

ISSN 0100-1736

**SUPLEMENTO
ESPECIAL
COMEMORATIVO**

**REVISTA DO
TRIBUNAL
REGIONAL DO
TRABALHO
DA OITAVA REGIÃO**

www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

R. TRT 8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo	Belém	v. 41	n. 81	p. 1-312	jul./dez./2008
--	--------------	--------------	--------------	-----------------	-----------------------

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL**

Correspondência: Travessa Dom Pedro I, nº 746
66050-100
Belém - Pará
www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

COMISSÃO DA REVISTA:

PRESIDENTE: Desembargador JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES

MEMBROS: Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Juíza MARIA EDILENE DE OLIVEIRA FRANCO
Juiz PEDRO TOURINHO TUPINAMBÁ

Assistente da Revista do Tribunal e Publicações em Geral:
Nara Maria Santos de Souza

CAPA:

Aquarela: "Sede Antiga do TRT", do artista plástico George Venturieri
Acervo: TRT 8ª Região
Foto da obra: Luiz Eduardo Pereira dos Santos
Arte gráfica: Lais Veloso

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 8ª REGIÃO. Belém: Tribunal Regional do
Trabalho, 1968 --
Semestral

ISSN 0100-1736

1. DIREITO – Periódico. I. PARÁ. Tribunal Regional do
Trabalho.

CDD 340.05

CDU 34 (05)

TRABALHADORES DO BRASIL: 20 anos de proteção constitucional ou a subordinação revisitada

Aldacy Rachid Coutinho¹

1. Com o advento da Constituição da República de 1988 não faltaram vozes a bradar que os níveis de proteção assegurados por meio dos direitos fundamentais sociais no artigo 7º e seus incisos tinham como destinatários todos os trabalhadores e não somente aqueles subordinados. Agregue-se o fato de que desde algum tempo se pensa no alargamento dos horizontes do próprio Direito do Trabalho, para albergar outras formas de prestação de trabalho que não somente a do emprego. Por outro lado, nota-se um esvaziamento na figura do empregado como paradigma a pautar a adoção de medidas legislativas protetivas, identificando-se uma fragmentação das relações jurídicas ao mesmo tempo em que cresce a informalidade, tomada no sentido próprio de mercado informal (não produtivo economicamente) quanto na sua identificação com a ilegalidade (descumprimento das regras e princípios trabalhistas). Para selar o “*imbróglio*” tem-se como insuficiente o conceito de subordinação jurídica diante do que seriam as emergências de um capitalismo em transformação, das novas formas organizativas do capital produtivo e do paradigma “trabalhador” que se alterna para assunção do desejo de ser empreendedor.

Exsurge, portanto, a necessidade de se enfrentar a questão da subordinação jurídica, para perquirir a sua atualidade e os limites e possibilidades de permanecer como parâmetro para identificação dos destinatários da proteção constitucional inserta do art. 7º.

A subordinação jurídica resta consagrada no Direito do Trabalho² brasileiro como o critério distintivo por excelência da relação de emprego, se assim se quer, do contrato de trabalho em relação aos demais negócios jurídicos cuja obrigação consiste em uma atividade humana, e vem aceita sem oposição.³

1 Professora de Direito do Trabalho na Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná. Advogada.

2 Por todos, v. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 197-206.

3 Segundo Deveali, o critério de subordinação jurídica é aceito unicamente pelos países latinos como Itália, França, Espanha e América Latina, sendo que na Alemanha a admissão se dá com alcance distinto e efeitos mais reduzidos. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 179.

A relação de emprego caracteriza-se quando há prestação de serviços de forma pessoal, não eventual, subordinada e remunerada (art. 3º da CLT). Dentre estes requisitos, o mais importante é a subordinação, que não se verifica na relação de natureza autônoma e constitui-se, portanto, em elemento indispensável na identificação do vínculo empregatício.⁴

É necessário esclarecer, desde logo, que a subordinação é um conceito teoricamente construído, nascido pelas mãos de Paul Cuche,⁵ não sendo, portanto, inerente ao modo de produção capitalista,⁶ nem aos vínculos de emprego.⁷

Não é despendendo lembrar que, em França, a Corte de Cassação preferiu definir o trabalhador assalariado pelo estado de subordinação, afastando o critério da dependência econômica, em julgado datado de 6 de julho de 1931.⁸

Note-se, portanto, que Evaristo de Moraes, em sua obra *Apostamentos de direito operário*, publicada originalmente em 1905, pela Imprensa Nacional, já se empenhava em favor de um contrato de trabalho que regulasse o vínculo entre empregador e empregado, mesmo quando sequer havia emergido no ordenamento jurídico o Código Civil de 1916, que optou por um contrato de locação de serviços e não traçava uma linha

- 4 TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007; TRT-PR-01453-2005-670-09-00-7. Acórdão n° 27631/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-09-2007; TRT-PR-02042-2006-664-09-00-8. Acórdão n° 25902/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 18-09-2007; TRT-PR-02718-2006-673-09-00-4. Acórdão n° 23428/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-08-2007; TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007.
- 5 CUCHE, Paul. Du rapport de dépendence élément constitutif du contrat du travail, publicação de 1913. Apud NASCIMENTO, Amauri. Curso de direito do trabalho. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 599.
- 6 “De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão).” DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo : LTr, 2007, p. 301.
- 7 A subordinação está presente, ainda, nas relações estatutárias, regidas pelo direito administrativo, bem como igualmente, dentre tantas, no trabalho avulso, no trabalho temporário e na relação de estágio.
- 8 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue du Droit Social. fev.2000, n. 2, p. 131.

para enfrentar a discussão em torno de uma subordinação jurídica; não há menção de tal categoria e nem por isso inviabilizara o enfrentamento das questões de um "direito operário".⁹

Posiciona-se nos marcos regulatórios de um Direito do Trabalho filho do Estado Social, que tinha como missão afirmar e concretizar algumas promessas da modernidade. Acompanhado do Direito Penal (veja-se a evolução das penas), serve ao (é expressão do) capitalismo - não por outro motivo pode-se afirmar ser um Direito Capitalista do Trabalho - para que se estabeleça uma normalização social, o que faz nos marcos da Revolução Industrial, para assegurar ordem e disciplina no sistema fabril. Tendo por meta viabilizar as condições para o desenvolvimento industrial, instala uma sociedade salarial tendo o trabalho produtivo como centralidade nas relações interpessoais.

