

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Matheus Gallarreta Zubiaurre Lemos

ANÁLISE DA DEPENDÊNCIA COMO REQUISITO DA RELAÇÃO DE
EMPREGO: uma releitura a partir da noção de cláusulas gerais

Porto Alegre

2022

Matheus Gallarreta Zubiaurre Lemos

ANÁLISE DA DEPENDÊNCIA COMO REQUISITO DA RELAÇÃO DE
EMPREGO: uma releitura a partir da noção de cláusulas gerais

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2022

Matheus Gallarreta Zubiaurre Lemos

ANÁLISE DA DEPENDÊNCIA COMO REQUISITO DA RELAÇÃO DE
EMPREGO: uma releitura a partir da noção de cláusulas gerais

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de Mestre
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul

Aprovada em __ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Prof^ª. Dr^ª. Simone Tassinari Cardoso

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra dos Santos

Prof. Dr. Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a dependência como requisito da relação de emprego, sob a ótica do instituto das cláusulas gerais. O objetivo é analisar se, por essa perspectiva, é possível dar outro significado à dependência além da subordinação. Para tanto, na primeira parte do trabalho, apresenta-se a teoria da dependência, suas principais espécies e as razões pelas quais elas foram consideradas inadequadas pela doutrina. Ainda nessa primeira parte, o trabalho apresenta a subordinação, as razões pelas quais ela foi considerada como o melhor e único sentido do termo dependência e o principal requisito da relação de emprego e, no final dessa primeira parte, apresentam-se as críticas ao requisito subordinativo. A segunda parte do trabalho, através da análise de um caso, inicia demonstrando como a jurisprudência também não é capaz de traduzir as vantagens da subordinação apontadas pela doutrina. Na sequência, são apresentadas as cláusulas gerais e a sua definição. Posteriormente, são apresentadas as espécies de cláusulas gerais para, sobre o terreno construído, analisar se os dispositivos que definem dos sujeitos da relação de trabalho podem ser considerados cláusulas gerais. Ao final, conclui-se pela possibilidade de esses dispositivos serem considerados cláusulas gerais, na espécie conceitos indeterminados.

Palavras-chave: Dependência; Subordinação; Cláusulas Gerais; Conceitos Indeterminados.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to analyze dependency as a requirement of the employment relationship from the standpoint of the institution of general clauses. The objective is to analyze whether, from this perspective, it is possible to give another meaning to dependency other than subordination. To this end, the first part of the paper presents the theory of dependency, its main types and the reasons why they have been considered inadequate by the doctrine. Still in this first part, the work presents subordination, the reasons why it was considered the best and only meaning of the term dependency and the main requirement of the employment relationship and, at the end of this first part, the criticism of the subordinate requirement is presented. The second part of the work, through the analysis of a case, begins by demonstrating how the jurisprudence is also unable to translate the advantages of subordination pointed out by the doctrine. Next, the general clauses and their definition are presented. Subsequently, the species of general clauses are presented in order to analyze whether the provisions that define the subjects of the employment relationship can be considered general clauses. At the end, it is concluded that it is possible that these provisions may be considered general clauses, in the species of indeterminate concepts.

Keywords: Dependency; Subordination; General Clauses; Indeterminate Concepts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DA DEPENDÊNCIA À SUBORDINAÇÃO	11
2.1. Teoria da Dependência	11
2.1.1. Espécies de dependência mencionadas pela doutrina	11
2.1.2. Afastamento do critério de dependência pela doutrina	30
2.2. Subordinação Como Requisito da Relação de Emprego	39
2.2.1. Consagração do requisito subordinativo	40
2.2.2. Deficiências do requisito subordinativo	56
3. CLÁUSULAS GERAIS E DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO	78
3.1. A Definição da Relação de Emprego e as Cláusulas Gerais	79
3.1.1. A jurisprudência trabalhista frente à dependência e a subordinação	79
3.1.2. A ideia de cláusulas gerais como possível solução	95
3.2. A Ideia de Cláusulas Gerais Aplicada aos Arts. 2º e 3º da CLT	122
3.2.1. Espécies de cláusulas gerais	122
3.2.2. Análise dos arts. 2º e 3º da CLT	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS	150

1. INTRODUÇÃO

O art. 3º da CLT considera empregado a pessoa física que labora de forma não-eventual, mediante salário e sob a dependência do empregador. A doutrina e a jurisprudência apontam que trabalhar sob dependência é laborar mediante subordinação. Este trabalho pretende investigar, sob a ótica das cláusulas gerais (para o trabalho, considerada como tipologia normativa), se é possível superar a ideia de ser a subordinação o único significado possível para o termo dependência. Pretende-se verificar a possibilidade de, sem alteração legislativa, estender a proteção juslaboral para além da relação de emprego na acepção como hoje é majoritariamente compreendida, ou seja, para além do trabalho subordinado.

Há um inconveniente em considerar a subordinação como um requisito inafastável para a incidência protetiva. Quando se limita a proteção ao trabalho subordinado, outras relações em que há assimetria não sofrem a incidência da proteção, fazendo com que o ramo jurídico trabalhista perca eficácia e legitimidade. Muitas das novas relações de trabalho apresentam o elemento subordinativo rarefeito ou inexistente, muito embora a relação em que uma pessoa contrata a disponibilização do trabalho de um indivíduo ainda seja uma relação de desigualdade. Por isso, a pergunta que orienta o trabalho como busca da solução do problema é: ao interpretar e aplicar os dispositivos que definem a relação de emprego no caso concreto, há possibilidade de atribuir outros significados para a dependência?

A hipótese que impulsiona esta dissertação é de que, diferentemente do que entende a doutrina majoritária, o termo dependência possui outros significados adequados ao direito do trabalho além da subordinação, e que, portanto, trata-se de um conceito normativamente vago. Se a hipótese se confirma, é possível considerar que a apuração da presença da subordinação não é absolutamente necessária para que a relação de trabalho seja considerada uma relação de emprego. No caso de não confirmação da hipótese, há dois caminhos possíveis. A perda de eficácia e legitimidade pode agravar-se a ponto de ser necessária uma intervenção legislativa, o que é problemático em matéria trabalhista, por causa dos interesses amplamente antagônicos, ou se torna necessário buscar outros institutos da teoria geral do direito e da interpretação eventualmente capazes de contornar a circunstância apontada no problema do trabalho.

Portanto, o tema da dependência e o problema da sua limitação pela subordinação serão abordados através da perspectiva das cláusulas gerais. Será investigado se os dispositivos legais brasileiros que delimitam a relação de emprego contêm as características das cláusulas gerais, para que avalie a possibilidade de atribuição de outros sentidos a esse sintagma além da subordinação.

Justifica-se essa abordagem por duas razões. A primeira é que, no direito trabalhista, por questões extrajurídicas, as alterações legislativas são dificultosas e se dão muitas vezes mediante debates renhidos, do que decorre uma incerteza sobre o produto final da atividade legiferante. Para a manutenção da eficácia e legitimidade da disciplina, é preferível alargar a abrangência da proteção juslaboral sem a necessidade de alteração legislativa. A segunda razão é que o direito do trabalho, em razão do esforço para delimitar seu distanciamento do direito comum, aproveita-se pouco e insatisfatoriamente da teoria geral do direito e dos institutos do direito privado. A doutrina juslaboral construiu a subordinação como um sentido único do termo dependência, sem atentar-se para as possibilidades que poderiam eventualmente emergir do direito civil.

O entendimento de que é necessário dar um sentido único para a dependência (e a conseqüente busca por esse sentido) gerou uma ampla discussão sobre o significado da subordinação, o que não resta esclarecido no campo teórico, de forma satisfatória, até hoje: muito se discute, principalmente, se a subordinação deve ser tomada no seu aspecto subjetivo, ou se deve ser entendida no seu aspecto objetivo. Já no campo prático, a produção jurisprudencial é excessivamente conservadora e teoricamente pobre na análise de reconhecimento da relação de emprego do caso concreto, o que denota o não atingimento dos objetivos de clareza, abstração e abrangência. Quando os julgadores se arriscam a ir além da noção subjetiva de subordinação, não são capazes de definir critérios uniformizadores hábeis a produzir segurança jurídica, fazendo com que a subordinação sirva tanto para incluir a relação da lide na relação de emprego como para excluí-la dessa mesma relação.

Muito embora o entendimento predominante seja da absoluta necessidade de entender-se a subordinação como requisito essencial da relação de emprego e sentido único do termo dependência, também há esforços teóricos relevantes para estabelecer a indeterminação ou vagueza desse sintagma, mas não se localizou qualquer análise comparativa com o instituto das cláusulas gerais. Então, faz-se necessário o trabalho a ser aqui realizado. Por isso, a análise do requisito dependência sob a ótica das cláusulas gerais

pode ser salutar para a disciplina, na medida em que pode auxiliar na oxigenação de uma construção juslaboral confusa e ensimesmada. A análise sob a ótica aqui proposta pode apresentar solução para ambas as dificuldades. Se os arts. 2º e 3º formassem uma cláusula geral, a subordinação não poderia ser o sentido único atribuível ao trabalho sob dependência e, portanto, a área de incidência da disciplina poderia alterar-se para além do trabalho subordinado, auxiliando no cumprimento do objetivo da disciplina. Além disso, a análise do problema sob a ótica desse instituto, utilizado com sucesso no direito civil, poderia propor soluções uniformizadoras e mais seguras.

Com isso em vista, estabeleceu-se o objetivo geral: analisar a possibilidade de se dar um sentido mais amplo para além da subordinação como um requisito da relação de emprego. Para chegar a esse objetivo principal, entendeu-se adequado superar seis objetivos específicos e parciais.

Primeiramente, pretende-se apresentar as definições de dependência (item 1.1.1), as quais, em algum momento, foram consideradas como requisito da relação de emprego, para, na sequência, demonstrar as razões pelas quais elas foram refutadas (item 1.1.2). Em segundo lugar, será demonstrado como a subordinação venceu a batalha doutrinária e passou a ser considerado um requisito da relação ora estudada (item 1.2.1), para posteriormente apresentarem-se as críticas a esse instituto (item 1.2.2).

Em terceiro lugar, considerando o trunfo do requisito subordinativo para a relação de emprego e sua unanimidade, será realizado um recorte de uma jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, para demonstrar como vem decidindo-se com base na subordinação quando da análise do vínculo de emprego de um caso específico (item 2.1.1). Neste item, serão tecidos comentários e serão feitas algumas ligações com as críticas apresentadas no primeiro capítulo. Em quarto lugar, será apresentada a definição de cláusulas gerais, suas características, estrutura e demais fundamentos (item 2.1.2), demonstrando como ela pode, através de sua lógica operacional, apresentar possíveis soluções para o problema demonstrado no item anterior e no último item do primeiro capítulo.

Em quinto lugar, serão apresentadas as espécies de cláusulas gerais (item 2.2.1). E, como último objetivo específico, será analisado se os arts. 2º e 3º da CLT são uma cláusula geral e se a ampliação do sentido de dependência para além da subordinação é adequada em relação à disciplina, no ordenamento jurídico pátrio (item 2.2.2).

O método de abordagem do presente trabalho é o hipotético-dedutivo e a pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial.

2. DA DEPENDÊNCIA À SUBORDINAÇÃO

O conceito de subordinação se trata de uma construção doutrinária, tido como a melhor resposta de significado para o termo dependência, que é adotado em muitas legislações trabalhistas, ainda que não em todas. No ordenamento brasileiro, encontra-se no art. 3º da CLT. Sem prejuízo dos demais critérios – pessoalidade, não-eventualidade e onerosidade –, a nota distintiva da relação empregatícia é, conforme lição da quase totalidade da doutrina, a subordinação jurídica. O protagonismo desse critério relegou os outros critérios ao plano secundário na doutrina, que concentrou todos os esforços na delimitação do seu conceito e limites¹.

Há, contudo, concepções mais amplas para a dependência do que a mera subordinação. É delas que se passa a tratar.

2.1. Teoria da Dependência

A dependência é o traço da dependência o constitutivo da singularidade do direito do trabalho: a justificativa ontológica desse ramo especializado é a condição essencialmente dependente do trabalhador assalariado para com o Capital². Inobstante essa certeza de que a dependência é o critério diferenciador, remanesce a dúvida sobre no que ela consiste. Passa-se a essa análise.

2.1.1. Espécies de dependência mencionadas pela doutrina

Nesta subdivisão, o trabalho passa a apresentar as principais espécies de dependência que já foram consideradas pela doutrina como um critério diferenciador da relação de emprego. Exclui-se a dependência jurídico-pessoal (subordinação) da análise aqui desenvolvida, porque ela será apresentada e analisada em tópico próprio, haja vista sua importância e preponderância sobre as demais para a doutrina.

¹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021, p. 24.

² OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, p. 173.

É necessário que os trabalhadores dependentes sejam protegidos, mas como traduzir isso juridicamente? Silva, quando busca a razão para que o direito proteja os fracos, diz que o motivo dessa proteção radica na assimetria de um dos contratantes em face do outro. A superioridade dessa contraparte permite a imposição unilateral das cláusulas contratuais, sendo impossível para aquele que está em desvantagem discutir: pode somente aceita-las ou recusá-las em bloco. Nessa análise traz à baila a ideia de Gerard Couturier, que analise três espécies de inferioridade³.

A primeira delas consiste na inferioridade-constrangimento, que afeta o contratante fraco na sua liberdade, impedindo-o de negociar seus interesses da melhor maneira. Sua aceitação tem um valor limitado, porque emana de alguém sem a possibilidade de recursar. Chega-se a falar em subordinação pré-existente ao contrato, porque a desigualdade de fato desempenha um papel fundamento no limiar da relação de trabalho quando a desigualdade intelectual se junta à dependência econômica, deixando o trabalhador à mercê do empregador⁴.

Outra dessas espécies consiste na chamada inferioridade-vulnerabilidade, que se baseia na ideia de que o empregado é um contratante vulnerável. Essa posição decorre da possibilidade de sua própria pessoa estar implicada na execução do contrato. Outra razão dessa vulnerabilidade é justamente a subordinação em que o empregado se encontra por força do contrato, perfilada com certas obrigações contratuais. Por força disso, todas as precauções devem ser tomadas para que haja limitação a essa subordinação, a qual deve atender exclusivamente à prestação do trabalho e, mesmo assim, sem deixar de lado o respeito à pessoa e a sua dignidade⁵.

À última, é dado o nome de inferioridade-ignorância. Essa ocorre quando um dos contratantes é profissional e o outro é leigo, desprovido das informações jurídicas e gerais, que tenham importância para que se tenha conhecimento de causa. Este é necessário para que a concordância seja plena por parte do sujeito em posição de vulnerabilidade, justificando-se, portanto, a necessidade de desenvolvimento de obrigações de informação e de um formalismo informativo, tanto no que diz respeito às regras aplicáveis nos contratos comuns como nos atípicos. Essa fraqueza pode ser inerente ou relativa. A inerente ocorre em razão do estágio de desenvolvimento mental do contratante, ou de seu

³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho**: principiologia. São Paulo: LTr, 1997, p. 22-23.

⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho**: principiologia. São Paulo: LTr, 1997, p. 22-23.

⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho**: principiologia. São Paulo: LTr, 1997, p. 24.

conhecimento limitado, que não é suficiente para emitir um juízo esclarecido sobre a importância dos compromissos estabelecidos, enquanto a relativa é a simples ignorância do regramento aplicável a seu contrato⁶.

Para traduzir normativamente essas inferioridades, a legislação brasileira utilizou o termo dependência, o qual vem sendo analisado com frequência pela doutrina. Para Lamarca, o contrato de individual de trabalho nada mais é do que a locação de serviços mais a dependência: se há dependência, a legislação do trabalho incide com todas as consequências; se não há, o contrato é regulamentado pelo direito comum. Esse autor também entende que a doutrina apontou quatro subespécies de dependência, quais sejam, a econômica, a técnica, a social e a jurídica⁷.

Maranhão aponta que, para o art. 3º da CLT, é empregado toda pessoa que presta serviço a empregador sob a dependência deste. Pondera que a dependência consiste numa expressão muito vaga, podendo ser jurídica, econômica, moral, ter consequências de ordem pessoal, patrimonial, dentre outros⁸. Segundo Russomano, a linha que divide o trabalho dependente do trabalho independente é a dependência, é preciso averiguar qual a natureza da dependência que transforma a relação de trabalho na relação de emprego e que, portanto, explica e define a relação de emprego⁹.

A doutrina nacional e internacional envidou esforços para qualificar a dependência. Esta não consta como critério da relação de emprego somente no ordenamento pátrio, mas também está presente em muitos outros, como será visto no decorrer deste trabalho. A sua definição, porém, passa pela atribuição de vários sentidos ao sintagma dependência. Para Araújo e Coimbra, o estado de dependência está na essência do contrato de trabalho. Porém, segundo eles, o reconhecimento da dependência como elemento fundamental, embora seja uníssono, traz consigo discordâncias em relação à sua natureza. As divergências doutrinárias poderiam ser quatro: dependência social, técnica, econômica ou a própria subordinação jurídica¹⁰.

⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho**: principiologia. São Paulo: LTr, 1997, p. 23.

⁷ LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969 p. 103.

⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1999, p. 249.

⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, p. 28.

¹⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014, p. 253-254.

Talvez, o sentido que mais tenha sido atribuído a esse requisito da relação de emprego, depois da subordinação, seja a dependência econômica. Catharino aponta que o direito do trabalho surge para compensar desigualdades econômicas, de modo a reduzir ou evitar uma coação baseada nessa discrepância que seria capaz de viciar a vontade dos mais fracos em benefício dos economicamente mais poderosos¹¹.

Camino aponta que a ideia de dependência econômica está atrelada à ideia de hipossuficiência econômica de Cuche, segundo a qual, para sua constatação, são necessários dois requisitos. No primeiro deles, o trabalhador deve ter no seu trabalho, a única ou a principal fonte de subsistência, devendo viver através do salário recebido, e ainda, esse salário não pode ultrapassar muito mais do que o necessário para seu sustento ou o de sua família. A segunda condição impõe a necessidade de o empregador, que paga pelo trabalho prestado, absorver a atividade do trabalhador de forma integral e regular, de sorte que o empregado não tenha disponibilidade para oferecer seu trabalho a outro tomador de serviços¹².

Catharino explica que essa noção de Cuche impõe uma dependência econômica relativa quanto ao empregado e absoluta quanto ao empregador. Isso porque, no que diz respeito ao primeiro, a remuneração deve ser a principal fonte de sobrevivência, mas não a única, denotando a possibilidade de ele aferir alguma renda de forma secundária que auxilie na sua manutenção. Por outro lado, o tempo de emprego há de ser absorvido de forma integral e regular pelo empregador, o que exclui a possibilidade de dois empregos, já que essa absorção inviabilizaria a manutenção de outros empregos. Mesmo não restando excluídos outros meios de subsistência do empregado, é impossível que o empregado tenha dois empregos para o critério de dependência econômica formulado desse modo¹³. Vilhena aponta que a doutrina francesa, de onde emerge Cuche, foi fortemente influenciada pela disparidade econômica das partes, erigindo a subordinação econômica a um caráter de principalidade, a ponto de se encontrarem doutrinadores que mencionam ser a subordinação jurídica um símbolo da subordinação econômica, o que possibilitaria a substituição daquela por essa¹⁴.

¹¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 202.

¹² CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão de fábrica ao serviço público**. [Tese de Doutorado]. UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD_: Porto Alegre, 2011, p. 106.

¹³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 202-203.

¹⁴ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 515.

Gomes e Gottschalk também trabalham a dependência econômica, em termos semelhantes. Para eles, as condições necessárias à configuração da dependência econômica se reduzem a uma só: que o trabalhador ganhe a vida com o trabalho que executa em proveito de quem lhe paga. Se o trabalhador tira do trabalho o único ou o principal meio de subsistência, fica subentendido que seu tempo de trabalho fica completamente absorvido, mas, se lhe sobrar tempo, o trabalho prestado para aquele empregador não é o único meio de manutenção, inexistindo dependência econômica¹⁵.

A ideia de dependência econômica repercute a noção clássica de hipossuficiência formulada por Cesarino Júnior. Para esse autor, os homens se dividem em proprietários e não proprietários, o que, para ele, equivale-se à divisão entre ricos e pobres. Aqueles que não são proprietários somente possuem sua força de trabalho e são denominados como hipossuficientes. Já os proprietários são os autossuficientes. A relação entre ambos traçada é no sentido de que os primeiros estão em relação aos segundos numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem deles para viver e fazer viver sua família, e o fazem a partir do salário pago pelo seu trabalho. Por sua vez, os autossuficientes possuem bens, os meios de produção, e contratam a prestação de serviço dos hipossuficientes. Segundo Cesarino Junior, eles possuem a liberdade de dispor das coisas e dos homens, porque são senhores dos instrumentos de trabalho e também detêm poder de comando sobre os trabalhadores. Dessa forma, aquele que é socialmente poderoso, exercendo sua liberdade, produziria a escravidão daquele que é fraco¹⁶.

Oliveira, utilizando essa ideia, afirma que os sujeitos economicamente fracos, os hipossuficientes, são os destituídos de propriedade que dependem da força de trabalho e para os quais foi concebido o direito trabalhista. Essa desigualdade, da qual decorre uma coação, que é ao menos implícita, legitima uma proteção em favor dos sujeitos materialmente desfavorecidos na relação¹⁷.

A questão envolvendo a necessidade de haver dependência econômica é bastante estudada também pela doutrina juslaboral internacional. Na obra de La Cueva, por exemplo, encontra-se tratamento da questão no direito trabalhista mexicano em meados do século passado. O autor mexicano conta que, no direito trabalhista mexicano, no ano

¹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135.

¹⁶ CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 40-45.

¹⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011.

de 1954¹⁸, o art. 17 da lei trabalhista daquele Estado indicava a necessidade de o serviço ser prestado sob a direção e dependência do empregador. Também explica que o uso desses dois termos pela legislação fora uma fonte de dúvida para a doutrina e jurisprudência que se debruçavam sobre a questão. A primeira doutrina mexicana – assim denominada pelo autor – sustentou, por vários anos, que, enquanto o termo direção se referia à subordinação técnica do empregado (o trabalhador está obrigado a seguir as determinações do empregador na execução do trabalho), o termo dependência expressava a subordinação econômica do trabalhador ao empregador. Traz também várias decisões de tribunais no seu estudo, inclusive da Suprema Corte de Justiça, demonstrando que esse era também o entendimento da jurisprudência¹⁹.

A ideia de dependência econômica está ligada à origem do direito do trabalho. O direito do trabalho surgiu para o operário industrial. A sua posição na relação de trabalho de que a então disciplina incipiente se ocupava justificou a tese de dependência econômica, porque esse operário vivia do salário diário e estava absolutamente ligado à empresa²⁰. Mesmo com essa vinculação à origem da disciplina, o critério jamais foi abandonado por completo. Como será apresentado em tópico próprio ele realmente restou afastado pela doutrina, que preferiu a subordinação como marco diferenciador da relação de emprego. Porém, jamais foi descartado na totalidade

¹⁸ Atualmente vige a lei federal mexicana que dispõe que trabalhador (ou empregado) é aquele que presta serviço de forma subordinada. Eis o texto: “Artículo 8o.- Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.” Ainda, atualmente, quando define a relação de trabalho (emprego), também traz a nota da subordinação como elemento presente: “Artículo 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.” Também traz a definição do contrato referente a essa relação, no parágrafo seguinte, indicando a necessidade de existência da subordinação: “Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.”. Ainda, o art. 134, III da mesma lei impõe o dever ao empregado de desempenhar suas tarefas sob a direção do empregador, denotando que a lei mexicana está tratando dos empregados que trabalham sob subordinação hierárquica. Veja-se: “Artículo 134.- Son obligaciones de los trabajadores: (...)III.- Desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en todo lo concerniente al trabajo;” *In MÉXICO. Ley federal del trabajo*. Disponível em: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf>. Acesso em: 02 abr 2022. Na doutrina mexicana, encontra-se a menção de que há subordinação quando há um superior hierárquico (empregador ou seu representante), que ditará as ordens, devendo o trabalhador aceitá-los e cumpri-los, na medida de suas habilidades, estado ou condição. Também se encontra menção ao contrato de trabalho regulado por normas trabalhistas, que é aquele em que existe sempre que exista a obrigação de prestar um trabalho pessoal subordinado para uma parte e a obrigação de pagar um salário à outra parte. *In CRUZ, José Ricardo Méndez. Derecho laboral: un enfoque práctico*. Cidade do México: McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, 2009, p. 35-36.

¹⁹ LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 483-484.

²⁰ LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 484-485.

Por exemplo, Moraes Filho, ao analisar o contrato a domicílio, em texto que data de 1942, traz a dependência econômica como um critério capaz de atrair a proteção trabalhista. Pontua que o trabalhador a domicílio é aquele que executa tarefas encomendadas por um empregador, do qual o empregado depende economicamente e está subordinado hierarquicamente. O autor afirma que o trabalhador a domicílio consiste em um trabalhador assalariado²¹.

Nessa ideia do autor, mais uma vez, está-se diante de um duplo critério, semelhante à primeira doutrina mexicana apresentada por La Cueva. Em outro texto, o mesmo juslaboralista brasileiro analisa a evolução do pensamento de Paul Cuche já comentado nesta dissertação. Segundo Moraes Filho, Cuche, em conjunto com Capitant, ao comentar uma lei francesa de 28 de outubro de 1935, afirma, mais uma vez, a condição de assalariado dependente do trabalhador a domicílio. Para esses autores estrangeiros, há a intenção do seu legislador de justapor, na definição de assalariado, o critério de dependência econômica com o de subordinação jurídica, seja trabalhando para um ou para vários empregadores²².

Moraes Filho também compartilha dessa ideia de suficiência da dependência econômica. Quando trata do trabalhador a domicílio, afirma que, para esse trabalhador ser considerado assalariado (e, portanto, empregado), basta que dependa economicamente do empregador, de maneira exclusiva ou preponderante, ou, alternativamente, que lhe seja subordinado, obedecendo suas ordens e instruções, executando o trabalho e entregando o produto resultante ao seu contratante, e não à grande freguesia pública, sem importar que eventualmente preste serviços a outro empregador²³.

Essa definição de Moraes Filho traz uma possibilidade de a dependência econômica ser um significado alternativo para o reconhecimento do vínculo. Mas também há autores que defendem a utilização da dependência econômica como um critério

²¹ MOARES FILHO, Evaristo de. **O conceito de trabalho a domicílio**. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1943; 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1998. Texto disponibilizado na biblioteca virtual do autor.

Disponível em:

<https://bvemf.ifcs.ufjf.br/Arquivos/Produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20EMF/Conceito_de_trabalho_a_domicilio.pdf>. Acesso em 27 dez 2021.

²² MOARES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, p. 77-78.

²³ MOARES FILHO, Evaristo de. **O conceito de trabalho a domicílio**. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1943; 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1998. Texto disponibilizado na biblioteca virtual do autor.

Disponível em:

<https://bvemf.ifcs.ufjf.br/Arquivos/Produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20EMF/Conceito_de_trabalho_a_domicilio.pdf>. Acesso em 27 dez 2021.

subsidiário à subordinação. É o caso de Lacerda, que criticava a utilização do conceito de subordinação como único elemento diferenciador do contrato de trabalho, capaz de gerar “confusões e injustiças”, porque, segundo ele, excluía-se da proteção trabalhista o trabalhador que não recebe ordens do empregador, mas que depende do trabalho para sobrevivência. Entendia que era necessário o critério da dependência econômica de forma subsidiária para evitar injustiças. Para o autor, ainda que o indivíduo laborasse sem subordinação, esse trabalhador poderia fazer parte de uma imensa engrenagem produtiva, trabalhando contínua e exclusivamente em proveito dela, além de viver da venda desse trabalho, o que lhe faria perder o poder de iniciativa. Ele dependeria tanto da empresa quanto o subordinado, eis que seu trabalho seria absorvido inteiramente pelo empregador, sendo ele tão economicamente fraco quanto o subordinado. Então seria necessário estender a proteção de forma subsidiária a esses trabalhadores: quando não houvesse subordinação, investigar-se-ia a existência de dependência econômica. Se ela estivesse presente, deveria incidir a proteção trabalhista. A dependência econômica deveria, ao menos, servir como critério sucessivo e excepcional para não deixar tais trabalhadores à mercê do direito comum, que é elaborado para trata-los como iguais ao credor no contrato de trabalho²⁴.

Além da ideia de subsidiariedade, há também concepções especiais da dependência econômica, que a relacionam com outros sentidos de dependência. Krotoschin, analisando a natureza da dependência, também defende a necessária concomitância dos critérios de dependência econômica e subordinação. Diz o autor que à dependência pessoal, deve agregar-se o trabalho por conta alheia. Para ele, a concepção de dependência econômica entendida como o estado de sujeição econômica do trabalhador é pouco idônea como requisito da relação de emprego em muitos casos, porque também existe em outras relações que não são de emprego. Contudo, essa ideia é operacional quando tratada num sentido especial que valorize o elemento pessoal. Deve ser dado à dependência econômica o sentido pelo qual o trabalhador fique excluído dos riscos da empresa ou da obra em que trabalha. Esse sentido, somado à dependência jurídico-pessoal²⁵, trata-se de um sentido especial de dependência econômica, que envolve também a subordinação.

²⁴ LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944, p. 14-35

²⁵ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 37

A dependência econômica, nos sentidos acima mencionados, denota a posição de vulnerabilidade econômica do empregado. Esta é um traço inerente a muitas relações de emprego, porque o empregado trabalha para sua sobrevivência²⁶. Essas ideias acima trazidas conduzem à noção de assalariado trabalhada por Oliveira, abaixo reproduzida:

(...) o sujeito assalariado é aquele que, forjado no desposuimento, é impelido, embora juridicamente livre, a vender-se como mercadoria – como uma força – em troca do salário, cujo proveito econômico resultante deste trabalho é apropriado por outro. Desposuído, coagido e expropriado são termos delimitadores do conceito de trabalhador assalariado²⁷.

Trata-se de uma característica habitual nas relações de emprego, porque o empregado normalmente trabalha para prover seu sustento ou de sua família. Russomano diz que, em sua grande maioria, os assalariados dependem da remuneração para sua sobrevivência pessoal²⁸. Essa dependência econômica também consiste em uma circunstância que, estando presente, põe o trabalhador em situação de assimetria bastante evidente: o sujeito que está trabalhando para seu sustento, então está propenso a não emitir uma vontade válida quando presente a possibilidade de perder essa fonte. Encontra-se aqui a ideia de inferioridade-constrangimento trabalhada por Silva e exposta no início da presente seção.

No que diz respeito à dependência técnica, ela seria, segundo Oliveira, aquela que surge em razão da direção e orientação técnica do empregado, situação oriunda do domínio que o empregador possui do processo produtivo e sua funcionalidade. O empregador, sob essa ótica, é aquele que dirige tecnicamente a prestação de serviços, já que, nessa relação, o obreiro somente ofereceria sua força de trabalho, direcionada pela outra parte da relação²⁹.

Catharino, no seu estudo sobre o elemento característico e próprio da relação de emprego, ensina que a Sociedade de Estudos Legislativos da França, sob influência da legislação suíça, valeu-se desse critério para estabelecer a distinção entre o incipiente

²⁶ DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. *In*: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 81.

²⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, p. 163.

²⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, p. 26.

²⁹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021.

contrato de trabalho e o contrato de empreitada. Assim, o contrato seria de trabalho sempre que, no exercício constante de atividade industrial, uma pessoa se valesse do trabalho de um operário, dirigindo e orientando o trabalho dele. O empregador seria quem dirige tecnicamente, e o empregado seria o operário orientado³⁰.

Camino aponta que a ideia de que o empregado estava sob dependência técnica do empregador é do começo do século passado. Nessa época, as relações de trabalho ocorriam majoritariamente na indústria. Esse ambiente laboral era marcado pela necessidade de o empregador manter uma estrutura física que dava a oportunidade para a inserção da força de trabalho do empregado e o aprendizado do ofício. Nesse cenário, segundo ela, era então possível afirmar a dependência técnica do empregado³¹.

A ideia de inferioridade-ignorância expressa a substância da dependência técnica. O empregador é o profissional no processo produtivo, e o trabalhador, o leigo. É nesse sentido, portanto, que o empregado seria tecnicamente dependente: desconhece a produção (dentro da qual está inserido o seu contrato de trabalho) e o regramento aplicável a ela (e a seu contrato)³².

Essa dependência técnica – a par da possibilidade de ser, ou não, um traço distintivo da relação de emprego – evidencia uma vulnerabilidade técnica por parte do empregado. Essa vulnerabilidade se relaciona com a noção de desigualdade técnica, porque o empregador é o detentor dos meios de produção e, por isso, dirige tecnicamente o trabalho daquele que presta serviço. Por isso, a concepção da dependência técnica possui, como pressuposto, a direção técnica exercida pelo empregador sobre o trabalho dos empregados. Essa concepção de dependência era facilmente verificável nas relações desenvolvidas no período industrial, no modo de produção taylorista/fordista³³.

Dorneles entende que essa vulnerabilidade não deve ser entendida apenas como o maior ou menor conhecimento técnico-profissional do trabalhador sobre as tarefas que deve desenvolver. Além desse sentido, a vulnerabilidade técnica também deveria ser

³⁰ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 198-199.

³¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 190.

³² OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021

³³ WYZKOWSKI, Adriana. Vulnerabilidades e o direito individual do trabalho: uma proposta de abandono do conceito de hipossuficiência clássico em prol do conceito de vulnerabilidade do empregado. In: _____. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. xii, p. 73-143, p. 120.

entendida como uma limitação à execução do labor, aproximando-se, inclusive, de uma vulnerabilidade hierárquica: o empregador deve gerir o seu empreendimento. E, por isso, deve organizá-lo, ao passo que os empregados devem submeter-se executando aquilo que é determinado pelo patrão. Essa necessidade de que o empregado obedeça às ordens se dá, porque o empregador ou seu preposto devem coordenar os trabalhos individuais visando um resultado que nasce da soma ordenada dos trabalhos individuais. O trabalhador deve fazer aquilo que for útil ao empreendimento, e quem determina isso é justamente o empregador. Essa situação impõe uma desigualdade técnica à relação de emprego, porque o empregado está limitado às ordens do empregador, e, mesmo quando há maior autonomia, isso só ocorre por técnica de gestão empresarial. Há, pois, uma situação de desigualdade – ou vulnerabilidade - técnica³⁴.

Passarelli traz uma ideia semelhante à essa concepção de dependência técnica causadora da vulnerabilidade técnica. O autor denomina o traço característico da relação de emprego como subordinação técnica. Salienta que a primeira e fundamental das características do trabalho objeto da disciplina é a subordinação do empregado ao empregador. Destaca o dispositivo legal então vigente que mencionava: “é empregado aquele que se obriga, mediante retribuição, a colaborar na empresa, prestando trabalho, intelectual ou manual, na dependência e sob a direção do empresário”. No entanto, na análise que desenvolve, percebe-se que não se trata da dependência técnica no mesmo sentido de inferioridade-ignorância. O autor italiano destaca que a subordinação hierárquica é técnica e funcional. Porém, tem a intenção de destacar que é uma necessidade técnica, ligada pela prestação de trabalho, constituindo-se em uma necessidade da organização. Dessa forma, é técnica não por alguma “inferioridade” do empregado relativa ao conhecimento do objeto do trabalho, mas, sim, uma “inferioridade” em razão da limitação que seu trabalho sofre – em maior ou menor grau – porque ele deve ter seu trabalho conformado pelo empregador, que faz isso com todos os trabalhos individuais prestados pela totalidade dos empregados, de tal sorte que a atividade empresarial esteja organizada e atinja sua finalidade objetiva. Ainda, essa subordinação técnica é também necessariamente pessoal, porque atinge a personalidade do trabalhador,

³⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. In: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 87-88.

que fica submetido ao poder diretivo e ao poder disciplinar do empresário ou de seus prepostos, eis que deles depende³⁵.

É nesse sentido também que Russomano concebe a “teoria da dependência”. O contrato de trabalho criaria a subordinação do trabalhador no sentido de que ele não pode realizar as tarefas de acordo com sua vontade, ou preferências pessoais. Deve, na verdade, agir segundo as determinações ou preferências do empregador. Essa situação em que o empregado tem sua Trata-se de uma realidade contrato de emprego, presente na maioria das situações³⁶. Associa-se às ideias anteriormente apresentada de inferioridade-constrangimento e inferioridade-vulnerabilidade, afastando-se da ideia de vulnerabilidade-ignorância. Assim ocorre, porque o trabalhador está implicado na execução do contrato e não pode efetivamente manifestar sua vontade da melhor maneira.

Mas há, ainda, outra forma pela qual a vulnerabilidade técnica pode apresentar-se e que também se afasta da ideia de inferioridade-ignorância. Trata-se da alienação do trabalhador. Há, nas relações de trabalho, um processo de alienação ou estranhamento da força de trabalho pelo trabalho, a partir da transformação do trabalho em mercadoria. Ocorre que há, no processo produtivo, uma separação entre planejamento e execução, e os responsáveis pelo planejamento determinam a tarefa específica que os responsáveis pela execução devem realizar. Como os procedimentos são esquematizados em regras e procedimentos fixos, a execução também consiste em regras e procedimentos fixos. Há, assim, separação entre o agente produtor, a técnica de produção e o objeto produzido. Como consequência, o fim da execução laboral passa a ser não um produto final, mas, sim, uma tarefa específica. A atividade desempenhada por um empregado, somada à de outros, vai compor o produto final. O fim último do trabalho deixa de ser o produto em si, passando a ser a execução de uma tarefa específica, e o trabalhador passa a ser contratado para a execução do trabalho em si, e não para a criação de um produto final. A concepção efetiva dos produtos não pertence aos empregados, e a decisão de o que e como produzir pertence ao empregador. Nesse sentido, quanto mais complexo houver na organização de trabalho, maior será a vulnerabilidade técnica do empregado, porque

³⁵ PASSARELLI, Francesco Santoro. **Noções de direito do trabalho**. Trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 51-52.

³⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1966, p. 28.

haverá menor consciência em relação ao produto final do seu esforço³⁷. Assim como no caso da vulnerabilidade como limitação à execução do labor, o trabalhador está implicado na execução do contrato e não pode efetivamente manifestar sua vontade da melhor maneira.

A par da questão sobre se ela deve, ou não, ser um requisito para a relação de emprego, sua presença ainda é existente no mundo do trabalho, seja na sua concepção que considera a ausência de conhecimento sobre o processo produtivo, seja na que privilegia a limitação técnica porque o trabalho é heterodirigido, ou mesmo na formatação que considera a alienação do trabalhador. Por exemplo, os motoristas de aplicativo tem seu trabalho dirigido por um algoritmo, que é protegido por segredo industrial, sendo impossível saber de que forma e por qual razão imprime a intensidade laboral ou direciona os trabalhadores para dados locais. Nesse singelo exemplo, percebe-se a dependência técnica pelo desconhecimento do processo produtivo. Os trabalhadores que exercem suas atividades auxiliando em anúncios de marketing digital, divulgando ofertas e serviços na internet sequer participam do produto final, trabalhando em dependência técnica na sua concepção que considera a alienação, na medida em que em nada participam do produto final. Ademais, há empregados que laboram sob ordens nas mais variadas formas, tendo sua força de trabalho dirigida pelo empregador, como telefonistas, auxiliares administrativos, garçons, dentre outros. Portanto, a dependência técnica é um critério que pode ser enxergado sob vários aspectos e que é notável atualmente nas relações de trabalho, assim entendido em sentido amplo.

Já o critério da dependência moral é o menos mencionado na doutrina, porém, assim como a dependência técnica, também auxilia a evidenciar elementos da relação de emprego, o que lhe dá importância para o estudo. O critério tem Carlos de Bonhomme S. W. como o principal defensor na doutrina brasileira, segundo Catharino³⁸. Segundo Oliveira, esse autor vinculava a existência do contrato de emprego com a dependência moral, acentuando o aspecto do dever de fidelidade, lealdade e cooperação entre empregado e empresa, na prestação personalíssima³⁹. Catharino, tratando desse autor,

³⁷ DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. In: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 88-92.

³⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 200.

³⁹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021

ensina que ele, interpretando os arts. 2º e 442 da CLT, chegou à conclusão que é empregado o trabalhador que presta serviços, com caráter de permanência a um ou mais empregadores, sob dependência moral dele ou deles. Essa obrigação moral seria o dever de colaborar, cooperar, com eficiência e lealdade, para o fim econômico da empresa⁴⁰.

Bonhomme S.W. assim diz⁴¹:

E, não podemos deixar de acompanhar, entendendo, embora, a dependência, sob o aspecto moral, fora da órbita econômica que lhe empresta a quase unanimidade dos autores, ou da esfera disciplinar em que a encontram outros, para aceitar a *subordinação* como fundamento essencial do contrato de trabalho, mas, evidenciada, unicamente, *na faculdade que assiste à empresa de, a qualquer momento, paralisar a atividade do empregado ou movimentá-la*, dentro, é óbvio, das cláusulas do contrato.

Analisando as sanções que o empregador pode aplicar no contrato de trabalho, as quais denomina normas punitivas, o autor explica que elas são aplicáveis não em razão do contrato, da vontade das partes ou do consenso, mas sim pela imposição do Estado como expressão da coletividade, que tem interesse na manutenção da harmonia entre o capital e o trabalho. É que, para o autor, não se pode admitir a orientação técnica (que garante a produção - daí o interesse coletivo) sem uma eventual punição no caso de inobservância dela. É por isso que, nessa relação, mesmo havendo contrato, há também a instituição⁴².

O autor pondera que, após a celebração do contrato, o trabalhador se insere numa instituição que possui um fim: a produção. Se, nesse contrato, prevaleceria a igualdade entre os contratantes; na instituição, haveria subordinação dos seus membros aos seus órgãos. Os direitos exercidos pelos órgãos a respeito dos membros não derivam de um contrato, mas são regulados pelas leis da instituição. Por isso, a aplicação das punições pelo empregador ao empregado não são o exercício de um direito subjetivo, mas, sim, a manifestação de um poder subjetivo fundado na subordinação dos membros a um fim de interesse geral. Com isso em vista, o autor conclui que há esse dever de obediência e fidelidade à instituição, para que se atinja o fim, que é a produção de riqueza e a prosperidade nacional⁴³.

⁴⁰ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 200-201.

⁴¹ BONHOMME S.W., Carlos de. **Despedida justa**. São Paulo: Editora Guará Ltda, 1944, p. 118.

⁴² BONHOMME S.W., Carlos de. **Despedida justa**. São Paulo: Editora Guará Ltda, 1944, p. 121.

⁴³ BONHOMME S.W., Carlos de. **Despedida justa**. São Paulo: Editora Guará Ltda, 1944, p. 121.

Já, quanto ao empregador, o autor analisa que, na empresa, há dois aspectos importantes a considerar: o individual e o social. O primeiro diz respeito à obtenção de lucro; o segundo, riqueza e prosperidade nacional. O primeiro interesse é a razão pela qual o empregador tem o direito de dirigir, comandar e, como corolário, aplicar sanções. Mas há, também, a função social. Ela se traduz em dois aspectos: obrigação de contribuir para a riqueza nacional; e, de outro lado, proteger e assistir seus empregados. Quanto à obrigação de proteger os empregados, conclui que ela já está concretizada no que ele chama de código do trabalho. E assevera que, mesmo nas empresas privadas, econômica há um bem comum a atingir, diferente do interesse particular do seu proprietário, e mesmo dos empregados, sendo esse interesse o interesse público (ou interesse da Nação, segundo o autor)⁴⁴.

