

RELAÇÃO DE EMPREGO: O MESMO E NOVO CONCEITO

Paulo Merçon*

Ontem choveu no futuro.

(Manoel de Barros)

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é produto da sociedade industrial¹. Desponta como ramo jurídico especial no século XIX, na Europa, quando se assenta a *grande indústria* e encorpa a imagem e semelhança da fábrica².

O modelo clássico de interação capital/trabalho, oriundo da indústria, supõe o controle direto, pelo empregador, do modo de realização da prestação.

Nas últimas décadas, a produção urbana passa a transcender a fábrica. Os serviços e o conhecimento contêm ainda mais valor que a mercadoria palpável.

Se o capitalismo primitivo dispersava a produção em unidades familiares, a Revolução Industrial concentrou a produção na fábrica. Na pós-modernidade, passado e presente misturam-se ao futuro. Produção a distância ou na linha de montagem, trabalho braçal e imaterial, *software*, *marketing* e mercadoria interagem de modo cada vez mais produtivo.

A sociedade pós-industrial encontra-se em formação, e o eixo são as economias dominantes mas países emergentes, como o Brasil, já sentem seus respingos no mundo do trabalho. Entretanto, se o sistema tende a germinar espécies não empregatícias de relação de trabalho, em sua maior parte as “novas modalidades de trabalho” não passam de variações, ou inovações, da forma hegemônica de inserção do trabalhador no modo de produção capitalista: a relação de emprego.

* Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis (MG); mestre em Direito pela PUCMinas.

1 Olea (1984, p. 203) anota que a denominação primitiva do Direito do Trabalho é *direito das fábricas*. Outros registros falam em *direito operário*.

2 A expressão é de Márcio Túlio Viana (2005, p. 261) referindo-se à indústria fordista, que moldou, já no século XX, “uma fábrica cada vez mais concentrada, com seus produtos previsíveis, as suas máquinas grandes e potentes”, em torno das quais agrega um trabalho padronizado e em série.

A doutrina e jurisprudência trabalhista consagram o entendimento que condiciona a existência da relação de emprego ao *elemento subordinação*. Esse dogma vem se revelando, contudo, ineficaz na aferição de certas situações, situadas na fronteira mais crítica entre o trabalho dito subordinado e o autônomo.

Em busca de um marco mais seguro, que resguarde a efetividade da tutela trabalhista em meio às misturas e ambiguidades desses novos tempos, o presente estudo tem por objeto dissecar, no cerne da relação empregatícia, a *causa* da subordinação, *fonte material* da qual ela irradia.

Podemos olhar o Direito do Trabalho como quem lê um mar: uma paisagem inquieta, de águas em constante formação. Ou, ao mergulharmos nessas águas, sob a superfície justtrabalhista, enxergamos o relevo e as texturas de um modo de produção em incessante transformação, mas que guarda uma mesma *substância socioeconômica*, cuja investigação talvez seja preciosa não apenas à aplicação, mas aos próprios rumos do Direito do Trabalho na pós-modernidade.

1 – SUBORDINAÇÃO, CONCEITO EM EXPANSÃO

Subordinação, na acepção original, é a relação de dependência ou submissão entre pessoas, ordem estabelecida entre elas e segundo a qual umas recebem ordens ou incumbências das outras. Os filhos subordinam-se aos pais, os militares a seus superiores³.

O conceito de subordinação jurídico-trabalhista origina-se da jurisprudência francesa do início do século XX, sendo clássica a definição de Paul Colin:

“Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual se chamou de subordinação jurídica, para opô-la à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção nos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista.”⁷⁴

Tal aspecto de subordinação, no qual o empregador dirige o modo de realização dos serviços prestados pelo empregado, tornou-se preponderante na sociedade industrial não apenas na fábrica, mas nos outros setores da economia, mesmo nas atividades não lucrativas e no âmbito doméstico.

3 Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.626.

4 COLIN apud CATHARINO, 1965, p. 39.

Na doutrina trabalhista, o conceito de subordinação jurídica acabou se sobrepondo às noções de dependência econômica⁵ e dependência técnica⁶. A subordinação, decorrendo de um contrato, nele encontraria seu fundamento e limites. Como salienta Délio Maranhão, diversamente do trabalho forçado, a subordinação não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, “não cria um *status subjectionis*: é, apenas, uma *situação jurídica*”⁷.

Lógica expansionista do Direito do Trabalho

A noção clássica e estrita de subordinação jurídica pode afastar, do campo de incidência do Direito do Trabalho, trabalhadores que necessitam de sua tutela. É o caso dos trabalhadores intelectuais ou detentores de maior *know-how*, e dos trabalhadores em domicílio ou a distância do tomador.

O intérprete pode então se questionar: a obrigação de o empregador remunerar o empregado com um salário-mínimo, a proteção contra a dispensa imotivada e outros direitos fundamentais trabalhistas têm sua razão de ser no fato de o empregado se sujeitar ao cumprimento de horário e ao poder de comando do empregador?⁸

Ao longo do século XX, e até meados da década de 1970, verifica-se uma tendência expansionista no conceito de subordinação e no próprio Direito do Trabalho, que passa a tutelar trabalhadores intelectuais, altos empregados e os trabalhadores em domicílio, dentre outros.

Com base na observação de que a subordinação pode existir em situações nas quais o poder diretivo e o dever de obediência não se exteriorizem, a doutrina europeia constrói uma nova concepção de subordinação, de caráter objetivo.

No Brasil, foi Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quem melhor desenvolveu a doutrina da subordinação objetiva, realçando que, no contrato de trabalho, a

5 Maranhão assinala que pode haver dependência econômica sem que exista contrato de trabalho, citando o exemplo do pequeno industrial ou comerciante cuja empresa dependa, economicamente, de grandes e poderosas organizações. E aduz que “pode inexistir essa dependência, havendo contrato de trabalho: o fato de possuir o empregado, por este ou aquele motivo, renda própria, que o torne, economicamente, ‘independente’ do empregador, não desnatura o vínculo contratual que os liga” (MARANHÃO, 1995, p. 242). No mesmo sentido, a doutrina de Vilhena (1999, p. 469).

6 O critério da dependência técnica é ainda mais criticado pela doutrina. Delgado (2004, p. 304-305) ressalta que, no processo organizativo da moderna empresa, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos, “o empregador contrata o saber (e seus agentes) exatamente por não possuir controle individual sobre ele”.

7 MARANHÃO, 1995, p. 242.

8 Ver PORTO, 2009, p. 244.

função ou tarefa do empregado integra-se ao giro total da empresa em movimento. A atividade do prestador acopla-se à atividade da empresa:

“Desde que esse acoplamento seja resultante de uma posição anterior de *recíprocas expectativas* que se reiteram, conclui-se que à atividade da empresa é imprescindível a atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração de atividades, o que redundará em uma situação de *dependência*.”⁹

O movimento expansionista e inclusivo do Direito do Trabalho desenvolveu-se não apenas na formulação de novos conceitos, mas pelo fortalecimento de noções antigas, como a *dependência econômica*, a *potencialidade do poder empregatício* e a *assunção dos riscos do empreendimento*, que passaram a ser aplicados pela jurisprudência, junto a outros elementos, através da técnica do “conjunto de indícios”¹⁰.

Tendência reducionista e parassubordinação

Nas últimas décadas, observa-se na sociedade capitalista e no Direito do Trabalho uma inversão da lógica inclusiva, regredindo-se a uma orientação restritiva do conceito de subordinação e de desvalorização dos princípios do Direito do Trabalho. O retrocesso coincide com o fim da *era de ouro* nos países centrais e a ascensão de um novo pensamento liberal.

A redução do conceito de subordinação atinge seu estágio mais crítico na ideia de trabalho parassubordinado.