Com o advento de uma sociedade pós-industrial, nos contornos da pós-modernidade, se instala uma "crise" à qual se segue uma mudança de paradigmas. O Direito do Trabalho, que não incorporou direitos e liberdades do Estado Liberal, tais como os princípios da legalidade e presunção de inocência em relação ao poder punitivo, que não cumpriu as promessas da modernidade, se deve adequar ao ambiente de um Estado Democrático de Direito. Tem, então, que dar conta dos reflexos do desenvolvimento da ciência moderna¹⁰ por seu discurso, que abalou o lugar da autoridade do enunciador como legitimidade, em proveito de outra legitimidade fundada, na autoridade dos enunciados, por sua coerência interna¹¹, produtora de novos laços sociais.¹² Para compreendê-la, afinal, é mister ter em mente que o discurso da ciência (tecnocientífico) tem uma pretensão universalizante, totalizante, isto é, pretende "*ter uma boa resposta para todos*", onde tudo é

9 MORAES, Evaristo. Aparentamentos de direito operário. 4. ed. São Paulo : LTr, 1998.

10 Einstein afirmara que o tempo, dimensão fundamental da nossa existência, é uma ilusão; não há passado e nem futuro: "Assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real, uma ciência que permite que se viva a criatividade humana como a expressão singular de um traço fundamental comum a todos os níveis da natureza." PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo : UNESP, 1996, p. 14.

11 "Foi a promoção da exclusão da enunciação em proveito de puros e simples enunciados que permitiu aos nazistas servirem-se - como fizeram - da ciência racial". LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 69.

12 LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 53. "Assim, o desenvolvimento da ciência moderna abala o lugar da autoridade religiosa e produz novo laço social, cujo motor, doravante, que comanda, não é mais a enunciação do mestre, seu dizer, mas um saber de enunciados, um conjunto acéfalo de ditos." (p. 53)

possível (não existe o impossível!¹³) e, portanto, instala um mundo sem limites nas reivindicações dos cidadãos (salvo pela falta de recursos financeiros) pautadas pela racionalidade econômica eficientista (maximizar os resultados, reduzindo os custos), a ruína da faculdade de julgar, uma desinscrição da diferença e a possibilidade de um saber que não está mais “estorvado” pela dimensão da verdade, pois a verdade é o que é demonstrável - seria um “saber sem verdade”, ou o fim das certezas.¹⁴

O discurso tecnocientífico, segundo o qual não há mais certezas, senão possibilidades, abala significativamente o conceito nevrálgico do Direito do Trabalho. Afinal, ainda é possível manter o conceito de subordinação jurídica como suporte e alavanca de um direito do trabalho?

2. Não obstante a artificialidade de sua essencialidade, decorrente de processos de naturalização, não se tem ainda critérios precisos e uníssonos para sua identificação. Trata-se, como quer Lyon-Caen, Pélissier e Supiot, de uma “*définition incertaine*”¹⁵ ou, segundo Carinci, Tamajo, Tosi e Treu, de uma noção “*fragile*”.¹⁶ Para Deveali, é um conceito que está, assim, “*destinado a desaparecer*”,¹⁷ em posição compartilhada por Plá Rodriguez.¹⁸ Ponderam Hueck e Nipperdey, todavia, que embora seja um critério não de todo claro e relativo, até o momento não se encontrou outro melhor para substituí-lo.¹⁹

3. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3.º, define empregado como sendo “toda pessoa física que prestar serviços de natureza

13 “Estando dado, entretanto, que, no simbólico da ciência, esse real original é esquecido, a consequência é que querer o impossível é confundido com tornar tudo possível. É a partir desse implícito do discurso da ciência que o deslocamento do limite do possível é espontaneamente confundido com a expulsão do lugar do impossível. [...] É o voto de onipotência.” LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 106-7.

14 LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004, p. 58-9, 106, 110 e 126.

15 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 114.

16 CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 19.

17 O conceito de hipossuficiência seria a verdadeira *ratio* da legislação laboral e o Estado um promotor do bem-estar geral. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183.

18 “La tendencia que parece descubrirse en la actualidad es la de ir prescindiendo de esta última nota [subordinación] para abarcar en nuestra disciplina toda la actividad profesional aunque no se preste en situación de dependencia.” PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral, p. 96.

19 HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

não eventual a empregador, sob **dependência** deste e mediante salário” e empregador, no artigo 2.º, como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige** a prestação pessoal de serviços”. (g.n.) Enquadra-se a dependência como uma situação ou uma relação, denotando por metonímia a construção da subordinação, enquanto revelação da outra face do poder do empregador. Por tal motivo chega-se a indicar que a situação de dependência retrata um dever de obediência.²⁰

“Dependente” diz-se na linguagem natural da pessoa que não dispõe de recursos para promover a sua subsistência; a pessoa que vive a expensas de outra.²¹ Porém, sendo tomada como submissão aos poderes empresariais, de direção e disciplinar, é exatamente sua natureza jurídica e não a econômica a acolhida para sua caracterização:

O trabalhador é proprietário da sua força de trabalho quando a mercadeja, e só pode vender o que possui, sua força de trabalho individual. [...] Temos de confessar que nosso trabalhador sai do processo de produção de maneira diferente daquela em que entrou. No mercado, encontramos-lo como possuidor da mercadoria chamada força de trabalho, em face de outros possuidores de mercadorias; vendedor, em face de outros vendedores. O contrato pelo qual vendeu sua força de trabalho ao capitalista demonstra, por assim dizer, preto no branco, que ele dispõe livremente de si mesmo. Concluído o negócio, descobre-se que ele não é nenhum agente livre, que o tempo em que está livre para vender sua força de trabalho é o tempo em que é forçado a vendê-la e que seu vampiro não o solta “enquanto houver um músculo, um nervo, uma gota de sangue a explorar”.²²

4. Por todos, aduz Cabanellas que a subordinação tem caráter jurídico²³ porquanto emana do próprio contrato e é reconhecido e garantido pela lei, tendo seus fundamentos na ordem técnica e a manifestação nas condições de exercício do trabalho que deve ser prestado; reflete uma faceta

20 Por todos, v. HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 58.

21 Verbete: dependência. HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. São Paulo : Editora Nova Fronteira, 1995, p. 201.

