XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ILTON GARCIA DA COSTA

PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Platon Teixeira de Azevedo Neto

Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-782-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Goiânia – GO, sob o tema "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo", oferece ao leitor, através dos diversos trabalhos submetidos ao Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho", a diversidade e a pluralidade de experiências e de conhecimentos de que se extrai, no seu conjunto, de forma crítica, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, especialmente frente às recentes reformas legislativas acerca da regulação do trabalho no País, ponderados as dimensões constitucionais do valor social do trabalho como reitor do desenvolvimento social e econômico, o estado das políticas de fomento do emprego e do trabalho decente no Brasil, o necessário cuidado com o meio ambiente do trabalho e o papel inclusivo do trabalho.

Os trabalhos aqui reunidos, assim, são uma valiosa amostra do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de uma amostra significativa que revela, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil.

Somam-se, assim, os trabalhos de Aline Mafra Giffoni Curi, Anne Harlle Lima da Silva Moraes, Camila Franco Henriques, Caroline Gomes de Mello, Douglas Luis Ferreira, Eduardo da Silva Calixto, Elve Miguel Cenci, Emerson Clairton dos Santos, Felipe Prata Mendes, Flávia Amaral Sete, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser, Ilton Garcia da Costa, Jaqueline Maria Ryndack, Leda Maria Messias da Silva, Lucas Alves de Andrade Rocha, Luciana Leal Pena, Marcela Sandri Pires, Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas, Marina Garcia Valadares, Melissa Mika Kimura Paz, Milena Veloso de Linhares, Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa, Rafael da Silva Almeida, Rafaela Mariane de Nicola Pagliotto, Raimunda Regina Ferreira Barros, Ricardo José Leite de Sousa, Roberta Grisolia Cavalcante, Rodrigo Garcia Schwarz, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury e Vantoir Alberti em torno dessas discussões, fundadas na perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, da concretização do Direito do Trabalho e do trabalho decente como pressupostos de um desenvolvimento inclusivo.

Neste Grupo de Trabalho, foram apresentados dezesseis trabalhos: A construção da cidadania a partir do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores: uma análise do trabalho na mineração no Brasil; A flexibilização das normas trabalhistas: (in)constitucionalidade?; A invisibilidade do meio ambiente do trabalho do peconheiro na cadeia de valor do açaí; A pessoa com deficiência e sua inserção no mercado de trabalho brasileiro: marcos normativos e ações afirmativas; A possibilidade da terceirização da atividade-fim: aspectos e impactos nos trabalhadores; A transferência de trabalhadores para o exterior e a lacuna legislativa: contratação por pessoa física; Desconstrução da ideologia do trabalho: reflexão necessária sobre a reforma trabalhista; Direito fundamental à isonomia salarial: igualdade de tratamento entre os empregados terceirizados internos e os empregados diretos da tomadora dos serviços; Impactos da reforma trabalhista no trabalho da mulher: compatibilização dos artigos 372, 384, 394-a e 396 com o direito à inviolabilidade da vida e a dignidade humana; O compliance como estratégia empresarial para garantia de um meio ambiente de trabalho equilibrado; O controle estatal da saúde do trabalhador após o terror psicológico causado com o advento da reforma trabalhista; O negociado sobre o legislado no cenário sindical brasileiro contemporâneo; O princípio da ajenidad e o teletrabalho; Perspectivas constitucionais e econômicas da busca pelo pleno emprego e a valorização do trabalho humano por meio de políticas públicas; Reflexões sobre a onerosidade e a natureza jurídica da contraprestação financeira paga em razão do pacto de não concorrência; Um olhar contemporâneo do trabalho escravo: a dignidade da pessoa humana, conquistas e desafios no combate.

Nesses trabalhos, são tratadas distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade, dos seus marcos constitucionais, das políticas e do papel do trabalho decente no desenvolvimento inclusivo: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, envolvendo coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da negociação coletiva e da liberdade sindical, da responsabilidade social corporativa e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho - sobretudo a partir, no Brasil, da recente Lei nº 13.467, de 2017 -, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho e das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos de proteção do trabalho, reafirmando-se a fundamentalidade do Direito do Trabalho.

Daí a especial significação desse conjunto de trabalhos, que fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, orientado para um desenvolvimento inclusivo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro.

Parabéns às/aos autoras/es pela importante contribuição.

Ao leitor, desejamos uma proveitosa leitura.