Em face das novas formas de trabalho, advindas das inovações tecnológicas e da reestruturação produtiva, o legislador de alguns países europeus¹¹ cria um suposto *tertium genus* entre o trabalho autônomo e o subordinado. Trata-se, em tese, de trabalhadores que dependem economicamente do tomador de serviços, mas em cuja prestação não se distinguem, de forma nítida, os traços da subordinação. A legislação daqueles países assegura-lhes então uma proteção trabalhista e previdenciária mitigada.

9 VILHENA, 1999, p. 466.

10 Pelo método do “feixe de indícios”, o juiz procede a uma análise global da relação de trabalho *in concreto* (forma de remuneração, propriedade dos meios de produção, integração do trabalhador na organização empresarial, tipo e intensidade dos controles exercidos, etc.), para então concluir pela configuração ou não da relação de emprego.

11 A figura do trabalhador parassubordinado foi criada na Itália, e adotada de forma analógica em outros países europeus, como a Alemanha (“pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”), Inglaterra (“workers”), Portugal (“situações equiparadas”) e Espanha (“trabajadores autónomos económicamente dependentes”).

A pretexto de estender a tutela laboral a trabalhadores desprotegidos, o conceito de parassubordinação na realidade enfraquece o Direito do Trabalho. De um lado, há o sério risco de o operador do direito enquadrar como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam reconhecidos como empregados. Na perspectiva do capitalista, a parassubordinação legitima uma via de fuga do Direito do Trabalho, na medida em que o custo do trabalhador parassubordinado é inferior ao de um empregado.

Com referência ao trabalhador, observa Viana que, em tempos de domínio das aparências sobre as essências, apresentar-se como parassubordinado ganha um aspecto positivo, de alguém que parece avançar em direção à autonomia, à liberdade. São pequenas estratégias do sistema, que seduzem e às vezes pervertem: “remetido a si mesmo, esse trabalhador a meio caminho perde a consciência de classe, privatiza-se enquanto cidadão”¹².

A parassubordinação é uma ideologia associada ao modo de produção pós-industrial, e por isso não repercutiu tanto na realidade brasileira, onde ainda prevalece a indústria fordista. Por aqui, a desregulação da tutela trabalhista se processa de forma mais perversa, pela precarização e informalidade do trabalho.

Doutrina do direito comparado: nova tendência expansionista

Lorena Vasconcelos Porto¹³ aponta uma tendência atual de releitura do conceito de subordinação nos principais países europeus.

Aludindo ao debate que vem sendo travado na Alemanha, acerca da distinção entre empregado e autônomo, a autora destaca a doutrina do professor Rolf Wank, propondo que a subordinação passe a ser caracterizada de forma residual, e, por isso mesmo, mais ampla e abrangente. Ao invés de se distingui-la por elementos inerentes à relação de emprego, a subordinação seria aferida pela inexistência de traços de autonomia na prestação:

“É trabalhador subordinado aquele que, com base em uma relação de Direito Privado, é ocupado sob a dependência alheia, com o respeito das diretivas a ele dirigidas, e encontra-se inserido na organização empresarial alheia, utilizando os meios e instrumentos que foram colocados à sua disposição, e cuja prestação de trabalho se insere na organização da empresa. A sujeição ao poder diretivo subsiste se o trabalhador não tem nenhuma margem de liberdade empresarial, ou se o resultado da prestação

12 VIANA, 2011, p. 29.

13 PORTO, 2009, p. 243-249.

do trabalho não lhe é imputada. Em particular, a liberdade empresarial é ausente se o trabalhador não ocupa outros trabalhadores sob a própria dependência, se não é dotado de uma organização empresarial própria, se não investe capitais próprios na sua atividade e se, em linha de princípio, presta a sua atividade em favor de um único empregador.”¹⁴

Doutrina brasileira recente: subordinação estrutural e integrativa

O conceito de subordinação objetiva, elaborado décadas atrás, não se consolidou na prática forense brasileira. A doutrina costuma atribuir tal insucesso à imprecisão do conceito, que acabaria por abranger o genuíno trabalho autônomo.

A consistência da doutrina lapidada por Vilhena reside, a nosso ver, na ideia de *integração de atividades* – atividade do trabalhador e da empresa. Tal fenômeno não se verifica no trabalho autônomo prestado por pessoa física a empresa. Esse tipo de trabalho, como ressalta o autor, “recai preponderantemente sobre o *resultado* e não sobre a *atividade* em si”¹⁵.

O certo é que nossa jurisprudência guiou-se, nas últimas décadas, em direção inversa à da subordinação objetiva, mirando os critérios clássicos de subordinação, na investigação da existência da relação de emprego.

Por outro lado, parte da doutrina trabalhista vem avançando firmemente em um sentido expansionista do conceito de subordinação.

Delgado, depois de frisar que a readequação conceitual da subordinação visa melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, propõe o conceito de subordinação estrutural, que atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto: “estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*”¹⁶.

No mesmo sentido expansionista, Porto, com o lastro doutrinário do direito comparado, desenvolve seu conceito de subordinação integrativa, que, como ela própria enfatiza, parte da noção de subordinação objetiva:

14 WANK apud PORTO, 2009, p. 246.

15 VILHENA, 1999, p. 482.

16 DELGADO, 2006, p. 667.

“A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.”¹⁷

2 – SUBORDINAÇÃO, EFEITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A concepção objetiva, estrutural ou integrativa de subordinação configura notável avanço doutrinário, disponibilizando ao operador do Direito do Trabalho valiosa ferramenta, especialmente na análise de casos envolvendo terceirização de atividade essencial do tomador.

Haverá, contudo, relações empregatícias situadas em *zona cinzenta*, onde a subordinação, mesmo em seu conceito mais expandido, poderá não ser identificada com nitidez¹⁸. É o caso de certas modalidades de trabalho intelectual, em domicílio ou a distância¹⁹. São ilustrativas as ementas transcritas a seguir, extraídas das bases jurídicas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, um dos mais respeitados no país na concretização dos direitos trabalhistas:

“TRABALHO A DOMICÍLIO E TRABALHO AUTÔNOMO.

No campo da ciência jurídica existem figuras situadas nas chamadas ‘zonas grises’, cujo enquadramento apresenta-se complexo, ensejando certa dificuldade. É o que frequentemente se dá quando se discute o

17 PORTO, 2009, p. 253.

18 Em reclamação trabalhista que apreciamos (Proc. nº 616-2010-060-03-00-0), um vendedor ambulante pleiteava o reconhecimento de vínculo empregatício com tradicional sorveteria de cidade do interior de Minas Gerais. A sorveteria funcionava em ponto comercial fixo, e disponibilizava dezenas de carrinhos com sua logomarca a ambulantes, mediante contrato de consignação. A prova testemunhal revelou que os trabalhadores vendiam os picolés de acordo com sua iniciativa e conveniência, sem qualquer ingerência da empresa, que apenas estipulava o preço dos picolés. Não havia sujeição a horário, rota ou mínimo de vendas, ou mesmo obrigação de comparecer à sorveteria, exceto para o acerto diário dos picolés vendidos, e a empresa não exigia exclusividade na prestação. Ficou comprovado ainda que, no ano antecedente, o reclamante passara mais de mês com a família em sua cidade natal, e já ficara mais de quinze dias sem comparecer à sorveteria. A prova oral nos fez concluir que o trabalho daquele ambulante, além de não se amoldar aos critérios da subordinação clássica, não se inseria estruturalmente na dinâmica de organização e funcionamento da sorveteria. O acoplamento da atividade daquele vendedor às atividades da empresa tampouco era visível, atuando ele por iniciativa e conveniência própria. Ou seja, mesmo pela concepção objetiva ou estrutural, a prestação não parecia subordinada. O detalhe era que aqueles ambulantes eram todos *meninos de rua*.