Genro traz ideia semelhante. O tomador do serviço pode controlar o trabalho, comandar a atividade do empregado e aplicar penas quando necessário. Essas faculdades seriam, para o autor, os limites da subordinação jurídica, que revela, no contrato de trabalho, o domínio que os empregadores possuem dos meios de produção e, como consequência, do conjunto da sociedade. Assim, os deveres de diligência e fidelidade não resultariam do contrato, mas são somente refletidas pelo contrato. Este contrato de trabalho não é uma opção, mas, sim, uma necessidade do modo de produção capitalista, onde a subordinação do trabalho ao capital se dá pela lógica da produção. A manifestação da vontade do empregado ocorreria somente em um reduto microscópico, quando da aceitação do contrato, sem qualquer negociação⁴⁵.

A abordagem crítica do jurista gaúcho apresenta a ideia de que o sistema produtivo impõe a necessidade de que o trabalhador obedeça às ordens. Assim, a dependência moral como pensada por Carlos de Bonhomme, se fosse uma característica do contrato de emprego (e, portanto, desencadeadora de proteção), seria algo imposto pelo sistema produtivo.

A teoria da dependência moral é, em grande parte, tributária das concepções comunitário-pessoais da relação de emprego, surgidas na Alemanha, em razão de um problema dogmático do enquadramento do contrato nos moldes civis em razão da existência dos deveres de assistência e lealdade. O Bürgerliches Gesetzbuch (BGB),

⁴⁴ BONHOMME S.W., Carlos de. **Despedida justa**. São Paulo: Editora Guáira Ltda, p. 122-123.

⁴⁵ GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 96-99.

Código Civil alemão, não teria autonomizado formalmente a figura do contrato de trabalho, com seus deveres especiais de cuidado em relação ao empregado⁴⁶. Os autores adeptos da concepção entendem a relação de emprego como uma relação de índole pessoal, desenvolvida a partir da relação de servidão. Propõem o deslocamento do binômio trabalho/salário para o binômio pessoal que valoriza o dever de lealdade do empregado e o dever de proteção do empregador e, com esse movimento, estavam justificados tais deveres então previstos no do BGB⁴⁷.

Além da pessoalidade, haveria também um elemento comunitário, que realça a importância da integração do trabalhador à empresa e desenvolve o conceito de pertença à empresa para explicar os poderes do empregador e também para justificar alguns aspectos da tutela do trabalhador subordinado: haveria uma comunhão de interesses na empresa, no lugar da oposição. A relação de trabalho tem os elementos de pessoalidade e de comunidade, e a soma de ambos explicam o dever de lealdade do trabalhador em relação à organização do trabalho e também justificam os deveres de cuidado do empregador em relação ao trabalhador. O nexo entre esses dois deveres, em suma, confirmaria o nexo fundamental do direito do trabalho⁴⁸.

A concepção comunitário-pessoal enfrentou seu declínio, mas salientou elementos que hoje são considerados existentes no contrato de trabalho. Há uma construção de síntese entre essa concepção e a concepção contratualista da relação de emprego⁴⁹. Reconhece-se que há, na relação de emprego, duas dimensões: uma obrigacional, baseada no binômio trabalho/salário; e uma laboral, baseada no binômio lealdade/deveres de

⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 401-402.

⁴⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 403.

⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 404-405.

⁴⁹ Essa construção de síntese traz a sofisticação que o enquadramento meramente contratual é incapaz de obter. Pensar o contrato de trabalho como um mero vínculo contratual não tornaria possível identificar algumas idiosincrasias desse vínculo, dentre elas: a inseparabilidade entre o trabalho e o trabalhador, que ocorre porque o trabalho prestado se confunde com a própria pessoa que o presta, o que poderia potencializar a coisificação do trabalhador; a ausência de equilíbrio contratual na relação de poder entre o empregador e o empregado; os deveres laterais que emanam dessa relação, mormente porque a empresa envolve o relacionamento com terceiros e alguns comportamentos daí exigidos podem escapar à bilateralidade; ou até mesmo o papel coadjuvante que a vontade possui nessa relação. In DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 107.

assistência. Há, portanto, uma construção de síntese⁵⁰. Dessa ideia, infere-se a existência de uma inferioridade-constrangimento (a relação com deveres pessoais exacerbados limita a liberdade de um dos sujeitos) e de uma inferioridade-vulnerabilidade (há uma implicação pessoal do trabalhador na execução do contrato).

Além da legislação brasileira e do âmbito dogmático, também merece menção a previsão legal da dependência como requisito da relação de emprego nos sistemas legais estrangeiros. Encontram-se, da mesma forma, decisões de cortes trabalhistas estrangeiras que reconhecem a dependência como um requisito da relação de emprego. Essas decisões podem auxiliar na concepção das espécies de dependência. Passemos a alguns casos.

Na Costa Rica, o Código Geral do Trabalho vige desde 1943. Estabelece a definição de trabalho no seu art. 18, segundo a qual o contrato individual de trabalho existe quando alguém presta serviços a outrem sob dependência permanente e direção imediata ou delegada, em troca de uma remuneração⁵¹.

Em pesquisa realizada no endereço oficial do governo, verificou-se que o sistema de informação jurídica do país, de onde foi retirada a informação sobre o texto legal, permite que se busquem casos julgados com base na legislação. Nessa busca, localizou-se interessante caso julgado em 2012, pela *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, em sede de recurso, no qual foi reformada a sentença que havia negado a existência de relação de emprego de um pintor com o contratante de seus serviços de pintura para sua casa. Nessa decisão, o órgão jurisdicional aponta que segue a doutrina de Cabanellas, segundo a qual há três elementos nas relações de emprego, quais sejam, a prestação pessoal de trabalho, a remuneração e a subordinação jurídica⁵².

⁵⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 414-415.

⁵¹ ARTICULO 18 - Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe. *In* COSTA RICA. **Ley nº 2 de 27 de agosto de 1943**. Disponível em:

<http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=129508¶m2=2&strTipM=TC&lResultado=12&strSim=simp>. Acesso em 03 abr 2022.

⁵² Por outra parte, esta Sala, siguiendo la doctrina ius laboralista, especialmente la expuesta por el jurista Guillermo Cabanellas sobre el contrato de trabajo (“Contrato de Trabajo”, volumen I, Buenos Aires, Argentina, Editorial Omeba, 1963, páginas 239 y 243), reiteradamente ha señalado que son tres los elementos que caracterizan y permiten determinar la existencia de una típica relación laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. *In* COSTA RICA. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. **Expediente nº 09-000962-0166-LA**. Relator Alberto Juárez Gutiérrez. Data de julgamento: 27/06/2012. Disponível em: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-544083>>. Acesso em: 03 abr 2022.

Mas o julgado vai além e aponta que, no processo, não é necessário demonstrar claramente a subordinação para que seja reconhecida a relação de emprego, por duas razões. A primeira, processual, porque é possível presumir a relação de emprego quando o trabalho é pessoal e por conta alheia, haja vista a própria determinação do art. 18 da Lei nº 2 de 27 de agosto de 1943, a qual permite a presunção da relação de emprego. A segunda, que demonstra a concepção dos julgadores, é no sentido de que, para não haver relação de emprego, e sim uma subcontratação real e autêntica, o contratado tem de ser um empresa com capital e possibilidade de independência, devendo ser analisado se o contratado é efetivamente chefe daqueles que o assistem, se utiliza seu próprio capital na execução das tarefas, se há uma estrutura ou organização mínima para atender as demandas do contratante, bem como se a realização do serviço é simples mão-de-obra ou se esse serviço agregará valor à produção do contratante. Também aponta o julgado, em sua fundamentação, que a subordinação igualmente se manifesta quando há dependência econômica por parte do autor, eis que ele recebeu como remuneração por seu trabalho. Em suma, não tendo o prestador de serviços uma empresa, e dependendo do trabalho para seu sustento, há relação de emprego.

Há doutrina nacional consentânea com essa concepção. Araújo e Coimbra, embora ressaltando que a maioria dos clássicos entendam que a dependência econômica não acompanhe necessariamente o contrato de trabalho, entendem ser certo que ela fortalece a subordinação jurídica⁵³. Posteriormente, apontam que o trabalho é “um fator de produção que pode ser utilizado tanto de forma autônoma como subordinada (dependência econômica + poder de direção)”⁵⁴. Buscando diferenciar o trabalho autônomo do emprego destacam que, no autônomo, há uma predeterminação da prestação, que não sofrerá a conformação posterior à celebração por parte do tomador, ou seja, o objeto não é a atividade em si, mas sim o resultado. O autônomo, quando analisado dentro de parâmetros concretos, desenvolve seu trabalho com organização própria, iniciativa e discricionariedade, escolhendo o modo, tempo, lugar e forma de execução.

⁵³ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014, p. 256.

⁵⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014, p. 315.

Ou seja, é uma empresa própria. Há auto-organização e liberdade do prestador, dispõe sobre sua atividade, que presta para mais de um contratante a contento⁵⁵.

Também na Argentina, onde vige a Lei n° 20.744, de 13 de maio de 1976, a legislação se vale da expressão dependência quando busca estabelecer a relação de emprego⁵⁶. Portanto, é necessário que uma pessoa preste serviço a outra sob dependência dela para que haja contrato de trabalho. A mesma lei menciona que q a relação de trabalho existirá quando o prestador de serviços, dentre outras circunstâncias, exerça suas atividades a outro sob dependência⁵⁷.

Localizou-se autor nesse país que afirma ser o trabalhador protegido pela legislação juslaboral aquele que desenvolve sua atividade pessoal em troca de uma remuneração, inserido numa relação de dependência ou de subordinação. Segundo Grisolia, o trabalhador dependente é uma pessoa física que: trabalha em uma organização alheia, submetido a diretrizes ou orientações; trabalha sem riscos econômicos, porque o contratante é quem arca com o eventual risco; e, por fim, está protegido pelas normas juslaborais. Conforme entende, a relação de dependência se caracteriza pela subordinação, que tem um triplo sentido: técnico, caracterizado pela submissão do trabalho ao entendimento e objetivos do empregador; econômico, caracterizado pela não recepção do produto do trabalho e pela não admissão dos riscos; jurídico, tido pelo autor como o principal sentido característica (mas não a única) da dependência, consistindo na possibilidade de o empregador dirigir o serviço do empregado tendo como norte os objetivos da empresa, ou, em outras palavras, é a submissão à autoridade do empregador, que tem as faculdades de direção, controle e aplicação de penas⁵⁸.

⁵⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014, p. 315-316.

⁵⁶ Art. 21. — Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres. *In* ARGENTINA. **Lei n° 20.744, de 13 de maio de 1976.**

Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/actualizacion>>.

Acesso em 04 abr 2022

⁵⁷ Art. 22. — Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen. Art. 22. — Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

⁵⁸ GRISOLIA, Julio Armando. **Derecho del trabajo y la seguridad social**. Tomo I, Buenos Aires: LexisNexis, 1999, pág. 243-245.

Essa doutrina do Grisolia pode ser localizada em julgamento de órgão jurisdicional na já mencionada Costa Rica⁵⁹. Nesse julgamento, concluiu-se, com base nos seus ensinamentos, citados textualmente, que, para configurar o vínculo de emprego, era importante identificar se o reclamante atuava sob dependência dos reclamados, seja de forma econômica, seja de forma jurídica.

Como se vê, há, em ordenamentos estrangeiros, definições que englobam, dentre as relações de emprego, aquelas que não são necessariamente subordinadas, mas que têm a dependência, nos sentidos aqui expostos como uma marca distintiva da relação de emprego. Essa dependência, inclusive, não precisa ser necessariamente a econômica, podendo ser técnica ou mesmo moral. Mesmo assim, no Brasil, os sentidos de dependência trazidos foram afastados, como se passa a demonstrar.

2.1.2. Afastamento do critério de dependência pela doutrina

Inobstante a relativa facilidade com que se encontre a defesa da teoria da dependência, ela é majoritariamente refutada no Brasil. Inicia-se demonstrando as razões pelas quais a dependência econômica é refutada.

Para a doutrina pátria, o direito do trabalho surgiu para proteger o assalariado, ou seja, aquele que vende sua força de trabalho em troca do salário que provê sua subsistência. A oferta de trabalho por assalariamento, porém, resulta na exploração da própria pessoa, porque consiste na apropriação do seu trabalho – o qual não pode ser separado da própria pessoa. Entretanto, a par da importância histórica e ontológica da

⁵⁹ En criterio de los integrantes de este Tribunal de Apelaciones, el material fáctico incorporado al expediente no permite tener por demostrada la existencia de la relación laboral, invocada por el demandante y, al comprobarse mediante las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Reyes Redondo y Sandino Orozco que, en el subjuicio no medió subordinación jurídica ni dependencia económica del actor frente a los demandados, en este particular caso, se desvanece la mencionada presunción. La carga probatoria de nexo laboral entre las partes recayó sobre el demandante, quien no lo demostró. Concretamente, en este juicio no se probó que las labores ejecutadas por el actor en el lote de terreno inscrito a nombre de los demandados, reúnan las características distintivas de la subordinación laboral, por cuanto, el contrato de trabajo existe siempre que se acredite el desempeño, bajo subordinación jurídica y el pago de una remuneración de pago periódico. *In* COSTA RICA. Tribunal de Trabajo Sección II. **Expediente nº 03-000563-0166-LA**. Relator Ana Luisa Meseguer Monge. Data de julgamento: 15/05/2015. Disponível em: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-646232>>. Acesso em: 05 abr 2022.

dependência econômica, tomou-se essa dependência econômica como a causa pré-jurídica justificadora da criação do ramo jurídico em questão⁶⁰.

Entretanto, o afastamento da noção de dependência econômica pela doutrina como um requisito da relação de emprego se deu através de um processo. Já foi exposto, neste trabalho, o que La Cueva chamava de primeira doutrina mexicana: figuravam como requisitos da relação de emprego a subordinação e a dependência em questão. O autor mexicano figurava entre os críticos dessa concepção. Sustentava que a diferenciação operada pela legislação entre as duas condições não se justificaria, porque, não haveria situações semelhantes em outros países, os quais empregariam unicamente um dos dois termos: segundo ele, autores franceses e belgas falavam de direção ou vigilância, embora às vezes reunissem as duas coisas; escritores espanhóis usariam a palavra dependente; professores italianos usariam o termo subordinação; e os escritores alemães usariam a palavra dependência.

Todos esses termos têm, segundo ele, um significado semelhante que seria encontrado nas exposições de mestres estrangeiros. Assim, no ordenamento mexicano, a utilização do termo dependência teria o mesmo significado que a palavra direção, e, portanto, não haveria razão em se exigir a presença dos dois requisitos para configurar a relação de emprego⁶¹⁻⁶².

Para La Cueva, a dependência econômica é consequência da posição que os trabalhadores e a classe trabalhadora ocupam no fenômeno da produção. Entende que essa dependência econômica geralmente se apresenta nas relações de trabalho, como um fato. Mas, discorda da necessidade de que o trabalhador se coloque em uma posição de dependência econômica para que possa celebrar um contrato para a prestação de serviços.

⁶⁰ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica**: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, P. 175.

⁶¹ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 483-484.

⁶² Cabanellas, também analisando a mesma legislação mexicana que La Cueva, adere a sua crítica. Para o argentino, embora direção e dependência sejam termos distintos, não são antagônicos. Explica sua ideia de que dirigir seria conduzir a um determinado fim, aconselhar, seria um ensino com que se encaminha alguém a algo melhor. Já depender seria sinônimo de subordinação, ou seja, o reconhecimento de um maior poder ou autoridade, uma sujeição a uma ordem, mando ou domínio de outrem. Assim, o legislador mexicano estaria distinguindo o estado de subordinação do direito de dirigir. A direção, apresentaria caráter técnico e a dependência, no sentido de subordinação, apresentaria o caráter jurídico. A lei mexicana, segundo Cabanellas, não se valeu de sinônimos, mas, sim, de dois requisitos que se unem no contrato de trabalho: a situação de dependência do empregado em relação ao empregador e o direito desse de dirigir aquele na sua prestação de serviços. *In*: CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 205.

Assim, para ele, a dependência econômica é uma realidade, mas não é e nem deve constituir um elemento essencial para a relação de trabalho⁶³. Para ele, o direito do trabalho surgiu para a proteção do operário e, nesse momento, até seria justificável a teoria da dependência econômica. Porém, a partir do momento em que a disciplina se direcionou para proteger o trabalho humano de forma ampla, ultrapassando a proteção exclusiva dos trabalhadores industriais, a ideia de dependência econômica não poderia mais ser o critério individual da relação de emprego⁶⁴. Embora o direito do trabalho tenha, na sua origem, tentado proteger os economicamente débeis, hoje em dia, dada sua autonomia, não se satisfaz mais com esse critério diferenciador: as normas especiais estão vigorando e não interessa qual a condição social do prestador de serviços, porque as leis sociais vão se aplicar a quem se empregar independentemente da sua situação⁶⁵.

Nesse ambiente em que houve a expansão do direito do trabalho, Russomano sustenta que pode acontecer de o empregado não depender economicamente do seu empregador. Para ele, é perfeitamente possível e “muito comum” que o trabalhador não dependa da sua remuneração, como no caso de fortuna pessoal. Exemplifica até mesmo uma situação com que teve contato, na qual, em sentido inverso ao da teoria da dependência econômica, o empregador, proprietário de um pequeno armazém, tomou empréstimo do seu empregado e, atrasando o pagamento, “ficou à mercê de seu empregado, sem que o empregado deixasse de ser empregado”⁶⁶. Catharino também apresenta a mesma razão para rechaçar o critério: se ele fosse adotado, seria possível que uma independência financeira do empregado, ou que um salário muito excedente às necessidades do trabalhador, afastasse o vínculo de emprego⁶⁷. Para Maranhão, o fato de o empregado, por alguma razão, ser independente do empregador não pode desconfigurar o vínculo de emprego⁶⁸.

⁶³ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 484.

⁶⁴ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 485.

⁶⁵ LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969 p. 103-104.

⁶⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, p. 26.

⁶⁷ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 203-204.

⁶⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1999, p. 249.

A tese da dependência econômica, segundo La Cueva, poderia levar à conclusão de que a pessoa que presta serviços a vários empregadores não está em relações de trabalho, eis que a dependência econômica consideraria a necessidade de o empregador absorver integralmente o trabalho do empregado. Sua preocupação é a de que poderia não haver relação de emprego se o salário recebido não fosse a única ou a principal fonte de renda do empregado⁶⁹. Catharino também sustenta essa objeção, e exemplifica conjecturando que, pela definição de Cuche⁷⁰, se um empregado laborar simultaneamente para dois tomadores de serviço, ele não seria empregado de nenhum dos dois, pois não haveria a absorção integral do trabalho por nenhum dos dois.

Além disso, segundo La Cueva, se a teoria da dependência econômica fosse acolhida, situações estranhas ao direito do trabalho poderiam ingressar em sua órbita, como o caso das empresas pequenas que prestam serviços a empresas maiores. Na verdade, a dependência econômica estaria presente na maioria das relações econômicas, porque há, entre elas, uma unidade orgânica que não permite a existência de uma total independência⁷¹. Lamarca também afirma que a maioria das pessoas que laboram para outrem se encontram em situação de dependência econômica, não sendo necessariamente empregados⁷². Para Maranhão, pode haver dependência econômica sem que haja contrato de trabalho, como no caso dos pequenos industriais ou comerciantes que dependem das grandes corporações, o que contribuiria para a inadequação do critério⁷³.

Segundo Catharino, a dependência econômica é sintomática da existência da relação de emprego, mas não pode ser utilizada como critério distintivo dessa relação, porque é imprópria e insuficiente⁷⁴. Após apontar as insuficiências do critério, La Cueva também conclui que ela seria um mero elemento sintomático, mas não definitivo. Sempre que estivesse presente, seria um indício de que o prestador de serviços é pertencente à

⁶⁹ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 485.

⁷⁰ O trabalhador retira da relação a sua única ou principal fonte de renda, e esses rendimentos não podem exceder em muito suas necessidades, bem como o empregador absorve de forma integral e regular a atividade do primeiro.

⁷¹ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 485.

⁷² LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969 p. 103-104.

⁷³ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999, p. 249.

⁷⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 203-204.

classe trabalhadora e se encontraria numa relação de emprego⁷⁵. Para Maranhão, a situação de dependência econômica da grande massa trabalhadora é provavelmente a principal causa de surgimento do direito do trabalho, mas entende que é a subordinação que caracteriza o contrato de trabalho: a dependência deveria ser entendida no sentido jurídico⁷⁶.

Para Gomes e Gottschalk, o critério da dependência econômica é inaceitável, porque, além da questão dos vários empregadores ou tomadores de serviço, a natureza de um contrato de trabalho não pode ficar à mercê da quantidade de tempo gasto no cumprimento das obrigações. Ou seja: não pode a exclusividade definir se o contrato é de emprego ou não. Não seriam as circunstâncias pessoais que definem a natureza contratual. O critério então resta afastado para eles, porque, em vez de proceder no exame da relação jurídica para distingui-la dos outros contratos de prestação de serviço, baseia-se na situação socioeconômica de uma das partes⁷⁷.

Essas dificuldades apontadas pela doutrina fizeram com que o critério restasse afastado como elemento cuja presença caracterizaria a relação como de emprego. Como se vê, a utilização da dependência econômica para os fins pretendidos feriria um conceito puro e objetivo da relação de emprego. Por isso, a dogmática jurídica positivista acabou por afastar o critério⁷⁸. Vilhena aponta que o econômico representa um interesse não captado pelo direito. Para ele, a posição econômica do indivíduo no tráfico social somente ganha equacionamento jurídico quando ele participa de uma relação jurídica a que a lei concede direitos, e isso permite supor que ele é economicamente fraco. Porém, o elemento econômico não teria sido apropriado pelo direito como elemento integrante de uma relação jurídica, aparecendo apenas como dado de fundo, para explicar certa orientação filosófica do direito que regulamenta certas e peculiares relações entre as pessoas⁷⁹.

⁷⁵ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 485-486.

⁷⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999, p. 249.

⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135-136.

⁷⁸ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, P. 176.

⁷⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 516.

A dependência técnica, também foi afastada como critério diferenciador das relações de trabalho. Lamarca refuta o critério da dependência técnica, porque também não se trata de um critério presente em todas as relações de trabalho. Exemplifica com o caso dos *experts* (médicos, engenheiros químicos, advogados, administradores de empresas) especialmente contratados para esse fim⁸⁰. Catharino também rechaça o critério, porque, já na época em que editado seu *Compêndio de Direito do Trabalho*, imperava a divisão do trabalho e a conseqüente especialização dos trabalhadores, principalmente no ambiente das empresas médias e grandes. Nesse ambiente, o comando técnico não é mais tão presente. Além dos casos em que o empregador não comanda tecnicamente a prestação de serviços (seja porque não quer, seja porque não pode), há situações em que o empregado especialista comanda a produção⁸¹.

Para Camino, da mesma forma, o critério sucumbiu à crítica, na medida em que evoluíram as relações de trabalho. Atualmente, é comum que se atribua o comando da empresa ao empregado. Nessa situação, o empregador é que fica na dependência técnica do empregado. Segundo a autora, principalmente nas empresas médias e grandes, a divisão e a supervisão do trabalho é feita por empregados, que possuem formação profissional qualificada e são verdadeiros representantes do empregador⁸². Ainda, aqueles que controlam as grandes empresas preferem não as dirigir, entregando essa tarefa de controle técnico a técnicos capazes, especialistas em administração, ou economia, ou psicologia, direito, dentre outras especialidades, todos altos empregados e subordinados em baixo grau⁸³.

Na verdade, o critério é, em parte, ligado à subordinação, porque é um indicativo da sua existência. Gomes, tal qual Dorneles⁸⁴, entende que a dependência técnica

⁸⁰ LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969 p. 104.

⁸¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 199.

⁸² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 190-191.

⁸³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 200.

⁸⁴ (...) vulnerabilidade técnica como limitação à execução do labor - aqui as vulnerabilidades técnica e hierárquica se aproximam e até mesmo, eventualmente, se confundem. Técnica é um substantivo que nos remete ao conjunto de métodos e/ou procedimentos necessários ao desenvolvimento de uma arte, ofício ou profissão. Do ponto de vista da gestão empresarial, o ofício do empregador é gerir o seu empreendimento, por isso a ele compete a prerrogativa de organizá-lo, podendo fazê-lo de forma a conceder maior ou menor autonomia aos seus empregados; (...) O empregado executa aquilo que for determinado por seu empregador ou superior hierárquico, não simplesmente em razão deste ser detentor do poder de comando, mas também porque a este compete coordenar os trabalhos individuais, visando um resultado conjunto.(...) Mesmo em relação aos empregados com mais autonomia (menor vulnerabilidade hierárquica) — o que é determinado pelo empregador a partir da técnica de gestão empresarial utilizada

apresenta um aspecto semelhante à subordinação hierárquica. No poder de direção, está inserido a faculdade de o empregador determinar o modo como deve ser executado o trabalho, no que consiste a orientação técnica do serviço, limitando a liberdade de exercício do trabalhador. Contudo, para ele, a dependência técnica não é essencial para a caracterização da relação de emprego, na medida em que é somente uma das formas pelas quais a subordinação (dependência hierárquica) se manifesta. Logo, não se trata de um critério autônomo, e sequer estaria presente em todas as relações de emprego. O critério pode sucumbir com o aumento da formação profissional, o que não ocorreria com a subordinação jurídica⁸⁵.

O critério seria útil como indicativo do estado subordinado do empregado. A existência de uma dependência técnica poderia indicar que há subordinação. Contudo, sua ausência não demonstra a ausência de subordinação. Não se trata de um critério universal e, por essa razão, a doutrina não lhe concede caráter científico, e lhe toma por insuficiente⁸⁶.

Por essas razões, não é aceitável designar a dependência exclusivamente como dependência técnica. Isso, porque esse adjetivo não compreende todos os elementos que caracterizam a relação entre empregado e empregador. Pode ocorrer de a dependência técnica sequer existir, ou ser praticamente nula, enquanto, como se verá adiante, a dependência jurídico-pessoal (o dever de acatar ordens do empregador referentes ao contrato) é tido pelos teóricos juslaborais como algo que não falta⁸⁷.

Com base nesses argumentos, a doutrina afastou o critério como diferenciador da relação de emprego. Seja porque, no entendimento majoritário, não há uma presença clara da dependência técnica em todas as relações de emprego, seja porque a dependência técnica seria apenas uma das formas pelas quais a subordinação se manifestaria, esse

— ao trabalhador cumprir fazer aquilo que for necessário ou útil ao empreendimento econômico, e não o que bem entender. Para tanto, em geral dispõe o empregador de uma estrutura especificamente estabelecida para lhe disponibilizar os meios tecnicamente necessários para a melhor execução da atividade empreendedora. Essa situação, por si só, traz à relação de emprego uma desigualdade que podemos caracterizar como técnica. Em outras palavras, por maior que seja a autonomia do trabalhador, ele só a tem em razão da técnica de gestão empresarial escolhida pelo empregador, e não por uma escolha pessoal. Há, portanto, em regra, vulnerabilidade técnica das relações de trabalho, sob este ponto de vista. *In* DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. **Revista LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 293-303, mar. 2013, p. 299.

⁸⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

⁸⁶ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 191.

⁸⁷ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 36

critério restou afastado. O mesmo aconteceu com a dependência moral, que passa a ser analisada.

Por fim, passando às críticas atribuídas à dependência moral, ela também foi afastada pela doutrina. Catharino, em crítica contundente, diz que considerar a dependência moral como característica de um contrato de nominado é, nos seus termos, uma “extravagância diluente e inútil”. Para ele, há variação, no tempo e no espaço, das regras e dos deveres morais, o que impossibilita qualquer certeza sobre o seu conteúdo⁸⁸.

Além disso, diz que é “absurdo” considerar que a relação de emprego entre uma pessoa humana e outra destinada a obter lucros é puramente moral, porque isso implicaria em aceitar um “paternalismo fictício, autoritário e antipatrimonial. Aduz que as relações humanas interpessoais é que dão ensejo a um vínculo moral, mas essas relações não estão presentes entre empregado e empregador. Sendo a obrigação do empregado personalíssima, ela não deixa de possuir um conteúdo ético, o qual varia apenas de grau. Porém, isso não permite concluir que o contrato de emprego se caracteriza pela dependência moral do empregado frente o empregador, o que, para o autor, seria um “exagero”. Conclui que a dependência moral é efeito, e não causa, sendo imprestável para a qualificação do empregado, além do que essa espécie é recíproca: tanto o empregado seria moralmente dependente, como o empregador também o seria. Justifica essa

⁸⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 201.

reciprocidade nos deveres cuja violação os arts. 482 e 483 da CLT⁸⁹ consideram capitais para a relação, os quais denotariam sua existência⁹⁰.

Délio Maranhão, embora reconheça a necessidade de um caráter fiduciário do contrato de trabalho, rechaça a ideia de que possa ser pessoal o elemento caracterizador do contrato de emprego. Para ele, o empregado “não é servo”, e o empregador “não é senhor”. O empregado não pode estar sujeito em toda sua pessoa no vínculo contratual, mas somente no necessário para a produção. Não deve haver uma sujeição da pessoa, mas somente uma situação jurídica de subordinação. Além disso, destaca que o fator de confiança é uma variável – o que denota que o autor entende que há ausência de cientificidade –, na medida em que ele é decorrente da natureza do trabalho prestado, sendo mais evidente no trabalho intelectual e menos evidente no trabalho braçal⁹¹.

Como já mencionado, a dependência moral é bastante associada às teorias comunitário-pessoais da relação de emprego. Essas teorias não são amplamente aceitas, principalmente porque, segundo os autores, se baseiam em elementos teóricos fictícios que não traduzem a realidade da relação laboral.

Ramalho, por exemplo, destaca que, apesar do relativo sucesso obtido em boa parte do século passado, há um declínio das teorias comunitário-pessoais, passando a predominar novamente as teorias contratualistas. No final dos anos 70, iniciaram-se as

⁸⁹ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. (...) Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. *In* BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 21 abr 2022.

⁹⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 201.

⁹¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo : LTr, 1999, p. 249-251.

críticas à concepção, atacando tanto o elemento da personalidade, como o elemento comunitário. Passou-se a sustentar que a empresa não é uma comunidade, porque há oposição recíproca dos deveres das partes e diferentes interesses de cada uma delas, sendo o ambiente composto por muitos conflitos. Além disso, a crítica à personalidade não nega a existência desse elemento, mas não lhe reconhece a singularidade, eis que os deveres de lealdade e assistência não são os principais deveres da relação, até mesmo porque há uma tendência ao anonimato nas relações de trabalho e, ademais, encontram-se tais deveres em todas as relações que envolvam a prestação de um serviço. A ideia comunitário-pessoal é tida como fictícia e globalmente ultrapassada⁹².

A dependência moral, como qualificador da relação de emprego, foi considerada prejudicada, porque não traria um elemento característico e singular da relação, inobstante os deveres de lealdade e assistência, de alguma maneira, estarem presentes em todas as relações de prestação de serviço. O critério é afastado pela doutrina, porque se entende que há falta de cientificidade, assim como porque se entende que ele, se existente, traduziria relações que afrontam a dignidade do trabalhador. Também foi rejeitado por causa de uma apontada falta de abrangência, já que, em vários contratos, essa espécie de dependência seria de difícil verificação. Por fim, apontou-se uma externalidade à relação, ou seja, porque traz elementos que não são exatamente da relação jurídica, mas sim dos sujeitos dessa relação.

Com base nisso tudo, a dependência moral também foi tida como insuficiente para ser tomada como característica diferenciadora da relação de emprego. A dependência jurídico-pessoal (subordinação), então, foi considerada como o marco fundamental desse contrato, pelos motivos que se demonstrará no item 1.2.1.

Ocorre, então, que essas relações em que há as espécies de dependência ora tratadas, mas que não há subordinação, são deixadas de fora do direito do trabalho.

2.2. Subordinação Como Requisito da Relação de Emprego

A refutação dos requisitos anteriormente tratados veio acompanhada da adoção da subordinação como o elemento escolhido pela doutrina para diferenciar a relação de emprego das demais. Passa-se à apresentação da consagração da subordinação e,

⁹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 415-419.

posteriormente, para demonstrar como esse instituto é um empecilho para a proteção juslaboral.

2.2.1. Consagração do requisito subordinativo

Em razão de todos os direitos que concede e das obrigações que impõem, a imposição das leis trabalhistas exige que o contrato de trabalho possua elementos próprios e uma estrutura diferenciada. Entende-se que somente assim se evitará a confusão com outros contratos que podem ser bastante similares ao contrato de emprego⁹³. É necessário identificar quem precisa de proteção e quem contrata o empregado deve saber quais são as suas obrigações, já que elas são maiores e mais intensas do que as de um contrato normal. Mesmo com toda essa importância, a dificuldade nessa identificação sempre se fez presente.

Russomano, após analisar a dependência técnica e a econômica, conclui que a resposta para a solução do problema sobre o significado da dependência se dá pelo que ele chama de princípio da subordinação jurídica, ou da dependência hierárquica, segundo o qual o trabalhador coloca sua força de trabalho voluntariamente ante o empregador, por força do contrato individual do trabalho⁹⁴.

Sanseverino elucida que o critério distintivo a ser adotado é a subordinação. Para ela, quando esse critério está presente, o trabalhador coloca à disposição da outra parte a própria atividade física e intelectual, enquanto, na relação de trabalho autônomo, o trabalhador promete um resultado. O traço jurídico que torna a relação objeto do direito do trabalho é a circunstância de que a prestação do serviço é feita de forma subordinada. Este é, segundo ela, o sentido jurídico do trabalho⁹⁵.

Cabanellas define a subordinação como a limitação da autonomia do empregado ao qual ele está submetido na prestação do serviço, por razão do contrato, e que, ainda, origina o direito potestativo do empregador de dirigir a atividade daquele, para fins de organização do melhor rendimento da produção e em benefício da empresa⁹⁶. A obrigação

⁹³ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 197.

⁹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, p. 28.

⁹⁵ SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho**. Trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976, p. 39-45.

⁹⁶ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 201.

do empregado só atinge o cumprimento exato com base no uso, pelo empregador, de sua energia, de sua capacidade produtiva, de sua atividade⁹⁷. Mas o que seria então a subordinação?

Barassi buscou analisar o que seria o estado de subordinação, que entendeu ser uma questão de grande importância fática e que é mais difícil do que parece pela existência de figuras periféricas. Nessas figuras, não é fácil determinar tratarem-se de empregados sujeitos à legislação trabalhista ou de trabalhadores autônomos⁹⁸. Para tentar superar essa dificuldade, busca analisar alguns critérios que julga pertinentes no auxílio desse esclarecimento.

O primeiro critério analisado por ele é a verificação da forma como se executaria a retribuição. Se o trabalho é pago por tempo ou se o trabalho é pago por resultado. O contrato de trabalho (ou a locação de serviços) seria o desdobramento de energias consideradas unicamente no tempo, enquanto a locação de obra seria a promessa de um determinado resultado de trabalho, sendo que o objeto da relação não é uma energia de trabalho a se dar para os resultados que a empresa pretende conseguir, mas, ao contrário, é o resultado efetivo, o produto do trabalho⁹⁹.

Outro critério tratado pelo autor é aquele atinente ao resultado natural ou ao resultado ulterior. O trabalho poderia ser diferenciado conforme sejam seus resultados: todo trabalho produz um resultado que, de certo modo, está incorporado nele (que se realiza contemporaneamente); e também pode objetivar um resultado posterior. O trabalho autônomo é aquele que leva em consideração o último resultado, prescindindo da atividade intermediária para obtê-lo. Esse seria o contrato de resultado. Por outro lado, se é considerado somente o primeiro resultado (a atividade em si), prescindindo do resultado ulterior a que se chega, ter-se-ia o contrato de atividade¹⁰⁰.

Há um terceiro critério, que seria a determinação prévia. Contrato de trabalho seria aquele em que cada uma das prestações de trabalho não estão previamente determinadas. O autor entende que isso é o equivalente à subordinação¹⁰¹. Se há subordinação, o trabalhador se limita a pôr suas energias à disposição para qualquer resultado sucessivo, os quais serão fixados pelo empregador. Por outro lado, pelo trabalhador autônomo são

⁹⁷ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 201-202.

⁹⁸ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 332

⁹⁹ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 333.

¹⁰⁰ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 336.

¹⁰¹ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 337.

devidos resultados que serão atingidos com uma série de operações que serão determinadas pelo alvedrio do trabalhador¹⁰².

Porém, o autor refuta esses critérios. O primeiro critério atinente à forma de pagamento adota um critério puramente exterior, qual seja, a relação entre a retribuição e o trabalho, o que está errado para o autor, pois entende que o critério tipicamente característico somente pode residir na prestação de trabalho, para que possa refletir em toda a relação. O problema do critério que leva em conta o resultado é que, embora aparentemente claro, a distinção, às vezes, desvanece-se. Isso, porque há serviços em que somente ocorre o primeiro resultado, mas que podem ser contratos autônomos. Por isso, pode-se dizer, segundo o autor, que, na locação de obra, o resultado nem sempre é exterior à atividade de trabalho, mas pode estar intrinsicamente compreendido pela energia de trabalho. Ainda, o autor aponta que alguns pensam que a razão do critério da determinação prévia tem sua raiz na situação de que, em não individualizando as prestações, o trabalhador fica à disposição do empregador. Mas o autor discorda e afirma que a razão última da diferença é a existência ou inexistência da subordinação. O trabalhador subordinado põe suas energias – ainda que dentro dos limites de sua categoria – à disposição do empregador¹⁰³.

Resta, para o autor o único critério diferencial possível: aquele segundo o qual o contrato de trabalho é somente aquele que vincula o trabalhador subordinado. As leis trabalhistas têm tomado o conceito de trabalho subordinado como equivalente à dependência¹⁰⁴: consistiria esse trabalho subordinado na dependência hierárquica e disciplinar que vincula a atividade livre do indivíduo às ordens, às limitações e às iniciativas unilaterais do empregador, em cuja organização técnica e administrativa essa atividade é absorvida. A subordinação, assim, consiste na limitação da autonomia do trabalhador, que deve dar suas energias: a) para fins que não lhe dizem respeito de modo primário, porque pertencem ao empregador (o que também acontece com o trabalhador autônomo); b) obedecendo a direção dada pelo empregador (o que também acontece com o autônomo que realiza uma obra, por exemplo); c) com o trabalho sendo executado com

¹⁰² BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 337-338.

¹⁰³ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 337-340.

¹⁰⁴ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 338-339.

controle constante e risco do empregador. Dependência, para ele, é uma palavra ampla e dúctil, que acaba por equivaler-se à subordinação¹⁰⁵.

A essa subordinação, tal qual como apontada, se agrega que a capacidade técnica e a organização são pressupostos do empregador, que direciona a atividade do empregado. Disso, surge o que o autor chama de “*ajenidad del riesgo de la empresa*”, que pode ser aqui entendida como alienidade. Todos os elementos da empresa, entre eles a força de trabalho, estão subordinados ao empresário, o qual, portanto, também é quem se apropria do resultado e sofre os riscos. E essa assunção dos riscos é inclusive, o fundo da paisagem que justifica a dependência. O risco justifica o poder diretivo e a subordinação e, em conjunto com ela, concorre para justificar e estabelecer a relação de trabalho. Assim, o trabalho subordinado é compreendido também porque afasta do trabalhador os riscos que seriam próprios da atividade autônoma¹⁰⁶.

Russomano quando busca justificar o seu princípio da hierarquia acima mencionado também o faz de forma semelhante. Aponta que a empresa é uma unidade de produção econômica que caracteriza o capitalismo ocidental e moderno. Ela, segundo o autor, adquiriu um caráter comunitário, para ele, incontestável. Dentro dessa comunidade empresarial há uma necessidade de organização sem o qual a sobrevivência da empresa é impossível. É nesse contexto que o princípio da hierarquia é importante: é necessário que alguém organize a estrutura complexa da empresa. O empresário possui o poder de organizar (poder diretivo), e é ele quem sofre os eventuais prejuízos. Como ele suporta os riscos do negócio, possui o poder em questão, podendo ditar as ordens que considere conveniente à produção. E o empregado, que se coloca nessa estrutura, recebe salário, não sofre os riscos da produção econômica, mas deve obedecer às ordens¹⁰⁷.

Então o estado subordinativo é que ele é decorrente da estrutura da empresa, como pensada para o sistema econômico de que ela faz parte. Ele existe porque é necessário que alguém controle a atividade do ente comunitário para que ele atinja seus fins. Os outros, que não controlam ou dirigem a atividade, subordinam-se às ordens daquele que controla.

¹⁰⁵ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 339-340.

¹⁰⁶ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953, p. 340-344.

¹⁰⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, p. 28-29.

Krotoschin faz a ressalva que nas outras relações de trabalho também há dependência de uma parte em relação ao tomador de serviços, em tudo o que a execução do trabalho se refere. Por isso, quando se trata da dependência do contrato de emprego, é necessário que esse termo se some à ideia de uma dependência pessoal. A dependência jurídico-pessoal se dá quando uma parte renuncia parte de sua autonomia, podendo então dizer-se que ela possui um chefe. Trata-se de uma dependência exacerbada em relação àquelas normalmente existentes e que assim o é porque a ela é acrescentado o caráter pessoal. A essa dependência jurídico-pessoal também se deu o nome de subordinação¹⁰⁸. Assim como Barassi, entende que a alienação dos riscos deve ser somada à subordinação para que se complete a configuração da figura do empregado¹⁰⁹.

Sob essa concepção, o trabalho que é prestado por alguém que não está sob ordens diretas fica excluído da proteção. Para Cabanellas, mesmo considerando que todo trabalhador tem o trabalho como meio de sobrevivência, optou-se por proteger somente o trabalho em determinadas condições, qual seja, o trabalho prestado mediante subordinação, dando-se tanta importância à ela a ponto de intentar-se substituir a denominação do contrato de trabalho para relação de trabalho subordinado e de direito do trabalho para direito do trabalho subordinado¹¹⁰.

Ante a apontada incapacidade dos critérios acima mencionados (seções 2.1.1 e 2.1.2) para definir a relação de emprego, a doutrina passa a entender que a marca que definitivamente diferencia a relação de emprego das demais relações de trabalho é a subordinação. Ela e a dependência são termos distintos que designariam o mesmo elemento, qual seja, a própria subordinação¹¹¹. Catharino também entende que a dependência equivale ao conceito de subordinação. Para ele, subordinado é quem está sob ordem de um ordenador. Chama-se subordinação jurídica porque não é apenas obrigação de trabalhar, mas também de o fazer sob as ordens de outrem, o empregador. O

¹⁰⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 35-36.

¹⁰⁹ KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 37.

¹¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 197.

¹¹¹ CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de derecho laboral*. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 198.

empregado se obriga a prestar serviços dirigidos, segundo o contrato e segundo as normas trabalhistas¹¹².

Essa opção pela subordinação se dá mesmo quando o termo legal utilizado é dependência. Os já mencionados arts. 2º e 3º da CLT trazem a definição de quem seriam o empregador e o empregado em uma relação de trabalho protegida pela CLT:

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

(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A doutrina não ignora a terminologia legal, mas, via de regra, a associa à subordinação. Oliveira aponta que a literalidade da CLT faz referência à dependência e não à subordinação e que a ideia de subordinação jurídica se cinge à criação doutrinária, inclusive distinta da literalidade da lei¹¹³. Araújo e Coimbra observam que a CLT não utiliza a expressão subordinação, mas que se chega a ela pela leitura do binômio dependência e direção¹¹⁴. Mesmo assim, na interpretação desses artigos, vem concluindo, quase à unanimidade, que a prestação de serviços se configura relação de emprego quando o trabalho for prestado com pessoalidade, de forma não-eventual, onerosa e subordinada. Para Mauricio Godinho Delgado¹¹⁵:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No caput de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Por fim, no caput do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Tais elementos são,

¹¹² CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1, p. 198-214.

