



# DOCTRINA

DIREITO DO TRABALHO 4.0: «CONTROLE» E «ALIENIDADE» COMO OPERADORES CONCEITUAIS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO CONTEXTO DOS APLICATIVOS DE TRABALHO

José Eduardo de Resende Chaves Júnior <sup>1</sup>

## 1. Introdução

O Direito do Trabalho, do ponto de vista conceitual, demanda uma certa *update* doutrinária para lidar, de uma forma mais operacional e consistente, com as relações contemporâneas de trabalho regidas pelas plataformas e aplicativos eletrônicos, pela inteligência artificial e pelo *Big Data* produtivo.

A tarefa da doutrina é, de forma analítica, qual coruja hegeliana, reconstruir de forma crítica a história do pensamento da tecnologia no direito e no trabalho, após - e só após - o entardecer do mundo da emergência e da inovação. O direito sempre esteve a reboque da realidade.

A coruja, a metáfora do conhecimento para Hegel, como se sabe, parte do mito da Deusa Athena - Minerva em Roma - que se fez

---

<sup>1</sup> Doutor em Direitos Fundamentais. Professor Adjunto dos cursos de pós-graduação do IEC-PUCMINAS. Desembargador do TRT-MG. Diretor de Relações Institucionais do Instituto IDEIA - Direito e Inteligência Artificial; Coordenador das obras *Comentários à Lei do Processo Eletrônico* (2010), *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano* (2017) e *Teletrabalho* (2017)

humana, para convencer os humanos a respeitarem os deuses, mas foi vencida pela habilidade de Arachne de tecer teias. Pode-se arriscar a afirmar que as teias e as redes ressurgem da mitologia greco-romana como habilidade essencialmente humana, como potência virtual para superar a transcendência. A imanência da rede, em releitura de Espinosa, como potência (*potentia*) contra a atualização do poder (*potestas*); contrapoder diria Negri.

A potência virtual de emancipação da sociedade em rede tem um outro lado da moeda: o *enredamento*. Os fluxos da rede são emanações de sua potência e de seu poder. Negri nos revela a disputa política entre a *potência constituinte* e o *poder constituído*; tanto poderes públicos, como poderes econômicos, que cooptam, cristalizam e paralisam a potência da *multidão* conectada.

A inteligência artificial, de aprendizado, passa a ser tecida, instrumentalizada, para captura e armazenamento de dados sociais na rede. Não há mais especificidade de dados sensíveis; na era do *Big Data*, todos os dados são sensíveis, biopolíticos. Até a opção reiterada por um sabor de pizza comprada via plataforma eletrônica passa a ser informação estratégica. Informação é poder; megadados capturados em rede, são escrutinados e transformados em megapoderes.

A adequação doutrinária e esses novos impactos tecnológicos, como se verá, dispensam qualquer tipo de alteração legislativa na regulação do trabalho no Brasil, mas é preciso que os juristas compreendam o tom e o grau da evolução do conceito de valor e da organização produtiva no capitalismo dos dados e das relações cognitivas, criativas e de afeto.

Partimos da constatação de que o capitalismo pós-industrial não tem mais sua fonte *hegemônica* no trabalho tradicional, manufatureiro, como ocorria no início do Século XX. A produção econômica na modernidade industrial se destinava à confecção de 'mercadorias', isto é, visava puramente a transformar, linear e diretamente, o trabalho, material e subordinado, em mercadoria palpável e concreta.

Já a produção contemporânea não se preocupa tanto com a confecção da mercadoria material, isso, também, porque a automação e a inteligência artificial, a indústria 4.0 - que liga a internet das coisas até mesmo ao ambiente produtivo - possibilitaram aumentar, e de forma exponencial, a capacidade de reprodução de bens tangíveis, o que, logicamente, fez diminuir o valor desses bens, materiais e reproduzíveis, no mercado.

Evidentemente, essa diminuição diz respeito aos bens considerados

isoladamente, isto é, considerados somente a partir do ponto de vista de suas qualidades materiais, fora das relações sociais e culturais.

Além disso, o trabalho fantasma, prestado materialmente por bilhões de trabalhadores no planeta, passa a ser arregimentado de forma massiva, com alto grau de aleatoriedade, baixíssima comutatividade e captura da energia de cooperação social, o que acaba por redundar em exponencial redução de sua porosidade, pela via das plataformas eletrônicas.

Diante desse quadro, que ao contrário de ser espontâneo, é organizado pelas instâncias de hegemonia, o trabalho mais estratégico para o capitalismo – isto é, aquele que acrescenta maior valor à mercadoria ou ao serviço – passa a ser o trabalho que se destina a produzir, não mercadorias concretas, senão *relações*, nomeadamente, relações de conhecimento tecnocientífico, relações de ideias, relações de informação e comunicação e até relações afetivas, entre mercadoria/serviço e o consumidor.