19 Cite-se o *telet trabalho*, modalidade especial de trabalho a distância ou no domicílio do trabalhador, com a peculiaridade de ser prestado por meio de aparato tecnológico e de telecomunicação. Esse tipo de trabalho vem se difundindo com a universalização da internet.

enquadramento de trabalhador a domicílio como autônomo ou subordinado. Comprovado, porém, que a reclamante assumia os serviços de ‘descascadeira de alho’ quando quisesse, podendo repassar os trabalhos a terceiro, sem se sujeitar a qualquer sanção disciplinar, não estando sujeita a comparecimento à empresa ou a qualquer outra fiscalização do empregador, a relação jurídica não se enquadra nos moldes do art. 3º da CLT.” (TRT 3ª Região – Proc. 00523/01 RO – 2ª T. – DJMG 28.03.01)

“VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHADOR RURAL AUTÔNOMO. Demonstrado que o autor trabalhou no corte de madeira do reclamado, mas se utilizando de equipamento próprio e custeando as despesas de sua manutenção, com plena liberdade de comparecimento ao serviço e sem qualquer fiscalização ou ingerência do contratante que extrapolasse os limites da subordinação compatível com qualquer contrato de prestação de serviços, a hipótese dos autos é de nítido contrato de empreitada por obra, regido pelo Direito Civil, ou seja, de trabalho autônomo, prestado, para alguém, mas por conta e risco do prestador.” (TRT 3ª Região – Proc. 00100-2008-071-03-00-2 RO – Turma Descentralizada – DJMG 18.12.08)

Não é preciso examinar os autos dos dois processos para se deduzir que, em ambos os casos, o julgamento centrou-se nos critérios da subordinação clássica. Mas, ainda que se invocasse o conceito de subordinação objetiva ou integrativa: o *acoplamento* ou *integração do trabalho nas atividades da empresa*²⁰, mesmo existindo nas duas prestações, talvez não transparecesse de forma perceptível.

Esses casos mais complexos, em que o trabalho parece desprender-se da dinâmica de organização da empresa, mas ao mesmo tempo não é prestado de forma verdadeiramente emancipada, poderão intrinchar até o conceito mais abrangente de subordinação – ainda que na realidade a subordinação exista.

Seria então a subordinação o parâmetro mais adequado à avaliação desses casos difíceis, quando em muitos casos ela existirá rarefeita, ou quase invisível?

Reginaldo Melhado, bebendo da doutrina de Óscar Correias, observa que a subordinação é consequência, *efeito* da relação de emprego, não sua condição ou elemento essencial:

20 O mesmo se diga quanto à *inserção do trabalho na dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços*. A não ser que se entenda, por tal conceito, o mero fato de o resultado da prestação se destinar à atividade produtiva da empresa, o que abrangeria o trabalho autônomo.

“Tal como a metáfora da chuva: é quase sempre possível estar correta a asserção de que choveu, se o enunciado se baseia na premissa de que se podem ver as árvores e telhados molhados, a terra úmida, as poças d’água nas ruas, o céu ainda plúmbeo. Isso não quer dizer que as árvores molhadas e as poças *sejam* a chuva.”²¹

No exemplo de Melhado, presume-se a ocorrência da chuva pelos seus efeitos. Mas a falta de visibilidade daqueles efeitos não irá comprovar que *não choveu*. Também a luz de uma lanterna brilhará intensamente na escuridão, mas se a ligarmos em uma praia, ao sol do meio-dia, o efeito fotoelétrico talvez seja imperceptível.

Como o molhado da chuva ou a luminosidade da lanterna, a subordinação é efeito da relação de emprego, não seu elemento essencial. Não sua condição ou conteúdo. Pode soar profana ou herege tal afirmação, mas ela não diminui a importância da subordinação enquanto conceito e instituto do Direito do Trabalho.

A relação de emprego pressupõe o trabalho livre (ainda que se trate de liberdade formal), e a sujeição do trabalhador ao poder empregatício encontra seus limites no contrato. O traço da subordinação realça, então, o diferencial entre o vínculo empregatício e as relações de produção que marcaram a história ocidental no período anterior ao capitalismo: escravidão e servidão.

O conceito de subordinação será útil ainda na distinção entre o vínculo empregatício e as demais formas de trabalho do mundo moderno, e irá informar parte considerável do conteúdo científico do Direito do Trabalho. Institutos como duração do trabalho, intervalo intrajornada e *jus resistentiae*, entre outros, exprimem limitações legais ao poder diretivo do empregador, moeda cuja outra face é a subordinação jurídica.

A doutrina costuma enfatizar que a subordinação atua sobre o modo de realização da prestação, e não sobre a pessoa do empregado. Mas, se a noção de subordinação jurídica é objetiva ao analisar o trabalho, sua abordagem da figura do empregador é subjetiva. Nada exprime melhor a posição do *empregador sujeito* que o exercício do poder diretivo e disciplinar.

A abordagem objetiva, estrutural ou integrativa remodela a noção de subordinação, adequando-a às novas realidades do modo de produção, menos centrado no controle direto e intensivo do trabalho. Aqui, a leitura da condição

21 MELHADO, 2003, p. 164-165.

de empregador é objetiva, mirando a empresa²², a atividade econômica organizada. Do controle e fiscalização do trabalho, o foco transfere-se ao acoplamento ou integração do trabalho nas atividades da empresa, em sua dinâmica de organização e funcionamento. Não há dúvida de que tal concepção é mais abrangente, mas ela não transmuda a qualidade da subordinação, de efeito da relação de emprego, que apenas passa a ser aferido na dinâmica da empresa, desfocando a pessoa, física ou jurídica, que contrata o trabalho.

Entender que a integração do trabalho nas atividades ou na dinâmica da empresa configura condição, ou mesmo elemento da relação empregatícia, seria desafiar a criatividade do capitalista na *era digital*. Entre as misturas e contradições da pós-modernidade, certamente haverá espaço para vínculos de emprego em que tal inserção não se revele de forma nítida.

O expansionismo do conceito de subordinação configura, como salientamos, importante avanço, mas não supera a dogmática jurídica que a qualifica como elemento essencial da relação de emprego²³. Nessa concepção, é autônomo o trabalho no qual não se identifica o traço da subordinação²⁴. Consagrada na jurisprudência, essa abordagem acaba desprotegendo prestações em zona gris, mas cuja essência é empregatícia.

Como observa Márcio Túlio Viana, “vivemos em uma época de misturas e ambiguidades, e o modelo econômico também as cria. Com isso, fica mais difícil interpretar os fenômenos. O próprio trabalhador já não sabe bem quem é”²⁵.

É certo que, em ação trabalhista na qual se pleiteie declaração de vínculo empregatício e o reclamado reconheça ter se beneficiado do labor, mas alegue sua autonomia, o ônus da prova será invertido. Mesmo nesses casos, porém, o que o juiz do trabalho acabará mirando é a existência ou não de traços de subordinação na prestação. Ou seja, passará a ser ônus do reclamado comprovar nos autos que o trabalho não era subordinado. Convencendo-se o juiz de que de fato inexistiam vestígios de subordinação naquele trabalho, o pedido

22 Nos termos do art. 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa”.

23 Assim estruturou-se a doutrina trabalhista, podendo-se citar Moraes Filho (2010, p. 272) e Maranhão: “(...) o elemento – subordinação – que caracteriza o contrato de trabalho”. (1995, p. 70). No mesmo sentido, Delgado (2004, p. 315 e 302): “A circunstância de ser a subordinação, entre os elementos componentes da relação empregatícia, o nuclear e distintivo (...)”. “Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo”.

24 Como fazer o diagnóstico da doença apenas pela análise de seus sintomas. Na maior parte dos casos o método será eficaz, mas poderá falhar justamente nas situações mais graves.