22 MARX, Karl. O capital : o processo de produção do capital. 20.ed. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 2002, p. 386 e 345-6, v. 1.

23 Em verdade é imposta como elemento próprio e indispensável, inerente à natureza do contrato de trabalho. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 219. Também, FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123.

da obrigação contratual e implica uma limitação da liberdade, outorgada e consentida pelo fato contratual.²⁴

Apesar da assunção pela subordinação de uma natureza jurídica, isto é, “estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens”,²⁵ instrumentalizada pelo contrato de trabalho, as decisões judiciais²⁶ que reconhecem vínculo de emprego ainda se dão, primordialmente, pela presença de uma subordinação hierárquica, por meio de ordens de um superior e/ou técnica.

*O contrato de emprego e o trabalho autônomo (liberal) possuem elementos comuns, tais como a natureza continuada e o caráter oneroso da prestação de serviços. Todavia, divergem num pequeno aspecto: a existência da subordinação hierárquica e jurídica que caracteriza o contrato de trabalho, mas está mitigada no trabalho autônomo.*²⁷

*Ausente subordinação hierárquica e técnica [...] reforçando a autonomia no desempenho da atividade laboral.*²⁸

*Presente comprovação de prestação laboral braçal na descarga de caminhões, sem vinculação do trabalhador a qualquer chefe na ré [...] Vínculo de emprego que não se reconhece, por ausentes a subordinação jurídica e a habitualidade.*²⁹

A configuração de um contrato de trabalho e da existência de trabalho subordinado, independe de qualquer manifestação volitiva das partes nesse sentido, nem da denominação ou da formalização de um específico pacto, mas tão-só das condições reais, materiais, de prestação de trabalho, segundo certo comportamento do trabalhador e do capitalista/

24 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 218-9.

25 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 600.

26 Foram analisados todos os acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região disponíveis no site que tinham em suas ementas a indicação de análise de relação de emprego ou trabalho, contrato de trabalho e subordinação, que servem como indicativo tão-somente, dada a falibilidade da tomada das decisões como totalidade, dos argumentos de justificação.

27 TRT-PR-00800-2004-325-09-00-4. Acórdão n° 24378/2007. 4ª Turma. Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicado no DJPR em 04-09-2007.

28 TRT-PR-04004-2006-892-09-00-5. Acórdão n° 11739/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 11-05-2007.

29 TRT-PR-00246-2006-089-09-00-1. Acórdão n° 11124/2007 4ª Turma. Relatora Desembargadora Sueli Gil El-Rafih. Publicado no DJPR em 04-05-2007.

empregador, máxime diante da informalidade que gravita em torno dos vínculos estabelecidos.³⁰

5. O discurso acadêmico unívoco que vislumbra facilmente um contrato de trabalho onde há um trabalhador subordinado, de qualquer sorte, encontra embates vivos na multifacetária realidade.

5.1. De início a batalha deve ser travada com o próprio trabalhador, na conscientização da sua inserção na classe trabalhadora, dentro de um processo de identificação da situação jurídica que se pretende tutelar juridicamente.³¹

No campo econômico capitalista de mercado que constrói suas bases na propriedade privada e na livre iniciativa, dá-se a assunção de uma visão deturpada e negativa da condição de ser empregado e, não raras vezes, para aqueles que imaginam pertencer a estamentos profissionais - tais quais os advogados ou médicos, v.g. -, não estar formalmente como empregados, ainda que em realidade o sejam e, ainda que signifique não estarem protegidos pela ordem normativa aplicável, seria o reconhecimento de sua pertinência a uma classe tida como “superior”, isto é, àquela dos profissionais liberais, categoria dos trabalhadores autônomos, mais próxima, portanto, dos capitalistas que neste aspecto servem como um referencial simbólico.

5.2. Acrescente-se que as empresas, em todos os lugares, “*pour alléger leurs charges, <extériorisent> les emplois, par exemple sous-traitent à des indépendants des activités qu’elles remplissaient elles-mêmes en employants leurs propres salariés; ces indépendants au sens juridique étant souvent restes économiquement très dépendants d’un ex-employeurs devenu leur unique client*”.³²

30 “...il n’appartient pas aux parties de décider si le travail en cause est un travail salarié ou non; leur manière de présenter le contrat est décisive; c’est cette nature qui dépend des conditions concrètes dans lesquelles est exercée l’activité”. COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 99. No mesmo sentido, CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 20. para Deveali, a prevalência da realidade sobre as cláusulas contratuais somente sucede quanto visam anular ou reduzir direitos assegurados em lei, sendo que na análise das situações de fato prevalece o critério subjetivo do juiz. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183-4.

31 Sobre a questão da hipossuficiência a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, v. BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 598-9.

32 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 117.

5.3. Mais recentemente ainda, com os novos modelos de gestão, mediante alterações na organização empresarial através de processos de *downsizing* e/ou *reengenharia* e, na opção por uma estrutura de *acumulação flexível*, bem como diante da absorção de novas tecnologias, apresenta-se cada vez mais tênue, fluído, opaco, o limite entre a subordinação e a autonomia.³³ A superação do modelo taylorista, para quem o empregado é um sujeito que “tende a fazer cera” em proveito de um trabalhador comprometido com os destinos da empresa, pró-ativo, criativo, colaborador, acarreta efeitos na identificação do subordinado.

É preciso esclarecer, desde logo, que não é o poder que declina, mas o seu exercício, antes sob ameaça de um mal ou para conquista de uma benesse, que se torna na condicionalidade (poder condicionado) mais complexo, mais difuso, menos facilmente identificado.

6. O repensar das soluções encontradas para definir critérios para qualificação e o enquadramento do vínculo em um determinado regime jurídico refletem um momento de certa esquizofrenia do Direito do Trabalho. É a crise dos últimos anos de que fala Pera.³⁴ Trata Alain Supiot³⁵ da autonomia na subordinação, bem como ressalta os debates em torno do assalariamento. Afinal, trata-se de afecção mental caracterizada pelo relaxamento das formas usuais de associação de idéias manifestada pela dificuldade na identificação dos critérios tradicionais de subordinação, baixa de afetividade ou certa repulsa por alguns em relação à construção de um direito tutelar ou protecionista, certo autismo ou perda de contato vital com a realidade diante dos “falsos cooperados” e dos “falsos autônomos”; talvez até uma demência precoce que precisa ser combatida.