¹¹³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 01 mar. 2022.

¹¹⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014, p. 258.

¹¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo :LTr, 2019, p. 337-338

portanto: trabalho não eventual, prestado 'intuitu personae' (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade.

Também na análise de Cabanellas, quando o art. 3º acima transcrito define o empregado como a pessoa física que presta serviços de forma não eventual ao empregador, sob dependência e mediante salário, está a concretizar o estado de subordinação¹¹⁶.

Há um desprendimento do texto legal para se chegar a essa definição. No Brasil, o texto aponta que o trabalho protegido é aquele prestado sob dependência, e os intérpretes (tanto a doutrina como a jurisprudência) dão à locução o significado de subordinação. Isso não ocorre somente no ordenamento brasileiro. Já se mencionou a legislação costarriquenha, na qual a dependência é um requisito da relação de emprego. Ocorre que, nesse país, como visto, a subordinação é considerada um elemento da relação de emprego, embora, nesse caso, as demais espécies de dependência também possam ser tomadas em consideração, inclusive de forma independente.

No México, também já houve a previsão legal em que a dependência era requisito da relação de emprego. O trabalho deveria ser prestado sob dependência e sob direção para que houvesse incidência da legislação trabalhista. Isso, como visto, gerou mais de um entendimento na jurisprudência do país e foi alvo de muitas críticas. Para que, ao fim, fosse considerada somente a subordinação como elemento da relação de emprego, inicialmente houve uma mudança no entendimento jurisprudencial e posteriormente houve alteração legislativa.

Na Argentina, de onde se extraiu doutrina que entende tanto que deve ser a subordinação o único requisito, como doutrina que entende a possibilidade de a dependência em suas espécies ser condicionante da relação de emprego, houve alteração no sentido inverso do caso mexicano. O Decreto 8.389/46 determinava que, para a incidência do direito do trabalho, o trabalhador devia prestar serviços em uma relação direta de permanência e com subordinação jurídica¹¹⁷. A exposição de motivos desse decreto ainda trazia um conceito do que entende por subordinação jurídica, tratando-a como a faculdade do empregador de dirigir e fiscalizar e que gera a obrigação correlata

¹¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Gráfico, 1949, tomo II, p. 199.

¹¹⁷ Como já se demonstrou no item 2.1.1, atualmente vige a Lei nº 20.744, de 13 de maio de 1976, que se vale da expressão dependência.

do empregado de acatar s ordens e cumpri-las¹¹⁸. Em sentido contrário, a atual legislação, como já visto, traz a dependência como requisito da relação.

Cabanellas, além de tratar do dispositivo da CLT, para demonstrar o que afirmava, citou vários dispositivos então vigentes em 1949¹¹⁹. Por exemplo, em sua obra, apresentava a definição da lei belga, para quem o estado de subordinação era aquele prestado sob a autoridade, sob a direção e vigilante do chefe da empresa¹²⁰. Também trouxe para análise o Código Civil italiano, que trazia dois fatores: dependência e subordinação. Segundo ele, a lei portuguesa utilizava, à época, a expressão “sob ordens”¹²¹. Ainda, apresentou a então legislação espanhola, que utilizava o vocábulo “sob dependência”¹²². Na legislação ibero-americana, a Bolívia fazia constar, na definição do contrato de trabalho, que o trabalhador se obriga a prestar seus serviços sob dependência e autoridade do empregador. Mencionou o México, já tratado neste trabalho¹²³. No Equador, haveria no ano de 1949, menção à dependência¹²⁴. Na República

¹¹⁸ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 199.

¹¹⁹ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 197-198.

¹²⁰ Após o livro do autor argentino, entrou em vigor a Lei de 3 de Julho de 1978, que definiu o contrato de emprego como aquele prestado sob a autoridade de um empregador: “*Art. 3. Le contrat de travail d'employé est le contrat par lequel un travailleur, l'employé, s'engage contre rémunération à fournir un travail principalement d'ordre intellectuel sous l'autorité, (...) d'un employeur.*” In BÉLGICA. **Lei de 3 de Julho de 1978**. Disponível em <<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>>. Acesso em 10 abr 2022.

¹²¹ Atualmente, o Código do Trabalho Português utiliza a expressão “sob autoridade” quando define o contrato de trabalho: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.” In PORTUGAL. **Lei nº 7 de 12 de fevereiro de 2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>>. Acesso em 15 abr 2022.

¹²² CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 197-198.

¹²³ Abordou-se a ideia de La Cueva acerca da interpretação do texto que definia a relação de emprego mexicano em meados do século passado. Atualmente, como visto, a legislação menciona expressamente a subordinação (item 2.1.1).

¹²⁴ Vige, atualmente, o Código do Trabalho de 2005. Nele, o contrato de trabalho é definido como aquele em que há dependência: “*Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.*”. In: EQUADOR. Lei nº 17 de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>>. Acesso em 15 abr 2022. Por sua vez, a Sala Laboral da Corte Nacional de Justiça adota a concepção de dependência exposta por La Cueva, já demonstrada neste trabalho. In: EQUADOR. Corte Nacional de Justicia – Sala Laboral. Juicio Laboral nº 902-2011. Relator: Jorge Blum Carcelen. Data do julgamento: 31/05/2013. Disponível em: <<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2013mj/R327-2013-J902-2011.pdf>>. Acesso em 15 abr 2022.

Dominicana¹²⁵, haveria menção à dependência permanente e direção imediata ou delegada. Também tratou da Costa Rica¹²⁶, também já aqui mencionada. Mencionou também a Guatemala e Nicarágua¹²⁷, que traziam a dependência como requisito.

Faz-se essas referências apenas para demonstrar que a previsão da dependência e a sua correlação com a subordinação não são uma exclusividade brasileira. Pode-se ver, com os exemplos trazidos pelo autor, que a utilização do termo dependência e a consideração de sua equivalência à subordinação são constantes nas legislações trabalhistas. O fato de que quase todas as legislações concordariam em admitir que o elemento típico do contrato de trabalho consiste na subordinação, mesmo quando não há sua previsão literal, evidencia o triunfo da doutrina, quase unânime, em referir o instituto como indiscutível¹²⁸. Não obstante, como já visto, essa correlação exclusiva não é absoluta.

Essa tentativa de igualar os conceitos acaba deixando em segundo plano a previsão do texto legal. Não obstante o sintagma presente no texto legal seja a dependência, a doutrina opta pela subordinação como o requisito da relação de emprego.

¹²⁵ Vigê atualmente, segundo a OIT, o Código de Trabalho de 1991, segundo o qual o trabalho prestado é aquele prestado sob dependência e direção imediata: “*Artículo 1. El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta.*”. REPÚBLICA DOMINICANA. **Lei nº 1692 de 29 de maio de 1992**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/29744/64852/S92DOM01.htm>>. Acesso em 15 abr 2022.

¹²⁶ O Código Geral do Trabalho desse país vigê desde 1943. Já se tratou, em momento oportuno, como a jurisprudência naquele país trata do tema (Item 2.1.1 do trabalho).

¹²⁷ O endereço oficial do Parlamento da Nicarágua está com acesso vedado, provavelmente por questões que envolvem o governo do país. Disponível em: <<https://www.asamblea.gob.ni/>>. Acesso em 03 abr 2022. Não foi possível localizar outro sítio oficial local com informações sobre a legislação atual. Contudo, em endereço eletrônico do Instituto Internacional de Planejamento da Educação, vinculado à Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), onde consta o Sistema de Informação de Tendências Educacionais na América Latina (<https://siteal.iiep.unesco.org/pt>), há a informação que vigê, desde 1994, a Lei nº 185, denominada Código do Trabalho. No art. 6º desse código, o empregado é definido como aquele que se obriga a prestar a outrem um serviço, ou executar uma obra, sob direção e subordinação: “*Artículo 6. Son trabajadores las personas naturales que en forma verbal o escrita, individual o colectiva, expresa o presunta, temporal o permanente se obligan con otra persona natural o jurídica denominada empleador a una relación de trabajo, consistente en restarle mediante remuneración un servicio o ejecutar una obra material o intelectual bajo su dirección y subordinación directa o delegada.*” Ainda, emprego é definido como a ocupação ou profissão exercida por um trabalhador a um empregador com subordinação: “*Artículo 13. El empleo o cargo es la ocupación o profesión ejercida por un trabajador con subordinación a otra persona denominada empleador, para prestar sus servicios de acuerdo a las responsabilidades que deben ser cumplidas.*” Disponível em <<https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/981/ley-1851994-codigo-trabajo>>. Acesso em 03 abr 2022.

¹²⁸ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 200.

Quando se menciona a subordinação como um requisito da relação de emprego, abre-se a possibilidade para entender válida a abstração jurídica de que não há subordinação de uma pessoa a outra, mas somente da força de trabalho de um indivíduo à produção, que é orientada por outro. Isso, em teoria, evitaria a possibilidade de sujeição de um sujeito a outro. Somente de forma voluntária e livre (através de um contrato) alguém poderia colocar sua energia à disposição de outrem, evitando-se assim o trabalho não prestado de forma livre.

No entanto, mesmo sendo a energia do trabalhador o objeto do contrato, não se pode desconsiderar que a energia da pessoa não pode ser tratada como uma coisa, apenas para poder ser objeto de uma relação jurídica, eis que é inseparável da própria pessoa¹²⁹. Mesmo assim, nesse cenário, o direito do trabalho difere essencialmente do direito civil, porque esse serve para regular a conduta dos homens em relação com as coisas, enquanto o outro é um direito para o homem, não buscando somente proteger a energia humana do trabalho, mas principalmente garantir ao indivíduo uma existência digna¹³⁰.

Demarcado o principal atributo da relação de emprego, passou-se a debater qual seria o seu melhor sentido. Para ideia até agora tratada da subordinação, era necessária a existência de um superior hierárquico que exercesse o poder diretivo, que dava ordens ao empregado, com poderes sobre a pessoa e sua conduta¹³¹. Porém, há teses que buscaram ampliar esse conceito, chamadas de objetivistas, que não consideravam ser essencial essa prerrogativa do empregador, apesar de não negar sua relevância. Embora as teses subjetivistas tenham prevalecido na maior parte do tempo, ultimamente as objetivistas vêm ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência¹³².

Vilhena, por exemplo, defende que o conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e assim ser fixado. Significa que o encontro das energias do trabalhador e dos demais elementos componentes da empresa, assim como a garantia desse encontro, é

¹²⁹ LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 449-450.

¹³⁰ LA CUEVA, Mario de. Derecho mexicano del trabajo. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 453.

¹³¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 101-102.

¹³² DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 102.

que formam o ponto de intersecção entre a atividade autônoma e a atividade subordinada. Para ele, a subordinação não é uma exigência pessoal, mas, sim, técnica e funcional, ou seja, para ela estar presente, a atividade do empregado ou do trabalhador deve integrar a atividade geral da empresa. Como a atividade do prestador se converte na atividade da empresa, passa a ser vital para a consecução dos objetivos econômicos, técnicos e administrativos. A subordinação passa a concentrar-se na atividade, e não mais na pessoa do trabalhador¹³³.

Romita, por sua vez, aponta que o trabalho autônomo estaria caracterizado pelo desempenho, por parte do trabalhador, de uma atividade que consiste na organização dos fatores de produção com vistas a um resultado, enquanto o trabalho subordinado seria um dos fatores de produção, organizada pelo empresário, que assume os riscos da atividade econômica e se apropria dela. Porém, esse conceito objetivo do trabalho subordinado se apresentaria apenas como complementar ao conceito tradicional de caráter subjetivo¹³⁴. Trata-se também de uma definição objetivista, porque está concentrada na atividade e na sua inserção na empresa, baseando a identificação da relação de emprego na existência dessa inserção.

As definições do Vilhena e do Romita não são de elaboração recente, embora tenham, de certa forma, ficado esquecidas pelos juslaboralistas. No entanto, mais recentemente, a doutrina vem buscando trabalhar com essas concepções e a partir delas. Ultimamente as teses objetivistas têm ganhado relevo, conquanto venham mostrando-se um tanto imprecisas para demarcar as fronteiras do direito do trabalho. A subordinação como significante do significado dependência vem sendo pensada em outros termos que não somente aqueles em que a equivalem à dependência jurídico-pessoal. É possível perceber prevalência das teses objetivistas em alguns cenários, ou, ao menos, sua presença insistente.

Dentre essas ideias, há a de Delgado, que defende ser a subordinação estrutural aquela em que ocorre a 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, não importando a circunstância de o trabalhador se harmonizar, ou não, com os objetivos do

¹³³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 470-472.

¹³⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Conceito objetivo de subordinação**. Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978, p. 84.

empreendimento, tampouco se fazendo caso de o empregado receber ordens diretas de chefias. Para o autor, nesse caso, basta que o empregado esteja estruturalmente vinculado a uma dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços¹³⁵.

Chaves Junior e Mendes entendem que é possível haver subordinação nas hipóteses de trabalhadores “autônomos-dependentes”. Nesses casos, para os autores, ela está latente, difusa e diferida, o que justifica a extensão dos direitos celetistas a esses trabalhadores. Trata-se de um trabalhador autônomo habitualmente inserido na atividade produtiva alheia e que tem controle relativo sobre o próprio trabalho. Mesmo assim, não possui qualquer controle sobre a atividade econômica. Exemplificam esse trabalhador no caso do motorista agregado, proprietário do caminhão: é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, para quem e quando será prestado o serviço. Trazem, com base nessas ideias, a definição de subordinação estrutural e reticular, quando, num contrato supostamente autônomo, a disposição do trabalho subsiste pelo tomador ou pelos tomadores do serviço, aderindo às atividades da empresa, já que a impessoalidade da disposição do trabalho não afasta a circunstância de ter sido contratado para desenvolver atividade e não resultado¹³⁶.

Essa ideia busca absorver, como próprias da subordinação, as múltiplas formas de controle e mando, tais como, regulamentos, contratos, manuais de uso de máquinas e equipamentos ou de processos produtivos, GPS, celulares, tacógrafos, softwares de vigilância e registro, *palm tops*, câmeras de vídeo, relatórios de atividade e desempenho, tanto analógicos quanto os digitais. Intenta, ainda, espraiar segurança jurídica nas relações laborais, diminuindo o uso instrumental e, frequentemente, predatório da legislação do trabalho, ou seja, quando, por interesse próprio, a empresa permite que o trabalho seja diferente daquele prestado com subordinação clássica. Assim, reconhece a condição de empregadores das unidades econômicas que atuam em rede, no mesmo espaço geográfico ou em locais distintos, para assegurar que o risco econômico da atividade não seja

¹³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo :LTr, 2019, p. 352-353.

¹³⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007, p. 213-214.

transferido ao trabalho e, via de consequência, aos sistemas sociais e estatais de amparo ao trabalho¹³⁷.

Encontra-se, também na doutrina, a ideia de subordinação integrativa. Para essa ideia, formulada por Porto, o critério deve conjugar a subordinação jurídica com os outros critérios que excluem a autonomia, os quais são, por exemplo: 1 – ser a atividade prestada para uma organização produtiva alheia; 2 – não pertencerem ao trabalhador os frutos do trabalho; 3 – não existir uma organização empresarial própria por parte do trabalhador; 4 – por parte dele, ainda, não há assunção de riscos de ganhos ou perdas. Trata-se de um procedimento¹³⁸. Assim, é verificada a subordinação integrativa quando a atividade do empregado integra a atividade empresarial sem assumir os riscos do negócio, não tendo, ele próprio, uma atividade empresarial própria. A subordinação integrativa é formada com a conjugação da subordinação objetiva com os critérios que excluem a autonomia¹³⁹.

Porém, essas novas concepções não são unanimidade. No âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, a jurisprudência vem sendo bastante refratária mesmo a novas formas de subordinação como as acima mencionadas. Por exemplo, há o caso em que foi negado o vínculo de emprego a um motorista de aplicativo de transporte, porque o trabalho não se desenvolvia sob a subordinação clássica, e, segundo o órgão julgador, a relação de emprego definida pela CLT tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços, devendo, no seu entender, essas novas relações de trabalho serem reguladas por lei própria¹⁴⁰.

Há também outro caso, no qual foi negado o reconhecimento do vínculo empregatício, porque a subordinação era supostamente inexistente nessas relações, na medida em que não havia, segundo a Corte, relação em que eram dadas ordens aos trabalhadores, o que foi verificado, no caso concreto, porque o trabalhador de aplicativo pode escolher o momento de ficar “*off-line*”, sem delimitação de tempo, podendo

¹³⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007, p. 213-217.

¹³⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 253-254.

¹³⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 321.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003. Relator: Min. Breno Medeiros. Brasília, Data de julgamento: 09/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/537fdbb0e7cce4d4dc82341a9bb417d0>>. Acesso em 16 abr 2020.

determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia, sendo essa possibilidade incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação clássica¹⁴¹.

Porém, embora exista essa resistência, ela não é unânime. Em decisão bastante recente, a 3ª Turma daquele tribunal entendeu por bem reconhecer a existência de relação de emprego, julgando, no que diz respeito à subordinação, que o instituto vem passando por adequações ao longo dos dois últimos séculos, tanto porque a ciência do direito juslaboral diversificou as percepções do instituto, como porque houve alterações no mundo do trabalho. A turma destacou três dimensões do elemento da relação de emprego: a clássica¹⁴², a objetiva¹⁴³, a estrutural¹⁴⁴ e a algorítmica. Esta última seria aquela própria do novo contexto empresarial, no qual o empresário utiliza meios telemáticos, computadores, internet, entre outros, para dirigir a atividade do trabalhador¹⁴⁵.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038-89.2017.5.02.0038. Relator: Min. Breno Medeiros. Data de julgamento: 05/02/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/161644fb9673d0afe87b0e522a470272>>. Acesso em 16 abr 2020.

¹⁴² “Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador.” In BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Min. Mauricio Godinho delgado. Brasília, Data de julgamento: 06/04/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>>. Acesso em 16 abr 2020.

¹⁴³ Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, que detém o poder jurídico sobre a direção daquela atividade. Essa dimensão do fenômeno sociojurídico subordinativo caracteriza-se pela integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais, havendo plena harmonização entre a atividade do trabalhador e os fins do empreendimento a que se vincula (...)” In BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Min. Mauricio Godinho delgado. Brasília, Data de julgamento: 06/04/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>>. Acesso em 16 abr 2020.

¹⁴⁴ “Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento . Nessa 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.”. In BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Min. Mauricio Godinho delgado. Brasília, Data de julgamento: 06/04/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>>. Acesso em 16 abr 2020.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Min. Mauricio Godinho delgado. Brasília, Data de julgamento: 06/04/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>>. Acesso em 16 abr 2020.

Como se vê, portanto, embora o Tribunal Superior do Trabalho ainda seja refratário à alteração do entendimento subjetivista acerca da subordinação, já se encontra decisão que busca ultrapassar esse paradigma.

Interessante notar que, na jurisprudência, a própria relação entre as concepções objetivista e subjetivista é conflituosa, o que se pretende demonstrar, com uma pequena pesquisa quantitativa, no item 3.1.1. Porém, note-se, como ilustração, que o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 958.252/MG¹⁴⁶, em sede de repercussão geral, onde restou fixada a seguinte tese: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". Essa decisão, por sua vez, tem gerado, nos tribunais trabalhistas, o reconhecimento da impossibilidade de que a subordinação objetiva seja um critério válido para que reconheça a relação de emprego através da subordinação objetiva, nos casos de terceirização. Veja-se a decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região¹⁴⁷:

EMENTA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍNCULO DE EMPREGO. Independentemente de os serviços prestados pelo trabalhador estarem inseridos na atividade-meio ou na atividade-fim da empresa contratante, o Supremo Tribunal Federal, no RE 958252, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 30-08-2018, editou a seguinte tese de repercussão geral, no tema n.º 725 - Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante." Trata-se de entendimento vinculante, pela disciplina processual civil, com efeito retroativo pleno (sem modulação no tempo), a afastar a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora de serviços pelo enfoque da subordinação objetiva, na forma dos arts. 9º, da CLT, e 186, 265, 927 e 942, do Código Civil e entendimento da Súmula 331, I, do TST. **A partir desse julgamento do STF, o reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora somente se revela possível se houver prova de subordinação subjetiva, com evidências concretas de interferência direta da tomadora no comando e na gestão dos serviços delegados, a caracterizar fraude na terceirização.** O conceito de fraude em terceirização, doravante, passa a ser outro, ficando restrito à hipótese de terceirização formal de serviços, com manutenção, pela terceirizadora, do poder de comando e gestão dos serviços

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958.252/MG**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, Data de julgamento: 30/08/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>>. Acesso em 30 abr 2020.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Data de julgamento: 29/08/2019. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/bktuvVTrZmx23eIzPvKeNA?&te=0020525-10.2014.5.04.0023>>. Acesso em 30 abr 2020.

terceirizados, ou seja, sem a delegação propriamente dita dos serviços (em palavras bem simples, a empresa terceiriza formalmente uma atividade, mas continua exercendo, por seus meios, o comando e a gestão dos serviços que deveriam ter sido delegados e não foram). O ônus da prova compete ao trabalhador, por caracterizar fato constitutivo do direito.

(TRT da 4ª Região, 11ª Turma, 0020525-10.2014.5.04.0023 ROT, em 29/08/2019, Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - Relator) (grifo nosso)

Em razão da terceirização, que é muito presente no mundo do trabalho contemporâneo, o reconhecimento do vínculo pela subordinação que se daria em razão da inserção do trabalhador na atividade-meio ou na atividade-fim da empresa não se faz possível nesses casos. No caso acima, o empregado supervisionava mais de uma equipe que ofertava produtos e prospectava clientes para a tomadora de serviço. Estava inserido na produção da autora, mas, mesmo assim, não foi considerado seu empregado, porque se entendeu que não houve subordinação subjetiva em relação à empresa.

Situações como essa demonstram ainda mais a complexidade do mundo do trabalho contemporâneo em que se mantém a exigência da subordinação como requisito do vínculo de emprego. Essas teses ditas objetivistas têm o mérito de retirar o foco da relação desigual da pessoa do trabalhador, contribuindo para o enfraquecimento da necessidade de subordinação de uma pessoa à outra, na medida em que aprofundam a concepção de que é somente a atividade que está subordinada à produção. Já, para os subjetivistas, a energia de uma pessoa, que acaba por trazer junto a própria pessoa, subordinava-se às ordens do empregador. Para os objetivistas, é a energia que se subordina à produção.

A utilização dessas teses também permite a ampliação do conceito de subordinação, permitindo a abrangência do campo sobre que a proteção trabalhista vai incidir, o que, em tese, pode ser considerado um aspecto favorável, na medida em que permite o avanço da proteção trabalhista a mais pessoas que estão em situação assimétrica no contrato de trabalho. Porém, por outro lado, os conceitos objetivistas pecam pela ausência de precisão e a opção por uma definição dessa natureza acerca da subordinação contraria o objetivo de clareza e certeza que fez com que se optasse pela subordinação como o principal elemento das relações juslaborais.

Há uma evolução do conceito de subordinação, que vem sofrendo alterações. A subordinação é entendida, na sua acepção clássica e subjetivista, como a disponibilização da energia do empregado às ordens do empregador para que este organize a produção. Essa ideia de subordinação, embora pensada como forma de limitar

um poder privado, denota uma forte incidência sobre a pessoa do empregado, porque é concebida com a necessidade de fiscalização, orientação e eventual punição pelo descumprimento das determinações. Já, na segunda acepção, objetivista, elimina-se a necessidade de que as ordens sejam efetivamente apresentadas. Basta que o empregado integre a unidade produtiva, como um fator de produção, para que haja subordinação.

Interessante notar que essa amplitude no conceito de subordinação também torna seus contornos ainda mais imprecisos. E como será visto adiante, o critério subordinativo não apresenta o caráter de certeza e precisão que, dentre outras, foi a qualidade que fundamentou seu acolhimento pela doutrina. Especialmente a concepção objetivista pode ser considerada demasiadamente ampla, mesmo com as suas releituras mais recentes que intentam precisá-la. As mudanças por que o instituto vem passando, enfraquecem a ideia de segurança que tanto prestígio lhe trouxe.

Pretende-se, no item seguinte, esmiuçar essas questões, demonstrando que mesmo a definição subjetivista já não era tão precisa e tampouco exclusivamente jurídica, bem como que isso diminui ainda mais com a concepção objetivista. Porém, a ausência de precisão do critério não se dá somente por conta de suas deficiências, mas também por outros fatores, tais como as mudanças no mundo do trabalho, do que se passa a tratar na próxima seção.

2.2.2. Deficiências do requisito subordinativo

Passa-se à análise dos problemas do critério subordinativo. A presente seção vai tratar das dificuldades do instituto, rapidamente mencionadas no final da anterior. Em suma, será demonstrado que a escolha da subordinação como critério diferenciador é uma opção defasada, porque impede o ramo juslaboral de exercer sua finalidade frente o mundo do trabalho contemporâneo. Também será tratada a ausência das qualidades que lhe foram atribuídas pela doutrina, principalmente a abstração, generalidade e certeza.

Inicia-se com a relação da subordinação e o mundo do trabalho contemporâneo. Dorneles explica que a literatura juslaboral clássica e a contemporânea encontram, na hipossuficiência, a justificativa ou fundamento dos princípios basilares do direito do trabalho – o da proteção e o da melhoria da condição social dos trabalhadores. Essa hipossuficiência remete à flagrante desigualdade econômica existente entre o trabalhador e o seu empregador e foi traduzida normativamente como dependência. Quanto à

dependência, foi-lhe dado o sentido de subordinação. Entretanto, diante da nova configuração do mundo do trabalho, que é caracterizado, entre outros aspectos, pela diversificação e complexificação das relações de trabalho, é possível dizer que a teoria geral do direito do trabalho demanda uma reformulação deste postulado básico, pois o descompasso jurídico-social inegavelmente pode levar a uma perda das eficácias simbólicas e instrumental deste ramo jurídico, e conseqüentemente ao questionamento acerca de sua legitimidade¹⁴⁸.

Em outro texto, o mesmo autor destaca que um dos aspectos da chamada crise teórica estrutural do direito do trabalho diz respeito à discrepância entre o universo potencial protetivo (pensado para regular relações desiguais) e aquilo que ele restou por se circunscrever: apenas a relações de trabalho subordinadas. A construção juslaboral teria deixado de lado relações de trabalho desiguais, limitando-se às subordinadas¹⁴⁹. O autor atribui essa opção a purismos científicos então vigorantes. Buscando um conceito claro, abstrato e abrangente, a teoria juslaboral demarcou a subordinação como a linha que separava o trabalho autônomo e o emprego¹⁵⁰.

É possível levantar dúvida razoável sobre se a subordinação possui as qualidades que lhe foram atribuídas. Machado acusa uma falta de clarividência para perceber de que o trabalho vem mudando radicalmente, faltando aos juslaboralistas a compreensão de uma nova racionalidade operante, diversa da que surgiu na sociedade industrial. Vêm ocorrendo mudanças na organização do trabalho e na produção, decorrentes da implosão do modelo taylorista-fordista, o qual propiciou a edificação de uma regulação estatal do trabalho subordinado, então assentado na ideia de hierarquia e poder privado. Essas alterações impactam – ou deveriam impactar – na noção de subordinação, que é ligada a esse modelo. No entanto, isso não ocorre de maneira suficiente¹⁵¹.

¹⁴⁸ DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. In: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 67-69

¹⁴⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 106

¹⁵⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 106.

¹⁵¹ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 51-52.

Dorneles diz que é possível considerar, no modelo da sociedade industrial, o qual se baseava nos parâmetros de universalização e padronização, que a relação de trabalho subordinada abrangia a fração mais expressiva das relações de trabalho existentes no mundo laboral. Contudo, desde sempre, restaram excluídos os outros modelos de contrato de prestação de serviços existentes, que eram também expressivos. Essa restrição teórica resta cada vez mais evidente no contexto pós-industrial, diversificado e complexo, e onde grupos anteriormente inexpressivos tem ganhado uma maior expressividade¹⁵².

O trabalho subordinado, tal qual como foi teorizado e praticado na sociedade industrial, vem perdendo espaço para outras formas de labor. Essas novas formas, por não se identificarem – ao menos de forma clara – com o trabalho subordinado, deixam de contar com a proteção que serviria para equilibrar a relação desigual que se estabelece entre o credor do trabalho e o devedor. Há uma diferença entre aquele ambiente industrial e o mundo do trabalho atual.

Essa sociedade industrial, que hoje perde protagonismo, é fruto da Primeira Revolução Industrial e da Segunda Revolução Industrial. A primeira, datada do final do Século XVIII, se deu quando ocorreu a transição de um trabalho manufaturado artesanal para a utilização das máquinas a vapor. Com essa mudança, a produção passou a ser em massa e fragmentada, mudando todo o panorama existente até então. Já a segunda marca o surgimento da energia elétrica e do petróleo, quando ocorre a utilização dos sistemas taylorista e fordista, otimizadores da produção: constituíram um modo de trabalho de movimentos tão mecânicos a ponto de os trabalhadores serem comparados à própria máquina nas fábricas¹⁵³. Como já mencionado, os parâmetros dessa sociedade eram de racionalização da produção, estruturação vertical e subordinativa, com divisão clara entre execução e planejamento. Assim, o trabalho ali prestado era livre (em contraposição à escravidão), produtivo, prestado para o proprietário dos meios de produção, de forma subordinada e não eventual¹⁵⁴.

¹⁵² DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 106

¹⁵³ ROCHA, Claudio Janotti da; Junior, Anselmo Luiz Bacelar; Born, Paula Friber. A acumulação por espoliação e o trabalho via aplicativo: análise da estrutura e das relações de trabalho em “uberização”. In: MEIRELES, Edilton (org.). **Direito e processo do trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção**. Salvador Editora Paginae, 2021, p. 44.

¹⁵⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. In: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 65.

Na sociedade industrial, havia um foco na produção de bens¹⁵⁵. O direito do trabalho tradicional foi construído levando em conta uma sociedade disciplinar, da fábrica, do capitalismo industrial, em que havia a necessidade da disciplina individual do trabalhador e do seu corpo. A linha de produção demandava uma disciplina horária para não ser interrompida, e essa disciplina devia ser individualizada, porque os próprios postos de trabalho eram individualizados e específicos. A disciplina dos corpos pelo empregador é mais rentável do que a punição, com a vigilância internalizando a autodisciplina do empregado, de modo que essa vigilância seja mais eficiente, mais abrangente e mais econômica do que a punição. A fábrica é a tradução, na esfera da produção, dessa sociedade disciplinar, que se desenvolve por meio da organização taylorista, na linha de produção, impondo um vínculo linear no trabalho, que é internalizado subjetivamente no operário, como estratégia disciplinadora. Essa organização é uma demanda do próprio capital, preocupado com a potencialidade da interrupção do trabalho, capaz de interditar a linha de produção. Assim, sobrecarrega a responsabilidade pela produção coletiva no indivíduo, diminuindo a necessidade de punição. O desdobramento jurídico desse sistema de vigilância laboral é o contrato de trabalho subordinado do início do Século XX. A disciplina ganha sua potência jurídica, para diminuir a necessidade de aplicação do ato ineficiente da punição¹⁵⁶.

Os pilares sobre os quais o direito do trabalho se ergueu – e sobre os quais se considerou a subordinação jurídica – foram uma organização de trabalho hierarquizada, com um controle rígido relativo ao tempo na execução do trabalho. O critério da subordinação é a mistura desses ingredientes, oriundos da relação salarial taylorista/fordista.

Porém, essas pilastras de sustentação se romperam, fragmentando a moldura unitária de inclusão e proteção regulada pela disciplina do direito do trabalho¹⁵⁷. Não é mais possível pensar a regulação do trabalho humano a partir dessa perspectiva do início do século passado. Passou-se para um período de transição em direção à sociedade do

¹⁵⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 99.

¹⁵⁶ CHAVES JÚNIOR, J. E. R. . Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2ª região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 38-39.

¹⁵⁷ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 53.

controle e do empreendimento em rede. Nessa sociedade, é dispensada a especificação individual do trabalho, sendo necessário apenas o controle coletivo e estatístico dos trabalhadores para que se viabilize o ajuste da oferta à demanda de bens e serviços. Com a evolução da sociedade industrial, principalmente com a crise estrutural decorrente da elevação do preço do petróleo em 1973, o padrão de acumulação taylorista perde eficácia. A inclusão de todos os assalariados na relação de subordinação começa a sofrer fraturas no início da década de 70, em razão da complexidade verificada no interior da classe operária, constituída por empregados da indústria, comércio funcionários públicos, engenheiros, médicos, advogados, etc. As distinções entre os trabalhos exercidos por tantos empregados que laboram de maneiras tão distintas desencadeiam um processo de segmentação no mundo do trabalho. Surge um assalariado burguês, movido pelo desejo de consumo, o que leva a classe operária a se dissolver progressivamente no mosaico das classes médias. A forma como o trabalho é exercido sofre uma fragmentação crescente, passando a existir uma dualidade de condições de trabalho, remuneração e garantia de emprego. Nessa segmentação, passou a existir, de um lado, um núcleo de empregados estáveis, bem remunerados, destinatários de benefícios sociais e condições dignas de trabalho, enquanto, do outro, há um trabalho precário, sem estabilidade e com níveis baixos de remuneração¹⁵⁸.

Esse período de transição e efetiva mudança é decorrente da chamada Terceira Revolução Industrial, também conhecida como “revolução digital” ou “revolução do computador”. Nela, a maquinação do trabalho segue como tônica, sendo o trabalho humano preterido em relação ao realizado pela máquina¹⁵⁹. Surge, aqui, a sociedade pós-industrial. Nela, a organização vertical e hierárquica inicia um processo de declínio. Transita-se de uma sociedade predominantemente produtora de serviços a uma sociedade em que a matéria prima é a informação. Como consequência, o conhecimento teórico passa a ocupar um papel cada vez mais relevante na organização social, o que acaba por reestruturar as relações de poder. O trabalho deixa de ser manual e tipicamente fabril (trabalho esse absorvido pelas máquinas), passando a intelectualizar-se, com labor efetivo, estudo e tempo livre se interpenetrando, a ponto de não ser possível desvencilha-

¹⁵⁸ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 55-56.

¹⁵⁹ ROCHA, Claudio Janotti da; JUNIOR, Anselmo Luiz Bacelar; BORN, Paula Friber. A acumulação por espoliação e o trabalho via aplicativo: análise da estrutura e das relações de trabalho em “uberização”. In: MEIRELES, Edilton (org.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador Editora Paginae, 2021, p. 45.

los. As atividades administrativas são realizadas por softwares, e o trabalho humano passa a ser mais criativo. Ocorre descentralização das decisões e flexibilidade de horários. Há atenuação dos conflitos de classe. A produção passa a ser orientada pelo mercado. Por fim, a linha de montagem e a organização fordista cedem espaço para a organização em rede, onde há vários centros de decisão interligados, onde há especialização nas tarefas para que ocorra o trabalho interdisciplinar¹⁶⁰.

Se, no primeiro momento, o trabalhador que melhor representava aquela fase originada pela Primeira Revolução Industrial e pela Segunda Revolução Industrial era o operário, para essa Sociedade Pós-Industrial, pode-se tomar como exemplo a figura do jornalista *freelancer* ou de um advogado associado. São profissionais que executam tarefas intelectuais, muitas vezes de criação, não necessariamente laboram no espaço físico da empresa, e não necessariamente recebem ordens diretas de um superior hierárquico. Porém, estão integrados, de alguma forma, na produção ou na estrutura da empresa. Embora possam influenciar a tomada de decisão, com seu conhecimento técnico (principalmente no caso do advogado, mas não somente), nem sempre o seu parecer técnico é acatado por questões de gestão, o que denota ainda haver uma vontade que se sobrepõe à dele. Há uma intensidade reduzida no recebimento de ordens e na conformação do trabalho, que às vezes, pode inclusive estar ausente. Não obstante, há um desnível contratual.

As garantias e direitos oriundos da estrutura salarial fordista, na qual havia um trabalho com caráter de dependência e subordinação, esvaziam-se e esse trabalho assalariado deixa de ser um projeto estruturante. O desenvolvimento e a consolidação do direito do trabalho, que era um dos pressupostos do desenvolvimento econômico, deixa de sê-lo, e desvanece também a promessa universalista de proteção social do Estado pelo trabalho assalariado. Assim, o contrato de trabalho perde hegemonia e dá lugar a modalidades diversas de contratos atípicos, além de revalorizar as formas de trabalho autônomas, fora do eixo da relação salarial e do contrato de trabalho. Este não confere mais ao trabalhador a condição de acesso a direitos, mas passa a reinventar o contrato de tom individualista do Século XVIII, que tem como fundamentos a liberdade contratual e o reconhecimento legal dos contratos, primando pela racionalidade comutativa. Promove-

¹⁶⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 104-105.

se o direito do trabalho sem proteções, com a esfera pública e coletiva da disciplina esvaziada¹⁶¹.

Isso se dá tanto pela intensificação da concorrência em âmbito global, como pelo aumento da necessidade de diminuição dos vínculos de solidariedade sindical, a qual se vê beneficiada tanto pelo modelo de indivíduo que é protagonista na produção linear como na consolidação da ética social de luta de classe daqueles que não são proletários. Há substituição do taylorismo/fordismo pelo modelo ohnista/toyotista, no qual a produção linear e vertical é substituída por uma concepção mais reticular e horizontal, de forma a diminuir a potência do trabalhador na paralisação do serviço¹⁶².

Nesse novo mundo da economia, não são mais necessárias palavras de ordem, seja na organização do trabalho ou mesmo na resistência sindical. A produção é deslocada para os países periféricos. Se, antes, compravam-se matérias primas e vendiam-se produtos acabados, atualmente compram-se produtos e vendem-se serviços. O poder empresarial se expressa mais pela tomada do poder acionário do que pela formação da disciplina do trabalho, mais por fixação de cotações na bolsa e por IPOs, do que por redução dos custos de produção. O poder empregatício se descola da disciplina corporal e do tempo de trabalho e passa a atuar no controle da alma e do *marketing*. A esse controle, não interessa tanto o confinamento dentro da fábrica, dentro de uma jornada fixa e dentro de uma disciplina linear, dentro de um vínculo jurídico estável e a manutenção da assiduidade. Interessa, para ele, um vínculo etéreo, pós-contratualista, pós-materialista, que vende um sonho de liberdade, mas que engendra agenciamentos compromissários, dívidas continuamente diferidas, endividamento recorrente e afetação apenas virtual¹⁶³.

A crise do fordismo é, na verdade, um processo provocado pela reestruturação tecnológica e produtiva da grande indústria, bem como pela difusão social das lutas operárias. Há uma nova estratégia de acumulação que prescinde – ao menos em parte considerável – do trabalho subordinado. A estratégia é retomar o controle sobre o trabalho fora da fábrica. Há uma desarticulação do espaço e do tempo da organização produtiva, como estratégia de flexibilização defensiva do capital, que desloca a submissão da fábrica

¹⁶¹ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 56-57.

¹⁶² CHAVES JÚNIOR, J. E. R. . Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2º região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 39-40.

¹⁶³ CHAVES JÚNIOR, J. E. R. Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2º região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 40-42.

para outro meio socioprodutivo. Adota-se uma estratégia de flexibilização que reduz custos e recompõe-se, de outro lado, a organização científica do trabalho. Essa nova configuração, por sua vez, traz consigo novas formas de poder e controle¹⁶⁴.

Há uma suposta liberdade dos trabalhadores, que podem escolher seus horários, local de trabalho e outras condições. Porém, ela é meramente dúctil e operacional. A autonomia do sujeito é enredada, antes que reticular e subordinada. A produção, nessa nova sociedade, é compatível com vínculos precários, intermitentes e virtualmente plugados. As conexões são heterogêneas, sem identidade, similaridade ou homogeneidade, que esvaziam o conceito de categoria profissional. As singularidades da produção se opõem às individualidades e às coletividades¹⁶⁵. Se, anteriormente, o trabalho pessoal, subordinado e não-eventual era necessário para a produção. Nesta nova fase, esse trabalho vai perdendo importância.

A sociedade do controle se preocupa mais com aspectos estatísticos e coletivos da subsunção do trabalho alheio. Ela reforça a liberdade individual e limitada do trabalho, flexibilizando a disciplina, mas com incremento do controle coletivo. Os laços de solidariedade e identidade da categoria são dissolvidos, em favor das singularidades da multidão que trabalha¹⁶⁶. Trata-se de uma face das mudanças no mundo do trabalho, resumida na ideia de pós-fordismo, cuja pretensão é aviltar as relações de trabalho e as conquistas sociais obtidas no contexto do sindicalismo forte e do Estado do Bem-Estar-Social. Nessa ideia, aplicada no plano externo da relação de trabalho, pretende-se retirar a proteção ou regulamentação da relação de trabalho, através da precarização. Essa precarização é, de fato, a eliminação do direito do trabalho, uma vez que legitima a venda da força de trabalho sob o prisma do contrato civil¹⁶⁷.

Essas características vêm se intensificando no Século XXI. As tecnologias são aprimoradas, há possibilidade de ainda mais controle, coma uma coleta e um tratamento

¹⁶⁴ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 103-108.

¹⁶⁵ CHAVES JÚNIOR, J. E. R. Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2ª região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 42.

¹⁶⁶ CHAVES JÚNIOR, J. E. R. Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2ª região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 42.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021, p. 21.

dados mais eficiente¹⁶⁸. Essa intensificação possibilita uma Quarta Revolução Industrial, dentro da qual se ampliam os efeitos da revolução anterior. Nessa exacerbação, o trabalho executado pela máquina ganha ainda mais espaço e importância, o que fortalece a ideia de que a fábrica já não precisa mais existir fisicamente, mas somente de maneira algorítmica ou até mesmo nas nuvens digitais. A máquina se via anteriormente em papel de destaque frente o indivíduo, e agora disputa com ele o trabalho, podendo inclusive controlar o trabalhador¹⁶⁹.

Nessa sociedade do controle, as tecnologias disruptivas, que emergem com força no Século XXI, potencializam a capacidade relativa de flexibilizar o aumento de capital, tanto na regulação territorial como no plano da produção e, principalmente para o que aqui interessa, na esfera do ordenamento jurídico trabalhista. A acumulação de capital é baseada na captura do produto da cooperação social, como resultado do incremento da socialização da produção, principalmente pela atividade produzida pelas redes sociais e plataformas econômicas. O capital se aproveita do que é, de certa forma, produzido na sociedade, do conhecimento tácito e codificado da comunidade em rede e acaba por capturar as energias de emancipação que eclodem em meio à colaboração produtiva¹⁷⁰.

O trabalho, em grande parte, passa a desenvolver-se mediante aplicativos, por isso se diz que atualmente vige a época do capitalismo de plataforma. O trabalho assim prestado nada mais é do que a potencialização dos movimentos concomitantes que tiveram início na década de 70 acima mencionados, nos quais se buscou a produção enxuta, cadeias produtivas *just-in-time* e terceirização. Trata-se da evolução da sociedade pós-industrial¹⁷¹.

As pessoas físicas, nessa sociedade, não dão mais ordens (capitalismo de plataformas), e essa ordenação passa a ser realizada por uma máquina, que, muitas vezes, recebe ordens diretamente do consumidor. Chama-se essa nova forma de produção de

¹⁶⁸ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁶⁹ ROCHA, Claudio Janotti da; Junior, Anselmo Luiz Bacelar; Born, Paula Friber. A acumulação por espoliação e o trabalho via aplicativo: análise da estrutura e das relações de trabalho em “uberização”. *In: MEIRELES, Edilton (org.). Direito e processo do trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção*. Salvador Editora Paginae, 2021, p. 45.