Os coordenadores,

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto – UFMG

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa – UENP

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz – UNIFIEO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA AJENIDAD E O TELETRABALHO

THE PRINCIPLE OF AJENIDAD AND THE TELEWORK

Rafaela Mariane De Nicola Pagliotto [1]
Emerson Clairton Dos Santos [2]

Resumo

O Direito do Trabalho, por regular uma questão social tão peculiar, vive em constância mutação, pois lida com assuntos extremamente delicados e antagônicos, como a moeda e o trabalho, o lucro e a sobrevivência de um trabalhador. Estabilizar as gritantes diferenciações dessa relação, sempre foi a árdua tarefa de todo o arcabouço deste ramo do Direito. O tema proposto tem como escopo, acentuar a discussão a respeito do teletrabalho em comparação com alguns princípios trabalhistas, em especial, o princípio da ajenidad, em que se apresentarão alguns impactos desse modelo de trabalho no arcabouço trabalhista.

Palavras-chave: Direito do trabalho, Teletrabalho, Princípio da ajenidad

Abstract/Resumen/Résumé

The labour law, a social issue regular so peculiar, lives in constant mutation, because deals with extremely delicate issues and antagonistic, such as currency and work, profit and the survival of a worker. Stabilize the glaring differentiations of this relationship, always was the arduous task of the whole of this branch of Law framework. The theme is scoped to, accentuate the discussion about telework in comparison with some labor principles, in particular, the principle of ajenidad, which will present some impacts this model of work in the labour framework.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labour law, Telework, Principle of ajenidad

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Advogada, Docente na Graduação em Direito, pela Faculdade Birigui, Universidade Brasil. E-mail: rafaelaadv.nicola@hotmail.com.

[2] Mestre em Teoria do Direito e do Estado no "Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM". Advogado, Docente da Graduação em Direito pela Faculdade Birigui (FABI), Universidade Brasil. E-mail: eclairton@bol.com.br.

INTRODUÇÃO

Tem a presente pesquisa a pretensão de desenvolver uma análise crítica a respeito da modalidade de trabalho denominada de teletrabalho, estudando seus impactos na seara trabalhista, tendo como norte, o princípio da *ajenidad* ou alheiabilidade, e igualmente, o princípio da primazia da realidade.

De grande importância para os operadores da seara trabalhista, mostra-se o tema proposto nesse trabalho, visto que autêntico e de grande repercussão na dinâmica trabalhista.

O maior intuito desse trabalho será a demonstração de como a mutabilidade social, no que diz respeito a acontecimentos trabalhistas, vem aos poucos, causando alterações na base primordial do Direito do Trabalho, que sempre foi a proteção ao trabalhador.

Interessante anotar que, essa base fundamental da teoria trabalhista, ou seja, a proteção ao trabalhador, tem como principal viés, proporcionar certo equilíbrio aos polos que compõem a relação trabalhista, que por lidarem com pretensões, fatores e direitos tão diferentes, vivem em constante desarmonia e desequilíbrio.

Por lidar, de fato, com fatores tão extremos, a busca por um equilíbrio entre os polos que compõem a relação de trabalho sempre foi a base principal de toda a doutrina e normatização trabalhista.

Estabilizar as gritantes diferenciações nessa relação em que se torna quase que impossível esse feito, sempre foi a árdua tarefa de todo o arcabouço deste ramo do Direito.

Ao ocorrerem mudanças nessa base protetiva, a preocupação maior do operador do direito é saber se a principiologia construída até então, em árduos anos de lutas e resistências, voltada para estabelecer certa proteção à pessoa do trabalhador, e equilíbrio à relação trabalhista, está sendo aos poucos retirada do arcabouço trabalhista, e principalmente, retirada do trabalhador, e ao mesmo tempo, se esse acontecimento se confirma, até que ponto essas alterações atingirão todo o Direito do Trabalho.

A pesquisa parte do pressuposto de que as alterações realizadas ao longo das últimas décadas nas relações de trabalho, mesmo que sutis ou mais acentuadas, tendem a causar impactos não positivos à base protetiva da seara trabalhista.

Dessa forma, a modalidade de trabalho, denominada de teletrabalho, inserida na CLT pela Lei 13.467/2017, artigo 75-A, causou grande alteração na visão tradicional de relação de trabalho que se tinha até então, principalmente quando comparadas com os artigos 2º e 3º da CLT.

A metodologia aplicada para essa pesquisa foi o estudo bibliográfico.

1 UM BREVE RELATO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

Para iniciar o presente trabalho, num primeiro momento, necessário realizar uma breve análise histórica do Direito do Trabalho, com olhar tanto interno como externamente.

A realidade com a qual se convive atualmente no cenário trabalhista é um reflexo do passado de muitas lutas e resistências, que fizeram e continuarão fazendo parte desse meio laboral, tendo em vista, entre tantas outras questões, a diferença entre os valores e objetivos, que por serem tão discrepantes, acabam por desarranjar as duas classes que participam de um contrato de trabalho.