6.1. Antes de tudo convém livrar-se de certas idéias preconcebidas, verdadeiros pré-juízos, ao aceitar que a) qualquer atividade profissional - inclusive a dos profissionais liberais como advogados, psicólogos, dentistas ou médicos - é compatível e passível de ser enquadrada como um trabalho subordinado; b) que o contrato de trabalho tem um conteúdo patrimonial e não pessoal e o *status* de subordinação não é submissão da pessoa do trabalhador ao domínio do empregador, mas à direção na execução do trabalho; c) que a subordinação oferece diferentes intensidades, conforme

33 “...o dogma da subordinação, tende a diminuir dramaticamente seu campo de abrangência e, por fim, a desaparecer ... por isto, o direito do trabalho deve evoluir para uma forma de graduação da tutela, conforme os níveis diversos de subordinação e dependência, que legitimam um tratamento diferenciado”. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In : Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 181.

34 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 110.

35 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p.133.

as tarefas a serem desempenhadas, embora não se faça distinção entre trabalho manual e intelectual e esteja presente ainda em cargos de confiança;³⁶ e d) que a subordinação não é dessumida somente pela atuação intensiva de controle pessoal e percepção clara e precisa de ordens emitidas (subordinação subjetiva; relação pessoal), mas tem também um sentido técnico-econômico.³⁷

6.2. Não raras são as situações em que a subordinação não transparece facilmente na relação de trabalho, eis que o trabalhador não recebe ordens diretas e sistemáticas, como, v.g., em se tratando de um artista, trabalhador intelectual ou quem detenha autonomia técnica. Há um recuo, lembrado por Alain Supiot, da centralização do poder empresarial em proveito de uma distribuição de poderes no espaço empresarial.³⁸ Leite indica que o conteúdo e a intensidade do poder do empregador variam segundo distintos fatores, em especial: a) em função da natureza da atividade, sendo menor quanto mais complexa a atividade; b) das condições em que é exercida, sendo mais tênue quando fora do espaço físico organizacional do empregador; c) por razões deontológicas e de responsabilização pessoal pela prática da atividade desenvolvida com autonomia técnica (v.g. médicos).³⁹

Em tais situações, assevera-se que seria suficiente “*um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato)*” e que é factível a caracterização da subordinação jurídica sem dependência técnica.⁴⁰ Desta forma, para além da subordinação dita subjetiva, consolidada na situação de “não-poder diretivo”, é possível acolher critérios objetivos de sua comprovação, inclusive de ordem técnica ou econômica, como a integração em um serviço organizado ou a participação em uma empresa de outrem que se apropria da mais-valia. Tanto é subordinado o trabalho prestado sob direção e controle de outrem (aspecto subjetivo), quanto o que se desenvolve na organização empresarial de quem se apropria da utilidade econômica do trabalho prestado (aspecto objetivo); a

36 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 211.

37 Ver posição de Deveali e De Litala. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 185. Para Cabanellas a dependência do trabalhador em relação ao empregador é pessoal: “... *la subordinación aparece como consecuencia de la sujeción en que se encuentra un sujeto del derecho respecto a outro*”. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 202. No mesmo sentido, HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

38 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p. 133.

39 LEITE, Jorge. Direito do Trabalho, p. 46-7.

40 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123-4.

primeira decorrente do poder diretivo em sentido estrito e a segunda do poder de organização dos fatores de produção.

7. Subordinação subjetiva: sujeição e poder diretivo

Com efeito, resulta irrefutável a existência de subordinação nas hipóteses em que se comprova o exercício de poder diretivo do empregador em relação ao seu empregado, revelada pela direção no modo [como], tempo [quando] e local [onde] da entrega da disponibilidade da força de trabalho, na fiscalização procedida para controle da execução e no acolhimento das ordens emitidas que devem ser obedecidas e/ou pelo poder disciplinar manifestado em punições aplicadas em face do desatendimento aos comandos emanados.

Trata-se de um critério tradicional de identificação da situação de dependência jurídica, aceito como fator decisivo, segundo Lyon-Caen,⁴¹ próprio de uma visão de relação pessoal, refletida pelo *“estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato”*.⁴²

Haverá um trabalhador subordinado e, assim, contrato de trabalho, desde que o trabalho seja executado sob autoridade de um empregador que controla o exercício e os resultados e, por tal motivo, assume os riscos da atividade empresarial.

A finalidade da direção da atividade residiria na busca de maior rendimento da produção e maior benefício da empresa e a legitimidade estaria assentada no contrato.

Note-se que o controle não se revela necessariamente de forma presencial, podendo se apresentar por meio de diretrizes enviadas por e-mail ou ainda por telefone celular, controle no uso de computadores em rede, assim como através de correspondência ou qualquer outra forma de comunicação. Estará presente, igualmente, no estabelecimento ou necessidade de atingimento de objetivos, metas ou resultados ou pela obrigatoriedade do empregado prestar conta das funções desempenhadas em relatórios ou preenchimento de documentos.

De qualquer sorte o critério não é suficiente para precisar a presença do elemento discriminador da relação de trabalho, como já advertiu Mazzoni.⁴³

7.1. Presente está um sentimento de insatisfação decorrente da insuficiência conceitual da subordinação com conotação subjetiva enquanto fator de inclusão no sistema tutelar das relações de trabalho, diante da crise

41 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPLOT, Alain. Droit du travail, p. 129.

42 CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 201.

43 MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

por que passa o direito do trabalho como marco regulatório, dimensionado pelos processos de fragmentação das relações jurídicas, externalização da produção e assunção da racionalidade economicista da lógica dos custos. Tem sido recorrente nas decisões dos Tribunais trabalhistas a manifestação de certo incômodo diante de novas situações que surgem:

Com as profundas alterações verificadas contemporaneamente no mundo do trabalho, a exploração da mão-de-obra alheia vem assumindo formas novas, que, embora dificultem o preciso enquadramento no “modelo-tipo” concebido a priori pelo legislador.⁴⁴

Em determinados casos, a natureza da atividade executada pelo trabalhador (ou a distância entre o local de trabalho e o estabelecimento patronal) impedem que a subordinação transpareça com intensidade.⁴⁵

A passagem de uma organização empresarial taylorista-fordista para acumulação flexível ou toyotista altera substancialmente a forma das relações pessoais entre o trabalhador subordinado e empregador, bem como a forma de direção e controle das atividades. Como ressalta Lyon-Caen, não é que desapareça a subordinação, mas a nova forma de organização produtiva lhe dá “*un nouveau visage*”,⁴⁶ máxime quando do controle por objetivos.

