

AS NOVAS MODALIDADES CONTRATUAIS DE TRABALHO, O PRINCÍPIO DO CONTRATO REALIDADE E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz
Faculdade Santa Lúcia
helcio.prof@santalucia.br

RESUMO

Alterações legislativas recentes criaram novas figuras contratuais de trabalho, inclusive para ampliar as hipóteses de contratação sem a caracterização de vínculo de emprego. Apesar da nomenclatura que se atribua ao contrato celebrado, os casos concretos ainda demandarão a análise das características da relação jurídica à luz de princípios específicos do Direito do Trabalho, como o da proteção e o do contrato realidade. Presentes os requisitos gerais da relação de emprego, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o nome dado ao contrato não afastará a incidência da legislação trabalhista consolidada, como se verificará neste artigo. Também se estudará a possibilidade de acesso ao Judiciário Trabalhista por trabalhadores não empregados para a tutela de direitos previstos na legislação comum ou própria do tipo contratual utilizado, pelo exercício da competência material específica ditada pelo artigo 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: *Relação de Trabalho; Vínculo de Emprego; Princípio da Proteção; Reforma Trabalhista; Competência.*

INTRODUÇÃO

O argumento de que a rigidez da legislação trabalhista impede a abertura de novos postos de trabalho tem sido utilizado com bastante frequência para justificar a criação de novas modalidades de contratação de

trabalhadores, inclusive sem a caracterização de vínculo de emprego. A Lei nº 12.592/2012, atualizada pela Lei nº 13.352/2016, e a Lei nº 12.551/2011 já previam, respectivamente, as figuras do profissional parceiro e do teletrabalhador, com contornos de flexibilização legislativa. A Lei nº 13.467/2017, que promoveu a chamada Reforma Trabalhista, ampliou esse rol, ao criar as figuras do trabalho intermitente e do trabalho autônomo exclusivo, aquele sem a exigência da habitualidade na prestação de serviços e este para evidenciar que a exclusividade não é requisito da relação de emprego.

As mudanças legislativas em referência devem ser analisadas pelo prisma dos princípios que regem o Direito do Trabalho. Em alguns casos, como o do trabalho autônomo exclusivo, o que se verifica é que não trouxeram alterações significativas para a aplicação do ordenamento jurídico vigente. As situações com as quais a Justiça do Trabalho depara-se cotidianamente continuarão a demandar a detida apreciação do conjunto de provas, para se verificar a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela aplicação do princípio do contrato realidade. Em outros pontos, contudo, a mudança na legislação foi significativa, como no caso do contrato de trabalho intermitente, o que tornará necessária inclusive a apreciação da constitucionalidade do preceito de lei que instituiu a nova figura contratual.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, já havia alterado a redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, ao inserir em seu texto o inciso I, entre outros. Ampliou a competência material trabalhista para alcançar os conflitos decorrentes dos contratos de trabalho que se situam nas áreas limítrofes da relação de emprego e, como já se destacou em estudo anterior (ADORNO JÚNIOR, 2012, p. 126):

[...] não se deve entender que a intenção do legislador foi trazer para a Justiça do Trabalho todos os conflitos oriundos das relações de trabalho em sentido amplo. Também não deve ser entendido, de forma diametralmente oposta, que nada mudou quanto à competência material, no tema das relações de trabalho com a edição dessa nova regra constitucional. Muitos dos conflitos individuais decorrentes de relações de trabalho que antes dependiam de lei específica para a solução pela Justiça do Trabalho passaram a compor, de plano, sua esfera de atuação jurisdicional, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004. Buscar parâmetros seguros para que se delimite a extensão dessa nova competência material da Justiça do Trabalho, porém, não é tarefa simples. [...]

Mesmo que não haja o vínculo de emprego na relação jurídica de direito material, a Justiça do Trabalho será competente para processar e julgar o dissídio individual, especialmente para declarar o débito de títulos próprios da figura contratada à margem da legislação trabalhista consolidada. Identificar os contratos que poderão compor essa esfera de competência ampliada demandará maior sensibilidade do magistrado, para o que poderá se valer do instituto da parassubordinação, muito utilizado no direito italiano, como se demonstrará neste estudo.

2. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de trabalho é gênero da relação de emprego, pois o empregado é apenas um dos muitos tipos de trabalhadores e a diferenciação pode ser feita, sobretudo, pela presença da subordinação na execução dos serviços (RUSSOMANO, 1991). A relação de trabalho é mais ampla, pois compreende os serviços realizados individualmente ou por empresas, mas apenas os executantes daqueles primeiros podem demandar perante a Justiça do Trabalho para a cobrança de seus direitos (MALLET, 2005). Segundo Nascimento (2009, p. 219):

[...] Em conclusão, sabido é que *relação de trabalho* é gênero que comporta diversos tipos de relações jurídicas nas quais uma pessoa física presta a sua atividade profissional para outra, empresa ou não [...]. Será de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na *atividade profissional e pessoal* de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego mas outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores, embora a outro título. [...] (destaques do original).

Leite (2007) atribui abrangência mais dilatada ao conceito de relação de trabalho, ao sustentar que alcança toda e qualquer atividade humana, sem que se exija a presença de profissionalidade e de pessoalidade. Para Giglio e Corrêa (2007), por outro lado, a prestação pessoal de serviços precisa estar presente no emprego e no trabalho em sentido amplo, o que poderá ser utilizado como critério para se definir a competência especializada trabalhista.

Para a aplicação da legislação trabalhista específica, é necessária a caracterização do vínculo de emprego (artigo 7º, incisos I, XXIX, XXXIV e § único, da Constituição Federal de 1988), o que não é imprescindível para o exercício da jurisdição pela Justiça do Trabalho, pois também pode solucionar os conflitos decorrentes das relações de trabalho em sentido amplo.

3. NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DE TRABALHO

A flexibilização da legislação trabalhista trouxe formas alternativas de contratação de trabalhadores, entre os quais os profissionais parceiros dos salões de beleza, os teletrabalhadores, os trabalhadores intermitentes e os trabalhadores autônomos exclusivos. A incidência da flexibilização não é novidade no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, podendo ser mencionadas, como exemplos, figuras como as do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei nº 5107/1966), do contrato de trabalho temporário (Lei nº 6019/1974), da terceirização de serviços de vigilância (Lei nº 7102/1983) e do banco de horas (Lei nº 9.601/1998).

São três os níveis de classificação da flexibilização legislativa, conforme sua abrangência: de proteção, de adaptação e de desregulamentação (HERNANDEZ, 2011). A primeira mantém a base da proteção do Direito do Trabalho, a segunda opera por negociações coletivas e a terceira derroga direitos trabalhistas e os substitui por outros. A primeira é a mais conservadora, a segunda foi autorizada pela Constituição Federal de 1988, em especial nos incisos VI (redução de salário), XIII (compensação de horários de trabalho) e XIV (turnos de revezamento) e a última é a mais invasiva, pois alcança os pilares do sistema jurídico trabalhista. Algumas das alterações legislativas que são objeto deste estudo foram implantadas com o conteúdo de desregulamentação, o que não é defendido nem mesmo pela doutrina mais liberal do Direito do Trabalho (MAGANO, 1997).