¹⁷⁰ CHAVES JÚNIOR, J. E. R. . Direito do trabalho 4.0: controle e alienação como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. *Revista do tribunal regional do trabalho da 2ª região*. nº 22/2019 São Paulo: TRT, p. 39-40.

¹⁷¹ KALIL, Renan Bernardi. Organização coletiva dos trabalhadores no capitalismo de plataforma. *Revista Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 2, p. 79-93, ago./nov. 2020, p. 83.

Gig-Economy, ou economia de bico, onde ocorrem, em síntese, dois tipos de trabalho: o *crowdwork* e o *work-on-demand*, via aplicativos¹⁷². O primeiro é definido como uma forma de trabalho desempenhada pelas plataformas digitais, normalmente utilizada por empresas cujos negócios se desenvolvem na internet e que demandam uma multidão de trabalhadores de forma pontual e esporádica. É um tipo de trabalho vinculado a uma modalidade de captação denominada *crowdsourcing*, na qual a empresa retira uma função dos empregados e terceiriza para um número indefinido de pessoal, mediante chamada aberta¹⁷³. Já o *work-on-demand* é a prestação de serviços na qual uma plataforma viabiliza a combinação entre oferta e demanda de mão-de-obra por meio de um *software* para a execução nas proximidades ou no próprio local em que se encontra o tomador de serviços. Ou seja, o aplicativo é utilizado principalmente por telefones com acesso à internet e não é o meio principal pelo qual se realiza a atividade¹⁷⁴. Pode ser tomado como exemplo do primeiro caso os trabalhadores que fazem o chamado marketing digital. Quanto ao segundo, os motoristas de aplicativo e entregadores são a fração mais expressiva.

É imperioso compreender a grande transformação do trabalho dependente, a partir das inovações que foram introduzidas na organização produtiva. Essas inovações justificaram o processo de desregulamentação do contrato pelo qual alguém põe à disposição sua força de trabalho¹⁷⁵. Se o trabalho dependente sofreu modificação, é imperioso que se avalie também o seu significado. E, nessa análise do seu significado, é importante que se considere a existência concomitante dos trabalhadores que exercem suas atividades nos moldes da sociedade industrial, com aqueles que o fazem nos moldes da sociedade industrial e com os da indústria 4.0. Atualmente, há, na cadeia produtiva, operários convivendo com advogados contratados, empresas de publicidade terceirizadas, motoristas de aplicativo, sujeitos que fazem o marketing digital, dentre outros.

A título de exercício de conjectura, é possível imaginar um hospital, que possui empregados da enfermagem contratados para laborar em horários fixos e realizar as

¹⁷² ROCHA, Claudio Janotti da; JUNIOR, Anselmo Luiz Bacelar; BORN, Paula Friber. A acumulação por espoliação e o trabalho via aplicativo: análise da estrutura e das relações de trabalho em “uberização”. In: MEIRELES, Edilton (org.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador Editora Paginæ, 2021, p. 46.

¹⁷³ KALIL, Renan Bernardi. Organização coletiva dos trabalhadores no capitalismo de plataforma. **Revista Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 2, p. 79-93, ago./nov. 2020, p. 83-84.

¹⁷⁴ KALIL, Renan Bernardi. Organização coletiva dos trabalhadores no capitalismo de plataforma. **Revista Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 2, p. 79-93, ago./nov. 2020, p. 83.

¹⁷⁵ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 52-53.

rotinas de cuidado com pacientes (banho, troca de curativos, aplicação de medicação, entre outros). Na mesma estrutura, podem laborar médicos, compondo o chamado corpo clínico aberto, que trabalham nos horários que desejam, visitam seus pacientes lá internados ou mesmo dão consultas nas salas dessa estrutura. Também podem trabalhar, concomitantemente, médicos empregados, os quais, porém, embora com o vínculo reconhecido, não têm o mesmo grau de subordinação que os técnicos de enfermagem, por exemplo. Nessa estrutura, ainda, laboram auxiliares administrativos, gerentes, advogados que são associados a escritórios de advocacia contratados, dentre outros. Por fim, o transporte dessas pessoas pode ser realizado por motoristas de aplicativo, buscados para a prestação de serviço através de uma plataforma na internet, que também recebe pelo serviço, já que põs em contato o preposto do hospital e o motorista.

Essa situação acima imaginada se trata de uma instituição tradicional. Porém, é possível também vislumbrar uma empresa que surge graças à Terceira Revolução Industrial e à Quarta Revolução Industrial e que também tem de contar com a prestação de serviço de pessoas. Para não cair nos casos mais analisados das plataformas (empresas) de entrega e transporte, imagine-se uma empresa que concentra a compra e venda de passagens de várias companhias aéreas para todos os continentes do mundo, recebendo percentual da transação por isso, e que, para atrair interessados, apresenta gratuitamente dicas de viagem e informações, tanto em seu endereço eletrônico como através do envio de *newsletter*. Essa empresa possui diretores e gerentes que são empregados (com a subordinação clássica menos evidente) responsáveis por dar andamento às principais diretrizes empresariais. Esses trabalhadores são auxiliados por um número cada vez menor de empregados administrativos para dar auxílio, seja no serviço de escritório seja na coleta e tratamento de dados sobre os voos das companhias aéreas, os quais vêm perdendo espaço para as máquinas que já realizam as tarefas automatizadas. Essa instituição necessita de jornalistas que conheçam os locais de destino ou saibam onde obter tais informações. Esses contratados podem ser jornalistas locais, contratados mediante pejetização, ou vínculo de emprego (o mais razoável é imaginar que seja mediante uma pessoa jurídica). E, por fim, essa empresa pode se valer de plataformas digitais para transporte, entregas, etc.

Note-se a complexidade, com vínculos de várias naturezas, mas onde há, dentro desses mais variados vínculos, trabalhadores que necessitam prestar esse serviço principalmente para obter meios de sobrevivência para si ou para sua família. Os modelos

de produção que sucedem a sociedade industrial demandam que o trabalho seja desenvolvido com menos subordinação, com essa subordinação menos evidente, ou até mesmo com ela ausente. No entanto, trata-se de uma opção do capital para potencializar a produção e também para evitar a incidência das regras protetivas trabalhistas. Produzindo dessa forma, para além das vantagens competitivas, impede-se que a legislação juslaboral venha a incidir e eleve na relação material de trabalho a parte mais vulnerável.

O trabalho subordinado era necessário à produção, ao capital e, por isso, entende-se que esse sentido de subordinação foi atribuído ao termo dependência como requisito para a incidência protetiva juslaboral. Na intenção de regulamentar a relação entre capital e trabalho, optou-se por proteger o trabalho subordinado que era onde essa relação mais ocorria. Porém, atualmente, essa relação entre capital e trabalho se dá com um controle mais amplo, geral e não individual, diferentemente do trabalho subordinado.

Há uma certa liberdade do empregado, a qual não vem acompanhada de uma emancipação do indivíduo, na medida em que o trabalhador ainda põe à disposição sua força de trabalho e, de alguma maneira, pode depender do capital para sua sobrevivência. Assim, há um sujeito que demanda proteção, porque, nessas condições, pode ter sua dignidade ferida, eis que está em posição de assimetria.

A assimetria pode ser normativa (reconhecida por lei, como no caso do direito do trabalho) ou fática, que é aquela em que se verifica, no plano dos fatos, o poder de uma das partes - econômico, técnico, informativo ou jurídico - e a outra vulnerabilidade (possibilidade de o sujeito ser ferido na relação, patrimonial ou extrapatrimonialmente) de outra. Na primeira assimetria mencionada, a própria norma impõe obrigações e direitos que reduzem a assimetria. Na segunda espécie, são os institutos do direito comum que dão conta “de equacionar os problemas de justiça e utilidade contratual daí resultantes” dentro de seus limites¹⁷⁶. É esse entrega para o direito comum que o engessamento na atribuição de significado à dependência tem causado, e que configura um dos aspectos da crise estrutural do direito do trabalho segundo Dorneles. Para ele, um dos aspectos dessa crise é a discrepância entre o universo potencial protetivo pensado para regular relações desiguais que restou por se circunscrever apenas a relações de trabalho subordinadas.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 320-321.

Como há menos subordinação, a utilização do postulado da hipossuficiência traduzido em dependência e equivalente à subordinação não impede que se evite a perda da eficácia real e simbólica da disciplina. Se o direito do trabalho protege apenas o indivíduo que labora de forma subordinada, e se esse indivíduo diminui em quantidade no mundo do trabalho, também rareiam as formas de impedir que o aquele que labora por conta alheia - e é vulnerável nessa relação contratual – contrate em condições que sejam potencial ou efetivamente aviltantes para sua dignidade. Então, a abrangência diminui, relegando ao direito comum o eventual cuidado com esses indivíduos.

De certa forma, essa perda de abrangência se relaciona com a ausência de precisão: na medida em que as teses objetivistas ganharam espaço, buscando ampliar o objeto da disciplina, (êxito que é, na melhor das hipóteses, discreto e relativo), houve perda de precisão com a definição. Explica-se.

Os trabalhadores laboram, cada vez menos, mediante a direção imediata da sua energia, justamente porque a produção demanda isso gradativamente menos. Também tendo isso em vista, as concepções que definem a subordinação de uma forma objetiva buscaram uma maior abrangência do que aquela definição de trabalho prestado sob ordens direta. Mas, como consequência, são também mais imprecisas e continuam entregando ao intérprete uma definição puramente jurídica, incapaz de atender aquilo a que ela se propunha no tocante à certeza. Assim, se mantida a necessidade de presença dessa definição como único caminho através do qual se pode chegar à proteção trabalhista, permite-se uma eventual interpretação dos fatos que pode qualificar ou não qualificar uma relação como de emprego, sem qualquer segurança. A amplitude das definições objetivas é excessiva. Como as relações de trabalho que vêm surgindo se colocam em posições intermediárias entre o trabalho autônomo e o subordinado, eles podem ser qualificados como autônomos ou como subordinados, a depender de quem interpreta. É nesse sentido que se aponta que a subordinação é inapta para ser escolhida como o elemento abrangente e preciso, que retiraria a dúvida quanto à natureza da relação.

Mas, mesmo a imprecisão ficando mais evidente nas acepções objetivistas, não é somente nelas que a precisão é insuficiente. Oliveira critica a doutrina atual por operar implicitamente, uma redução conceitual, descartando a dependência econômica, bem como o traço de apropriação alheia do trabalho, adotando-se uma sinonímia forçada entre dependência pessoal e subordinação jurídica, justificando esta teoria o sentido mais exato da noção legal de dependência, tida como vaga. A ideia inicial de subordinação

incorporava a ideia de emprego de energia pessoal à disposição do empregador à ideia de trabalho subordinado. A subordinação jurídica não prescindia da noção de dependência econômica, mas, com o passar do tempo, deixou de necessitar-lhe, por força da doutrina¹⁷⁷. A retirada dos elementos que lhe davam contornos finais e permitiam identificar o instituto de forma clara também acabou retirou-lhe também a precisão.

Em ideia semelhante, Machado aponta que o contrato de trabalho passou a ter um critério de dependência jurídico, adequado à Modernidade, e que deixou de ser sociológico, que consistia no conceito de trabalhador assalariado. Esse critério jurídico é justamente o do poder de direção do contratante como elemento inerente à “locação de trabalho” e que dá a medida exata do contrato. Assim, o conteúdo da subordinação jurídica aparece pelo exercício do poder de direção do empregador, em geral delimitado pela modalidade de trabalho, lugar e tempo de prestação do trabalho¹⁷⁸. Essa diminuição já foi aqui demonstrada também quando se tratou a ideia de La Cueva, que apresentou a jurisprudência mexicana, no item 2.1.2. Basicamente, entendia-se que a relação de emprego era aquela prestada com dependência econômica e sob direção do empregador. Posteriormente, passou-se a entender que a relação de emprego é aquela prestada sob subordinação. É a própria tentativa de tornar o critério puramente jurídico uma razão para a perda da precisão e da capacidade de reconhecimento na realidade.

Vilhena também aponta que há falta de precisão e de certeza na ideia de subordinação. Para ele, embora seja pacífico quanto à subordinação ser a linha divisória entre o emprego e o trabalho, há muita controvérsia quanto à definição do instituto. O autor afirma que as faces de precariedade com que é vista e recebida conceitualmente a subordinação são muitas. Ensina que, mesmo fora desse conceito que não é tão bem definido, há um desdobramento do ramo juslaboral pelo qual ocorre uma ampliação das esferas reguladoras do direito do trabalho, que apanha categorias de prestadores de serviços não mais estritamente qualificados nos termos rígidos da subordinação. Destaca que a subordinação é um desprendimento de fundo histórico e correspondente ao pensamento jurídico dominante no modo de equacionar as forças jurídicas conflituais de uma época. A doutrina, para ele, é insegura na sua conceituação e chega a distinguir a

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021, p. 26-28.

¹⁷⁸ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva**. São Paulo: LTr, 2009, p. 35.

subordinação da dependência. Destaca que se acentua a subordinação em relação à independência, porque se quer dar ênfase à relação de natureza pessoal, imediata, direta e verticalmente hierárquica entre empregador e empregado¹⁷⁹.

Também destaca que é manifesta uma tônica subjetiva no momento de se definir a subordinação, o que acaba por arrefecer os liames de natureza jurídica e limitativa pretendidos pela definição do instituto, exceto no que diz respeito aos atos de vontade que uniram as partes e armaram o contrato. Essa ideia seria tributária da noção trabalhada pelos autores germânicos da década de 30 do Século XX, os quais propalaram um conceito próprio de relação de emprego e de institucionalização da relação de trabalho e reduziram o trabalhador a uma peça da engrenagem da empresa. Essas ideias influenciaram a imagem global do instituto, que não desliga o conceito de subordinação do elemento pessoal. No entanto, há, na doutrina, uma reação ao culto da subordinação personificada, que lhe nega a existência e parte para critérios objetivos de pesquisa e identificação do conteúdo¹⁸⁰.

Romita, por exemplo, com sua concepção de subordinação trazida anteriormente, atuou para combater o conceito subjetivista e personalista da subordinação, elaborando uma noção objetiva de subordinação jurídica, firmando a chamada subordinação objetiva definida como a integração da atividade do trabalhador na organização da empresa através de um vínculo contratualmente estabelecido, no qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho¹⁸¹. Ocorre que dificilmente o trabalho produtivo deixa de se integrar, de alguma forma, à empresa. Portanto, não é possível estabelecer uma restrição adequada, permitindo uma definição em que muitas situações podem ser encaixadas.

A imprecisão aparece em ambas as formas de enxergar o instituto da subordinação. Mas, além dos problemas de cada acepção, a própria existência de cada uma em contraponto com a outra (ou mesmo em complementação) já evidencia que a sua definição é plurissignificativa e portanto desprovida de certeza. As discordâncias doutrinárias culminam na passagem da concepção subjetiva da subordinação para aquela

¹⁷⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 512.

¹⁸⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 513-514.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Murilo Carvalho. **A (re)significação da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista**. [Tese de doutorado] Curitiba: UFPR, 2011, p. 26.

de caráter objetivo, a qual, como acima mencionado, é demasiadamente imprecisa. Evidenciam a discordância, inexatidão e falta de segurança que acompanha o conceito de subordinação, incapaz de trazer a certeza pela qual foi tido como significado do significante dependência.

Um caso demonstra bem a ausência de certeza que as definições objetivistas são capazes de trazer. Em uma ação que tramitou no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, o Juiz do Trabalho declarou a existência de vínculo entre empresa de tecnologia/transporte que coloca passageiros em contato com motoristas e um trabalhador motorista. Baseou a condenação com base na existência da subordinação clássica, operada através dos meios telemáticos, e também com base na subordinação estrutural, que, para ele, é a integração do trabalhador do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador dos serviços, incorporando-se e submetendo-se à cultura corporativa¹⁸². Por sua vez, a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, além de afastar a subordinação clássica - por não estarem previstos seus indícios, o que também denota também a ausência de certeza e abstração daquela definição - afasta a possibilidade de se reconhecer um vínculo mediante a presença de subordinação estrutural, fundamentando dessa maneira:

O conceito de subordinação estrutural adotado na r. sentença recorrida, na verdade possibilitaria o reconhecimento de vínculo de emprego em quase qualquer situação de contratação submetida à Justiça do Trabalho, de forma irrestrita, sem sequer necessidade da produção de provas e afastando-se a necessária aferição dos requisitos da relação de emprego em frente a determinada pessoa apontada como empregador. Dificilmente, em uma economia capitalista e em que as atividades econômicas se interligam, uma não se insere ou se interliga com outra - ainda que presente uma rede de interesses e atividades, é necessário ir muito mais além para se poder concluir por existência de relação de emprego¹⁸³.

Há, portanto, ausência de certeza e precisão. É nesse sentido que Oliveira aponta que a subordinação jurídica tem demonstrado uma série de incongruências na sua aplicação e na sua definição, o que acaba por ensejar interpretações ora amplíssimas, ora

¹⁸² Sentença disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-34.2016.5.03.0112/2#2534b89>>. Acesso em 16 abr 2022.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0011359-34.2016.5.03.0112. Relator: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. Data do julgamento: 23/05/2017. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-34.2016.5.03.0112/2#75181a9>>. Acesso em 16 abr 2022.

limitadíssimas, em franco antagonismo entre si¹⁸⁴. Mesmo as ideias de subordinação estrutural e reticular tratadas anteriormente, as quais trazem uma retomada mais recente da concepção objetivista trabalhada por Romita e Vilhena, não são capazes de afastar a grande abrangência da ideia, deixando, pois, de resolver o problema. Não há, pois, uma ideia certa, precisa e abrangente de subordinação, capaz de oferecer uma proteção ampla e segura.

Machado destaca que é preciso romper com o raciocínio tautológico de que empregado é o trabalhador dependente e o trabalhador dependente é o empregado, ideia que traz um recurso formalista e ineficaz da subordinação jurídica. Porém, a busca pela superação dessa tautologia traz a percepção de que não há um fator determinando a qualificação do empregado, porque sempre é necessária uma percepção de diversos fatores para dizer se há, ou não, uma subordinação no caso concreto¹⁸⁵.

A subordinação, como tratada pela doutrina atualmente, além de inadequado para a atual conformação do mundo do trabalho, é um requisito impreciso, seja na sua acepção objetivista, seja na sua acepção subjetivista. Nesta ela depende da presença de outros elementos para além da sua própria definição reduzida. Na outra, apresenta-se demasiadamente ampla e incapaz de conformar um conjunto de situações com determinada precisão.

Por fim, a ideia de abstração da subordinação também é falaciosa. Machado, além de, como visto, apontar que a sua interpretação é muito ampla algumas vezes e, outras, bastante restrita, destaca que a jurisprudência tem se valido, para sua definição, de indícios, utilizados como critérios subjetivos e objetivos, para, depois, interpretá-los como um modelo lógico-dedutivo¹⁸⁶. Na verdade, a subordinação somente é verificada no caso concreto, mas não através de um elemento definitivo capaz de demonstrar cabalmente a sua existência. Inclusive, essa análise passa, muitas vezes, por reconhecer a presença da dependência no sentido refutado pela doutrina: a dependência econômica do trabalhador, a limitação do trabalho do empregado ou mesmo sua alienação. Então, na

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Murilo Carvalho. **A (re)significação da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista.** [Tese de doutorado] Curitiba: UFPR, 2011, p. 24.

¹⁸⁵ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva.** São Paulo: LTr, 2009, p. 130.

¹⁸⁶ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva.** São Paulo: LTr, 2009, p. 136.

verdade, há uma correlação da subordinação e dos demais sentidos da dependência, que podem ser encontrados em conjunto na relação posta sob análise.

Com a adoção da subordinação hierárquica em sua definição reduzida, ou com a subordinação objetiva, o critério diferenciador é um conceito que traz uma figura do trabalhador atomizado e neutro, valendo-se de um viés patrimonialista para definir a relação de emprego¹⁸⁷. A transição do critério de dependência para a subordinação representou a passagem de um critério com pretensão de justificação social para um critério meramente formal e dedutivo. Porém, as aparentes simplicidade e objetividade do conceito de subordinação jurídica não propiciaram à jurisprudência definir a qualidade de trabalhador dependente, porque a diferença entre autonomia e dependência tem uma grande dificuldade na prática. Assim, a subordinação, em que pese dita jurídica, demanda uma imersão no plano fático quando da investigação probatória, remetendo novamente à questão social. Como não há evidências objetivas da subordinação, a jurisprudência se vale dos critérios ou indícios da condição de subordinação, os quais supostamente demonstrariam a existência ou inexistência de um poder diretivo ou disciplinar. Investigam-se as condições de execução inerentes à forma de remuneração, à propriedade dos instrumentos de trabalho, horário de trabalho, presença de controle e disciplina, entre outros. A subordinação está, portanto, longe de ser um mero critério técnico-jurídico, porque a definição do controle pela jurisprudência, principalmente no processo de construção judicial, sempre está condicionada ao peso que se dá à valorização do controle verificado¹⁸⁸.

Além disso, essa abstração que seria inerente à subordinação geraria uma proteção na medida em que deixaria de considerar como subordinada a pessoa do empregado, realizando uma suposta retirada da necessidade de pessoalidade no contrato. Essa retirada de pessoalidade acarretaria em uma proteção contra os excessos do empregador na exigência da prestação de serviços. Porém, isso também pode ser refutado. É necessário que se perceba que essa apontada natureza jurídica exclusiva da subordinação não encontra respaldo na realidade. Isso, porque, como Supiot já havia percebido, a subordinação também atrai um impacto na pessoa do empregado, não sendo, portanto, meramente um poder jurídico oriundo do contrato que incide sobre a energia da pessoa.

¹⁸⁷ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

¹⁸⁸ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 40.

A energia do trabalhador é inseparável do seu corpo. Portanto, quando o trabalhador põe à disposição sua energia (inseparável do seu corpo), está fazendo o mesmo consigo. Se o objeto do contrato de trabalho é a prestação, por outro lado o objeto da prestação do contrato de trabalho, a matéria do contrato, é o corpo humano:

“(…) A ideia, cómoda mas elíptica, de objecto do contrato cobre, com efeito, dois níveis de análise sucessivos: em primeiro lugar, o do objecto da obrigação de cada uma das partes, isto é, da prestação que ela deve; e, em segundo lugar, o do objeto dessa prestação, isto é, da coisa que faz “a matéria do contrato”, coisa que o artigo 1128 do código civil precisa que deve estar no comércio. É neste segundo nível que nos devemos situar aqui: qual é a coisa que é objecto da prestação do trabalhador? É forçoso reconhecer que se trata do seu corpo, e que, se a teoria jurídica não o diz, só o murmura, o direito positivo encontra aí a sua pedra angular. (...) Pois, detrás dessa diversidade de aptidões profissionais, o único ponto comum, a passagem obrigatória da concretização dessas aptidões profissionais a pessoa física, isto é, o corpo considerado como dimensão biológica da pessoa humana. (...) A colocação em evidência do lugar do corpo humano na relação de trabalho não foi produto do pensamento jurídico em si, mas da observação daquilo em que se tornavam, no domínio dos factos, esses corpos “desaparecidos” na análise patrimonial (...)”¹⁸⁹.

Assim sendo, a ideia de que a subordinação é meramente jurídica não encontra respaldo nos fatos. Um bom exemplo dessa afirmação é o trabalhador que faz tarefas administrativas em um escritório. Embora trabalhe atendendo telefonemas, fazendo pequenas entregas ou digitando, e sendo tudo isso mediante ordens, é com o seu corpo que ele executa essas tarefas, e isso demanda que ele mantenha certas posições, dirija-se a algum lugar e mesmo se vista e fale de uma forma que o empregador julgue apresentável. Considerando isso, pois, é possível afastar a ideia de que a subordinação é meramente jurídica e incide somente sobre a energia do trabalhador, evitando uma vinculação à pessoa do trabalhador indesejável e que estaria na dependência técnica, na econômica ou na moral. Isso também ocorre com a subordinação.

Essa suposta abstração, mesmo que não fosse inexistente, sequer é essencial para o direito do trabalho. Essa disciplina, para definir sua proteção, é atenta aos fatos e ao elemento quantitativo. Deveali ensina que ele aparece e se afirma como algo básico para o direito do trabalho – e não meramente subsidiário, como geralmente ocorre no direito comum¹⁹⁰. Para o direito do trabalho, impõe deveres em razão de elementos quantitativos

¹⁸⁹ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 69-.89.

¹⁹⁰ DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In. CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142, p. 124.

e econômicos. Um exemplo bastante claro dessa questão em nosso ordenamento está presente no art. 444, parágrafo único, onde, com base no salário (elemento quantitativo), pode-se permitir ou proibir a negociação individual sobre certos temas normalmente indisponíveis.

O autor em questão também menciona que o elemento quantitativo pode definir os efeitos da aplicação de algumas normas, sendo o elemento decisivo para definir a natureza das instituições jurídicas a que essas normas se referem, e, por fim, em outras ocasiões, é um elemento útil e, por vezes, imprescindível, para definir a real natureza de algumas relações de emprego¹⁹¹.

Especificamente no que atine ao campo de aplicação do direito do trabalho e considerando os empregados, destaca que a maior parte das disposições do direito do trabalho tem fundamento no pressuposto de assimetria material que prejudica o empregado, que está em situação de dependência frente seu empregador. Esse estado de dependência – aponta – tem como traço característico a subordinação jurídica. Por isso, explica que, à época, alguns dirigentes eram excluídos da aplicação das normas juslaborais. Porém, em outros casos, considerando que a dependência econômica é refletida pela subordinação jurídica, e para evitar eventuais fraudes, as legislações optam por eleger um critério empírico, qual seja, justamente o critério financeiro¹⁹².

O direito do trabalho se diferencia do direito civil por seu caráter realista. Enquanto o outro ramo do direito do trabalho perseguia uma justiça perfeita, baseada em conceitos abstratos, este é integrado por normas criadas com caráter circunstancial e com a finalidade de resolver problemas que demandavam soluções, deixando em segundo plano eventuais princípios que poderiam eventualmente ser afetados. O direito juslaboral sacrifica a miragem de uma Justiça perfeita em favor da necessidade de uma Justiça menos perfeita, mas de fácil e segura aplicação aos casos concretos¹⁹³.

Em sentido semelhante ao de Deveali, Supiot esclarece que a racionalidade juslaboral coloca o direito do trabalho numa relação de participação conflitual com a

¹⁹¹ DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In. CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142, p. 124.

¹⁹² DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In. CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142, p. 127-130.

¹⁹³ DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In. CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142, p. 141.

ordem jurídica civilista, sendo que participa dela pelo seu fundamento jurídico, mas se afasta dela pelo seu fundamento social. O direito do trabalho difere da racionalidade jurídica comum que trata da legislação em sua forma ideal. Sua racionalidade é dependente das categorias sociais. Por isso, para alguns, segundo Supiot, não corresponderia às exigências lógico formais da definição de Direito. Porém, o que ocorre é que essas críticas ignoram a especificidade das formas do direito do trabalho. O direito do trabalho surge da observação acerca da observação dos fatos sociais, que permitiu visualizar a impossibilidade de submissão desses fatos ao direito civil. Então sua edificação se deu através de um projeto de um direito que é fundado não em valores metafísicos, mas, sim, no conhecimento dos fatos sociais. Assim, o direito do trabalho toma noções concretas, tais como o corpo humano, que se impõem contra as noções abstratas do direito civil. Assim, por exemplo, essa noção de corpo humano se impõe contra o sinalagma existente no simples contrato e, assim, impõe limites às prestações. Outro exemplo: a greve é imposta contra a inexecução culposa de uma relação contratual, e os efeitos jurídicos passam a ser outros. É essa racionalidade material, em contraposição à racionalidade formal do direito civil, que explica alguns traços específicos do direito do trabalho¹⁹⁴.

O direito do trabalho privilegia a equidade frente a Justiça. A primeira consiste na adequação de um princípio geral e abstrato às diferentes situações concretas. É nesse sentido que o elemento quantitativo influencia. O ramo surge para servir os homens e, portanto, eles não podem ser sacrificados frente a uma norma abstrata¹⁹⁵.

La Cueva diz que o mundo individualista e liberal não pode conhecer e entender a sociedade e o homem, e que a ideia de solidariedade foi alheia ao século do individualismo e do liberalismo, mas que o direito do trabalho busca a ideia de uma sociedade orgânica, fazendo ressaltar a ideia de solidariedade¹⁹⁶. Assim, a sociedade não

¹⁹⁴ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 247-256.

¹⁹⁵ DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In. CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142, p. 141-142.

¹⁹⁶ Mesmo próprio direito privado, que possui a origem diversa do direito do trabalho, é cediço que as pessoas vulneráveis são as que devem receber proteção patrimonial e existencial mais acentuada, porque assim se promove o princípio da igualdade material nas mais diversas relações jurídicas das quais essas pessoas participam. Essa proteção dos vulneráveis, naquela grande área, é baseada no princípio da solidariedade. Esse princípio se impõe, porque a vida é compartilhada em comunidade, na sociedade, onde há espaços comuns para a construção da personalidade. Nesse ambiente compartilhado, a solidariedade obriga que os membros se responsabilizem uns pelos outros. Como consequência, quando as pessoas não estão em posição de igualdade substancial, face a existência de alguma vulnerabilidade, o

pode ser o campo de luta das individualidades. Para evitar isso, deve pôr à disposição de cada um os meios necessários para que a pessoa possa desenvolver seus atributos, e essas oportunidades são um nível de vida digno, no que o direito do trabalho participa. Por isso, o direito do trabalho é um direito natural, mas não aquele baseado em ideias transcendentais de Justiça, mas, sim, como um direito fundamental natural, decorrente da natureza humana. Ele está a serviço dos homens para satisfazer suas necessidades materiais e espirituais. Por isso, o que La Cueva chama de velha escola de direitos do homem, que parece designar os juristas do direito civil, se equivocavam a imaginar que bastava proteger a existência física e as liberdades do espírito, porque ignoravam que também era necessário viver com dignidade¹⁹⁷.

Essa visão humanista, baseada na solidariedade e na ideia de que os indivíduos devem viver com dignidade justifica a racionalidade material, é que Supiot aponta como própria do direito do trabalho. Tomando o exemplo do corpo, conceito retirado da materialidade, nota-se que é necessário protegê-lo para que o sujeito viva com dignidade, e, para tanto, é preciso que se apele à solidariedade e que essa categoria (apreendida por outras ciências que não a jurídica) limita a ideia de relação sinalagmática movida exclusivamente pela autonomia da vontade. E, estando essas ideias na materialidade, o elemento qualitativo é importante porque, através dele, verifica-se a necessidade de proteção. Alguém com maior ou menor salário pode necessitar mais ou menos de proteção, porque - pode-se imaginar (mas somente concluir no caso concreto) – possui um poder maior de negociação.

Nessa esteira, um assalariado não pode ser automaticamente transformado em um trabalhador subordinado. O trabalhador assalariado é uma ideia que não deve ser forjada apenas juridicamente:

A referência ao conceito de assalariado, bem como sua delimitação como estar à “disposição”, representa uma opção epistemológica interdisciplinar, no sentido de permanecer com conceitos de origem econômica. Como prevalecia a influência de um positivismo jurídico⁷⁷ devidamente acompanhado da pretensão de fixação de conceitos puros, não era estratégico manter definições que ultrapassem as conceituações jurídicas.

(...)

Se hodiernamente a ideia de neutralidade científica encontra dificuldades até nas ciências exatas (SANTOS, 1999), no direito, uma ciência social intrínseca ao homem, resta inconcebível pensar a possibilidade de um conceito jurídico

direito tem de intervir. In CARDOSO, S. T. Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo. *civilistica.com*, v. 5, n. 1, p. 1-29, 13 jul. 2016, p. 106.

¹⁹⁷ LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I, p. 269-271.

puro para uma realidade política econômica-social. Não se sustenta o fim da especialização do conhecimento jurídico, mas uma consciência de que este conhecimento específico não existe isolado no mundo. Em verdade, combate-se mais uma suposta autonomia do jurídico do que sua especialização. Somente este positivismo jurídico explica como o conceito de empregado que era aberto – eis que abrigava alternadamente as concepções de subordinação jurídica e dependência econômica – foi, num (suposto) processo de depuração e melhoramento, limitado ao conceito jurídico puro, que seria pretensamente o “melhor critério”.

(...)

O medo do extrajurídico, além relegar toda a contribuição da história, economia, política, sociologia e filosofia, assentou estes saberes na insignificante posição museológica de elementos pré-jurídicos. Este purismo positivista deu-se em total paradoxo com o percurso epistemológico do Direito do Trabalho. Com isso, a doutrina juslaboral empreendeu uma guinada de rumos, saindo da inovação teórica para a mais estreita reprodução dogmática em busca de um purismo conceitual.

(...)

A hegemonia da teoria da subordinação jurídica é obra de um positivismo cientificista doutrinário, que rechaçou conceitos subjetivistas, apoiando-se na (pseudo) neutralidade e segurança de um conceito (dito) objetivo. O critério da subordinação jurídica é interpretação doutrinária e jurisprudencial de um dispositivo legal bem mais amplo que, literalmente, refere-se só a dependência¹⁹⁸.

A subordinação, como se vê, não é geral, certa e abstrata. Ademais, sua utilização como único sentido de dependência não é sequer adequada à disciplina juslaboral. Considerando essa inadequação – conclusão parcial a que ora se chega – é necessário investigar as possibilidades interpretativas que a doutrina aponta, para que se cheque a uma resposta, seja no ordenamento brasileiro, seja nos outros que tragam esse requisito da relação de emprego.

3. CLÁUSULAS GERAIS E DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Neste capítulo, no item 3.1, serão apresentados os problemas práticos que surgem decorrentes daqueles apontados acima no item 2.2.2 quando da análise de um caso concreto específico. Posteriormente serão analisadas as cláusulas gerais. No item 3.2 serão especificadas quais são as espécies de cláusulas gerais e, por fim, será feita a análise dos arts. 2º e 3º da CLT, momento no qual o trabalho estará pronto para responder a sua questão fundamental.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista.** [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, p.82-87.

3.1. A Definição da Relação de Emprego e as Cláusulas Gerais

Inicia-se o capítulo trazendo a análise do caso jurisprudencial selecionado (3.1.1) e posteriormente apresentando a definição de cláusulas gerais (3.1.2).

3.1.1. A jurisprudência trabalhista frente à dependência e a subordinação

Como se viu na seção anterior do trabalho, a definição de dependência e de subordinação não são unânimes, e a dificuldade quanto a elas vem aumentando, ainda mais frente ao mundo do trabalho contemporâneo. Nesta seção, será demonstrado que essa confusão se reflete também na jurisprudência. Sob a ideia de que há uma definição acabada de dependência, o que já se demonstrou não existir, os tribunais decidem questões extremamente semelhantes de maneiras díspares, prejudicando a segurança jurídica que se pretendia manter quando da opção de um conceito único de dependência. Serão tratadas aqui algumas situações que demonstram as dificuldades na prática do reconhecimento do vínculo empregatício, para, ao final, analisar uma série de decisões sobre situações semelhantes de um mesmo tribunal.

Para fazer essa demonstração, e evitando os casos surgidos mais recentemente, os quais, justamente pela novidade, tendem a ser mais polêmicos, optou-se por buscar um tema que já vem sendo discutido nos tribunais há algum tempo. Porém, para isso, alguns cuidados foram necessários.

Não foi feita a pesquisa acerca dos motoristas autônomos, muito embora a situação fronteira que esses profissionais se encontram, porque há uma lei regulamentando o trabalho, e essa lei traz dispositivos que excluem a possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego, como o art. 5^o¹⁹⁹ da lei, e mesmo de uma subordinação pensada nos moldes objetivos, como, por exemplo, os arts. 9^o²⁰⁰, 10^o²⁰¹ e

¹⁹⁹ Art. 5^o As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4o desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego. *In* BRASIL. **Lei nº 11.442 de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111442.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁰ Art. 9^o A responsabilidade do transportador cobre o período compreendido entre o momento do recebimento da carga e o de sua entrega ao destinatário. Parágrafo único. A responsabilidade do transportador cessa quando do recebimento da carga pelo destinatário, sem protestos ou ressalvas. *In* BRASIL. **Lei nº 11.442 de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111442.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰¹ Art. 10. O atraso ocorre quando as mercadorias não forem entregues dentro dos prazos constantes do contrato ou do conhecimento de transporte. *In* BRASIL. **Lei nº 11.442 de 5 de janeiro de 2007**.

11²⁰² da mesma lei²⁰³. A leitura desses últimos dispositivos em conjunto o mencionando art. 5º, permite concluir que, mesmo havendo integração da atividade do transportador autônomo na produção de outrem (e até mesmo um certo controle da prestação de serviço), não há vínculo de emprego.

Por razões semelhantes, também não foi possível optar pelo caso dos representantes comerciais, que tem sua prestação de serviço regulamentada pela Lei nº 4.886/1965²⁰⁴. Esses trabalhadores podem laborar na atividade fim da empresa, e ainda estar integrando a organização produtiva com a sua prestação de serviços, mas, por força de lei, não há relação de emprego. Já no art. 1º, a lei esclarece que exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis²⁰⁵. Esse representante deve vender os produtos do contratante, prestar contas²⁰⁶, trabalhar de acordo com as condições estabelecidas no contrato²⁰⁷, vender os produtos nele especificados²⁰⁸, dentro da região estipulada²⁰⁹, dentre outras circunstâncias. Mesmo assim, não haverá vínculo.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111442.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰² Art. 11. O transportador informará ao expedidor ou ao destinatário, quando não pactuado no contrato ou conhecimento de transporte, o prazo previsto para a entrega da mercadoria. *In* BRASIL. **Lei nº 11.442 de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111442.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰³

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁵ Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. *In* BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁶ Art. 19. Constituem faltas no exercício da profissão de representante comercial: (...)e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim; *In* BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁷ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: a) condições e requisitos gerais da representação; *In* BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁸ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (...)b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação. *In* BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²⁰⁹ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (...)d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação; *In* BRASIL. Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

Essas possibilidades de integração ao serviço sem vínculo de emprego impõem uma restrição ao conceito de subordinação para os profissionais cuja prestação de serviços resta assim regulamentada. Isso, porque, tomada a subordinação como sentido único da dependência, como a jurisprudência tem feito, a análise judicial fica restrita à existência de subordinação na acepção subjetiva, porque, em razão do disposto na lei, a subordinação objetiva, ainda que existente, não é suficiente para que se configure o vínculo de emprego²¹⁰.

Outra profissão que traz dificuldades ao Poder Judiciário é o corretor de imóveis. Esses trabalhadores laboram na atividade fim da imobiliária, dentro dos parâmetros de execução de serviço estipulados pela empresa, ainda que eventualmente não recebam ordens diretamente. Mesmo assim, por força da Lei nº 6.530/1978²¹¹, não podem ter o vínculo de emprego reconhecido, ainda que tenha uma integração do trabalho desenvolvido pelo trabalhador com a atividade produtiva da empresa. O art. 6º, §2º dessa lei permite que o corretor se associe a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário, mediante contrato de associação específico²¹². Tal qual o representante comercial, mesmo não havendo vínculo empregatício, a lei permite uma coordenação do desempenho das funções, ainda que formalmente com a possibilidade de participação do corretor²¹³, e

²¹⁰ Nesse sentido, por exemplo, já decidiu a 2ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: MÉRITO VÍNCULO DE EMPREGO. O reclamante se insurge em face da r. sentença de improcedência dos pedidos veiculados na inicial, argüindo que estão presentes os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego. (...) Nesse passo, a subordinação jurídica do empregado ao empregador é nota marcante, o traço distintivo do contrato de emprego. Nesse ponto, há que se estabelecer um paralelo entre o contrato de trabalho e o contrato de representação comercial autônoma. **As duas relações jurídicas possuem traços comuns, como a onerosidade, a não-eventualidade e a pessoalidade. O elemento essencial distintivo está na subordinação hierárquica e jurídica, presente apenas na relação de emprego.** (...) (TRT da 15ª Região, Órgão Especial, 0010588-92.2020.5.15.0076, ROT, em 25/11/2021, Desembargador Paulo Augusto Ferreira - Relator) (grifo nosso).

²¹¹ BRASIL. Lei nº 6.530 de 12 de maio de 1978. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²¹² Art 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas. (...)§ 2o O corretor de imóveis pode associar-se a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário, mediante contrato de associação específico, registrado no Sindicato dos Corretores de Imóveis ou, onde não houver sindicato instalado, registrado nas delegacias da Federação Nacional de Corretores de Imóveis. In BRASIL. Lei nº 6.530 de 12 de maio de 1978. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²¹³ Art. 6º (...)§ 3o Pelo contrato de que trata o § 2o deste artigo, o corretor de imóveis associado e a imobiliária coordenam, entre si, o desempenho de funções correlatas à intermediação imobiliária e ajustam critérios para a partilha dos resultados da atividade de corretagem, mediante obrigatória assistência da entidade sindical. . In BRASIL. Lei nº 6.530 de 12 de maio de 1978. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

deixa claro que não é necessário qualquer pagamento ao corretor, ou mesmo qualquer prestação de serviços por parte dele, a menos que haja vínculo de emprego²¹⁴⁻²¹⁵.

Então, evitam-se essas profissões, porque, aliada à dificuldade que a própria ideia de subordinação já traz, traria consigo a circunstância de haver lei regulamentando, o que traz mais dificuldades adicionais.

A escolha do caso cuja amostragem será analisada a seguir se deu porque o exercício do trabalho não é regulamentado, permitindo a apreciação do julgador apenas levando em consideração apenas os arts. 2º e 3º da CLT, bem como porque é possível, no mesmo tribunal, verificar decisões completamente discrepantes. Isso é capaz de demonstrar a total incapacidade de uma ideia supostamente jurídica, objetiva pronta e acabada de subordinação trazer, ao caso concreto, a uniformidade e segurança que se pretendeu em âmbito doutrinário.

Optou-se pelos profissionais que trabalham como revendedores de cosméticos. Em apertada síntese, esses profissionais trabalham comprando os produtos da empresa com desconto e revendendo pelo valor de catálogo, estabelecido de antemão. Ainda, em suas atribuições, consta a obrigação de obter mais revendedores e, a partir de um determinado nível funcional, também coordenar a equipe que foi responsável por integrar à empresa, sem deixar de cumprir as tarefas iniciais de venda. Geralmente, não trabalham

²¹⁴ § 4º O contrato de associação não implica troca de serviços, pagamentos ou remunerações entre a imobiliária e o corretor de imóveis associado, desde que não configurados os elementos caracterizadores do vínculo empregatício previstos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. . In BRASIL. **Lei nº 6.530 de 12 de maio de 1978**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

²¹⁵ Para os corretores de imóveis, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, encontram-se decisões em que negam o vínculo de emprego porque, por exemplo, não há recebimento de ordens, definição de jornada e cobrança da presença física: **Dessa forma, conclui-se que eventual relação mantida entre a recorrente e a empresa recorrida não se consolidou nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT, o que impede o reconhecimento do vínculo de emprego pretendido**. Entretanto, a reclamada produziu prova apta a demonstrar a inexistência de ingerência nas atividades do citado Sr. Marcos, demonstrando que ele atuava como corretor de imóveis autônomo, sem relação de exclusividade com a empresa. Nesse sentido o depoimento da testemunha Rafael Sabino da Silva, conduzida pela ré, que apresentou relato esclarecedor acerca da natureza da relação havida entre Marcos e as partes, nos seguintes termos (...) **“que tanto o depoente como a reclamante não recebiam ordens de funcionários da reclamada; que o Sr. Marcos não tinha exclusividade com a reclamada; que o depoente não tinha jornada de trabalho definida; que quanto mais trabalhasse, era melhor para a prospecção de clientes; que o mesmo acontecia com a reclamante; que não havia necessidade de pedir autorização em caso de falta ao trabalho, nem apresentar atestado médico;** que o Sr. Marcos é quem fazia os pagamentos do depoente e da reclamante; que o depoente recebia comissão de 2.5% e ajuda de custo; que o depoente não tinha CRECI, sendo apenas orientado pelo Sr. Marcos; que o valor da ajuda de custo era R\$ 800,00; (...)”(fl. 170 - destacou-se). **Do citado depoimento é possível se extrair, com clareza, a inexistência de subordinação em relação à recorrida, assim como a presença de autonomia e impessoalidade na prestação dos serviços realizada pela recorrente.**

(TRT da 15ª Região, 2ª Câmara, 0010200-44.2021.5.15.0016, ROT, em 25/11/2021, Desembargadora Patricia Glugovskis Penna Martins- Relatora) (grifo nosso)

com horário fixo e tampouco mediante supervisão estrita. Essas condições fazem com que a natureza do seu serviço seja frequentemente discutida, se empregatícia ou de natureza cível. Não se trata de discussão recente, o que deveria ter ensejado uma certa uniformização no entendimento sobre essa natureza. Como se verá, isso não ocorreu.