8. Capitalismo e trabalho assalariado: em busca de um critério alternativo

O critério tradicional, construído com referência a um “tipo” paradigmático de trabalhador subordinado, em um modelo industrial fabril fundado na ordem e disciplina, vem perdendo eficácia.⁴⁷ Dois seriam os motivos principais: a) com o desenvolvimento tecnológico ocorre uma “intelectualização” das atividades laborais, tornando mais rarefeitos - porquanto desnecessários - os comandos ou ordens emanadas; b) uma nova estrutura da organização produtiva passa a redefinir o papel do trabalhador no seio da moderna empresa, apresentando-se com postura mais responsável, criativa e atuante e, por conseguinte, prescindindo de uma posição meramente passiva de “trabalhador obediente” e assim afastando-se da imagem estereotipada de um sujeito que “tende a fazer cera”.

44 TRT-PR-00136-2001-015-09-00-9. Acórdão n° 02200/2004. Relator Desembargador Arion Mazurkevic. Publicado no DJPR em 06-02-2004.

45 TRT-PR-01280-2003-322-09-00-7. Acórdão n° 20946/2006. 1ª Turma. Relatora Desembargadora Odete Grasselli. Publicado no DJPR em 18-07-2006.

46 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 131.

47 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 119.

Mais do que nunca é mister levar em consideração a realidade objetiva, múltipla e tormentosa, presumindo-se a subordinação “heterodeterminada” a partir de **indícios** verificados na situação confrontada, em sua “globalidade”, por juízos de **possibilidade**,⁴⁸ **prevalência** ou **aproximação**,⁴⁹ e não a partir de referenciais únicos de identidade absoluta, com um “conceito-tipo” ou “modelo-tipo”.

Tem-se verificado que a concretude do “modelo-tipo”, do paradigma do trabalhador subordinado, se distancia cada vez mais da realidade diante da pós-modernidade e da globalização. Aduz Pera que “*nessuna di queste circostanze ha valore decisivo ma, al massimo, valore indiziario [...] il ricorso di più d’una di queste circostanze non è in sé un fatto decisivo*”.⁵⁰

Haverá vínculo empregatício desde que exista trabalho por conta e em proveito de outrem, que se apropria da **mais-valia**, realizado na estrutura organizada de uma empresa. Considera-se, então, na doutrina francesa, uma verdadeira “evolução”⁵¹ o fato de a jurisprudência estar assegurando maior importância exatamente aos dados de ordem econômica, através da noção de “*intégration de l’intéressé dans la structure d’un service*”⁵² ou “*à ce qu’il participe à l’entreprise d’autrui*”.⁵³ Comungando com a idéia de que critérios jurídicos objetivos devem ser seguidos, Mazzoni⁵⁴ aponta que a “*inserzione del lavoratore in una impresa possa essere un indice abbastanza preciso che implica di per sé la subordinazione*”, ainda que não seja suficiente para caracterização do trabalho subordinado.

9. Atitude das partes contratantes: comportamento como empregador

Em França, a Corte de Cassação examina para apreciação da existência de uma relação de emprego, segundo Lyon-Caen,⁵⁵ também a **atitude das partes**, dessumindo a existência de um vínculo de emprego pelo comportamento ou conduta como empregador, ao satisfazer obrigações previstas em lei para contratos de trabalho, como conceder férias, pagar a gratificação natalina, mesmo que *a latere*. Igualmente, aponta-se que a admissão de alguém para

48 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 135.

49 Sobre os critérios de prevalência ou aproximação e identidade, v. CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato, p. 26-9.

50 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108.

51 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

52 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPLOT, Alain. Droit du travail, p. 130.

53 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

54 MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

55 LYON-CAEN, Gérard. Manuel de droit social, p. 30-1.

trabalhar na seqüência de um anúncio de oferta de emprego publicada em jornal ou, ainda, a inscrição na Seguridade Social, bem como a entrega de holerites de pagamento pelo empregador seriam fortes indícios de um liame jurídico empregatício,⁵⁶ sobretudo se viessem acrescidos da verificação de um “estado de dependência” do trabalhador em relação ao empregador.

A transparência das ações merece a atenção do direito, gerando efeitos obrigacionais. Ademais, acrescente-se o fato de que o elemento volitivo cede espaço para a verificação da conduta dos agentes em adequação à previsão em hipótese normativa, pela imperatividade das regras de ordem pública.

10. Condições de execução do trabalho

A investigação das condições de execução do trabalho não deve resultar, em relação a cada um dos critérios, diante da sua hipotética ausência, na excludente da subordinação. Ao contrário, coberto de razão, aduz Monteiro Fernandes que *“não existe nenhuma fórmula que pré-determine o doseamento necessário dos índices de subordinação, desde logo porque cada um desses índices pode assumir um valor significante muito diverso de caso para caso”*.⁵⁷

O **local** de realização da prestação de serviço, a definição do **horário** de trabalho, a **entrega dos instrumentos de trabalho** e/ou **matéria prima** fornecidos pelo empregador, bem como a pessoalidade, revelada na **ausência de auxiliares** remunerados pelo próprio trabalhador, denotam diversos modos de se manifestar a subordinação. Não há necessidade de que todos os indícios estejam presentes e, destarte, a ausência de um ou alguns, ou todos, não afasta *de per si* a existência da subordinação, razão pela qual a declaração de um vínculo de emprego quase sempre é empreendida por meio da análise de dois ou mais elementos.

O trabalho em domicílio, previsto no art. 6.º da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o teletrabalho ou o trabalho em serviços externos, demonstram a saciedade que muito embora seja característica geral a determinação da prestação de trabalho nos estabelecimentos do empregador, não é o local um elemento essencial. No entanto, dependendo da natureza das atividades exercidas ou do modo de organização da empresa, o local da prestação de trabalho, qualquer que seja, vem determinado (e não eleito) por quem se beneficia do trabalho e não pelo trabalhador, demonstrando o exercício do poder de organização dos fatores de produção em proveito de uma atividade econômica produtiva voltada ao mercado.

