atualidade, a celebração de contrato de prestação de

serviços autônomo representa uma opção adotada por inúmeros prestadores de serviços que se dedicam ao comércio, à consultoria, assessoria contábil, informática, vendas e outras modalidades de prestação de serviços, até mesmo sob a forma de micro empresário em face da diversificação e peculiaridade dos serviços a serem executados.

#### 4. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E RELAÇÃO DE EMPREGO

No ordenamento brasileiro, com o objetivo de coibir excessos na adoção da terceirização de serviços, foi adotada e desenvolvida a teoria da subordinação estrutural.

No entendimento de Galvão e Peres e Robortella, “segundo essa teoria, os empregados do fornecedor, em virtude de sua integração à cultura do tomador (embora não tenham com eles qualquer relação jurídica), ficam estruturalmente subordinados, sendo, portanto, seus efetivos empregados”.

Examinando o mesmo tema - subordinação estrutural, afirma Pedro Paulo Teixeira Manus: “a relação que se estabelece entre os prestadores e tomadores de serviços vai sofrendo modificações, quer em razão do local em que referidos serviços são prestados, quer em razão do maior ou menor complexidade da atividade exercida pelo prestador de serviços. Daí decorre que é possível estabelecer gradação na intensidade da subordinação existente nesta relação entre prestador e tomador de serviços, o que pode indicar a existência de contrato individual de trabalho – com grau mais ou menos acentuado de subordinação jurídica – ou inexistência de contrato individual de trabalho – por se tratar de outro tipo de contrato, afim ao contrato de trabalho, mas dele distinto”.

Discorrendo sobre o mesmo tema, Mauricio Godinho Delgado assevera que as dimensões da subordinação jurídica podem apresentar-se sob a forma da subordinação clássica –

situação jurídica que submete o empregado ao poder de comando do empregador no que se refere à realização da atividade; subordinação objetiva - representada pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do tomador de serviços e subordinação estrutural - pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ordens diretas deste.

Portanto, o que se conclui é que a subordinação estrutural constitui hipótese de flexibilização do conceito de subordinação jurídica, estabelecendo tratamento geral e uniforme para situações juridicamente diversas, com efeitos pecuniários de grande expressão quando adotada pelo Judiciário Especializado para reconhecimento da relação de emprego.

Diante de tais considerações, pode-se concluir que somente quando o prestador de serviços estiver efetivamente inserido na dinâmica empresarial e, portanto, sob o comando patronal é que resultará a subordinação jurídica de que trata o artigo 442 da CLT, anteriormente apontado; caso contrário, surgirá outra figura contratual, diferente do contrato de trabalho, lembrando-se que nenhuma ilicitude poderá haver a priori, nas diversas formas de trabalho autônomo contempladas pelo Código Civil ou por leis especiais, citando-se como exemplos, a corretagem de seguros e de imóveis, a representação comercial, o transporte de cargas, salões de beleza dentre outros.

## 5. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E A LEI 13.467/2017

O novo diploma legal apontado e recentemente vigente no Brasil, ainda que timidamente, abriu uma alternativa importante e necessária ao introduzir o artigo 442-B na CLT, prevendo a contratação do autônomo com a seguinte redação : “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta



Consolidação”.

Portanto, a partir de referido marco, inicia-se uma nova era para contratação de serviços autônomos, afastando-se, a priori, eventual presunção de ilicitude quanto ao fato de que referido ajuste tenha por objetivo mascarar ou encobrir verdadeira relação de emprego.

Importante esclarecer que após a vigência da Lei 13.467/17, denominada “reforma trabalhista”, foi editada a Medida Provisória nº 808 de 14/11/2017, com a finalidade de corrigir eventuais distorções ou omissões contidas no referido texto legal, tendo acrescentado sete parágrafos à redação original do artigo 442-B pela forma que se segue :

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no caput.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º.

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º O disposto no caput se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.

No âmbito do presente estudo, não cabe discutir a legitimidade da MP sob comento, visto que de acordo com o artigo 62 da CF brasileira, constituem requisitos legitimadores para sua edição as hipóteses de "relevância" e "urgência" e, somente, em caráter excepcional serão submetidas ao crivo do Poder Judiciário, em decorrência do princípio da separação de poderes, esclarecendo-se que a conversão da MP em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da existência ou não da "relevância e urgência" da medida como ato normativo.