O Direito do Trabalho, como bem exemplifica Vólia Bomfim Cassar (2016, p. 12), "nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho". Dessa forma, temos que a estrutura do Direito do Trabalho, como a qual conhecemos hoje, encontra-se historicamente dentro desse período social, ou seja, fruto, principalmente, de um cenário de exploração capitalista, frente ao trabalho de homens livres, que já não detinham seus "senhores" feudais para lhes darem "certa" proteção econômica, alimentar ou com habitação.

Temos, nesse período histórico, um cenário totalmente diferenciado do que encontramos no Período Medieval, onde, os "senhores supriam", de certa maneira, as necessidades dos seus servos e escravos.

No período descrito pela autora supracitada, os trabalhadores já se encontravam "libertos de seus senhores", e dessa forma, sem mais nenhuma forma de "proteção", como as acima citadas.

Sem tais proteções e sem a terra, que lhes fora sendo retirados paulatinamente, na passagem do sistema medieval para o sistema moderno, esses trabalhadores, agora "livres", teriam que contar apenas com seus próprios esforços e força física para sobreviverem.

Nesse sentido, podemos citar Karl Marx, em algumas passagens de seus textos, formulando a teoria da mais-valia, conseguiu comprovar que em nada diferem, quanto à exploração, um escravo, um servo e um proletário. Todos fazem parte da classe explorada, despossuída. A única diferença que se nota, é que, no capitalismo, os homens podem "escolher" se trabalharão ou não, e se "optarem" por assim fazer, poderão igualmente decidir a quem e por quanto tempo venderão a sua força de trabalho. Segundo Marx (1996, p. 206), "O escravo romano era preso por grilhões; o trabalhador assalariado está preso a seu

proprietário por fios invisíveis. A ilusão de sua independência se mantém pela mudança contínua dos seus patrões e com a ficção jurídica do contrato".

Ainda nesse diapasão, são as palavras de Marx:

> O sistema do salário, substituindo as diversas formas de trabalhos forçados, aliviou o capitalista da manutenção dos produtores. O escravo tinha assegurada a sua alimentação quotidiana, quer fosse obrigado a trabalhar quer não; o assalariado não pode comprar a sua senão com a condição de que o capitalista necessite do seu trabalho [...]. (2008, p. 17).

Dessa forma, e complementando esse desenvolvimento histórico geral, o Direito do Trabalho, é sem dúvida, "produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano". (CASSAR, 2016, p. 12).

Vale citar também, as palavras de Alice Monteiro de Barros (2016, p. 50), ao explanar sobre a história do Direito do Trabalho:

> O novo regime consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e consequentemente, para as livres contratações. Encontrava-se estribado na doutrina de Rousseau, nas doutrinas econômicas dos fisiocratas e dos clássicos ingleses, como também na Escola do Direito Natural de das Gentes. Essa nova estrutura social fundava-se no individualismo, que se refletia nos aspectos econômicos , políticos e jurídicos.

No cenário nacional, as causas que levaram à construção desse ramo do Direito não poderiam ser diferentes, contudo, seu desenvolvimento fora um pouco mais tardio.

A doutrina trabalhista é pacífica em apontar a Constituição do Império como sendo o ponto de partida do desenrolar da história do Direito do Trabalho brasileiro.

Todavia, como bem acrescentam Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2011, p. 8), tal constituição "consagrava a filosofia liberal da Revolução Francesa, assegurando a liberdade do trabalho, todavia, não tratou dos direitos sociais do trabalhador".

Fazendo um corte histórico brasileiro, temos na década de trinta, o apogeu dos direitos trabalhistas nacionais, junto com a criação do Ministério do Trabalho, a Constituição da República de 1934, elevando direitos trabalhistas ao "status" constitucional, o Decreto-lei 1.237/1939, organizando a Justiça do Trabalho, bem como a compilação da CLT em 1943.

Outro marco importantíssimo para a história do Direito do Trabalho foi a Constituição de 1946, reconhecendo a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, retirando-a do Poder Executivo.

Nesse momento histórico em que o Brasil vivia, muitos direitos trabalhistas foram sendo reconhecidos pelo Estado aos trabalhadores, e as bases da doutrina com as quais conhecemos até então, sendo construídas e firmadas.

Contudo, conforme se verá mais adiante, esses direitos trabalhistas vêm sendo paulatinamente flexibilizados, às vezes de forma incisiva, ou mesmo de forma sutil, e pelos motivos mais variados, que a doutrina capitalista utiliza para justificar tal acontecimento.