25 VIANA, 2011, p. 29.

fatalmente será julgado improcedente. O método de aferir a essência através do efeito persiste.

Mais que conceitos jurídicos ou procedimentos de valoração da prova, o que se deve ter em mente, na aplicação do Direito do Trabalho, é a realidade do modo de produção. E, no sistema capitalista, o trabalho de pessoa física em proveito de empresa apenas excepcionalmente será realizado de forma autônoma.

Vilhena, depois de ponderar que a subordinação, como elemento historicamente condicionado e de fácil apreensão pela doutrina jurídica, serviu como marco divisor de relações jurídicas cujo objeto é a prestação pessoal de serviços, prenunciava, há mais de três décadas: “Aliás, não ocorrerá muito tempo e essa palavra, sobretudo como marco de configuração de uma relação jurídica (a relação de emprego), terá sido superada, por um dado mais compreensivo e mais constante”²⁶.

3 – RELAÇÃO DE EMPREGO E ALIENAÇÃO DO USO DO TRABALHO

Olea²⁷ observa que, no “estado original das coisas”, ou no de “pura natureza”, os frutos do trabalho reverterem para seu executor, como recompensa natural do trabalho. Mas a realidade social com que lida o Direito do Trabalho é justamente a contrária: os frutos do trabalho são atribuídos originariamente à pessoa distinta da que executa o trabalho. O autor esclarece que por *resultado* ou *produto* do trabalho deve-se entender, em sentido amplo, toda a atividade produtiva do homem, seja intelectual ou manual, tenha valor por si mesmo ou associado ao resultado do trabalho de outros homens, consista num bem ou num serviço.

Olea sublinha que o essencial e diferenciador, no trabalho por conta alheia, reside no fato de pertencerem os resultados, *no momento mesmo em que se produzem*, a pessoa diversa do trabalhador. Essa aquisição originária de propriedade dos frutos do trabalho alheio o autor denomina *ajenidad*²⁸.

26 VILHENA, 1999, p. 477.

27 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 41-42.

28 Causa ou condição do que é *ajeno*, alheio. (OLEA; BAAMONDE, p. 41).

Tal concepção seria refinada por outros doutrinadores espanhóis, com destaque para o conceito de *alienação na utilidade patrimonial*, formulado em 1972 por Montoya Melgar²⁹, e que acabou incorporado à doutrina de Olea.

Nesse ponto, é importante salientar que a noção de *ajenidad*, como essência do contrato de trabalho, deriva do conceito de alienação do trabalho, mas não é sua mera reprodução ou sinonímia.

A alienação do trabalho decorre da lógica capitalista segundo a qual o produto do trabalho aparece como algo alheio ao trabalhador, sendo apropriado pelo tomador dos serviços³⁰.

O conceito de *ajenidad* aprimora o de alienação do trabalho, captando o fato da apropriação dos frutos do trabalho alheio desde o momento em que estão sendo produzidos. Usando o mar como metáfora, *ajenidad* seria a apropriação do movimento da onda, resultando em espuma.

Não sem razão, Olea³¹ adota a expressão *ajenidad*, em lugar de *enajenación* ou *alineación* – correlatos, na língua espanhola, do vocábulo alienação, que em direito significa transferência de domínio ou titularidade de uma pessoa a outra. Como a doutrina do autor é centrada no trabalho por dito conta alheia, o conceito de *ajenidad* exclui o trabalho autônomo, cujo produto é passível apenas de aquisição derivativa:

“Dito de outra forma, o trabalho por conta própria não perde sua qualidade, nem se transforma em trabalho por conta alheia, pela circunstância de que o trabalhador execute atos posteriores em virtude dos quais atribua a terceiro os produtos que inicialmente lhe correspondem.”³²

Se a alienação do produto do trabalho exprime a substância do gênero relação de trabalho, a essência da espécie empregatícia é a aquisição originária dos frutos do trabalho alheio.

29 Melgar (apud Porto, 2009, p. 237) tentava superar uma objeção dirigida à teoria da alienação nos frutos: na hipótese de o trabalhador prestar serviços diretamente aos clientes da empresa, não existiriam frutos, em sentido estrito; ou, entendendo-os em sentido amplo (como resultado do serviço), tais frutos não entrariam na esfera patrimonial do empregador. O autor conclui, então, que é a utilidade derivada da venda do serviço ao cliente que se incorpora ao patrimônio do empregador.

30 MARX, 1993, p. 301 e 307.

31 OLEA, 1988, p. 171-172.

32 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 42.

Inexistindo vocábulo na língua portuguesa que exprima com precisão a ideia de *ajenidad*³³⁻³⁴, parece apropriada a utilização do termo original, como um estrangeirismo³⁵.

Valor de uso do trabalho vivo

Se a essência do trabalho dito por conta alheia é a aquisição originária do produto do trabalho³⁶ alheio, cumpre investigar como se processa tal fenômeno, no âmago da relação de emprego³⁷.

Para que o produto do trabalho seja apropriável, desde o momento da produção, por pessoa distinta da que labora, faz-se necessária outra e sincrônica aquisição, que envolva o *trabalho enquanto atividade*.

Nesse ponto, convém relembrar os conceitos de valor na economia política. A utilidade de uma coisa em particular faz dela um *valor de uso*. O valor desse mesmo objeto em comparação a outras mercadorias ou dinheiro expressa sua moeda de troca.

A força ou capacidade de trabalho³⁸ possui valor de troca e valor de uso. O primeiro, na economia capitalista, traduz-se no preço pago por ela no mercado de trabalho. O valor de uso do trabalho exprime sua utilidade potencial no atendimento de necessidades humanas, ou de um empreendimento econômico³⁹.

-
- 33 Frise-se que o termo “alteridade” (“natureza ou condição do que é do outro”, cf. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p.169) já se encontra consagrado na doutrina com a acepção de transferência, ao empregador, dos riscos do empreendimento e do próprio contrato de trabalho (cf. DELGADO, 2004, p. 393), noção esta que se correlaciona, mas não coincide com a de *aquisição originária dos frutos do trabalho alheio*.
- 34 Mendes e Chaves Júnior (2007, p. 202-215) sugerem o termo “alienidade”, que não se encontra dicionarizado, mas foi utilizado por Pontes de Miranda (1964, p. 79), ao se referir à “alienidade do proveito” do trabalho. Ocorre que o conceito formulado pela dupla de autores não demarca as noções de aquisição derivativa e originária do produto do trabalho alheio.
- 35 Entendendo-se por estrangeirismo a palavra ou construção estrangeira cuja consagração do uso não decorra apenas de influência ou dominação cultural, mas da falta de um termo correlato na língua pátria. Exs.: *réveillon, croissant, jeans, closet*, e os aportuguesados balé, bufê, dossiê.
- 36 Por produto do trabalho, frise-se, deve se entender a *utilidade patrimonial* de seu resultado, seja ele material ou imaterial (mercadoria, serviço, informação, *software*, mídia, etc.).
- 37 As considerações deste tópico são aplicáveis às modalidades não empregatícias do trabalho dito subordinado.
- 38 Melhado (2003, p. 165-166) designa força de trabalho a “energia em estado latente, atuando sobre os meios de produção”, e capacidade de trabalho a “propriedade do organismo humano, algo latente: a energia em estado potencial”. E aduz que “esta *potencialidade* é o que o trabalhador vende ao capitalista”. A noção de capacidade de trabalho, a nosso ver, abrange a de força de trabalho, sendo latente no trabalho material ou imaterial, e disponibilizando-se, na relação de emprego, no momento da produção ou no tempo à disposição do empregador (art. 4º da CLT).
- 39 A força de trabalho de um torneiro mecânico, por exemplo, tem maior valor de mercado que a de um ajudante de confecção, mas pouco valor de uso em uma indústria têxtil.