3.1. Salão parceiro e profissional parceiro

É comum, nos salões de beleza, a contratação de profissionais em regime de parceria, mediante a estipulação de comissões sobre os serviços prestados, em percentuais que chegam a 70% para o profissional que executa o trabalho. A Lei nº 12.592/2012 buscou regulamentar a parceria que já se fazia presente na prática deste específico ramo do mercado de trabalho, mas a maioria de seus dispositivos foi vetada e restou apenas o artigo 1º. A omissão legislativa deu margem à edição de nova lei sobre a matéria, a de número 13.352/2016, que vigorou desde 26.01.2017 e regulamentou de forma mais detalhada o trabalho dos profissionais da beleza e da estética (FRANCO FILHO, 2018). O motivo invocado para a mudança da legislação neste particular foi a necessidade de formalização das atividades dos mais de 630 mil profissionais do setor, que respondem por 1,8% do PIB nacional e por 9,4% do consumo mundial (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Foram instituídas as figuras do salão parceiro e do profissional parceiro e se estabeleceu que a contratação de serviços por esta modalidade afasta a relação de emprego. A situação remete ao que ocorreu com a edição do parágrafo único, do artigo 442, da CLT, que dispôs sobre as cooperativas de trabalho, também para afastar a vinculação de emprego (Lei nº 8.949/1994). Naquela ocasião, cresceu significativamente o volume de contratação de trabalhadores intermediados por cooperativas e muitas das empresas contratantes não se preocupavam com a idoneidade das entidades contratadas, pois visavam tão somente a redução de custos com o trabalho. Houve o ajuizamento de muitas reclamações trabalhistas individuais e coletivas, estas na modalidade de ação civil pública, que tinham por objeto a declaração de nulidade das contratações, a grande maioria delas com vitória pelos autores.

A lei em estudo estabelece como mais detalhes os requisitos para a validação do contrato de parceria no âmbito dos salões de beleza. Relaciona os profissionais que podem se valer desta modalidade de contratação e exige a constituição de empresa individual e a prévia homologação do contrato por órgão do Ministério do Trabalho e pelo sindicato da categoria profissional. A falta de observância de exigências legais invalidará a parceria e caracterizará o vínculo de emprego, mesma consequência da contratação de trabalhadores como representantes comerciais sem o necessário registro no órgão de classe (GARCIA, 2018).

De todo modo, os fatos ditarão o rumo da decisão judicial em reclamações nas quais o profissional do salão de beleza postule a declaração de vínculo de emprego, pela aplicação do princípio do contrato realidade. Da mesma forma que se invalidarão contratos de parceria que camuflam relações de emprego com a presença de pessoalidade e de subordinação no trabalho, poderá haver decisões que prestigiem a realidade dos fatos em detrimento do pedido e validem o sistema de parceria mesmo na ausência de contrato formal. Esta segunda hipótese, porém, gerará maior dissenso jurisdicional, diante da possível prevalência do entendimento pela necessidade de formalização do contrato como condição de validade, conforme ementa de acórdão a seguir transcrita:

[...] Vínculo de parceria firmado após a entrada em vigor da lei nº 13.352/2016. Salão de beleza e manicure. Necessidade de formalização de contrato escrito. Não atendimento. Vínculo de emprego reconhecido. Nos moldes estabelecidos pela Lei nº 13.352/2016, que incluiu os artigos 1º-A, 1º-B, 1º-C e 1º-D à Lei nº 12.592/2012, autoriza-se a vinculação de profissionais que desempenham as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro,

Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador à salões de beleza por meio de contrato de parceria, desde que atendidos todos os pressupostos legais. (...) A não formalização do contrato escrito de parceria, com a fixação dos critérios legais, importa na configuração do vínculo empregatício, por expressa disposição legal (artigo 1º-C, inciso I). Processo nº 1001552-52.2017.5.02.0051 – RO – 8ª. Turma – TRT/SP, Relatora: Silvane Aparecida Bernardes. [...]

O contrato tem natureza civil e é celebrado sem vínculo de emprego entre o profissional parceiro e o salão parceiro. É regido pelos artigos 594 a 609 do Código Civil e não se trata de contrato de sociedade, mas sim de parceria. A exigência legal de homologação, na presença de duas testemunhas, pelos sindicatos das categorias profissional e patronal, ou por órgão do Ministério do Trabalho na falta de entidades sindicais, é requisito formal de validade do contrato de parceria, conforme preceitua o artigo 1º-A, §§ 8º e 9º, da Lei nº 12.592/2012 (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Os sujeitos do contato são o salão parceiro e o profissional parceiro (artigo 1º-A, §§ 1º e 7º, da Lei nº 12.592/2012). O primeiro é o estabelecimento comercial, na expressão utilizada pela lei, mas seria mais adequado o uso do termo empresa, conforme artigo 966 do Código Civil, que dispõe que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O outro contratante, o profissional parceiro, pode prestar serviços como pequeno empresário, microempresário ou microempreendedor individual (Lei Complementar nº 123/2006), desde que tenha os devidos registros como pessoa jurídica (Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006) (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Os profissionais devem ser microempreendedores individuais, que são os que têm faturamento anual de até oitenta e um mil reais, e os salões parceiros não estão autorizados por lei a operar por esta modalidade empresarial. Podem ser profissionais parceiros, segundo o rol exemplificativo da lei em estudo, cabeleireiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores, mas não os que realizam serviços acessórios nos salões de beleza, como os trabalhadores da limpeza, recepcionistas, segurança, motoristas e de setores administrativos. A lei não exige expressamente a certificação de qualificação profissional técnica, mas é de se entender que o profissional deve detê-la, inclusive por questão de cuidado com a saúde pública. A falta de qualificação pode colocar em risco a saúde dos clientes do estabelecimento e do próprio profissional que desempenha

a função, porque há muitos produtos tóxicos entre os utilizados, como o formol, com a possibilidade de transmissão de doenças contagiosas por falta de adequada esterilização de equipamentos, como tétano e hepatite (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Podem ser consideradas vantagens para os profissionais que se utilizam desta figura contratual: a) prestar serviços sem exclusividade; b) emitir notas fiscais; c) aumentar o percentual de comissão com a redução de tributos; d) recolher tributos de forma correta, idônea e em valores menores (valor fixo mensal de R\$ 51,85, com isenção de demais taxas e impostos); e) facilitar o relacionamento com instituições financeiras para a abertura de contas com tarifas reduzidas e obtenção de créditos; f) ter cobertura da seguridade social e mais segurança jurídica para desempenhar a atividade e g) contratar planos de saúde pela pessoa jurídica. As coberturas previdenciárias com as quais podem contar são auxílio-doença (mínimo de doze meses), aposentadoria por idade (mulher aos 60 anos e homem aos 65, com 15 anos de contribuição, para renda de um salário mínimo), aposentadoria por invalidez (doze meses de carência), salário-maternidade (dez contribuições mensais), auxílio-reclusão e pensão por morte, esta desde a primeira contribuição. São tidas como desvantagens para esses profissionais, ao contrário, a possibilidade de cancelamento ou revisão de benefícios de aposentadoria por invalidez, de auxílio doença ou de licença maternidade, de seguro-desemprego, de auxílio idoso (BPC-LOAS)¹, de bolsa família e a perda da condição de segurado especial. Para o salão parceiro, as maiores vantagens são a regularização do trabalho e a redução do risco de caracterização do vínculo de emprego (MERÍSIO; MAIA, 2017).