É importante entender que a flexibilização de direitos trabalhistas, que remonta à meados do século XX, que começou de forma um tanto sutil, citando Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 66), "no Brasil as leis foram flexibilizadas, inicialmente, em 1966, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço", facilitando a dispensa dos empregados, visto que não mais teriam a estabilidade decenal, vem ganhando cada vez mais força, principalmente após a famigerada reforma trabalhista.

De fato, nosso país passou por grande alteração legislativa, principalmente após as mudanças provocadas pela Lei 13.467/2017.

Questões que há tempos os doutrinadores trabalhistas já vinham alertando que possivelmente passariam por alterações, devido principalmente pelo efeito opressor cada vez mais evidente do sistema econômico, de fato vinha se concretizando, e alcançou, com a reforma trabalhista, o seu grande apogeu.

2 O PRINCÍPIO DA *AJENIDAD* OU ALHEIABILIDADE

No presente tópico, o estudo será voltado para o princípio da *ajenidad* ou alheiabilidade, alteridade, ou ainda, alienidade, como defendem alguns doutrinadores.

Palavra originada da doutrina estrangeira, tem sido adotada por nossos doutrinadores, tanto na utilização para conceituar as características do contrato de trabalho, ou seja, para exemplificarem o artigo 3º da CLT, como também, para catalogarem os princípios do Direito do Trabalho.

Na doutrina espanhola, há três correntes para conceituar a*jenidad.*

Nos utilizaremos das palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 152), para expô-las:

> A primeira e mais tradicional, é a de Olea, em que a *alienidade* é encarada a partir da alienação dos frutos do trabalho (*ajenidad en los frutos*). Uma segunda, na qual a alienidade é aferida em função da não assunção dos riscos da atividade econômica, defendida por Bayón Chacón e Perez Botija (*ajenidad en los riscos*) e uma terceira, da alienidade em razão da desvinculação da pessoa do trabalhador da utilidade

> patrimonial do trabalho (*ajenidad en la utilidad patrimonial*), apresentada por Montoya Melgar... Sustentam esses dois autores que, nesse momento histórico da reorganização produtiva, consagrar a centralidade do conceito de alienidade no direito do trabalho é fundamental para desenvolver uma exegese sistemática e estável – conceitos muito caros aos sistemas capitalistas, inclusive – da relação de emprego. A ideia mais tradicional de subordinação, descolada dessa perspectiva de alheamento, muitas vezes torna a subordinação, ela própria – ainda que aparentemente, apenas – suscetível a desvirtuamentos conceituais, principalmente em face da crescente concepção do trabalhador (supostamente) autônomo, mas econômica e habitualmente dependente de uma mesma rede produtiva.

Vólia Bomfim Cassar (2016, p. 229), adota a teoria de Bayón Chacón e Perez Botija, defendendo que "*ajenidad* significa aquisição originária de trabalho por conta alheia", e ao mesmo tempo, por assim ser, o empregado não deve correr os riscos da atividade econômica, e sim, o empregador, pois é ele quem detém o controle econômico e jurídico do negócio que exerce.

A sorte do empreendimento está nas mãos do empregador, e a este não caberia repassar essa sorte – principalmente no que diz respeito aos prejuízos – ao empregado, uma vez que sua classificação dentro do empreendimento não é de sócio, mas de empregado, e por assim ser, não deve compartilhar dos prejuízos, dos quais, não tem controle algum.

Nessa linha de pensamento, a palavra *ajenidad* estaria interligada ao caráter forfetário da relação de emprego, ou seja, independentemente dos riscos do negócio econômico, da situação do empreendimento, por ser onerosa a relação de emprego – e isso é um dos elementos que compõem essa relação – o salário do empregado é sempre devido.

Uma vez executado o serviço, impõe-se ao empregador, ou seja, aquele que recebeu o serviço, o pagamento pelo mesmo, independentemente da situação econômica da empresa.

Da mesma forma, *ajenidad* interliga-se à palavra subordinação, outro elemento que descreve a relação de emprego.

Por ser subordinado os préstimos laborais, o trabalho é realizado por conta alheia, ou seja, por conta do empregador, e dai advém a palavra alheiabilidade ou alteridade ou ainda alienidade, como exposto acima. Dessa forma, os riscos do empreendimento, bem como os investimentos, as despesas, devem ficar a cargo daquele que é o "dono" do negócio. "O princípio da alteridade determina que os riscos da atividade econômica pertencem única e exclusivamente ao empregador" (SARAIVA, 2009, p. 45).

Se o empregado não pode administrar os negócios, também não pode arcar com o mesmo. Se arcar, deverá fazer parte da administração.