A rede mais enreda que liberta. Barabási já havia formulado matematicamente essa constatação. O desabafo de Umberto Eco, na Aula Magna da Universidade de Turin, após receber a *lâurea honoris causa* em “Comunicação e Cultura de Mídia”, de que as redes sociais deram estatuto de verdade à vociferação de uma legião de imbecis, deixou claro que temos que trabalhar muito ainda para que o sonho de Pierre Lévy com uma ‘inteligência coletiva’ não se transforme numa utopia algo ingênua. Deleuze e Guattari dizem explicitamente o que a filosofia não é, mas talvez tenham querido dizer, com Dilthey, que ela é uma conexão. Vale a pena insistir no sonho inconfidente, *libertas quæ sera tamen*.

## 2. Do Controle à Disciplina

O Direito do Trabalho tradicional foi construído tendo em consideração uma *sociedade disciplinar* (Foucault), da fábrica, do capitalismo industrial, em que havia a necessidade da disciplina individual do corpo do trabalhador. A *linha* de produção necessitava de uma disciplina horária para não ser interrompida. Essa disciplina haveria de ser individualizada, pois os postos de trabalho eram individualizados e específicos. A busca pela produtividade linear impunha esse tipo de organização disciplinar do trabalho.

Mas não já podemos mais pensar a regulação do trabalho humano a partir dessa perspectiva do início do século passado. Já estamos em transição para a *sociedade do controle* (Deleuze), do empreendimento

em rede, na qual dispensa-se a especificação individual do trabalho. É necessário apenas o controle coletivo e estatístico dos trabalhadores, para ajustar a oferta à demanda de bens e serviços.

Na sociedade disciplinar, segundo Foucault, a disciplina dos corpos pelos poderes, por meio da vigilância, passa a ser mais rentável do que a punição. A vigilância acabava internalizando a auto-disciplina do cidadão e do trabalhador. A vigilância é sempre mais eficiente, abrangente e até possui maior economicidade, do que o ato de punição<sup>2</sup>.

A disciplina se espalhou do poder político para os poderes econômicos e privados, ela se estende do cidadão, do Estado, da prisão para a família, para a escola, para a religião e até para as correntes científicas.

A fábrica é a tradução na esfera da produção da *sociedade disciplinar*<sup>3</sup>. A disciplina é desdobrada no plano da produção, por meio da organização taylorista, da linha de produção, que estabelece um vínculo linear no trabalho, que se internaliza subjetivamente no operário, como estratégia de disciplina ética, de vigilância. A *potencialidade* de a interrupção individual do trabalho interditar a linha de produção sobrecarrega, no indivíduo, a responsabilidade pela produção coletiva. Com isso diminui-se sobremaneira a necessidade de aplicação do ato de punição.

Esse sistema é desdobrado juridicamente para o modelo de vigilância laboral, por meio do contrato de trabalho subordinado, no início do século XX. A disciplina ganha, assim, sua potência jurídica, de forma a diminuir a necessidade da aplicação do ato ineficiente de punição.

Com a evolução, entretanto, da sociedade industrial, sobretudo

<sup>2</sup> “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação.” FOUCAULT, 1987, p. 164

<sup>3</sup> “A fábrica parece claramente um convento, uma fortaleza, uma cidade fechada; o guardião “só abrirá as portas à entrada dos operários, e depois que houver soado o sino que anuncia o reinício do trabalho”; quinze minutos depois, ninguém mais terá o direito de entrar; no fim do dia, os chefes de oficina devem entregar as chaves ao guarda suíço da fábrica que então abre as portas. É porque, à medida que se concentram as forças de produção, o importante é tirar delas o máximo de vantagens e neutralizar seus inconvenientes (roubos, interrupção do trabalho, agitações e “cabalas”); de proteger os materiais e ferramentas e de dominar as forças de trabalho: A ordem e a polícia que se deve manter exigem que todos os operários sejam reunidos sob o mesmo teto, a fim de que aquele dos sócios que está encarregado da direção da fábrica possa prevenir e remediar os abusos que poderiam se introduzir entre os operários e impedir desde o início que progridam.” FOUCAULT, 1987 p. 169

com a crise estrutural de 1973, em virtude da elevação do preço do petróleo, o padrão de acumulação taylorista perde sua eficácia. Seja pela intensificação da concorrência, em plano planetário, seja pelo aumento dos vínculos de solidariedade sindical, solidariedade essa que se vê beneficiada tanto pelo modelo de indivíduo-protagonista na produção linear - por fortalecer sua capacidade de prejudicar o potencial de produção - como pela consolidação de uma outra ética social, de luta de classe dos não proprietários.

Para o capitalismo da grande indústria a crise é o cenário ideal e necessário para a superação do padrão de acumulação rígida, que, aliás, já havia se iniciado nos 50 no Japão. Do taylorismo/fordismo a produção da grande indústria desloca-se para o modelo ohnista/toyotista, em que a produção linear e vertical é substituída por uma concepção mais reticular e horizontal, de forma de diminuir a potência relativa do trabalhador, individualmente considerado, de paralisação do sistema produtivo.