O empregador adquire os frutos do trabalho do empregado, desde o momento da produção, apropriando-se do valor de uso de sua força ou capacidade de trabalho⁴⁰.

Desse modo, no trabalho dito por conta alheia, a contratação não se limita ao resultado da prestação, envolvendo antes o *uso do trabalho vivo*⁴¹, o que irá afetar diretamente a própria condição humana do trabalhador.

Repare-se que tal percepção não conflita com a natureza contratual da relação de emprego. A liberdade, mesmo que formal, e a vontade, ainda que limitada, distinguem o labor do empregado do trabalho forçado. A alienação do valor de uso do trabalho é um *fato* que decorre da obrigação de fazer assumida pelo empregado, em razão do contrato de trabalho.

Karl Marx⁴² não foi um estudioso do direito, mas talvez tenha sido quem primeiro alcançou a essência do trabalho dito subordinado, no capitalismo industrial. Ao analisar o processo de produção da mais-valia, Marx observou que, como o vendedor da força de trabalho aliena seu valor de uso, o capitalista paga o valor diário (ou semanal, ou mensal) do trabalho em estado potencial, e adquire seu uso pela jornada inteira.

Desse modo, ainda que a jornada contratada não seja prorrogada, o empregador poderá variar a *intensidade de uso* do trabalho vivo do empregado, sem que com isso tenha que alterar o valor do salário pactuado.

Mas a alienação do uso do trabalho tem conteúdo socioeconômico mais profundo. Precisamente porque o que se aliena é o *valor de uso de um trabalho vivo*, não apenas a capacidade, mas a iniciativa, o esforço, a diligência do trabalhador no desempenho das atividades contratadas irão fluir em proveito da empresa. Em troca, o empregado terá o direito ao salário pactuado e demais parcelas trabalhistas. A participação nos lucros ou resultados que a empresa venha a pagar aos empregados não irá desvirtuar essa lógica. A acumulação do capital não é repartida, de forma proporcional, entre os trabalhadores⁴³. Os altos

40 Marx (2006, p. 227), por diversas vezes, refere-se ao valor de uso da força de trabalho: “Mas o decisivo foi o valor de uso específico da força de trabalho”; “(...) o vendedor da força de trabalho (...) aliena seu valor de uso”; “o valor de uso da força de trabalho, o próprio trabalho, tampouco pertence a seu vendedor”.

41 Marx (2006, p. 228 e 242) denomina *trabalho vivo* a força de trabalho em ação, em contraposição ao trabalho pretérito, *morto*, materializado em capital ou produto.

42 MARX, 2006, p. 227-228.

43 Como assinala Maranhão (1995, p. 289), “a participação dos empregados nos lucros não altera os termos da equação, porque essa participação, sem a copropriedade e a cogestão, é simples acréscimo salarial”.

empregados talvez configurem a exceção, mas a realidade da imensa maioria dos trabalhadores é outra.

A alienação da capacidade de trabalho tolhe ainda do empregado dose considerável de auto-organização e discricionariedade na prestação, o que acaba afetando o grau de realização no exercício da profissão.

No capitalismo industrial, o uso da força de trabalho alheia tem por referencial a duração da jornada, e instrumentaliza-se no poder diretivo do empregador. Irradia-se daí o *efeito subordinação*, em sua feição jurídica.

O eixo da sociedade pós-industrial são os países centrais, mas em economias emergentes, como o Brasil, já se verifica uma tendência de expansão do *imaterial*⁴⁴ no centro de criação do valor. Na produção imaterial, pouco padronizada e mais flexível, a apropriação do valor de uso do trabalho alheio não se exprime no número de horas laboradas⁴⁵, ou mesmo em um controle direto do modo de realização da prestação. O trabalho é apropriado mais em sua subjetividade, em seu potencial cognitivo, afetivo ou criativo, e em seu resultado imaterial, podendo não se integrar de forma visível à atividade da empresa, à sua dinâmica de organização e funcionamento – tanto que a potência do trabalho imaterial é alienável mesmo nos momentos de folga do empregado.

Outra tendência da *pós-indústria*, marcante mesmo nos países periféricos, como o Brasil, é o crescimento do trabalho material a distância da empresa, com destaque para o trabalho pouco qualificado.

O exemplo a seguir, pinçado novamente da jurisprudência do TRT da 3ª Região, trata de trabalho material precário, mas talvez antecipe, ainda que como metáfora, a tendência de apropriação do trabalho imaterial pelo capital, na *sociedade da informação*:

“TRABALHO AUTÔNOMO. CATADORA DE MATERIAIS REICLÁVEIS. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. Embora ainda não exista regulamentação a respeito dos trabalhadores que coletam e separam materiais recicláveis, não pode ser reconhecido vínculo empregatício com a empresa que deles adquire tal material, por

44 São produtos imateriais o conhecimento, a informação, as comunicações ou relações, com destaque para a produção intelectual, afetiva, de *marketing*, *mídia* ou *software* (HARDT; NEGRI, 2005, p. 108-109).

45 É comum, nas grandes empresas, a contratação por prazo determinado de trabalho imaterial, pelo regime *time and materials*. A expressão, no entanto, não traduz com fidelidade a realidade desse tipo de prestação, em que a contratação, geralmente mensal, de um número de horas, constitui mera referência da dimensão imaterial do trabalho contratado.

ausentes os pressupostos do art. 3º da CLT.” (TRT 3ª Região – Proc. 00956-2005-086-03-00-4 RO – 1ª T. – DJMG 24.02.06)

O trabalho alienado ao capital produz a maior parte das riquezas geradas pelo capitalismo, e os trabalhadores sempre foram os que menos usufruíram disso. Da primeira ferrovia ou navio a vapor, ao último *tablet* ou TV 3D.

O capitalismo contemporâneo veste novas roupagens, mas a apropriação do valor de uso do trabalho humano subsiste como um dos fatores da lógica de acumulação, ainda que a produção se desmaterialize. E, entre as misturas e contradições desses novos tempos, os conceitos de subordinação, colaboração ou autonomia do trabalho podem se tornar imprecisos⁴⁶, sugerindo uma virada da ciência do Direito do Trabalho na direção do conceito de alienação do trabalho.

4 – EMPREGADO OU AUTÔNOMO: ATRAVÉS DA ZONA CINZENTA

Excepcionalmente, ao invés do uso de trabalho vivo, ou seja, de uma atividade, uma empresa irá contratar apenas o produto do trabalho de pessoa física.

Nesse ponto, é importante ter em mente que *empresa é atividade*. O empresário põe em funcionamento os fatores de produção (basicamente: recursos naturais, trabalho humano e capital), e essa atividade econômica organizada configura a empresa.

A atividade de produzir bens ou serviços para o mercado demanda, portanto, trabalho vivo, o que faz de toda empresa um empregador em potencial. Empregador: aquele que emprega, *faz uso* do trabalho alheio.

Sendo a força de trabalho *um dos* fatores de produção, seu custo é inferior ao do produto do trabalho autônomo, que irá agregar outros fatores. Por conseguinte, a aquisição de trabalho vivo (ou seja, a contratação de empregado) é mais barata para o capitalista, além de produtivamente mais plástica, que a contratação de trabalho autônomo. Como um contrapeso a essa maior assimetria existente na relação capital/trabalho vivo, que envolve diretamente a dignidade da pessoa humana, erige-se a tutela trabalhista da relação de emprego⁴⁷.

Mas, além de o trabalho autônomo ser mais valorizado no mercado, uma empresa estruturada em prestações autônomas não seria capaz de desenvolver

46 Viana (2011, p. 29) pondera que os próprios princípios do Direito do Trabalho estão em crise.

47 O que fazem algumas empresas é dispor de trabalho vivo e barato dando-lhe, ao mesmo tempo, tratamento jurídico de trabalho autônomo. A ideia de parassubordinação é um meio-termo entre a tutela e a desregulação trabalhista.

com eficiência sua atividade econômica, ao *não empregar o trabalho*, não se apropriando de seu valor de uso. Faltaria a esse empreendimento a sinergia do trabalho vivo, essencial à atividade empresarial.