Se assim for, se investir, se correr os riscos, se ficar a mercê da sorte econômica do mercado, passará da classificação do artigo 3º da CLT para o artigo 2º do mesmo dispositivo normativo, compartilhando tanto da bonança, como das tormentas dos negócios.

Para encerrarmos esse pequeno esboço conceitual, nas palavras de Hugo Gueiros Bernardes (1989, p. 144), "a *ajenidad* não substitui, mas completa a subordinação: o trabalho que se envolve na figura denominada contrato de trabalho caracteriza-se não somente por ser subordinado, mas também por realizar-se por conta alheia".

Assim, diante de todo o exposto, afim de que não se tenha uma inversão da ordem de classificação das partes na relação empregatícia, estabelecidas nos artigos 2º e 3º da CLT, ao empregador não é dado o direito de repassar ao empregado, as responsabilidades do empreendimento. Da mesma forma, ao empregado, não cabe participar da sociedade empresarial, pois trabalha por conta alheia, e não por sua própria conta. Nesse sentido, há uma linha bem explícita que divide esses dois tipos de trabalho ou posição social: o subordinado e o autônomo, o empregado e o patrão. Essa divisão não é alterada, mesmo com o artigo 7º, XI da Constituição Federal de 1988 e a Lei 10.101 de 2000 prevendo a participação do empregado nos lucros da empresa.

3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Cumpre analisar, nesse momento, o princípio da realidade, ou como comumente denominado pela doutrina, da primazia da realidade.

Conforme Arnaldo Süssekind, citado por Vólia Bomfim Cassar (2016, p. 187), "a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não corresponda à realidade".

O que se tem por escopo nesse momento do presente trabalho, é demonstrar que, por mais que as partes da relação contratual trabalhista tenham por estabelecido um contrato que simbolize uma determinada relação, se ao se inquirir pela realidade dos fatos, o resultado for diverso do avençado pelas partes, prevalecerá esta última, ou seja, a realidade dos fatos negociados.

Dessa forma, por mais que empregador e empregado tenham pactuado uma condição negocial, se os préstimos laborais evidenciarem condição diversa, é essa última que será o objeto de estudo do complexo normativo e principiológico do Direito do Trabalho.

Como acentua Maurício Godinho Delgado (2017, p. 223), nas relações empregatícias, "deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica".

Por fim, o princípio da primazia da realidade tem por finalidade, proteger o trabalhador de eventuais fraudes que podem vim a ser empregadas nas relações trabalhistas, visto que por depender economicamente dos seus préstimos laborais, e por dever respeito às ordens hierárquicas, o seu empregador poderia, até com certa facilidade, fazer com que assine documentos que por vezes, foge à sua vontade e real expectativa.

Diante dessa realidade que constantemente é experimentada dentro de um ambiente laboral, e tendo por base o princípio corolário do Direito do Trabalho, que é o da proteção ao trabalhador, tem-se como um de seus desmembramentos, o princípio da primazia da realidade.

A título de incremento conceitual, tem-se o entendimento de Américo Plá Rodriguez, para quem "o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos". (2000, p. 144).

Diante do exposto, tem-se que o princípio da primazia da realidade exerce papel fundamental tanto do ponto de vista doutrinário, alimentando de viés protetivo a estrutura principiológica do Direito do Trabalho, como do ponto de vista prático, sendo um instrumental importantíssimo de que se poderá socorrer o aplicador do direito.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA OU MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A doutrina trabalhista aponta os fatores econômicos como sendo determinantes para a criação de meios que pudessem minimizar a gama de direitos que fazem parte do contrato de trabalho.

Esse é o sentido ou o objetivo buscado pelo movimento social, legislativo e jurídico denominado de flexibilização ou ainda, como bem assinala Amauri Mascaro Nascimento (2014), modernização do direito do trabalho[1].

Esse movimento social denominado de flexibilização dos direitos trabalhistas também envolve um outro movimento social que com ele se completa: a desregulamentação.

[1] Alerta o autor que alguns doutrinadores preferem se utilizar da palavra modernização ao invés de flexibilização, pois essa última remete a uma ideologia liberal (2014).

A história social vem demonstrando, no que diz respeito a direitos ou proteções àquele que trabalha, que a sociedade vive num insistente movimento entre atribuir direitos, e retirar direitos trabalhistas. Claro que se analisado a partir de um determinado momento da trajetória social.

Conforme o pequeno esboço histórico tentou exemplificar, viemos de um passado em que os direitos trabalhistas eram inexistentes, enfim, nem se pensava a respeito de direitos à pessoa que trabalha. Logo após, alguns resquícios de benefícios foram sendo atribuídos, mas não por um acaso, visto que pensados do ponto de vista do sistema então emergente na época. Como bem ressaltado pela teoria de David Ricardo (1996), denominada de '*lei férrea dos salários'*, os empregadores deveriam sempre pagar o mínimo necessário para a sobrevivência dos proletariados. Esse mínimo, deveria apenas atender as necessidades básicas do trabalhador.