Se, por um lado, a submissão ao controle de tempo à disposição do empregador é um critério definitivo de indicação da existência de um

56 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 121.

57 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 137.

trabalho subordinado, por denotar exercício efetivo do poder de direção e fiscalização,⁵⁸ por outro lado, a extensão da jornada de trabalho é irrelevante como dado para identificação de um trabalho subordinado, segundo o direito do trabalho brasileiro. Sua relevância limita-se ao controle do atendimento dos limites fixados pela legislação e ou instrumentos normativos da categoria, quer para acréscimos (acordos de prorrogação ou compensação), quer para reduções de jornada. Pouco importa, ainda, a existência de um horário de trabalho fixo e previamente pactuado pelas partes. Aliás, o critério temporal tem sido constantemente alvo, por um lado, de um processo de flexibilização e precarização do trabalho e, por outro, de uma restrição de sua importância como base de cálculo da fixação da remuneração.⁵⁹

Tanto será subordinado o trabalhador que tem um horário delimitado para iniciar, suspender ou interromper o trabalho nos intervalos e findar a prestação, quanto o que tem um horário flexível, elástico⁶⁰ e, assim também, o que está livre de qualquer controle, por vezes em decorrência da própria natureza das atividades, assim como em face do exercício de cargos de direção ou serviços externos incompatíveis com qualquer controle. Interessante perceber que uma das vantagens apontadas para a adoção do horário elástico, v.g., é evitar o desgastante controle sancionador pelo empregador, mantendo uma melhor relação do empregador com os seus trabalhadores subordinados.⁶¹ Estes se mantêm subordinados por outros critérios, como pela obrigação de atender às reuniões designadas ou responder a todas as convocações do empregador.

Na estrutura capitalista, distinguem-se os detentores do capital, proprietários dos meios de produção, daqueles que somente possuem a força de trabalho, os trabalhadores. Exatamente dita separação se constitui como a base da economia capitalista, resultando da estrutura da organização do mercado de trabalho o sustentáculo para identificação e adoção do vínculo de emprego como o protótipo ideal da absorção de mão-de-obra -; daí a presunção da existência de um contrato de trabalho. O direito do trabalho aparece como uma referência explícita deste modo de produção capitalista, adotado como sistema econômico.⁶²

58 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*, p. 126.

59 PADILHA, Valquíria. *Tempo livre e capitalismo : um par imperfeito*, p. 19-45.

60 Sobre a flexibilidade no horário de trabalho, v. LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. *Il lavoro flessibile*, p. 217-239.

61 LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. *Il lavoro flessibile*, p. 239.

62 Negando que o direito do trabalho seja a expressão de um específico sistema econômico, postura adotada por Gerard LYON-CAEN em seu *Manuel de Droit du Travail*, eis que não diferem em natureza quer se trate de um país capitalista ou socialista, na medida em que é a produção industrial de massa ou a constituição de grandes organizações que expõem os trabalhadores à exploração e ao arbítrio, v. COUTURIER, Gérard. *Droit du travail: les relations individuelles de travail*, p. 16-17.

A entrega dos instrumentos de trabalho e da matéria-prima para a consecução das tarefas contratadas reflete a divisão entre “proprietários” e “não-proprietários”, de modo que, a partir do reconhecimento da propriedade privada dos meios e modo de produção dá-se a legitimação do poder assegurado ao empregador. No entanto, é necessário estar atento para o fato de que a utilização pelo trabalhador dos seus próprios instrumentos de trabalho não descaracterizaria a existência de uma relação de emprego.

11. Remuneração

A remuneração, igualmente, não é um elemento constitutivo da definição ou caracterização do trabalho subordinado; em verdade, é a onerosidade elemento essencial do contrato de trabalho, exteriorizada na obrigação de remunerar e não na presença de pactuação ou pagamento de salário. O trabalho voluntário realizado, por caridade, benevolência, amizade, solidariedade, de feição altruísta, é incompatível com a constituição jurídica de um vínculo empregatício, mesmo que a execução das tarefas seja dirigida por outrem e quem receba o trabalho dele se beneficie.

A remuneração é a consequência imediata, o efeito inafastável da constituição de um contrato de trabalho. Assim, a ausência de salário ou outra forma de remuneração não descarta a constituição de um vínculo jurídico, senão atesta o inadimplemento da obrigação surgida pela absorção de trabalho subordinado em prol de um empregador, sem o correspondente e devido pagamento.

O modo de fixação da remuneração do trabalho subordinado tradicionalmente era o tempo,⁶³ eis que a jornada de trabalho reflete “tempo à disposição” do empregador. Ocorre que cada vez mais a remuneração passa a ser variável, tomando-se como referência o cumprimento de determinadas tarefas, a produção de determinados bens ou o atingimento de determinados objetivos. A inovação afeta, inclusive, uma das características do empregador que é a assunção dos riscos da atividade, projetando os níveis de remuneração aos trabalhadores subordinados, por meio de critérios variáveis.

12. Parassubordinação ou autônomo dependente

Em uma tentativa de solução, ainda que restrita ao âmbito processual, de casos fronteiriços, em que as circunstâncias de fato denotam uma “quase-subordinação”, em alguns países medidas legislativas inovaram acolhendo para estabelecer mais amplos níveis de proteção (inclusão excludente ou exclusão includente?) a partir da noção de parassubordinação (Itália) ou

63 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 101-2.

autônomo dependente (Espanha). Indica Nascimento⁶⁴ que a construção teórica é destituída de utilidade para o Direito do Trabalho, eis que não existe uma regulamentação legal específica para a nova figura. No entanto, revela desde logo a insuficiência da dicotomia subordinado/autônomo para enquadramento das situações de trabalho humano produtivo.

O artigo 409, n.3, do Código de Processo Civil italiano, determinava fosse aplicado ao *“lavoro parasubordinato”* o rito processual previsto para as relações de trabalho subordinado, consubstanciado nas hipóteses de agência, representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de obra com continuidade e coordenação, prevalentemente pessoal, ainda que não tenha como característica a subordinação.

Considerava-se como parassubordinado, segundo Pera,⁶⁵ toda relação que, se caracteriza pela continuidade da prestação pessoal de serviços integrada na estrutura empresarial e por esta coordenada.