É certo que outros fatores foram decisivos para o sucesso do sistema da acumulação flexível, como exemplo, o sistema *just in time*, mas aqui a preocupação é focar mais na questão da potência disciplinar do trabalho, justamente para realçar o trânsito da *disciplina* ao *controle* no plano da relação jurídica de emprego.

*Na sociedade do controle*, as chamadas tecnologias disruptivas, que emergem com força no século XXI, potencializam a capacidade relativa de se flexibilizar a acumulação do capital, seja na perspectiva da regulação territorial, seja no plano da produção ou até na esfera do ordenamento jurídico trabalhista.

Estamos em transição para o capitalismo das relações, no qual a acumulação é baseada na captura do produto da cooperação social, como resultado do incremento da socialização da produção, principalmente pela atividade produzida pelas redes sociais e plataformas econômicas<sup>4</sup>.

Nesse contexto, o capital apropria-se do "*commons*", do conhecimento tácito e codificado da comunidade em rede e acaba por capturar as energias de emancipação que eclodem em meio à colaboração produtiva.

Gilles Deleuze<sup>5</sup> de maneira bem perspicaz, quase premonitória, já em

<sup>4</sup> (LUCARELLI & FUMAGALLI) Fumagalli, Andrea, and Stefano Lucarelli. *A model of Cognitive Capitalism: a preliminary analysis*. (2007): 117-133.

<sup>5</sup> A descrição da sociedade do controle aparece em dois textos publicados originalmente em francês, em 1990, o primeiro deles numa entrevista concedida ao filósofo e cientista político italiano Antonio Negri. Esses dois textos são publicados em português em 1992: *Conversações, 1972-*

1990, havia identificado o início dessa viragem, dessa torção topológica e de certa maneira sutil, da «sociedade da disciplina», para a «sociedade do controle». Para Deleuze, Napoleão marca o final da transição da *sociedade da soberania*, que tinha por finalidade (i) açambarcar e (ii) decidir sobre a morte, para a *sociedade da disciplina*, cujos objetivos passam a ser (i) organizar a produção e (ii) gerir a vida<sup>6</sup>.

A despeito de a iconografia da sociedade do controle haver sido vislumbrada por Deleuze, ele próprio defende que Foucault já descrevera a sociedade disciplinar como aquilo que já não éramos, já estávamos deixando para trás<sup>7</sup>. E essa nova sociedade é digital, antes que analógica e substitui a fábrica pela empresa, transformando a solidariedade em concorrência, esta última transposta da esfera do capital para o coração do trabalho<sup>8</sup>.

Nesse novo mundo da economia, reconstroem-se as subjetividades dos trabalhadores, até mesmo na esfera do poder diretivo; não se trata mais de identidades, assinaturas, senão de senhas, cifras e códigos. São amostras e bancos de dados. Os indivíduos tornam-se divisíveis, *'dividuais'*, passíveis de replicação virtual. Não são necessárias *palavras de ordem*, seja na organização do trabalho, seja na organização da resistência sindical<sup>9</sup>.

Estatui-se o capitalismo da *'sobre-produção'*, com a produção deslocada para os países periféricos; não se compram mais matérias primas e se vendem produtos acabados. Inverte-se a lógica: compram-se produtos e vendem-se serviços. O poder empresarial se expressa mais pela tomada do poder acionário, do que pela formação da disciplina do trabalho; mais por fixação de cotações na bolsa, por IPOs, do que por redução de custos da produção.

O poder empregatício descola-se da disciplina corporal e do tempo de trabalho, para o controle da alma e do marketing<sup>10</sup>.

Ao controle já não interessa o *confinamento* dentro da fábrica, dentro de uma jornada fixa, dentro de uma disciplina linear, de um vínculo jurídico estável ou até mesmo de uma assiduidade, mas, sim, de um vínculo etéreo, pós-contratualista, pós-materialista, sonho de

---

1990 / Gilles Deleuze, tradução de Peter Pál Pelbart, pela Editora 34. *Controle e Devir* (entrevista a Antonio Negri, 1990) pp. 209 - 218; *Post-scriptum sobre as sociedades de controle*, pp. 219 - 226.

<sup>6</sup> DELEUZE, Gilles 1992, p. 219

<sup>7</sup> DELEUZE, Gilles 1992, p. 215-216

<sup>8</sup> DELEUZE, Gilles 1992, p. 221

<sup>9</sup> DELEUZE, Gilles 1992, p. 222

<sup>10</sup> DELEUZE, Gilles 1992, p. 224

liberdade, mas que engendra agenciamentos compromissários, dívidas continuamente diferidas, *endividamento* recorrente, por meio de afetação apenas virtual.

A *troika* da União Europeia propôs a *flexi-segurança*, mas não se trata mais disso, senão de flexi-liberdade, a liberdade dúctil, meramente operacional, a autonomia *enredada*, antes que reticular ou compartilhada - parassubordinada.