O meio de uma empresa ser eficiente e competitiva no mercado, sem contratar o uso direto da força de trabalho, será a fraude. Em lugar de empregados, contrata-se outra empresa, que vende o trabalho vivo de seus empregados⁴⁸. É o que se costuma denominar intermediação de mão de obra, ou *marchandage*.

O modo de produção capitalista nutre-se, portanto, do valor de uso do trabalho humano⁴⁹, e tal apropriação é inerente ao trabalho de pessoa física em proveito de empresa. Como mero efeito, a subordinação deve ser presumida nesse tipo de prestação.

Trabalho autônomo em proveito de empresa

Mas, poderá um trabalhador alienar a uma empresa o produto de seu trabalho, sem que ela se aproprie de sua capacidade de trabalho?

Sim. Mas tal exceção à lógica da acumulação capitalista somente será viável se o próprio trabalhador detiver uma estrutura produtiva, autônoma em relação à dinâmica da empresa tomadora. Nessa situação, o valor de uso do trabalho será absorvido pela célula produtiva do próprio trabalhador, e o produto do trabalho será apropriado pelo tomador em momento posterior ao da prestação. É o que Olea denomina aquisição derivativa dos frutos do trabalho.

É o caso, por exemplo, do trabalhador proprietário de um aviário ou granja, que forneça frango ou leite para o mercado, sem se vincular a um único tomador. Do advogado que atue em seu próprio escritório, com clientela própria.

Mas, veja-se, a estrutura produtiva do trabalhador somente será verdadeiramente autônoma em relação à empresa tomadora se de fato existir independentemente dela. O que irá pressupor que aquela *célula produtiva*, ainda que informal, negocie, diretamente no mercado, os bens ou serviços ali produzidos, sem se vincular a uma empresa tomadora. O genuíno autônomo possui, portanto, clientela própria, formada por tomadores e/ou consumidores.⁵⁰ Por isso,

48 Viana (2012, p. 504) nota que a empresa intermediadora de mão de obra “não utiliza a força-trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca”.

49 Os avanços tecnocientíficos e a automação afetam, mas não neutralizam essa lógica.

50 Como ressalta Vilhena (1999, p. 482-483), se a exclusividade da prestação não é pressuposto da relação de emprego, a pluralidade de clientes é insita ao trabalho autônomo. Ou seja, havendo habitualidade e exclusividade no trabalho de pessoa física em proveito de um tomador, a presunção da existência de vínculo de emprego será absoluta.

haverá evidência de fraude se a estrutura produtiva do trabalhador houver sido constituída com a finalidade da prestação específica a determinado tomador.

Sendo o objeto desse tipo de contratação não uma atividade, mas o resultado do trabalho (uma obra ou serviço determinado⁵¹), na genuína prestação autônoma o tomador não interfere no modo de realização da prestação, que é predeterminada pelas partes, tal como ocorre no fornecimento de serviços por empresa. A pessoalidade da prestação conflita, portanto, com a autonomia do trabalho. Como anota Maranhão, o trabalhador autônomo ostenta “uma posição de empregador em potencial”⁵².

Há uma variante invertida de trabalho autônomo que vem se tornando comum no trabalho de médicos, dentistas e taxistas: o trabalhador usufrui de instalações ou meios de produção alheios e usa, em proveito próprio, sua capacidade de trabalho. Em outros termos, o trabalhador monta sua própria estrutura produtiva com o capital alheio, e como pagamento repassa ao proprietário um percentual da produção. Também nesses casos, desde que efetivamente não haja ingerência do proprietário do capital na prestação, o produto do trabalho alheio será adquirido de forma derivativa.

Mas existe a situação oposta, na qual o trabalhador detém os meios de produção, mas aliena ao tomador o uso de seu trabalho vivo. Podemos citar os exemplos do *motoboy* que utiliza sua motocicleta em serviço, do vendedor que usa o próprio automóvel, do transportador de cargas que trabalha em seu próprio caminhão, do teletrabalho e outras espécies de trabalho em domicílio.

Não basta, portanto, para caracterizar a autonomia da prestação, que o trabalhador detenha os meios de produção. Se ele se vincular a um tomador, não negociando com sua própria clientela os bens ou serviços por ele produzidos, aquela estrutura será mero prolongamento ou anexo da atividade econômica do tomador. O mesmo irá ocorrer se houver interferência do tomador no modo de realização da prestação⁵³.

Em se tratando de trabalho imaterial, a análise da prestação situada em zona gris poderá se tornar mais complexa havendo multiplicidade de tomadores, pois esse tipo de trabalho não demanda estrutura produtiva material. Aqui, o intérprete deverá investigar se a empresa se apropriou apenas do produto do trabalho imaterial (arte, mídia, *software*, *marketing*, etc.), ou também do *uso*

51 Ver Romita (1979, p. 92).

52 MARANHÃO, 1993, p. 64.

53 Nesse contexto, estarão descaracterizadas as figuras do representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65) e do “trabalhador autônomo de cargas por conta de terceiros – TAC” (Lei nº 11.442/07).

da capacidade cognitiva ou criativa do trabalhador, ou seja, desses atributos *em atividade*. Esta possibilidade será mais restrita se a empresa não possuir a *expertise* ou *know-how* do trabalho imaterial contratado.

O trabalhador autônomo atua, assim, como um *pequeno empresário-produtor*, com maior iniciativa e liberdade que o empregado, inclusive em posição mais vantajosa na negociação dos contratos. Isso lhe proporciona maior potencial de rendimentos, e mesmo de realização no trabalho. E onde há possibilidade de ganhos, existe também o risco das perdas. Mas, se o risco da atividade constitui importante diferencial entre o trabalho autônomo e o do empregado (no contrato de trabalho os riscos são assumidos pelo empregador), sua avaliação no caso concreto muitas vezes será imprecisa. E há os casos em que o empregador atribui o risco do negócio ao trabalhador como artifício para mascarar o vínculo empregatício. Por isso entendemos que a assunção do risco da atividade deva ser aferida da análise conjugada dos outros fatores.

Por excepcionar o modo de produção, a contratação formal de trabalho autônomo por empresa configura, no mais das vezes, mero disfarce do vínculo empregatício existente entre as partes. Essa instrumentalização da autonomia do trabalho, marca da pós-indústria nas economias dominantes, é ainda mais perversa na realidade brasileira, onde a informalidade e a precarização do trabalho potencializam a acumulação fordista.

Em razão disso, como já salientamos, a autonomia do trabalho deverá ser investigada, no caso concreto, como circunstância excepcional.

De todo modo, mesmo não alienando sua capacidade de trabalho, o autônomo que trabalha em proveito de empresa tem o produto de seu labor apropriado por ela. Esse tipo de prestação adquire contornos especiais, que a distinguem do fornecimento de serviços diretamente ao consumidor, e a tornam suscetível de incidência da tutela trabalhista. Mas esse alargamento das fronteiras do direito do trabalho, a nosso ver, deverá seguir a via legislativa⁵⁴, e a proteção ao trabalhador autônomo não deverá ser equiparada à do empregado. As razões encontram-se nas linhas anteriores.

Trabalho vivo apropriado a distância

Como foi dito, na sociedade pós-industrial há uma tendência de crescimento do trabalho material a distância da empresa, notadamente o

54 Tal extensão da tutela trabalhista alcançaria ainda o trabalho dito por conta alheia que não preencha os pressupostos da relação empregatícia (MERCÇON, 2010, p. 40).

trabalho desqualificado⁵⁵ e o mais sofisticado, em polos opostos do modo de produção.