No governo Berlusconi, a Reforma (Marco) Biagi se propõe a renunciar a todo intento definitório e classificatório de uma realidade em contínua e rápida mudança; pura retórica. Com vistas a superar as fraudes, a *“legge delega”* 30/2003 e o decreto legislativo 276, de 10 de setembro de 2003 (Lei Biagi) modifica o Decreto Legislativo n.º 251, de 6 de outubro de 2004, introduzindo um novo tipo contratual com forma escrita, o *lavoro a progetto* (não aplicável no âmbito da administração pública), em uma tipicidade restrita, como reação à atipicidade e abertura do art. 409, do Código de Processo Civil. Dá-se a substituição dos contratos de colaboração coordenada e continuada, chamados co.co.co que tiveram nos últimos anos um grande difusão. A colaboração coordenada e continuada foi prevista com o escopo de inserir no mercado de trabalho, com redução de custos, trabalhadores; ocorre que a situação excepcional, prevista para atender uma situação particular, tornou-se prática corriqueira, verdadeiros substitutos dos contratos de trabalho de duração indeterminada.

Implementa-se um verdadeiro *“regime protetivo debole”*. O fechamento da tipicidade contratual se manifesta pela necessidade de que no contrato escrito esteja inserido e descrito um específico projeto, programa ou fase de programa de trabalho, assim como as formas de coordenação do trabalhador *“a progetto”*. Por coordenação, da sua parte, se entende a sincronia entre a atividade do trabalhador e o ciclo produtivo do tomador de serviços, pois se insere na estrutura organizativa da empresa. O trabalhador deve administrar autonomamente suas atividades em função do resultado, tanto na forma, tempo e local de prestação de serviços, porém sempre de forma coordenada com a organização empresarial,

64 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho, p. 329.

65 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108-10.

independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral. Isto porquanto, em regulamentação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social,⁶⁶ tem-se por projeto toda “attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione”; sendo que “il progetto può essere connesso all’attività principale o accessoria dell’impresa”. Em suma, projeto é a atividade desempenhada de forma conexas à atividade da empresa, sendo elemento integrativo da organização.

No art. 61, 1, da Lei Biagi, resta previsto que “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione della attività lavorativa”.

Tal tentativa de solução para casos difíceis, não somente é insuficiente para dar conta da complexidade da realidade, como ainda acrescenta um fator a mais no problema da identificação dos incluídos na rede de proteção do Direito do Trabalho. Demonstra, ademais, o esfacelamento da perspectiva de tutelar o hipossuficiente, mediante a construção de figuras paralelas que rompem com o paradigma do emprego como central na sociedade salarial constituída nos marcos do capitalismo produtivo de mercado não monopolista atual.

Em Espanha (art. 11, Estatuto de los Trabajadores), mediante uma política de reconhecimento de alternativas ao modelo de emprego como regulação do mercado de trabalho, criando o trabalho autônomo economicamente dependente - TRADE. São eles aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional visando o lucro e com habitualidade, com pessoalidade, direta e predominantemente para pessoas físicas ou jurídicas (cliente) do qual dependem economicamente porquanto representa o valor recebido pelo menos 75% dos ingressos de rendimentos do trabalho. Para tanto não poderá contratar auxiliares, subcontratar ou nem terceirizar as atividades e deverá dispor de infraestrutura produtiva e material própria. Os contratos, sempre por escrito, inovam no ordenamento jurídico não somente por incorporar na tutela estatal trabalhadores da “zona cinzenta”, senão por disciplinar novos níveis de proteção na regulação do mercado de trabalho, tais como necessidade de conciliar o trabalho com a vida pessoal, familiar e profissional, pelo que prevê regime de descanso semanal (não remunerado) e em dias feriados, limitação da jornada excedente.

66 Ver Circulares 1/2004 e 4/2008, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

13. Alteridade ou alienidade

Em busca de um critério identificador do trabalho regulamentado pelo Direito do Trabalho, especialmente em Espanha, erige-se com fulcro na noção de que se trata de uma atividade “por conta alheia”, o critério da “alienidade” (*ajenidad*), consoante disposição inserta no artigo 1.º, do Estatuto de los Trabajadores.

Montoya Melgar⁶⁷ indica que, para além da dependência (submissão ao poder de organização e disciplina), o Direito do Trabalho regulamenta o trabalho “por conta alheia”. A ‘alienidade’ reside na apropriação patrimonial da utilidade econômica do trabalho que se atribui à pessoa distinta do próprio trabalhador, própria das modernas empresas de produção.

Os bens ou serviços realizados pelo trabalhador são apropriados imediatamente pelo empregador e não primeiramente pelo trabalhador para que em seguida comercializa-los. Com o trabalho não resta assegurado ao trabalhador nenhum benefício econômico direto, que recebe em troca uma parte dessa utilidade na forma de salário. Os trabalhadores não poderiam atuar com autonomia, por conta própria, nem sob o ponto de vista tecnológico, nem sob a ótica econômica, pois participam de complexos processos produtivos aportando uma utilidade de difícil individualidade, bem como os bens de produção são de elevado custo, restando assegurados por pessoas distintas dos trabalhadores às quais se atribui a direção da exploração.

Já para Alonso Olea⁶⁸ a ‘alienidade’ retrata a atribuição original, *ab initio*, dos frutos do trabalho que resultam da atividade desempenhada diretamente à pessoa distinta da que executou o trabalho, em virtude de uma singular relação estruturada juridicamente entre trabalhador e adquirente dos frutos. Por fruto deve ser entendido, agrega Alonso Olea, na sua acepção mais ampla, como todo resultado do trabalho produtivo do homem, consistindo em um bem ou serviço, valioso por si mesmo ou associado ao de outros. A subordinação ou dependência, limitadas, seriam características adicionais normalmente expendidas. Posteriormente Alonso Olea, diante de críticas, incorpora a posição de Montoya Melgar, no sentido de que conta alheia não se refere ao controle da atividade, nem dos frutos, mas da apropriação da utilidade patrimonial.

Bayon Chacón e Pérez Botija⁶⁹ vislumbram a ‘alienidade’ nos riscos do trabalho assumidos pelo empregador, inclusive em relação à perda dos salários quando o trabalho resultar impossível de ser executado.

67 MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo, p. 33-4; MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 22-28.

68 ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo, p. 38-9.