No *controle*, a produção é compatível com vínculos precários, intermitentes, plugados, on line, virtuais. São conexões heterogêneas, sem identidade, similaridade ou homogeneidade, esvaziando o conceito de categoria profissional (CLT, art. 511, § 4º) a benefício da multidão espinoseana. Singularidades produtivas, que se opõem às individualidades e coletividades. Mais relevante que o contexto social, é o *hipertexto* cultural.

A disciplina opera de forma individualizada sobre o trabalhador. O controle preocupa-se mais com aspectos estatísticos, coletivos da subsunção do trabalho alheio. Reforça-se a liberdade individual e limitada do trabalho, com flexibilização da disciplina, mas com incremento do *controle* coletivo. Dissolvem-se os laços de solidariedade da categoria, suas identidades, potencializam-se as diferenças e singularidades da *multidão* (Espinosa-Negri) que trabalha.

A distinção entre as sociedades da disciplina e a do controle é gradual e quantitativa. Antes que qualitativa é dialética e materialista; envolve a passagem da quantidade à qualidade, *per saltum* de estados quânticos.

Para uma melhor compreensão, parece útil construir uma tabela gráfica e indicativa de tal transição, tendo sempre presente que as duas formas de sociedade co-existem, imbricam-se, comunicam-se e se ricocheteiam, não em circularidade, mas de uma forma evolutiva, espiralada. Não se contrapõem necessariamente, justapõem-se e se sucedem no tempo, de maneira pendular, em variações ora gradativas, ora emergentes:

	Sociedade da Disciplina FOUCAULT	Sociedade do Controle DELEUZE
Referências	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Final Séc. XVII</li> <li>2. Vigiar e Punir</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Final Séc. XX</li> <li>2. <i>Post-Scriptum</i> sobre a sociedade do controle</li> </ol>
Características	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Analógico</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Digital</li> </ol>

	2. Durável	2. Descartável
	3. Estabilidade	3. Precariedade
	4. Jornadas delimitadas	4. <i>Continuum on line</i> intermitente
	5. Tempo Linear	5. Tempo real
	6. Máquinas Energéticas	6. Máquinas Cibernéticas
	7. Disciplina individual	7. Controle estatístico
	8. Trabalho segmentado	8. Redução exponencial da porosidade do trabalho
	9. Captura do tempo de trabalho e da produtividade dos trabalhadores	9. Captura das externalidades positivas da rede (da cooperação social e dos conhecimentos da comunidade)
	10. Subsunção formal do trabalho	10. Subsunção pós-real do trabalho
	11. Subordinação Jurídica	11. Alienação Reticular
Ícones	1. Fábrica	1. Empresa
	2. Assinatura	2. Cifra – senha
	3. Confinamento	3. Endividamento
	4. Fidúcia	4. Inovação - disrupção
	5. A toupeira	5. A serpente
Finalidade	1. Produção	1. Consumo
	2. Corpo	2. Alma e Mente

*Quadro sinóptico elaborado pelo autor*

### 3. Alienação

Retomando o debate sobre a técnica jurídica no Direito do Trabalho, é importante notar que academia espanhola, por exemplo, não foca tanto o conceito de ‘subordinação’. O clássico Alonso Olea, prefere transferir a centralidade científica no Direito do Trabalho para o conceito de ‘ajenidad’: “(...) *la relación de ajenidad, como definidora y esencia misma del contrato de trabajo, éste es un modo originário de adquirir propiedad por un ajeno distinto de quien trabaja*”<sup>11</sup>.

O termo ‘ajenidad’ não é de fácil tradução para a língua portuguesa, já que o termo ‘alteridade’, pelo qual costuma ser traduzido, não se equipara perfeitamente ao termo espanhol. *Alteridade* está ligada à ideia

<sup>11</sup> ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE *Derecho del Trabajo* Madrid: Civitas Ediciones, 2000 (p. 60)

de 'outro', em oposição à de identidade, própria do idealismo hegeliano, de quem, aliás, Alonso Olea é tributário, talvez isso justifique a opção pela tradução mais usual *alteridade*, muito embora o seu tradutor para o português, o Ministro Carlos Alberto Barata Silva, não lance mão da tradução sintética do conceito, mas da tradução estendida: trabalho *por conta alheia*<sup>12</sup>.

*Ajenidad*, contudo, a nosso ver, está mais conectada à ideia de *diferença*, no caso, sobretudo diferença de classe. Do ponto de vista jurídico, tal vocábulo transita na esfera da *alienação*, da transferência, mas da transferência do resultado do trabalho daquele que produz - afetando em certa medida a *aquisição natural*, como reconhecem os liberais clássicos como Adam Smith, Ricardo ou Locke - para *pessoa, física ou jurídica, alheia*. De certa forma, o conceito estaria mais afeto ao materialismo histórico marxiano, não obstante o fato de que Alonso Olea atribua a Marx uma certa confusão entre os conceitos de *alienação*, fundindo os vocábulos *Veräußerung*<sup>13</sup>, *Entfremdung*<sup>14</sup> – ou em seu sinônimo – *Entäusserung*<sup>15</sup>. Alonso Olea, em sua clássica monografia sobre a história da palavra 'alienação', anota que utiliza:

*el término 'ajenidad', que es el generalizado entre nuestros especialistas; por éstos se ha acuñado este término en derecho del trabajo, rehuendo el clásico jurídico de enajenación, y con buenas razones, porque enajenación implica en derecho una translación de dominio o titularidad de una persona a otra, y por consiguiente una adquisición derivativa por parte de esta última, mientras que en el contrato de trabajo hay una adquisición originaria de propiedad por el empleador o empresario respecto de bienes de nueva creación, que no han sido antes propiedad de nadie; es claro, pues que ajenidad – o alienità<sup>16</sup>, como la llama Guasp (Derecho, Madrid, 1971, p. 548) – sigue siendo usada aún como noción distinta de enajenación, en sentido jurídico estricto y propio<sup>17</sup>.*

<sup>12</sup> ALONSO OLEA, Manuel Introdução ao Direito do Trabalho - trad. Português Carlos Alberto Barata Silva em colaboração com Darci Rodrigues de Oliveira Santana - 4a. ed. rev. - São Paulo: LTr, 1984.

<sup>13</sup> Ou *Veräußerung*, em alemão, alienação, no sentido jurídico de venda

<sup>14</sup> *Entfremdung*, em alemão, alienação, no sentido de estranhamento

<sup>15</sup> *Entäusserung*, em alemão, alienação, no sentido de exteriorização

<sup>16</sup> *Alienità* em italiano está mais próximo ao conceito de estranhamento.

<sup>17</sup> Cfr. OLEA, 1988, pp.171-172, nota 730

Uma possibilidade mais literal de tradução do termo *ajenidad* seria *alheabilidade*. Pontes de Miranda, contudo, em sua proverbial acuidade, optou, pelo termo '*alienidade*'<sup>18</sup>, que, aliás, é o mesmo utilizado por Guasp, como se viu na referência anterior de Alonso Olea. Vale ressaltar, contudo, que tal termo não consta do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP, nem esta palavra encontra-se dicionarizada<sup>19</sup>, sem embargo de que seja um termo relativamente comum nas doutrinas empresarial e trabalhista de Portugal.

É importante assinalar que a doutrina espanhola tem três correntes a respeito da *ajenidad*. 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<sup>20</sup> (*ajenidad en los riesgos*) 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<sup>21</sup>.

Cabe anotar que a *alienidade* é dupla, e se dá tanto no resultado, como na própria atividade em si, como ressalta a jurisprudência trabalhista da Corte Constitucional da Itália, por meio do conceito de *doppia alienità*<sup>22</sup>.

Parece importante, neste momento da reorganização tecnológica da produção, enfatizar o conceito de *alienidade* no Direito do Trabalho, em detrimento daquele de uma estrita subordinação jurídica, classicamente voltada para a disciplina, para a direção rígida da atividade, para o confinamento. Nas novas relações de trabalho em rede, a condição de trabalho alheio tende a ser mais decisiva do que a subordinação, para caracterizar o vínculo empregatício, pois é mais simples de se constatar<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Anotando que o Direito do Trabalho opera com um conceito menos extenso de *trabalho*, observa que se “*exigimos ao conceito o elemento fático do interesse de outrem, já a alienidade do proveito, ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que A faz para si mesmo (...)*.”Cfr. PONTES DE MIRANDA, 1964, p. 79

<sup>19</sup> Foram consultados os tradicionais CALDAS AULETE, HOUAISS E AURÉLIO.

<sup>20</sup> Cfr. *Manual de Derecho del Trabajo*, 12 ed, 1, p. 15 *apud* MONTOYA MELGAR, 1999, p. 35, nota 16

<sup>21</sup> Cfr. MONTOYA MELGAR, 1999, p. 36.

<sup>22</sup> A '*doppia alienità*', como consagra a jurisprudência trabalhista do Tribunal Constitucional italiano, entrelaça dois aspectos da subordinação: (i) direção heterônoma e (ii) dependência. Decisão n.º 30 de 5 de Fevereiro de 1996 - *Sentenza 1996/30 del 12/02/1996 pubb. in GU del 21/02/1996 n.º 8* (Dir. Lav. 1996, 616 e ss.) <http://www.cortecostituzionale.it>

<sup>23</sup> Anota a Professora Maria Luz Rodriguez Fernandez, da Universidade Castilha-La Mancha que o trabalhador '*autônomo*' "*que trabaja por cuenta propia para otras tantas empresas y clientes, trabaja, sin embargo, por cuenta ajena para esa empresa con la que tiene una relación duradera*. Y

e mais difícil de se dissimular.

A subordinação jurídica é um construto do direito, não um fato da relação de produção. É uma ficção que legitima juridicamente o poder empregatício. Daí que essa ficção jurídica não pode ser utilizada como fato configurador de outra ficção jurídica: a relação emprego.