São cláusulas contratuais obrigatórias, segundo o artigo 1º-A, § 10º, da lei em estudo, como normas de ordem pública e indisponíveis, as que definem percentual de retenções, recolhimentos de tributos e contribuições sociais e previdenciárias, periodicidade de pagamento, uso de bens materiais e acesso às dependências do estabelecimento, possibilidade de rescisão unilateral com aviso prévio de trinta dias, responsabilidades com manutenção e higiene de materiais e equipamentos, do funcionamento do negócio e do atendimento, bem como da manutenção de inscrição perante as autoridades fazendária (GARCIA, 2018).

Os serviços do profissional, conforme os parágrafos 2º a 5º da lei em análise, são remunerados por percentuais que variam, na prática, de

¹ Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social.

40% a 70% do valor cobrado do cliente. Haverá a emissão de nota fiscal unificada pelo salão ao cliente e pelo profissional ao estabelecimento, após o pagamento no caixa, que fará as retenções para creditar a quota parte pela prestação de serviços. Além dos percentuais de remuneração pelos serviços realizados, podem ser fixadas comissões por vendas de produtos e prêmios por produtividade, o que não caracterizará, isoladamente, o vínculo de emprego (MERÍSIO; MAIA, 2017).

Providenciar os recolhimentos fiscais e previdenciários é responsabilidade do salão parceiro, mediante retenção, como dispõem os parágrafos 2º e 3º do artigo 1º, da lei em estudo. O profissional parceiro “não poderá assumir as responsabilidades e obrigações decorrentes da administração da pessoa jurídica do salão-parceiro, de ordem contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária incidentes, ou quaisquer outras relativas ao funcionamento do negócio” (§ 6º) (GARCIA, 2018).

No artigo 1º- B, a lei em análise prescreve que é responsabilidade do salão parceiro a instalação e a conservação de equipamentos, para possibilitar condições adequadas ao desenvolvimento do trabalho. O estabelecimento e os equipamentos que o guarnecem devem cumprir as normas de segurança e saúde estabelecidas no artigo 4º da lei ora estudada. O profissional também não se exime do dever de cumprir as regras em referência, pois como já se destacou, lidará com produtos de uso controlado pela vigilância sanitária e pelo Ministério do Trabalho, como formol e outros tóxicos e cancerígenos, para o que é imprescindível a qualificação profissional.

Haverá a possibilidade de revisão das condições contratadas, conforme artigo 317 do Código Civil², quando ocorrerem modificações das circunstâncias de fato do núcleo do contato que afetem a equivalência, como a mudança do endereço do estabelecimento. Já o término do contrato de parceria se dará por rescisão contratual bilateral ou unilateral, esta mediante aviso prévio de trinta dias, pois o artigo 472 do Código Civil dispõe que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”. A lei em estudo utiliza a expressão rescisão contratual, que diz respeito às hipóteses de nulidade, mas o faz de modo inadequado, pois se trata de rescisão, diante da opção voluntária pelo sujeito do contrato (artigo 1º-A, § 10º, inciso V) (MERÍSIO; MAIA, 2017).

² Artigo 317 do Código Civil: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

O uso da modalidade contratual de parceira, desde que se observem as formalidades legais exigidas para sua validade, reduz o risco de reconhecimento do vínculo de emprego, mas não o elimina por completo. A lei dispõe que o liame de emprego estará caracterizado se não forem observadas as condições legais, caso não haja contrato de parceira formalizado e se o profissional parceiro desenvolver atividades diversas das contratadas (artigo 1º - C). Estará configurado o vínculo, por evidente, nas hipóteses em que ocorra a subordinação, como, por exemplo, por meio de cobrança de assiduidade e de pontualidade, de cumprimento de metas, entre outras. Incidirão os artigos 9º e 442 da CLT, pela aplicação do princípio do contrato realidade, para a declaração do vínculo de emprego entre as partes contratantes (MERÍSIO; MAIA, 2017).

O julgador deverá analisar a boa fé das partes na celebração do contrato, segundo o artigo 422 do Código Civil, que preceitua que □ os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé□. Os proprietários do salão parceiro não devem buscar apenas a redução de custos ou mascarar a relação de emprego, pois o que se visa com a regulamentação legal em estudo é a valorização do empreendedorismo e do trabalho decente.

3.2 Teletrabalhadores

O trabalho a distância é regulamentado pelo artigo 6º da CLT e seu executante é classificado como trabalhador em domicílio. O dispositivo legal em referência não diferencia esta forma de trabalho da exercida pelos trabalhadores típicos quanto aos direitos trabalhistas.³ A exceção fica por conta das horas extras, pela aplicação do artigo 62, inciso I, da CLT, que exclui o direito dos trabalhadores externos que não se sujeitam a controles de horários. Se existirem mecanismos indiretos de controles de horas de trabalho, no entanto, mesmo os trabalhadores externos terão direito às horas extras, deixando de ser aplicada, nesta hipótese, mencionada excludente legal (DALLEGRAVE NETO, 2014).

Na origem da vigência do artigo 6º da CLT, a hipótese mais comum de trabalhador em domicílio era a das costureiras, que executam o trabalho por

³ Artigo 6º. da CLT: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

tarefas e desta forma são remuneradas. Com a evolução da tecnologia e dos meios de comunicação, em especial em decorrência da implantação da rede mundial de computadores, surgiram novas situações de trabalho a distância. Houve mudanças estruturais nas empresas, com modificações nos sistemas de produção (fordismo e toyotismo) e em virtude da globalização, pelo crescimento da tecnologia da informação e do uso da *internet* (HERNANDEZ, 2011).