No dia 10 de julho de 2020, no endereço eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, na seção de busca de jurisprudência, efetuou-se a busca do julgamento dos recursos ordinários interpostos nos processos em que os revendedores de cosméticos postulam o vínculo de emprego. Para tanto, no campo denominado “Ementa”, lançou-se a expressão "vínculo de emprego" e no campo “Trecho(s) Exato(s)”, as expressões "revendedora" e "cosméticos". Ainda, informou-se que o período de busca desejado consistia nos últimos dois anos: entre 10/07/2020 e 10/07/2022. Foram localizados vinte e seis processos, julgados pelos seguintes órgãos: 1ª Turma – um processo; 2ª Turma – três processos; 3ª Turma – cinco processos; 4ª Turma – um processo; 5ª Turma – quatro processos; 6ª Turma – três processos; 7ª Turma – três processos; 8ª Turma – quatro processos; 9ª Turma – um processo; 10ª Turma – nenhum processo; 11ª Turma – um processo. Foram, ao total, dezoito relatores diferentes.

Na 1ª Turma, no julgamento do único processo, considerou-se a inexistência de subordinação. A Turma, com relatoria da Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti, no processo autuado sob o nº 0020677-12.2019.5.04.0402, decidiu que a consultora não tem vínculo, porque poderia faltar reuniões, definir seus horários de trabalho, porque não era fiscalizada diariamente, porque a cobrança de metas era branda (verbal e sem advertência quando do não atendimento. Ainda, porque havia liberdade para adquirir ou não o produto objeto da revenda²¹⁶.

²¹⁶ Destaca-se trecho do julgamento: “Dos termos dos depoimentos percebo que a reclamante, apesar de ter atuado como CNO (Consultora Natura Orientadora), não manteve efetiva vinculação de emprego com a Natura. A reclamante foi clara ao afirmar que tinha total autonomia para definir os horários de trabalho, inclusive, para assumir compromissos particulares durante o dia, bem assim que poderia deixar de comparecer nas reuniões, sem sofrer nenhuma punição. A testemunha ouvida a convite da autora informou que havia liberdade para adquirir o KIT CNO e que nem todas as consultoras compareciam às reuniões. A testemunha ouvida a convite da reclamada (prova emprestada) também declarou que não sofriam punição caso não atingissem os objetivos, bem como que eventuais problemas poderiam ser resolvidos por meio do telefone 0800. Ou seja, tudo leva à conclusão da existência de uma relação nitidamente comercial entre as partes, por meio da qual a reclamante adquiria produtos da reclamada e os revendia, auferindo seu lucro sobre as vendas das revendedoras por ela captadas e orientadas.” *In* BRASIL. TRT da 4ª Região, 1ª Turma **Recurso ordinário nº 0020677-12.2019.5.04.0402**. Relator Laís Helena Jaeger Nicotti. Data de julgamento: 18/11/2020. Disponível em: https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BM8Mi1y2TslA7i76S_Breg?. Acesso em 10 jul 2022)

Na 2ª Turma, no julgamento do processo nº 0021174-20.2019.5.04.0404, relatado pelo Desembargador Carlos Alberto May, reconheceu-se o vínculo de emprego, sob o fundamento da existência de subordinação estrutural. Portanto, trata-se de reconhecimento da subordinação em uma acepção objetiva²¹⁷. Outro processo no mesmo colegiado, autuado sob o nº 0022174-90.2017.5.04.0512 também reconheceu a subordinação estrutural e, portanto, o vínculo de emprego²¹⁸. Porém, a mesma turma, julgou, em 03/05/2021, no processo nº 0020407-19.2017.5.04.0382, com composição na qual participava o relator do processo anteriormente citado, que uma relação semelhante não configuraria vínculo de emprego, porque seria, na verdade, uma relação autônoma²¹⁹.

Na 3ª Turma, o processo nº 0020145-07.2020.5.04.0401, de relatoria do Desembargador Gilberto Souza dos Santos, houve o reconhecimento da subordinação estrutural²²⁰. No processo nº 0020864-43.2017.5.04.0611, também houve o

²¹⁷ Destaca-se trecho do julgamento: “A autora estava inserida na dinâmica da empresa, atuando como um elo entre as revendedoras autônomas e a gerente da reclamada, restando evidente a personalidade, considerando número de revendedoras que a reclamante dava suporte. Além disso, a sua função está relacionada às vendas dos produtos da empresa, atividade essencial para o atingimento do objetivo econômico da demandada/recorrente e manutenção do estabelecimento. Sinalo que a atividade de vendas e suporte permite a flexibilidade da jornada, considerando que na comunicação entre os envolvidos não há restrição de horários.” *In* BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0021174-20.2019.5.04.0404**. Relator Carlos Alberto May. Data de julgamento: 27/04/2022. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BUb3wmzwBT5qwQIU2eGhfQ?>>. Acesso em 10 jul 2022)

²¹⁸ Destaca-se trecho do julgamento: “No mais, as tarefas desempenhadas pela autora, na qualidade de Consultora Natura Orientadora, inserem-se na atividade-fim da empresa-ré, sendo ela a responsável por recrutar, organizar e repassar às revendedoras os detalhes das campanhas de vendas e de novos produtos, ajudando na solução de dúvidas e problemas no encaminhamento dos pedidos de vendas, contornos esses que se amoldam ao da subordinação tida como de carácter estrutural(...)” *In* BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0022174-90.2017.5.04.0512**. Relator Clovis Fernando Schuch Santos. Data de julgamento: 27/09/2022. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/2ecMzZWIKgafNA3ZNDBLg?>>. Acesso em 10 jul 2022)

²¹⁹ Destaca-se trecho do julgamento: “Nesses termos, a prova oral evidencia que o trabalho era prestado de forma autônoma, com a compra e revenda de produtos, bem como que o estabelecimento de metas não era requisito para a manutenção da relação, mas apenas, para o recebimento de premiações, o que não configura qualquer irregularidade na relação estabelecida entre as partes. Além disso, a testemunha refere que a promessa de contratação com vínculo de emprego da reclamante não foi concretizada e, portanto, não altera as condições de trabalho verificadas. (...)” *In* BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0020407-19.2017.5.04.0382**. Relatora Maria Silvana Rotta Tedesco. Data de julgamento: 26/04/2021. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/TVeXMfwPOXxaHvBDi8D1Hg?>>. Acesso em 10 jul 2022)

²²⁰ Destaca-se trecho do julgamento: “Os depoimentos supratranscritos demonstram que a atividade prestada pela reclamante se insere nos objetivos sociais da reclamada. A autora tinha por atribuição principal recrutar novas revendedoras, enviando seu cadastro para a reclamada autorizar a sua participação na equipe. Além disso, a demandante também precisava participar de reuniões nas quais eram expostos os produtos, promoções, técnicas de vendas. Inobstante, a prova oral produzida, bem como os e-mails colacionados no ID. 18474f4, confirmam a cobrança de metas pela demandada. Destaco que a reclamante possuía vendedores a ela vinculados, cujas vendas auxiliava e fiscalizava, recebendo

reconhecimento da subordinação estrutural²²¹. No processo n° 0020518-04.2018.5.04.0241, ocorreu o mesmo²²². Este mesmo processo retornou e foi julgado novamente para se decidir sobre os pedidos subsidiários, assim como ocorreu com o processo n° 0021245-16.2016.5.04.0731. Por isso esses dois últimos tiveram a análise descartada para o trabalho.

No único processo da 4ª Turma, autuado sob o n° 0021256-27.2017.5.04.0661²²³, a mesma relatora que, na 2ª Turma, nos autos do processo n° 0020407-19.2017.5.04.0382 acima mencionado, concluiu, com a unanimidade da turma, que não havia vínculo de emprego, agora, concluiu pela existência, embasando sua decisão assim no que diz respeito à subordinação:

comissões sobre suas vendas, seguindo as regras impostas pela empresa, que supervisionava seu serviço e impunha redução remuneratória caso não fosse atingida a meta de produtividade prevista. Nesse sentido, a testemunha Edite ao afirmar "que as metas eram impostas pela Natura, havendo parâmetros para atingir diferentes categorias, com atingimento de pontuações, sendo que o atingimento dessas metas também era cobrado pela reclamante na condição de CNO; que a reclamante explicava e incentivava o atingimento dessas metas" e "que se a depoente não atingisse as metas, ganharia menos" (grifo). A reclamante atuava como um elo entre as revendedoras autônomas e a gerente da reclamada, recebendo ordens e metas dessa última. Não há dúvidas, portanto, quanto à natureza estrutural da subordinação da reclamante. (...)” *In* BRASIL. TRT da 4ª Região, 3ª Turma **Recurso ordinário n° 0020145-07.2020.5.04.0401**. Relator Gilberto Souza dos Santos. Data de julgamento: 27/10/2021. Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/jtfUJlis-zApwpeVKn0TGg?>>.

Acesso em 10 jul 2022)

²²¹ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. CONSULTORA NATURA ORIENTADORA. Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego, a saber: não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e, principalmente subordinação (esta de caráter estrutural, pela inserção na dinâmica do tomador dos serviços), imperioso o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes. (BRASIL. TRT da 4ª Região, **Recurso ordinário n° 0020864-43.2017.5.04.0611**. Relator Carmen Izabel Centena Gonzalez. Data de julgamento: 02/06/2021. Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/Oe2DBYhf1TQ5K3aVTHEIDw?>>.

Acesso em 10 jul 2022)

²²² EMENTA AVON. EXECUTIVA DE VENDAS. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO. A autora, como executiva de vendas, atuava como um elo entre as revendedoras autônomas e a gerente da reclamada, estando suas atividades inseridas nos objetivos sociais da reclamada,. A reclamante tinha por funções, além de vender os produtos da reclamada, recrutar novas revendedoras, mediante a fixação de metas, seguindo as regras impostas pela empresa, que fiscalizava seu serviço e impunha sanções caso não fosse atingida a meta de produtividade prevista. Vínculo de emprego reconhecido. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 3ª Turma **Recurso ordinário n° 0020518-04.2018.5.04.0241** Relator Gilberto Souza dos Santos. Data de julgamento 30/04/2021. Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/4PHPO4HPJuG_5ub3WvtDGg?>.

Acesso em 10 jul 2022)

²²³ RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. VÍNCULO DE EMPREGO. Hipótese em que as atividades da autora como Consultora Natura Orientadora foram desempenhadas com subordinação à reclamada, estando presentes todos os requisitos do vínculo de emprego constantes do art. 3º da CLT. Recurso provido. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 4ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021256-27.2017.5.04.0661** ROT, Relator Maria Silvana Rotta Tedesco. Data de julgamento: 11/03/2021 Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/O1dyCL5kEjwqtXbOg7nAYQ?>> .

Acesso em 10 jul 2022)

a função de Consultora Natura Orientadora era, justamente, angariar novas consultoras (revendedoras) e orientá-las em seu trabalho, servindo como elo entre a empresa e as revendedoras, não havendo falar que tal função fosse prescindível à reclamada. Pelo contrário, a função de consultora orientadora é de suma importância na organização do trabalho da empresa e se insere em suas atividades finalísticas.

Cumpre, aqui, uma análise mais detalhada quanto aos fatos considerados como válidos pelos dois julgamentos. No julgamento da 2ª Turma, a relatora considerou que “era obrigatório a compra de produtos para proceder a revenda”, que “o horário para a reclamada era indiferente, desde que houvesse produção de vendas”, que “não interessava para a empresa de que forma era estruturado o trabalho da autora, desde que a mesma cumprisse as metas com eles”, que “as reuniões, caso não ocorressem, não havia penalidades”. Nesse processo, a autora entrou como vendedora, mas também fazia “reuniões com pessoas que se tornariam vendedoras, inclusive explicando o funcionamento da mesma”. Ainda, essas “reuniões eram treinamentos, inclusive tendo feito na cidade de Frederico Westfalen, com gastos arcados pela empresa”.

Já no julgamento da 4ª Turma, a relatora considerou que a reclamante também tinha como função fazer a prospecção de novas consultoras, que tinha metas a cumprir e que a reclamante era desafiada a cumprir as metas, mas não para manter as novas consultoras. Nesse segundo processo, as tarefas e obrigações se assemelham bastante, mas é possível entender que há uma cobrança maior de metas do que no primeiro, porque, naquele a cobrança de metas apenas acarretava no não recebimento de bônus, enquanto, no segundo, havia até ameaça de desligamento.

As situações são bastante semelhantes, embora essa última diferença pareça ser importante. No entanto, a sua análise em conjunto permite que se note a fragilidade da ideia de subordinação quando da análise do caso concreto. Isso, porque uma circunstância de uma cobrança mais intensa já é capaz de fazer com que o julgador entenda pela presença de subordinação, sendo que, em comparação com a situação em que essa cobrança é menos intensa, o serviço e a sua utilização pela empresa são praticamente idênticas.

Na 5ª Turma, há quatro processos. Em todos, não é reconhecida a existência de subordinação. No autuado sob o nº 0021191-94.2017.5.04.0511²²⁴, a Turma entende que

²²⁴ VÍNCULO DE EMPREGO. GERENTE EXECUTIVA DE VENDAS. AVON COSMÉTICOS LTDA. Das atividades desempenhadas pela reclamante não se denota subordinação. Ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, não há suporte fático e legal para o reconhecimento do vínculo de emprego. Sentença

“a autora detinha autonomia para organizar sua rotina de trabalho, poderia revender até mesmo produtos de concorrentes e assumia os ônus do seu empreendimento”, bem como que “a sua equipe era por ela formada, mediante a escolha e cadastramento de revendedoras de sua livre escolha”. Destacou-se ainda a ausência de metas, que eram apresentadas como objetivos, sendo eles um número mínimo de pedidos e um número mínimo de novos cadastros de revendedoras. Ainda, o Juízo consignou que o “desligamento da executiva ocorre somente após a sexta vez em que os objetivos não são alcançados”. Se o processo fosse tomado pela ótica objetiva da subordinação, como fez a 3ª Turma em seus processos, certamente o resultado seria diverso. Por exemplo, no processo julgado pela 3ª Turma já mencionado, autuado sob o nº 0020145-07.2020.5.04.0401²²⁵, considerou-se que a reclamante deveria “orientar e incentivar as consultoras”, que a reclamante recebia “os objetivos de cada ciclo”, e “que conforme o atingimento dos patamares” recebia “os seus ganhos”. Naquele caso também não havia “punição pelo não atingimento dos objetivos”. Nessa situação bastante análoga, como já visto, a 3ª Turma entendeu pela existência de subordinação estrutural, eis que a atividade se inseria nos “objetivos sociais da reclamada”. Nota-se, aqui, decisões em sentido absolutamente contrário, no mesmo tribunal. Configura-se insegurança jurídica notória: não pode o indivíduo depender do sorteio do órgão julgador para saber se terá seus direitos fundamentais observados ou não. Da mesma forma, a empresa não pode depender disso para que saiba se será obrigada, ou não, a pagar valores eventualmente elevados, como sói acontecer nesse tipo de ação.

Ainda na 5ª Turma, no julgamento da reclamatória autuada sob o nº 0021883-90.2017.5.04.0027²²⁶, o relator tece interessantes considerações sobre as novas relações de trabalho:

mantida. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021191-94.2017.5.04.0511** ROT, Relator Claudio Antonio Cassou Barbosa. Data de julgamento: 26/03/2021 Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/v8sBV0cu7CWZH-kiPsp57w?>>>. Acesso em 10 jul 2022)

²²⁵ VÍNCULO DE EMPREGO. CONSULTORA NATURA ORIENTADORA. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. A autora, como Consultora Natura Orientadora, atuava como um elo entre as revendedoras autônomas e a gerente da reclamada, estando suas atividades inseridas nos objetivos sociais da reclamada. A reclamante tinha por atribuição principal recrutar novas revendedoras, enviando seu cadastro para a reclamada autorizar a sua participação na equipe. Vínculo de emprego reconhecido. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0020145-07.2020.5.04.0401 ROT, em 28/10/2021, Desembargador Gilberto Souza dos Santos)

²²⁶ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. GERENTE EXECUTIVA DA AVON . O conjunto probatório evidencia que as tarefas da reclamante, enquanto Gerente Executiva da Avon, eram realizadas com autonomia. Assim, não se verifica a presença de todos os requisitos legais (artigo 3º da CLT) exigidos para a configuração do vínculo de emprego. (BRASIL TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário**

Contudo, é necessário registrar que nos últimos anos o mundo do trabalho tem passado por modificações que impactaram diretamente o ramo jurídico trabalhista, com o surgimento de novas relações laborais que tornaram os vínculos heterogêneos e dificultaram a demarcação da linha divisória entre a subordinação própria da relação de emprego e a autonomia na execução do trabalho, que retira o prestador do trabalho do âmbito da tutela jurídica do emprego. Os novos métodos de organização do trabalho associado às diretivas que os trabalhadores recebem por vezes não são capazes de demonstrar, em tese ou na teoria, qual o formato da relação. Assim, será a análise do caso concreto, com o exame da intensidade das ordens recebidas pelo trabalhador e do grau de liberdade na execução das atividades, que permitirá caracterizar a relação de trabalho e enquadrar, ou não, o trabalhador nas leis de proteção laboral. Em relação à subordinação estrutural, em geral diversos prestadores de serviços, sejam autônomos ou empregados, inserem-se na dinâmica empresarial da empresa, razão pela qual esse elemento deve ser analisado em conjunto aos demais aspectos da relação no caso concreto.

No entanto, seleciona a subordinação no seu sentido mais restrito como distinção entre o trabalho autônomo e o empregado:

O trabalhador autônomo, em geral, possui como principal distinção em relação ao empregado, e muitas vezes única, o elemento da subordinação. Enquanto o trabalhador empregado acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização dos seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o prestador estabelece e concretiza a forma de realização dos serviços que pactuou.

Com base nessa ideia, refuta o vínculo de emprego, tal qual foi feito no outro processo julgado pela 5ª Turma já mencionado. O mesmo ocorre nos outros dois processos julgados por esse órgão²²⁷⁻²²⁸.

nº 0021883-90.2017.5.04.0027. Relator: Manuel Cid Jardon. Data de julgamento: 12/11/2020,.

Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/wk0eDET2KxX3a5TZUIabWA?>> .

Acesso em 10 jul 2022)

²²⁷ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. CONSULTORA NATURA ORIENTADORA - CNO. O conjunto probatório evidencia que as tarefas da reclamante, enquanto Consultora Natura Orientadora, eram realizadas com autonomia. Assim, não se verifica a presença de todos os requisitos legais (artigo 3º da CLT) exigidos para a configuração do vínculo de emprego. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021043-96.2017.5.04.0733**. Relator: Manuel Cid Jardon. Data de julgamento: 05/08/2020, . Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/IgFL00QG-dnCezeit7_bGQ?> .

Acesso em 10 jul 2022)

²²⁸ VÍNCULO DE EMPREGO. EXECUTIVA DE VENDAS. AVON COSMÉTICOS LTDA. Hipótese em que demonstrada a condição de autônoma da autora, estando ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021576-42.2017.5.04.0511**.

Relator: Rejane Souza Pedra. Data de julgamento: 16/10/2020, . Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/fNLDWyd3RzGAPp7RvbiuzQ?>> .

Acesso em 10 jul 2022)

Na 6ª Turma, nos três²²⁹⁻²³⁰⁻²³¹ processos localizados, há o reconhecimento do vínculo de emprego. O interessante aqui é que a Turma se baseia na ideia de subordinação na mesma acepção da 5ª Turma, como o “aspecto passivo do poder de direção do empregador, ao passo que o poder de comando do empregador diz respeito ao aspecto ativo”. Entretanto, diferentemente daquela turma, entende que estão presentes os requisitos para a configuração da relação de emprego, porque “os elementos de prova revelam a presença da subordinação da parte autora e do poder diretivo do empregador”. Isso, porque as três reclamantes seguiam “as ordens e orientações do Gerente de Vendas”, participavam “de reuniões periódicas juntamente com as revendedoras e Gerentes de Vendas” e cumpriam “metas sob pena de sofrer sanções e penalidades, ainda que verbais”, ou recebendo valores menores. Aqui, nota-se que há reconhecimento de vínculo de emprego, mas as razões declinadas são diversas do que, por exemplo, na 3ª Turma.

Na 7ª Turma, nos três processos em questão, dois não reconheceram o vínculo e um reconheceu. Nessa Turma, notou-se que o resultado dependeu da composição, não ocorrendo, como aconteceu na 2ª Turma, de ocorrerem decisões contraditórias por parte de um dos julgadores. No processo nº 0021406-07.2017.5.04.0241²³², o relator, vencido,

²²⁹ EMENTA RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. AVON. EXECUTIVA DE VENDAS. VÍNCULO DE EMPREGO. Existindo a subordinação do contratado, e a não eventualidade, onerosidade e pessoalidade, na relação havida entre as partes, bem como o exercício de poder diretivo do contratante, resta caracterizado o vínculo de emprego, não passando de mera formalidade o contrato de comercialização pactuado entre as partes. Recurso a que dá provimento. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, Relator: Simone Maria Nunes **Recurso ordinário nº 0020732-76.2020.5.04.0741** Data de julgamento: 22/04/2022, . Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/wk0eDET2KxX3a5TZUIabWA?>> . Acesso em 10 jul 2022)

²³⁰ EMENTA RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMADA. AVON. EXECUTIVA DE VENDAS. VÍNCULO DE EMPREGO. Existindo a subordinação do contratado, e a não eventualidade, onerosidade e pessoalidade, na relação havida entre as partes, bem como o exercício de poder diretivo do contratante, resta caracterizado o vínculo de emprego, não passando de mera formalidade o contrato de comercialização pactuado entre as partes. Recurso a que nega provimento. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021126-28.2019.5.04.0512**. Relator: Simone Maria Nunes Data de julgamento: 08/07/2021,. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/lxJu1Nni0GIFEFWtNVqM4Q?>> . Acesso em 10 jul 2022)

²³¹ EMENTA RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. AVON. EXECUTIVA DE VENDAS. VÍNCULO DE EMPREGO. Existindo a subordinação do contratado, e a não eventualidade, onerosidade e pessoalidade, na relação havida entre as partes, bem como o exercício de poder diretivo do contratante, resta caracterizado o vínculo de emprego, não passando de mera formalidade o contrato de comercialização pactuado entre as partes. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020275-27.2017.5.04.0231**. Relator: Simone Maria Nunes. Data de julgamento: 06/04/2022, Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5EpBnG3Xq7_CuQ8F9XsXXg?> . Acesso em 10 jul 2022)

²³² RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. VÍNCULO DE EMPREGO. EXECUTIVA DE VENDAS. AVON. Caso em que, vencido o Relator, prevalece na Turma julgadora o entendimento de que

entendeu que havia presença da subordinação, porque a reclamante atuava como “agente organizador do trabalho para o tomador dos serviços” e que “estava submetida às regras impostas pela reclamada para exercer a função”, bem como que havia “necessidade de cumprimento de metas, com número mínimo de pedidos a serem efetuados” e um “dever de realizar um pedido mínimo de venda direta de produtos”. O relator não esclarece de forma cabal, porque não faz menção expressa a uma definição, mas parece entender que há uma subordinação na acepção subjetiva, embora destaque a importância da autora para a organização produtiva. Porém, venceu a divergência, que fez uma leitura certamente restrita da subordinação, na medida em que baseou o entendimento de se tratar de uma atividade autônoma na ausência de horários estabelecidos pelo empregador e na ausência de imposição de forma para a realização das tarefas (em leitura no sentido contrário do relator, que entendeu existir essa imposição). Entendeu, ainda, pela inexistência de punição pelo não comparecimento em reuniões ou pelo não atingimento de metas.

No processo nº 0021660-15.2017.5.04.0003²³³, com a mesma composição do acima mencionado, alterando-se apenas o relator, a decisão foi bastante semelhante. Chama a atenção que o relator deste processo, que não lançou voto escrito no primeiro, admite ser “possível argumentar, em certa medida, que a autora integrasse uma parte do negócio da empresa (venda), posto que a atividade precípua é a fabricação de cosméticos”. No entanto, deixa de enquadrar a reclamante como empregada, porque entende não haver subordinação. Na sua análise, a ausência de subordinação se dá, porque não é obrigatória a participação em reuniões, porque os pagamentos são feitos conforme a produção, considerando o número de revendedoras a ela vinculadas, porque não há metas e porque a própria empregada pode buscar mais revendedoras para aumentar suas metas. Ainda, entende que a ausência de horários também afasta o vínculo. Por fim, e o que deixa claro o entendimento sobre a ideia de subordinação da Turma, entende que não

a executiva de vendas da Avon atua com autonomia, sem subordinação jurídica, razão pela qual deve ser afastado o vínculo de emprego reconhecido na sentença. Recurso provido no aspecto. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021406-07.2017.5.04.0241**. Relator: Wilson Carvalho Dias. Data de julgamento: 06/08/2021,. Disponível em:

https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/Y81bsDSrmehg_UXYLlIpdQ . Acesso em 10 jul 2022)

²³³ EMENTA VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. Inviável o reconhecimento de vínculo de emprego quando não comprovada, na relação havida entre as partes, a presença dos elementos indispensáveis a sua caracterização, consoante os termos dos arts. 2º e 3º da CLT. (BRASIL TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021660-15.2017.5.04.0003**. Relator: Emilio Papaleo Zin. Data de julgamento: 25/08/2020,. Disponível em:

https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/Vq_PGkMCh6K42Kfz3x17Ag . Acesso em 10 jul 2022)

há “controle ou fiscalização hierárquica por parte da reclamada”. O voto divergente e vencido, lançado pelo relator do primeiro processo mencionado desta turma, é no sentido contrário e bastante semelhante ao relatório do primeiro processo. Porém, ao fazer remissão a um outro processo, esclarece que o seu entendimento é no sentido de acolher uma aceção objetiva da subordinação, como se vê:

A onerosidade decorre das contraprestações em dinheiro recebidas pela reclamante via depósitos da reclamada em sua conta-corrente. Embora a situação dos autos não revele a existência de maior ingerência nas atividades da reclamante, revelando ser tênue a subordinação direta, a subordinação é identificada, aqui, especialmente, pela inserção do trabalho diretamente nos fins econômicos visados pela contratante, configurando a dita subordinação estrutural. A esse respeito, oportuna a lição de MAURÍCIO GODINHO DELGADO: **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 subordine (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 dos serviços. (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 298) Ora, a reclamada tem por objeto, dentre outros, a exploração do comércio de produtos cosméticos, e a Consultora Natura Orientadora tem as atribuições de prestar serviço de "natureza patrimonial e disponível de: identificação de possíveis candidatas à condição de Consultoras Natura, atuando, outrossim, na motivação comercial das Consultoras Natura do 'Grupo CN', por meio do incentivo à participação do Grupo CN em eventos Natura (...), do auxílio na passagem de pedidos e da prestação de suporte, quando necessário" (cláusula 2ª do contrato, ID. 0158306 - Pág. 3). Tais atribuições, mais do que relacionadas à mera comercialização de produtos da reclamada, visam a ampliar o número de consultoras e a rede de vendas dos produtos, deslocando para o pretense trabalhador autônomo parte do risco da atividade e do poder diretivo afeto ao empregador, poder este contemporaneamente mitigado em razão de, cada vez mais, ser incumbência do trabalhador o planejamento e a organização das suas tarefas, pautadas por resultados, sem a manifestação aparente dos poderes de direção e de fiscalização, mais evidentes no desenvolvimento do sistema industrial e na construção dos institutos do Direito do Trabalho. **Nesse contexto, por força do princípio de primazia da realidade, cristalizado no art. 9º da CLT, e em prestígio ao valor social do trabalho, erigido à condição de fundamento da República e sobre o qual se fundam as ordens social e econômica (CF, art. 1º, IV, e 6º, 170, caput, e 193), uma vez presentes na relação todos os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, reconheço que a relação mantida entre as partes foi de emprego.** (grifo nsoso)

Merece destaque a questão atinente à busca por valores na interpretação, em razão de ser essa uma busca possibilidade uma possibilidade na interpretação das cláusulas gerais. Porém, como já mencionado, trata-se do voto vencido. Importa, ainda, destacar a ausência de certeza: há uma negativa de vínculo em razão do entendimento de que a

subordinação é jurídica-hierárquica, e um voto vencido que entende ser a subordinação objetiva e estrutural.

Por fim, alterada a composição da Turma, no processo nº 0021076-80.2018.5.04.0271²³⁴, decidiu-se pela existência do vínculo de emprego. O relator do processo anterior imediatamente mencionado é também o relator deste processo e votou em sentido semelhante ao voto anterior. O voto divergente foi semelhante a esse que foi acima colacionado, pelo mesmo desembargador (que, por sua vez, foi o relator do primeiro processo da Turma mencionado), e, dessa vez, a divergência foi acompanhada por uma julgadora que não estava presente nos outros dois julgamentos. Os conflitos e as incertezas também se fazem presentes nesta Turma, haja vista a insegurança que a concepção de dependência, única e atrelada ao significado de subordinação, traz consigo.

Na 8ª Turma, houve o reconhecimento de vínculo de emprego nos quatro processos. No processo autuado sob o nº 0020390-31.2019.5.04.0020²³⁵, a relatora entendeu não haver pessoalidade e subordinação, pois a reclamante poderia contar com ajuda de terceiros para realizar suas atividades, e organizava sua forma de trabalho conforme melhor lhe aprouvesse, denotando uma acepção subjetiva na ideia de subordinação. Porém, o voto divergente, acompanhado pelo outro julgador, foi no sentido de que “a executiva de vendas da AVON, conforme diversas decisões desta e de outras Turmas deste Tribunal, atua como empregada, presentes todos os elementos do art. 3º da CLT”. Nesse voto divergente, foram colacionadas diversas outras decisões que não esclarecem satisfatoriamente o que seria atuar como empregada ou o que significa “estar presentes todos os elementos do art. 3º da CLT”. Isso, porque há, após essa afirmação, sete emendas que não estão seguidas de um esforço no sentido de relacionar com o caso

²³⁴ EMENTA MULTA DO ART. 477, §8º, DA CLT. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO EM JUÍZO. É devido o pagamento da multa prevista no §8º do art. 477 da CLT quando a relação de emprego houver sido reconhecida em juízo, na forma do entendimento jurisprudencial expresso na Súmula nº 58 deste Tribunal Regional. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021076-80.2018.5.04.0271** Relator Emilio Papaleo Zin. Data de julgamento: 15/09/2020,. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/l3LhcatAfwgFKxLjHuaHWA?>>. Acesso em 10 jul 2022)

²³⁵ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Nos termos do art. 3º da CLT, a prestação de serviços de uma pessoa física, de modo não eventual, com subordinação, pessoalidade e mediante salário, a outra pessoa, seja física ou jurídica, a qual, na linha do art. 2º da CLT, se beneficia da atividade desenvolvida e assume os riscos da atividade, tem-se configurada verdadeira relação de emprego. Ausentes os pressupostos fático jurídicos mencionados, não resta caracterizado o vínculo de emprego. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020390-31.2019.5.04.0020**. Relator Luciane Cardoso Barzotto. Data de julgamento: 29/09/2021. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/OYPd7yK6JSMMzZA-AOQv0w>>. Acesso em 10 jul 2022)

concreto. Do texto colacionado e sem relação direta com o caso do acórdão, constatam-se decisões que dão uma ideia tanto subjetiva como objetiva da subordinação, causando a dúvida sobre qual o embasamento dessa decisão. De qualquer forma, essa decisão foi acompanhada pelo desembargador vogal.

No processo nº 0020571-12.2017.5.04.0017²³⁶, é reconhecida a subordinação porque a reclamante estava submetida ao regramento da reclamada, e porque se verificou, no contrato, a possibilidade de sua rescisão no caso de não serem observados os melhores esforços da trabalhadora. Isso, para a Turma, configuraria subordinação. Infere-se uma aceção subjetiva, embora com alguma possibilidade de entendimento objetivo da subordinação, a depender do que significaria, para os julgadores, “estar submetido ao regramento”. No processo nº 0021103-52.2017.5.04.0771²³⁷, houve o acolhimento da ideia de inserção nos objetivos sociais da reclamada, tal qual o relator já havia entendido nos processos em que relatou junto à 3ª Turma. Por fim no que diz respeito a essa turma, no processo nº 0020726-80.2019.5.04.0102²³⁸, a sentença registrou que não estava presente a subordinação, e foi reformada sob o argumento de que “tendo em vista que o labor se deu na atividade-fim da reclamada, está presente a subordinação objetiva.”, sem

²³⁶ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. Admitida a prestação de serviços, o ônus de comprovar que a relação jurídica deu-se sob outra forma que não a relação de emprego é da reclamada, porquanto se trata de fato impeditivo ao direito da autora. Não se desincumbindo de seu ônus de forma satisfatória, deve ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, determinando o retorno dos autos à origem para o julgamento dos demais pedidos decorrentes. Recurso ordinário da reclamante a que se dá provimento, no aspecto. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020571-12.2017.5.04.0017**. Relator Francisco Rossal de Araujo. Data de julgamento: 26/10/2020.. Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/RN70xWUmxGbWK_LGwg_VQQ>. Acesso em 10 jul 2022)

²³⁷ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. CONSULTORA NATURA ORIENTADORA. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. A autora, como consultora natura orientadora, atuava como um elo entre as revendedoras autônomas e a gerente da reclamada, estando suas atividades inseridas nos objetivos sociais da reclamada. A reclamante tinha por atribuição principal recrutar novas revendedoras, enviando seu cadastro para a reclamada autorizar a sua participação na equipe. Além disso, também precisava participar de reuniões nas quais eram expostos os produtos, promoções e técnicas de vendas, estando submetida às metas estabelecidas pela gerência da empresa. Vínculo de emprego reconhecido. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021103-52.2017.5.04.0771**. Relator Gilberto Souza dos Santos. .Data de julgamento: 29/04/2021.. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/RYZh1LF1SqdW4ZnKhGWE9w?>> . Acesso em 10 jul 2022)

²³⁸ EMENTA VÍNCULO DE EMPREGO. VENDEDORA DA AVON. ARTIGOS 2º E 3º DA CLT. ÔNUS DA PROVA. Havendo reconhecimento da prestação de serviços em prol da reclamada e tendo esta alegado que o trabalho era prestado de forma autônoma, atraiu para si o ônus de comprovar tal alegação, do qual não se desincumbiu. Caso em que comprovada a existência de pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade, impondo-se o reconhecimento de vínculo empregatício. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020726-80.2019.5.04.0102**. Relator Brígida Joaquina Charao Barcelos. Data de julgamento: 26/05/2022.. Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/7hRdZ2oaF4_ATnLTRDnVBw> . Acesso em 10 jul 2022)

maiores esclarecimentos. No entanto, é possível perceber que se trata de uma ideia objetiva acerca da subordinação.

O recurso ordinário julgado pela 9ª Turma, autuado sob o nº 0020665-05.2018.5.04.0411 e relatado pelo Desembargador dentro do lapso escolhido era para decidir questões residuais, eis que o vínculo havia sido reconhecido em outra oportunidade, no mesmo processo, mas fora do período eleito para o que ora se pretendia. Por essa razão, sua análise foi descartada.

A 10ª Turma foi a única em que não se localizou decisões dentro do lapso estipulado.

Por fim, no último processo com a discussão em questão, julgado pela 11ª Turma do TRT4, autuado sob o nº 0020069-11.2019.5.04.0403²³⁹, não houve o reconhecimento do vínculo de emprego. A atenção dispensada à subordinação é pouca, restando consignado que ela não está presente, porque a reclamante poderia vender para outras empresas, que inclusive eram concorrentes. Ao citar uma decisão da mesma turma, parece dar a entender que aceita a subordinação sob a ótica objetiva, mas que a presunção de sua existência não prevalece quando “há elementos capazes de convencer sobre a ausência de subordinação sob a perspectiva subjetiva - como ocorre quando prepondera a autonomia.” Denota-se uma ideia de subordinação subjetiva como principal acepção acerca do instituto. No entanto, isso não impede o reconhecimento de vínculo quando presente uma subordinação de cunho objetivo. Mas isso somente acontecerá, para a Turma, quando não estiver verificada uma autonomia subjetiva, que a turma entendeu estar presente no caso, razão pela qual negou o vínculo.

Dessa análise, são produtos as seguintes observações. Dos vinte e seis processos, três tiveram a análise prejudicada, por não corresponder às circunstâncias buscadas. Dos vinte e três restantes, não foi reconhecido o vínculo em nove. E, nos outros quatorze, houve o reconhecimento do vínculo empregatício. Nos nove em que não houve o reconhecimento do vínculo, entendeu-se pela inexistência da subordinação na acepção subjetiva, porque os julgadores entendiam que somente a subordinação jurídico-pessoal

²³⁹ VÍNCULO DE EMPREGO. EXECUTIVA DE VENDAS. AVON. A prova dos autos demonstra a ausência dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, ensejadores do reconhecimento de vínculo empregatício. Recurso provido para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego reconhecido a origem. (BRASIL. TRT da 4ª Região, 11ª Turma. **Recurso ordinário nº 0020069-11.2019.5.04.0403**. Relator Rosiul de Freitas Azambuja. Data de julgamento: 03/08/2021. Disponível em: <<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/OGTyAaZt-ZQ-dLUONeC9nw>>. Acesso em 10 jul 2022)

é capaz de caracterizar o vínculo de emprego. Já nos quatorze restantes, entendeu-se que era possível reconhecer a subordinação na sua acepção objetiva em sete casos, e subjetiva em quatro. Em três situações, a decisão foi ambígua ou de fundamentação insuficiente, não possibilitando uma certeza absoluta sobre o que foi entendido.

Restam, ainda, algumas impressões. A primeira é que a subordinação, como significado único da dependência, é unânime como um requisito da relação de emprego. A segunda é que, em poucas ocasiões, admite-se que a subordinação pode ter mais de um significado, inobstante a doutrina trate dessa possibilidade há muito tempo, como demonstrado no primeiro capítulo. Inclusive, a quase ausência de embasamento doutrinário faz com que sequer se encontre menção à dependência econômica, técnica ou moral. A terceira, como corolário da segunda, é a fundamentação pobre. Há grandes reproduções dos termos de audiência com depoimentos e, ao mesmo tempo, pouca análise sobre no que a subordinação pode traduzir-se, mormente em relação aos fatos postos em julgamento.

Não se verifica qualquer menção à possibilidade de que a dependência tenha outro significado, além da subordinação. Ainda, quase todos que acolhem uma das acepções da subordinação não acolhem a outra. Ao menos, pode-se afirmar que há pouco, ou quase nenhum, diálogo entre as possíveis teorias. Há, na verdade, uma falta de percepção sobre a multiplicidade de significados que a dependência possui e que a subordinação possui. Essa percepção poderia eventualmente surgir com um olhar mais atento à doutrina. Atualmente, contudo, verifica-se que a jurisprudência estaciona na análise da doutrina que atribuiu à dependência o conceito de subordinação, chegando, no máximo, à ideia de subordinação objetiva.

Passa-se agora à análise da definição das cláusulas gerais, para verificar-se a possibilidade de essa tipologia normativa auxiliar na resolução da confusão sobre o sentido do requisito da dependência.

3.1.2. A ideia de cláusulas gerais como possível solução

Até o momento, percebe-se que a subordinação como requisito da relação de emprego trazia consigo o ideal de tornar a relação de emprego absolutamente distinguível das demais. Acredita-se que esse conceito traz certeza à identificação dessa relação especial, eis que seria abstrato e impessoal, a ponto de diminuir a ideia de sujeição do

empregado encontrada nas relações concretas e ser suficientemente geral, e, portanto, abaria a maioria das relações que demandassem a proteção juslaboral. No entanto, como se demonstrou nos itens 2.2.2 e 3.1.1, não há unanimidade doutrinária sobre o significado de subordinação, sua definição exclui muitas relações da referida proteção e sua utilização tampouco impossibilita a sujeição do empregado e de seu corpo às ordens do empregador. Isso é perceptível tanto no debate teórico (2.2.2) como na prática (3.1.1). A designação desse sentido único para o termo dependência não resolveu o problema do reconhecimento do contrato de emprego quando se está diante de uma prestação de serviços.

Contudo, já se sabe que não foi somente a subordinação que apresentou deficiências quando apresentada como única acepção do termo dependência, o que foi visto no item 2.2.2. Então, diante do empecilho ao direito do trabalho e a seus fins, por que não cogitar a utilização de todos esses termos, analisando-se caso a caso, se a existência de uma dependência técnica, econômica, moral, ou hierárquica não poderia eventualmente ensejar a incidência da proteção trabalhista? Trabalhar-se com a vagueza da norma pode ser uma opção. Encontram-se trabalhos com conclusões semelhantes quanto à indeterminação do sintagma dependência²⁴⁰, embora sem a análise aprofundada da tipologia normativa que ora começa a se analisar. Da mesma forma, magistrados trabalhistas vêm tratando dessa ideia em eventos organizados pela própria categoria,

²⁴⁰ Por exemplo, Oliveira em trabalho que defende a dependência econômica como um sentido adequado para o termo em questão: “Não se trata da disputa pela hegemonia do verbete “dependência econômica” em detrimento do outro “subordinação jurídica”, mas da defesa da ideia, muitas vezes intencionalmente omissa no discurso da subordinação jurídica, acerca da detenção da propriedade e da apropriação do trabalho. Os vocábulos, ainda que possam ser aproximados, são contextual e historicamente distintos, pois a “dependência econômica” refoge as armadilhas positivistas hodiernas e elucida o caráter capitalista da relação, enquanto que a subordinação reforça a aparente força contratual. Nestes termos, uma conceituação jurídica ampla poderia permitir o enquadramento dos precários no marco de proteção social da CLT. Contrariamente, um conceito fechado e doutrinariamente restrito de subordinação não desempenha este papel e, ainda, tende a reduzir o próprio campo de destinatários pela reiterada ausência de manifestação expressa de poder/autoridade nas relações típicas de assalariamento. Com a emanação ou não de ordens, todo não-proprietário, usualmente trabalhador, é conduzido, por fios invisíveis, a estar sob dependência do detentor do capital. A manifestação de subordinação é, então, apenas um resultado da prévia dependência. A dependência econômica, numa perspectiva objetiva estrutural, oferece mais possibilidades de respostas aos novos e sutis métodos de controle dos processos produtivos, cujas práticas dispensam até a emanação de ordens (as quais já estão dadas pela própria natureza e objeto do trabalho na empresa), ocultam o poder punitivo (o não recebimento da remuneração contratada pela produtividade é a mais forte punição), eliminam o controle de jornada (se a remuneração é pelo resultado, a fiscalização do trabalho resta dispensável) e dispensam o comparecimento ao local de trabalho (trabalho a distância, em domicílio ou teletrabalho).” In OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica**: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011.

embora ainda sem notícia da análise da tipologia normativa²⁴¹. Então, para começar a averiguar a possibilidade levantada, será apresentada a definição de cláusulas gerais (normas vagas, dúcteis, abertas) como tipologia normativa e, em caráter exploratório, será investigado se sua utilização não solucionaria os problemas acima apontados.