Por outro lado, a subordinação tradicional está intrinsecamente ligada a uma organização produtiva rigidamente disciplinar, da produção linear, em que o desordenamento de um trabalhador, individualmente considerado, tumultua e pode até interditar toda a linha de produção.

Com a produção flexível, em rede, a disciplina castrense é substituída pela organização dúctil, ou até mesmo quase-caótica, em vasos virtuais comunicantes, que evita que o sistema produtivo se interrompa com qualquer falha ou ausência individual.

Daí que parece mais adequado averiguar-se o grau de *alienidade* do trabalho, para se constar a existência da subordinação, que surge, então, muito mais como co-efeito, do que causa configuradora do vínculo econômico estabelecido.

De uma forma pragmática e como instrumento para melhor adequação à cultura jurídica da subordinação, é conveniente não mais qualificá-la com o adjetivo *jurídica*, que em certa medida é tautológico, já que o intuito é justamente a aplicação desse conceito no âmbito do ordenamento. Nessa perspectiva, para melhor caracterizar e identificar a subordinação no plano interno do Direito do Trabalho, parece melhor adjetivá-la como *reticular*, não por qualquer tipo de veleidade terminológica, mas como forma de marcar a evolução do conceito nesta atual transição imbricada entre a produção da *disciplina* foucaultiana para a nova produção do *controle* deleuzeano, que não pode ser mais aferida a partir dos mesmos supostos em que foi gestada pela doutrina do início do século passado.

Não há dúvida de que estamos em trânsito para um novo mundo nas relações de trabalho. Temos formas de escravidão contemporânea do trabalho, convivendo com o trabalho disciplinar e com o controle virtual do trabalho, mas a tendência é que essa última racionalidade e organização passe a preponderar. Mas a pergunta que fica é saber se essa nova realidade produtiva, desenhada pelo grande capital tecnológico, torna dispensável ou não os princípios jurídicos que visam a atenuar a assimetria na relação de trabalho.

---

que, en la medida que así sea, realiza un trabajo objeto del Derecho del Trabajo y debe quedar, por tanto, incluído en su ámbito." Cfr. RODRIGUEZ FERNANDEZ, 2004, p. 50.

Nessa linha, sustentamos há mais de dez anos, com Barberino Mendes, que neste momento, para um novo impulso ao desenvolvimento científico do Direito do Trabalho, seja importante resgatar um termo já utilizado por Pontes de Miranda, qual seja, o conceito de '*alienidade*'<sup>24</sup>, não obstante tal vocábulo não tenha ainda sido dicionarizado. Na oportunidade sugerimos o conceito de *alheabilidade*.

É importante lembrar que não obstante seja a *alienidade* um traço do trabalho produtivo apenas – já que só se pode falar em trabalho produtivo se há produção de excedente para ser alheado (ou apropriado por outrem) – nada impede que a lei estenda ao trabalho improdutivo (ou de consumo) os efeitos jurídicos da relação de emprego, ou seja, equipare legalmente os trabalhadores produtivos e improdutivos, como, aliás, se verifica no precitado parágrafo primeiro do artigo 2º da CLT em relação aos empregadores.

#### 4. O controle na Dogmática Brasileira

É importante frisar que a legislação do trabalho já havia captado essa tendência de transição da *disciplina* ao *controle* desde 2.011, como se vê da Lei 12.551, que alterou o art. 6º da CLT, para acrescentar o parágrafo único ao mencionado dispositivo<sup>25</sup>. Essa alteração não foi trivial, pois trouxe para ordenamento trabalhista dois aspectos até então relegados pela doutrina brasileira, quais sejam: a (i) *alienidade* e o (ii) *controle*.

Por outro lado, sublinhe-se também que a novação legislativa de 2.011 pela primeira vez dogmatizou o conceito de *subordinação jurídica*, que, até então, era puramente doutrinário e jurisprudencial, já que, como se sabe, a CLT optara pelo vocábulo *dependência* no artigo 3º.

Além do aspecto que envolve a *alienidade*, é importante sublinhar também que o próprio conceito de subordinação - a partir do então recém incluído parágrafo único do art. 6º da CLT - sofre uma torção

<sup>24</sup> Para um pleno desenvolvimento do conceito de 'alienidade' cfr. nosso já mencionado trabalho publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, CHAVES JR. & BARBERINO MENDES, 2007, pp. 201-207 com acesso também em [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_76/Marcus\\_Jose.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcus_Jose.pdf)

<sup>25</sup> Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei n.º 12.551, de 2011)  
Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei n.º 12.551, de 2011 - grifos nossos)

de sentido, para envolver não só o aspecto disciplinar, que no referido parágrafo único está bem retratado no vocábulo *comando*, mas também para abrir-se à noção de *controle*, palavra essa expressamente inserida na lei.

Como se sabe, não há na lei, por força hermenêutica, palavras inúteis. Se o legislador, além do vocábulo '*comando*', introduziu também o vocábulo '*controle*', cabe ao intérprete dar consequência jurídica a essa distinção legal. Nesse sentido, a percepção deleuzeana da transição conceitual da *disciplina* ao *controle*, operada no *mundo da vida* da organização do trabalho, está lapidar e literalmente inserida na lei.