Os meios telemáticos passaram a incentivar a execução dos serviços na própria residência do trabalhador. O artigo 6º da CLT teve a redação alterada pela Lei nº 12.551/2011, com a inclusão do parágrafo único, para dispor que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Assim, o trabalho a distância passou a ter por espécies o trabalho em domicílio e o teletrabalho. Cunhou-se a expressão *home office* para designar o escritório de trabalho na residência do trabalhador e o uso de meios telemáticos é forma crescente de execução do trabalho a distância, como ensina Hernandez (2011, p. 23):

[...] Nos dias atuais, não há dúvidas de que o avanço tecnológico, o crescimento econômico e o surgimento da sociedade de informação estão fazendo surgir novas formas de ocupação e revigorando outras. É o caso, por exemplo, do trabalho a tempo parcial, da terceirização e da contratação de trabalhadores em domicílio. (...) A telecomunicação e a informática, sem dúvida alguma, passam a influenciar as novas relações de trabalho e propiciam que o trabalho se desenvolva em qualquer lugar, inclusive no domicílio do teletrabalhador. [...]

O teletrabalho, como modalidade de trabalho a distância, não precisa ser necessariamente desenvolvido no domicílio do trabalhador, mas exige o uso de ferramentas telecomunicacionais e de informação que assegurem o contato direto entre o teletrabalhador e o tomador de serviços. Eventual comparecimento do teletrabalhador à empresa não descaracterizará o teletrabalho e será importante para se alinhar as diretrizes de serviços. Os trabalhos desta espécie podem ser realizados na residência do trabalhador ou em escritórios criados pela empresa em centros que não se situam em seu estabelecimento, como os telecentros (satélites, telecabanas e centros compartilhados) ou os trabalhos nômades (virtuais, turísticos e móveis), inclusive em âmbito transnacional (HERNANDEZ, 2011).

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou o capítulo II-A ao Título II da CLT, especificamente nos artigos 75-A e seguintes, para excluir a possibilidade de

aplicação de textos legais diversos ao contrato de trabalho do teletrabalhador. No artigo 75-B, dispõe que o teletrabalho é o executado preponderantemente em âmbito externo ao do estabelecimento do empregador e com o uso de meios telemáticos. Deixou claro que o enquadramento como teletrabalhador dependerá da utilização de recursos de informática e de tecnologia de comunicação e que não é imprescindível que os serviços sejam executados exclusivamente fora das dependências do empregador, mas sim de forma preponderante. A melhor interpretação para o texto legal neste ponto é de que o teletrabalho não demandará necessariamente a execução em âmbito externo. Também pode ser executado no escritório ou na empresa, além da residência do empregado, mas será enquadrado como trabalho externo se ocorrer preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (PRETTI, 2018).

Mesmo que o trabalhador não se enquadre como empregado em domicílio, poderá ser classificado como externo, a depender da forma de fiscalização do cumprimento das horas de trabalho. A maioria dos recursos de informática permite controlar, mesmo a distância, os horários de trabalho, especialmente se os contatos forem bilaterais. Na situação mencionada, haverá direito às horas extras pelo teletrabalhador que exceda os limites legais, ainda que não se prove que esses recursos foram efetivamente usados na fiscalização do trabalho, como sustenta Dallegrave Neto (2014) e conforme a ementa de decisão judicial a seguir colacionada:

[...] Horas extras. Trabalho externo. O trabalho externo, em *home office*, não exclui, por si só, a incidência das normas sobre duração do trabalho. É imperioso que o trabalho seja incompatível com a fixação de horário. Caso em que é incontroverso que não havia controle de tempo trabalhado. Horas extras não devidas. Recurso Ordinário do autor a que se nega provimento. Processo TRT/SP Nº 1000220-92.2017.5.02.0037 - 11ª. Turma – TRT/SP, Eduardo de Azevedo Silva. [...]

Há muitos recursos de tecnologia de informação para o controle pelo empregador do tempo de execução dos serviços, mesmo a distância. Na hipótese de sua utilização, estará caracterizado o controle indireto de horas de trabalho e o empregado poderá ter direito às horas extras se exceder aos limites horários legais ou contratuais. A Lei nº 13.467/2017 optou por enquadrar a situação no artigo 62 da CLT, especialmente no inciso III, com menção expressa aos empregados em regime de teletrabalho entre os excluídos do direito às horas extras e ao adicional noturno. Quanto ao adicional de sobreaviso, por aplicação analógica de disposição legal de ferroviários

(artigo 244, § 2º, da CLT), a Súmula 428 do TST⁴ prescreve que o mero uso de equipamentos de informática não o caracteriza, exceto se permanecer em regime de plantão e com restrição de deslocamento, hipótese em que terá direito ao adicional de 1/3 da remuneração (DALLEGRAVE NETO, 2014).

O artigo 75-C da CLT exige que se faça constar do contrato de trabalho expressa menção ao teletrabalho, com o rol das atividades que serão desenvolvidas. No parágrafo primeiro, dispõe que “poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual”. Apesar da menção a mútuo acordo para a instituição do regime, o retorno do teletrabalho ao presencial poderá ser determinado unilateralmente pelo empregador, pelo uso do poder diretivo, desde que observe o prazo mínimo de quinze dias para a alteração, na forma do parágrafo segundo do mesmo dispositivo de lei (artigo 75-C da CLT)⁵ (PRETTI, 2018).

A preocupação com a higidez do ambiente de trabalho precisa compor a pauta do empregador, também no trabalho a distância, pois o mobiliário e os equipamentos que o guarnecem devem observar a ergonomia. Os custos das instalações nos contratos de emprego ficam a cargo empregador, inclusive os que decorrem do funcionamento do escritório virtual. As disposições do artigo 75-D da CLT, relativas à infraestrutura do local de trabalho e aos equipamentos que o guarnecem, demandam análise mais detida⁶. Não se deve entender que o legislador transferiu ao empregado a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento do equipamento tecnológico pela infraestrutura para o teletrabalho, em especial pela incidência do artigo 2º da CLT, que atribuiu ao empregador a exclusividade pelo risco do

⁴Súmula 428 do TST: Sobreaviso. Aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso; II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, a distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

⁵ Artigo 75-C da CLT: A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º: Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual”; § 2º: Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

⁶Artigo 75-D da CLT: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único: As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

empreendimento. O custeio pelo empregador poderá ser feito mediante reembolso de despesas, na forma regulada por contrato escrito, mas não se poderá transferir a responsabilidade por esses custos ao empregado, sob pena de nulidade da disposição contratual. Quanto às despesas ordinárias, que são aquelas pelas quais o trabalhador respondia anteriormente ao início do teletrabalho, apenas os acréscimos nas contas de consumo, como de energia elétrica e de *internet*, deverão ser ressarcidos pelo empregador.

As ferramentas de trabalho não serão classificadas como utilidades ou como salário indireto, pois se destinam a permitir a execução do trabalho e não a remunerar o trabalhador pelo serviço executado. Não basta que o empregador proveja o ambiente de trabalho de equipamentos necessários ao exercício da função pelo trabalhador. Nos termos do artigo 75-E, CLT, precisa orientar os empregados para que se evitem problemas de saúde e acidentes do trabalho, inclusive mediante a assinatura de termo de responsabilidade, sob pena de caracterização de ato de indisciplina e insubordinação (PRETTI, 2018).