As cláusulas gerais são uma técnica legislativa, da segunda metade do século passado. Vêm para substituir a técnica da casuística. Para o raciocínio que essa técnica legislativa representa, a lei deve deixar ser um *kanon* geral e abstrato de certas ações, passando a ser uma resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana²⁴².

Em alguma medida menor, já se encontravam nas codificações francesa e alemã do Século XIX, mas sua utilização era afastada pela mentalidade juspositivista dos aplicadores do direito da época, que viam nos preceitos que as continham insegurança e incerteza em excesso, em razão de um eventual arbítrio do Juízo no julgamento do caso concreto²⁴³. Inobstante essa existência mais antiga, são os códigos da segunda metade do Século XX passaram a apresentar, com frequência e robustez, modificações na técnica e na linguagem legislativa, formulando dispositivos legais que “não mais buscavam uma descrição perfeita contendo todos os pressupostos na hipótese legal”, com uma “correlata indicação pontual e pormenorizada das suas consequências”, como até então era de praxe nos códigos e leis especiais. Essas novas normas são caracterizadas pela “ausência de uma pré-figuração descritiva ou especificativa na hipótese legal” referida e se

²⁴¹ Tese nº 13 do 20º CONAMAT: I - NA DEFINIÇÃO DO EMPREGADO (ART. 3º), A CLT ADOTOU UM CONCEITO INDETERMINADO AO CONSTAR A EXPRESSÃO “SOB DEPENDÊNCIA”. A NOÇÃO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA (COMANDO-PUNIÇÃO) HEGEMONIZAVA A SEMÂNTICA DO CONCEITO LEGAL, TODAVIA O SURGIMENTO DE UMA SÉRIE DE FIGURAS NOVAS COLOCOU EM XEQUE ESTE CONCEITO, SOBRETUDO SITUAÇÕES DE TRABALHO DEPENDENTE SEM A CONFIGURAÇÃO DOS TRADICIONAIS ELEMENTOS DA SUBORDINAÇÃO SUBJETIVA, COMO OCORRE, POR EXEMPLO, EM ALGUMAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO SOB DEMANDA. JUSTAMENTE PELA INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE “SOB DEPENDÊNCIA”, AS TEORIAS DA SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, POR ALGORITMOS E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA SÃO INTERPRETAÇÕES DEFENSÁVEIS DIANTE DA AMPLITUDE DO TEXTO LEGAL. (...) Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. **Tese nº 13**. 20º Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho. Porto de Galinhas, 2022. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/20-edicao>>. Acesso em 14 ju 2022.

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

²⁴³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal** : 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 42.

“singularizam pelo emprego de termos com tessitura semanticamente aberta” e dotados – ainda que nem sempre – de conteúdo valorativo²⁴⁴.

Como exemplo, o próprio Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o Código Civil alemão de 1896, já enfrentava críticas por uma apontada elasticidade em suas disposições, que, segundo seus críticos, faziam apelo demasiado ao poder discricionário do juiz. A ideia predominante na metodologia jurídica (positivismo legalista) não recebeu as cláusulas gerais como dispositivos especificamente destinados a atribuir poderes aos juízes na criação normativa²⁴⁵. Foi necessária uma crise econômica e social para que se impulsionasse, no plano dos fatos, a utilização das cláusulas gerais como instrumento flexibilizador de uma atuação judicial restrita. Menke aponta, como início da utilização dessa figura jurídica pelos intérpretes, o período da segunda década do Século XX na Alemanha, quando o caos econômico pós I Guerra Mundial imperava, com problemas de hiperinflação que afetavam sobremaneira os contratos, eis que se tornara praticamente inviável a manutenção das cláusulas atinentes ao preço, até então sem qualquer índice de correção monetária²⁴⁶.

Nesse cenário, o Poder Judiciário foi chamado para solucionar as situações iníquas que surgiram, passando os juízes a se valerem de três parágrafos do BGB, que se encontravam adormecidos (§§138, 242 e 826), os quais tinham, como característica central, permitir o uso de ideias morais como boa-fé e bons costumes. Esses parágrafos tratavam dos negócios jurídicos contrários aos bons costumes (§ 138), da boa-fé no cumprimento da prestação (§ 242) e do prejuízo causado de forma intencional e contra os bons costumes (§ 826)²⁴⁷. Como a hiperinflação estava corroendo drasticamente o poder de compra do marco alemão, chegando a ponto de causar danos no tecido social da Alemanha, então o Poder Judiciário tinha que contornar o rígido princípio nominalista da moeda, decidindo, para tanto, fazer uso da cláusula geral, para evitar a concretização de situações manifestamente iníquas, mesmo que eventualmente *contra legem*²⁴⁸.

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 119-120

²⁴⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal** : 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 42.

²⁴⁶ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2004

²⁴⁷ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2004.

²⁴⁸ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal** : 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 42.

Mas, na Alemanha, outras muitas condições também permitiram o surgimento dessas cláusulas no momento histórico em questão, dentre elas uma cultura jurídica influenciada pela ausência de separação completa dos poderes Legislativo e Judiciário e com menor influência das teorias econômicas individualistas²⁴⁹. De certa forma, essa situação entre os poderes é decorrente das ideias que lá se desenvolveram buscando uma evolução do paradigma do positivismo legalista.

Esse positivismo legalista é, na sua acepção mais antiga e conhecida, aquele oriundo da Escola da Exegese, que pretendia realizar os objetivos da Revolução Francesa e, para tanto, reduzia o direito à lei. Falava-se em aplicar a lei em toda sua extensão, mas nada mais do que a lei. Os Códigos pretendiam nada deixar para o arbítrio do intérprete, e a lei era insuficiente apenas nos casos verdadeiramente excepcionais. Interpretação e clareza eram noções antitéticas, sendo essa ideia traduzida pelo brocardo *interpretatio cessat in claris*²⁵⁰. Bobbio afirmava que, para esse positivismo, a natureza da jurisprudência consistia “numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado”²⁵¹. Para Maximiliano, o sistema de hermenêutica e aplicação do direito dessa escola, está obstinado em jungir o direito aos textos rígidos e aplica-lo de acordo com a vontade verificada ou presumida de um legislador. Segundo ele, a Escola da Exegese foi a versão extremada do sistema tradicional, apegado à formalística e focado nos silogismos que tentavam enquadrar a realidade nos textos com seu suposto sentido tradicional²⁵².

Embora a Escola da Exegese seja a mais conhecida e aquela que melhor traduziu a ideia da lei e da segurança, há outras que representam a ideia de forte vinculação com o decidido pelo legislador e posto como dispositivo legal clássico. Herkenhoff também aponta como estritamente legalistas, além da Escola da Exegese, a Escola dos Pandectistas e a Escola Analítica da Jurisprudência²⁵³.

²⁴⁹ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2004

²⁵⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31-50.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. trad Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995, p. 211.

²⁵² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37.

²⁵³ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 28-32.

A Escola Analítica de Jurisprudência não se desenvolveu na Alemanha²⁵⁴, mas os pandectistas são de lá. Quanto a eles, segundo o mesmo autor, em apertada síntese, ela considerava o direito como um corpo de normas positivas, conferindo primado à norma legal e às respectivas técnicas de interpretação, mas considerando sempre a ideia do legislador no momento em que ocorria a aplicação, e não somente aquela suposta vontade de quando a norma entrou em vigor²⁵⁵.

Essas ideias de estrito legalismo foram contrapostas por ideias sobre o direito que surgiram como uma reação. Segundo Martins-Costa, a relação entre direito e lei, na Alemanha, já apresentava certas peculiaridades, sofrendo influência das ideias de Savigny, para quem as atividades dos aplicadores e intérpretes deve observar o direito vigente, com raízes no “espírito do povo” ou “espírito da comunidade”, com a necessária atenção à arbitrariedade e artificialidade do direito legal. Há, assim, naquele país, uma ideia diferente da francesa, que se ancora na estrita divisão dos poderes estatais e numa conexão estrita com a ideologia do positivismo legalista²⁵⁶. Herkenhoff classifica as ideias de Savigny como de reação ao estrito legalismo, apontando-o como principal figura da Escola Histórica do Direito, que negava a existência de um direito natural com pressupostos racionais e universalmente válidos, mas ao mesmo tempo proclamando a historicidade do direito, que tem sua origem e fundamento na consciência nacional e nos costumes jurídicos oriundos da tradição²⁵⁷.

²⁵⁴ A Escola Analítica da Jurisprudência que tem John Austin como fundador, seria uma manifestação do positivismo estrito, porque tinha por objeto apenas as leis positivas, não lhe interessando os valores ou o conteúdo ético das normas legais. O direito deve, para seus adeptos, separado da ética, devendo o jurista se ocupar de leis positivas, seja as leis particulares de um Estado, sejam os princípios gerais comuns aos diversos sistemas jurídicos, desconsiderando se são justas ou injustas as prescrições. A Justiça seria apenas de interesse do legislador ou do filósofo do direito. Seus esforços e fundamentos concentraram-se na análise conceitual, entendendo que o conceito nada mais era do que a representação intelectual da realidade, a qual, por sua vez, poderia ser integralmente conhecida através da análise dos conceitos que a representavam. *In*: HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 31-32.

²⁵⁵ Negavam qualquer fundamento absoluto ou abstrato à ideia de direito. Leva esse nome, porque, em razão da então falta de códigos como o de Napoleão, construíram um sistema dogmático de normas usando como modelo as instituições do Direito Romano, reconstituindo historicamente principalmente a segunda parte do Corpus Juris Civilis, as Pandectas. Rejeitavam as doutrinas jusnaturalistas dos Séculos XVII e XVIII, valorizando os costumes jurídicos formados pela tradição. Essa atenção aos usos e costumes levava os seus adeptos a uma interpretação mais elástica do que a Escola da Exegese, surgindo a ideia de intenção possível do legislador, entendida como não aquela realizada no tempo de entrada em vigor da norma, mas sim na época em que se processa o trabalho interpretativo: se o texto comporta duas interpretações, seria lícito optar por aquela que realiza um objeto diverso do inicialmente pretendido, levando em consideração os fatos supervenientes. *In* HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 30-31.

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 124.

²⁵⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 33.

Já Zanini, em sua pesquisa, atribui ao advento da Jurisprudência dos Interesses de Heck²⁵⁸ e à Doutrina do Direito Livre²⁵⁹ o preparo do terreno para a utilização das cláusulas gerais como instrumento de conformação do sistema jurídico, preparado para preenchimento das lacunas do ordenamento, desobrigado a sustentar a ficção de uma plenitude na realidade dos fatos²⁶⁰. Herkenhoff classifica essas escolas como abertas “a uma interpretação mais livre”²⁶¹.

Mais importante do que definir exatamente qual escola teve uma maior influência na atuação judicial mais próxima da atividade legislativa é perceber que as cláusulas gerais passaram a ser utilizadas quando se superou a ideia metodológica de interpretação restrita e excessivamente apegada ao texto da lei. Passa-se a aceitar que o ordenamento não é mais um sistema fechado²⁶², mas, na verdade, consiste em um sistema relativamente aberto²⁶³.

²⁵⁸ A jurisprudência de interesses surgiu na Alemanha, tendo sua figura máxima na pessoa de Heck. Segundo essa escola, não é a lógica que deve presidir o trabalho hermenêutico, mas a decisão deve ser interpretada como uma delimitação de interesses contrapostos, devendo o juiz averiguar os interesses em conflito, indagar os interesses causais da lei e privilegiar o direito socialmente mais adequado ao caso. Seu objetivo é a solução justa, aquela que melhor se adapta às peculiaridades do caso. *In* HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.50-52.

²⁵⁹ No que diz respeito à Escola do Direito Livre, sob essa denominação, abrigam-se as tendências mais moderadas e mais radicais de insubmissão à ideia de que a lei e o sistema jurídico contêm todo o direito, ou monopolizam as aspirações, valores e dados que devem ser considerados pelos juízes na aplicação do direito. O direito justo deveria ser perseguido pelo legislador e pelo juiz, através da livre apreciação do direito, mas sem descurar de algumas regras. Foi uma reação contra o princípio da plenitude lógica ou orgânica do direito positivo e também combateu a jurisprudência dos conceitos, pois ela supostamente se perdia em conceitos abstratos. A tese fundamental da Escola do Direito Livre é a de que o direito não deve ser criação exclusiva do Estado. Por conseguinte, a lei não é a única fonte de direito e o juiz não deve ser inteiramente submisso a ela. A vida social, segundo seus adeptos, é mais rica do que a norma, e a realidade se movimenta em contínua emergência. Assim, a elaboração, interpretação e aplicação do direito devem ser confiadas à investigação científica e à ciência sociológica. A Escola do Direito Livre teve tanto uma concepção mais moderada, que atribuía ao juiz a possibilidade de criar uma norma jurídica somente quando houvesse lacuna nas fontes jurídicas, como uma concepção mais radical, que imaginava essa possibilidade mesmo que houvesse lei, desde que essa lei fosse injusta. *In* HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.41-47.

²⁶⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 38.

²⁶¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 37.

²⁶² Segundo Bobbio: “Sistema fechado é aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial: é o sistema no qual as fontes formais do direito são rigidamente predeterminadas, e, entre elas, não se inclui o trabalho do jurista (a jurisprudência, no sentido clássico da palavra, resume-se a um comentário às regras do sistema)”. *In* BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. rev. tec. Orlando Seixas Bechara, Renata Naganime. Barueri: Manole. 2007, p. 38.

²⁶³ Segundo Bobbio: “Sistema aberto é aquele em que a maioria das regras estão, ou são consideradas, em estado fluido e em contínua transformação; é o sistema no qual não está estabelecida uma linha de demarcação clara entre fontes materiais e fontes formais: é aquele em que ao jurista é atribuída a tarefa de colaborar, com o legislador e com o juiz, no trabalho de criação do novo direito.” BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. rev. tec. Orlando Seixas Bechara, Renata Naganime. Barueri: Manole. 2007, p. 38

No sistema fechado, para afastar a insegurança das decisões dos magistrados, buscou-se possibilitar a previsibilidade e segurança, restringindo a interpretação do sistema legislativo²⁶⁴. Pretendia-se que, na interpretação, as características de estabilidade, linearidade e logicidade, sob pena de afronta a essa segurança. É no cenário em que se privilegia a ideia de sistema fechado em que nasce a Escola da Exegese, surgindo posteriormente as escolas subsequentes acima tratadas, que, aos poucos, arrefeceram a ideia mais estritamente legalista da primeira.

Embora o desenvolvimento dessas escolas de estrito legalismo tenha se dado predominantemente no Século XIX²⁶⁵, é no Século XX que a visão de sistema fechado encontra seu maior expoente: Hans Kelsen. Este autor circunscreveu a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural, buscando salvaguardar a teoria do direito da intrusão de juízos de valor, e procurando evitar a confusão entre o direito positivo e o direito ideal. O direito, para ele, era um ramo do conhecimento autossuficiente em relação ao sistema social, devendo o trabalho do jurista desenvolver-se exclusivamente dentro desse sistema²⁶⁶. No entanto, já há, no autor, um desenvolvimento da hermenêutica em relação à ideia inicial. No âmbito do próprio pensamento positivista, caiu por terra a caracterização da atividade exegética como simples reprodução das proposições já contidas no texto legal. Há um reconhecimento do “sopro criativo da jurisprudência”²⁶⁷. Trata-se, em síntese, da questão da moldura, dentro da qual o Juízo pode escolher qual o melhor sentido dentre todos aqueles possíveis e aceitáveis. Segundo Kelsen:

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformato por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma,

²⁶⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 38.

²⁶⁵ “Em síntese, o formalismo do Século XIX, também chamado de período legislativo pela onipotência do legislador, diretamente derivado do juspositivismo clássico, era fortemente tendencioso em acentuar o elemento da lógica pura e mecânica na atividade jurisdicional dos juízes, deixando de lado o elemento voluntarístico, a escolha. Durante esse período, portanto, o desenvolvimento da hermenêutica foi muito pequeno. (ALEXANDRE, Francisco Dion Cleberson; MOURA, Samuel de. Do positivismo ao pós-positivismo: a revolta contra o formalismo jurídico e a complexização dos papéis do poder judiciário como fatores de influência para o ativismo judicial. *In* **SALÃO DO CONHECIMENTO**. XXIII Jornada de Pesquisa, 2018. Ijuí. Disponível em:

<<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/10252>>. Acesso em 20 mar 2022.

²⁶⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal** : 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 39.

²⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 73.

por maneira a corresponder à vontade do legislador — a determinar por qualquer forma que seja—ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível²⁶⁸.

Como o positivismo jurídico do Século XX, representado acima pelas ideias de Kelsen, entende por uma maior liberdade na interpretação, entende-se, que nesse novo ambiente, a defesa de um sistema fechado não se preocupa mais com o fim dos abusos da magistratura, como no período após a Revolução Francesa, mas passa a preocupar-se com a qualificação do direito como ciência²⁶⁹. Inobstante essa diferença, nas duas ideias de sistema fechado, as principais características são: 1 - a estrutura formal rígida; 2 - a hierarquia entre as normas jurídicas, sendo que o fundamento de validade das hierarquicamente inferiores são as de maior hierarquia; 3 - a norma mais geral e abstrata possui maior hierarquia que a individual e concreta; 4 - o juiz executa a subsunção do fato concreto à norma jurídica posta; 5 - há uma rigidez semântica dos termos empregados nas normas jurídicas²⁷⁰.

Entretanto, com a evolução das ideias sobre a interpretação e aplicação do direito, passa-se à ideia de um sistema relativamente aberto. Se antes havia uma forte vinculação à letra da lei, o aumento da complexidade das relações sociais torna inviável deduzir normas jurídicas de dispositivos com rigidez semântica excessiva, sem constantes alterações legislativas. O fechamento do sistema jurídico não estava em consonância com as mudanças sociais ocorridas. Sentiu-se a necessidade de estreitarem-se os contatos com as ciências sociais, deixando de lado o isolamento do direito, passando o Direito a ser dotado de relatividade, eis que depende sempre da sociedade em que está colocado²⁷¹.

A influência das escolas que reagem ao estrito legalismo levou a uma abertura relativa do sistema jurídico²⁷². Sistema aberto, segundo Bobbio, é aquele em que a

²⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 390.

²⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 39.

²⁷⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 39.

²⁷¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 39-40.

²⁷² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 40.

maioria das regras são consideradas em estado fluído, porque estão em contínua transformação. Nesse sistema, não há uma clara linha que separa as fontes materiais e as fontes formais. Por isso, o jurista, além de realizar a subsunção, tem a tarefa de colaborar com o legislador na criação do novo direito²⁷³. Assim, as hipóteses legais são, diferentemente do que ocorre no sistema fechado, formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, justamente para dar mobilidade à atividade jurisdicional²⁷⁴. No sistema jurídico relativamente aberto, há uma busca de eficiência, justiça e atualidade, flexibilizando-se o sistema jurídico e ajustando-o às rápidas mudanças que ocorrem nos valores e práticas sociais, a fim de que a norma não fique defasada e contrária à realidade²⁷⁵. O novo pensamento acerca do sistema reconhece a importância do sistema lógico-formal, observando-o e reconhecendo sua importância prática, mas não deixa de apontar a sua incompletude. Reconhece-se a importância de o sistema ser rígido e fechado, mas também se reconhece a necessidade de responder às constantes modificações sociais e seus reflexos nos princípios e valores de uma determinada sociedade. E são as cláusulas gerais que integram as áreas de mobilidade do sistema, prestando o auxílio na sua abertura. Permitem a reelaboração científica, quando necessária, e mesmo a modificação de princípios fundamentais²⁷⁶.

Aqui encontramos um primeiro paralelo possível. Já foi tratado a crise do direito do trabalho no tópico 2.2.2 e adotou-se a ideia de que o critério da subordinação como necessário à relação de emprego é uma das razões dessa crise estrutural da disciplina. Demonstrou-se, ainda, que essa delimitação é decorrente da influência de um positivismo jurídico puro que pretendia fixar conceitos igualmente puros. As cláusulas gerais auxiliaram na solução de problemas do direito comum quando se enfrentou uma crise que esse positivismo puro foi incapaz de solucionar. Poderia, então, da mesma forma, auxiliar na resolução de uma crise no direito do trabalho, semelhante em alguns aspectos,

²⁷³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 38.

²⁷⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 40.

²⁷⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008, p. 41.

²⁷⁶ APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Sistema e tópicos na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006, p. 24.

notadamente na questão atinente à necessária superação dessa busca pela pureza dos conceitos jurídicos, cujo efeito sequer é alcançado, seja na teoria, seja na prática.

Soma a essa eventual possibilidade a afinidade do instituto com a característica realista da disciplina juslaboral. Se o instituto atua justamente como meio pelo qual o sistema deixa de ser fechado permitindo a reelaboração científica, ele, quando aplicado ao direito do trabalho, facilita a resolução de problemas circunstanciais, preocupando-se menos com questões abstratas e dedicando-se à concretude, ao fundamento social, à busca das categorias sociais e à observação dos fatos sociais. As cláusulas gerais trariam essa contribuição ao direito do trabalho: podem ser utilizadas para resolver problemas que uma interpretação apegada ao texto legal e a seu sentido tido como correto e único é capaz de gerar. Assim como os demais ordenamentos privados foram oxigenados por esses instrumentos de abertura, o direito do trabalho também poderia beneficiar-se. A maneira pela qual uma crise foi superada pode eventualmente ser utilizada na superação de outra, eis que as razões são semelhantes.

As cláusulas gerais, como a que previa a boa-fé, eram elaborados de maneira diversa da maneira *clássica*, em que é previsto um fato na hipótese legal e imediatamente prevista uma consequência para ele, típica de uma tradição jurídica em que a certeza e a previsibilidade estritas eram valores indispensáveis à ideia de Direito²⁷⁷. Mas o que seriam esses novos dispositivos? Como o seu caráter é multifacetado, a doutrina traça seu perfil na contraposição à casuística²⁷⁸.

Engisch ensina que o conceito de cláusula geral é multissignificativo e que, portanto, é adequado contrapô-lo à elaboração casuística das hipóteses legais. Para ele, casuística é a configuração da hipótese legal que circunscreve um grupo ou grupos particulares de casos com uma especificidade própria, da forma mais específica possível²⁷⁹. Martins-Costa a define como a técnica legislativa em que há especificação e determinação dos elementos que constituem a *fattispecie*. Segundo a autora, nessa técnica, o legislador determina, do modo mais completo possível, quais são os elementos que devem estar presentes para que se aplique uma dada qualificação ao fato que será

²⁷⁷ GENTILI, Aurelio. Prologo. *In*: RICCI, Francesco. **Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2018, p. 3-12, p. 4.

²⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7-8. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

²⁷⁹ ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. trad. De J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 228.

subsumido. Se, nos fatos, houver a correspondência desses elementos colocados pela atividade legiferante, há uma consequência necessária que deve ocorrer, com pouca hesitação. O legislador faz uma pré-figuração que deve ser respeitada pelo aplicador na determinação do seu sentido e alcance. Em relação ao direito privado, aponta que essa determinação, também chamada de tipicidade, caracteriza a casuística e é o principal fator de rigidez e de envelhecimento dos códigos civis²⁸⁰.

Em sentido oposto, a cláusula geral é aquela que contém uma hipótese legal descrita com termos de grande generalidade, permitindo a submissão abrangente de um domínio de casos²⁸¹. Nesse caso, as respostas não são dadas de uma só vez, mas são construídas progressivamente pela jurisprudência. Como não há uma regulamentação de modo completo e exaustivo, acabam tornando-se metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. A cláusula geral utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura aberta, fluida ou vaga. Isso significa que seu campo semântico é extenso, amplo. Essa disposição de semântica ampla é dirigida ao juiz e lhe confere a competência para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, fazendo justamente o reenvio para os elementos que estão fora do sistema (no nosso caso, por exemplo, pode remeter à noção de assalariado). Esses elementos deverão fundamentar a decisão. E, com sua presença na fundamentação, é assegurado o controle racional da sentença. Além disso, a partir do momento em que são reiterados no tempo fundamentos idênticos, é possível se perceber os elementos inicialmente externos ao sistema na *ratio decidendi* e assim passar a tê-los como presentes no interior do ordenamento, por força da jurisprudência²⁸².

A vantagem de sua utilização é a criação de aberturas no direito legislado para a consideração da dinamicidade da vida social, enquanto também traz como desvantagem a incerteza acerca da efetiva dimensão dos contornos dos institutos jurídicos, ao menos

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7.

²⁸¹ ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. trad. De J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 229.

²⁸² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 8.

até que seja consolidada a jurisprudência²⁸³. Ainda que haja uma certa insegurança jurídica - o que impõe utilizar esses dispositivos com certa moderação, mesclando-os com aqueles que se vale da casuística²⁸⁴ - é importante perceber que a segurança que a casuística traz é efetivamente presente somente nos casos mais simples de aplicação jurídica. O caso determinado pelo legislador, com a consequência jurídica conexa e prefigurada, na realidade é justamente a parte do direito que não é problemática, via de regra²⁸⁵. Mas, mesmo em assuntos que possam compor essa parte problemática, também há indefinição. Então a questão da definição não é algo realmente existente, mas consiste simplesmente em uma questão de quantidade, não de um problema de qualidade do dispositivo jurídico²⁸⁶.

Além da impossibilidade de se alcançar a segurança e certeza, a questão da Justiça também se faz importante e justifica a opção pelas cláusulas gerais. Zanini é preciso quando conclui que de nada vale um sistema que ofereça segurança jurídica mas não ofereça atualidade. A segurança jurídica passa a ser um problema quando ela é baseada em dogmas ultrapassados. Além de seguro, o direito deve preocupar-se em ser eficiente, justo e atual²⁸⁷.

²⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 8.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 8.

²⁸⁵ GENTILI, Aurelio. Prologo. *In*: RICCI, Francesco. **Principi, clause generali, argomentazione e fonti del diritto**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2018, p. 3-12, p. 7.

²⁸⁶ Como explica Gentili, a parte problemática não é calculável. O autor traz, como exemplo, uma circunstância que considera clássica: todo aquele que produz dano a alguém é obrigado a ressarcir-lo. Nesse caso, a calculabilidade da consequência é tida como certa, mas o enquadramento do fato neste caso não é. Para trabalhar o enquadramento, o intérprete deve primeiro estabelecer se esse comportamento é ilegal, e diferentes avaliações do lícito podem ser aplicadas, tais como: é ilegal apenas infringir direitos subjetivos absolutos? Também é ilegal infringir direitos subjetivos relativos? Também é ilegal prejudicar interesses legítimos? Em todo caso, é ilegal prejudicar situações geralmente protegidas juridicamente? A resposta a essas perguntas não é calculável. Além disso, para que quem produza dano deva compensar, esse dano deve ser injusto. Mas o que isso significa? É verdade que aqueles que produzem danos compensam, mas somente se forem culpados. E o que é a culpa? E o que é legítima defesa? Quando há força maior? Mas se for assim, se só pudermos calcular depois de dar respostas não computáveis a tudo isso, a calculabilidade não está, de fato, presente. A incalculabilidade, a necessidade de preenchimento do dispositivo normativo também está presente nos casos mais tradicionais, pacíficos, definidos, em relação aos quais sempre pensamos que fossem o paradigma do positivismo jurídico, e que nos deram a certeza da consequência jurídica cada vez que pudéssemos afirmar o fato no caso abstrato. Obviamente, menos ainda, há cálculo quando os casos legislativos são vagos e são chamados de cláusulas gerais e princípios gerais. *In*: GENTILI, Aurelio. Prologo. *In*: RICCI, Francesco. **Principi, clause generali, argomentazione e fonti del diritto**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2018, p. 3-12, p. 7-8.

²⁸⁷ CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006, p. 49.

Aqui é possível traçar um segundo paralelo. O direito do trabalho, conforme ensinado por Deveali, preocupa-se menos com a abstração dos conceitos e mais com a solução de problemas concretos. Como já explanado, para o direito do trabalho, impõe deveres em razão de elementos quantitativos e econômicos. Portanto, se necessário, o direito do trabalho deve prescindir do ideal de uma Justiça perfeita em favor da necessidade de solução dos problemas. Supiot, como também já tratado, explica que o direito do trabalho é fundado não em valores metafísicos, mas sim na proteção de noções concretas. E La Cueva ressalta a importância de o direito do trabalho por à disposição das pessoas os meios necessários para que a pessoa possa desenvolver seus atributos. Com base nessas ideias, afirma-se que o sistema aberto é mais afeito à disciplina juslaboral, eis que justamente esse ramo surge para resolver problemas concretos, e de acordo com uma visão humanista. O sistema relativamente aberto, se assim considerado o direito juslaboral, permite a adequação desse ramo a seus fins. Se permitida a mutabilidade do ordenamento jurídico trabalhista, este pode adequar-se aos novos problemas surgidos no âmbito da sociedade pós-industrial, não perdendo suas características de concretude, e humanismo. E, se as cláusulas gerais são um instrumento de abertura do ordenamento, também podem sê-lo no ordenamento trabalhista, possibilitando a resolução dos problemas novos pelo Poder Judiciário. Para Camino, por exemplo, os dispositivos legais não são definitivamente suficientes para que se dê a resposta adequada a todos os casos. É necessário que o juiz, através da interpretação, reconstrua o direito no caso concreto. Para isso, deve estar atento aos elementos extrapositivos do método da subsunção, fazendo a correlação entre a norma e o fato, observando a necessidade de Justiça no caso individual, a qual não está prevista no texto legislativo, mas que deve ser objetivada pelo aplicador²⁸⁸⁻²⁸⁹.

²⁸⁸ CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão de fábrica ao serviço público**. [Tese de Doutorado]. UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD): Porto Alegre, 2011, p. 114-115.

²⁸⁹ Camino também defende uma visão integradora entre legislador e aplicador da lei, nos seguintes termos: a) A manutenção de seu arcabouço normativo intocado, de ordem pública, integrado de direitos objetivamente indisponíveis, sem espaço para a autonomia da vontade no plano das relações individuais de trabalho, construído sob os dois alicerces erigidos nos arts. 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. b) Sem prejuízo dessa estrutura de proteção, a inserção de cláusulas gerais que possibilitem o juiz, no caso concreto, e diante das circunstâncias que, eventualmente assim o autorizem, ponderar princípios e normas, chamando-o à responsabilidade de atuar em “coautoria” com o legislador na criação do direito em busca da realização da Justiça.” *In*: CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão de fábrica ao serviço público**. [Tese de Doutorado]. UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD): Porto Alegre, 2011, p. 116.

Introduzida a tipologia normativa como contraponto à técnica da casuística, cabe analisar suas características. Como característica mais marcante, as cláusulas gerais trazem consigo o já mencionado caráter vago, justamente em razão da linguagem aberta e fluída que utiliza. Decorrência dessa linguagem aberta, as cláusulas gerais promovem o reenvio a outros espaços do ordenamento e até mesmo a valores fora dele, o que obriga o intérprete a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar sua linha de argumentação. Contém, portanto, conceitos carecedores de preenchimento valorativo²⁹⁰. Em razão da busca pelo caráter vago e extrajurídico, muitas vezes, essas normas são permeadas de terminologias científicas, econômicas e sociais, estranhas ao modo tradicional de legislar, para que se ponha adequadas à tarefa de resolver os problemas contemporâneos²⁹¹.

É com base nessa ideia que direito comum vem privilegiando a inserção das normas que não se focam apenas no núcleo de uma definição perfeita, buscando necessários pressupostos que demovem encontrar-se no fato, com uma correlação punctual e pormenorizadas das suas consequências. As novas normas buscam a formulação de uma hipótese legal com termos intencionalmente vagos e abertos, e, ainda, algumas vezes, a estatuição não traça punctualmente as consequências, sendo desenhada uma vaga moldura, trabalhando-se sua construção através da vagueza semântica, característica dos seus termos²⁹².

Deve-se, porém, analisar no que consiste essa vagueza intencional. É importante mencionar que a vagueza em geral não é um traço específico dessa espécie prescritiva, podendo ser detectada em expressões da linguagem em geral e jurídica. Por exemplo²⁹³:

Se tivermos um grão de trigo na mão, não poderemos dizer que seguramos um monte de trigo. Do mesmo modo se ajuntarmos a este outro grão, e mais outro. Porém, se ajuntarmos indefinidamente um grão depois do outro, mais cedo ou mais tarde obteremos um exemplo paradigmático de monte de trigo. Não existe, porém, um momento preciso no qual um monte começa a ser um monte. O que existe é uma fase de transição entre o não-monte e o monte. Do mesmo modo, não há um momento preciso em que se possa determinar, à vista de um

²⁹⁰ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2004.

²⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

²⁹² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

²⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 133.

homem que perde seu cabelo, se ele é ou não calvo: a partir de quantos fios de cabelo perdidos se poderá atribuir a alguém o qualificativo de <<calvo>>?

A vagueza, portanto, não é uma característica que existe ou inexistente de modo absoluto, mas, na verdade, é uma questão de grau. Na utilização de qualquer termo ou expressão num enunciado, sempre haverá “casos-limite”, também chamados de “zona de penumbra”, constituídos por situações ou comportamentos intrinsecamente incertos, sobre os quais não é possível dizer, mesmo com grande informação, se é realizado, ou não, o modelo prescrito no enunciado²⁹⁴. Essa vagueza é denominada vagueza semântica, ocorre quando estamos diante de uma zona de penumbra, ou seja, quando o termo expressa casos-limite de difícil identificação, além das hipóteses centrais e não-controversas. Nesse caso, os “membros da comunidade linguística” estarão sempre intrinsecamente incertos sobre aplicar ou não o termo a um dado caso, independentemente da quantidade de informações que se tenha sobre essa circunstância. Não importa que se tenham muitas informações, porque a incerteza se dá em razão de as regras de significado não serem suficientes para resolver todas as questões que surgirão sobre o uso da palavra. Não se trata de uma vagueza comum, mas de uma vagueza do próprio significado²⁹⁵.

A linguagem jurídica, por sua vez, é uma linguagem conotativa, eis que não pretende referir-se ao critério validade/falsidade²⁹⁶. Conotativo, no dicionário, é o adjetivo que significa: “Usado no sentido figurado, não literal. Alteração ou ampliação do sentido de uma palavra, para além do seu sentido literal, restrito. Que não se refere diretamente, mas através de sugestões; metafórico²⁹⁷”. Portanto, a linguagem jurídica utiliza termos que não são necessariamente utilizados no seu sentido literal, mas que sugerem significados. É uma linguagem prescritiva e conotativa. Considerando essa característica de ausência de precisão literal, faz-se necessário saber quando ocorre a vagueza nessa linguagem, já que fundamentalmente ela já não utiliza termos em seu sentido literal.

²⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 134.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 134.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 134.

²⁹⁷ CONOTATIVO. In Dicio, Dicionário Online de Português. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/conotativo/>>. Acesso em 02 jul 2022.

Nessa acepção conotativa, um termo é vago quando a amplitude da sua área de penumbra (ou o seu grau de vagueza) é alterada, diminuída ou aumentada, conforme também se altera o universo do discurso tido em consideração²⁹⁸. Martins-Costa dá como exemplo o termo garantia²⁹⁹:

Um bom exemplo parece ser o termo <<garantia>>, pois os significados (conotativos) desse termo variam de área de grande extensão ou densidade semântica a uma área de menor extensão. No primeiro nível de extensão, o termo <<garantia>>, entendido como o conjunto de providências que a ordem jurídica oferece para a tutela da posição dos sujeitos de uma relação jurídica, pode ser conotado ao próprio direito (Ordenamento jurídico), do que «garantia = direito». Já considerado um primeiro nível de restrição -por exemplo, o significado de «garantia» no Direito Obrigacional —, indica-se, por este termo, o patrimônio do devedor. Se este não cumpre a prestação, O credor pode agir, mediante intervenção judicial, contra o seu patrimônio. Este é a garantia geral do direito subjetivo (de crédito) do credor, do que «garantia = patrimônio do devedor». Restringindo ainda mais o âmbito de utilização do termo, pode-se indicar, pelo mesmo vocábulo, as garantias específicas ou especiais e típicas das obrigações, as «garantias contratuais», isto é, as garantias reais e as fidejussórias, conformando modelos legalmente típicos; e, se restringirmos ainda mais, podemos indicar as chamadas garantias atípicas, ou criadas pela prática ou «refuncionalizadas», assim se indicando figuras jurídicas que tradicionalmente não seriam garantias, mas foram direcionadas (por força da autonomia privada) a essa função, como, exemplificativamente, a compensação como garantia, ou o depósito em garantia, valendo, então, a indicação «garantia = garantia contratual». Se continuarmos a limitar o âmbito da situação, pode-se determinar, por fim, quais as espécies de garantias atípicas caracterizadas pela autonomia frente ao contrato de base, como a garantia a primeira demanda ou as lettres de patronnage, do que «garantia = garantias contratuais autônomas».

Então, quando se indica que um termo é vago, é conveniente indicar em qual contexto ele está operando e qual a conotação que se pode dar-lhe. E, mesmo assim, essa indicação pode não reduzir a vagueza da linguagem. Na linguagem jurídica, dotada de “uma ampla gama de termos valorativos”, isso ocorre com frequência, mas não como um defeito na utilização, porque, nesse caso, a vagueza é intencional ou programática, eis que usada na perseguição de certas finalidades. Por isso, ela não é um defeito de linguagem, mas, sim, uma vantagem³⁰⁰, na medida em que, como já mencionado, permite a desvinculação da ideia estritamente legalista, permitindo, em vários ambientes, mais de

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 134-135.

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 136.

³⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 136.

um significado, possibilitando a abertura para a realidade social e o reenvio a outros espaços do ordenamento e mesmo fora dele.

Resta claro, assim, que o gênero normativo designado pela expressão cláusulas gerais é aquele em que, principalmente, há vagueza na linguagem empregada no enunciado normativo. E essa vagueza – para além da vagueza normalmente presente em toda a linguagem – é verificada quando os casos-limite (ou a zona de penumbra) aumentam ou diminuem a partir do universo/contexto em que são aplicadas.

Já foi demonstrado que o termo dependência tem mais de um significado. Mesmo a subordinação pode ser entendida mais de uma forma. Será abordado em tópico próprio a questão de ser, ou não, esse dispositivo uma cláusula geral, fruto de uma técnica legislativa, com vagueza intencional.

Mas essa vagueza acaba também por delinear uma estrutura própria nessa tipologia normativa, embora a questão não seja unânime. Martins-Costa aponta que há quem entenda pela inexistência de uma estrutura própria das cláusulas gerais, dentre os quais se encontram Engisch³⁰¹. Este autor alemão assim entende:

De facto, as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e «provisoriamente» dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais³⁰².

Ele entende que não há uma estrutura própria, sendo somente a vagueza que distinguiria as cláusulas gerais dos dispositivos elaborados através da casuística. Como já visto, essa técnica privilegia a especificação e a determinação dos elementos da hipótese legal, sendo-lhe característico o alto grau de detalhamento e exatidão por meio do qual os

³⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 9. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³⁰² ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. trad. De J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 233-234.

supostos de fato são apresentados e descritos³⁰³. Veja-se um exemplo trazido por Martins-Costa:

Confira-se, exemplificativamente, no Código Civil brasileiro, os artigos 610 (espécies de empreitada), e 1.307 (direito ao alteamento de divisórias, em condomínios): ali estão indicados com precisão os elementos da hipótese legal e as consequências (eficácia, sanções) correlatas. Percebe-se ter o legislador fixado, de modo completo, os critérios para aplicar uma determinada qualificação aos fatos, descrevendo condutas a seguir, fins a perseguir ou comportamentos a evitar, determinando o que é prescrito a quem, e sob quais circunstâncias³⁰⁴.

Porém, a mesma autora aponta que há, sim, uma diferença fundamental quanto à estrutura entre as duas espécies legais (casuística e cláusulas gerais). Explica que, de modo diverso, nos enunciados vagos (termo que utiliza como sinônimo de cláusulas gerais, também denominadas por ela de enunciados elásticos, porosos, dúcteis ou cláusulas gerais em sentido amplo), não há uma hipótese legal com “pré-figuração descritiva ou especificativa”. Na hipótese, a cláusula geral se vale justamente dos termos de tessitura semântica aberta e, ainda que nem sempre, dotados de cunho valorativo, como bons costumes, boa-fé, dentre outros. Por isso, a prescrição é vaga, nem que seja somente na hipótese ou somente no enunciado, aludindo-se ao mínimo de elementos necessários possíveis. O texto normativo apresenta, contrariamente à uma descrição especificada, termos e expressões carecidas de determinação. Muitas vezes, sequer atrela consequências jurídicas à hipótese, ou o faz de modo amplo. Então, ao contrário da casuística, as cláusulas gerais têm, em sua estrutura, uma hipótese legal sem elementos especificativos e de linguagem vaga, o que faz a remissão a outros espaços que podem estar inclusive fora do ordenamento jurídico. Têm, também, uma estatuição que pode, ou não, estar presente e que pode não ser suficientemente clara. Tudo isso tem implicações no raciocínio pelo aplicador, que deve determinar a incidência de uma norma sobre um caso que não está descrito de forma definitiva e que também deve estipular consequências previstas amplamente ou sequer previstas³⁰⁵. A própria linguagem utilizada, portanto, já

³⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 129.

³⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 129.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 129-131.

é capaz de alterar a estrutura da norma e alterar a forma de raciocínio que ela demanda, parecendo equivocada a ideia de *Engisch* no sentido de que não há uma estrutura própria.

Assim, as cláusulas gerais são normas parcialmente em branco, e que devem ser completadas com referências às regras jurídicas e extrajurídicas, sendo o juiz reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração. Portanto, é o aplicador da lei que forma as normas de decisão, vinculadas a concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, reconhecido como um arquétipo da experiência social concreta. Nas normas formadas por meio da técnica da casuística, o critério da valoração vem indicado com relativa nitidez, e é desenvolvido através dos vários métodos de interpretação. Já as cláusulas gerais introduzem no seu âmbito normativo um critério ulterior de relevância jurídica e, à vista dele, o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos e os confronta com determinado parâmetro. Nessa análise, ele busca as consequências jurídicas que não estão pré-determinadas³⁰⁶.

É possível apreender disso a distinção estrutural fundamental: as normas cujos termos tem um grau de vagueza mínimo impõem ao juiz o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo, enquanto os dispositivos formados por meio das cláusulas gerais permitem um poder mais amplo, consistente em completar a *fattispecie* e também determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entender correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral. É evidente que, em toda a interpretação, existe uma margem, mais ou menos relevante, de integração valorativa. Contudo, o grau de integração valorativa implicado na concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz que inexistente, em medida similar, nas normas postas casuisticamente. A incompletude das normas inseridas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, elas devem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e sem serventia. Significa, também que o juiz tem o dever de formular, a cada caso, a consequência jurídica, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 9-10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

extrassistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral³⁰⁷⁻³⁰⁸.