Note-se a semelhança da teoria de Ricardo, com o que é previsto em nossa Lei Maior (art. 7º, inc. IV, do capítulo II, intitulado 'dos direitos sociais').

De toda forma, direitos foram sendo atribuídos e agregados à esfera laboral, isso tanto numa visão nacional, como claro, em uma visão internacional.

Num olhar amplo do arcabouço jurídico e doutrinário interno, como demonstrado no desenvolvimento histórico alhures, tivemos uma acentuada e latente atribuição de direitos trabalhistas, principalmente na Era Vargas.

Pensados ou não do ponto de vista econômico ou social, direitos foram sendo distribuídos, e essa distribuição vinha tanto de forma heterônoma como autônoma. Da mesma forma, a suavização ou a diminuição de sua intensidade também advinha e advém de ambos os lados.

Como exposto linhas acima, os direitos trabalhistas vivem em constante movimento, em um constante ritmo social, atendendo aos fatores e expectativas de mercado.

Claro que esse movimento é sentido, em linhas gerais, em toda a área do direito. Contudo, de forma mais incisiva nos direitos sociais e fundamentais.

Contudo, como apontado pela doutrina trabalhista nacional, a flexibilização dos direitos trabalhistas vem sendo cada vez mais acentuada com o passar dos anos, e isso pode ser nitidamente sentido de forma bem intensa, e como um fato recente, com a reforma trabalhista.

Vólia Bomfim Cassar (2016) aponta como justificativa para essa moderna teoria diminuta de direitos trabalhistas, denominada de flexibilização, fatores e crises econômicas,

ocorridas principalmente nos anos 70 e 80, isso tanto interna como externamente. Contudo, como já mencionamos outrora, Mascaro Nascimento (2003) já vislumbrava esse movimento em datas anteriores.

Ensina Alice Monteiro de Barros (2016, p. 65), que o fenômeno social denominado de flexibilização "é encarada também sob o enfoque da desregulamentação normativa, imposta pelo Estado, a qual consiste em derrogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores".

Nesse sentido:

> A "desregulamentação normativa" imposta unilateralmente pelo Estado (flexibilização heterônoma) é considerada por alguns doutrinadores como "selvagem". Em contrapartida a ela, sugere-se uma "regulamentação laboral de novo tipo", a qual pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais (flexibilização autônoma), com a primazia da negociação coletiva. Situa-se aqui a hipótese de redução salarial prevista na Constituição de 1988 (art. 7º, VI), mediante convenção ou acordo coletivo, como também de majoração da jornada de seis horas para turnos ininterruptos de revezamento, sempre mediante negociação coletiva (art. 7º, XIV). A flexibilização traduz aqui uma forma de adaptação das normas trabalhistas às grandes modificações verificadas no mercado de trabalho. (BARROS, 2016, p. 65).

Ressalte-se que alguns doutrinadores encaram flexibilização e desregulamentação como fenômenos iguais, como a supracitada doutrinadora Alice Monteiro de Barros. Já para outros, como Vólia Bomfim Cassar, seriam fenômenos diferentes. Contudo, fato é que ambos fazem parte de um mesmo ideário liberalista.

Nesse sentido, Alysson Leandro Mascaro (2007, p. 14), ao comentar o desenvolvimento teórico do jurista soviético Evgeni Pachukanis (1891-1937):

> [...] toda vez que se estabelece uma economia de circulação mercantil na qual tanto os bens quanto as pessoas são trocáveis, uma série de ferramentas jurídicas precisa ser construída em reflexo e apoio a essa economia mercantil.

A título de acentuarmos essa questão, Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 65), nos informa que o "substrato para a ideologia do iluminismo político e do *laissez-faire* econômico", necessita de um Estado em que a interferência paternalista seja mínima.

Minimizar, suavizar, diminuir, ou até mesmo excluir os direitos trabalhistas é o ideário liberal, encontrado em qualquer doutrina capitalista, filosófica ou histórica do Direito e da sociedade.

Inclusive, retirar a intervenção paternalista do Estado em relação aos direitos sociais como um todo, é também um dos princípios liberais.

Dai advém à palavra desregulamentação, ou seja, a intervenção mínima do Estado, ou até mesmo a sua ausência no que diz respeito a direitos trabalhistas, permitindo, dessa forma, nas palavras de Bomfim Cassar (2016, p. 40) "a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva".