De uma abordagem mais sistemática, pode-se perceber que o poder diretivo do empregador, previsto no caput do art. 2º da CLT, por meio do vocábulo *direção*, passa a ser desdobrado, com a inclusão do parágrafo único no art. 6º da CLT, em três núcleos: (i) *comando*, (ii) *controle* e (iii) *supervisão*.

É importante notar ainda que essas três formas de subordinação (*finalidade*<sup>26</sup>) são concretizadas a partir de dois *meios*, quais sejam, (i) *informáticos* e (ii) *telemáticos*. Nessa linha analítica, de decomposição dos núcleos vocabulares do texto da lei, que só encontra sentido na busca de um esforço sistemático, pode-se afirmar que os dois primeiros núcleos - *comando* e *controle* - têm uma maior correlação com os meios informáticos e o terceiro (*supervisão*) com os meios *telemáticos*, ou seja, maior correspondência com aqueles trabalhadores que possam estar enquadrados nas três hipóteses previstas pelo artigo 62 da CLT: (i) os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, (ii) os que exercem cargo de gestão e aqueles (iii) em regime de teletrabalho.

Não é demais atentar para uma nova e revolucionária modalidade de subordinação jurídica trazida pela reforma trabalhista, por meio do contrato intermitente<sup>27</sup>, definida no parágrafo terceiro do artigo 452-A da CLT, que, em paradoxo com o conceito tradicional de subordinação, faculta ao empregado recusar a convocação ao trabalho, ou seja,

<sup>26</sup> CLT, art. 6º, Parágrafo único: "Os *meios* telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para *fins* de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio". Grifos nossos.

<sup>27</sup> É certo que tal modalidade de contratação não é aberta, depende de pressupostos objetivos da própria dinâmica produtiva, que envolva sobretudo atividades habituais, porém descontínuas. Não é demais acrescentar que a continuidade deve ser aferida pelo prisma da organização do empreendimento, não pela jornada de trabalho eventualmente definida pelo empregador.

permite a ele de certa maneira insubordinar-se, sem que com isso a própria subordinação se veja descaracterizada.

Vale observar que o mencionado dispositivo trata mesmo do próprio conceito de subordinação e não apenas da relação de emprego em si, como se vê da sua própria literalidade<sup>28</sup>. Assim é lícito pensar que a dogmática brasileira abriu-se a conceber a subordinação jurídica de uma maneira menos subsuntiva, mais aberta e envolvendo outras formas que não aquela estritamente jungida à noção disciplinar do taylorismo linear.

Nessa mesma ordem de ideias, fica fácil perceber que o conceito de subordinação no Direito do Trabalho, por meio do *controle algorítmico* ou *reticular*, encontra perfeita tradução jurídica que já não pode mais ser ignorada pela doutrina e pela jurisprudência.

#### 4.1. Panorama do Direito Comparado

Além da perspectiva espanhola, de foco no conceito de ‘*ajenidad*’, importante ainda pinçar alguns outros aspectos da identificação da relação de emprego no Direito Comparado.

Começemos pela doutrina italiana que, a partir de uma mudança da própria jurisprudência, diferente da abordagem brasileira, que está focada num método estritamente subsuntivo e taylorista de identificação do vínculo de emprego, tem um *approach* muito mais tipológico, mais aproximativo<sup>29</sup>.

Além disso, na Itália, a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, desde 1996, trabalha também o aspecto da *alienidade*, muito embora enfatizando sua dupla face (*doppia alienità*), ou seja, *alienidade*

<sup>28</sup> Art. 452-A (...)§ 3º “A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”. (grifo nosso)

<sup>29</sup> “ A este respeito, deve ser enfatizado que o método mais rigoroso de qualificar a relação para a aplicação da disciplina de subordinação, marcada por uma taxa muito alta de rastreabilidade, é a da subsunção do caso específico no tipo legal elaborado pelo art. 2094 c.c. Em outras palavras, o caso específico deve apresentar todas as características do caso abstrato e coincidir com ele. Mas é igualmente apropriado recordar que este método é contrariado por outro método, que é tipológico, que se baseia na distinção entre o tipo legal e normativo. O tipo normativo não identifica um tipo jurídico específico, mas apenas algumas e não todas as características de um tipo legal, de modo que a aplicação do método tipológico permite ao juiz não abranger o caso específico no abstrato, mas trazer o primeiro de volta ao tipo regulamentar. A referência ao tipo normativo permite, portanto, que o juiz, que deve proceder à qualificação de um caso específico como trabalho subordinado ou não, considere como subordinados também as relações de trabalho que não apresentam todas as características do tipo legal e acaba por estender discricionariedade, tanto na qualificação do caso específico como na consequente determinação do âmbito de aplicação da legislação.” SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori e dell'occupazione* Giappichelli, 2017, p. 16 (tradução livre)

como trabalho em (i) proveito alheio, como também, na perspectiva da (ii) *hétero-direção*<sup>30</sup>.