Como vantagens decorrentes da adoção do teletrabalho, podem ser relacionadas, entre outras, as seguintes: evita deslocamentos, reduz custos de instalações e permite a inclusão de pessoas com deficiência. Entre as desvantagens, enquadram-se o prejuízo ao convívio familiar e social, a dificuldades para a sindicalização e a maior possibilidade de aquisição de doenças ocupacionais, como tendinite e irritação dos olhos (HERNANDEZ, 2011).

Resta diferenciar os trabalhadores que executam as tarefas no ramo da tecnologia de informação como empregados, por conta alheia (com alteridade), daqueles que o fazem de forma autônoma, assumindo os riscos da atividade empresarial. A jurisprudência já utilizava o princípio do contrato realidade para diferenciar os teletrabalhadores autônomos, principalmente pela presença da subordinação hierárquica na relação jurídica (PRETTI, 2018). Os trabalhadores parassubordinados, que são os que executam seus serviços de forma coordenada à atividade da empresa tomadora de serviços e sem dependência típica, situam-se na 'zona cinzenta' entre os empregados e os teletrabalhadores autônomos e terão direito de ação perante a Justiça do Trabalho para a cobrança de títulos próprios da figura contratada (artigo 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988).

3.3. Trabalhadores intermitentes

Esta modalidade contratual foi inserida pela Lei nº 13.467/2017, que acrescentou o § 3º, ao artigo 443, da CLT, após incluir previsão em seu

*caput*⁷. Também editou o artigo 452-A da CLT, com nove parágrafos específicos sobre o trabalho intermitente. O motivo invocado para a criação da nova figura contratual foi possibilitar o aumento das estatísticas de empregabilidade no país. Resta saber se, na prática, terá o pretendido condão de formalizar como empregados trabalhadores eventuais, com a oficialização do chamado ‘bico’, ou se resultará na precarização de direitos trabalhistas (CID, 2017).

Trata-se de nova modalidade de contrato de trabalho, pela qual a prestação de serviços subordinados não é contínua e alterna períodos de inatividade, independentemente do tipo de atividade exercida, exceto para os aeronautas e para os domésticos, que são regidos por legislação própria. Assim, abrangem todas as atividades empresariais e não apenas as intermitentes (COLNAGO, 2018).

Diferentemente do regramento legal de outros países, o trabalho intermitente no Brasil não exige número mínimo de horas de prestação de serviços, o que permite chamá-lo de ‘contrato zero hora’. Em Portugal, exige-se para o mesmo contrato o mínimo de seis meses por ano, dos quais quatro meses de trabalho devem ser consecutivos. Na Alemanha, as atividades devem ser intermitentes e é necessário o mínimo de três horas diárias e de dez horas semanais de trabalho. Na Itália, as atividades intermitentes permitem quatrocentos dias de trabalho a cada três anos, no máximo. Nos EUA, a mesma figura contratual somente é válida para a substituição de mão de obra permanente ou para suprir acréscimo extraordinário de serviços no comércio, de modo semelhante ao contrato de trabalho temporário brasileiro (CID, 2017).

Também se garante, em outros países, valor salarial mínimo para os trabalhadores intermitentes que não forem chamados no mês. No Brasil, contudo, a única garantia é de que o salário não poderá ser inferior ao valor do mínimo nacional por hora ou ao de trabalhador que exerça a mesma função em contrato normal ou intermitente. O instrumento contratual deve especificar o valor da hora a ser remunerada ao trabalhador intermitente (ARARIPE, 2017).

⁷ Artigo 443 da CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. § 3º: Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

O contrato precisa ser necessariamente celebrado por escrito, o que é da substância do ato jurídico e, se o trabalhador for analfabeto, deverá ser assinado a rogo, na presença de duas testemunhas. Não se confunde com o contrato de trabalho a prazo determinado ou com o trabalho temporário, apesar deste último também exigir a forma escrita para sua validade. São consideradas cláusulas contratuais adicionais no trabalho intermitente as que dispõem sobre os locais de prestação de serviços, os turnos para os quais o empregado será convocado para o trabalho, as formas e os instrumentos de convocação e de resposta para a execução dos serviços e o formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados (COLNAGO, 2018).

A Medida Provisória nº 808/2017 havia alterado o artigo 452-A da CLT, para reforçar a exigência da forma escrita e o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para a validade da figura contratual em estudo. Estabelecia, ainda, os seguintes requisitos: a) identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; b) valor da hora ou do dia de trabalho não inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12º e c) o local e o prazo para o pagamento da remuneração (COLNAGO, 2018). No entanto, não foi votada pelo Congresso Nacional e caducou após o decurso do prazo de vigência de noventa dias. Foi editada, em substituição, a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 349, em 14/05/2018, que manteve a maioria das regras instituídas pela Medida Provisória nº 808/2017.

Nos termos do artigo 452-A da CLT, a convocação para o trabalho deverá ser feita por qualquer meio de comunicação eficaz, com pelo menos três dias de antecedência (§ 1º). O trabalhador tem o prazo de um dia útil precedente à data de início do trabalho para responder ao chamado, presumindo-se a recusa no silêncio (§ 2º). De todo modo, não poderá sofrer penalidade pela simples recusa, seja ela expressa ou tácita, pois não caracteriza insubordinação (§ 3º). Na hipótese de descumprimento contratual injustificado, a parte faltante responderá pela multa de 50%, a qual poderá incidir na falta de trabalho após a expressa aceitação do convite, tanto por culpa do trabalhador quanto do empregador (§ 4º) (JOÃO, 2018). A multa será calculada sobre o salário devido, mas não serão poucas as polêmicas quanto à possibilidade de se descontá-la de pagamentos futuros, caso seja devida pelo empregado, o que a Medida Provisória nº 808/2017, não ratificada pelo Congresso Nacional, visava impedir.

Os períodos de inatividade não serão considerados como tempo à disposição do empregador, o que contraria a redação original do artigo 4º da CLT. A nova disposição legal remete às escalas móveis, comuns em restaurantes que operam no sistema de *fast food*. A Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) nº 349/2018, em seu artigo 4º, dispõe expressamente que “considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do artigo 452-A da referida lei”. Assim, o trabalhador intermitente poderá prestar serviços a outros tomadores (§ 1º), pois no tempo de inatividade não estará à disposição do empregador e não será remunerado (§ 2º). A situação poderá desagregar o trabalhador do emprego, ao contrário do que pretendeu a legislação trabalhista consolidada em sua origem (COLNAGO, 2018). Antes da alteração legal em estudo, a jurisprudência caminhava no sentido de invalidar a contratação de horas de trabalho por escalas móveis, conforme aresto a seguir copiado:

[...] Jornada móvel e variável. As cláusulas contratuais que estabelecem o cumprimento da jornada móvel e variável de trabalho revestem-se de nulidade absoluta. Isto porque referida forma de contratação, por óbvio, acaba por sujeitar uma das partes contratantes ao arbítrio da outra, o que não pode ser admitido pelo Direito do Trabalho. O empregado, no caso da jornada variável, não tem a possibilidade de ajustar sua vida profissional com a pessoal, pois nunca está totalmente certo do seu horário de trabalho, e tampouco da remuneração que receberá ao final de cada mês, na medida em que no presente caso, tem-se como agravante o fato da reclamante receber por hora trabalhada. Reforma. Processo nº 1001102-16.2015.5.02.0719 (RO) – 6ª. Turma – TRT/SP – Relator: Ricardo Apostólico Silva. [...]