Mas, como distinguir entre o trabalho remoto do empregado e o do autônomo, quando ambos laboram a distância da empresa, e se obrigam a um resultado?

Veja-se, diversamente do que ocorre com o autônomo, a estrutura do trabalho a distância é mero prolongamento da atividade econômica do tomador, não se destinando à produção direta ao mercado. Tal como ocorre dentro do estabelecimento, o empregador adquire a propriedade dos frutos do trabalho alheio desde o momento em que estão sendo produzidos. O diferencial é que, sendo a força de trabalho *em atividade* apropriada a distância, os frutos serão colhidos em momento posterior ao da prestação. Como ocorre com o habitante da cidade que, ao comprar um sítio no campo, adquire a propriedade dos frutos das árvores ali plantadas desde o momento em que estão brotando, ainda que não se faça presente – porque adquiriu a *força viva*, a fertilidade daquele solo e árvores. Lembre-se que no contrato de trabalho há a aquisição originária de propriedade pelo empregador sobre bens de nova criação, ou seja, que não tenham sido antes propriedade de ninguém, o que configura a *ajenidad*⁵⁶.

O art. 6º da CLT, com a nova redação da Lei nº 12.551/2011, preceitua não se distinguir entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado e a distância, desde que caracterizados os pressupostos da relação de emprego. O parágrafo único, a nosso ver, era dispensável, pois a existência do vínculo empregatício não se condiciona ao controle e supervisão do trabalho a distância. Os meios telemáticos e informatizados de controle, tanto

55 Aos casos já citados do ambulante, da descascadeira de alho e da coletora de materiais recicláveis, some-se o de uma empresa fornecedora da Nike, que se instalou em Quixeramobim, cidade do interior do Ceará, e ali passou a contratar, para a fabricação de calçados, mão de obra intermediada por falsa cooperativa. A contratação chegou a alcançar 3.500 trabalhadores, em sua maioria mulheres exercendo, em seus domicílios, e com o auxílio de familiares, a confecção manual de pesponto, fixando a parte superior do calçado ao solado. O relatório de fiscalização dos auditores fiscais do trabalho (Auto de Infração nº 01484018-9 – período da inspeção: 2003 a 2008) ressalta o fato de a região ser carente de postos de trabalho, e de se tratar de trabalhadores humildes, que sequer questionavam o ínfimo valor recebido pelo trabalho (em média, R\$ 7,80 por dia), o ritmo intenso e as jornadas excessivas, induzidas pela remuneração por produção. Não há dúvida de que existia ali relação de emprego com a empresa fornecedora, ou mesmo com a Nike, mas o caso não se enquadra facilmente na dogmática jurídica, especialmente no que se refere ao pressuposto da pessoalidade da prestação, considerando que as empresas não tinham ciência de quem estava lhes prestando o serviço. Ao mesmo tempo, muitos daqueles trabalhadores sequer faziam ideia da destinação do labor, o que tornava ainda mais cristalino o fenômeno da alienação do trabalho.

56 OLEA, BAAMONDE, p. 42.

quanto os pessoais e diretos, apenas exteriorizam a potencialidade do poder empregatício. São mero efeito da relação de emprego.

Massa de trabalhadores e personalidade presumida

Sendo o objeto do contrato de trabalho não um resultado, mas a força ou capacidade de trabalho *em atividade*, a personalidade da prestação configura pressuposto da relação de emprego.

Segundo parte da doutrina, quando o trabalhador se faz substituir de forma constante ou intermitente na vigência do contrato, a personalidade da prestação se descaracteriza. Alice Monteiro de Barros⁵⁷ pondera, contudo, que o pressuposto da personalidade deve ser aferido com menos rigor na hipótese de trabalho no domicílio do empregado.

A posição de Olea⁵⁸ é ainda mais avançada. O doutrinador sustenta que a íntima conexão entre seu objeto e o sujeito faz com que a prestação contratual de trabalho seja personalíssima, não no sentido jurídico estrito de que seja devida por pessoa determinada, mas, sim, em sentido mais amplo e sutil, jurídico também, de que empenha a pessoa do trabalhador em seu cumprimento.

Márcio Túlio Viana⁵⁹ sustenta posição semelhante, anotando que “a personalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado”.

No mesmo sentido de Olea e Viana, entendemos que, em uma sociedade de massa, marcada pela concentração do capital e, ao mesmo tempo, pela *desterritorialização* da produção, o caráter *intuitu personae* da relação de emprego somente deverá ser avaliado com maior rigor na hipótese de prestação realmente infungível. É o caso do trabalho de atleta, artista, intelectual ou outro profissional cuja condição pessoal e qualificação sejam determinantes na contratação, bem como na estipulação do valor do salário.

Com relação à massa de trabalhadores que produz a riqueza material, a personalidade da prestação deve ser presumida da mera prestação de pessoa física em proveito de empresa. Na hipótese de trabalho a distância, o vínculo de emprego somente será descaracterizado se ficar comprovado que o trabalhador

57 BARROS, 2006, p. 241.

58 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 54.

59 VIANA, 2012, p. 506.

não se empenhou pessoalmente na prestação contratada, agindo na realidade como verdadeiro empregador.

5 – REAVIVAR UM CONCEITO JURÍDICO

No limiar da pós-modernidade, o Direito do Trabalho parece meio disperso, tateando as paredes do tempo, como à procura de sua identidade. Cientistas políticos e filósofos vislumbram, num futuro não muito distante, o fim do emprego.

Mas, afinal, em que consiste a essência da relação de emprego?

Se a razão de ser do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador que cumpre horário e recebe ordens, ou mesmo o que se insere na dinâmica de organização e funcionamento de um tomador, talvez se possa vislumbrar um futuro sem empregados.

Se, em lugar disso, a proteção mirar a pessoa física que tem seu trabalho apropriado por outrem, haverá Direito do Trabalho enquanto existir o capitalismo, ainda que se criem novos apelidos ou codinomes para esse modo de produção.

Na perspectiva pós-positivista do Direito, a norma só existe aplicada (antes adequada) ao caso concreto⁶⁰. Antes disso, é texto de lei.

De qualquer forma, para remodelar o conceito de relação de emprego não é preciso inovar o texto legal. Não há que trocar os ingredientes, basta reavivar a fórmula.

É interessante observar que a dogmática jurídica consolidou-se em torno do conceito de subordinação, quando o art. 3º da CLT fala em dependência. Como foi dito, é no contexto do caso concreto que o texto de lei ganha vida. De todo modo, a palavra dependência parece mais plástica que o termo subordinação na guarda do trabalho de pessoa física em proveito de empresa, prestado sem autonomia.

Antes, contudo, de modelarmos o *mesmo e novo conceito* de relação de emprego, há que se desfazer um nó em nossa linha de argumentação. Trabalhamos, até agora, com a ideia de empresa. Mas o vínculo empregatício não se forma apenas com empresa. Existem as entidades beneficentes, os profissionais liberais...

60 Como salienta Barroso (2004, p. 472), “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma”.

Trabalho em proveito de organização

Segundo John Kenneth Galbraith⁶¹, são três as fontes de poder na sociedade: personalidade, propriedade e organização. Nos tempos modernos, a organização seria a mais importante, pois a propriedade e a personalidade só produziriam resultado com o seu suporte.

O conceito de organização que Galbraith tem em mira é próximo ao dos dicionários: “um número de pessoas ou grupos (...) unidos para algum propósito ou trabalho”⁶². Os integrantes da organização sujeitam-se, em maior ou menor grau, a seus objetivos, e essa submissão interna mira algum poder sobre pessoas ou grupos externos à organização.

O autor ressalta que, quanto maior o grau de *submissão interna* de seus membros, maior a capacidade da organização de conquistar poder externo, sua força e confiabilidade junto ao mercado e à sociedade.