Na Alemanha, no mesmo sentido, a partir da recente inserção no BGB do § 611a, com vigência a partir de abril de 2017, que a passou a caracterizar o contrato de trabalho, os critérios da dependência econômica (*Abhängigkeit*) e da dupla alienidade parecem aproximar aqueles do sistema tipológico italiano<sup>31</sup>.

A doutrina trabalhista norte-americana, na linha mais pragmática do *Common Law*, sempre optou por uma abordagem mais tipológica. Do método Borello, vigente desde 1989<sup>32</sup>, em que eram analisadas diversas características, embora não fossem necessárias a verificação de todos os requisitos, a partir de 2018, a Suprema Corte da Califórnia passou a adotar o chamado Teste ABC<sup>33</sup>, que parte da forte presunção da relação de emprego, se não houver a subsunção a 3 critérios<sup>34</sup> estabelecidos para identificação do trabalhador independente, sem prejuízo de também analisar os requisitos do teste Borello.

Enfim, estado da arte no Direito Comparado aponta num sentido de que um sistema fundado na ideia tradicional de subordinação - que, aliás, é muito mais consecutiva do que causal - deixa escapar em sua rigidez de subsunção, a ductibilidade da gestão e direção mais contemporâneas, que se aproximam muito mais de uma noção de controle.

<sup>30</sup> Decisão 30/1996 - Giudizio *GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALI*, Presidente *FERRI* - Redator. *Camera di Consiglio del 24/01/1996*. Decisão de 05/02/1996. Depósito 12/02/1996. Publicação G. U. 21/02/1996

<sup>31</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) - § 611a Arbeitsvertrag*

(1) *Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. (...)*

Código Civil Alemão (BGB) - § 611a Contrato de trabalho

(1) Pelo contrato de trabalho, o empregado é obrigado a trabalhar por conta alheia e de forma heterônoma, com vínculo de dependência pessoal. (...) (tradução livre)

<sup>32</sup> 48 Cal.3d 341 (1989) - 769 P.2d 399 - 256 Cal. Rptr. 543 - S.G. *BORELLO & SONS, INC., Plaintiff and Appellant, v. DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS, Defendant and Respondent*. Supreme Court of California. Março 23 1989

<sup>33</sup> *THE SUPREME COURT OF CALIFORNIA - DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC., S222732 v. Ct.App. 2/7 B249546 THE SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY*, Super Ct. No. BC332016 *CHARLES LEE et al.*, 30 de abril de 2018

<sup>34</sup> 1) Parte A do teste exige que o trabalhador esteja livre do controle e direção da entidade contratante em relação à execução do trabalho, tanto sob o ponto de vista jurídico-contratual, como do ponto de vista fático.

2) A parte B do teste exige que o trabalhador realize um trabalho fora do curso normal do negócio da empresa contratante; e

3) A Parte C do teste exige que o trabalhador esteja habitualmente envolvido em um comércio, ocupação ou negócio estabelecido da mesma natureza do trabalho executado.

## 5. Considerações Finais

A *disciplina* produtiva detém-se, pois, como subordinação jurídica, individualizada. Já a ideia de *controle* desdobra-se no plano da dependência econômica e da *alienidade* coletivas.

Para a identificação da relação empregatícia contemporânea passam a ser muito mais decisivas as noções de escalabilidade econômica, inteligência artificial e *Big Data*, em detrimento das de ordem, comando, organização linear e jornada e remuneração fixas de trabalho.

Os sistemas oriundos da denominada *reputation economy*, de avaliações efetuadas pelos usuários dos serviços, que, do ponto de vista do Direito do Trabalho, não passam de mera estratégia de delegação do poder econômico empregatício de direção, comando e controle, tornam-se muito mais eficientes para organização produtiva em rede, do que os mecanismos tradicionais de disciplina subordinativa.

Uma outra característica do sistema de trabalho por meio das plataformas eletrônicas é a transferência de vários custos operacionais da produção para o trabalhador. O modelo de negócio pressupõe a concentração nas atividades mais estratégicas, no *core business*, que na *net economy* consiste no amplo controle e propriedade do código fonte, do algoritmo do aplicativo e, também, numa forte infraestrutura de rede. Tudo o mais é transformado em mera ferramenta de trabalho, cuja propriedade deve ser compreendida, sim, como decorrência impositiva do poder econômico, não como algum traço indicativo de alienidade da produção.

O Direito do Trabalho, impactado pelas novas tecnologias, não pode mais se conter apenas na *disciplina*, individualizada, foucaultiana; ele deve se estender também ao *controle* deleuzeano, estatístico e coletivo. O mais estratégico, do ponto de vista econômico, para o capitalismo tecnológico não emana mais da disciplina dos corpos, senão, sobretudo, do controle da mente, da alma, dos afetos e da criatividade do trabalhador.