As cláusulas gerais são, por isso, um modelo jurídico complexo e de significação variável³⁰⁹. Reale ensina que, no geral, os modelos são uma estrutura que faz um compêndio, de forma sintética, das notas distintivas de um dado segmento da realidade, para que se possa ter uma base segura de referência no plano científico. O modelo jurídico, por sua vez, não indica um fim primordial e abstrato que deve ser atingido, mas uma finalidade concreta que está inserida no dever-ser do direito, sendo correspondente

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³⁰⁸ A mesma autora ainda exemplifica na nota de rodapé 39 do mesmo texto: “Um exemplo poderá clarear este ponto. Suponhamos que em determinado ordenamento não haja regra legislada similar à do art.51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que apela à boa-fé para nulificar cláusulas contratuais abusivas. Suponhamos que haja, nesse ordenamento, uma cláusula geral de correção e boa-fé vazada nos seguintes termos: “Na conclusão e na execução do contrato as partes devem-se ater aos deveres da correção e boa-fé”. Suponhamos que num contrato de compra e venda de unidade habitacional o vendedor, valendo-se de seu maior peso econômico, bem como da situação de necessidade vital que representa para o comprador a aquisição de casa própria, imponha àquele prestação objetiva e manifestamente desproporcional ou sem relação com o sinalagma contratual. Suponhamos, por fim, que, inconformada, a parte compradora pretenda a nulidade da cláusula que impõe a prestação desproporcional e recorra ao tribunal X. À vista da mencionada cláusula geral, este tribunal dirá, por exemplo, que, em matéria de compra e venda, contrato sinalagmático por excelência, serão nulas as cláusulas que estabeleçam vantagens que não guardem relação com o sinalagma, por atentarem contra a boa-fé objetiva que se impõe no tráfego negocial. Conforme as circunstâncias do caso, vinculará a espécie seja ao instituto da lesão enorme (laesio enormis), se ocorreu desproporção entre as prestações, manifestada contemporaneamente à conclusão contratual, ou à tese da base objetiva do negócio, se a desproporção ocorreu supervenientemente à conclusão, já na fase de execução contratual, à vista de circunstâncias externas, ou ainda, à teoria da imprevisão, ou a da excessiva onerosidade, conforme ditarem os elementos fáticos. O juiz será reenviado ao padrão do comportamento conforme à boa-fé. Deverá averiguar qual é a concepção efetivamente vigente, mediante pesquisa jurisprudencial e doutrinária, pois não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração – esta é apenas “um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir”, como afirma English (op. cit., p. 198). Poderá, então, sempre à vista das circunstâncias do caso concretamente considerado, e jamais in abstracto, determinar se o caso é de nulificação da disposição contratual, ou de sua revisão, ou ainda condenar a parte que agiu contrariamente à boa-fé ao pagamento de perdas e danos, se ocorreu dano ou, se em razão de circunstância superveniente a prestação for considerada impossível, por manifesta inutilidade, inclusive declarar o direito formativo extintivo de resolução contratual. Pouco a pouco, a jurisprudência formará espécies de “catálogos de casos” em que foi similar a ratio decidendi, podendo estes se expressarem inclusive por meio de súmulas. Estes casos serão reconduzi dos à cláusula geral que veda o comportamento contrário à boa-fé, adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares (“norma geral”). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas conseqüências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos.” *In*: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 19. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

às fontes do direito. São, para o autor, formas flexíveis mediante as quais se ordena o conteúdo de fontes do direito. São maneiras de compreensão e atualização do conteúdo das fontes do direito, dotados de força objetiva e obrigatoriedade, na medida em que são o conteúdo dessas fontes, mas não são meras expressões linguísticas ou técnicas de conhecimento das regras jurídicas. Essas expressões e técnicas são o objeto do processo hermenêutico, e devem ser interpretadas enquanto elementos componentes de um modelo, cuja estrutura e atualização pressupõem uma referência aos fatos e aos valores³¹⁰.

Branco ensina que, para Reale, enquanto as fontes seriam as estruturas normativas, o modelo é o conteúdo dessa estrutura. As fontes são estáticas, enquanto os modelos são dinâmicos. Esclarece que as estruturas estão no plano da validade, cumprindo a necessidade de existência de uma fonte legitimadora, mas o conteúdo dessas estruturas, os modelos, estão no plano da eficácia, cumprindo a necessidade de significação. Assim, o modelo é um dever que somente será concretizado na experiência social, levando em consideração os fatos e as exigências valorativas. Sua formação é tributária de elementos de ordem histórica, social valorativa e normativa que determinam o conteúdo do dever-ser de forma prospectiva³¹¹.

Os modelos jurídicos derivam das quatro fontes: a lei a jurisprudência, o costume e o negócio jurídico. Um modelo pode coincidir, por vezes, com uma única norma de direito, ou, em outras, ser composto por várias normas. Ainda, esses modelos não são protótipos ou ideais, abstratamente considerados, mas, na verdade, na concepção de Reale, são dinâmicos, ligados à concretude, constituindo a própria experiência social quando esta se torna estrutura normativa. Como modelo, as normas que expressam modelos podem ser captadas em sua plenitude. E, para serem assim captadas, é o intérprete deve atentar para a dinamicidade que lhes é inerente e para a totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação e eficácia ao longo de todo o tempo de sua vigência³¹².

Eles têm um caráter deontológico, mas não se confundem com as normas, porque são especificações de normas, resultando de uma pluralidade de normas articuladas entre si numa estrutura, compondo uma unidade lógica de sentido. Os modelos diferem dos

³¹⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37-39.

³¹¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-32

³¹² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 19. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

institutos graças a sua natureza prospectiva. Ele, sempre levando em consideração os fatos novos e os valores, pode adaptar-se às novas circunstâncias. Enquanto os institutos jurídicos têm um caráter estático, que é adequado ao modelo exegético³¹³⁻³¹⁴.

Assim, é requisito do modelo jurídico que ele tenha uma projeção de dever-ser prevendo inclusive uma sanção por descumprimento. Embora ele seja determinado pela realidade social, não deixa de ter um papel modelador da realidade. Sua prospecção se dá

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32

³¹⁴ Veja-se a lição de Branco quando trata de um modelo do direito civil, a saber, a propriedade: “Nessa lógica, a propriedade, a resolução por inadimplemento e a teoria da imprevisão, deixam de ser estudadas na perspectiva de algo dado pelo legislador, mas como modelos cuja consagração legislativa e aplicação dependerá de atos de escolha que formam a norma, conforme os valores que se quer realizar, em razão de fatos sociais e naturais anteriores” *In* MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32. Nesse mesmo sentido, Martins-Costa trata da função social da propriedade, explicitando que, com o surgimento de novos valores e novos fatos, aquilo que era um instituto pode ser modificado através de um olhar prospectivo. Portanto, o direito de propriedade não é um instituto, mas, sim, um modelo: “Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”⁷⁴, a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isso inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Esse ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual. A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 420, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base na disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art. 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção, o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade. Contudo, considerar a norma do art. 420 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isso entendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de elemento integrante do conceito de contrato. É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida. Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. 14 *Revista de Informação Legislativa* Desse modo, o princípio da função social, que, proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como letra morta, transformasse, como afirmou Reale, “em instrumento de ação no plano da lei civil”⁷⁵. Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e à doutrina, no apontar de exemplos. É natural que, num primeiro momento, essa opção metodológica cause certa perplexidade, tendo em vista o cânone fundamental da certeza jurídica. Este, no entanto, não é absoluto, sendo relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material, do qual a função social do contrato é legítima e forte expressão” *In*: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 13. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

em razão no presente para o futuro. Ele agrega a experiência do passado, mas se mantém aberto para o porvir, possibilitando soluções de problemas novos ou tradicionais, sempre observando os padrões de valor contemporâneos³¹⁵.

Então, as cláusulas gerais, os dispositivos, são a fonte pela qual o modelo ingressa no ordenamento jurídico. Sua estrutura diferenciada permite que seu conteúdo seja tratado dentro do conceito de modelo jurídico, na medida em que não tem o conteúdo previamente determinado e que a sua remissão a outros espaços alheios ao ordenamento jurídico permite que valores sociais influenciem na formação de seu conteúdo inclusive com conteúdo prospectivo, de modo que não haja envelhecimento da legislação e perda da permeabilidade em relação às novas circunstâncias que venham a surgir.

Tratando a definição dos sujeitos da relação de emprego como um modelo jurídico, é possível fazer o caminho inverso daquele mencionado por Machado e já tratado aqui. O autor menciona que, na escolha da subordinação, passou-se de um critério com pretensão de justificação social para um meramente formal dedutivo. Ou seja, o caráter sociológico da relação restou afastado (a ideia de assalariado). Mas a opção da doutrina por essa passagem, como já visto, desconsiderou que sempre é necessário avaliar diversos fatores e se valer de indícios presentes na relação concreta posta sob análise. Não há um elemento definitivo. O modelo pode conter as diversas características que compõem a relação de emprego, mas que não são definitivos, permitindo a avaliação, caso a caso, da necessidade de proteção. A dificuldade prática na diferenciação entre autonomia e dependência não é somente técnico-jurídica, e a sua dificuldade prática, como envolve a produção probatória (portanto, retorna à questão social), pode ser resolvida dentro do modelo.

O tratamento da relação de emprego como um modelo auxiliaria na busca pelo trabalhador que deve ser protegido na relação concreta. Com a diminuição da predominância das estruturas da sociedade industrial, a ideia padrão do contrato de trabalho vem igualmente perdendo espaço. Contudo, há ainda muitas formas de prestação de serviço que demandam proteção, além de outras que podem vir a surgir. Se ao conteúdo dos arts. 2º e 3º da CLT fosse dado um tratamento prospectivo, admitindo que os significados do sintagma dependência (conhecidos ou que venham a ser conhecidos), são as notas distintivas nessa estrutura que é conteúdo da relação de emprego, e cuja

³¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32

finalidade concreta é a proteção da dignidade de quem trabalha, seria possível superar o problema da perda de eficácia e legitimidade do direito do trabalho. A partir do momento que a definição da relação é pensada de uma forma prospectiva, sempre que uma nova relação aparecer demandando, à evidência, uma compensação da sua assimetria, o modelo jurídico terá a capacidade de fazer valer sua finalidade, o seu dever-ser. No caso do direito do trabalho, em suma, o modelo tem a capacidade de fazer valer a proteção juslaboral, sem perder correspondência com a fonte jurídica. E a necessidade de proteção que o modelo eventualmente detecte é percebida somente nos fatos ou em outras áreas do conhecimento que estudam os fatos, como a sociologia por exemplo.

É por causa dessa possibilidade de ajuste com interferência externa ao direito que se diz que a estrutura dessas cláusulas é formada por elementos complexos, eis que eles não são necessariamente jurídicos, sendo provenientes da esfera social, econômica ou moral. E o recebimento desse elemento externo se dá pela cláusula geral, justamente porque ela é um modelo jurídico complexo, de significação variável. Diz-se complexo, porque é emoldurado numa fonte legislativa mas tem a *fattispecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem imediata está situada na fonte jurisprudencial, sempre considerando os valores que se pretende proteger. E se diz que tem significação variada porque se altera em razão das alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradadas³¹⁶.

Por exemplo, um dado valor moral ou algum padrão de comportamento reconhecido como vinculante no mundo extrajurídico e retirado da prática da sociedade civil (elementos que compõem as cláusulas gerais), considerado por si só, não é uma norma juridicamente aplicável. Porém, se for mediado por uma fonte jurisprudencial, será o conteúdo e portanto, o critério de aplicabilidade, dos modelos previstos nas cláusulas gerais, que são a fonte legislativa. A ciência jurídica na sua globalidade traduz esses temas para a específica instância do jurídico, tornando-nos efetivos na ordem prática, e as cláusulas gerais, em razão de sua peculiar estrutura, são a categoria formal que permite a constante e flexível tradução³¹⁷.

³¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

Assim, por exemplo, se os arts. 2º e 3º fossem uma cláusula geral, a ideia de assalariado – conceito interdisciplinar, conforme já tratado aqui – poderia ser aproveitado para além da sua ideia meramente jurídica, ou “pura”. Dessa forma, se identificado o indivíduo que aliena seu trabalho para sustento próprio, e que, em razão disso, fica vulnerável nessa relação de prestação de serviço, seria possível fazer incidir a proteção juslaboral com base na ideia de solidariedade, de necessidade de redução de assimetria nas relações, de paz social, ou alguma outra identificada como importante.

É perceptível a diferença de estrutura entre as cláusulas gerais e os demais dispositivos elaborados conforme a técnica da casuística. As cláusulas gerais têm uma estrutura em que a hipótese legal se vale de termos vagos e atribui uma consequência também pouco definida, a qual, às vezes, é inclusive inexistente. Assim, o raciocínio do intérprete e aplicadora também é diverso, podendo valer-se, na sua atividade, mesmo de elementos externos ao ordenamento jurídico. Isso evidencia que a espécie normativa se constitui em verdadeiro modelo jurídico, possibilitando que a aplicação da norma se dê conforme o fato apresentado e segundo valores vigentes e também conceitos técnicos de outros campos do saber.

Essa estrutura possibilita o desenvolvimento de funções particulares. As cláusulas gerais também têm funções específicas. Num sistema de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a utilização dessa tipologia normativa pelo legislador tem como função permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz, na medida em que a *ratio decidendi*, reiterada pelos julgados, dá sentido à cláusula geral e estabelece sua afirmação. O juiz é a boca da lei, mas não no sentido pretendido pela Escola da Exegese, e sim por “vincular sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”. Essa escolha do conteúdo não é realizada arbitrariamente, porque as cláusulas gerais reenviam o intérprete e aplicador a certas pautas para valorar o caso concreto. Essas pautas são objetivas, porque, ou estão expressamente indicadas em outras disposições normativas, ou são vigentes no ambiente social em que o juiz opera³¹⁸.

Outra função específica diz respeito a serem elas normas diretivas, ou seja, são aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir. Portanto, também

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

indicam uma certa medida de comportamento que o juiz tem o dever de concretizar de forma generalizante. Elas têm a função de uma tipologia social. Elas têm tanto a função individualizadora, porque conduzem o direito ao caso, como uma outra generalizadora, porque permitem a formação de instituições para responder aos novos fatos, possibilitando inclusive um controle corretivo no direito estrito³¹⁹. Nesse ponto, tomada a relação de emprego sob essa ótica, e com o tribunal construindo a formação da tipologia, a grande diferença de decisões para um mesmo caso como a verificada no item 3.1.1 poderia ser evitada.

Oportunizam, como consequência, uma fundamentação da decisão de forma relacionada com os casos precedentes. Sua utilização permite, pois, decidir por um só fundamento, eis que, ainda que todos os outros diversos argumentos estejam corretos, a dispersão na sua escolha dificultaria sobremaneira a pesquisa dos precedentes. Seria quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os casos, quando ocorresse essa dispersão. E, ainda que assim não fosse, haveria dificuldade de reiteração de hipótese, impedindo a sistematização de solução inovadora. Por isso, pode-se dizer que a cláusula geral tem função de ser um ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de “catálogo de precedentes”³²⁰.

Outra função ainda é operar a integração intrassistemática entre as disposições contidas nas várias partes do diploma legal³²¹. Por fim, viabilizam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais:

Haja vista sua tessitura, permitem o “permanente e dialético fluir de princípios e conceitos” entre esses corpos normativos, evitando não só a “danosa construção de paredes internas no sistema”, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia³²²

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 10-11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³²² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

Com efeito, em alargado campo de matérias, principalmente aqueles ligados aos direitos da personalidade e os direitos subjetivos, a concreção de cláusulas gerais inseridas no código civil com base na jurisprudência constitucional evita a inflação legislativa, na medida em que possibilita a resposta aos problemas com base na totalidade do ordenamento jurídico. Viabiliza-se assim o conceito de sistema, relativamente aberto (viabiliza novas hipóteses sistematizadas), móvel (dinamismo entre hipóteses presentes em todas as suas partes) e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo. O direito exige o assentamento de um núcleo valorativo e uma técnica relativamente unitária e comum entre os vários conjuntos normativos que o compõem, sob pena de incompreensibilidade absoluta e inaplicabilidade dos valores e diretivas constitucionais. As cláusulas gerais permitem a inflexão ponderada no ordenamento infraconstitucional dos princípios da Constituição³²³.

Então, analisar a questão sob a ótica das cláusulas gerais traria uma vantagem

Demonstradas as possibilidades e vantagens que a abordagem pelas cláusulas gerais trazem consigo, passa-se à última parte do trabalho, quando será analisado se os arts. 2º e 3º da CLT são efetivamente cláusulas gerais.

3.2. A Ideia de Cláusulas Gerais Aplicada aos Arts. 2º e 3º da CLT

Descoberta a compatibilidade das cláusulas gerais com o ordenamento trabalhista e especulada as vantagens que sua utilização traria na leitura dos arts. 2º e 3º, resta saber se, com efeito, esses dispositivos podem ser enquadrados dentro dessa tipologia normativa. Para tratar da última parte do trabalho e verificar a existência da hipótese apresentada na introdução, serão apresentadas as espécies de cláusulas gerais para, posteriormente, fazer a análise dos dispositivos em questão.

3.2.1. Espécies de cláusulas gerais

³²³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

Definidas as cláusulas gerais e estabelecida a vagueza como sua característica principal, importante estabelecer algumas distinções entre suas espécies.

Para tanto, destaca-se, desde já, que as cláusulas gerais podem ser tanto o gênero normativo como uma de espécie desse gênero, o que pode causar alguma confusão. Buscando evitar confusão terminológica, esclarece-se que, nesta seção, quando se buscar explicar a diferença entre princípios e cláusulas gerais, ou entre elas e conceitos indeterminados, está mencionando-se as cláusulas gerais como espécie do gênero, em seu sentido estrito, cuja definição se espera que fique clara no decorrer do desenvolvimento abaixo.

Como já se falou, a principal característica das cláusulas gerais é a vagueza, e também, essa vagueza é intencional ou programática, utilizada na perseguição de certas finalidades³²⁴. As espécies de normas que utilizam essa linguagem vaga, ou seja, que constituem espécies do gênero cláusula geral, são os princípios jurídicos, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais³²⁵.

Quanto aos princípios, é importante fixar que se está tratando aqui dos princípios jurídicos, ou seja, aqueles com força prescritiva e vinculativa de condutas. Dworkin, em crítica à ideia positivista de Hart, aponta que a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

(...)

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião - se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar. Há muitos exemplos menos dramáticos. Se um homem abandona seu trabalho, rompendo um contrato, para assumir outro emprego mais bem pago, ele pode ter que pagar indenização a

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 136.

³²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 121.

seu primeiro empregador, mas em geral ele terá direito de manter seu novo salário³²⁶.

É nesse sentido também a ideia de Alexy, para quem os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível³²⁷, ou seja, são mandados de otimização. Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, mas sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. As condições jurídicas são a possibilidade de colisão com outros princípios, o que pode limitar, no caso concreto, a realização de um ou outro princípio de forma parcial ou total³²⁸.

Ávila propõe uma ideia baseada em três critérios: natureza do comportamento prescrito; natureza da justificação exigida; e medida da contribuição da decisão, para, após, apresentar a seguinte definição:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³²⁹.

Destaca, ainda, que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles, porque se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, enquanto os valores estão no plano axiológico ou teleológico³³⁰. São desses princípios que se está a falar como espécie de cláusulas gerais em sentido amplo: aqueles que determinam comportamento ideais, na medida do possível, adquirindo concretude somente no caso concreto, em ponderação com outros princípios que também incidem sobre aquela situação.

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39-40.

³²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos**: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de robert alexy. In Revista Pensar. v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010, p. 605.

³²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. de Vigilio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.91.

³²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102.

³³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 104.

Eles têm semelhanças e distinções com as cláusulas gerais em sentido estrito. Ambos são imediatamente finalísticos e não-descritivos, ou seja, não há descrição da hipótese e há a intenção de se atingir um fim. Os princípios prescrevem determinados fins e não dizem qual o comportamento deve ser praticado para tanto. O mesmo ocorre nas cláusulas gerais. Ambos proporcionam critérios para o juiz tomar uma posição diante de situações concretas. Essas situações, por sua vez, são indeterminadas, e o significado do dispositivo somente passa a ser existente no momento da aplicação, em uma situação específica³³¹.

Tanto as cláusulas gerais em sentido estrito como os princípios cominam a promoção de um estado ideal de coisas. Indicam-se condutas ideais sem descrição, senão de modo genérico. Um exemplo de uma cláusula geral que faz uma descrição genérica é o art. 187 do Código Civil³³², que, “*a contrario*”, diz ser lícito o negócio jurídico quando se atuar, no exercício de um direito subjetivo, conforme a boa-fé, os bons costumes e atendendo ao fim econômico e social do negócio. Aqui reside uma diferença entre as duas espécies, que não é absoluta, porque pode até inexistir em algumas circunstâncias, mas que já sinaliza um afastamento entre as espécies normativas. Os princípios reenviam o intérprete a realidades valorativas, enquanto as cláusulas gerais reenviam a outros espaços do ordenamento jurídico, e mesmo para espaços fora dele, como standards valorativos. Se a cláusula geral remeter a um valor, haverá sobreposição entre ambos, como no caso do art. 422³³³ do Código Civil³³⁴. As duas espécies são expressas sem linguagem vaga. No entanto, os princípios sempre têm referência direta a um valor, enquanto as cláusulas gerais podem fazer referência direta ou indireta a um valor (todo enunciado normativo tem uma carga valorativa)³³⁵, como o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor³³⁶.

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 150-151.

³³² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. *In*: BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

³³³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. *In*: BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

³³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 151.

³³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 153.

³³⁶ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do

Além disso, tanto os princípios como as cláusulas gerais exigem a prévia avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido³³⁷. A positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção de comportamentos necessários à sua realização. Eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas. Assim, quando da justificação, deve-se fazer a correlação do porquê a obrigatoriedade daquela conduta vai promover o estado ideal de coisas, ou, ao menos, como a adoção do comportamento vai ajudar na finalidade³³⁸. Esse critério também auxilia na diferenciação, porque a cláusula geral, como visto, não fará necessariamente a remissão a valores como justificativa, e, portanto, essa justificação valorativa pode ser desnecessária. Mas esse critério, pela mesma razão do anterior, não é absoluto, porque a cláusula geral também cria condutas orientada a valores, demandando a justificação tal qual o princípio demanda, ou seja, orientada por valores. Ainda que não definitivo, o critério sinaliza uma ausência total de confusão³³⁹. De qualquer forma, princípios e cláusulas gerais, devem ser conjugados com outras razões para que se solucione o problema³⁴⁰. Os princípios, assim como as cláusulas gerais, não têm a pretensão de gerar uma solução específica. Ambos pretendem contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisões³⁴¹.

Já no plano formal, a distinção também ocorrerá quando o princípio não tiver uma expressão legislativa. As cláusulas gerais sempre estão expressas em um enunciado normativo de fonte legal. A questão é lógica: as cláusulas gerais são uma técnica legislativa, então necessariamente devem ser objeto de uma formulação³⁴². Essa distinção também não é definitiva, eis que os princípios também podem estar expressos, mas também demonstram uma ausência total de confusão.

direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. *In* BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 03 jul 2022.

³³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 152.

³³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102-104.

³³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 152.

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 152.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 152.

³⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 154-155.

Mas, então, e se houver posituação tanto do princípio como da cláusula geral? Martins-Costa entende que, nesse caso, a diferença, quando existente, dependerá do tipo de cláusula geral. Quando a cláusula geral fizer referência a valores, não haverá diferença. Não haverá distinção se a cláusula geral for do tipo regulativo³⁴³ que reenvia a realidades valorativas³⁴⁴. Há uma confusão parcial entre ambos, e ela ocorre quando o dispositivo que configura a cláusula geral faz referência a um princípio, como no caso do art. 422 do Código Civil. Nesse caso, o enunciado normativo encerra um princípio e uma cláusula geral³⁴⁵.

E, se a cláusula geral fizer remissão a outros locais do ordenamento jurídico ou fora dele, e não a valores, essa confusão não existirá, porque os princípios fazem a remissão somente a valores. Então, em suma, a diferença entre essas espécies é bastante sutil e pode, às vezes, mesmo inexistir. Nesse caso de inexistência, o dispositivo (ambos estarão expressos) será uma técnica legislativa que busca fazer valer um valor, dotado de coercibilidade, mediante uma expressão ampla que não descreve uma hipótese contendo os requisitos para que o fato a ela se subsuma e tampouco esclarece qual a consequência necessária da incidência normativa. Para inexistir confusão, ou o princípio não deve estar expresso, ou a linguagem vaga do dispositivo deve remeter a um parâmetro sem conteúdo valorativo.

Indo adiante, além dessa difícil diferença acima analisada, há também a diferença entre as cláusulas gerais em sentido estrito e os conceitos indeterminados, do que se passa a tratar.

Importante, para essa análise, lembrar que, na linguagem jurídica, por ser ela constituída de muitos elementos valorativos, mesmo quando se indica o contexto no qual

³⁴³ Essas são as cláusulas gerais que regulam, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como no caso da responsabilidade civil por culpa. Há, ainda, as cláusulas restritivas, quando delimitam ou restringem o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de uma regra ou um princípio jurídico, em certas situações, como no caso da função social do contrato, bem como as extensivas, quando ampliam determinada regulação jurídica mediante expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos, como no art. 7º do CDC e no art. 5º, §2º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária. In MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 8. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 153.

³⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 155.

a norma é aplicada, isso pode não ser suficiente para reduzir a vagueza, eis que ela é intencional ou programática, utilizada para a perseguição de certas finalidades³⁴⁶. Essa vagueza que acompanha o gênero normativo em questão pode ser tanto uma referência a variáveis parâmetros de juízo sem conteúdo moral, como a tipologias mutáveis da moral social e do costume. No primeiro caso, está-se falando da chamada vagueza comum³⁴⁷, enquanto, no segundo, faz-se menção à vagueza socialmente típica³⁴⁸. A depender do tipo de vagueza, pode-se estar diante tanto de uma cláusula geral como de um conceito indeterminado. Quando se depara com expressões dotadas que fazem remissão a expressões comuns, aplicadas pela experiência e sem necessidade de reenvio a parâmetros valorativos, a vagueza é comum. Mas quando se encontram expressões com valorações tipicizantes das regras sociais, e o intérprete é reenviado a valores objetivamente assentados pela tipologia social, a vagueza é socialmente típica³⁴⁹.

Essa a distinção se faz relevante, porque se diz que os conceitos indeterminados se reportam exclusivamente à vagueza comum. Já as cláusulas gerais podem tanto conter uma vagueza comum como uma vagueza socialmente típica³⁵⁰. Não há neste critério, assim como em algumas circunstâncias na tentativa de diferenciação anterior, uma separação completa, capaz de evitar em absoluto a confusão entre essas duas espécies. Dispositivos vagos que façam remissão a parâmetros de juízos sem conteúdo valorativo

³⁴⁶ Há casos-limite, na linguagem jurídica, que são constituídos por *fattispecies* concretas, mas que, sobre elas, o intérprete pode estar intrinsecamente incerto, sem condições de dizer se correspondem, ou não, ao texto normativo. Essa incerteza é intrínseca, porque ela não será elidida por um conhecimento pleno dos fatos sobre os quais se assenta a controvérsia, nem por um conhecimento aprofundado do direito e tampouco por uma perfeita padronização da linguagem jurídica. Por isso, diz-se que a padronização da linguagem sequer pode ser um desiderato a ser perseguido: a necessidade de certeza e precisão de um lado com uma necessidade de incerteza e imprecisão de outro constituem uma polaridade dialética permeadora de todo o direito, que permite o amoldamento da hipótese normativa às novas situações que surgem e sobre as quais sequer é possível ter conhecimento quando da elaboração do texto *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 136-137.

³⁴⁷ Por exemplo: Art. 1.264. O depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória, será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achar o tesouro casualmente. *In*: BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

³⁴⁸ Por exemplo: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; *In*: BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm . Acesso em: 02 mai. 2021.

³⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 138.

³⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 141.

podem ser tanto conceitos indeterminados como cláusulas gerais em sentido estrito. É necessário, portanto, buscar outro critério.

Estabelecer a pretendida diferenciação também não é tarefa fácil, tanto que sequer há consenso sobre a sua existência. Sobre isso, encontra-se, na doutrina, uma discussão envolvendo a estatuição da norma. Se o dispositivo tem uma consequência mais concreta a orientar o legislador, mesmo se valendo de termos dotados de vagueza normativa na hipótese, consistiria em um conceito indeterminado. Se o dispositivo fosse vago e não houvesse uma consequência imediatamente identificável, seria uma cláusula geral em sentido estrito.

Claudia Lima Marques defende um conceito de cláusula geral em sentido amplo mais abrangente que esse acima delineado. Para ela, a cláusula geral pode abranger também um conceito jurídico indeterminado, propondo que se evolua do modelo clássico de cláusula geral baseado no § 242 do BGB (clássico, segundo afirma, porque que não prevê um resultado, aberto ou fechado, mas estipula apenas uma diretriz) para um modelo que valorize as pequenas cláusulas gerais (como a dos bons costumes, por exemplo, do § 138 do BGB). Esse parágrafo, segundo a autora, já previria a consequência jurídica, não sendo, portanto, totalmente aberto, como o da boa-fé do §242 do Código Legal alemão, mas, nem por isso, deixaria de ser considerado uma cláusula geral³⁵¹.

A autora defende uma ausência de diferenciação. Entende que, se a previsão de consequência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, a presença dessa espécie em um dispositivo não tem o condão de excluir a possibilidade de essa norma também ser uma cláusula geral e tampouco veda ao juiz toda a função de preencher o conceito indeterminado, valorando-o, concretizando-o, se tiver "finalidade" de cláusula geral³⁵².

A autora se baseia no ensinamento de Karl Engisch, que entende não haver qualquer estrutura própria do ponto de vista metodológico, mesmo admitindo que as cláusulas gerais aumentariam a distância que separa os conceitos indeterminados dos conceitos determinados. Para o alemão, isso seria uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. Expõe que o verdadeiro significado do gênero normativo está no domínio da

³⁵¹ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr. 2004.

³⁵² MARQUES, Claudia Lima. "Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação". **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set. 2002.

técnica legislativa, em razão de sua generalidade, a qual possibilita sujeitar um grupo maior de situações, sem lacunas e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica, superando, a seu ver, a dificuldade do casuísmo de estar sempre exposto ao risco de dominar a matéria jurídica de forma fragmentária e provisória³⁵³.

Por outro lado, Martins-Costa defende que a diferença entre cláusula geral e conceito indeterminado existe nos planos funcional e estrutural. Esclarece que, nos conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza está na descrição da hipótese normativa, e, a ela, são atribuídas determinadas consequências jurídicas. Os conceitos indeterminados estão possibilitados de realizar uma grande abertura às mudanças de valorações, e o aplicador do direito deve averiguar as conotações adequadas e as suas concepções sociais e éticas vigentes, para determinar o significado concreto da hipótese. Para ela, há uma distinção na estrutura normativa, porque os conceitos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas em que há uma hipótese legal – ainda que formulada de forma vaga – e uma consequência jurídica. Por outro lado, as cláusulas gerais – mais amplas – não possuem uma consequência jurídica estabelecida e devem ser completadas pelo intérprete: este atribui a consequência³⁵⁴.

Não parece possível negar que a atividade do intérprete é diversa em ambos tipos. Se há uma consequência concretamente determinada na hipótese normativa, a atividade jurisdicional é diferente daquela em que não há previsão, ou que a previsão não é concreta. Neste caso, o intérprete e aplicador deve elucubrar uma consequência para a incidência da norma, após decidir que a norma efetivamente deve incidir. No outro, ainda que seja possível alguma interpretação sobre o texto que estabelece a consequência, é desse texto que se parte para a decisão do caso concreto. Em um, é aplicado o conteúdo da norma interpretado. No outro, há a criação da consequência.

A consequência determinada pela lei, no caso dos conceitos indeterminados, não traz uma expressão normativa vaga, há, portanto, restrição à atividade jurisdicional, até mesmo pela diminuição expressiva de casos-limite³⁵⁵. Por isso, diferentemente do

³⁵³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. trad. J. Baptista Machado. 8. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 233-234.

³⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 141-143.

³⁵⁵ Por exemplo: Art. 51. (...) § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. *In*: BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2021. Nesse caso, o

sustentado por quem entende não haver essa diferença do ponto de vista metodológico, é possível afirmar que, na cláusula geral em sentido estrito, a operação intelectual do intérprete é mais complexa³⁵⁶, pois ele, além de averiguar a possibilidade de subsunção dos casos limites na hipótese, deve averiguar a individuação das regras, que podem ser mutáveis para cada caso³⁵⁷.

Assim, se os arts. 2º e 3º da CLT efetivamente constituíssem uma cláusula geral, tema a ser analisado na próxima seção, de qual espécie se estaria falando? Certamente não configurariam um princípio. Não se está, com esses dispositivos, a estabelecer a obrigatoriedade de uma conduta que deve ser promovida para que se chegue a um estado ideal. Tampouco se está a falar de normas com pretensão de complementaridade e parcialidade. Na verdade, esses dispositivos estabelecem as condições para que sejam aplicadas as disposições da CLT e das demais legislações extravagantes trabalhistas. Na verdade, pode-se dizer que se assemelham a uma hipótese normativa, ou uma *fattispecie*, que, se preenchida, atrai a legislação juslaboral brasileira: a hipótese normativa do direito do trabalho brasileiro.

Ademais, o termo dependência não faria remissão direta a um valor, como costuma ocorrer com os princípios. Muito embora o dependente seja aquele que necessita de proteção³⁵⁸, e, muito embora a proteção trabalhista se dê para a preservação de valores constitucionais, como a valorização do trabalho, a isonomia material e, de uma forma mais ampla, a dignidade da pessoa humana, a referência a esses valores não é direta. A remissão que o vocábulo dependência faz diz respeito à forma outrem será desenvolvido. Portanto, a remissão ao valor se dá somente de forma indireta.

Na verdade, a remissão desses dispositivos, se existente, pode ocorrer, até mesmo para um espaço que reside fora do ordenamento jurídico. Assim se diz, porque, como já mencionado neste trabalho, a criação da disciplina se dá para resolver problemas

intérprete tem mais liberdade para definir no que consiste o ônus excessivo, mas, em ocorrendo a anulação de uma cláusula contratual que o gere, deve ser anulado o contrato.

³⁵⁶ Por exemplo: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. *In*: BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mai. 2021. Nesse caso, o intérprete tem liberdade para definir o que é probidade ou boa-fé, mas também tem a liberdade para indicar qual a consequência de sua violação, tendo em vista que o dispositivo silencia sobre a questão.

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 143-144.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica**: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011, p. 205.

concretos existente nas relações de trabalho. A proteção a que se visava com a criação do direito do trabalho preocupava-se não com conceitos abstratos, mas, sim, com problemas concretos. Assim, em se confirmando a hipótese do trabalho, o que ainda será trabalhado na última seção do trabalho, seria possível, por exemplo, buscar um conceito sociológico de trabalho dependente.

Por outro lado, no caso de serem os arts. 2º e 3º da CLT uma cláusula geral em sentido amplo, parece mais adequado, no ordenamento pátrio, pensa-los com um conceito indeterminado, em razão do disposto no art. 9º da CLT³⁵⁹, e dos princípios juslaborais que impõem a aplicação impositiva das normas trabalhistas. Ora, confirmando-se a hipótese do presente trabalho de que a aplicação do campo da legislação trabalhista brasileira consiste em uma cláusula geral, ou seja, tratando-se os arts. 2º e 3º consolidados de uma hipótese normativa para toda a aplicação trabalhista brasileira, torna-se imperativa a aplicação das regras protetivas trabalhistas, ainda que eventualmente aclimatadas por outros critérios de interpretação ou de postulados normativos aplicativos³⁶⁰.

Se a consequência inevitável é a aplicação da legislação trabalhista, atinente à limitação da jornada, à aplicação das disposições de saúde e segurança do trabalho, à prática obrigatória de intervalos, ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos, dentre outros, não se pode falar em liberdade de o intérprete estabelecer a consequência da estatuição, como, por exemplo, no caso do art. 422 do Código Civil. Nesse sentido, considerando a diferença estrutural existente entre as cláusulas gerais em sentido estrito e os conceitos indeterminados, pode-se afirmar que os dispositivos que estabelecem a relação de emprego são, na verdade, uma cláusula geral em sentido amplo (ou uma disposição/norma vaga, dúctil, porosa) e, na espécie, um conceito indeterminado, porque, embora tenha o intérprete uma eventual liberdade na definição da hipótese, a consequência do seu preenchimento é estabelecida pela lei, de forma bem mais restrita.

As diferenciações aqui estabelecidas serão importantes para a próxima seção. Passa-se à análise final do trabalho.

³⁵⁹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

³⁶⁰ Nesse sentido, é possível consultar o 3º capítulo da seguinte obra: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 163-224

3.2.2. Análise dos arts. 2º e 3º da CLT

A ideia de subordinação, como atualmente entendida, estipulada como sentido único de dependência, impôs uma moldura bastante restrita à ideia de assalariado, como já demonstrado no primeiro capítulo (seção 2.2.2) e na primeira seção do segundo (3.1.1). A jurisprudência criou um critério rígido de dependência, que não deu conta de responder às diversas condições e formas da prestação pessoal de serviços³⁶¹. Esse papel jurisprudencial restritivo apoiou-se no firme terreno que a doutrina forneceu com sua limitação conceitual, buscando operar um critério eminentemente jurídico e, portanto, seguro.

Porém, esse critério não deu conta de responder às diversas condições e formas de prestação pessoal de serviços. Tanto que, entre o trabalho dependente (subordinado) e o independente, surgiram inúmeras formas intermediárias, situações híbridas, para cuja solução o critério tradicional da subordinação não trouxe ideias seguras³⁶². Na seção 3.1.1, demonstrou-se, ainda que em uma análise restrita a um único caso, como a tentativa de buscar um significado único para a dependência não logrou êxito no quesito segurança. O tribunal analisado não foi capaz de firmar uma jurisprudência uniforme apta dizer se a subordinação (significado) estava presente nos casos postos sob sua análise tampouco de expressar qual ideia de subordinação deveria estar presente para que fosse possível qualificar a relação como de emprego ou de trabalho.

O tratamento do instituto baseado na certeza do sentido de dependência pode ser a causa da confusão conceitual instaurada na doutrina e da confusão também existente na jurisprudência, cujo resultado é a ausência de fundamentação adequada. Como já demonstrado neste trabalho, a subordinação é tida, para a maioria dos autores e para quase a totalidade da jurisprudência, como o sentido único de dependência, o requisito mais importante da relação de emprego. Ocorre que, na doutrina, muito se discute qual o conteúdo da subordinação, e não há uma unanimidade (seção 2.2.2). Essa falsa certeza influencia as decisões judiciais, que também não trazem uma resposta sobre esse conteúdo, mas fundamentam as decisões como se essa resposta existisse (seção 3.1.1). O resultado prático são as várias decisões que são fundamentadas das mais variadas formas

³⁶¹ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 41.

³⁶² MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 41.

ou que sequer possuem fundamentação, com menções a julgados anteriores ou com mera descrição dos fatos inferidos das provas.

A solução pode passar por acolher a ideia de que não há um único sentido para o sintagma dependência. Entretanto, para confirmar a hipótese do trabalho anunciada, é necessário que a vagueza consista em uma vagueza normativa. Na seção 3.1.2, realizando o paralelo que se propôs, foram apresentadas algumas vantagens dessa conclusão. Porém, é necessário avaliar se os dispositivos em questão efetivamente se constituem em cláusulas gerais no sentido amplo, ou conceitos indeterminados no sentido estrito. Essas cláusulas são oriundas de uma técnica legislativa que emprega termos intencionalmente vagos, capazes de possuir um significado diferente em cada circunstância.

Dito de outro modo, a pergunta que aqui se formula é: os dispositivos que instituem a relação de emprego podem ser considerados um modelo cujo conteúdo *a priori* pode abranger várias definições, sendo-lhes atribuído um sentido somente quando da análise do caso concreto? Somente nesse momento de aplicação e de análise da situação concreta, seria possível impor, ou não, a proteção trabalhista? Busca-se, agora, fazer a análise dessa possibilidade.

As cláusulas gerais são, antes de tudo, uma técnica legislativa. Na legislação brasileira, a ideia de contrato de emprego é uma síntese que congrega uma complexa influência de duas culturas, a romana e a germânica. A criação da ideia do contrato de emprego se deu em meio à discussão conceitual que envolvia tanto a relação de emprego como o contrato civil da prestação de serviços. Como consequência, o critério da subordinação remonta ao debate sobre a natureza do contrato de trabalho, travado na transição do modelo romano da *locatio hominis* para a forma moderna do contrato de trabalho³⁶³.

Assim como na Europa e, em especial nos países de origem latina, como França, Itália, Espanha e Portugal, a ideia sobre a subordinação foi pensada também tendo em conta a ideia sincrética de contrato de trabalho influenciada pelo debate entre os adeptos da relação de trabalho e da ideia de contrato³⁶⁴. Sobre o sincretismo da relação de emprego, Supiot aponta que a concepção jurídica da relação de trabalho é uma síntese de duas tradições diferentes, a romanista e a germânica. Para a primeira, a relação de trabalho

³⁶³ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 45.

³⁶⁴ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 44.

consiste em uma operação de troca entre sujeitos formalmente iguais, estando a relação incluída no gênero das obrigações. Já a tradição germânica conhecia o vínculo de vassalagem, servil, pelo qual um homem dava trabalho a outro e, em troca, recebia proteção, ajuda e representação. Havia, entre os sujeitos, um vínculo de fidelidade recíproca, unindo os que dele participavam numa mesma comunidade de direitos e deveres³⁶⁵. O Código de Napoleão transformou o modelo de locação de serviços do direito romano numa relação de trabalho entre sujeitos livres e iguais, numa perspectiva liberal clássica, enquanto a tradição germânica, por outro lado, criticou o modelo individual da tradição romana, defendendo os valores da comunidade na relação de trabalho³⁶⁶.

Na edição da CLT, o contrato de trabalho traz elementos tanto de natureza contratual como institucional³⁶⁷. O art. 442³⁶⁸ - que, lido em conjunto com os arts. 2º e 3º da CLT, poderia complementar a ideia do que seria a relação de trabalho ou o contrato de trabalho - sinaliza que o contrato de trabalho é aquele correspondente à relação de emprego, mas não há qualquer esclarecimento sobre que relação é essa. Maranhão comenta o art. 442 da CLT e se manifesta no sentido de que ele traz um misto de contratualidade e institucionalismo. Para o autor, o dispositivo, ao final, nada diz, porque gira em um círculo vicioso: “ele nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar”. Diz o dispositivo que o contrato de trabalho é aquele correspondente à relação de emprego, mas não esclarece o que seria essa relação. Apenas é possível inferir que, por sua vez, ela é a que corresponde ao contrato³⁶⁹.

Gomes e Gottschalk também criticam a definição do art. 442 da CLT, classificando-o como “insustentável”, porque, para eles “dizer que o contrato corresponde à relação jurídica que o informa importa redundância”. O contrato é o aspecto subjetivo

³⁶⁵ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 19-20.

³⁶⁶ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 44-45.

³⁶⁷ MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009, p. 46.

³⁶⁸ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. *In* BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 21 abr 2022.

³⁶⁹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 241.

da relação e com ela se confunde, então dissociar as duas ideias seria uma abstração. O legislador, segundo os autores, apenas salientou uma redundância³⁷⁰.