Leo Huberman (2008) consegue demonstrar entre tantas passagens em sua obra *História da Riqueza do Homem*, essa visão liberal, quando descreve alguns dos pensamentos do economista Adam Smith, para quem a interferência do Estado deveria ser mínima, pois os capitalistas precisavam de maiores liberdades para seus impulsos cumulativos. O Estado deveria intervir apenas quando fosse necessário. É a tão famosa doutrina do *laissez-faire*, que como bem narra Huberman (2008, p. 126), "uma tradução livre dessa frase famosa seria: deixem-nos em paz!".

Já na flexibilização, o Estado estaria presente, mas com uma intervenção mais diminuta, servindo, muitas vezes, para garantia de direitos sociais mínimos.

5 O TELETRABALHO

O teletrabalho foi regulamentado de forma explícita pela Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista, entrando em vigor em 11 de novembro de 2017.

Até a mencionada lei, não se tinha um contexto normativo que cuidava dessa modalidade de contrato.

O artigo 6º da CLT, em seu parágrafo único, incluído pela Lei 12.551 de 2011, apenas informa sobre o trabalho realizado à distância para fins de subordinação jurídica. Contudo, não conceitua e nem regulamenta o teletrabalho.

Teletrabalho é uma espécie de trabalho à distância, muito próximo do *home-office*, contudo, traz consigo um grande diferencial que é a possibilidade do empregado prestar os seus serviços não necessariamente de sua casa, como o tradicional *home-office*, mas em lugares distintos, fazendo uso de equipamentos eletrônicos.

Assevera José Cairo Jr (2017, p. 389) que o teletrabalho foi "concebido como forma flexível de organização do trabalho e com utilização das ferramentas fornecidas pelas novas tecnologias da informática e das telecomunicações".

No regime de teletrabalho, o empregado prestará seus serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, utilizando-se de tecnologias de informação e comunicação, contudo, como bem acentua o artigo 65-B da CLT, não se constituirá em trabalho externo.

Durante várias passagens no presente texto, discutiu-se a respeito das alterações ocorridas ao longo dos anos, em que direitos trabalhistas foram sendo minimizados ou mesmo, como preferem alguns doutrinadores, flexibilizados, com a finalidade maior de se atender a um ideário liberal.

Mencionou-se que um dos grandes feitos legislativo atual, no que se refere à flexibilização, foi o ocorrido com a Lei que tratou da reforma trabalhista.

De fato, muitos doutrinadores e aplicadores do Direito do Trabalho teceram calorosas críticas a respeito da reforma trabalhista, que flexibilizou em muito, a gama de direitos trabalhistas.

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 53), ao se referir à reforma trabalhista, e em principal, ao teletrabalho, expõe que "(...) no preenchimento dessas lacunas normativas, o fato é que o novo diploma legal também se perfilou por espírito anti-humanista e antissocial".

Por sua vez, Bomfim Cassar (2017, p. 8), na mesma linha de raciocínio, ao escrever sobre o princípio da primazia da realidade e o teletrabalho, tece os seguintes comentários:

> A reforma trabalhista modificou um pouco o cenário favorável aos trabalhadores pela aplicação do princípio da primazia da realidade [...], pois algumas das modificações feitas na CLT deixam clara a prevalência do ajustado individual ou coletivamente sobrea realidade, mesmo que o contrato seja menos favorável e diferente da realidade. [...] O contrato de trabalho que indique que o empregado é um teletrabalhador (art. 75-C da CLT) o afasta do Capítulo "Da Duração do Trabalho" (art. 62, III, da CLT). Mesmo que controlado e fiscalizado, não terá direito às horas extras, noturnas e intervalo intrajornada. Nesse caso, não prevalece a realidade (controle, fiscalização e labor extra comprovados).

O capítulo II-A, que trata do teletrabalho, de fato, trouxe algumas questões muito peculiares, no que diz respeito à flexibilização trabalhista, como a possibilidade de se estabelecer renúncias e transações de direitos, em detrimento do trabalhador, bastando para isso a simples assinatura do empregado concordando com a condição de ser teletrabalhador.

Outra questão muito agressiva aos direitos trabalhistas, diz respeito à inversão da ordem estabelecida pelo artigo 6º, parágrafo único da CLT, pois ao se submeter ao regime de teletrabalho, o empregado deixará de integrar o capítulo que trata da duração do trabalho, ou seja, não terá mais direito às horas extras, à hora noturna, ao adicional noturno e aos

intervalos intra e interjornadas, mesmo que esteja sendo controlado e fiscalizado pelo empregador.

Interessante a regra estabelecida no artigo 75-E da CLT, que impõe a assunção de responsabilidade pelo empregado de eventuais doenças profissionais, retirando-a do empregador, pela simples assinatura de termo de responsabilidade.