69 MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 25.

As concepções colocam em evidência a atribuição e o controle dos resultados da atividade nas mãos de quem contrata e recebe a força de trabalho, daí o porquê da assunção dos riscos.

Hueck e Nipperdey, ao definir o “sentido do moderno direito do trabalho”, também definem trabalhador como “*personas que están obligadas a trabajar al servicio de otro en base a un contrato privado o a una relación jurídica equiparada a este*”.⁷⁰ (g.n.) No entanto, a expressão “a servicio de otro” tem o sentido diverso da “alienidade” acatada pelos espanhóis, sendo tomada como a dependência pessoal traduzida em uma situação de sujeição ao poder diretivo do empregador.

Monteiro Fernandes repudia a aceitação da alteridade ou ‘alienidade’ como fator discriminador em benefício da subordinação ou dependência, sob o argumento de que “*sem que possa negar-se sua pertinência no desenho das situações laborais típicas, revela certa insuficiência instrumental perante fenômenos de fronteira, como o trabalho domiciliário...*”.⁷¹ Ao contrário, seria exatamente nas zonas cinzentas e fronteiriças, onde é mais obscuro e intrincada a percepção da submissão a um poder diretivo, que o critério da alteridade ou alienidade podem servir; é a que subordinação foi concebida teoricamente para situações padrão (operário-padrão e não operário-padrão) como o trabalhador “taylorista”, inserido em um sistema de ordem e disciplina apresentado em atos de disposição (regulamentos, instruções, regras).

14. Subordinação revista

Na constituição de uma economia capitalista não monopolista de mercado, a mais-valia é considerada como o conjunto do excedente da produção,⁷² isto é, do que sobra depois que foram pagos os assalariados, os produtores diretos, e vem apropriada pelo dono da empresa; não se confunde, entretanto, com o lucro. Os trabalhadores subordinados são os detentores da força de trabalho, enquanto valor de troca, que vendem a sua disponibilidade, como mercadoria (fenômeno social), em troca de um salário e sobre o produto do trabalho não têm qualquer direito ou disposição.

A alteridade tem o mérito de externar a apropriação do trabalho e, ainda que não possa isoladamente dar conta da inclusão nos contornos criados pelo Direito do Trabalho, é elemento indicativo da existência de uma relação de emprego. Se diante das mudanças do mundo do trabalho, o poder empregatício vai tomando contornos indefinidos, mascarados em objetivos e dimensionados na assunção de responsabilidade pelo empregado e, ainda, se na busca incessante pela diminuição dos custos da produção o empenho é voltado para a precarização e informalidade, ejetando para além dos

70 HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 57.

71 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 15-6.

72 SINGER, Paul. Aprender economia, p. 9-41.

confins de um direito tutelar o trabalhador desprotegido, mister reconhecer a impossibilidade da identificação da subordinação com os aspectos subjetivos, pela adoção de um conceito-tipo preciso e construído em bases da organização produtiva não mais presentes. Critérios outros, objetivos, inclusive a alteridade, acolhidos como indícios, em juízos de aproximação, na busca da preservação das condições mínimas do sujeito trabalhador é a tentativa da concretização de uma cidadania efetiva.

Ademais, se é certo que a força de trabalho “*é um atributo da personalidade de seu detentor*”, a pessoalidade no Direito do Trabalho deverá transitar por outras categorias, como o reconhecimento de direitos fundamentais, não mais restrita a subordinação na sua faceta subjetiva, enquanto sujeição da pessoa ao poder do empregador, ou o reconhecimento da patrimonialidade da relação, revelada pelo valor econômico da força de trabalho e a apropriação da mais-valia, mas diante dos processos de externalização das atividades e, ainda, por conta do fenômeno da fragmentação das relações jurídicas de trabalho (gênero), a lei dirige a realidade assegurando como critério alternativo (e não substitutivo para aferir a subordinação a questão estrutural (como quer Maurício Godinho Delgado) ou objetiva, levando-se em consideração o grau de precarização do mercado de trabalho e a necessidade de proteção da pessoa humana.

Afinal de contas trata-se de opção política e não um contingente da natureza; a lei deve dirigir a realidade e evitar o processo de “deslaboralização” como aduz Antônio Baylos, mantendo-se o emprego na centralidade da sociedade, como projeto do capitalismo industrial produtivo. As transformações do mundo do trabalho não estão a serviço dos interesses particulares, senão coletivo da classe trabalhadora. Uma retomada da subordinação pode ser uma contra-estratégia que alargando o âmbito juslaboral não mais estimula o encobrimento fraudulento, sem abandonar o projeto de sociedade salarial.

Trata-se de reinventar-se cotidianamente, para continuar a viver.

Referências bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo. 14.ed. Madrid : Universidad complutense de Madrid, 1995.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo : LTr, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo. Buenos Aires : Ediciones El Grafico, 1949.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro : Il rapporto di lavoro subordinato. 3. ed. Torino : Utet, 1992.

COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail. 3. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias. Buenos Aires : Astrea, 1983. t. 1.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho. 9.ed. Coimbra : Almedina, 1994.

GATUMEL, Denis. Le droit du travail en France. Paris : Éditions Francis Lefebvre, 1998.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. Madrid : Editorial revista de derecho privado, 1963.

LEITE, Jorge. Direito do Trabalho. Coimbra : Coimbra editora, 1999. v.2.

LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2004.

LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile. Milano : Giuffrè, 1997.

LYON-CAEN, Gerard. Manuel de droit social. 5.ed. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail. 19. ed. Paris : Dalloz, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 8.ed. São Paulo : Atlas, 1999.

MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro. 6.ed. Milano : Giuffrè, 1988. v.1.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo. 17. ed. Madrid : Tecnos, 1996.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo. Madrid : Civitas, 1997.

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 4.ed. São Paulo : LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 16.ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

PADILHA, Valquíria. Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito. Campinas : Alínea, 2000.

PEDRAZZOLI, Marcello. Democrazia industriale e subordinazione : poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro. Milano : Giuffrè, 1985.

PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro. 3.ed. Milano : Giuffrè, 1996.

PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral. Montevideo : Idea, 1990. t.1.v.1.

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo : UNESP, 1996.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In : Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo : LTr, 1998.

SINGER, Paul. Aprender economia. São Paulo : Contexto, 1998.

SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n.2, p. 131-145.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. Instituições de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo : LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência : possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo : LTr, 1996.