A noção de organização não se exaure no conceito de empresa ou de atividade “tecnicamente produtiva”⁶³⁻⁶⁴. O próprio Galbraith invoca os exemplos do exército e do partido político. O conceito de organização deve abranger, assim, as entidades sem fins lucrativos, inclusive as puramente beneficentes.

Nessa perspectiva, talvez seja mais apropriado definir, como traço essencial de uma organização, e de forma mais ampla que o poder externo, sua atuação ou *atividade externa*, junto à sociedade ou comunidade.

As instituições religiosas ou filantrópicas que não produzem para o mercado terão menor capacidade de conquistar submissão externa. Não obstante, a interação dessas entidades com a sociedade, suas atividades assistenciais, a prestação de serviços à comunidade, tudo isso irá pressupor algum grau de submissão interna de seus integrantes. Tal como a empresa, a entidade sem fins lucrativos existe *em atividade*, ainda que de forma “improdutiva”.

61 GALBRAITH, 1999, p. 39, 57-58 e 60-61.

62 Tal conceito de organização converge com a doutrina de comportamento e psicologia organizacional: “grupo coordenado de pessoas que realizam tarefas para produzir bens ou serviços” (MUCHINSKY, 2004, p. 239).

63 Prevalece, nas ciências econômicas e políticas, a noção de atividade produtiva vinculada à definição de Produto Interno Bruto (PIB), que consiste no valor de mercado de todos os bens finais e serviços produzidos na economia em um dado período de tempo. Nessa perspectiva, é produtivo apenas o trabalho cujos frutos projetam-se no mercado, gerando riqueza para a economia e o país.

64 Maranhão (1995, p. 290) invoca, em lugar do conceito de atividade produtiva, o de atividade econômica, que se traduz na “produção de bens ou *serviços* para satisfazer às necessidades humanas”, não supondo, necessariamente, a ideia de lucro. E ressalta que, desde que haja atividade econômica, “na qual se utiliza a força do trabalho alheia como fator de produção, existe a figura do empregador”.

Quanto ao profissional liberal, se trabalha sozinho em seu consultório ou escritório, não detém uma organização. Ao contratar um ou mais auxiliares, passa a ser o titular de uma organização, uma reunião de pessoas e bens com propósito externo⁶⁵.

A *submissão interna*, de que cogita Galbraith, nada mais é que uma sinonímia do conceito jurídico de subordinação trabalhista. A causa ou condição de tal submissão é a apropriação, pela organização, do valor de uso da força de trabalho alheia. Desse modo, a capacidade, o esforço, a diligência do trabalhador no desempenho de suas funções irão reverter em proveito da consecução dos fins sociais da organização.

Não por coincidência, todos os exemplos de “empregador por equiparação” do art. 2º, § 1º, da CLT constituem formas de organização.

Pode-se deduzir, então, e de forma agora mais abrangente, que a apropriação do valor de uso do trabalho é inerente ao trabalho de pessoa física em proveito de organização, presumindo-se a pessoalidade e a subordinação nesse tipo de prestação.

Emprego e valor social do trabalho

Lapidado o conceito de trabalho autônomo, e assimilada a noção de trabalho em proveito de organização, pode-se avançar em uma remodelação do marco definidor da relação de emprego.

Se, como já sustentamos, presume-se a pessoalidade e a subordinação (ou dependência) no trabalho vivo alienado à organização, pode-se deduzir que, em regra, o trabalho não eventual⁶⁶ e oneroso prestado por pessoa física em proveito de empresa, profissional liberal ou instituição sem fins lucrativos configura a relação empregatícia.

65 O que não se verifica, por outro lado, no âmbito residencial, onde o trabalho não é direcionado a uma atividade externa. Por isso o trabalho doméstico será objeto de estudo em separado.

66 A abordagem de Maranhão (1993, p. 63) parece-nos a mais adequada: “a aferição da natureza eventual dos serviços há de ser feita tendo em vista os *fins normais* da empresa”. Assim, a descontinuidade da prestação não descaracteriza o vínculo empregatício, “desde que corresponda a uma *normal* descontinuidade da atividade econômica do empregador: prestação descontínua, mas *necessidade permanente*”. O autor acentua que, não se tratando de trabalho acidental, fortuito ou a título excepcional, a simples transitoriedade da prestação não descaracteriza a condição de empregado, sendo antes condição de validade dos contratos de trabalho a termo.

O trabalho autônomo em proveito de organização constitui exceção à regra⁶⁷, ao excepcionar a produção capitalista e a atividade econômica às suas margens. Por isso, para que se descaracterize o vínculo empregatício, a autonomia da prestação deverá ser comprovada de forma robusta e inequívoca no caso concreto.

A subordinação imprime identidade à figura do empregado, e será sempre capítulo fundamental na ciência do Direito do Trabalho. Mas há que ser percebida como efeito da relação de emprego, não como elemento essencial a ser identificado no caso concreto.

Para não alongar ainda mais este já extenso artigo, o tema terceirização trabalhista será tratado com maior profundidade em outro estudo. Mas adiantamos que a noção de *alienação na utilidade patrimonial do trabalho* pode ser importante na distinção entre dois conceitos que por vezes são confundidos: intermediação de mão de obra e terceirização de serviços⁶⁸. Como cogitar de verdadeira terceirização de atividade, quando os empregados da empresa contratada têm os frutos de seu trabalho incorporados ao patrimônio da empresa tomadora?

O fundamental é que, na análise dos casos mais complexos, o intérprete, ao invés da aplicação da norma por mera subsunção, proceda à interação dos fatos com os elementos normativos, em uma perspectiva pós-positivista⁶⁹ do Direito, calcada na normatividade dos princípios e em uma interpretação conforme a Constituição.

Na aplicação do Direito do Trabalho, há que se considerar que, dentro das desigualdades da sociedade capitalista, o *valor social do trabalho* encarna-se de forma mais sólida e consistente no emprego, e na concretização dos direitos fundamentais trabalhistas (arts. 1º, IV, e 7º da Constituição da República).

67 Outra exceção será a comprovada descaracterização da personalidade da prestação.

68 Reiteramos que a concepção objetiva, estrutural e integrativa de subordinação servirá de valiosa ferramenta à disposição do intérprete. Os critérios e conceitos doutrinários se conjugam, especialmente na análise de casos mais complexos, como serão aqueles envolvendo atividade econômica *em rede*, dificultando a definição de qual das empresas figurou efetivamente como empregadora.

69 Barroso (2004, p. 507) anota que pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem “(...) a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. “O começo da história”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 469-508.
- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.
- CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. “Parassubordinação e alienidade”. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* *Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Vianna*. São Paulo: LTr, 2011. p. 87-95.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, 2006, p. 657-667.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2001.
- MARX, Karl. *Grundrisse: foundations of the critique of political economy*. London: Penguin Books, 1993.
- _____. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I, vol. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1993.
- MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.
- MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. “Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007, p. 202.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. “Direito do trabalho novo”. In: *Revista Síntese trabalhista e previdenciária*, n. 256, out/2010, p. 27-46.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MUCHINSKY, Paul M. *Psicologia organizacional*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning.
- OLEA, Manuel Alonso. *Alineación. Historia de una palabra*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.
- _____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984.
- _____; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Civitas Ediciones, Universidad de Madrid, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, t. 47.

DOCTRINA

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

ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 92.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, v. I, 1995.

VIANA, Márcio Túlio. “As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência”. In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. “As várias faces da terceirização”. In: VIANA, Márcio Túlio *et al.* *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 500-508.

_____. “Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito”. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Vianna*. São Paulo: LTr, 2011, p. 24-29.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo, LTr, (Relação de emprego: 1975) – 2. ed., rev., atual. e aum., 1999.