Contudo, o foco que se objetiva, é a regra trazida pelo artigo 75-D da CLT, que possibilita o repasse ao empregado do investimento nos insumos e meios de produção, ou seja, no instrumental necessário para a prestação dos serviços.

Nessa esteira, temos a inversão da lógica insculpida nos artigos 2º e 3º da CLT, em que é do empregador a obrigação de investir nos meios de produção necessários para a exploração dos seus negócios, bem como, os riscos da atividade econômica, e de outro lado, que o empregado é aquele que trabalha por conta alheia.

É nesse sentido que o referido artigo se choca com o princípio da *ajenidad*, pois a relação empregatícia é aquela em que o empregado trabalha por conta alheia, não sofrendo os riscos do negócio que não é dele, mas sim do empregador, e por não correr os riscos, já que não é dono, mas empregado, não deve lançar mão de responsabilizar-se com a aquisição, manutenção ou fornecimento da infraestrutura necessária para trabalhar.

De fato, dentre as várias regras trazidas pela mencionada reforma trabalhista, esta em especial, provocou uma grande alteração na lógica legislativa e doutrinária que estabelece os critérios para a caracterização da relação de emprego, distinguindo os papéis do empregado e do empregador no contrato de trabalho.

CONCLUSÕES

O princípio da *ajenidad* ou alheiabilidade, de fato, representa importante parâmetro que o aplicador do direito detém para distinguir os atores da relação empregatícia, diferenciando-os pelos papéis que assumem, em empregado e empregador.

É bem verdade que o empregado é aquele trabalha de forma não eventual, subordinado às ordens do empregador, de forma onerosa e com pessoalidade, com base no artigo 3º, e da mesma forma, trabalha por conta alheia.

Da mesma forma, instrumental importante é o princípio da primazia da realidade, que da mesma forma, serve como orientação ao julgador para que possa, no caso concreto, chegar à realidade dos fatos.

O principal arcabouço jurídico e doutrinário do Direito do Trabalho é o princípio da proteção, que tem por pretensão estabelecer certo nivelamento às partes do contrato de trabalho.

Essa proteção se justifica, uma vez que as partes contratantes não estão em uma relação hierárquica harmônica. Longe disso, pois um dos atores contratuais concentra em suas mãos, o poder de determinar a própria existência ou subsistência do outro.

De fato, a relação social embasada em um contrato de trabalho é extremamente díspar, e dessa forma, se faz extremamente necessária a proteção que é atribuída ao trabalhador.

Contudo, alterações ocorridas tanto de forma heterônoma como autônoma, foram ao longo do tempo modificando, ora de forma sútil, ora de forma mais acentuada, a forma como o Direito do Trabalho opera, como se numa manobra de cortes e reduções.

Dentre tantas alterações, entre a mais atual, temos a Lei 13.467/2017, que alterou a CLT, conhecida tal norma como reforma trabalhista, como um grande exemplo dessa manobra provocada de forma heterônoma.

Grande parte da doutrina trabalhista não compartilha do espírito com o qual adveio a Lei 13.467/2017, por considerá-lo maléfico ao trabalhador, pois flexibiliza em sobremaneira muitos direitos conquistados com alto custo para a classe trabalhadora.

A modalidade de trabalho prevista no capítulo II-A da CLT, prevista entre os artigos 75-A a 75-E, denominada de teletrabalho, bem ilustra essa modificação, embebecida de um viés liberal, que tem como principal propósito, a flexibilização de direitos trabalhistas.

Ao propor renúncias e transações de direitos laborais, afeta diretamente a base principiológica protetora do Direito do Trabalho.

Dentre tantas características peculiares dessa modalidade de trabalho, está a insculpida no artigo 75-D da CLT, que prevê uma quebra na ordem lógica dos critérios dispostos nos artigos 2º e 3º da CLT, utilizados para conceituar a figura do empregado e do empregador.

O contrato que possibilita a transferência para o empregado em regime de teletrabalho, a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento da infraestrutura necessária para a execução dos trabalhos, inverte completamente a regra de que o empregado,

não investe na atividade econômica do empregador, pois, por ser empregado, não faz parte do quadro societário, não compartilhando da posição de dono dos negócios empresariais.

Sua posição é de empegado, e por assim ser, trabalha por conta alheia, não devendo correr os riscos do empreendimento do empregador.

REFERÊNCIAS

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

BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, v. 1.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

_____. BORGES. Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 13ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil:* com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 29 ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARX, Karl. *O capital*. Edição condensada. Tradução e condensação de Gabriel Deville. 3. ed. Bauru: Edipro, 2008. (Série Clássicos Edipro).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.