Percebe-se que a clareza de uma definição acabada não foi buscada no trabalho legislante. Na verdade, optou-se por uma definição redundante. É certo que aqui não se está tratando diretamente do art. 2º ou do art. 3º, mas esse dispositivo não deixa de refletir a ideia de que se tinha dessa relação, o que inevitavelmente influencia no que se pretendeu falar com o termo dependência. Por exemplo, a depender da concepção que se tem da relação de trabalho, pode-se estar falando da dependência como subordinação ou da dependência como dependência moral. Esta última, como esclarecido na seção 2.1.2 está vinculada às concepções comunitário-pessoais, de origem germânica. Já a concepção da subordinação como significado da dependência tem raiz na visão liberal e contratual da relação de emprego. Assim, quando o ordenamento utiliza um termo vago como dependência e não esclarecer de qual relação está tratando, pode-se entender que não há uma intenção de definição.

Reforça-se essa ideia quando se percebe, na exposição de motivos, que houve discordâncias sobre uma definição do que seria o contrato individual de trabalho:

42. A clara e total definição que do contrato individual do trabalho foi dada pelo anteprojeto da Consolidação provocou algumas divergências de mero gosto polêmico. 43. A emenda então apresentada não pôde ser aceita. Revelava, primeiramente, incompreensão do espírito institucional tantas vezes salientado nesses empreendimentos. Repetia ainda um conceito prévio e básico já formulado, qual seja o de empregado³⁷¹.

Ademais, a mesma exposição de motivos esclarece que há uma prevalência do elemento institucional (tributário da tradição germânica) sobre o elemento contratual, sem, contudo, apontar uma exclusividade:

28. Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das "normas" de tutela sobre os "contratos" acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista. 29. A análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de "standards" e sob condições preestabelecidas na lei. 30. Ressaltar essa expressão peculiar constituiria certamente uma conformação

³⁷⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

³⁷¹ MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. **Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]**. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. p. 3-10. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/29280>>. Acesso em 14 jun 2022.

com a realidade e com a filosofia do novo Direito, justificando-se assim a ênfase inicial atribuída à enumeração das normas de proteção ao trabalho, para somente em seguida ser lido o contrato individual. 31. Nem há como contestar semelhante método, desde que o Direito Social é, por definição, um complexo de normas e de instituições votadas à proteção do trabalho dependente na atividade privada³⁷².

Portanto, não há uma ideia acabada de contrato de trabalho, que deve necessariamente impor uma interpretação aos dispositivos delineadores dos integrantes da relação – arts. 2º e 3º da CLT. Por outro lado, a dependência tem vários significados reconhecidos pela doutrina, ainda que todos sejam passíveis de crítica quando se busca um elemento caracterizador único da relação de emprego, como se demonstrou na primeira parte deste trabalho (seções 2.1.1 e 2.1.2). A ideia de que a legislação buscou uma concepção híbrida da relação de emprego não pode prescindir de uma definição dos integrantes dessa relação que considerem elementos de ambas as concepções.

Assim, quando se fala em dependência, não se pode acolher a ideia de que há uma definição precisa que leve em consideração a ideia estritamente jurídica, contratual e despojada de elementos pessoais. Da mesma forma, também não é possível considerar os elementos que definem os integrantes da relação de um ponto de vista exclusivamente pessoal. Há, portanto, a qualidade de vagueza no termo dependência utilizado pela CLT em grau elevado, eis que, do ponto de vista do legislador, resumi-lo a uma definição estritamente contratual ou estritamente pessoal consiste em simplificação excessiva. O instituto das cláusulas gerais é uma técnica legislativa, e o legislador brasileiro não buscou a adoção de uma natureza exclusiva nos contratos de emprego no Brasil e de uma definição mais clara do que seria o empregado. Como consequência, não é possível extrair do texto da lei um significado único para dependência.

É certo que se está a analisar os arts. 2º e 3º da CLT, e não o art. 442, mas eles não podem ser lidos separadamente do restante do texto consolidado e da ideia que o diploma consolidado apresenta para a relação de emprego. Dessa forma, os dispositivos alvos da atenção deste trabalho devem comportar a ideia de que a natureza da relação cujos sujeitos eles descrevem é parte institucionalista, parte contratual – com prevalência para a primeira. Logo, definir o significado de dependência é uma atividade que deve considerar o duplo sentido da natureza contratual previsto na CLT. Se há uma dupla

³⁷² MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. **Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]**. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. p. 3-10. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/29280>>. Acesso em 14 jun 2022.

natureza da relação, também há uma dupla natureza nos elementos que integram a ideia dos seus componentes. Daí a presença da vagueza.

Outro ponto que contribui com a conclusão de que há uma vagueza intencional é a escolha e a manutenção do termo dependência, mesmo depois de quase oitenta anos de vigência da norma. Na já mencionada legislação costarriquenha, por exemplo, também há uma definição do contrato de trabalho que traz a dependência como um requisito. Aquela legislação vige desde 1943, e a Corte Suprema de Justiça daquele país entende que dependência pode ser tanto a subordinação como outras espécies de dependência, já estudadas neste trabalho.

O mesmo ocorre na Argentina. Desde 1976, vige legislação que diz haver contrato de trabalho sempre que, dentre outras circunstâncias, uma pessoa física se obrigue a prestar trabalho para outrem sob dependência. Inclusive, a doutrina do argentino Grisolia traz a ideia de que a subordinação tem um triplo sentido: técnico, econômico e jurídico, abrindo a possibilidade para que haja elementos de ordem pessoal, diferente do que entendem aqueles que defendem a subordinação como único critério. Esse autor utiliza as expressões subordinação econômica, subordinação técnica ou subordinação jurídica, mas está a mencionar o que a doutrina brasileira chamou de dependência econômica, técnica ou jurídica.

Ainda quanto à Argentina, interessante destacar que, segundo Cabanellas, o Decreto 8.389/46 determinava que, para a incidência do direito do trabalho, o trabalhador deveria prestar serviços em uma relação direta de permanência e com subordinação jurídica. Esse autor também esclarece que, na exposição de motivos desse decreto, se encontrava um conceito do que se entendia por subordinação jurídica, tratando-a como a faculdade do empregador de dirigir e fiscalizar e que gera a obrigação correlata do empregado de acatar as ordens e cumpri-las³⁷³. Houve, portanto, alteração legislativa. Antes, a legislação previa a subordinação. Atualmente, vige legislação que prevê o termo dependência, mais amplo.

Desse caso estrangeiro, é possível inferir que a utilização do sintagma dependência pode dar um sentido mais amplo do que a utilização da subordinação. Quer dizer, a legislação poderia prever que o contrato de trabalho é aquele em que o empregado trabalha sob as ordens do empregador e, estando assim escrito, as dúvidas poderiam ser

³⁷³ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II, p. 199.

minimizadas. Contudo, a lei, ao prever a dependência como requisito, dá margem de interpretação alargada – o que significa que há vagueza, e essa vagueza não pode ser considerada como não intencional, já que há outra possibilidade de interpretação mais restrita.

Outro bom exemplo de como a vagueza é intencional quando se utiliza o termo dependência está no direito do trabalho mexicano, onde ocorreu o caminho inverso do ocorrido na Argentina. A legislação trabalhista previa, em meados do século passado, o requisito de dependência em conjunto com a direção. O vocábulo dependência, num primeiro momento, trazia consigo a ideia de dependência econômica. Com o tempo, esse entendimento foi superado no âmbito jurisprudencial e, a despeito da legislação, passou-se a entender que deveria ser excluída a dependência econômica e mantida somente a direção, ou subordinação como requisito da relação de emprego. Posteriormente, a própria legislação foi alterada para prever estritamente a subordinação como requisito do contrato de trabalho. Nesse caso, pode-se notar que não há uma necessária equivalência entre dependência e subordinação. Além disso, para adaptar o dispositivo à ideia de contrato de emprego subordinado, houve a posterior restrição do texto legal com a retirada do vocábulo dependência. Em sentido contrário ao ocorrido no ramo trabalhista mexicano, pode-se ter que a utilização e manutenção do vocábulo dependência na CLT consiste em uma vagueza intencionalmente mantida.

A análise do ordenamento juslaboral estrangeiro onde há a aplicação do termo dependência em outros ambientes demonstra que há outras opções mais precisas do que a dependência. Portanto, quando o ordenamento brasileiro utiliza e mantém o termo menos preciso, permite concluir que a técnica legislativa é para a utilização de uma vagueza intencional. Caso fosse desejado restringir a aplicação da legislação trabalhista, vocábulos mais precisos poderiam constar na legislação, diminuindo a abrangência da aplicação da legislação trabalhista. Na Bélgica, por exemplo, empregado é quem trabalha sob a autoridade, o que também traz uma ideia mais restrita do que dependência. Então, há uma vagueza intencional na legislação brasileira. A essa opção por um termo vago, soma-se a natureza dúplice da relação e do contrato que foi adotada pela legislação, acima mencionada. Essas duas circunstâncias permitem concluir que o vocábulo dependência não é preciso, além de ser mais abrangente que o termo subordinação.

Sendo um termo vago, a dependência também possui uma zona de penumbra. Trata-se de um termo cuja definição é encontrada na doutrina sob várias formas, inobstante a doutrina majoritária atribuir-lhe somente um sentido tido como correto.

Por exemplo, a dependência técnica já foi considerada um critério possível, quando a disciplina abrangia quase que exclusivamente o trabalho operário, no começo do século passado, conforme Camino apontou. Depois, o critério perdeu força, eis que muitos trabalhos são desenvolvidos sem essa espécie de dependência, principalmente em razão da especialização dos trabalhadores em muitas profissões. Mesmo assim, há outros sentidos de dependência técnica, como aquele que envolve a limitação à execução do trabalho, ou aquele que envolve a alienação do trabalhador. Esses últimos, inclusive, com uma certa proximidade à subordinação.

Situação semelhante ocorre com a dependência econômica. Russomano apontou que a relação de emprego pode ocorrer sem a existência dessa espécie de dependência. Catharino também traz crítica, no sentido de que o critério é extrajurídico, e, portanto, insuficiente. Embora essa ideia tenha triunfado, entendimentos diversos sempre lhe fizeram sombra. Além dos ordenamentos estrangeiros já mencionados, o trabalho já demonstrou que o critério era defendido por Moraes Filho como possível para diferenciar a relação de emprego nos casos de trabalho a domicílio. Também foi demonstrada a ideia de Lacerda, que criticava, já na metade do século passado, haver um “acastelamento no conceito de subordinação” como único elemento diferenciador do contrato de trabalho, o que, para ele, era gerador de terríveis confusões e injustiças, devendo a dependência econômica, pelo menos, ser um critério subsidiário. E mesmo assim, a dependência econômica também se aproxima da subordinação de algum modo, quando se concebe seu sentido próximo da alienação de riscos de Krotoschin e de Barassi: o trabalhador obedece às ordens porque ele não auferir os lucros e nem sobre as perdas, e, portanto, sempre receberá o salário, ao menos em tese.

Mesmo a dependência moral pode encontrar guarida, a depender da visão que se possui sobre a relação de emprego. Ainda que de valor mais histórico do que atual, as concepções comunitário-pessoais da relação de emprego trazem consigo uma ideia de fidelidade por parte do trabalhador e de proteção por parte do empregador que não estão totalmente extintas. Não se concebe atualmente uma relação puramente comunitário-pessoal, contudo a legislação brasileira traz uma concepção mista, que inclusive é explicitada em alguns dispositivos, como, por exemplo, a impossibilidade de a alteração

contratual causar prejuízos ainda que indiretos ao empregado³⁷⁴. Portanto, ainda que necessariamente reprovável como critério diferenciador da relação de emprego, a dependência moral justifica algumas regulamentações do contrato de emprego.

Ademais, como já se apontou, mesmo a subordinação como significante do significado dependência vem sendo pensada em outros termos que não somente aqueles em que a equivalem à dependência jurídico-pessoal. Apenas como exemplo, retoma-se Vilhena, para quem o conceito de subordinação deve extrair-se objetivamente e assim ser fixado: o encontro das energias do trabalhador e dos demais elementos componentes da empresa, assim como a garantia desse encontro, é que formam o ponto de intersecção entre a atividade autônoma e a atividade subordinada, na medida em que a atividade do prestador se converte na atividade da empresa, passando a ser vital para a consecução dos objetivos econômicos, técnicos e administrativos. Em sentido semelhante, também se recorda Romita, para quem o trabalho autônomo estaria caracterizado pelo desempenho, por parte do trabalhador, de uma atividade que consiste na organização dos fatores de produção com vistas a um resultado, enquanto o trabalho subordinado seria um dos fatores de produção, organizada pelo empresário, que assume os riscos da atividade econômica e se apropria dela.

Todas essas ideias acerca da ideia de dependência e de subordinação consistem em verdadeiras zonas de penumbra, circundantes ao conceito central e comumente apontado como principal, a subordinação jurídico-pessoal. Esses integrantes da zona de penumbra surgem e se tornam maiores e mais necessárias quando as relações de trabalho com subordinação pensada em sentido estrito cedem espaço para outras relações em que essa subordinação não existe ou não é evidente. A zona de penumbra do termo dependência – durante um período facilmente identificável com a subordinação – aumenta na sociedade pós-industrial, alterando-se conforme o contexto e o universo de aplicação e ficando ainda mais evidente, como se procurou demonstrar na seção 2.2.2. Na sociedade industrial, alguns dos seus significados eram refutados e, mesmo assim, o ramo juslaboral atendia ao fim que o valor da dignidade da pessoa humana demandava nas

³⁷⁴ 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. *In* BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 21 abr 2022.

relações de trabalho. Porém, em razão das mudanças da sociedade pós-industrial, cada vez menos o ramo jurídico atinge sua finalidade³⁷⁵.

Pode-se, com essa ideia, afastar a atual dificuldade de exclusão de relações desiguais da proteção trabalhista. Essas relações foram traduzidas como relações subordinadas, mas, confirmando-se a hipótese do trabalho, é possível que essa proteção abranja relações assimétricas. Surge a possibilidade de reconhecimento normativo da assimetria da relação. Logo, o engessamento baseado na subordinação pode ser desfeito, e torna-se possível superar esse aspecto da crise estrutural do direito juslaboral.

Porém, é possível evitar essa perda de eficácia. Analisando o tema sob a ótica das cláusulas gerais e fazendo a análise da teoria da dependência, pode-se perceber a amplitude dessa zona de penumbra, dentro da qual o intérprete deve trabalhar, fazendo remissão a princípios, valores e mesmo concepções extrajurídicas, garantindo que o direito do trabalho não fique restrito ao trabalho subordinado e deixe de oferecer a proteção necessária.

O intérprete e aplicador pode e deve considerar que, na interpretação, a norma incide sobre o fato, mas o fato também influencia sobre a norma. O aplicador interpreta o texto normativo no quadro da realidade em que as normas serão aplicadas, e, por isso, essa realidade do momento no qual as normas serão aplicadas acabará pesando de maneira determinante na produção das normas aplicáveis ao caso³⁷⁶. Há, quanto à interpretação, a norma jurídica e a norma de decisão. A primeira é o resultado da interpretação, que envolve o texto escrito, a realidade e os fatos. Mas a solução do caso concreto, fim último da interpretação, opera-se mediante a norma de decisão. Assim, a norma de decisão é a norma jurídica aplicada a um caso concreto³⁷⁷. A interpretação “*in abstracto*” vai respeitar ao texto, mas a a interpretação “*in concreto*”, ou seja, a formulação da norma de decisão, vai respeitar à conduta, aos fatos³⁷⁸. É nesse momento que, consideradas as circunstâncias fáticas postas, pode-se atribuir um ou outro significado à dependência.

³⁷⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019, p. 106

³⁷⁶ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 31-33; 51-55.

³⁷⁷ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 61-63.

³⁷⁸ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 137.

O direito do trabalho deve ser aplicado sempre que o trabalho seja tratado como mercadoria³⁷⁹, para evitar esse tratamento, evitando a violação a direitos fundamentais e o aviltamento da dignidade da pessoa humana. A utilização de cláusulas gerais traz uma possibilidade ampliada na formação dessas normas de decisão, auxiliando o intérprete/aplicador nessa tarefa. Esse alargamento se faz mais necessário frente ao mundo do mercado contemporâneo, o qual não é cada vez mais complexo.

Mesmo para quem postula a prevalência da racionalidade comutativa para a relação entre particulares e, portanto, um tratamento dispensado pelo Direito visando a privilegiar a igual dignidade e igual reconhecimento entre os sujeitos de direito, admite que o intérprete pode, ainda que em caráter subsidiário, elaborar arranjos distributivos de bens jurídicos. Esses arranjos, em um cenário ideal, deveriam estar previstos em lei, mas, na ausência de previsão expressa, admite-se que possam ser aplicados mediante normas de direito privado, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, permitindo ao julgador o exercício da razão prática para proteger as capacidades humanas básicas que consubstanciam a dignidade da pessoa humana³⁸⁰. Pensando os arts. 2º e 3º como conceitos indeterminados, espécie de cláusula geral, como se demonstrou ser adequado, o intérprete tem em mãos a possibilidade de evitar situações em que alguém suscetível de ser ferido, patrimonial ou extrapatrimonialmente, deixe de receber a proteção necessária. A disciplina juslaboral então não perde sua eficácia.

Dos exemplos concebidos no decorrer deste trabalho, toma-se o jornalista *freelancer*: desde que preste serviços com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade a uma empresa, é possível que sua dependência econômica do trabalho que presta lhe garanta proteção trabalhista nessa relação. Assim, se, por acaso, trabalhar em mais horas do que a jornada legal, pode receber por horas extraordinárias. No caso do advogado associado (evitando-se formular o exemplo óbvio com a dependência econômica), no caso de prestar serviço com os demais requisitos da relação, e depender tecnicamente do empregador para desenvolver-se na profissão, também é possível reconhecer o vínculo. O mesmo ocorreria se houvesse, nesse ramo tradicional da advocacia, um dever mais exacerbado de fidelidade e proteção.

³⁷⁹ SUPIOT, Alan. **Crítica do direito do trabalho**. trad. Antônio Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 69.

³⁸⁰ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 280

Tomando as formas de trabalho da chamada indústria 4.0, nas mesmas condições acima mencionadas, e havendo dependência econômica de alguém que trabalhe com marketing digital, é possível exigir a proteção trabalhista. Na mesma situação, encontra-se o motorista de aplicativo, que, se aceitar condições de trabalho contrárias àquelas estipuladas na CLT e for economicamente dependente, ou mesmo tecnicamente dependente, tendo em vista a absoluta necessidade do direcionamento pelas plataformas³⁸¹, pode ser considerado empregado.

Assim, nos casos em que há uma dependência técnica, pessoal ou econômica, em uma zona cinzenta, é possível abarcar-los pela regulamentação celetista, na medida em que, cumprido os requisitos de pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, a dependência que a lei impõe – até então quase sempre entendida como subordinação – também pode ser entendida como dependência técnica, pessoal ou econômica. A conclusão dependerá de outros fatores que devem ser verificados no caso concreto, capazes de demonstrar a vulnerabilidade do trabalhador.

Pode-se objetar que há falta de segurança na concepção que aqui se defende. Porém, já se demonstrou que essa segurança não foi alcançada até o momento. Então, não se está entregando segurança para que haja uma abrangência maior. Essa segurança não existe, e se pode, adotando essa ideia aqui proposta, fazer a disciplina efetiva. Além disso, foi demonstrado na seção 3.1.2 que uma das funções das cláusulas gerais é a formação de precedentes e a unificação das razões de decidir. Então, analisar o instituto da dependência sob a ótica das cláusulas gerais tem como função tanto a unificação da jurisprudência como a unificação das razões da decisão, o que pode auxiliar a resolver as situações em que a jurisprudência não consegue resolver o problema, como aquele demonstrado na seção 3.1.1.

O art. 3º da CLT analisado em combinação com o art. 2º do mesmo diploma, constituem o suporte fático da aplicação de todo o restante da legislação trabalhista. Havendo a indeterminação no suporte e estando definidas as consequências protetivas decorrentes da existência de emprego, pode-se entender que os arts. 2º e 3º consistem em um texto normativo com as características de conceitos indeterminados, cabendo ao intérprete realizar a adequação do caso concreto à norma.

³⁸¹ LEMOS, M. G. Z.; JANZ, R. P. A CRISE DA SUBORDINAÇÃO E A DEPENDÊNCIA TÉCNICA COMO CRITÉRIO DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES DE APLICATIVO. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, [S. l.], v. 4, n. 7, 2022. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/173>. Acesso em: 8 ago. 2022.

Considerando essa característica, é possível, para o preenchimento do suporte fático, valer-se, por exemplo da ideia de assalariado, sem *a priori*, descartar outras possibilidades de sentido eventualmente percebidas como necessitadas de proteção. Quando se elegeu a subordinação como sentido único, desprezando os demais, passou-se de um critério com pretensão de justificação social para um critério meramente formal e dedutivo. Possibilita-se, com a ótica aqui proposta, fazer o caminho inverso, buscando resolver problemas concretos e concedendo eficácia e legitimidade à disciplina trabalhista na medida em que abre sua proteção para além do trabalho subordinado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do trabalho passa por uma crise decorrente, dentre outras coisas, da perda de sua abrangência protetiva. A disciplina foi originalmente pensada para regular relações assimétricas e, por uma construção doutrinária, regula atualmente relações subordinadas. No ordenamento brasileiro, essa diferenciação passou pelo afastamento de outros sentidos que eram atribuídos ao termo dependência, previsto na CLT desde sua edição, consagrando a subordinação como sentido único desse sintagma.

No primeiro capítulo, ao apresentar os significados de dependência que foram paulatinamente afastadas como correlatos ao termo dependência previsto na norma, pode-se verificar que esses sentidos rechaçados apresentam algumas características em comum com a subordinação jurídica, e, em algum grau, inclusive complementam o sentido dela. A dependência econômica se configura, em síntese, na necessidade de que o empregado possui do salário que recebe para seu sustento. Restou afastada porque seria um critério não jurídico e porque não abrangeria todas as relações de emprego. A dependência técnica seria o menor conhecimento que o empregado possui sobre a prestação do serviço. Também foi afastado por sua ausência de abrangência. Já a dependência moral se configuraria nos intensos deveres de lealdade do empregado e de proteção do empregador. Foi afastada por não traduzir a realidade da relação empregatícia e por não traduzir uma concepção democrática dessa relação, condizente com os direitos fundamentais de liberdade do trabalhador.

Há, ainda, alguns sentidos mais específicos encontrados tanto para a dependência econômica, como para a dependência técnica. Para a primeira, há quem a entenda no sentido de alienidade dos lucros e prejuízos decorrentes da atividade empresarial. Já a dependência técnica pode também ser entendida como a limitação do trabalho do empregado ou também como a sua alienação. Esses sentidos especiais se aproximam bastante da subordinação, embora não sejam comumente tratados como um requisito da relação de emprego. Não obstante as críticas dirigidas a essas espécies de dependência, elas trazem consigo alguns aspectos da relação de emprego, como a necessidade do trabalho pelo empregado, a orientação que o empregado recebe quando põe à disposição de outrem sua força de trabalho, e mesmo algumas obrigações de proteção do empregador com o empregado.

Ainda nesse capítulo, foi apresentado o critério vencedor da batalha doutrinária: a subordinação. A subordinação então foi eleita como o sentido único do termo dependência, porque, segundo a doutrina, seria suficientemente abrangente, característica que não acompanha a dependência econômica e a dependência técnica. Também porque seria um conceito que retira o elemento da pessoalidade da relação, diferentemente da dependência moral. Constituir-se-ia ainda em um conceito de definição precisa, apto a evitar qualquer confusão.

Entretanto, bem analisada, a subordinação não possui essas qualidades. Quanto à abrangência da subordinação, o atual mundo do trabalho derruba essa ideia. As novas formas de trabalho se desenvolvem sem subordinação, ou, ao menos, com a subordinação mitigada ou oculta. Então o critério subordinativo não é suficientemente abrangente. Quanto à retirada do elemento pessoal, também há um forte contraponto. O empregado, quando põe sua energia à disposição do empregador, não deixa de colocar-se à disposição na integralidade, inclusive no que diz respeito a seu corpo. Portanto, afirmar que o contrato de emprego retira a pessoalidade da relação quando se caracteriza apenas pela disponibilização da energia do empregado para a orientação do empregador não corresponde à realidade. E, quanto à segurança, a subordinação sequer tem um sentido único, podendo ser, ao menos, entendida na sua acepção subjetiva e na sua acepção objetiva. Além disso, conquanto a acepção subjetiva tenha, em termos, uma definição razoavelmente segura, a ideia objetiva da subordinação é uma ideia bastante ampla, que, de certa forma, está presente em todas as relações de trabalho, afinal qualquer um que trabalha por conta alheia está, em algum grau, inserido em alguma atividade empresarial. Assim, concluiu-se parcialmente que a análise cuidadosa da subordinação demonstra que podem ser-lhe atribuídas críticas semelhantes às aquelas atribuídas à dependência técnica, econômica e moral.

Iniciou-se o terceiro capítulo demonstrando, com base em um caso específico julgado várias vezes no mesmo tribunal, que, na prática jurisdicional, que a manutenção dessa ideia apontada como equivocada ocasiona a falta de segurança quando da análise sobre a presença ou ausência da subordinação. Os problemas da atribuição da subordinação como significado único de dependência refletem na jurisprudência trabalhista. Foi eleito um tipo de relação de trabalho e analisado o tratamento que o Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região lhe concede. Verificou-se que, ao mesmo

caso, ora os órgãos julgadores atribuem a qualificação da relação de emprego, ora não atribuem (inclusive com decisões distintas dentro do mesmo órgão julgador). Ainda, foi possível perceber que não há qualquer esforço de uniformização, e até mesmo que, algumas vezes, a procura de uma definição do que seria a subordinação é negligenciada.

Considerando essa plurissignificação que fica clara, seja na doutrina, seja na jurisprudência, cada uma a sua maneira, buscou-se, em caráter exploratório, uma aproximação com a tipologia normativa das cláusulas gerais. Verificou-se que essas normas procuram oxigenar o ordenamento jurídico para auxiliar na solução de casos concretos não previstos inicialmente pelo legislador. Apontou-se uma afinidade dessa característica com a disciplina juslaboral, originalmente concebida mais para a resolução de problemas concretos ligados à dignidade dos trabalhadores do que pela busca de ideais de Justiça. Também foi possível notar que as cláusulas gerais, mesmo previstas há algum tempo no ordenamento jurídico, passaram a ser efetivamente utilizada para a solução de problemas críticos, de certa forma semelhantes com o problema atual que o direito do trabalho enfrenta, o que também advoga para sua utilização no momento atual. Notou-se também que é possível, se adotada essa ótica, o tratamento da relação de emprego como um modelo jurídico, com um olhar prospectivo e baseado nas características da relação, mas sem uma definição acabada. Evita-se a perda da eficácia. Ainda, nessa aproximação, também se concluiu que é possível, através dessas normas, trabalhar com a uniformização da jurisprudência, algo que hoje é dificultoso.

Já na seção seguinte, mantido esse caráter especulatório na busca pela aproximação, verificou-se que, dentre as espécies de cláusulas gerais, os arts. 2º e 3º da CLT poderiam ser classificados como conceitos indeterminados: aqueles cuja elaboração no suporte fático lança mão da vagueza, mas, se preenchido, impõe uma consequência concreta.

Na seção final, analisou-se e concluiu-se que há elementos suficientes para concluir que o legislador utilizou uma técnica legislativa que lança mão da vagueza intencional. Uma das razões é porque o legislador não optou cabalmente por uma definição da relação de emprego, buscando uma ideia sincrética e que, portanto, envolve uma ideia igualmente sincrética da dependência. O outro elemento que a conclusão se baseia é a utilização de um termo que traz a dubiedade, mesmo havendo outros que pudessem diminuir a abrangência dos significados, como o próprio termo subordinação, ou a locução “sob ordens”. Então, sendo as cláusulas gerais uma norma escrita

necessariamente com um caráter vago, pode-se afirmar que os arts. 2º e 3º da CLT foram assim redigidos. Como consequência, pode-se afirmar que há outros sentidos para o termo dependência ali previsto, além da subordinação, que é o núcleo de significado, mas que pode ser afastado para que se entenda a dependência com outro sentido presente na zona de penumbra. Esses outros sentidos não são necessariamente baseados em critérios jurídicos, pois o conceito indeterminado (espécie de cláusula geral) que se constitui nos arts. 2º e 3º da CLT faz remissão a critérios jurídicos e extrajurídicos, possibilitando a abertura do sistema jurídico trabalhista. Assim, é possível, por exemplo, no caso concreto, assumir o significado da dependência técnica, econômica ou moral, bem como adotar um critério sociológico como o de assalariado, sem qualquer presunção de taxatividade.

Com base nisso, é possível concluir que restou confirmada a hipótese fundamental do trabalho. Com efeito, o termo dependência possui outros significados adequados ao direito do trabalho além da subordinação e sua vagueza é intencional na legislação brasileira. Da maneira como previsto nos art. 3º, trata-se de um conceito normativamente vago. Assim, a subordinação não é o único significado que pode ser atribuído ao sintagma dependência. Na elaboração da norma de decisão, podem ser conferidos outros sentidos, a depender das circunstâncias em que for aplicada a norma. Então, é possível considerar que a apuração da presença da subordinação não é absolutamente necessária para que a relação de trabalho seja considerada uma relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Francisco Dion Cleberson; MOURA, Samuel de. Do positivismo ao pós-positivismo: a revolta contra o formalismo jurídico e a complexização dos papéis do poder judiciário como fatores de influência para o ativismo judicial. In **SALÃO DO CONHECIMENTO**. XXIII Jornada de Pesquisa, 2018. Ijuí. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/10252>>. Acesso em 20 mar 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. de Vigilio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho – I**. São Paulo: LTr, 2014.

ARGENTINA. **Lei nº 20.744, de 13 de maio de 1976**. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/actualizacion>>. Acesso em 04 abr 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires Editorial Alfa, 1953.

BÉLGICA. **Lei de 3 de Julho de 1978**. Disponível em <<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>>. Acesso em 10 abr 2022.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole. 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. trad Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995

BONHOMME S.W., Carlos de. **Despedida justa**. São Paulo: Editora Guaíra Ltda, 1944.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 21 abr 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.886 de 9 de dezembro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.530 de 12 de maio de 1978**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm)>. Acesso em 22 jun 2022.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2022**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 11 jul 2022

BRASIL. **Lei nº 11.442 de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm>. Acesso em 22 jun 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.788 de 25 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em 10 abr 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958.252/MG.**

Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, Data de julgamento: 30/08/2018. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>>.

Acesso em 30 abr 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário nº**

0011359-34.2016.5.03.0112. Relator: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva

Campos. Data do julgamento: 23/05/2017. Disponível em: <[https://pje-](https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-34.2016.5.03.0112/2#75181a9)

[consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-](https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-34.2016.5.03.0112/2#75181a9)

[34.2016.5.03.0112/2#75181a9](https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011359-34.2016.5.03.0112/2#75181a9)>. Acesso em 16 abr 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso ordinário nº 0020525-**

10.2014.5.04.0023. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Data

de julgamento: 29/08/2019. Disponível em:

<[https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/bktuvVTrZmx23eIz](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/bktuvVTrZmx23eIzPvKeNA?&te=0020525-10.2014.5.04.0023)

[PvKeNA?&te=0020525-10.2014.5.04.0023](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/bktuvVTrZmx23eIzPvKeNA?&te=0020525-10.2014.5.04.0023)>. Acesso em 30 abr 2020.

BRASIL. TRT da 4ª Região, 1ª Turma **Recurso ordinário nº 0020677-**

12.2019.5.04.0402. Relator Laís Helena Jaeger Nicotti. Data de julgamento:

18/11/2020. Disponível em:

<[https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BM8Mi1y2TslA7i7](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BM8Mi1y2TslA7i76S_Breg?)

[6S_Breg?](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BM8Mi1y2TslA7i76S_Breg?)>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0020407-**

19.2017.5.04.0382. Relatora Maria Silvana Rotta Tedesco. Data de julgamento:

26/04/2021. Disponível em:

<[https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/TVeXMfwPQXxaH](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/TVeXMfwPQXxaHvBDi8D1Hg?)

[vBDi8D1Hg?](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/TVeXMfwPQXxaHvBDi8D1Hg?)> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0021174-**

20.2019.5.04.0404. Relator Carlos Aberto May. Data de julgamento: 27/04/2022.

Disponível em:

<[https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BUb3wmzwBT5qw](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BUb3wmzwBT5qwQIU2eGhfQ?)

[QIU2eGhfQ?](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/BUb3wmzwBT5qwQIU2eGhfQ?)>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 2ª Turma **Recurso ordinário nº 0022174-**

90.2017.5.04.0512. Relator Clovis Fernando Schuch Santos. Data de julgamento:

27/09/2022. Disponível em:

<[https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/2ecMzZWlKgafN](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/2ecMzZWlKgafNA3ZNdBHg?)

[A3ZNdBHg?](https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/2ecMzZWlKgafNA3ZNdBHg?)>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 3ª Turma **Recurso ordinário n° 0020145-07.2020.5.04.0401**. Relator Gilberto Souza dos Santos. Data de julgamento: 27/10/2021. Disponível em:
<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/jtfUJlis-zApwpeVKn0TGg?>>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 3ª Turma **Recurso ordinário n° 0020518-04.2018.5.04.0241** Relator Gilberto Souza dos Santos. Data de julgamento 30/04/2021. Disponível em:
<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/4PHPO4HPJuG_5ub3WvtDGg?>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, **Recurso ordinário n° 0020864-43.2017.5.04.0611**. Relator Carmen Izabel Centena Gonzalez. Data de julgamento: 02/06/2021. Disponível em:
<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/Oe2DBYhf1TQ5K3aVTHEIDw?>>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 4ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021256-27.2017.5.04.0661** ROT, em 11/03/2021, Desembargadora Maria Silvana Rotta Tedesco. Disponível em:
<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/O1dyCL5kEjwqtXbOg7nAYQ?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021043-96.2017.5.04.0733**. Relator: Manuel Cid Jardon. Data de julgamento: 05/08/2020,. Disponível em:
<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/lgFL00QG-dnCezeit7_bGQ?> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021576-42.2017.5.04.0511**. Relator: Rejane Souza Pedra. Data de julgamento: 16/10/2020,. Disponível em:
<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/fNLDWyd3RzGAPp7RvbiuzQ?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021883-90.2017.5.04.0027**. Relator: Manuel Cid Jardon. Data de julgamento: 12/11/2020,. Disponível em:
<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/wk0eDET2KxX3a5TZUIabWA?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 5ª Turma, **Recurso ordinário n° 0021191-94.2017.5.04.0511** ROT, Relator Claudio Antonio Cassou Barbosa. Data de julgamento: 26/03/2021 Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/v8sBV0cu7CWZH-kiPsp57w?>>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020275-**

27.2017.5.04.0231. Relator: Simone Maria Nunes. Data de julgamento: 06/04/2022,

Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5EpBnG3Xq7_CuQ8F9XsXXg?> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, Relator: Simone Maria Nunes **Recurso**

ordinário nº 0020732-76.2020.5.04.0741 Data de julgamento: 22/04/2022, . Disponível

em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/wk0eDET2KxX3a5TZUIabWA?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 6ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021126-**

28.2019.5.04.0512. Relator: Simone Maria Nunes Data de julgamento: 08/07/2021,,

Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/lxJu1Nni0GIFEFWtNVqM4Q?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021076-**

80.2018.5.04.0271 Relator Emilio Papaleo Zin. Data de julgamento: 15/09/2020,,

Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/l3LhcatAfwgFKxLjHuaHWA?>>. Acesso em 10 jul 2022

(BRASIL. TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021406-**

07.2017.5.04.0241. Relator: Wilson Carvalho Dias. Data de julgamento: 06/08/2021,,

Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/Y81bsDSrmehg_UXYLlIpdQ> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL TRT da 4ª Região, 7ª Turma, **Recurso ordinário nº 0021660-15.2017.5.04.0003**. Relator: Emilio Papaleo Zin. Data de julgamento: 25/08/2020,.

Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/Vq_PGkMCh6K42Kfz3x17Ag>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020390-**

31.2019.5.04.0020. Relator Luciane Cardoso Barzotto. Data de julgamento: 29/09/2021.

Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/OYPd7yK6JSMMzZA-AOQv0w>>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma, **Recurso ordinário nº 0020571-**

12.2017.5.04.0017. Relator Francisco Rossal de Araujo. Data de julgamento:

26/10/2020.. Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/RN70xWUmxGbWK_LGwg_VOQ>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma. **Recurso ordinário nº 0020726-**

80.2019.5.04.0102. Relator Brigida Joaquina Charao Barcelos. Data de julgamento:

26/05/2022.. Disponível em:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/7hRdZ2oaF4_A TnLTRDnVBw> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 8ª Turma. **Recurso ordinário nº 0021103-**

52.2017.5.04.0771. Relator Gilberto Souza dos Santos. .Data de julgamento:

29/04/2021.. Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/RYZh1LF1SqdW4ZnKhGWE9w?>> . Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. TRT da 4ª Região, 11ª Turma. **Recurso ordinário nº 0020069-**

11.2019.5.04.0403. Relator Rosiul de Freitas Azambuja. Data de julgamento:

03/08/2021. Disponível em:

<<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/OGTyAaZt-ZQ-dLUONeC9nw>>. Acesso em 10 jul 2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003**. Relator: Min. Breno Medeiros. Brasília, Data de julgamento: 09/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/537fdbb0e7cce4d4dc82341a9bb417d0>>. Acesso em 16 abr 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038-89.2017.5.02.0038**. Relator: Min. Breno Medeiros. Data de julgamento: 05/02/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/161644fb9673d0afe87b0e522a470272>>. Acesso em 16 abr 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066**. Relator: Min. Mauricio Godinho delgado. Brasília, Data de julgamento: 06/04/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>>. Acesso em 16 abr 2020.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos**: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de robert alexy. In Revista Pensar. v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Buenos Aires: El Grafico, 1949, tomo II.

CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho**: do chão de fábrica ao serviço público. [Tese de Doutorado]. UFRGS (Faculdade de Direito – PPGD): Porto Alegre, 2011.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARDOSO, S. T. **Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva**: do direito civil moderno ao contemporâneo. *civilistica.com*, v. 5, n. 1, p. 1-29, 13 jul. 2016.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V. 1.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

CHAVES JÚNIOR, J. E. R. . Direito do trabalho 4.0: controle e alienalidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. **Revista do tribunal regional do trabalho da 2º região**. nº 22/2019 São Paulo: TRT.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

COELHO, Luis Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA RICA. **Ley nº 2 de 27 de agosto de 1943**. Disponível em:

<http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=129508¶m2=2&strTipM=TC&lResultado=12&strSim=simp> . Acesso em 03 abr 2022.

COSTA RICA. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. **Expediente n° 09-000962-0166-LA**. Relator Alberto Juárez Gutiérrez. Data de julgamento: 27/06/2012. Disponível em: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-544083>>. Acesso em: 03 abr 2022.

COSTA RICA. Tribunal de Trabajo Sección II. **Expediente n° 03-000563-0166-LA**. Relator Ana Luisa Meseguer Monge. Data de julgamento: 15/05/2015. Disponível em: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-646232>>. Acesso em: 05 abr 2022.

CRUZ, José Ricardo Méndez. **Derecho laoral**: um enfoque práctico. Cidade do México: MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 . São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo :LTr, 2019.

DEVEALI, Mario. El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo. In: CESARINO JR, A., e outros. **Estudios de derecho del trabajo**. Buenos Aires: El Ateneo Editorial, 1954, p. 123-142.

DORNELES, Leandro do Amaral D. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para a superação. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho iii**. Porto Alegre: Magister, 2019.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. **Revista LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 293-303, mar. 2013.

DORNELES, Leandro do Amaral D. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporâneo. In: DORNELES, Leandro do Amaral D; Oliveira, Cinthia Machado de (org.). **Temas de direito e processo do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. trad. De J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

EQUADOR. Corte Nacional de Justicia – Sala Laboral. Juicio Laboral nº 902-2011. Relator: Jorge Blum Carcelen. Data do julgamento: 31/05/2013. Disponível em: <<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2013mj/R327-2013-J902-2011.pdf>>. Acesso em 15 abr 2022.

EQUADOR. Lei nº 17 de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>>. Acesso em 15 abr 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GENTILI, Aurelio. Prologo. *In*: RICCI, Francesco. **Princìpi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto.** Milano: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2018, p. 3-12

GRISOLIA, Julio Armando. **Derecho del trabajo y la seguridad social.** Tomo I, Buenos Aires: LexisNexis, 1999.

GUASTINI, Ricardo. Interpretar y argumentar. trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.

KALIL, Renan Bernardi. Organização coletiva dos trabalhadores no capitalismo de plataforma. **Revista Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 2, p. 79-93, ago./nov. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo.** 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo.** 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I.

LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMONS, M. G. Z.; JANZ, R. P. A CRISE DA SUBORDINAÇÃO E A DEPENDÊNCIA TÉCNICA COMO CRITÉRIO DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES DE APLICATIVO. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, [S. l.], v. 4, n. 7, 2022. Disponível em: <<https://rejtr4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/173>> . Acesso em: 8 ago. 2022.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009.

MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. **Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]**. In: CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. p. 3-10. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/29280>>. Acesso em 14 jun 2022.

MARQUES, Claudia Lima. "Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação". *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set. 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 7. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em 25 jun 2021.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos.

Revista de Direito do Consumidor, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2004

MÉXICO. **Ley federal del trabajo**. Disponível em:

<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Tra_bajo.pdf>. Acesso em: 02 abr 2022.

MOLINA, André Araújo. Teoria dos princípios trabalhistas. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O conceito de trabalho a domicílio**. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1943; 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1998. Texto disponibilizado na biblioteca virtual do autor. Disponível em:

<https://bvemf.ifcs.ufrj.br/Arquivos/Produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20EMF/Conceito_de_trabalho_a_domicilio.pdf>. Acesso em 27 dez 2021.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho de. **A (re)significação do critério da dependência econômica**: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **A subordinação jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/374/edicao-1/a-subordinacao-juridica-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em 11 out. 2021.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Noções de direito do trabalho**. Trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

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

PORTUGAL. **Lei nº 7 de 12 de fevereiro de 2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>>. Acesso em 15 abr 2022.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994

REIS, João Carlos Simões dos. *O conflito colectivo de trabalho*. Coimbra: Gestlegal, 2017

REPÚBLICA DOMINICANA. **Lei nº 1692 de 29 de maio de 1992**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/29744/64852/S92DOM01.htm>>. Acesso em 15 abr 2022.

ROCHA, Claudio Janotti da; Junior, Anselmo Luiz Bacelar; Born, Paula Friber. A acumulação por espoliação e o trabalho via aplicativo: análise da estrutura e das relações de trabalho em “uberização”. *In*: MEIRELES, Edilton (org.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador Editora Paginae, 2021.

ROMITA, Arion Sayão. **Conceito objetivo de subordinação**. Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, ano 35, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Contrato individual de trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1966.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho**. Trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Direito do trabalho**: principiologia. São Paulo: LTr, 1997.

STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo Siissekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1999.

UNESCO. **Lei nº 185 da Nicarágua**. Disponível em <<https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/981/ley-1851994-codigo-trabajo>>. Acesso em 03 abr 2022.

VIALARD, Antonio Vazquez. Derecho del trabajo y de la seguridade social. tomo i. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. Revista do Tribunal Regional Federal : 1. Região, v. 20, n. 10/11, p. 36-52, out./nov. 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WYZYKOWSKI, Adriana. Vulnerabilidades e o direito individual do trabalho: uma proposta de abandono do conceito de hipossuficiência clássico em prol do conceito de vulnerabilidade do empregado. In: _____. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado**: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. xii, p. 73-143.