Regra geral, no ordenamento brasileiro, as medidas provisórias perdem sua eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Nas hipóteses de não ser editado o decreto legislativo, rejeitada ou perdida da eficácia da MP, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Dessa forma, verifica-se que a partir de 14/11/2017, com a vigência da nova versão do artigo 442-B da CLT, retirou-se do caput o critério de exclusividade contido na redação original.

Por outro lado, os parágrafos inseridos trouxeram melhor disciplina à relação autônoma, estabelecendo que o fato de o autônomo prestar serviços a um só tomador de serviços não caracteriza sua condição como empregado, podendo realizar a prestação de serviços de qualquer natureza a outros tomadores que exerçam ou não a mesma atividade econômica.

Assegurou-se, também, ao autônomo, a possibilidade de recusar a atividade demandada pelo contratante, hipótese em que, garantiu-se a aplicação de eventual penalidade prevista contratualmente.

Estabeleceu, também, que profissões especializadas como motoristas, representantes comerciais, corretores de

imóveis e de outras categorias profissionais regulamentadas por leis próprias, não ensejam a qualidade de empregado, tal como previsto no artigo 3º da CLT, fixando que o reconhecimento do vínculo de emprego dependerá da existência da subordinação jurídica do prestador de serviços.

Constata-se que novo dispositivo legal sob análise, insere no ordenamento brasileiro presunção relativa de que o trabalhador autônomo, sem exclusividade na prestação de serviços, não se encontra subordinado ao tomador, na medida em que organiza suas condições e tempo de trabalho sem interferência de quem o contratou.

Entretanto, acredita-se que a inovação ainda é insuficiente para ordenamento brasileiro, posto que não se previu o estabelecimento de direitos inerentes à atividade autônoma, como já ocorre no direito estrangeiro, citando-se como exemplos Portugal, Itália e Espanha.

Importante ressaltar que diante do princípio da primazia da realidade, se demonstrada a prestação de serviços mediante subordinação jurídica do autônomo ao tomador de serviços, claro está que o vínculo de emprego haverá de ser declarado judicialmente.

Porém, a regra legal contida no artigo 442-B, salvo melhor juízo, cria um impedimento natural à generalizada aplicação da teoria da subordinação estrutural para reconhecimento da relação de emprego, ao exigir a presença da subordinação jurídica do prestador de serviços, prestigiando, assim, a declaração de vontade quando da celebração do ajuste, diante da manifesta intenção das partes em afastar da prestação de serviços qualquer vínculo de subordinação.

## 6. CONCLUSÕES

Não se deve esquecer também, que as empresas, de maneira geral, independentemente de seu porte ou área de atuação,

dependem no seu cotidiano de um conjunto de pessoas e atividades para atingir seus objetivos e que de acordo com a regra constitucional inserta no artigo 170, cabe ao empresário a organização de seu empreendimento, dimensionamento de sua estrutura administrativa e física, da maneira que lhe convier.

Nesse sentido é que dentre os participantes deste pequeno exército que integra a atividade empresarial, encontram-se empregados, terceirizados, autônomos e eventuais prestadores de serviços que atuam nas áreas de assessoria logística, tecnologia da informação, agências de publicidade, etc., porque é desta multiplicidade de conhecimentos e atividades prestadas pelos mais diversos profissionais que a empresa alcança seus objetivos sociais, não se utilizando, portanto, somente de seus empregados, até porque algumas dessas atividades podem ser consideradas primordiais ou essenciais ao empreendimento e outras, meramente complementares.

Portanto, o desafio que se lança na atualidade é de que, de acordo com as alterações legislativas e as novas formas de prestação de serviços, a multiplicação de trabalhadores juridicamente autônomos e economicamente dependentes parecer ser irreversível, aos quais, certamente, não será possível a aplicação das regras de proteção contidas na CLT, já que destinadas àqueles que mantêm contrato de trabalho.

Importante ressaltar que, a valorização do trabalho independente ou autônomo não provoca o afastamento dos princípios protetores que inspiram o Direito do Trabalho, mas, sua aplicação somente deverá ser garantida somente àqueles que, verdadeiramente, trabalharam sob o regime de subordinação jurídica.