São direitos do trabalhador intermitente (§ 6º): férias anuais, sem possibilidade de convocação pelo empregador no período de fruição em até três períodos e com valores pagos de forma parcelada ao final da prestação de serviços convocada, assim como ocorre com os valores de décimo terceiro salário e de descanso semanal remunerado (§§ 9º e 10º). Para que não se caracterize o pagamento complessivo vedado por lei, deve ser entregue cópia de recibo com a discriminação das verbas pagas (§ 7º). O recolhimento das contribuições previdenciárias e dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) incidentes sobre as parcelas de natureza salarial

creditadas ao trabalhador ficará a cargo da empresa (§ 8º)⁸. A polêmica é quanto à base mínima de cálculo das contribuições previdenciárias, pois o regime geral de arrecadação da Previdência Social remete ao salário mínimo mensal, inclusive para que o segurado tenha direito aos benefícios previstos no sistema de contrapartidas (RIGON; TURINA, 2017).

A Portaria MTE nº 349/2018, no artigo 5º, dispõe que “as verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente”, considerando-se na conta apenas os meses em que houve pagamento no último ano de vigência do contrato (§ único). É muito provável que não ocorram dispensas sem justa causa de trabalhadores intermitentes, pois a nova lei permite implicitamente que não sejam convocados, ao deixar de estipular tempo mínimo de trabalho (COLNAGO, 2018).

Na formalização do contrato de trabalho intermitente, a dificuldade prática passará pela possibilidade de coexistirem várias anotações na CTPS do empregado. Também haverá discussões sobre a validade de compartilhamento de atestados de atestado de saúde ocupacional. A maior crítica que se faz ao novo modelo de contrato é de que viola os princípios da continuidade da relação de emprego e da irredutibilidade salarial e de que transfere os riscos da atividade econômica ao empregado. Também se sustenta que gera insegurança ao trabalhador quanto ao ganho, à integração à atividade empresarial e à cobertura previdenciária, pois não estipula número mínimo de horas de trabalho por mês. Os críticos à medida sustentam ainda que visa apenas mascarar índices de desemprego, com formalizações contratuais que não gerarão postos de serviços na prática, e que gera o risco de alteração das modalidades contratuais atuais, de vínculo de emprego tradicional, para o contrário precário de trabalho intermitente (CID, 2017). Pendem de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 5806, 5826, 5829 e 5950, as quais suscitam esses argumentos críticos para invalidar a nova figura contratual do trabalho intermitente, o que tem norteado a cautela das empresas para sua implantação prática.

⁸ Artigo 6º. da Portaria MTE nº 349/2018: O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

3.4. Trabalho autônomo exclusivo

O artigo 442-B da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/2017, dispõe expressamente que “a contratação de autônomos, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no artigo 3º desta Consolidação”. A justificativa apresentada pelo legislador reformista foi de que visou propiciar segurança jurídica para o tomador de serviços, para se evitar demandas judiciais com pedidos de reconhecimento de vínculos de emprego. Os críticos à nova disposição legal sustentam que buscou facilitar a subtração de direitos trabalhistas, ao criar obstáculos para que se discuta a forma contratual judicialmente (ARARIPE, 2018).

A contratação é de natureza civil, regida pelo artigo 594 do Código Civil, que dispõe que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, e está sujeita aos dispositivos legais seguintes, até o artigo 609. O conceito de trabalhador autônomo é ditado pelo artigo 12, inciso V, da Lei nº 8212/91, ao tratar do contribuinte individual, no sentido de que é aquele que “presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego” (alínea g), como “pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não” (alínea h) (LACERDA, 2018).

A alteração legal em estudo visou destacar os elementos da continuidade e da exclusividade, para prescrever que não caracterizarão o vínculo de emprego na ausência dos outros elementos do artigo 3º da CLT. O que se verifica é que o legislador reformista buscou evitar declarações judiciais de vínculo de emprego fundamentadas apenas na exclusividade ou na continuidade da prestação de serviços (LACERDA, 2018).

A aplicação prática da nova disposição de lei criará obstáculos para que se profiram decisões declaratórias de vínculos de emprego com base na subordinação meramente estrutural do trabalhador à empresa. O conjunto de provas deverá evidenciar a existência da subordinação hierárquica para permitir que se invalide o contrato de trabalho autônomo e se reconheça o vínculo de emprego (ARARIPE, 2017). Discussões surgirão quanto ao ônus da prova, pois a invocação de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo em contraposição ao fato constitutivo da relação de emprego permite conferi-lo ao tomador de serviços, embora se sustente que o contrato de trabalho autônomo formalizado precisará ser desconstituído pelo trabalhador para não ser validado em juízo.

O trabalhador autônomo autêntico é aquele que efetivamente assume os riscos da atividade econômica e estabelece, com liberdade, as condições para a execução de seu trabalho. É o caso, por exemplo, de representantes comerciais autônomos (Lei nº 4886/65), de transportadores de cargas autônomos (Lei nº 11.442/2007) e de corretores de imóveis (Lei nº 6530/78). Uma das figuras contratuais em questão foi validada na decisão regional abaixo colacionada:

[...] Vínculo de emprego. Motorista. Para que seja reconhecida a condição de empregado, ante o teor do art. 3º da CLT, é necessário que haja, de forma cumulativa e simultânea, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade na prestação dos serviços. Confirmada pelo conjunto probatório a ausência de subordinação e de fraude e evidenciado que o autor era, de fato, um motorista autônomo, assumindo os riscos de sua atividade, não há que se cogitar de reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada (ainda que estivessem presentes na relação outros requisitos previstos no art.3º da CLT, como a pessoalidade e a onerosidade). Recurso da reclamada a que se dá provimento. Processo TRT/SP Nº 1002868-60.2016.5.02.0205 – RO - 16ª. TURMA - TRT/SP – Relatora: Regina Aparecida Duarte. [...]

A Portaria MTE nº 349 reeditou trechos da Medida Provisória nº 808/2017, para dispor que a contratação formalizada como autônomo, com ou sem exclusividade, não impedirá que se reconheça o vínculo de emprego se estiver presente a subordinação (§§ 1º e 5º), para possibilitar a contratação para exercício de atividade fim da empresa (§ 2º) e para permitir que o trabalhador recuse a atribuição de tarefas sem que se caracterize o descumprimento do contrato de prestação de serviços (§ 3º). Destacou, no parágrafo 5º, atividades profissionais regidas por leis específicas que se classificam como autônomas.

De fato, as novidades legislativas no ponto em estudo não foram significativas. Apenas se reforçou a necessidade de avaliação detida do conjunto de provas pelo julgador, para se confrontar a forma contratual eleita pelas partes ao princípio do contrato realidade. Sustenta-se, contudo, que a decisão judicial que reconheça o vínculo de emprego pela mera subordinação estrutural, considerando apenas a exclusividade e a continuidade do serviço prestado, dará ensejo à interposição de recurso de revista, por violação à literal disposição de lei, nos termos do artigo 896, letra 'c', da CLT (Súmula 126 do TST) (ARARIPE, 2017).

A novidade legislativa ficou por conta da prescrição expressa de

que se caracterizará o vínculo de emprego se o profissional não observar as formalidades legais para sua atuação, como o registro em órgão de classe e o cadastro na Receita Municipal para fins de recolhimento fiscal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Acena-se com o risco do aumento da pejetização, inclusive de ex-empregados e de novos contratados, o que poderá atrair decisão judicial declaratória de vínculo de emprego em continuação se não se observar o interregno de dezoito meses para a contratação de ex-empregados, aplicando-se, por analogia, os artigos 5º-C e 5º-D da Lei nº 13.467/2017.

O trabalhador que se valha deste contrato também poderá demandar títulos próprios da figura contratada perante a Justiça do Trabalho em caso de inadimplemento pelo tomador de serviços. Haverá competência material especializada para decidir o pedido, inclusive como sucessivo, como no caso de comissões em atraso.

4. COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA EM MATÉRIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO

A competência específica da Justiça do Trabalho é delimitada no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, que não a restringe às relações de emprego e alcança as relações de trabalho em sentido amplo (NASCI-MENTO, 2009). O pólo passivo da lide não precisa ser necessariamente composto pelo empregador, mas pode contar com tomadores de serviços que não se valham do poder diretivo na execução do trabalho. A matéria em discussão e não mais os sujeitos envolvidos no litígio passou a delimitar, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência trabalhista (MALLET, 2005).

Alguns doutrinadores receiam que a ampliação da competência especializada possa comprometer a eficácia da legislação trabalhista consolidada e sustentam que a Justiça do Trabalho deve focar o combate às fraudes na contratação e evitar a equiparação reducionista de direitos materiais dos empregados aos dos trabalhadores autônomos, para o que recomendam leitura mais restritiva do preceito constitucional em estudo (MAIOR, 2007; DELGADO, 2005).

No entanto, o uso da expressão ‘relação de trabalho’ no texto do artigo 114 da Constituição Federal foi significativo quanto à ampliação da competência específica da Justiça do Trabalho. O projeto de emenda constitucional tratava da questão no artigo 115, com o termo ‘relação de emprego’ e recebeu cerca de noventa destaques que resultaram na alteração

que passou a permitir o acesso à tutela jurisdicional trabalhista por trabalhadores não empregados (MALLET, 2005). Para identificá-los, relevante divisor é o da dependência econômica, mesmo que mitigada, com inserção na cadeia produtiva que pode ocorrer na prática laboral até mesmo de modo coordenado. Para Giglio e Correa (2007, p. 38-39):

[...] Parece-nos, nada obstante, que o propósito geral da reforma constitucional foi de trazer para o campo das relações legítimas a grande massa dos trabalhadores chamados 'informais', não apenas para pôr fim às fraudes de trabalhadores subordinados sem registro, mas também para estender alguma proteção aos autônomos, eventuais, temporários, pequenos artesãos como os mecânicos, pintores, encanadores, eletricitas, pedreiros e assemblados, biscateiros, estagiários, cooperados e empreiteiros. [...]

Buscou-se tutelar o direito de ação do trabalhador que, apesar de se aproximar do empregado, com ele não se confunde. São os trabalhadores que ocupam a linha limítrofe entre as relações de emprego e de trabalho autônomo, como, por exemplo, os representantes comerciais, os cooperados e os profissionais parceiros, os quais podem ser identificados como parassubordinados. A figura é muito usual no direito italiano, que classifica referidas relações de trabalho como contínuas e de atendimento às necessidades organizacionais dos tomadores de serviços. É desenvolvido sem o uso do poder diretivo pelo tomador de serviços, embora integre a organização empresarial, pois diz respeito ao conjunto de atividades coordenadas e concatenadas com seu desenvolvimento (SILVA, 2004).

A coordenação caracteriza o trabalho parassubordinado, que não é marcado pela subordinação típica, e tem por característica a continuidade e a pessoalidade na execução dos serviços. O trabalhador é visto como colaborador na atividade empresarial e atua por programas definidos conjuntamente. Devem estar presentes a dependência econômica, a inserção funcional em cadeia produtiva e o proveito econômico do trabalho (SILVA, 2004). A aceitação pela Justiça do Trabalho de demandas propostas por estes trabalhadores unifica a competência e valoriza a celeridade processual. Para Nascimento (2009, p. 211-212):

[...] A unificação da competência contribuirá para maior celeridade nos julgamentos, uma vez que evita duplicidade de demandas quando em uma delas o Judiciário se der por incompetente. Como a Justiça do Trabalho é competente para julgar relações de trabalho, uma ação em que se pede relação de emprego, caso venha a ser comprovado que se

trata de prestação de serviços autônomos, poderá, desde logo, ser decidida, não mais sendo necessário propor nova ação em outra Justiça. (...) Com essas modificações, o sistema de competência deixa de ser tão fragmentado, como vinha sendo, e, embora não totalmente concentrado, passa, em um ponto nuclear, a exercer uma força atrativa, trazendo, para o seu âmbito, tipos de relações de trabalho que os juizes do trabalho não estavam até aqui autorizados a julgar. (...) O direito processual do trabalho não pode deixar de acompanhar a força expansionista do direito do trabalho. Há uma lógica comparativa entre os dois setores do Direito, que se reflete, como agora, na modificação de competência do Judiciário Trabalhista, com o que, como princípio, desaconselhável seria limitar a sua competência material, o que dificultaria a composição dos pleitos sobre o trabalho profissional da pessoa física [...].

Não parece existir risco de polarização de trabalhadores e de término da classe dos subordinados, pois não se está transferindo direitos materiais trabalhistas para os semi-autônomos, que continuam regidos pelo direito comum ou por legislação própria, (NASCIMENTO, 2009). De todo modo, é necessária a releitura do conceito tradicional de subordinação no trabalho, sobretudo diante das novas formas de contratação de trabalhadores que tem surgido com a evolução legislativa (PORTO, 2008).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A denominada flexibilização da legislação trabalhista trouxe para o direito do trabalho brasileiro a Lei nº 12.592/2012 (atualizada pela Lei nº 13.352/2016), a Lei nº 12.551/2011 e a Lei nº 13.467/2017. Tratam de novas figuras contratuais de trabalho, como a do profissional parceiro dos salões de beleza, o trabalhadores por meios telemáticos, os intermitentes e os autônomos exclusivos. O motivo comum invocado para essas alterações legislativas foi possibilitar a geração de novos postos de trabalho, ainda que sem a caracterização do liame de emprego, com vistas a aumentar a formalização da mão de obra que opera no mercado atual.

Espera-se que as novas modalidades contratuais sejam utilizadas com boa fé pelos contratantes. Incentivar o empreendedorismo deve ser o foco das contratações, para que não se valham destas figuras contratuais simplesmente para se levar vantagem no campo tributário, propósito escuso que muitas das vezes norteia a conduta do empresário e, até mesmo, do próprio trabalhador.

As mudanças na legislação ordinária ora estudadas, à evidência, não afastam a incidência dos princípios próprios do direito do trabalho, em especial o da proteção. Sobretudo nas reclamações em que se postule o reconhecimento do vínculo de emprego, com a invalidação da figura contratual formalizada pelas partes, o julgador continuará a se balizar por referido princípio, que tem por expressão, no particular, o do contrato realidade. Identificada a relação de emprego, nos termos do artigo 442 da CLT, a partir da presença dos elementos do artigo 3º da CLT, a declaração da fraude na contratação se imporá.

A maior novidade legislativa ficou por conta da expressa exigência de formalização de todos os registros específicos para a atuação profissional autônoma como condição de validade da figura utilizada para a contratação. Sustenta-se, ainda, que a prova da subordinação deve ser feita de modo mais evidente pelo demandante, para que não se declare a nulidade de contratos apenas com base na figura da subordinação estrutural. Em outras palavras, a prova da subordinação jurídica deve ser apresentada de modo contundente pelo reclamante do vínculo de emprego, não bastando a simples caracterização de habitualidade e de exclusividade na prestação de serviços.

Estes elementos já se faziam presentes no trabalho parassubordinado, sem que sua adoção implicasse na configuração do vínculo de emprego. Trata-se do trabalho que é executado de forma coordenada, mas sem a dependência típica da relação de emprego. Pode ser usado como elemento de identificação dos trabalhadores que passaram a ter direito de ação perante a Justiça do Trabalho para demandar títulos peculiares do modelo contratado, o que se aplica às novas modalidades contratuais ora estudadas.

A competência da Justiça do Trabalho foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que mudou o antigo foco dos sujeitos envolvidos no litígio para a matéria discutida. A propositura de reclamações por trabalhadores não empregados, notadamente pelos que se enquadrem na condição de parassubordinados, deve ser entendida como contemplada pela atual competência material específica da Justiça do Trabalho.

Entendimento neste sentido permitirá que se agilize a entrega da prestação jurisdicional, pois evitará a fragmentação dos sistemas decorrente do antigo ajuizamento de duas demandas, com a apresentação de pedidos sucessivos pelo trabalhador. Na hipótese de não obter êxito no pedido de reconhecimento do vínculo de emprego, poderá, por exemplo, cobrar comissões em atraso decorrentes da representação comercial. Não parece existir risco de polarização de trabalhadores e de sobrevivência da classe dos subordinados, pois não se trata de reconhecer títulos próprios destes

aos primeiros. A similitude das características dos trabalhos subordinado e coordenado recomenda a extensão da tutela jurisdicional trabalhista aos trabalhadores deste segundo grupo, de forma a prestigiar a identidade social da atuação da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ADORNO JÚNIOR, H. L. A competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos decorrentes das relações de trabalho. **Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas**: uma publicação da Associação Educacional e Assistencial Santa Lúcia. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 5, nº 8, 2012, p. 125-148.

ARARIPE, L. R. B. A. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, vol. 21, nº 2, 2017, p. 79-88.

CID, C. F. Contrato de trabalho intermitente e a precarização do direito do trabalho. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, ano 34, nº 398, fevereiro/2017, p. 57-66.

COLNAGO, L. de M. R. Trabalho intermitente. Trabalho “zero hora”. Trabalho fixo descontinuo. Reforma trabalhista: impacto e aplicação da Lei 13.467/2017. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 2018. p. 33-38

DALLEGRAVE NETO, J. A. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 3, nº 33, setembro/2014, p. 8-27.

DELGADO, M. G. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. **Nova competência da Justiça do Trabalho**. Coordenação de COUTINHO, G. F. e FAVA, M.N. São Paulo: LTr, 2005, p. 292-305.

FRANCO FILHO, G. S. Cabeleireiro e manicure e contrato de parceria. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 7, nº 66, março/2018, p. 6-7.

GARCIA, G. F. B. Contrato de parceria em salão de beleza: Lei 13.352/2016. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol 7, nº 66, março/2018, p. 9-11.

GIGLIO, W.; CORRÊA, C. G. V. **Direito processual do trabalho**. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, 640p.

HERNANDEZ, M. R. P. **Novas perspectivas das relações de trabalho**: o teletrabalho. São Paulo: LTr, 2011. 96 p.

JOÃO, P. S. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, ano 29, nº 346, abril/2018, p. 40-43.

LACERDA, N. D. A reforma trabalhista brasileira e o trabalho autônomo. In: MARTINEZ NETO, Aldo Augusto (Coord.). *et al.* **Reforma trabalhista em debate**. São Paulo: LTr, 2018. p. 115-119.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 1216 p.

MAGANO, O. B. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, vol. 3, 1997, 286 p.

MAIOR, J. L. S. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, 113 p.

MALLET, E. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a emenda constitucional nº 45/2004. **Justiça do Trabalho: competência ampliada**. Coordenação de COUTINHO, G. F. e FAVA, M.N. São Paulo: LTr, maio de 2005, p. 70-91.

MERÍSIO, P. M.; MAIA, S. L. A. **Contrato de parceria - o salão-parceiro (Lei nº 13.352/2016)**: aspectos práticos civis e trabalhistas. São Paulo: LTr, 2017, 84 p.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, 920 p.

PORTO, L. V. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: RT. vol. 130, 2008, p. 119-142.

PRETTI, G. **Teletrabalho na prática**. São Paulo: LTr, 2018. 103 p.

RIGON, V. R.; TURINA, A. O. A modernização das relações de trabalho e seus impactos previdenciários: o trabalho intermitente e o cálculo do índice FAP. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, vol. 81, nº 12, dezembro/2017, p. 1476-1484.

RUSSOMANO, M. V. **Curso de direito do trabalho**. 4ª edição, São Paulo: LTr, 1991, 466 p.

SILVA, O. P. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, 207 p.

